

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 249.556 du 22 janvier 2021

A. 232.455/VI-21.938

En cause : **l'association sans but lucratif COHEZIO,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Stéphanie GOLINVAUX et
Hannah TACHENY, avocats,
avenue Louise 326 boîte 19
1050 Bruxelles,

contre :

**l'Agence Fédérale pour la Sécurité de la
Chaîne Alimentaire, en abrégé AFSCA,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Marie VASTMANS ET
Alice TROISFONTAINES, avocats,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 décembre 2020, l'ASBL Cohezio demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de l'Agence fédérale pour la Sécurité de la Chaîne alimentaire par laquelle elle a jugé irrégulière et écarté l'offre déposée par Cohezio asbl dans le cadre de la Procédure négociée sans publication préalable - “Réalisation de missions en tant que service externe pour la prévention et la protection au travail” - Dossier n° Agence fédérale pour la Sécurité de la Chaîne Alimentaire (3p)-IAQP/2020/02-F53_1, et a attribué le marché à un autre soumissionnaire, dont extrait a été communiqué à Cohezio asbl via une lettre transmise par courrier recommandé datée du 29 novembre 2020 et réceptionnée le 3 décembre 2020 ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 16 décembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 11 janvier 2021.

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

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

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

M^e Stéphanie Golinvaux, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Marie Vastmans et Alice Troisfontaines, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits utiles

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

- « 4. La Partie requérante est le service externe pour la prévention et la protection au travail auquel la Partie adverse fait actuellement appel.
- 5. Le 30 juillet 2020, l'Agence Fédérale pour la Sécurité de la Chaîne Alimentaire (AFSCA) a adressé un *email* par lequel elle informait la Partie requérante de l'ouverture d'une procédure négociée sans publication préalable, "pour le marché public de services ayant pour objet la réalisation de mission en tant que service externe pour la prévention et la protection au travail pour l'Agence Fédérale de la Sécurité de la Chaîne Alimentaire (AFSCA)".
- 6. Cet *email* informait les soumissionnaires du lien mis à leur disposition sur *publicprocurement* pour prendre connaissance du marché :

3.2. Aller vers le dossier

Lien vers e-Notification

<https://enot.publicprocurement.be/enot-war/preViewRestrictedDossier.do?restrictedDossierId=38474>

Lien vers e-Tendering

https://eten.publicprocurement.be/etendering/viewWorkspacesBasedOnExtUrl.do?wsName=Agence+F%C3%A9d%C3%A9rale+pour+la+S%C3%A9curit%C3%A9+de+la+Chaine+Alimentaire%283p%29-IAQP%2F2020%2F02-F53_nr1

Mot de passe

drR4ewKL

7. Les informations suivantes étaient reprises sur le lien qui constituait l'“Invitation à soumissionner”, tel qu'indiqué :

The screenshot shows the 'e-Procurement' e-Notification interface. The top navigation bar includes 'e-Procurement' and 'e-Notification'. The main content area is titled 'Invitation à soumissionner'. On the left, there is a sidebar with navigation links: 'Se connecter' (showing 'Vous êtes connecté comme: Thomas Godener'), 'Rechercher publication', 'Carte de visite', 'Gestion', 'Environnement', and 'Information'. The main content area is divided into two sections: 'Paramètres du dossier' and 'Documents'. The 'Paramètres du dossier' section contains a table with the following data:

Paramètres du dossier	
Numéro de dossier	IAQP/2020/02_nr1
Date d'envoi	30/07/2020
Date de début des dépôts	30/07/2020 09:37:58
Date d'ouverture	19/10/2020 10:00:00
Lien vers e-Tendering	Accéder à la plate forme e-Tendering

The 'Documents' section contains a table with the following data:

Documents				
25 2 éléments trouvés, Afficher éléments.1				
Nom du document	Language	Type/ taille	Créé dans	Signer
Cahier des charges IDPBW-SIPPT-FIN16-07-2020.docx	fr-FR	78.733 kb	30/07/2020	
Bestek IDPBW-SIPPT-NL-DEF16-07-2020.docx	nl-NL	102.526 kb	30/07/2020	

At the bottom of the 'Documents' section, it says '2 éléments trouvés, Afficher éléments.1' and there is a button 'Télécharger tous les documents'.

8. Seule la date du 19 octobre 2020 à 10h était mentionnée sur l'invitation à soumissionner et seul un document de marché était disponible, à savoir le cahier spécial des charges.

9. Après analyse du cahier spécial des charges, la Partie requérante a confirmé à la Partie adverse, par *email* du 10 septembre 2020, qu'elle participerait à la procédure de marchés publics.

10. La Partie requérante a alors débuté la préparation de son offre au regard du cahier spécial des charges 2020/02 (ci-après le “Cahier spécial des charges”) mis à disposition par la Partie adverse, dans lequel étaient précisés l'ensemble des

conditions devant être respectées en vue de déposer une offre, ainsi que les critères d'attribution selon lesquels les offres seraient évaluées.

11. Particulièrement, en ce qui concerne le délai de dépôt des offres, le Cahier spécial des charges précisait une seule et unique date, celle du 19 octobre 2020 à 10h. Plus précisément, le cahier spécial des charges était rédigé comme suit à ce sujet :

I.5 Dépôt des offres

Offre soumise par voie électronique

Chaque soumissionnaire ne peut remettre qu'une offre par marché. Chaque participant à un groupement d'opérateurs économiques sans personnalité juridique est considéré comme un soumissionnaire. Les participants à un groupement d'opérateurs économiques sans personnalité juridique doivent désigner celui d'entre eux qui représentera le groupement à l'égard du pouvoir adjudicateur.

Les offres doivent être transmises sous format électronique via le site internet *e-Tendering* <https://eten.publicprocurement.be>.
Il n'est pas autorisé de soumettre une offre par *e-mail*.

Par le seul fait de soumettre son offre par des moyens électroniques, le soumissionnaire accepte que les données découlant du fonctionnement du dispositif de réception de son offre soient enregistrées.

Plus d'informations peuvent être obtenues sur le site : <https://publicprocurement.be> ou via le numéro de téléphone du *helpdesk* du service *e-Procurement* : +32 (0)2 740 80 00.

L'offre doit parvenir au pouvoir adjudicateur avant la date limite de réception des offres. Afin de remédier à certains aléas de la transmission, de la réception ou de l'ouverture des offres introduites par des moyens électroniques, le pouvoir adjudicateur donne l'autorisation au soumissionnaire d'introduire à la fois un offre par des moyens électroniques et, à titre de sauvegarde, une copie établie par des moyens électroniques ou sur support papier. Cette copie de sauvegarde est glissée dans une enveloppe définitivement scellée qui porte clairement la mention "copie de sauvegarde" et est introduite dans les délais de réception impartis. Cette copie ne peut être ouverte qu'en cas de défaillance lors de la transmission, la réception ou l'ouverture de l'offre transmise par des moyens électroniques. Elle remplace dans ce cas définitivement le document transmis par des moyens électroniques. La copie de sauvegarde est par ailleurs soumise aux règles du présent cahier spécial des charges.

La copie de sauvegarde est établie sur papier et est glissée sous pli définitivement scellé mentionnant la date de la séance d'ouverture et le numéro du cahier spécial des charges (Réf : FAW-AFSCA/IAQP/2020/02) ou l'objet du marché. Ce pli sera glissé dans une seconde enveloppe portant les mentions suivantes :

- Dans le coin supérieur à gauche :
"Ne pas ouvrir par le service de courrier interne"
"Copie de sauvegarde - OFFRE Réalisation de missions en tant que service externe pour la prévention et la protection au travail"
- À l'endroit prévu à cet effet, l'adresse du destinataire. Elle est envoyée par service postal ou remise par porteur. En cas d'envoi par service postal, ce pli définitivement scellé est glissé dans une seconde enveloppe fermée portant clairement la mention "Copie de sauvegarde - OFFRE".

Vous trouverez de plus amples informations sur le site internet suivant : <http://www.publicprocurement.be>, ou via le *helpdesk* “e-procurement” au numéro : +32 (0)2 790 52 00.

Séance d’information pour les soumissionnaires

Aucune séance d’information n’est prévue pour les soumissionnaires.

Toute question relative au présent marché sera posée exclusivement par le biais du “forum” attendant à l’avis de marché accessible sur le site <https://enot.publicprocurement.be>, au plus tard le 30/09/2020.

Passé ce délai, plus aucune question ne sera ni acceptée ni traitée.

Le pouvoir adjudicateur publiera les réponses aux questions sur ce forum au plus tard huit jours de calendrier avant la date ultime de la remise des offres.

I.6 Ouverture des offres

Lieu : Service de l’Administrateur délégué
8^e étage, salle du Staff
Boulevard du Jardin botanique 55
B-1000 Bruxelles

Date : 19/10/2020 à 10H00

12. Ainsi, au vu des indications reprises dans l’Invitation à soumissionner disponibles sur le site *eprourement*, et compte tenu de la façon dont était rédigé le Cahier spécial des charges, la Partie requérante a légitimement considéré que les offres devaient être déposées sur *eprourement* pour le lundi 19/10/2020 à 10h, seule date indiquée sur le lien *eprourement*.

13. Le vendredi 16 octobre 2020 en début d’après-midi, la Partie requérante a tenté de soumettre son offre de manière électronique. Elle s’est alors rendue compte, à son grand étonnement, qu’il n’était plus possible de déposer d’offres pour ce marché sur la plateforme électronique *eprourement*.

14. Ce n’est qu’à ce moment que la Partie requérante a réalisé que la date du 16 octobre 2020 à 12h était mentionnée dans la Lettre d’invitation à soumissionner reçue le 30 juillet 2020, soit près de 3 mois avant la période de dépôt. Cette Lettre faisait en effet mention de deux dates distinctes pour le dépôt des offres (le 16 octobre 2020 à 12h) et la date d’ouverture des offres (le 19 octobre 2020 à 10h). Aucune mention de cette date n’était cependant faite sur le lien *eprourement* (à savoir l’invitation à soumissionner) ni même dans le Cahier spécial des charges qui y était publié.

15. Il est impensable que la date de dépôt des offres n’ait pas été mentionnée que ce soit sur le lien *eprourement* ou dans le Cahier spécial des charges alors que l’on sait que les soumissionnaires n’ont, dès réception de l’invitation, de regard que pour les informations et documents qui sont repris sur ce lien.

16. Faisant face à une impossibilité de déposer par voie électronique et se considérant légitimement préjudiciée par ce manque d’information du Cahier spécial des charges, la Partie requérante a transmis son offre dans les plus brefs délais, par coursier *express*, à la Partie adverse, qui l’a réceptionné le 19 octobre 2020 à 8h38, soit dans le délai prévu dans le cahier spécial des charges et dans l’invitation à soumissionner telle que disponible sur le site *eprourement*.

17. Le 29 novembre 2020, la Partie adverse a transmis, uniquement par courrier recommandé, une lettre par laquelle elle communique les extraits de sa décision motivée. Dans ce courrier, la Partie requérante est informée du fait que son offre aurait été jugé irrégulière du fait (i) de ne pas avoir été déposée dans les délais et

(ii) de ne pas avoir été déposée sur *eprocurement* comme cela était requis dans le Cahier spécial des charges. La Partie requérante suppose ainsi que le marché aurait été attribué à un autre soumissionnaire. La décision motivée, dont extrait a été communiqué à la Partie requérante par courrier signé le 29 novembre 2020 constitue l'“Acte attaqué”.

La motivation de l'Acte attaqué est la suivante :

Madame,

Conformément à l'article 29, § 1^{er}, al. 1 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, je vous informe que l'offre que vous avez déposée dans le cadre du marché repris sous objet a été jugée irrégulière pour les raisons suivantes (extraits de la décision motivée) :

- Conformément à l'article 94 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, les candidats ont été avertis le 30 juillet 2020 de la date et de l'heure limites d'introduction de leur offre via l'invitation à remettre une offre qui leur a été adressée par *e-mail* et via l'application *e-Notification*. En l'espèce, la date et l'heure limites d'introduction des offres était le vendredi 16 octobre 2020 à 12h00;
- Conformément au point I.5. du cahier spécial des charges, “l'offre doit parvenir au pouvoir adjudicateur avant la date limite de réception des offres” et “les offres doivent être transmises sous format électronique via le site internet *e-Tendering*”; le pouvoir adjudicateur a toutefois donné l'autorisation aux candidats d'introduire à la fois une offre par des moyens électroniques et, à titre de sauvegarde, une copie sur support papier, la copie de sauvegarde en version papier de l'offre remise par le candidat devant être introduite dans les délais de réception impartis et ne pouvant être ouverte qu'en cas de défaillance lors de la transmission, la réception ou l'ouverture de l'offre transmise par des moyens électroniques;
- Il apparaît que le soumissionnaire Cohezio n'a pas remis son offre via l'application *e-Tendering*;
- Il apparaît que le soumissionnaire Cohezio a remis son offre sur support papier et que cette offre est parvenue au pouvoir adjudicateur le 19 octobre 2020;
- Il apparaît que les candidats ne peuvent plus remettre leur offre via l'application *e-Tendering* au-delà de la date et de l'heure limites de dépôt des offres, l'application étant inaccessible au-delà de la date et de l'heure limites de dépôt des offres;
- Il apparaît que l'application *e-Tendering* n'a pas subi de défaillance.
- Au vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que :
 - le soumissionnaire Cohezio a remis son offre au-delà de la date et de l'heure limites fixés dans l'invitation à présenter une offre;
 - le soumissionnaire Cohezio a remis son offre sous format “papier” plutôt que par le moyen électronique (*e-Tendering*) prescrit dans le cahier spécial des charges.
- En vue de se conformer aux règles initialement imposées dans les documents du marché, de ne pas porter atteinte à l'égalité de traitement entre les participants, et conformément à l'article 76, § 5, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, applicable aux marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation, le pouvoir adjudicateur décide de déclarer nulle et d'écarter l'offre de Cohezio dans la mesure où :
 - conformément à l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, 3^o de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, la date et l'heure limites d'introduction des offres constitue une exigence minimale fixée dans les documents du marché, de sorte que la remise tardive d'une offre constitue une irrégularité réputée substantielle; cette

irrégularité est par ailleurs de nature à donner un avantage au soumissionnaire ayant remis son offre tardivement;
- au surplus, conformément aux articles 76, § 1^{er}, alinéa 4, 2^o de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et 14 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, le non-respect des exigences aux moyens de communication constitue une irrégularité réputée substantielle;

Je vous remercie néanmoins de l'intérêt que vous avez manifesté pour ce marché.

18. Le 3 décembre 2020, la Partie requérante a réceptionné le courrier recommandé contenant l'extrait de l'Acte attaqué. À ce jour, la décision "complète" n'a pas été communiquée par *email* à la Partie requérante ».

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique, qu'elle expose comme suit :

« En ce que, la Partie adverse a déclaré l'offre de la Partie requérante irrecevable et l'a écartée car elle n'a pas été déposée avant le 16 octobre 2020 à 12h sur la plateforme électronique *eprocurement*;

Alors que, première branche, la Partie adverse n'a indiqué la date du 16 octobre 2020 à 12h comme date limite de dépôt ni dans le Cahier spécial des charges, ni dans l'invitation à soumissionner sur *eprocurement*;

Alors que, deuxième branche, la Partie adverse n'a pas inclus le document intitulé "lettre d'invitation" du 30 juillet 2020 sur le lien *eprocurement*, ni les informations qu'elle contenait;

Alors que, troisième branche, accepter l'offre de la Partie requérante n'aurait en aucun cas remis en cause l'égalité de traitement entre les soumissionnaires;

Que, dès lors, l'offre de la Partie requérante ne peut pas être considérée comme irrégulière dans la mesure où (i) elle n'a pas été déposée tardivement puisque la Partie requérante a déposé son offre dans le délai prévu au cahier spécial des charges et dans l'invitation à soumissionner sur *eprocurement* et où (ii) le dépôt sur *etendering* a irrégulièrement été empêché par la Partie adverse, de sorte que la Partie adverse a donc indûment écarté l'offre de la Partie requérante dans le cadre de l'Acte attaqué;

Que, à tout le moins, le retard de dépôt de l'offre de la Partie requérante (à supposer qu'il soit tardif) et l'absence de dépôt électronique sont exclusivement dus aux manquements de la Partie adverse, qui a induit en erreur la Partie requérante sur le fait qu'elle pouvait déposer son offre jusqu'au 19 octobre 2020 à 10h.

D'où il suit que l'Acte attaqué viole :

- Les articles 4 et 64 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics;
- Les documents de marché et en particulier le cahier spécial des charges et l'invitation à soumissionner sur *e-procurement*;
- L'article 94 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;
- Les articles 10 et 11 de la Constitution;

- Les principes d'égalité de non-discrimination, de transparence et d'égalité de traitement entre les soumissionnaires;

De sorte que, l'Acte attaqué doit être suspendu.

DÉVELOPPEMENTS

A. PREMIÈRE BRANCHE : la Partie adverse n'a indiqué la date du 16 octobre 2020 à 12h comme date limite de dépôt ni dans le Cahier spécial des charges, ni dans l'invitation à soumissionner sur *eprocurement*.

27. L'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit que

“ Les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée”.

28. L'obligation d'agir avec transparence impose à l'adjudicateur de rédiger des documents de marché clairs et suffisamment précis pour permettre aux soumissionnaires d'établir leur offre en toute connaissance de cause.

29. La Partie adverse a failli à cette obligation.

- ABSENCE DE MENTION DANS L'INVITATION À SOUMISSIONNER

30. L'article 94 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 prévoit que l'invitation doit contenir les éléments suivants :

“ [...]

1° les documents du marché, sauf si le pouvoir adjudicateur les met à disposition par des moyens électroniques en garantissant un accès gratuit, libre, complet et direct auxdits documents, auquel cas, elle mentionne l'adresse internet à laquelle ces documents peuvent être consultés;

2° la date et l'heure [limites] pour l'introduction des offres;

3° l'indication des documents à joindre éventuellement;

4° s'ils ne figurent pas dans les autres documents du marché, le ou les critères d'attribution conformément à l'article 81 de la loi, sauf le cas échéant dans les cas visés à l'article 42, § 3, alinéa 2, de la loi”.

31. Or en l'espèce, et comme le confirme la capture d'écran du lien *eprocurement*, l'“Invitation à soumissionner” ne faisait mention que d'une seule et unique date, à savoir celle du 19 octobre 2020 à 10h.

Paramètres du dossier

Numéro de dossier	IAQP/2020/02_nr1
Date d'envoi	30/07/2020
Date de début des dépôts	30/07/2020 09:37:58
Date d'ouverture	19/10/2020 10:00:00
Lien vers e-Tendering	Accéder à la plate forme e-Tendering

Documents

25 2 éléments trouvés, Afficher éléments.1

Nom du document	Language	Type/ taille	Créé dans	Signer
Cahier des charges IDPBW-SIPPT-FIN16-07-2020.docx	fr-FR	78.733 kb	30/07/2020	
Bestek IDPBW-SIPPT-NL-DEF16-07-2020.docx	nl-NL	102.526 kb	30/07/2020	

2 éléments trouvés, Afficher éléments.1

[Télécharger tous les documents](#)

32. Dans la mesure où seule la Partie adverse était tenue, par la loi, d'indiquer à tout le moins "la date et l'heure [limites] pour l'introduction des offres", il est légitime que Cohezio ait pu considérer que la date du 19 octobre 2020 constituait la date de dépôt des offres.

33. Si la Partie adverse devait prétendre que la date du 19 octobre 2020 ne constituait pas la date limite de dépôt des offres, dans ce cas, la Partie adverse n'aurait pas respecté l'article 94 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 qui impose pourtant cette mention.

34. L'Acte attaqué doit donc être suspendu.

- ABSENCE DE MENTION DANS LE CAHIER SPECIAL DES CHARGES

35. La date limite de dépôt des offres, au même titre que le contenu des critères d'attribution, fait partie des informations essentielles permettant aux soumissionnaires de répondre utilement à un appel d'offres, raison pour laquelle la doctrine spécialisée énonce que cette date doit être contenue dans le cahier spécial des charges :

“ La réglementation ne fixe pas le contenu minimum que doit comporter le cahier spécial des charges. Un certain nombre d'indications doivent toutefois nécessairement y figurer sous peine de rendre la procédure impossible à mener à son terme. [...]

En tous cas, le cahier spécial des charges indique au moins :

- L'adjudicateur, sous sa dénomination officielle;
- L'objet du marché, c'est-à-dire, s'il s'agit d'un marché de travaux, de fourniture ou de services, avec mention soit de la nature des travaux et

- l'endroit où ils doivent être exécutés, soit du type et de l'importance des fournitures, soit du genre de prestations à accomplir;
- La procédure de passation de marché (procédure ouverte ou restreinte, procédure négociée...);
- le mode de détermination des prix, c'est-à-dire marché à prix global, marché à bordereau de prix, ou marchés mixte; le cas échéant, dans les cas où la loi autorise la conclusion du marché sans fixation forfaitaire des prix, le cahier spécial des charges précise s'il s'agit d'un marché à remboursement ou d'un marché à prix provisoires d'abord, à prix forfaitaire ensuite lorsque les conditions d'exécution sont bien connues, ou encore d'un marché en partie à remboursement, en partie à prix forfaitaires;
- le délai de réception des offres;
- l'adresse à laquelle les offres doivent être envoyées ou remises”.

36. Il est indiscutable que seule la date du 19 octobre 2020, et non la date du 16 octobre 2020, était mentionnée dans le Cahier spécial des charges :

I.6 Ouverture des offres

Lieu : Services de l'Administrateur délégué
 8^e étage, salle du Staff
 Boulevard du Jardin Botanique 55
 B-1000 Bruxelles
 Date : 19/10/2020 à 10H00

37. Ainsi, comme l'on comprend de l'Acte attaqué, le Cahier spécial des charges ne contenait pas l'information relative à la date de dépôt des offres.

38. L'Acte attaqué doit, pour ce seul défaut de mention, être suspendu.

39. En outre, il est incontestable que cette rédaction du Cahier spécial des charges a incontestablement induit en erreur les soumissionnaires, les laissant penser qu'ils pouvaient procéder au dépôt de leur offre jusqu'au 19 octobre 2020, 10h, et ce pour les raisons suivantes :

40. Premièrement, cette date était la seule indiquée dans l'ensemble du Cahier spécial des charges. Or, comme indiqué ci-avant, la date essentielle à prendre en considération par les soumissionnaires pour qu'ils puissent préparer leurs offres est celle de dépôt des offres. La Partie requérante pouvait alors légitimement penser que le 19 octobre 2020 correspondait à cette date, d'autant plus que la date était indiquée, dans le Cahier spécial des charges, à la suite directe des explications relatives au dépôt des offres :

L'offre doit parvenir au pouvoir adjudicateur avant la date limite de réception des offres. Afin de remédier à certains aléas de la transmission, de la réception ou de l'ouverture des offres introduites par des moyens électroniques, le pouvoir adjudicateur donne l'autorisation au soumissionnaire d'introduire à la fois une offre par des moyens électroniques et, à titre de sauvegarde, une copie établie par des moyens électroniques ou sur support papier; Cette copie de sauvegarde est glissée dans une enveloppe définitivement scellée qui porte clairement la mention “copie de sauvegarde” et est introduite dans les délais de réception impartis. Cette copie ne peut être ouverte qu'en cas de défaillance lors de la transmission, la réception ou l'ouverture de l'offre transmise par des moyens électroniques. Elle remplace dans ce cas définitivement le document transmis par des moyens électroniques. La copie de sauvegarde est par ailleurs soumise aux règles du présent cahier spécial des charges.

La copie de sauvegarde est établie sur papier et est glissée sous pli définitivement scellé mentionnant la date de la séance d'ouverture et le numéro du cahier spécial des charges (Réf : FAW-AFSCA/2020/02) ou l'objet

du marché. Ce pli sera glissé dans une seconde enveloppe portant les mentions suivantes :

- Dans le coin supérieur à gauche :
“Ne pas ouvrir par le service de courrier interne”
“Copie de sauvegarde - OFFRE Réalisation de missions en tant que service externe pour la prévention et la protection au travail”
- À l’endroit prévu à cet effet, l’adresse du destinataire. Elle est envoyée par service postal ou remise par porteur. En cas d’envoi par service postal, ce pli définitivement scellé est glissé dans une seconde enveloppe fermée portant clairement la mention “Copie de sauvegarde - OFFRE”.

Vous trouverez de plus amples informations sur le site internet suivant : <http://www.publicprocurement.be>, ou via le helpdesk “e-procurement” au numéro : + 32 (0)2 790 52 00.

Séance d’information pour les soumissionnaires

Aucune séance d’information n’est prévue pour les soumissionnaires.

Toute question relative au présent marché sera posée exclusivement par le biais du “forum” attendant à l’avis de marché accessible sur le site <https://enot.publicprocurement.be>, au plus tard le 30/09/2020.

Passé ce délai, plus aucune question ne sera ni acceptée ni traitée.

Le pouvoir adjudicateur publiera les réponses aux questions sur ce forum au plus tard huit jours de calendrier avant la date ultime de la remise des offres.

I.6 Ouverture des offres

Lieu : Service de l’Administrateur délégué
8^e étage, salle du Staff
Boulevard du Jardin botanique 55
B-1000 Bruxelles

Date : 19/10/2020 à 10H00

41. Deuxièmement, cette confusion est renforcée par le fait que la date d’ouverture des offres, au contraire de la date de dépôt, n’est aucunement primordiale pour les soumissionnaires dans l’établissement de leurs offres. En effet, pourquoi indiquer la date d’ouverture des offres, et uniquement celle-ci, dans le Cahier spécial des charges, si la Partie adverse savait pertinemment qu’elle n’accepterait pas les offres déposées avant cette date, mais après le 16 octobre 2020?

Cette rédaction manque donc à toute logique, et ne respecte donc pas le principe de transparence auquel la Partie adverse était tenue.

42. Troisièmement, il n’échappera pas à la Partie adverse que le Cahier spécial des charges est le document de marché principal sur lequel tout soumissionnaire se fonde afin de préparer son offre, de sorte qu’ils s’attendent à y trouver toutes les informations nécessaires à cette fin.

43. Dans ses conditions, il ne fait donc aucun doute que la Partie adverse (i) a manqué à son obligation de respecter le principe de transparence comme le commande l’article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, et n’a pas respecté l’article 94 de de l’Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et (ii) que ces manquements sont la cause exclusive du dépôt tardif de l’offre de la Partie requérante et (iii) que la

décision de la Partie adverse de déclarer l'offre de Cohezio irrecevable est contraire au cahier spécial des charges et à l'invitation à soumissionner sur *eprocurement*.

44. Le moyen unique est donc sérieux en sa première branche. L'Acte attaqué doit donc être suspendu.

B. DEUXIÈME BRANCHE : la Partie adverse n'a pas inclus le document intitulé "lettre d'invitation" adressée le 30 juillet 2020 sur le lien *eprocurement*, ni les informations qu'elle contenait

45. À considérer que le document annexé à l'*email* adressé à la Partie adverse le 30 juillet 2020 constituait l'invitation à soumissionner dont question à l'article 94 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017, *quod non*, encore faudrait-il considérer que ce document constitue un document de marché au sens de l'article 2, 43° de la loi du 17 juin 2016 qui devait donc se retrouver sur la plateforme *etendering* conformément à l'article 64 de la loi du 17 juin 2016.

46. Or, comme indiqué ci-avant, seul le Cahier spécial des charges était disponible au téléchargement et, comme indiqué sous la première branche, les informations générales "paramètres du dossier" ne faisait pas mention de la date de dépôt de l'offre.

47. En l'espèce, la Partie requérante n'avait d'ailleurs strictement aucune raison de (penser qu'elle devait) se reporter à la lettre d'invitation envoyée le 30 juillet 2020, soit près de 3 mois avant la période de dépôt des offres, tant il semblait clair, en vertu du Cahier spécial des charges et des indications reprises sur le lien *eprocurement*, que les offres seraient acceptées jusqu'au 19 octobre 2020 (comme expliqué ci-dessus).

48. Le moyen unique est donc sérieux en sa deuxième branche. L'Acte attaqué viole donc les articles 64 de la loi du 17 juin 2016 et doit dès lors être suspendu.

C. TROISIÈME BRANCHE : accepter l'offre de la Partie requérante n'aurait en aucun cas remis en cause l'égalité de traitement entre les soumissionnaires

49. Votre Conseil a déjà considéré qu'une décision écartant une offre déposée tardivement par un soumissionnaire, dont le retard a été causé exclusivement par le comportement de l'adjudicateur, devait être suspendue. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'aucun des autres soumissionnaires ne peut être préjudicié par le dépôt tardif de l'offre.

Ce raisonnement est parfaitement logique, tant il paraîtrait inéquitable de faire supporter aux soumissionnaires les conséquences des manquements de l'adjudicateur. Refuser une offre dans un tel cas contreviendrait également aux principes de non-discrimination et de transparence, le soumissionnaire en question se trouvant dans l'impossibilité de soumissionner à un marché pour des raisons indues.

50. Or, en l'espèce, il ne fait aucun doute, au vu des explications qui précèdent, que la Partie requérante a déposé son offre de façon tardive du fait des informations erronées, floues et manquantes mises à sa disposition dans le Cahier spécial des charges ou encore sur le lien *eprocurement* quant à la date limite de dépôt des offres.

51. À noter également que la Partie requérante a envoyé son offre par la poste le 16 octobre 2020 en début d'après-midi. Il ne fait donc aucun doute que, si elle avait été dûment informée de la date limite de dépôt fixée à midi ce même jour, elle aurait parfaitement été en capacité de le faire.

L'offre de la Partie requérante devait donc être déclarée régulière et acceptée par la Partie adverse.

52. Cette conclusion ne saurait être remise en cause par le fait que la Partie requérante n'aurait pas déposé son offre sur la plateforme électronique *e-procurement*, la Partie adverse reconnaissant elle-même que cela n'était plus possible après la date limite de dépôt des offres :

“ Il apparaît que les candidats ne peuvent plus remettre leur offre via *e-Tendering* au-delà de la date et de l'heure limites de dépôts des offres”.

L'offre de la Partie requérante ne pouvait donc être refusée pour le simple fait qu'elle n'aurait pas respecté les conditions de dépôts des offres, cela découlant directement des manquements de la Partie adverse exposés ci-avant.

53. De même, le refus de la Partie adverse de recevoir et d'examiner l'offre de la Partie requérante ne saurait être justifié par la prétention que, accepter une telle offre reçue le 19 octobre 2020, romprait l'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

En effet, comme exposé ci-avant, l'offre de la Partie requérante a été envoyée le 16 octobre 2020, de sorte que celle-ci n'a pas disposé de temps supplémentaires pour peaufiner ou modifier son offre par rapport aux autres soumissionnaires. Au moment du dépôt de l'offre de la Partie requérante, les offres n'avaient par ailleurs pas encore été ouvertes.

Le fait d'accepter l'offre de la Partie requérante n'aurait donc en aucun cas brisé l'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

Au regard des circonstances de l'espèce, il n'y avait donc aucune raison valable de refuser de prendre en compte l'offre de la Partie requérante.

54. En conséquence l'Acte attaqué est illégal en ce qu'il a déclaré l'offre de la Partie requérante irrégulière et l'a écartée, en violation des principes de transparence et de non-discrimination.

55. Le moyen unique est donc sérieux en sa troisième branche. L'Acte attaqué doit être suspendu ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la première branche

Au titre de la première branche, la requérante reproche à la partie adverse de n'avoir indiqué l'échéance du délai de présentation des offres ni dans l'invitation à soumissionner sur la plate-forme *e-procurement*, ni dans le cahier spécial des charges du marché litigieux.

S'agissant du premier des deux manquements ainsi reprochés, la requérante invoque l'article 94 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, libellé comme suit :

- « Lorsque plusieurs opérateurs économiques sont consultés, en procédure négociée sans publication préalable, ceux-ci sont invités simultanément et par écrit à présenter une offre. Cette invitation contient au moins les éléments suivants :
- 1° les documents du marché, sauf si le pouvoir adjudicateur les met à disposition par des moyens électroniques en garantissant un accès gratuit, libre, complet et direct auxdits documents, auquel cas, elle mentionne l'adresse internet à laquelle ces documents peuvent être consultés;
 - 2° la date et l'heure limites pour l'introduction des offres;
 - 3° l'indication des documents à joindre éventuellement;
 - 4° s'ils ne figurent pas dans les autres documents du marché, le ou les critères d'attribution conformément à l'article 81 de la loi, sauf le cas échéant dans les cas visés à l'article 42, § 3, alinéa 2, de la loi ».

Les précisions données au point 6 de l'exposé des faits, à propos du lien mis à la disposition des opérateurs consultés, sont extraites de l'invitation à soumissionner qui leur a été adressée, en annexe d'un courrier électronique, le 30 juillet 2020. Cette invitation, expressément présentée comme telle ainsi que l'attestent les copies produites par chacune des parties, mentionnait bien la date du 16 octobre 2020 à 12 heures comme échéance du délai de présentation des offres. Cette mention n'est nullement contestée par la requérante.

En insistant sur le fait - dont elle se prévaut à l'aide de la « capture d'écran » reproduite aux points 7 et 31 de la requête, sans toutefois que les débats tenus en extrême urgence aient permis d'établir si cette reproduction rendait effectivement compte des mentions figurant sur l'écran auquel les soumissionnaires avaient accès avant l'échéance du 16 octobre 2020 à 12 heures - que l'« Invitation à soumissionner » affichée dans la partie *e-Notification* de la plate-forme *e-Procurement* ne mentionnait pas la date et l'heure de cette échéance, la requérante semble perdre de vue que l'invitation à soumissionner, contenant ces date et heure, lui a effectivement été adressée par le courrier électronique du 30 juillet 2020, de sorte que ne peut être sérieusement formulé le grief de méconnaissance de l'article 94 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité. Quant à l'absence de mention de ces date et heure dans la partie *e-Notification* de la plate-forme *e-procurement*, la requérante n'indique pas, au titre de cette première branche, les dispositions et principes dont elle emporterait la violation.

En ce qui concerne le deuxième des manquements reprochés au titre de la première branche du moyen unique, à savoir l'absence de mention de l'échéance du délai de présentation des offres dans le cahier spécial des charges, et s'il est sans doute curieux que la partie adverse n'ait pas pris le soin de préciser dans ce document du marché l'échéance du délai de présentation des offres, alors que, d'une part, d'autres modalités de cette présentation y étaient annoncées sous le titre « I.5 Dépôt des offres » et que, d'autre part, la date d'ouverture des offres (fixée le « 19/10/2020 à 10H00 ») était, quant à elle, annoncée sous le titre « I.6 Ouverture

des offres », force est de constater que le moyen ne fait pas apparaître les principes et dispositions qui seraient méconnus en raison de cette lacune.

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

B. Quant à la deuxième branche

L'article 64 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est libellé comme suit :

« § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur offre, par moyen électronique, un accès gratuit, sans restriction, complet et direct aux documents du marché à partir de la date de publication d'un avis de marché. Le texte de l'avis précise l'adresse internet à laquelle les documents du marché sont accessibles.

Lorsqu'il n'est pas possible ou obligatoire d'offrir un accès gratuit, sans restriction, complet et direct par moyen électronique à certains documents du marché pour une des raisons mentionnées à l'article 14, § 2, alinéa 1^{er}, le pouvoir adjudicateur peut indiquer dans l'avis que les documents du marché concernés seront transmis par d'autres moyens que des moyens électroniques, conformément à l'article 14, § 2, alinéa 3. Dans ce cas également, l'accès est gratuit.

Dans un tel cas, le délai de présentation des offres est prolongé de cinq jours, sauf les cas d'urgence dûment motivée visés aux articles 36, § 3, 37, § 4, et 38, § 3, alinéa 3.

Lorsqu'il n'est pas possible d'offrir un accès gratuit, sans restriction, complet et direct par voie électronique à certains documents du marché parce que le pouvoir adjudicateur entend appliquer l'article 13, § 3, celui-ci indique dans l'avis les mesures qu'il impose en vue de protéger la confidentialité des informations, ainsi que les modalités d'accès aux documents concernés. Dans un tel cas, le délai de présentation des offres est prolongé de 5 jours, sauf les cas d'urgence dûment motivés visés aux articles 36, § 3, 37, § 4, et 38, § 3, alinéa 3.

§ 2. Le pouvoir adjudicateur fournit à tous les opérateurs économiques participant, de quelque manière que ce soit, à la procédure de passation les renseignements complémentaires relatifs aux documents du marché et tout document justificatif six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant que la demande en ait été faite en temps utile. Dans le cas d'une procédure accélérée visée à l'article 36, § 3, et à l'article 37, § 5, ce délai est de quatre jours ».

Cette disposition fixe les modalités de mise à disposition des documents du marché par la voie électronique et leurs incidences éventuelles sur la durée du délai de présentation des offres. À supposer qu'elle doive - comme le soutient la requérante - s'interpréter en ce sens qu'elle implique l'obligation de mettre à disposition sur la plate-forme *e-Procurement* l'invitation à soumissionner, dès lors que celle-ci doit être considérée comme un document du marché, le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi le défaut de mise à disposition, selon cette modalité, a pu

causer grief à la requérante, celle-ci ayant pu en disposer par l'envoi du courriel généré par la plate-forme, ce qu'elle ne conteste pas.

La requérante n'a pas intérêt au moyen en sa deuxième branche.

C. Quant à la troisième branche

En sa troisième branche, le moyen fait grief à la partie adverse de n'avoir pas accepté l'offre de la requérante, alors que cette réaction n'aurait pas remis en cause l'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

À la lecture des développements du moyen (et, en particulier, du point 54 de la requête), ce grief paraît devoir se comprendre comme suggérant que la partie adverse a ainsi méconnu les principes de transparence et de non-discrimination. Ces développements n'indiquent toutefois ni en quoi le principe de transparence serait méconnu, ni en quoi l'attitude critiquée de la partie adverse révélerait la méconnaissance d'une obligation imposée par ou déduite du principe de non-discrimination.

Il s'impose, en outre, de relever que le moyen repose, en cette branche, sur l'affirmation que le retard de dépôt de l'offre de la requérante serait imputable à un comportement de la partie adverse, plus particulièrement aux manquements qui - à l'estime de la requérante - doivent lui être reprochés. Ce retard résulterait, par ailleurs, « du fait des informations erronées, floues et manquantes mises à [la] disposition [de la requérante] dans le cahier spécial des charges ou encore sur le lien *eprocurement* quant à la date limite de dépôt des offres ». Il ressort toutefois de l'examen de la cause, dans le cadre d'une procédure en extrême urgence, d'une part, qu'aucun manquement imputable à la partie adverse ne peut, au vu des différents griefs formulés par le moyen, être sérieusement décelé et, d'autre part, qu'il ne peut, *prima facie*, être question d'« informations erronées, floues et manquantes », et ce d'autant moins que la requérante omet systématiquement d'avoir égard au fait que l'invitation à faire offre contenant l'échéance litigieuse lui a bien été adressée dans des conditions à l'égard desquelles elle n'élève aucune critique.

Le moyen ne peut davantage être déclaré sérieux en sa troisième branche.

V. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de son offre, qu'elle identifie comme étant la pièce A de son dossier.

La partie adverse fait de même pour les trois offres déposées dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux, lesquelles sont identifiées comme étant les pièces A, B et C du dossier administratif.

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

VI. 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.

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.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces A, B et C du dossier administratif et la pièce A, annexée à la requête, sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

La partie requérante supporte les 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 VI^e chambre siégeant en référé, le 22 janvier 2021 par :

David De Roy,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy