

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

n^o 250.295 du 1^{er} avril 2021

A.233.168/VI-22.007

En cause : **la société anonyme CEGELEC INFRA TECHNICS,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR et
Mathilde VILAIN XIII, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles,

contre :

la société anonyme de droit public INFRABEL.
ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT et
Anne-Sophie BOUVY, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

Parties intervenantes :

**1. la société anonyme VOLKER WESSELS TELECOM
BELGIUM,**

2. la société anonyme VISSER & SMIT HANAB,
ayant élu domicile chez
M^e Carlos DE WOLF, avocat,
Etikhovestraat 6
9680 Maarkedal.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 13 mars 2021, la société anonyme Cegelec Infra Technics demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision du 24 février 2021 prise par la SA de droit public Infrabel « de donner son approbation pour la décision motivée d'attribution d'un accord-cadre pour le remplacement des sites GSM'R d'ancienne génération et des systèmes d'antennes passives et la construction de nouveaux sites pour une durée de 4 ans, à la firme THV VWT-VSH, pour un montant total de 2.209.151,84 € (HTVA) pour toute la durée du contrat ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 15 mars 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 29 mars 2021.

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

Par une requête introduite le 22 mars 2021, la société anonyme VOLKER WESSELS TELECOM BELGIUM et la société anonyme VISSER & SMIT HANAB demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

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^e Mathilde Vilain XIII, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Bruno Lombaert et Anne-Sophie Bouvy, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Carlos De Wolf, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève Martou, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis contraire.

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 sont les suivants :

- « 1. La partie adverse, Infrabel, est l'adjudicateur d'un accord-cadre de fournitures pour "le remplacement des sites GSM'R d'ancienne génération et des systèmes d'antennes passives et la construction de nouveaux sites".
Un avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications le 13 septembre 2018 [...], et au Journal Officiel de l'Union européenne le 15 septembre 2018 [...].
Il s'agit d'un accord-cadre passé dans les secteurs spéciaux.

2. Le Cahier spécial des charges (ci-après le “CSC”) précise que la procédure d’attribution suivie en l’espèce est la procédure négociée avec mise en concurrence préalable [...].

Dès la première page du CSC, il est rappelé que la communication dans le cadre de la procédure de passation se fera par moyens électroniques, les modalités de dépôt des offres étant renseignées comme suit [...]:

“ L’offre doit être introduite et signée uniquement sur le site web *e-Tendering* de la plateforme *e-Procurement* (voir chapitre 10 de la troisième partie du présent cahier spécial des charges).

La date et remise d’offre sont renseignées dans la lettre d’invitation à soumissionner.

Il est à noter que les moyens électroniques via le site web *e-Tendering* seront utilisés pendant toute la procédure de passation. Les informations sur l’enregistrement et l’utilisation de *e-tendering* peuvent être obtenues via

- le *helpdesk* 0032 (0)2 740 80 00

- ou sur le site : <https://eten.publicprocurement.be/etendering/home.do>

Les soumissionnaires sont invités dès à présent à remettre offre avec son/leur offre économiquement la plus avantageuse dans la mesure où Infrabel se réserve le droit, durant les éventuelles négociations, portant ou non sur le prix, le coût ou le meilleur rapport qualité/prix de ne mener que celles-ci, de manière éventuellement exclusive qu’avec le(s) soumissionnaire(s) le(s) mieux classé(s).

L’adjudicateur se réserve le droit de ne pas négocier les offres reçues et d’attribuer le marché sur base des premières offres.

Toute offre doit parvenir avant la date et l’heure limites de dépôt. Les offres parvenues tardivement ne seront pas acceptées.” [...].

3. Le 9 octobre 2020, les soumissionnaires ont été informés, par *e-mail* d’Infrabel [...] ainsi que par une communication de la plateforme *e-Procurement* [...], que les offres finales (ci-après « BAFO ») devaient être remises pour le 6 novembre 2020, à 10 heures au plus tard.

Le 5 novembre 2020, Infrabel informait les soumissionnaires par *e-mail* [...] que :

“ Nous avons constaté dans l’invitation *e-tendering* qu’il n’y a pas de lien vers le site *e-tendering* pour permettre de remettre votre offre.

Nous allons corriger ce point en renvoyant une nouvelle invitation avec un lien *e-tendering*. La date de remise des offres n’est donc plus demain mais sera précisée dans l’invitation.

La date de remise des offres n’est donc plus demain mais sera précisée dans l’invitation.”

La communication reçue par Cegelec contenait pourtant bien un tel lien (pièce n°7, p. 4).

Quoi qu’il en soit, le jour même, Cegelec a reçu une nouvelle communication de la plateforme *e-Procurement*, portant cette fois la date ultime pour le dépôt des BAFO au 13 novembre 2020, à 10 heures [...].

La veille, Cegelec a déposé sa BAFO sur la plateforme *e-Tendering* [...].

4. Le 23 novembre 2020, Infrabel a envoyé un courrier aux soumissionnaires, les informant que :

“ Dans le cadre de la procédure pour le dossier mentionné ci-dessus, une faute est survenue dans l’utilisation de la plateforme *e-tendering*. La conséquence de cela est que tous les soumissionnaires n’ont pas eu la possibilité de remettre leur offre dans le délai déterminé.

En vue d’assurer un traitement égalitaire entre tous les soumissionnaires, Infrabel ne tiendra pas compte des offres du 13/11/2020.

La possibilité va être offerte à tous les soumissionnaires de remettre une nouvelle offre (BAFO et par conséquent uniquement sur les aspects financiers de votre offre).

L’ouverture de cette BAFO se tiendra à une date à définir sur *e-tendering* conformément à l’envoi du mail via e-notification.” [...].

Le même jour, Cegelec recevait une nouvelle invitation par *e-Procurement*, portant le délai pour la remise de nouvelles BAFO au 30 novembre 2020, à 14 heures (pièce n°12).
À cette date, 3 soumissionnaires ont déposé offre, dont la partie requérante [...].

5. Il ressort du rapport d'attribution que le classement final des offres est le suivant [...] :

CRITERES	Fabricom SA	Association momentanée VWT-VSH	SA Cegelec Infra Technics
Prix	68,23	77,61	85
Délais de livraison et de réponse	5	5	5
Garantie	1	10	2
Score total sur 100	74,23	92,61	92
Classement final	3	1	2

Les événements concernant le dépôt des BAFO sont relayés comme suit dans le rapport :

« Afin d'obtenir de meilleures conditions financières un RFQ2/BAFO a été envoyé le 09/10/2020 aux 3 soumissionnaires.
Le délai limite pour la remise des offres RFQ2 était fixé au 06/11/2020 à 10h.
La date a par la suite été déplacée au 13/11/2020 à 10h.
Une faute est malheureusement survenue dans l'utilisation de la plateforme *e-tendering*. La conséquence de cela est que tous les soumissionnaires n'ont pas eu la possibilité de remettre leur offre dans le délai déterminé.
En vue d'assurer un traitement égalitaire entre tous les soumissionnaires, Infrabel n'a pas tenu compte des offres reçues le 13/11/2020.
Les soumissionnaires ont été informés et ils ont tous reçus la possibilité de remettre une nouvelle offre (BAFO concernant donc uniquement les aspects financiers de l'offre). »

6. Le 24 février 2021, Infrabel a par conséquent adopté une décision d'attribution de l'accord-cadre à la société momentanée THV VWT-VSH [...].
Il s'agit de l'acte attaqué.
La non-attribution de ce marché a été notifiée à Cegelec par courrier recommandé et par *e-mail* du 25 février 2021 [...].

7. La motivation de la décision d'attribution ainsi transmise soulève cependant des questions, ayant mené Cegelec à adresser un courrier à Infrabel le 4 mars 2021, contenant l'interrogation suivante [...] :

“ Pourriez-vous nous indiquer (i) s'il est vérifié que la plateforme était effectivement indisponible au moment du dépôt des RFQ2/BAFO – cette difficulté ne pouvant être imputable à l'utilisateur – et (ii) quel soumissionnaire a été confronté à des difficultés à cet égard ?
Vu le délai d'introduction de recours, pourriez-vous nous répondre au plus tard pour le mardi 9 mars prochain ? ”

Infrabel a répondu à ces questions par un courrier du 9 mars 2021, dans lequel les informations suivantes sont renseignées [...] :

“ Comme déjà communiqué dans notre courrier du 20/11/2020, Infrabel a dû constater que, lors de l'invitation du 5/11/2020 à remettre offre (BAFO) pour le 13/11/2020 sur *e-tendering*, Infrabel avait malencontreusement encodé une adresse *e-mail* erronée pour un des soumissionnaires. Ceci a eu pour conséquence que le soumissionnaire en question n'a pu remettre offre, étant donné qu'il n'avait donc pas reçu l'invitation.

Infrabel a fait le constat de cette situation après ouverture des offres, de telle manière qu'une prolongation du délai de remise des offres n'était plus une solution possible.

Afin de garantir l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires, Infrabel a alors décidé de ne pas tenir compte des offres du 13/11/2020 et a ainsi donné la possibilité à tous les soumissionnaires de remettre une nouvelle offre (BAFO) pour le 30/11/2020.

Dans le cadre du principe de transparence, Infrabel a informé tous les soumissionnaires de cette situation dans un courrier du 20/11/2020 : suite à ce courrier, nous n'avons reçu aucune remarque ni aucune réaction de la part de Cegelec."

Ces explications ne permettant pas à Cegelec de comprendre la décision attaquée, et semblant mettre en avant certaines incohérences pouvant mener à l'irrégularité de cette décision, ne laissaient d'autre choix à Cegelec que d'introduire la présente requête afin d'obtenir la lumière quant aux événements dénoncés et un accès complet aux documents du dossier administratif concernant ces événements ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 22 mars 2021, la société anonyme Volker Wessels Telecom Belgium et la société anonyme Visser & Smit Hanab demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Formant l'association momentanée à laquelle l'acte attaqué attribue le marché litigieux, elles ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

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

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen, « pris de la violation de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; des articles 63, § 1^{er}, et 89 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux; des principes généraux d'égalité de traitement, d'impartialité et de transparence; du principe *patere legem quam ipse fecisti*; du CSC; du devoir de minutie », « [e]n ce qu'il résulte des faits communiqués à la partie requérante que deux soucis se sont apparemment produits lors de la remise des BAFO :

- le 5 novembre 2020, la partie adverse se rend apparemment compte que l'invitation à déposer offre pour le 6 novembre ne contiendrait pas de lien et postpose le délai de remise des offres au 13 novembre 2020 ("premier report");

- le 23 novembre 2020, la partie adverse se rend apparemment compte qu'il lui "manque" une BAFO qui devait être remise le 13 novembre 2020 et demande aux soumissionnaire de remettre une nouvelle BAFO, pour le 30 novembre 2020 ("second report en vue d'admettre des nouvelles BAFO") », et « [q]ue, partant, Infrabel a décidé de ne pas tenir compte des BAFO déposées le 13 novembre 2020, et d'accorder aux soumissionnaires un nouveau délai pour déposer une BAFO, en raison d'un problème "d'utilisation" de la plateforme *e-Tendering* qui aurait empêché un soumissionnaire de déposer sa BAFO en temps utile, [a]lors que, première branche, l'adjudicateur ne peut prolonger le dépôt des offres que lorsque le problème technique découle d'une indisponibilité de la plateforme, et non du fait du soumissionnaire ou de l'adjudicateur lui-même », et « [a]lors que, seconde branche, l'adjudicateur ne peut en tout état de cause pas prolonger le délai pour le dépôt des offres dans le seul but d'avantager un soumissionnaire ».

Ce moyen fait l'objet des développements suivants:

« 4.1.2 Développement de la première branche

(a) Les principes applicables

16. L'article 89 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux (ci-après "AR Passation"), consacre le principe selon lequel :

“ Lorsque la procédure négociée est utilisée, toute offre doit parvenir avant la date et l'heure de d'introduction des offres. Les offres parvenues tardivement ne sont pas acceptées.”

Ce principe était explicitement confirmé dans le CSC d'Infrabel [...]:

“ Toute offre doit parvenir avant la date et l'heure limites de dépôt. Les offres parvenues tardivement ne seront pas acceptées.”

17. Dans certaines circonstances, l'adjudicateur peut cependant prolonger le délai fixé pour le dépôt des offres.

Ainsi, la possibilité de prolonger la date de dépôt des offres en raison d'une indisponibilité de la plateforme *e-Tendering* est prévue par l'article 63, § 1^{er}, de l'AR Passation :

“ 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.”

Le Rapport au Roi de l'arrêté royal "réparation" du 7 février 2014, ayant introduit cette disposition dans la réglementation, ajoute encore que :

“ 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.”

18. Votre Conseil ne manque pas de préciser quant à lui que :

“ 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” [...].

Il en découle que la prolongation du dépôt des offres ne peut être prévue sur base de l’article 63 de l’AR Passation que si les difficultés rencontrées avec la plateforme *e-Tendering* sont propres à l’indisponibilité technique de cette plateforme, et non par exemple à une mauvaise utilisation de celle-ci ou une mauvaise connexion du côté du soumissionnaire. Il revient alors à l’adjudicateur de s’assurer de l’indisponibilité effective de la plateforme.

19. De la même manière, l’indisponibilité de la plateforme ne peut évidemment découler de l’erreur de l’adjudicateur lui-même. La jurisprudence précitée de Votre Conseil vise effectivement indistinctement les perturbations qui sont imputables à l’utilisateur de la plateforme, visant ainsi tant le soumissionnaire que l’adjudicateur, lorsqu’ils utilisent la plateforme.

Il est intéressant de renvoyer à cet égard, par analogie, à la jurisprudence de Votre Conseil en matière de tardiveté des offres, qui, bien que portant sur l’ancienne réglementation, reste parfaitement pertinente sur le fond :

“ Même lorsque la tardiveté d’une offre est imputable à une irrégularité de l’administration, cela ne justifie pas que cette offre soit prise en considération” [...].

Cette jurisprudence est cohérente par rapport aux précisions apportées par le Rapport au Roi relatif à l’article 90, §2, de l’arrêté royal du 15 juillet 2011 :

“ que la cause en soit imputable ou non au soumissionnaire, cette remise tardive donne lieu à la non-acceptation de l’offre concernée. C’est précisément en posant une limite absolue que l’égalité de traitement de tous les participants est assurée en la matière, ceux-ci ayant la garantie que toute offre remise tardivement sera refusée. Cette règle de base stricte a aussi été retenue pour éviter les abus et mettre fin à une tendance récente d’une partie de la jurisprudence. Cette tendance partait du principe que les dispositions actuelles de l’article 104 de l’arrêté royal du 8 janvier 1996 ne doivent pas nécessairement conduire à une irrégularité si l’égalité des soumissionnaires n’est pas compromise.” [...].

Ainsi, si un soumissionnaire n’a pas la possibilité de déposer son offre dans le temps en raison d’une erreur de l’adjudicateur lui-même, il pourrait éventuellement réclamer un dédommagement à l’adjudicateur pour son erreur, mais ce n’est pas pour autant une raison suffisante pour admettre qu’une offre soit déposée après la date limite fixée pour tous les soumissionnaires. Il en va du respect du principe d’égalité de traitement des participants.

De même, le pouvoir adjudicateur ne pourrait pas prolonger le délai de remise des offres (comme Infrabel l’a fait le 5 novembre 2020 en reportant le délai au 13 novembre 2020) ni accepter une nouvelle offre finale (comme Infrabel l’a fait le 23 novembre en demandant de nouvelles BAFO aux soumissionnaires pour le 30 novembre 2020) pour « repêcher » un soumissionnaire qui n’a pas pu remettre offre pour une raison étrangère à l’indisponibilité de la plateforme.

(b) Application au cas d’espèce

20. Le CSC confirmait explicitement que “Toute offre doit parvenir avant la date et l’heure limites de dépôt. Les offres parvenues tardivement ne seront pas acceptées.” [...].

Or, il semble à la lecture du rapport d’attribution qu’Infrabel aurait été confronté à au moins une offre tardive [...]:

“ Une faute est malheureusement survenue dans l'utilisation de la plateforme *e-tendering*. La conséquence de cela est que tous les soumissionnaires n'ont pas eu la possibilité de remettre leur offre dans le délai déterminé. En vue d'assurer un traitement égalitaire entre tous les soumissionnaires, Infrabel n'a pas tenu compte des offres reçues le 13/11/2020. Les soumissionnaires ont été informés et ils ont tous reçus la possibilité de remettre une nouvelle offre (BAFO concernant donc uniquement les aspects financiers de l'offre).” [...].

A la lecture de ce passage, Cegelec comprend qu'au lieu d'écarter la ou les offre(s) tardive(s), Infrabel a donc accordé un second report à tous les soumissionnaires pour déposer une nouvelle BAFO, sous prétexte d'un problème d'utilisation de la plateforme *e-Tendering*.

21. Il est impossible de déduire de ce rapport quel soumissionnaire aurait rencontré un problème avec la plateforme *e-Tendering*, ni lequel.

Par contre, le rapport d'attribution fait clairement état, pour justifier la prolongation du délai pour le dépôt des offres, d'une faute qui serait survenue dans l'utilisation de la plateforme, ce qui semble indiquer une difficulté imputable à l'utilisateur (soumissionnaire ou adjudicateur) et non une indisponibilité à proprement parler de la plateforme. Infrabel n'indique par ailleurs pas avoir vérifié que la plateforme ait véritablement été indisponible, et ne donne aucune information quant à la raison de ce problème d'utilisation de la plateforme.

22. Suite aux questions soulevées par Cegelec dans son courrier du 4 mars 2021 [...], Infrabel a apporté des éléments supplémentaires dans son courrier en réponse du 9 mars 2021 [...]:

“ [L]ors de l'invitation du 5/11/2020 à remettre offre (BAFO) pour le 13/11/2020 sur *e-tendering*, Infrabel avait malencontreusement encodé une adresse *e-mail* erronée pour un des soumissionnaires. Ceci a eu pour conséquence que le soumissionnaire en question n'a pu remettre offre, étant donné qu'il n'avait donc pas reçu l'invitation.” [...].

À la lecture de ce courrier, Cegelec comprend que la faute survenue dans l'utilisation de la plateforme *e-Tendering*, et qui est invoquée par Infrabel à l'appui de sa décision de prévoir un nouveau délai pour le dépôt des BAFO, consisterait en une erreur matérielle imputable à Infrabel elle-même, soit l'encodage d'une mauvaise adresse *e-mail*.

23. Tout d'abord, il convient de rappeler que l'invitation du 5 novembre 2020 (au cours de laquelle l'erreur aurait été commise) était en réalité une annonce de prolongation du délai pour le dépôt des BAFO, initialement prévu le 6 novembre 2020 [...].

Cette communication avait été faite automatiquement via *e-Notification* (la boîte d'envoi de la plateforme *e-Tendering*), et faisait suite à une première invitation à déposer les BAFO qui avait été faite par *e-Notification* également [...]. Il convient encore de relever que les soumissionnaires avaient déjà été invités à déposer offre (à ce stade il ne s'agissait pas encore d'une BAFO) selon le même procédé le 24 mars 2020 [...].

Or, il ressort du manuel *e-Tendering* pour les acheteurs publics [...], que les adjudicateurs constituent sur la plateforme une *shortlist* des candidats sélectionnés, qu'ils n'ont plus qu'à sélectionner ensuite lorsqu'ils ont des communications à leur adresser. Il est donc incompréhensible comment une erreur dans l'encodage d'une adresse *e-mail* aurait pu être révélée en novembre 2020 alors que l'encodage avait en réalité déjà eu des effets précédemment, lors des communications précédentes.

En effet, s'il n'y a pas eu de souci lors de la remise de l'offre pour le 4 mai 2020, il n'y a pas de raison pour qu'une “erreur d'encodage” se révèle lors de la remise de l'offre ultérieure prévue pour le 6 novembre 2020 ou encore lors de la nouvelle fixation de délai au 13 novembre 2020.

Par ailleurs, l'invitation à déposer offre pour le 6 novembre 2020 a été envoyée le 9 octobre 2020 [...], et la notification du 5 novembre 2020 n'avait pour objet que

de prolonger le délai de dépôt des offres [...]. Par conséquent, logiquement, si c'est cette seconde notification qui n'avait pas été transmise au soumissionnaire concerné, cela voudrait dire que ce soumissionnaire n'aurait pas dû être au courant de la prolongation, et aurait donc justement dû remettre offre à la date initialement prévue, soit le 6 novembre 2020, ce qui n'a visiblement pas été le cas.

Il est en outre particulièrement interpellant qu'Infrabel ne se soit rendue compte d'une erreur d'encodage d'une adresse *e-mail* que le 23 novembre 2020, soit 10 jours après la date limite pour le dépôt des BAFO.

24. En tout état de cause, la justification fournie par Infrabel ne fait que confirmer qu'il n'était nullement question d'une indisponibilité technique de la plateforme. Or, il découle des dispositions et principes exposés ci-dessus que la prolongation du délai pour le dépôt des offres en raison d'un problème lié à l'utilisation de la plateforme *e-Tendering* n'est possible que dans la mesure où ce problème découle d'une indisponibilité technique de la plateforme.

Une erreur imputable à l'utilisateur de la plateforme n'est pas suffisante pour justifier l'acceptation de l'offre (ou l'acceptation d'une BAFO remise après le délai imparti pour la remise des BAFO), quand bien même cet utilisateur serait l'adjudicateur.

La décision d'Infrabel d'accorder un nouveau délai pour le dépôt des BAFO suite à sa propre erreur d'encodage d'une adresse *e-mail*, est par conséquent contraire aux dispositions et principes invoqués au moyen.

25. Enfin, s'agissant du premier report, par lequel Infrabel informait pour rappel les soumissionnaires, le 5 novembre 2020, que les BAFO ne devraient pas être remises pour le 6 mais pour le 13 novembre 2020 [...], il était motivé comme suit [...]:

“ Nous avons constaté dans l'invitation *e-tendering* qu'il n'y a pas de lien vers le site *e-tendering* pour permettre de remettre votre offre.

Nous allons corriger ce point en renvoyant une nouvelle invitation avec un lien *e-tendering*.”

Or, il ressort de l'exposé des faits qu'il n'est pas exact que l'invitation à remettre offre ne contenait pas de lien. En effet, celle de Cegelec en contenait bien un [...]:

Cette postposition du délai par *e-mail* du 5 novembre 2020 a donc vraisemblablement eu lieu à la demande d'un soumissionnaire, ce qui rompt déjà en soi le principe d'égalité de traitement.

26. La première branche du premier moyen est sérieuse.

4.1.3 Développement de la deuxième branche

(a) Les principes applicables

27. L'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics consacre les principes généraux d'égalité de traitement des soumissionnaires, de transparence, et d'impartialité :

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

Ces principes imposent au pouvoir adjudicateur de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et d'agir d'une manière transparente et proportionnée.

Selon la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, les principes d'égalité de traitement et de transparence signifient, notamment, que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par l'adjudicateur. Ils constituent la base des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics, et le devoir des adjudicateurs d'en assurer le

respect correspond à l'essence même des directives européennes en matière de marchés publics.

28. En application de ces principes, Votre Conseil a notamment déjà jugé que l'adjudicateur ne peut pas prolonger le délai pour le dépôt des offres uniquement afin de permettre à certaines entreprises d'encore déposer une offre.

Il en découle que la décision de prolonger ce délai ne peut avoir pour seul but de faciliter la participation au marché de certaines entreprises. Une telle démarche serait effectivement tout à fait contraire aux principes d'égalité et d'impartialité, en ce qu'elle viserait purement et simplement à favoriser un soumissionnaire.

29. En outre, ces principes impliquent également qu'aucun contact privilégié ne peut avoir lieu entre l'adjudicateur et un des soumissionnaires, notamment après la remise des offres.

Votre Conseil rappelle à cet égard que :

“ hormis dans les cas expressément prévus par des dispositions législatives ou réglementaires, il est porté atteinte aux principes d'égalité et de transparence consacrés par l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 lorsque, après la remise des offres, le pouvoir adjudicateur établit, avec certains des soumissionnaires, des contacts privilégiés dont l'objet porte sur le marché en cours d'attribution. De tels contacts, qui sont susceptibles d'influencer l'analyse des offres, compromettent, en effet, l'impartialité objective dont le pouvoir adjudicateur doit faire preuve en vertu du principe d'égalité entre les soumissionnaires.” [C.E., 23 juin 2015, n° 231.717].

Par conséquent, la prolongation du délai pour le dépôt des offres afin de permettre à un soumissionnaire de déposer encore une offre, serait d'autant plus contraire aux principes d'égalité, de non-discrimination, d'impartialité et de transparence, s'il devait découler de contacts privilégiés entre l'adjudicateur et le soumissionnaire qui n'aurait autrement pas pu déposer son offre dans le temps.

(b) Application au cas d'espèce

30. Il est incontestable à la lecture tant du rapport d'attribution que du courrier d'Infrabel du 9 mars 2021 que les deux décisions d'accorder aux soumissionnaires un délai complémentaire pour le dépôt de leurs BAFO, avaient pour seul objectif de permettre à un soumissionnaire qui n'avait pas pu déposer son offre dans les temps, de pouvoir encore déposer une BAFO [...].

Ce faisant, Infrabel a donc facilité l'accès au marché du soumissionnaire concerné, au détriment des autres soumissionnaires, qui avaient été contraints de finaliser leur BAFO dans le délai fixé à cet effet. Une telle décision est contraire aux principes invoqués au moyen.

Il ressort par ailleurs des développements relatifs à la première branche du présent moyen que les deux reports découlent manifestement d'une demande d'un soumissionnaire, dès lors que Cegelec n'a, de son côté, pas du tout rencontré les problèmes invoqués à l'appui des décisions de prolongation (absence de lien dans l'invitation pour le premier report et erreur d'encodage d'une adresse *e-mail* pour le second report).

En favorisant ainsi un soumissionnaire avec lequel Infrabel a vraisemblablement eu des contacts privilégiés, un avantage injustifié a été donné à ce soumissionnaire, en violation des principes d'égalité, de non-discrimination et d'impartialité consacrés par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

31. Le simple fait qu'Infrabel ait également accordé un délai complémentaire aux autres soumissionnaires ne permet pas de remédier à la violation précitée.

Pour rappel, le Rapport au Roi relatif à l'art. 90, § 2 de l'AR du 15 juillet 2011 indique très clairement, quant à la précision selon laquelle la remise tardive donne lieu à la non-acceptation de l'offre qu'elle qu'en soit la cause, que :

“ C'est précisément en posant une limite absolue que l'égalité de traitement de tous les participants est assurée en la matière, ceux-ci ayant la garantie que

toute offre remise tardivement sera refusée. Cette règle de base stricte a aussi été retenue pour éviter les abus et mettre fin à une tendance récente d'une partie de la jurisprudence. Cette tendance partait du principe que les dispositions actuelles de l'article 104 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne doivent pas nécessairement conduire à une irrégularité si l'égalité des soumissionnaires n'est pas compromise." [...].

Il s'ensuit que les principes applicables en matière de délai pour le dépôt des offres et de tardiveté de celles-ci sont de stricte interprétation, et doivent être appliqués sans exception. Il s'agit là du seul moyen d'assurer une égalité effective entre les soumissionnaires.

Il peut encore être renvoyé, par analogie, à la jurisprudence en matière de régularisation des offres, selon laquelle :

“ Si la procédure négociée est plus souple que d'autres modes d'attribution, elle ne permet pas la violation du principe d'égalité en octroyant un temps supplémentaire à certains soumissionnaires pour régulariser une offre irrégulière. Les soumissionnaires sont déjà en concurrence pour le respect du délai de dépôt des offres. L'organisation d'un tour supplémentaire de négociations ne permet pas d'annihiler le traitement discriminatoire.” [...].

Votre Conseil a effectivement déjà eu l'occasion de préciser que :

“ L'égalité entre les concurrents n'a pas été rétablie par le fait que les trois soumissionnaires ont ensuite été invités à remettre une 'BAFO'. En effet, à supposer même que les prix n'aient pas été proclamés le 24 novembre 2011, ainsi que le soutient la partie adverse, et que la confidentialité des offres ait été entre-temps préservée, il n'en resterait pas moins que la future attributaire a été soustraite à une condition de base de la mise en concurrence, à savoir le respect du délai de dépôt des offres initiales, ce qui n'a pas été le cas de la requérante. L'envoi simultané d'une demande de 'BAFO' aux trois soumissionnaires n'enlève, par ailleurs, rien au fait qu'à ce moment, la requérante avait disposé d'un temps de préparation moins long que la future attributaire pour déposer une offre initiale complète.” [...].

Par conséquent, le simple fait d'avoir permis aux autres soumissionnaires de déposer également leur nouvelle BAFO à la nouvelle date fixée, ne permet en aucun cas d'annihiler le traitement discriminatoire qui a eu lieu en favorisant l'accès au marché à un soumissionnaire.

32. La deuxième branche du premier moyen est sérieuse ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Il doit préalablement être pris acte du fait qu'à l'audience du 29 mars 2021, la requérante a déclaré renoncer aux griefs de son premier moyen en tant qu'ils visaient le premier report de l'échéance de dépôt des offres finales, annoncé aux soumissionnaires le 5 novembre 2020. Ce moyen est donc examiné dans la seule mesure où il met en cause ce que la requérante identifie comme étant un « second report » et qui est annoncé, le 23 novembre 2020, comme étant une nouvelle possibilité offerte à tous les soumissionnaires de remettre une BAFO, la partie adverse indiquant ne pas tenir compte de celles qui avaient été déposées sur la plateforme le 13 novembre 2020.

A. Quant à la première branche

La première branche du moyen concentre les critiques sur le fait, pour la partie adverse, d'avoir, en décidant de prolonger le délai de remise des offres finales, fait usage d'une faculté que l'article 63, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux réserverait aux seules hypothèses d'indisponibilité des plateformes électroniques, desquelles ne relèverait – selon le moyen – pas le cas d'espèce, lequel indiquerait plutôt une difficulté liée à un utilisateur.

Il doit, avant tout, être observé qu'il ne ressort pas des pièces de la procédure que la partie adverse a nécessairement entendu fonder sa décision communiquée le 23 novembre 2020 sur la disposition précitée, qu'elle aurait ainsi, à suivre la requérante, appliquée illégalement.

À supposer, par ailleurs, que cette décision communiquée le 23 novembre 2020 doive, comme le laisse entendre le moyen, s'analyser en une prolongation de délai et que l'article 63, § 1^{er}, précité ne puisse fonder pareille décision prise dans des circonstances telles que celles de l'espèce actuelle, encore faut-il – pour que la critique puisse prospérer – établir que la partie adverse ne pouvait prendre aucune décision de report d'échéance de dépôt des offres en dehors de l'hypothèse couverte par cet article 63, § 1^{er}, et ce parce qu'une disposition ou un principe l'en aurait empêchée. Or, force est de constater que la requérante – qui, au point 17 de sa requête, admet qu'un adjudicateur puisse prolonger un délai de dépôt des offres dans certaines circonstances et laisse ainsi entendre qu'il n'y aurait pas que celle visée à l'article 63, § 1^{er}, précité – n'indique pas, au titre de cette première branche, la disposition ou le principe qui, selon elle, empêchait précisément la partie adverse de décider cette prolongation de délai contestée et dont celle-ci emporterait, pour cette raison, la violation. À ce propos, il ne peut, en toute hypothèse, être question d'invoquer l'article 89 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 précité et la jurisprudence relative au sort des offres tardives, dès lors que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas eu d'offre tardive, et ce en raison de la décision de la partie adverse de renoncer à la phase qui a abouti au dépôt de deux offres le 13 novembre 2020 et d'adresser aux trois soumissionnaires une nouvelle invitation à remettre une BAFO, en fixant une échéance que tous les trois ont respectée.

Au vu des développements de la requête, le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa première branche.

B. Quant à la seconde branche

Au titre de la seconde branche, le moyen dénonce la violation de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, libellé comme suit :

« Les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée. Dans la mesure où les annexes 1, 2, 4 et 5 et les notes générales relatives à l'Union européenne de l'appendice I de l'Accord sur les Marchés Publics du 15 avril 1994 ainsi que d'autres conventions internationales liant l'Union européenne le prévoient, les adjudicateurs accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de ces conventions un traitement qui n'est pas moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union européenne ».

De cette disposition, la requérante déduit, d'une part, que l'adjudicateur ne peut pas prolonger le délai de dépôt des offres dans le seul but de faciliter la participation au marché de certaines entreprises et, d'autre part, qu'aucun contact privilégié ne peut avoir lieu entre l'adjudicateur et un des soumissionnaires, notamment après la remise des offres. Elle estime que la décision prise par la partie adverse d'accorder un délai supplémentaire aux intervenantes avait précisément pour seul but de leur permettre de déposer une BAFO, ce qui leur a facilité l'accès au marché au détriment des autres soumissionnaires, et fait valoir que les deux reports découlent manifestement d'une demande d'un soumissionnaire, ce qui attesterait des contacts privilégiés entre celui-ci et la partie adverse.

En l'espèce, la situation litigieuse n'est pas celle d'un soumissionnaire dont il s'agirait de faciliter l'accès au marché en raison de ce qu'il n'aurait pas déposé son offre dans le délai imparti pour une raison quelconque ou ne l'aurait pas déposée de façon régulière dans ce délai, mais bien celle en laquelle le soumissionnaire concerné n'a, à la suite d'errements commis par l'adjudicateur, pas été mis en mesure de déposer une offre finale en connaissance d'une échéance fixée pour ce dépôt.

L'examen de la cause dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence autorise, *prima facie*, à considérer qu'il n'était pas question d'avantager un soumissionnaire en lui facilitant l'accès au marché, par l'octroi de conditions dont ne bénéficieraient pas ses concurrents, mais bien de rétablir l'égalité des opérateurs dans l'accès à ce marché, égalité susceptible d'avoir été mise à mal, au préjudice du soumissionnaire concerné, par les errements de la partie adverse. De ce point de vue, l'accent doit être mis sur les modalités particulières décidées pour éviter que la réaction qu'appelaient ces incidents soit attentatoire au principe d'égalité : la partie adverse ne s'est pas limitée à accorder aux seules intervenantes un délai supplémentaire de dépôt de la BAFO, ce qui aurait risqué de créer, entre les trois

soumissionnaires, une distorsion de la concurrence au regard du délai d'élaboration des offres finales; en décidant de tenir pour nulles et non avenues les deux offres finales déposées sur la plateforme le 13 novembre 2020 et en invitant les trois soumissionnaires à déposer leur BAFO pour le 30 novembre 2020, la partie adverse les a tous placés, pour le dépôt des offres qu'elle prendrait finalement en considération en vue de l'attribution du marché, dans une situation identique, et ce quelle que soit la date de prise de cours du délai considéré, à savoir – au vu de la chronologie des avatars qui ont ponctué la phase de dépôt des BAFO – le 9 octobre, le 5 novembre ou le 23 novembre 2020.

Par ailleurs, s'agissant des contacts privilégiés que la requérante déclare soupçonner, la partie adverse expose avec une vraisemblance que l'examen de la cause en extrême urgence ne permet pas de contredire, à propos du « second » report (le « premier » n'ayant plus, pour les raisons précédemment indiquées, à être pris en considération au titre du moyen), les circonstances dans lesquelles ses services ont eu un contact, le 13 novembre 2020, avec un collaborateur des intervenantes, contact qui leur a permis de comprendre les raisons de l'absence de BAFO déposée par celles-ci et de mesurer ainsi les conséquences de l'erreur commise dans l'envoi de l'invitation à déposer cette offre finale; c'est dans ce contexte qu'a été annoncée, le 23 novembre 2020, la décision de la partie adverse de ne pas tenir compte des offres déposées le 13 novembre 2020 et d'offrir à tous les soumissionnaires la possibilité de remettre une nouvelle BAFO. Les faits ainsi exposés n'attestent pas, par eux-mêmes, l'existence de « contacts privilégiés » attentatoires au principe d'égalité, tels que mis en évidence par l'arrêt du Conseil d'État n° 231.717 du 23 juin 2015, évoqué au point 29 de la requête.

Enfin, et de manière générale, la requérante reste en défaut d'indiquer concrètement en quoi la solution conçue par la partie adverse pour remédier à la situation préjudiciable que son erreur a causée aux intervenantes, aurait avantageé celles-ci au détriment de leurs deux concurrents, et ce en dépit des modalités particulières précédemment évoquées.

Le moyen ne peut, pour ces raisons, être déclaré sérieux en sa seconde branche.

VI. Second moyen

VI.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un second moyen, « pris de la violation des articles 4 et 14 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; de l'article 61, § 2, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux; des principes généraux d'égalité de traitement, d'impartialité et de transparence; du principe *patere legem quam ipse fecisti*; du CSC; du devoir de minutie », « [e]n ce que, si par impossible Votre Conseil devait juger que la décision d'Infrabel ne devait pas s'analyser comme une décision de prolonger le délai pour le dépôt des BAFO en raison d'une indisponibilité de la plateforme *e-Tendering*, *quod non*, il conviendrait de constater que ce faisant, Infrabel a permis aux soumissionnaires de déposer une seconde BAFO », « [a]lors que les BAFO sont des offres finales et définitives, chaque soumissionnaire ne pouvant déposer qu'une seule BAFO; qu'Infrabel ne pouvait donc pas demander de nouvelles BAFO et devait analyser les BAFO reçues le 13 novembre 2020 ».

Ce moyen fait l'objet des développements suivants:

« (i) Les principes applicables

34. L'article 61. §2, de l'AR Passation prévoit que :

“ § 2. Un soumissionnaire ne peut remettre qu'une offre par marché ou, en cas de dialogue compétitif, par solution acceptée. La remise de l'offre initiale ne fait cependant pas obstacle, pour autant que la procédure de passation concernée le permette, à la tenue de négociations, à l'introduction d'offres ultérieures ou à l'introduction de l'offre définitive.”

Il s'ensuit que, dans le cadre d'une procédure négociée, plusieurs offres peuvent être déposées, soit une offre initiale, le cas échéant une ou plusieurs offres ultérieures, et enfin une offre définitive. Cette offre définitive est aussi couramment appelée “BAFO” (*Best And Final Offer*).

P. THIEL définit la “BAFO” comme étant un “acronyme de l'expression anglaise *Best And Final Offer*; dernière offre déposée par un soumissionnaire en suite de négociations” [...].

Le CSC parle quant à lui d' “offres finales” [...].

35. Il ressort de la terminologie utilisée que les BAFO sont incontestablement des offres finales et définitives, qui ne peuvent donc plus être modifiées. Il ne peut y avoir qu'une seule offre finale.

Les commentateurs de l'article 61, § 2, précité confirment que le principe de l'unicité de l'offre s'applique aux offres définitives, ou finales, en procédure négociée :

“ En fixant la règle de l'unicité de la demande de participation et de l'offre, l'objectif a été de rendre possible une comparaison effective des documents introduits sans nécessiter de déclaration ultérieure de la part des candidats ou des soumissionnaires. Il n'est en outre pas raisonnable selon nous de contraindre le pouvoir adjudicateur à analyser de multiples offres pour chacun de soumissionnaires en compliquant à l'extrême la comparaison de celles-là.

En procédure avec négociation, la nouvelle disposition entérine un fait acquis, à savoir que ce principe d'unicité ne fait pas obstacle au fait qu'il reste

possible pour un soumissionnaire de déposer le cas échéant une offre initiale, plusieurs offres successives faisant suite à des négociations et une offre finale. Le texte a également été précisé pour ce qui concerne le dialogue compétitif : dans ce cas, il est toujours possible d'introduire plusieurs solutions au cours du dialogue, mais chacune des solutions acceptées fera l'objet d'une seule offre finale." [...].

Dès lors, il n'est pas possible pour les soumissionnaires de déposer plusieurs BAFO, ni *a fortiori* pour l'adjudicateur de demander le dépôt de plusieurs BAFO. A titre d'exemple, il peut être renvoyé à un arrêt de Votre Conseil portant sur un cas dans lequel l'adjudicateur avait prévu dans le CSC le dépôt d'une offre finale, qu'il avait demandé aux soumissionnaires de déposer, mais suite à quoi l'adjudicateur a finalement quand-même demandé aux soumissionnaires de déposer une nouvelle offre finale :

“ que la partie adverse s'est obligée, par cette disposition du cahier spécial des charges, à respecter la procédure qui y est décrite en vue de désigner l'adjudicataire; qu'en n'identifiant pas ce dernier sur la base d'un examen de l'offre définitive des soumissionnaires, déposée le 2 juillet 2010, à la suite des négociations menées les 18 et 23 juin 2010, mais en le désignant après avoir analysé une troisième offre, remise à la suite de la réouverture des négociations qui avaient été clôturées le 23 juin 2010, la partie adverse a méconnu les obligations qu'elle s'était imposées par l'article 11.1. du cahier spécial des charges; qu'en tant qu'elle est prise de la violation du principe général de transparence ainsi que de la règle exprimée par l'adage '*patere legem quam ipse fecisti*', la première branche du deuxième moyen apparaît sérieuse" [...].

36. Par ailleurs, le fait de demander le dépôt d'une nouvelle BAFO après avoir pris connaissance des offres, déjà supposées être finales, porte un risque incontestable en termes d'impartialité et de confidentialité des offres.

A cet égard, il convient de renvoyer à l'article 14, § 6 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics qui consacre le principe selon lequel l'adjudicateur ne peut prendre connaissance du contenu des offres avant le délai ultime prévu pour leur dépôt :

“ L'adjudicateur veille à préserver l'intégrité des données et la confidentialité des offres et des demandes de participation lors de toute communication et de tout échange et stockage d'informations. Il ne prend connaissance du contenu des offres et des demandes de participation qu'à l'expiration du délai ultime prévu pour la présentation de celles-ci.”

Le § 7, 2°, de cette même disposition précise que :

“ 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 : (...)

2° il peut être raisonnablement assuré que personne ne peut avoir accès aux données transmises en vertu des présentes exigences avant les dates limites spécifiées;" [...].

37. Le Rapport au Roi de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux mettait déjà en exergue la *ratio legis* de cette exigence qui s'impose à l'adjudicateur, y compris en procédure négociée avec publicité (aujourd'hui la procédure négociée avec mise en concurrence préalable), notamment au regard des principes de confidentialité des offres, d'égalité et de non-discrimination :

“ Selon les 4° et 5°, la confidentialité des demandes de participation et des offres est garantie par un système donnant une assurance raisonnable que personne ne peut avoir accès aux données transmises avant la date limite et que toute violation sera détectée. Par cette exigence, l'on entend donner une garantie au moins équivalente à celle fournie par la formalité du pli définitivement scellé et de l'envoi sous simple ou double enveloppe en cas de remise par porteur ou d'envoi par lettre" [...].

Si les formalités du pli définitivement scellé et de l'envoi sous simple ou double enveloppe en cas de remise par porteur ou d'envoi par lettre ne sont plus prévues dans le cadre des procédures électroniques, il est cependant intéressant d'y faire référence afin de comprendre la *ratio legis* de l'imposition de l'exigence de ne pas prendre connaissance des offres avant le délai final prévu pour le dépôt de celles-ci.

En effet, l'objectif de ces formalités, était d'éviter les conséquences dommageables liées à une ouverture malencontreuse de l'enveloppe contenant l'offre, et ainsi de porter atteinte à la confidentialité des offres.

38. Les mêmes garanties de confidentialité des offres avant la date ultime de dépôt doivent dès lors être garanties dans le cadre d'une procédure électronique.

La doctrine considère par conséquent que dans l'hypothèse où, en violation des dispositions précitées, une offre est ouverte avant la date ultime de réception des offres (même en l'absence de tout acte de mauvaise foi), la procédure est irrégulière:

“ L'ouverture des offres vise à montrer que les offres n'ont pas encore été ouvertes par le pouvoir adjudicateur. Dès qu'il apparaît qu'une offre a été ouverte prématurément, l'irrégularité de la procédure d'attribution doit en principe également être décidée. Aucune intention malveillante n'est requise pour cela. Les exigences légales ne sont pas seulement imposées pour éviter toute tromperie mais aussi pour en exclure toute possibilité. Dès que cette possibilité de tromperie s'est produite, une nouvelle procédure d'attribution doit être lancée” [...].

L'ensemble des dispositions précitées a donc pour objectif clairement défini, qu'il soit ou non fait usage de moyens électroniques, de veiller au respect du principe de confidentialité des offres et, pour ce faire, de mettre en place toutes les garanties afin de minimiser les risques que l'adjudicateur puisse prendre connaissance du contenu des offres avant la date et l'heure ultimes de réception de celles-ci.

(ii) Application au cas d'espèce

39. En l'espèce, par invitation du 9 octobre 2020, les soumissionnaires ont été invités à déposer une BAFO le 13 novembre 2020 [...]. Il ressort explicitement de cette invitation qu'il était bien question du dépôt d'une offre finale et définitive, telle que décrite ci-dessus :

“ Nous vous invitons à nous faire parvenir pour le 06/11/2020 à 10h au plus tard votre offre BAFO pour le cahier spécial des charges F12/0000565351.” [...].

Cette offre finale a effectivement été déposée par Cegelec, le 12 novembre 2020 [...]. Pourtant, 10 jours après la date fixée pour le dépôt des offres, soit le 23 novembre 2020, Infrabel a demandé à ce qu'une nouvelle BAFO soit déposée, cette fois pour le 30 novembre 2020 [...].

Cette deuxième demande d'offre est dès lors irrégulière, en ce qu'elle est contraire au principe de l'unicité de l'offre finale, telle que consacrée par l'article 61 de l'AR Passation.

40. Par ailleurs, le fait de demander le dépôt d'une nouvelle BAFO à une nouvelle date limite, alors que la date limite initialement fixée avait déjà été dépassée, et que les BAFO avaient donc déjà été déposées depuis plusieurs jours par les soumissionnaires, revient à avoir pris connaissance du contenu des offres finales, avant le délai ultime qui est finalement retenu par l'adjudicateur, en violation des principes de confidentialité, d'égalité et de non-discrimination tels que consacrés par l'article 14 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Au moment où il a été décidé de ne pas tenir compte des BAFO déjà déposées le 13 novembre 2020, Infrabel avait effectivement déjà pu prendre connaissance des BAFO en question depuis pas moins de 10 jours, et a dès lors pu être influencée par le contenu de ces BAFO.

De surcroît, rien ne garantit qu'Infrabel n'aurait pas, pendant ces 10 jours, transmis au soumissionnaire "oublié" des informations quant aux BAFO déjà reçues, donnant à ce soumissionnaire tardif ainsi un avantage concurrentiel tout à fait irrégulier. Notons en effet que l'attributaire est actuellement adjudicataire d'un autre marché d'Infrabel, et est donc de facto en contact régulier avec elle. La seule manière régulière de fonctionner était par conséquent de tenir compte des BAFO remises le 13 novembre et de ne pas permettre de déposer (et analyser) des nouvelles BAFO en date du 30 novembre 2020. En n'agissant pas de la sorte, Infrabel a violé les dispositions visées au moyen.

41. Le second moyen est sérieux ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Dans son second moyen, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir, en offrant aux trois soumissionnaires la possibilité de déposer une nouvelle BAFO, méconnu le principe d'unicité de l'offre et d'avoir porté atteinte à la garantie de confidentialité des offres que consacrent les dispositions visées par le moyen.

Dans l'interprétation que donne, à la lumière de commentaires doctrinaux, la requérante de l'article 61, § 2, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, en tant que cette disposition consacrerait un principe d'unicité de l'offre, l'atteinte à ce principe, dans le cadre d'un marché pour l'attribution duquel les soumissionnaires sont invités à déposer une offre finale (BAFO), est celle qui résulterait de la coexistence de plusieurs offres finales par soumissionnaire, soumises à l'adjudicateur. En l'espèce, cette coexistence est nécessairement exclue dès lors que la partie adverse a décidé de tenir pour nulles et non avenues les deux offres finales qui étaient déposées sur la plate-forme le 13 novembre 2020, pour ne prendre en considération que celles qui seraient déposées dans le respect de l'échéance du 30 novembre 2020. La partie adverse ne peut donc – quoi que laisse entendre la requérante à ce sujet – avoir, le 23 novembre 2020, adressé une invitation à déposer une nouvelle BAFO, qui la contraindrait ultérieurement à devoir prendre en considération plusieurs offres déposées par un même soumissionnaire, ce qu'exclut l'article 61, § 2, précité. En omettant d'avoir égard au fait que, par le courrier du 23 novembre 2020 adressé aux différents soumissionnaires, la partie adverse a, en quelque sorte, oblitéré les offres finales précédemment déposées par deux soumissionnaires, la requérante fait, en toute hypothèse, reposer sa critique sur une relation du cas d'espèce qui manque en fait.

S'agissant du grief de méconnaissance de la garantie de confidentialité des offres, et eu égard aux dispositions dont le moyen invoque la violation, cette garantie se présente comme devant couvrir les offres et les demandes de participation, aussi longtemps que dure le délai fixé pour leur présentation. À

supposer que les deux offres déposées pour le 13 novembre 2020 aient été ouvertes après cette échéance (hypothèse que la procédure d'extrême urgence n'a permis ni de confirmer, ni d'infirmar), elles ne seraient plus couvertes – à tout le moins à l'égard de la partie adverse – par la garantie qu'offrent les dispositions visées au moyen, et ce sans préjudice d'obligations de confidentialité qui, le cas échéant, incomberaient à cette même partie adverse en vertu d'autres dispositions, que la requérante ne vise toutefois pas. Il n'a, par ailleurs, pas été démontré que, durant la phase ouverte par l'invitation du 23 novembre 2020 à déposer une nouvelle BAFO pour le 30 novembre, celle-ci n'aurait pas bénéficié de la garantie de confidentialité qu'organisent ces mêmes dispositions visées par le moyen, étant entendu qu'un risque de divulgation – au cours de cette phase – du contenu des offres désormais tenues pour nulles et non avenues serait, en toute hypothèse, étranger à la couverture de cette garantie ainsi organisée. Il s'ensuit que la requérante ne peut, en invoquant la violation des seules dispositions visées par le moyen, reprocher utilement à la partie adverse d'avoir favorisé un tel risque de divulgation en adoptant le *modus operandi* critiqué.

Enfin, et de manière générale, la requérante n'indique pas en quoi une des illégalités alléguées de l'invitation à déposer une nouvelle BAFO aurait pu la léser concrètement dans les circonstances propres au marché litigieux : il doit, en effet, être relevé, d'une part, qu'au stade de la BAFO, les soumissionnaires ne pouvaient présenter une offre améliorée que pour les seuls aspects financiers de celle-ci et, d'autre part, que, selon le rapport d'analyse des offres, c'est la requérante qui a obtenu la meilleure note pour le critère « Prix » (à savoir les 85 points dédiés à ce critère, pour 77,61 points accordés aux intervenantes), tandis que la note qui a permis à celles-ci d'être classées en première position et de se voir attribuer le marché est celle qui a été attribuée pour le critère « Garantie » (10 point, pour 2 accordés à la requérante), indifférent du point de vue des améliorations admises au stade de la BAFO. Au vu de ces éléments expressément soulignés à l'audience pour l'intérêt qu'ils pouvaient présenter dans l'appréciation d'un grief causé par l'illégalité alléguée, la requérante est restée en défaut de démontrer précisément comment la solution conçue par la partie adverse au travers de l'invitation à déposer une nouvelle BAFO, a pu lui causer un tel grief.

Le second moyen ne peut, pour ces raisons, être déclaré sérieux.

VII. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de son offre, en cas de dépôt de celle-ci par la partie adverse, avec le dossier administratif.

La partie adverse dépose un "dossier administratif confidentiel", constitué de huit pièces identifiées de A à H, parmi lesquelles figurent notamment les trois offres initiales et les trois offres finales des soumissionnaires.

Dans sa requête, les intervenantes déclarent ce qui suit:

« La Partie Intervenante peut partager la demande de confidentialité telle qu'exprimée par la Partie Requérante et notamment ayant comme objet qu'en attendant l'arrêt de votre Conseil, son offre est déposée à titre confidentiel à ne pas nuire au secret d'affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises. Dans la même logique, la Partie Intervenante dépose son offre sous la même condition de confidentialité ».

À l'audience du 29 mars 2021, elles ont toutefois confirmé qu'elles n'avaient pas déposé leur offre, cette dernière ayant été uniquement transmise par la partie adverse.

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 29 mars 2021, 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 des intervenantes.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme VOLKER WESSELS TELECOM BELGIUM et la société anonyme VISSER & SMIT HANAB est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces A à H du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

Article 6.

Les parties intervenantes supportent les droits de 300 euros liés à leur intervention à concurrence de la moitié chacune.

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 VI^e chambre siégeant en référé, le 1^{er} avril 2021 par :

David De Roy,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy