

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

n° 250.490 du 30 avril 2021

A. 233.198/VI-22.012

En cause : **la société à responsabilité limitée**
ESI INFORMATIQUE,

ayant élu domicile chez
M^{es} Thierry WIMMER et
Gaëtan BIHAIN, avocats,
rue Mitoyenne 9
4840 Welkenraedt,

contre :

Wallonie Bruxelles Environnement (en abrégé : WBE),
ayant élu domicile chez
M^{es} Marc UYTENDAELE, Anne FEYT et
Nathan MOURAUX, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Le 16 mars 2021, la SRL ESI Informatique introduit une « demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence » dirigée contre « la décision adoptée par Wallonie Bruxelles Enseignement le 1^{er} mars 2021 et désignant la société Signpost België BVBA comme adjudicataire du lot 2 du marché public ayant pour objet la fourniture, l'installation et la mise à disposition de matériels informatiques à vocation pédagogique dans les établissements scolaires de Wallonie Bruxelles Enseignement, et partant, la décision de non attribution du marché public lui notifiée le 1^{er} mars 2021 ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 17 mars 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 15 avril 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. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Thierry Wimmer, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Nathan Mouraux, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Faits

Le 26 novembre 2020, est publié au *Bulletin des Adjudications* un avis de marché relatif à une procédure de passation, par Wallonie Bruxelles Enseignement (en abrégé : WBE), d'un marché public sous la forme d'un accord cadre d'une durée de quatre années ayant pour objet la fourniture, l'installation et la mise à disposition de matériels informatiques à vocation pédagogique dans ses établissements scolaires. Un avis rectificatif a été publié le 18 décembre 2020.

Le marché est divisé en deux lots :

- lot 1 : tablettes IOS Éducation;
- lot 2 : autre matériel (tablettes Android, Winbook, Chromebook, Surface Go 2 et PC)

Le mode de passation choisi est la procédure ouverte.

Le point 1.7.1 du cahier spécial des charges relatifs aux critères d'attribution du marché est libellé comme suit :

« Critère 1 – le prix (50 points)

Le soumissionnaire qui a remis le prix le plus intéressant respectant l'ensemble des spécifications techniques précisées dans la seconde partie du présent cahier des charges, se verra attribuer 50 points. Les points attribués pour les autres soumissionnaires seront dégressifs, par tranche de 10 points, selon leur classement.

Le prix dont il sera tenu compte est celui qui reprend l'ensemble des postes exigés par lot et qui sera repris à l'annexe 2, complétée par le soumissionnaire.

Critère 2 – Le service de maintenance (25 points)

Le soumissionnaire qui a remis la meilleure offre se verra attribuer 25 points. Les points attribués pour les autres soumissionnaires seront dégressifs, par tranche de 5 points, selon leur classement.

Critère 3 – L'offre de formation (25 points)

Le soumissionnaire qui a remis la meilleure offre se verra attribuer 25 points. Les points attribués pour les autres soumissionnaires seront dégressifs, par tranche de 5 points, selon leur classement. »

Le 8 janvier 2021, quatre offres sont reçues pour le lot 2. Il s'agit des offres de SIGNPOST BELGIË, de la requérante, ESI INFORMATIQUE SRL, de FOURCAST FOR EDUCATION et de ECONOCOM EPS pour l'ensemble des lots.

Par une première décision du 25 janvier 2021, la partie adverse attribue le lot 2 à SIGNPOST BELGIË. Pour ce lot, la répartition des points par critère d'attribution et le classement final des offres se présentent comme suit :

- Critère « Prix » (50 points) :
 - ESI INFORMATIQUE SRL : 50 points;
 - SIGNPOST BELGIË : 40 points;
 - ECONOCOM EPS : 30 points;
- Critère « Service de maintenance » (25 points) :
 - SIGNPOST BELGIË : 25 points;
 - ESI INFORMATIQUE SRL : 20 points;
 - ECONOCOM EPS : 15 points;
- Critère « Offre de formation » (25 points) :
 - SIGNPOST BELGIË : 25 points;
 - ECONOCOM EPS : 20 points;
 - ESI INFORMATIQUE SRL : 15 points;
- Classement final :
 - SIGNPOST BELGIË : 90 points;
 - ESI INFORMATIQUE SRL : 85 points;
 - ECONOCOM EPS : 65 points.

Le 3 février 2021, par l'intermédiaire de son conseil, la partie requérante adresse à la partie adverse un courrier dans lequel elle soutient, en substance, que la motivation de la décision d'attribution n'est pas suffisamment précise et adéquate en ce qui concerne l'analyse des critères « Service de maintenance » et « Offre de formation » dès lors qu'elle ne permet pas de comprendre le classement opéré par la partie adverse. En outre, elle prétend qu'elle a été préjudiciée par une série d'erreurs factuelles, d'erreurs d'appréciation et d'approximation qui auraient été commises

lors de l'examen des critères précités. Elle invite en conséquence la partie adverse à retirer sa décision d'attribution et à revoir la comparaison des offres.

Par un courrier du 8 février 2021, le conseil de la partie adverse fait savoir qu'elle ne peut donner suite à la demande de la partie requérante dès lors qu'il n'apparaît pas qu'elle aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.

Néanmoins, le 9 février 2021, elle procède au retrait de la décision d'attribution du 25 janvier 2021 pour les motifs suivants :

« Considérant le courrier officiel envoyé par le soumissionnaire classé en seconde position, par l'intermédiaire de son conseil, daté du 3 février 2021;
Que ESI INFORMATIQUE y soutient l'absence d'une motivation suffisamment précise et adéquate devant permettre à tous les soumissionnaires de comprendre les motifs justifiant le classement opéré par le pouvoir adjudicateur entre les offres régulières déposées pour les deuxième et troisième critères d'attribution, à savoir le contenu du service après-vente et l'offre de formations;
Que ce soumissionnaire annonce son intention de saisir le Conseil d'État d'un recours en suspension en extrême urgence sur la base de cette critique;
Qu'il apparaît, après relecture de la décision motivée d'attribution, que la motivation de la décision litigieuse serait plus précise et plus adéquate;
Qu'il existe, donc, un risque que le Conseil d'État, saisi d'un recours en suspension en extrême urgence, suspende la décision motivée d'attribution;
Qu'il convient par conséquent que WBE retire la décision motivée d'attribution de l'accord cadre en vue de la passation de marchés publics ayant pour objet la fourniture, l'installation et la mise à disposition de matériel informatiques à vocation pédagogique dans les établissements scolaires de Wallonie Bruxelles Enseignement (WBE/17/2020);
Qu'il s'en suit qu'une nouvelle décision motivée d'attribution devra être adoptée dans le cadre du marché susvisé. »

Le 10 février 2021 dans le cadre du réexamen des offres et, plus précisément, de la vérification des prix, la partie adverse s'adresse à la partie requérante et à SIGNPOST BELGIË afin d'obtenir « le détail des prix remis pour les 5 *devices* proposés (prix du *device*/prix de la licence MDM/détail des autres frais inclus) ».

Le 16 février 2021, les soumissionnaires communiquent les informations demandées à la partie adverse.

À cette occasion, la partie requérante attire l'attention du pouvoir adjudicateur sur les prix pratiqués par SIGNPOST. Elle s'exprime en ces termes :

« [...] À la lecture des prix remis par nos concurrents dans le cadre de la présente procédure, nous avons été fort interpellés car nous constater [sic] qu'à matériel *a priori* équivalent, et sans ajouter une assurance vol, notre concurrent direct vendrait son matériel en dessous du prix d'acquisition de celui-ci et des licences d'intégration.

Nos fournisseurs, qui sont les distributeurs uniques pour certaines marques, confirment avoir proposé le même prix d'acquisition aux différents opérateurs dans le cadre du présent marché, soit à ESI et à SIGNPOST.

Cette pratique nous semble interdite, notamment par l'article VI. 116 du Code de droit économique [...]

Nous vous remercions de bien vouloir vous assurer que le prix proposé par nos concurrents, si le matériel proposé est identique, est acceptable et régulier au regard de la législation relative aux marchés publics, sachant que les fournisseurs nous signalent nous avoir communiqué le même prix, ce qui est très fréquent dans ce type de marché ».

Le 22 février 2021, la partie adverse décide de faire application de l'article 36, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics et de demander une justification des prix proposés par SIGNPOST BELGIË pour la tablette Microsoft Surface Go 2, lesquels sont suspectés d'anormalité sur les base des informations communiquées par la partie requérante.

Le 23 février 2021, SIGNPOST BELGIË apporte les éléments de justification sollicités.

Le 1^{er} mars 2021, la partie adverse attribue, à nouveau, le lot 2 à SIGNPOST BELGIË. Il s'agit de la décision attaquée.

En un point 2.2.2. « Vérification arithmétique des offres (rectification des erreurs dans les opérations arithmétiques et correction des erreurs purement matérielles des offres) et vérification des prix », la décision d'attribution énonce ce qui suit :

« 2.2.2.1. Vérification des prix et correction des erreurs matérielles

Considérant que le pouvoir adjudicateur a procédé à la vérification des prix, conformément à l'article 35 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 et a procédé à la correction d'erreurs matérielles dans les offres en application de l'article 34 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017;

[...]

Lot 2

Considérant que le 10 février 2021, le pouvoir adjudicateur a informé les deux soumissionnaires ayant remis une offre régulière pour le Lot 2 qu'il se posait des questions quant au détail des prix remis pour les 5 *devices* proposés (prix du *device*/prix de la licence/détail des autres frais inclus) et a invité les soumissionnaires à lui communiquer les informations nécessaires à ce sujet pour le 17 février 2021 au plus tard en application des articles 84, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 et de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017;

Que les deux soumissionnaires ont répondu dans le délai imparti;

Considérant que le prix proposé par le soumissionnaire ESI comprend uniquement le coût de la licence de gestion annuelle pour un an (sous réserve du prix remis pour le ChromeBook) alors que le cahier spécial des charge précise pourtant parmi les exigences techniques communes à l'ensemble des lots :

“La licence nécessaire à cette intégration doit être comprise dans l'offre de prix”.

Que dans son offre, ESI indique que le tarif annuel de ce renouvellement est de 6 € HTVA par machine; Que cela a été confirmé par ESI sur demande du pouvoir adjudicateur;

Qu'il convient donc d'ajouter au prix remis par ESI :

$3 (3 \text{ années}) \times 6 (6 \text{ €}) \times 4 (4 \text{ appareils concernés}) = 72 \text{ € HTVA } (87,12 \text{ € TVAC});$

Considérant que le prix rectifié de l'offre du soumissionnaire ESI est de 1.531 € HTVA, soit de 1.852,51 € TVAC;

Considérant que le prix proposé par le soumissionnaire SIGNPOST pour la tablette Android ne comprend pas la licence de gestion alors que le cahier spécial des charge précise pourtant parmi les exigences techniques communes à l'ensemble des lots :

“La licence nécessaire à cette intégration doit être comprise dans l'offre de prix”.

Que dans la description de ses prix, SIGNPOST indique que le tarif de cette licence de gestion est de 20,05 € HTVA par machine;

Que cela a été confirmé par ESI sur demande du pouvoir adjudicateur;

Qu'il convient donc d'ajouter au prix remis par SIGNPOST :

$20,05 \text{ € (prix de la licence pérenne)} \times 1 (1 \text{ appareil concerné}) = 20,05 \text{ € HVTA } (24,26 \text{ € TVAC});$

Considérant que le prix rectifié de l'offre du soumissionnaire SIGNPOST est de 1.481,99 € HTVA, soit de 1.793,21 € TVAC;

2.2.2.2 Prix anormaux – Lot 2

Considérant que dans sa réponse à la demande du pouvoir adjudicateur du 10 février 2021, ESI soutient que SIGNPOST pratiquerait des prix anormalement bas et communique ce qu'il dit être le prix d'achat par SIGNPOST du matériel faisant l'objet du marché;

Qu'au vu du faible écart entre les offres des deux soumissionnaires et de l'accusation portée par ESI, le pouvoir adjudicateur a demandé à SIGNPOST le 22 février 2021 de justifier son prix pour la tablette Microsoft Surface Go 2 sur pied de l'article 36, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 pour le motif qu'il était suspecté d'être anormalement bas;

Que SIGNPOST a répondu à la demande de justification le 23 février 2021;

Qu'il ressort des justificatifs communiqués par SIGNPOST que le prix pour la tablette Microsoft Surface Go 2 n'est pas anormal;

Que SIGNPOST mentionne, en effet, les éléments qui lui permettent d'offrir un prix compétitif pour la tablette Microsoft Surface Go 2 et indique le pourcentage de sa marge bénéficiaire sur le prix d'achat;

Que la suspicion de vente à perte soutenue par ESI n'est nullement confirmée;

Que le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucune indication qui l'amènerait à conclure que le prix offert par SIGNPOST pour la tablette Microsoft Surface Go 2 ne lui permettrait pas d'exécuter le marché selon ce qui est prévu par le cahier spécial des charges;

Considérant pour le surplus que les offres des quatre soumissionnaires sont conformes au prescrit de la loi du 17 juin 2016 et de l'arrêté royal du 18 avril 2017;

Que les offres des quatre soumissionnaires susmentionnés sont donc régulières »;

S'agissant du lot 2, la répartition des points par critère d'attribution et le classement final des offres se présentent comme suit :

- Critère « Prix » (50 points) :
 - SIGNPOST BELGIË : 50 points;
 - ESI INFORMATIQUE SRL : 40 points;
 - ECONOCOM EPS : 30 points;
- Critère « Service de maintenance » (25 points) :
 - SIGNPOST BELGIË : 25 points;
 - ESI INFORMATIQUE SRL : 20 points;
 - ECONOCOM EPS : 15 points;
- Critère « Offre de formation » (25 points) :
 - SIGNPOST BELGIË : 25 points;
 - ECONOCOM EPS : 20 points;
 - ESI INFORMATIQUE SRL : 20 points;
- Classement final :
 - SIGNPOST BELGIË : 100 points;
 - ESI INFORMATIQUE SRL : 80 points;
 - ECONOCOM EPS : 65 points.

La décision attaquée a été communiquée à la requérante par un courrier du 1^{er} mars 2021.

IV. Recevabilité

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse relève que si le recours est introduit sur la base de l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services organisant la procédure de suspension en extrême urgence, il ressort tant de la définition de l'objet du recours que du dispositif de la demande que la partie requérante sollicite « l'annulation de la décision ». Elle estime que le Conseil d'État n'est pas valablement saisi dès lors que, dans le cadre d'une demande en suspension en extrême urgence, il ne dispose pas de la compétence lui permettant d'annuler une décision d'attribution.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le dispositif de la requête ne contient pas la demande de suspendre l'exécution de l'acte attaqué, mais celle d'en prononcer l'annulation. Toutefois, force est de relever que l'intitulé de la requête comporte la mention selon laquelle

celle-ci est introduite « selon la procédure d'extrême urgence » et qu'il vise notamment l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée. De même, la requête contient des développements relatifs à « la procédure d'extrême urgence pour les marchés atteignant les seuils européens » (p. 4) et à « l'extrême urgence » (p. 5). Il s'ensuit que l'intention de la requérante est bien d'obtenir la suspension de l'exécution de l'acte attaqué selon la procédure d'extrême urgence. L'exception soulevée par la partie adverse doit être rejetée.

En revanche, la demande de suspension ne paraît pas recevable en ce qu'elle est dirigée contre la décision de ne pas attribuer le marché en cause à la partie requérante. Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite – résultant de l'attribution – de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué. En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

Le premier moyen est pris « de la violation des articles 4 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 33 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relative à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes de bonne administration et en particulier du devoir de minutie, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe général de comparaison effective des offres, du principe général de motivation interne des actes administratifs selon lequel toute décision doit porter sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit et de l'excès de pouvoir ».

La requérante soutient que l'offre de SIGNPOST BELGIË est affectée d'une irrégularité substantielle et que, dès lors, elle aurait dû être écartée par le pouvoir adjudicateur. Elle expose que le prix remis par SIGNPOST BELGIË pour la tablette Android ne comprenait pas la licence de gestion pourtant imposée par le cahier spécial des charges et devant être comprise dans l'offre. Selon elle, les

dispositions visées au moyen obligeaient la partie adverse à qualifier l'erreur formalisée par la société SIGNPOST BELGIË de substantielle, et par conséquent, à écarter son offre, de sorte que le prix proposé par SIGNPOST BELGIË ne pouvait en revanche pas être rectifié.

Elle rappelle que le lot 2 vise la fourniture de cinq types de matériels et que le cahier spécial des charges imposait aux soumissionnaires de fournir un prix unitaire par produit, sachant que ce prix devait intégrer non seulement la fourniture du matériel lui-même, mais également une licence et de nombreux services (garanties, maintenances, formation, ...). Elle reproduit à cet égard le point 2.1.IV (clauses techniques applicables à l'ensemble des lots) du cahier spécial des charges, qui énonce ce qui suit :

« IV. EQUIPEMENTS ACTIFS CONFIGURÉS ET LIVRÉS

Pour chaque lot, les équipements actifs sont configurés par le fournisseur et livrés à l'école en une "solution clé sur porte". Il faut entendre par là :

- Chaque appareil doit avoir été chargé une première fois à 100%;
- Lors de la livraison, le niveau de charge doit être de minimum 70%;
- Chaque appareil doit être livré avec les dernières mises à jour du système d'exploitation installées et datant de maximum 1 mois précédant la livraison;
- Chaque appareil doit pouvoir être intégré rapidement dans le service de gestion des appareils choisis par l'établissement scolaire.

La licence nécessaire à cette intégration doit être comprise dans l'offre de prix. »

Après avoir également reproduit la partie du point 2.2.2.1. de la décision attaquée, relative à la vérification des prix et à la correction des erreurs matérielle, elle fait valoir ce qui suit :

- « 20. Aux termes de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 : "Les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée□.

Selon l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, une irrégularité doit être considérée comme étant substantielle dès lors qu'elle est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de la concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues. La notion de régularité de l'offre revêt aujourd'hui une portée plus large qu'avant et vise le respect des documents du marché, des prescriptions réglementaires, ainsi que du respect du droit social, environnemental et du travail (arrêt C.E., 26 juillet 218, n° 242.147).

L'article 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose que le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres, le Roi pouvant fixer les modalités additionnelles à cette fin.

21. Suivant une jurisprudence constante du Conseil d'État, les données concernant les prix doivent être considérées comme des "conditions essentielles du marché□, de sorte que toute irrégularité les affectant doit être considérée

comme substantielle et donc comme donnant lieu à nullité absolue de l'offre (arrêt C.E., 14 janvier 2011, n° 210.422).

Jugé également par Votre Conseil que :

“Selon les termes de l'article 89, alinéa 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, les données concernant les prix doivent être considérées comme des “conditions essentielles du marché”, de sorte que toute irrégularité les affectant doit être considérée comme substantielle et donc comme donnant lieu à nullité absolue de l'offre. Lorsque le cahier spécial des charges prévoit que le formulaire d'offre doit contenir le taux global d'honoraires proposé mais que l'offre de la demanderesse ne contient pas cet élément, elle méconnaît ainsi une condition essentielle du cahier spécial des charges tenant au prix du marché et est affectée d'une irrégularité substantielle, entraînant sa nullité absolue. Le pouvoir adjudicateur ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation sur ce point. A cet égard, il n'y a pas lieu de tenir compte d'une annexe à l'offre de la demanderesse qui la complète sur ce point dès lors que le formulaire d'offre et le cahier spécial des charges sont précis sur ce point, que cette annexe n'est pas signée et qu'elle méconnaît ainsi l'article 89, alinéas 2 et 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et qu'enfin, elle n'est pas conforme au cahier spécial des charges”.

(C.E., 192.127 du 01/04/2009)

Force est de constater en l'espèce que le prix remis par SIGNPOST pour la tablette Android ne comprenait pas la licence de gestion pourtant imposée par le Cahier spécial des charges et devant être comprise dans l'offre.

Ainsi, “en présence d'une irrégularité dans l'offre, au sens de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le pouvoir adjudicateur doit en constater l'existence, qualifier cette irrégularité de substantielle ou de non substantielle et énoncer les motifs sur lesquels il se fonde pour le faire. Il doit tirer les conséquences de cette qualification et, en cas d'irrégularité qualifiée de non substantielle, motiver sa décision d'écarter ou non l'offre en raison de cette irrégularité. L'exigence de motivation est par ailleurs renforcée en cas de dérogation alléguée au cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur devant se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité et le cas échéant, exposer les motifs pour lesquels il décide d'écarter ou de retenir une offre affectée d'une irrégularité considérée comme non substantielle” (C.E., 26 juillet 218, n° 242.147).

La décision d'attribution reste en tout état de cause en défaut de confirmer que :

- le tarif de 20,05 € HTVA par machine valait aussi pour la tablette Android;
- ce tarif était déjà compris dans l'offre initiale.

La requérante ne peut comprendre la raison pour laquelle SIGNPOST aurait intégré la licence nécessaire à l'intégration pour plusieurs des machines visées dans son offre et se serait abstenue uniquement pour la tablette Android.

Force est ainsi de relever que l'offre de SIGNPOST est incomplète dès le dépôt de celle-ci. Le prix remis pour la tablette Android ne comprend pas la licence, soit le MDM exigé par la partie adverse, et aucune information complémentaire ne serait fournie dans les annexes pour éventuellement corriger ce prix.

En tout état de cause, ajouter 20,05 € HTVA au prix initial ne peut être considéré comme une “correction de l'offre” sur pied des articles 33 et suivants de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 précité.

Enfin, cette irrégularité de l'offre doit être déclarée substantielle dans la mesure où elle rend totalement incertain l'engagement du soumissionnaire SIGNPOST à exécuter le marché dans les conditions prévues.

La décision d'attribution adoptée par la partie adverse est donc illégale à défaut d'avoir écarté l'offre de SIGNPOST pour irrégularité substantielle liée au prix remis par ses soins.

Le premier moyen est sérieux. »

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Le pouvoir adjudicateur a rectifié le prix de l'offre de SIGNPOST.

L'acte attaqué est motivé comme suit à cet égard :

« Considérant que le 10 février 2021, le pouvoir adjudicateur a informé les deux soumissionnaires ayant remis une offre régulière pour le Lot 2 qu'il se posait des questions quant au détail des prix remis pour les 5 *devices* proposés (prix du device/prix de la licence/détail des autres frais inclus) et a invité les soumissionnaires à lui communiquer les informations nécessaires à ce sujet pour le 17 février 2021 au plus tard en application des articles 84, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 et de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017;
Que les deux soumissionnaires ont répondu dans le délai imparti;
[...]
Considérant que le prix proposé par le soumissionnaire SIGNPOST pour la tablette Android ne comprend pas la licence de gestion alors que le cahier spécial des charges précise pourtant parmi les exigences techniques communes à l'ensemble des lots :
“La licence nécessaire à cette intégration doit être comprise dans l'offre de prix”.
Que dans la description de ses prix, SIGNPOST indique que le tarif de cette licence de gestion est de 20,05 € HTVA par machine;
Que cela a été confirmé par ESI sur demande du pouvoir adjudicateur;
Qu'il convient donc d'ajouter au prix remis par SIGNPOST :
20,05 € (prix de la licence pérenne) x 1 (1 appareil concerné) = 20,05 € HTVA (24,26 € TVAC);
Considérant que le prix rectifié de l'offre du soumissionnaire SIGNPOST est de 1.481,99 € HTVA, soit de 1.793,21 € TVAC ».

Le lot 2 du présent marché, qui porte sur un matériel autre que les tablettes IOS Education visées dans le lot, concerne les tablettes Android, Winbook, Chromebook, Surface Go 2 et PC.

Le point 2.1.IV. du cahier spécial des charges (« clauses techniques ») précise en outre que « chaque appareil doit pouvoir être intégré rapidement dans le service de gestion des appareils choisis par l'établissement scolaire » et que « la licence nécessaire à cette intégration doit être comprise dans l'offre de prix ».

Dans son offre du 8 janvier 2021, la société SIGNPOST BELGIË mentionne le prix unitaire de chacun des appareils. Il s'agit, pour chaque appareil, d'un montant global qui ne fait pas apparaître le prix d'une licence de gestion.

La partie adverse a demandé à la société SIGNPOST BELGIË, le 10 février 2021, comme elle l'a fait d'ailleurs pour la requérante, de détailler les prix qu'elle avait remis pour les cinq appareils proposés, en ce compris les prix des licences et les autres frais. La société SIGNPOST BELGIË a répondu le 16 février 2021 en indiquant la part que représente le coût de la licence de gestion pour chacun des appareils proposés, sauf pour les tablettes Android.

Le pouvoir adjudicateur a pu considérer que l'absence d'indication du prix de la licence de gestion ne signifiait nullement que celle-ci n'était pas incluse mais qu'il s'agissait d'une erreur matérielle devant être rectifiée conformément à l'article 34, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, c'est-à-dire en recherchant l'intention réelle du soumissionnaire. En effet, dans une partie de l'offre de l'attributaire, intitulée « résumé de l'offre » (page 59), il est précisé que celle-ci inclut la licence de gestion pour les appareils Windows, en ce compris les tablettes Android, et la licence de gestion Google pour les Chromebooks, ce qui est détaillé aux pages 12 à 14 de l'offre, desquelles il résulte que le système de gestion prévu pour la tablette Android est Intune. Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, considérer qu'il n'existait aucune incertitude quant à l'intention du soumissionnaire concerné de fournir les tablettes Android avec la licence de gestion, conformément aux prescriptions du cahier spécial des charges, mais que le prix ne correspondait pas à ce qui était réellement proposé.

En conséquence, il a pu corriger l'erreur contenue dans l'offre de la société SIGNPOST BELGIË conformément à l'article 34, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 en ajoutant au prix de la tablette Android, le prix unitaire de la licence Intune, lequel était connu, dès lors qu'il s'agit de la licence également prévue pour les appareils Winbook, Surface Go 2 et PC et que le prix de la licence avait été indiqué par ladite société pour ces appareils.

Le premier moyen n'est pas sérieux. Il n'y a dès lors pas lieu, au stade actuel de la procédure, de se prononcer sur l'exception d'irrecevabilité de ce moyen soulevée par la partie adverse.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la requérante

Le deuxième moyen est pris de la violation de « l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 33 à 37, et spécialement des articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des

marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services et de concessions, de l'article VI.116 du Code de droit économique, du principe de motivation matérielle des actes administratifs et du principe de transparence ».

La requérante fait valoir qu'elle a identifié une problématique de vente à un prix inférieur au prix du marché pour l'ensemble des produits proposés par la société SIGNPOST BELGIË et que, nonobstant les termes du courrier qu'elle lui a envoyé, le pouvoir adjudicateur a fait le choix d'inviter SIGNPOST BELGIË à justifier son prix uniquement pour la tablette Microsoft Surface Go2, et non pour d'autres produits d'autres marques, sans justifier les raisons pour lesquelles il a posé ce choix spécifique qu'elle estime difficilement compréhensible. Elle soutient que, sur la base des éléments qu'elle lui avait fournis, le pouvoir adjudicateur aurait dû interroger SIGNPOST BELGIË sur l'ensemble des prix remis, ou à tout le moins motiver adéquatement la raison pour laquelle la vérification portant sur la seule tablette Microsoft Surface Go2 était suffisante.

Après avoir exposé les dispositions et principes applicables en la matière, la requérante développe son moyen ainsi qu'il suit :

« 26. En l'espèce, par courriel du 10 février 2021, la partie adverse notifie à la requérantes sa décision de procéder au retrait de la décision d'attribution pour en adopter une nouvelle, mieux motivée (...).

À cette occasion, il est annoncé à la requérante son intention de réexaminer au préalable les offres reçues et d'interroger les soumissionnaires quant au détail des prix remis pour les 5 *devices* proposés (prix du device / prix de la licence MDM / détail des autres frais inclus) (...).

La requérante a fourni l'ensemble des éléments d'information attendus par le pouvoir adjudicateur (...).

Elle précisait également (...) :

“(...) À la lecture des prix remis par nos concurrents dans le cadre de la présente procédure, nous avons été fort interpellés car nous devons constater qu'à matériel *a priori* équivalent, et sans ajouter une assurance vol, notre concurrent direct vendrait son matériel en-dessous du prix d'acquisition de celui-ci et des licences d'intégration.

Nos fournisseurs, qui sont les distributeurs uniques pour certaines marques, confirment avoir proposé le même prix d'acquisition aux différents opérateurs dans le cadre du présent marché, soit à ESI et à SIGNPOST.

Cette pratique nous semble interdite, notamment par l'article VI.116 du Code de droit économique (...)□.

En effet, les fournisseurs de la requérante lui ont expressément confirmé proposer les mêmes prix d'achat à leurs différents clients dans le cadre du présent marché public.

La motivation de la nouvelle décision d'attribution répond à cette interrogation en ces termes (...) :

“2.2.2.2 Prix anormaux – Lot 2

Considérant que dans sa réponse à la demande du pouvoir adjudicateur du 10 février 2021, ESI soutient que SIGNPOST pratiquerait des prix anormalement bas et communique ce qu'il dit être le prix d'achat par SIGNPOST du matériel faisant l'objet du marché;

Qu'au vu du faible écart entre les offres des deux soumissionnaires et de l'accusation portée par ESI, le pouvoir adjudicateur a demandé à SIGNPOST le 22 février 2021 de justifier son prix pour la tablette Microsoft Surface Go 2 sur pied de l'article 36, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 pour le motif qu'il était suspecté d'être anormalement bas;

Que SIGNPOST a répondu à la demande de justification le 23 février 2021;

Qu'il ressort des justificatifs communiqués par SIGNPOST que le prix pour la tablette Microsoft Surface Go 2 n'est pas anormal;

Que SIGNPOST mentionne, en effet, les éléments qui lui permettent d'offrir un prix compétitif pour la tablette Microsoft Surface Go 2 et indique le pourcentage de sa marge bénéficiaire sur le prix d'achat;

Que la suspicion de vente à perte soutenue par ESI n'est nullement confirmée;

Que le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucune indication qui l'amènerait à conclure que le prix offert par SIGNPOST pour la tablette Microsoft Surface Go 2 ne lui permettrait pas d'exécuter le marché selon ce qui est prévu par le cahier spécial des charges□.

Cette motivation reste inadéquate, à tout le moins sur un point.

Alors que la requérante soulève une problématique de vente à un prix inférieur au prix du marché pour l'ensemble des produits proposés, le pouvoir adjudicateur fait le choix d'inviter SIGNPOST à justifier son prix uniquement pour la tablette Microsoft Surface Go2, et non pour d'autres produits d'autres marques.

Sur base des éléments fournis par la requérante, le pouvoir adjudicateur devait interroger SIGNPOST sur l'ensemble des prix remis, ou à tout le moins motiver adéquatement la raison pour laquelle la vérification portant sur la seule tablette Microsoft Surface Go2 était suffisante.

À défaut, il s'en suit une violation des dispositions au moyen.

27. Au regard du caractère confidentiel des offres, il n'est pas possible à la requérante d'examiner la teneur et la pertinence des justificatifs remis par la société SIGNPOST en réponse à la demande du pouvoir adjudicateur.

Néanmoins, il conviendra que dans le cadre de l'examen de la pertinence de l'appréciation effectuée par le pouvoir adjudicateur quant au justificatif remis par la société SIGNPOST, Votre Conseil soit attentif à deux aspects qu'il convient d'aborder successivement.

1) D'une part, la société SIGNPOST ne pourrait justifier son prix en tenant compte d'une potentielle somme qui serait accordée par MICROSOFT à l'adjudicataire désigné par WBE dans le cadre du présent marché public.

Il est exact que MICROSOFT a informé les opérateurs économiques que l'adjudicataire du présent marché recevra un montant déterminé qu'il sera contraint de déposer au bénéfice des écoles dans le cadre du déploiement du matériel et de la formation (...).

D'ailleurs, les preuves *ad hoc* devront être adressées à MICROSOFT pour le 30 juin 2021.

C'est la raison pour laquelle la SRL ESI Informatique proposait, à titre gratuit, 1.100 heures de prestations au bénéfice des établissements scolaires (...).

Il faut s'en référer à l'offre initiale de la requérante ainsi qu'à son courrier du 16 février 2021 qui expliquait (...) :

“Pour les projets plus conséquents, pour des ordinateurs équipés d'Intune et de Microsoft Windows 10, Microsoft a décidé de soutenir le fournisseur choisi par le WBE en dégageant un budget conséquent pour le déploiement du matériel (90.000 €). Ce soutien équivaut à une prestation globale de 1100 heures de prestations. Il ne peut bien entendu pas être inclus dans le prix du matériel ou influencer celui-ci, celui-ci n'étant dispensé qu'à la demande□.

Force est de constater que la société SIGNPOST n'offre pas ces 1.100 heures et n'explique pas l'affectation qui sera faite par ses soins de l'appui proposé par MICROSOFT dans le cadre du présent marché.

En tout état de cause, il n'est pas acceptable que la société SIGNPOST s'appuie sur la proposition de MICROSOFT pour justifier une prétendue diminution du prix d'achat, ne répondant nullement à l'esprit du soutien fourni par MICROSOFT en termes de déploiement du matériel et de formation.

2) D'autre part, il faut s'assurer que le prix proposé par les soumissionnaires, et plus précisément par SIGNPOST en l'espèce, intègre toutes les prestations imposées.

Dans son courrier du 16 février 2021, la SRL ESI Informatique expliquait expressément qu'outre le prix de fourniture du matériel et la licence imposée, sont compris (...) :

- la livraison du matériel;
- mise en place d'un site pour la gestion du matériel;
- mise en place d'un site pour les commandes du matériel.

Il convient donc de s'assurer que le prix remis par SIGNPOST, identifié par la requérante comme inférieur au prix d'achat, comprenne bien l'ensemble des prestations et services imposés par le pouvoir adjudicateur.

La requérante a la ferme conviction, sur base des informations qui lui ont été communiquées par ses fournisseurs, que les prix proposés par la société SIGNPOST sont anormaux et ne lui permettront pas d'exécuter le marché tel qu'annoncé pour ce prix.

Enfin, il est rappelé que vendre à un prix inférieur au prix du marché est prohibé par l'article VI.116 du Code de droit économique.

Ces fournisseurs n'ont pas souhaité confirmer par écrit à la requérante la politique de prix pratiquée au bénéfice de la société SIGNPOST.

Le deuxième moyen est par conséquent sérieux ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Les articles 35 et 36, §§ 1^{er} à 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité disposent comme suit :

« Art. 35. Le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Pour ce faire, il peut, conformément à l'article 84, alinéa 2, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires.

Art. 36. § 1^{er}. Lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix ou des coûts effectuée conformément à l'article 35, le pouvoir adjudicateur procède à un examen de ces derniers. [...] § 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.

La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.

Les justifications concernent notamment :

1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;

2° les solutions techniques choisies ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;

3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

4° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

[...]

§ 3. Le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et :

1° soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;

2° soit constate que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;

3° soit motive dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal.

[...] ».

L'acte attaqué est motivé de la manière suivante à propos de la vérification des prix :

« Considérant que le pouvoir adjudicateur a procédé à la vérification des prix, conformément à l'article 35 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 et a procédé à la correction d'erreurs matérielles dans les offres en application de l'article 34 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017;
[...]

Lot 2

Considérant que le 10 février 2021, le pouvoir adjudicateur a informé les deux soumissionnaires ayant remis une offre régulière pour le Lot 2 qu'il se posait des questions quant au détail des prix remis pour les 5 devices proposés (prix du device/prix de la licence/détail des autres frais inclus) et a invité les soumissionnaires à lui communiquer les informations nécessaires à ce sujet pour le 17 février 2021 au plus tard en application des articles 84, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 et de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017;

Que les deux soumissionnaires ont répondu dans le délai imparti;

[...]

2.2.2.2 Prix anormaux – Lot 2

Considérant que dans sa réponse à la demande du pouvoir adjudicateur du 10 février 2021, ESI soutient que SIGNPOST pratiquerait des prix anormalement bas et communique ce qu'il dit être le prix d'achat par SIGNPOST du matériel faisant l'objet du marché;

Qu'au vu du faible écart entre les offres des deux soumissionnaires et de l'accusation portée par ESI, le pouvoir adjudicateur a demandé à SIGNPOST le 22 février 2021 de justifier son prix pour la tablette Microsoft Surface Go 2 sur pied de l'article 36, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 pour le motif qu'il était suspecté d'être anormalement bas;

Que SIGNPOST a répondu à la demande de justification le 23 février 2021;

Qu'il ressort des justificatifs communiqués par SIGNPOST que le prix pour la tablette Microsoft Surface Go 2 n'est pas anormal;

Que SIGNPOST mentionne, en effet, les éléments qui lui permettent d'offrir un prix compétitif pour la tablette Microsoft Surface Go 2 et indique le pourcentage de sa marge bénéficiaire sur le prix d'achat;

Que la suspicion de vente à perte soutenue par ESI n'est nullement confirmée;

Que le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucune indication qui l'amènerait à conclure que le prix offert par SIGNPOST pour la tablette Microsoft Surface Go 2 ne lui permettrait pas d'exécuter le marché selon ce qui est prévu par le cahier spécial des charges;

Considérant pour le surplus que les offres des quatre soumissionnaires sont conformes au prescrit de la loi du 17 juin 2016 et de l'arrêté royal du 18 avril 2017;

Que les offres des quatre soumissionnaires susmentionnés sont donc régulières. »

La requérante critique la motivation de la décision attaquée qui serait, selon elle, inadéquate en ce qu'elle n'indique pas la raison pour laquelle le pouvoir adjudicateur s'est limité à vérifier le prix de la seule tablette Microsoft Surface Go 2.

Conformément à l'article 84 de la loi du 17 juin 2016, précitée, le pouvoir adjudicateur doit procéder à la vérification des prix et des coûts. Le but de la vérification est de rechercher d'éventuels prix anormaux. L'objectif est double : d'une part, protéger l'adjudicateur en lui donnant le moyen de s'assurer que le prix offert par les soumissionnaires permet réellement d'exécuter les obligations qui découlent du cahier spécial des charges; d'autre part, protéger les exigences d'une saine concurrence. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une large marge d'appréciation dans le cadre de la vérification des prix tant pour procéder à un contrôle des prix que pour déterminer ceux à propos desquels il estime opportun de solliciter des justifications.

Il résulte de la motivation de la décision attaquée et du dossier administratif que la partie adverse a procédé à la vérification des prix. En particulier, elle a sollicité tant de SIGNPOST BELGIË que de la requérante le détail des prix remis pour chacun des appareils, en ce compris le prix de la licence de gestion et les autres frais inclus. Dans sa réponse, la requérante a soutenu que SIGNPOST BELGIË pratiquerait des prix anormalement bas et communique ce qui, selon ses

fournisseurs, serait le prix d'achat matériel concerné, lequel serait identique pour tous les opérateurs économiques ayant déposé offre pour le marché litigieux.

La partie adverse n'a estimé nécessaire de procéder à l'examen prévu par l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 que pour un seul des cinq produits proposés, à savoir l'appareil « Surface Go 2 ».

En l'espèce, il ressort des pièces confidentielles du dossier administratif que seul le prix proposé pour l'appareil « Surface Go 2 » s'avérait très légèrement inférieur au prix d'achat mentionné par la requérante dans son courrier électronique confidentiel du 16 février 2021. Il ne semble pas que la partie adverse ait commis une erreur manifeste d'appréciation en ne jugeant pas utile de solliciter une justification des prix relatifs à quatre des cinq produits faisant l'objet du lot 2 du marché.

Il peut être admis, en principe, qu'un pouvoir adjudicateur n'indique pas dans sa motivation pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, à condition qu'il ressorte de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix. Ainsi, il n'y a rien à motiver, dans la décision d'attribution, quant à l'absence de prix anormaux lorsque rien n'indique que le pouvoir adjudicateur aurait dû, à la suite de la vérification des prix opérée, procéder, à l'égard de l'offre concernée, à l'examen des prix prévu par l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. En l'espèce, il ne paraît donc pas que la requérante puisse être suivie en ce qu'elle fait grief à l'acte attaqué de ne pas indiquer les motifs pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'a adressé à SIGNPOST BELGIË une demande de justification du prix que d'un seul des cinq appareils.

La critique relative à la motivation formelle de la décision attaquée ne paraît donc pas pouvoir être retenue.

En ce qui concerne les justifications données par SIGNPOST BELGIË, s'agissant des deux aspects que la requérante met en exergue, les éléments suivants peuvent être constatés :

- d'une part, contrairement à ce que suspecte la requérante, ce soumissionnaire ne justifie pas le prix de la tablette concernée en tenant compte d'une somme qui serait accordée par MICROSOFT à l'adjudicataire désigné par Wallonie Bruxelles dans le cadre du présent marché public;
- d'autre part, l'offre de SIGNPOST BELGIË porte bien notamment sur la livraison du matériel, sur la mise en place d'un site pour la gestion du matériel et sur la mise en place d'un site pour les commandes du matériel.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux. Il n'y a dès lors pas lieu, au stade actuel de la procédure, de se prononcer sur l'exception d'irrecevabilité de ce moyen soulevée par la partie adverse.

VII. Troisième moyen

VI1.1. Thèse de la requérante

Le troisième moyen est pris « de la violation des articles 4 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 33 à 36 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, des principes de bonne administration et en particulier du devoir de minutie, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe général de comparaison effective des offres, du principe général de motivation interne des actes administratifs selon lequel toute décision doit porter sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit et de l'excès de pouvoir ».

La requérante relève que le pouvoir adjudicateur a décidé de procéder à une correction de son offre en ce qui concerne l'intégration du coût de la licence de gestion associée au prix unitaire proposé pour le matériel, et ce, sur la base de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité. Elle soutient que, telle qu'elle était libellée, son offre répondait précisément aux exigences du pouvoir adjudicateur et ne pouvait faire l'objet d'une correction. Selon elle, en procédant à cette correction de manière irrégulière, la partie adverse a violé les dispositions visées au moyen.

Après avoir rappelé que l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ne permet de procéder à la correction d'une offre qu'en présence d'erreurs constatées dans les opérations arithmétiques ou d'erreurs purement matérielles, elle souligne qu'il convient donc de mettre en exergue l'existence d'erreurs.

Elle reproduit la motivation de la décision attaquée qui indique que, pour quatre des appareils concernés, le prix ne comporte la licence de gestion que pour une durée d'un an, ce qui amène le pouvoir adjudicateur à rectifier ce prix en y ajoutant le prix du renouvellement de cette licence de gestion pour trois années.

La requérante fait valoir que le cahier spécial des charges ne fixe à aucun endroit la durée de la licence de gestion sollicitée. Elle souligne qu'il est précisé à l'article 2.1.IV., que chaque appareil doit pouvoir être intégré rapidement dans le

service de gestion des appareils choisis par l'établissement scolaire et que la licence nécessaire à cette intégration doit être comprise dans l'offre de prix, mais qu'aucune durée n'est imposée ou prévue dans cette disposition.

Elle estime que son offre initiale répond à cette exigence étant donné que l'ensemble des ordinateurs proposés intègrent la licence dont question, certes pour une durée d'une année, en respectant de ce fait strictement les clauses du cahier spécial des charges.

Elle souligne que l'article 2.1 n'impose une durée de quatre années que pour la mise à jour garantie, telle que fixée dans le cahier spécial des charges, lequel prévoit ce qui suit :

« III. MISE À JOUR GARANTIE PENDANT 4 ANS MINIMUM
Pour chaque lot, l'adjudicataire retenu garantit la mise à jour du matériel informatique pendant une durée minimale de 4 ans ».

Selon elle, s'il devait être considéré que la durée de quatre années s'imposait pour l'ensemble des dispositions du cahier spécial des charges ou pour toutes les exigences de l'article 2.1, il n'était pas nécessaire de mentionner la durée de quatre années au point III relatif à la mise à jour garantie.

Elle constate que, malgré l'absence de durée fixée pour la licence de gestion, les prix qu'elle a fournis sont corrigés pour inclure le coût de licence de gestion annuelle pour une durée de 4 années. Elle expose qu'elle ne peut accepter qu'il ait été procédé à cette correction non conforme aux exigences du cahier spécial des charges. Elle souligne qu'il peut être constaté que pareille correction n'était pas intervenue à l'occasion de la première décision d'attribution, aujourd'hui retirée.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

S'agissant de la rectification du prix de l'offre de la requérante, la décision attaquée est motivée comme suit :

« Considérant que le prix proposé par le soumissionnaire ESI comprend uniquement le coût de la licence de gestion annuelle pour un an (sous réserve du prix remis pour le ChromeBook) alors que le cahier spécial des charges précise pourtant parmi les exigences techniques communes à l'ensemble des lots :
"La licence nécessaire à cette intégration doit être comprise dans l'offre de prix".
Que dans son offre, ESI indique que le tarif annuel de ce renouvellement est de 6 € HTVA par machine; Que cela a été confirmé par ESI sur demande du pouvoir adjudicateur;
Qu'il convient donc d'ajouter au prix remis par ESI :
 $3 \text{ (3 années)} \times 6 \text{ (6 €)} \times 4 \text{ (4 appareils concernés)} = 72 \text{ € HTVA (87,12 € TVAC)}$;
Considérant que le prix rectifié de l'offre du soumissionnaire ESI est de 1.531 € HTVA, soit de 1.852,51 € TVAC ».

La requérante soutient en substance que, dès lors que son offre prévoyait une licence de gestion d'un an, elle était conforme au cahier spécial des charges qui n'imposait aucune durée pour ladite licence, contrairement à ce qui était prescrit pour la mise à jour, laquelle devait être garantie pendant quatre années au moins.

Le point 2.1. des clauses techniques du cahier spécial des charges, énonce comme suit les exigences communes à l'ensemble des lots :

« I. SERVICE DE MAINTENANCE

Pour chaque lot, l'adjudicataire assure un service de maintenance du matériel fourni.

Les modalités souhaitées de ce service de maintenance sont les suivantes :

- Disponibilité dans les 48 heures ouvrables;
- Comprenant une solution de rechange si le stock prévu par l'établissement est épuisé (ce stock équivaut à minimum 1% de la commande "élève") permettant à l'étudiant de poursuivre sa scolarité;
- Prise en charge de l'appareil défaillant selon les modalités de garantie;
- Livraison de l'appareil réparé (ou remplacé) à l'école, par le prestataire;
- À titre facultatif : montant plafonné à charge de l'utilisateur en cas de dommage accidentel.

II. PROGRAMME D'ACCOMPAGNEMENT DES ENSEIGNANTS

Pour chaque lot, l'adjudicataire retenu propose un programme d'accompagnement pour les enseignants, au cours de la première année d'exécution du marché, à concurrence de 3 ½ journées.

III. MISE A JOUR GARANTIE PENDANT 4 ANS MINIMUM

Pour chaque lot, l'adjudicataire retenu garantit la mise à jour du matériel informatique pendant une durée minimale de 4 ans.

IV. EQUIPEMENTS ACTIFS CONFIGURÉS ET LIVRÉS

Pour chaque lot, les équipements actifs sont configurés par le fournisseur et livrés à l'école en une "solution clé sur porte". Il faut entendre par là :

- Chaque appareil doit avoir été chargé une première fois à 100%;
- Lors de la livraison, le niveau de charge doit être de minimum 70%;
- Chaque appareil doit être livré avec les dernières mises à jour du système d'exploitation installées et datant de maximum 1 mois précédant la livraison;
- Chaque appareil doit pouvoir être intégré rapidement dans le service de gestion des appareils choisis par l'établissement scolaire.

La licence nécessaire à cette intégration doit être comprise dans l'offre de prix ».

Le cahier spécial des charges impose que la licence d'intégration soit incluse dans le prix. *Prima facie*, il semble qu'à défaut de toute autre précision, la partie adverse a pu raisonnablement considérer que la prescription en cause imposait que la licence couvre la totalité de la durée de vie du matériel concerné. Cette interprétation paraît devoir être retenue dès lors que l'objectif poursuivi est censé s'appliquer à toute la durée d'utilisation. Elle ne semble pas devoir être remise en cause par la circonstance, dont se prévaut la requérante en un argument *a contrario*, que la seule durée mentionnée dans les clauses techniques du cahier spécial des charges a trait à la durée minimale de la garantie de mise à jour.

Il apparaît donc, au terme d'un examen en extrême urgence, que c'est sans méconnaître les dispositions et principes visés au moyen que la partie adverse a procédé à la correction du prix proposé par la requérante. Pour ce faire, elle a pris en considération une durée de vie théorique du matériel en cause de quatre années, qui, comme telle, ne suscite pas de critique de la part de la requérante, laquelle se limite à contester le principe même de la correction.

Le troisième moyen n'est pas sérieux.

VIII. Quatrième moyen

VIII.1. Thèse de la requérante

Le quatrième moyen est pris « de la violation des articles 4, 66 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions (motivation de la décision d'attribution), des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir ».

Après avoir souligné que la législation relative aux les marchés publics impose au pouvoir adjudicateur de procéder à une comparaison effective des offres, notamment sur la base des critères d'attribution définis par ses soins, la requérante relève que le pouvoir adjudicateur n'a pas fait le choix de détailler des sous-critères ou ses attentes précises quant au service de maintenance à proposer ou quant à l'offre de formation et que le cahier spécial des charges ne comportait aucune indication relative à la méthodologie qui serait utilisée pour comparer les offres des soumissionnaires et déterminer le classement à opérer entre ceux-ci, de sorte que les soumissionnaires ne connaissaient pas les éléments qui seraient pris en considération pour évaluer les deux derniers critères, à savoir le service de maintenance et l'offre de formation.

Elle estime que, compte tenu de ces éléments, il appartenait à la partie adverse d'adopter une position particulièrement minutieuse, rigoureuse et transparente quant aux termes de la comparaison des offres pour éviter toute rupture du principe d'égalité entre soumissionnaires. Elle affirme que le pouvoir adjudicateur a néanmoins failli à son devoir de motivation scrupuleuse.

Après avoir exposé les dispositions et principes applicables et après avoir reproduit la prescription 1.7.1. du cahier spécial des charges qui définit les

critères d'attribution applicables à l'accord-cadre, la requérante fait valoir ce qui suit :

« Force est d'emblée de constater que le pouvoir adjudicateur n'a pas fait le choix de détailler des sous-critères et/ou ses attentes précises quant au service de maintenance à proposer ou quant à l'offre de formation.

En l'espèce, le cahier spécial des charges était totalement muet quant à la méthodologie qui serait appliquée pour comparer les offres des soumissionnaires et déterminer le classement à opérer entre ceux-ci.

Les soumissionnaires ne connaissaient donc pas les éléments qui seraient pris en considération pour évaluer les deux derniers critères, à savoir le service de maintenance et l'offre de formation.

La partie adverse considère à tort dans sa décision d'attribution que le service de maintenance proposé par SIGNPOST serait plus intéressant que celui qui est proposé par la requérante.

SIGNPOST se voit de ce fait attribuer 25 points alors que la requérante reçoit 20 points pour ce critère.

L'acte attaqué est motivé comme suit quant à ce critère :

Considérant que le deuxième critère (le service de maintenance) est évalué comme suit :

“Le soumissionnaire qui a remis la meilleure offre se verra attribuer 25 points. Les points attribués pour les autres soumissionnaires seront dégressifs, par tranche de 5 points, selon leur classement□.

Considérant que le soumissionnaire ECONOCOM propose un service de maintenance qui respecte les exigences minimales fixées au cahier spécial des charges;

Que son offre excède les exigences minimales en ce qu'ils proposent notamment :

- Intervention : livraison et intervention possible au domicile de l'utilisateur;
- Stock : système Ecoswap avec solution de remplacement en provenance du stock direct d'ECONOCOM (et non celui assuré par les écoles);
- Emballage : livraison possible sans emballage pour l'appareil de remplacement;

Considérant que le soumissionnaire ESI propose un service de maintenance qui respecte les exigences minimales fixées au cahier spécial des charges;

Que son offre dépasse les exigences minimales en ce qu'il propose notamment :

- Intervention : service disponible le jour ouvrable suivant l'appel, dans certains cas possibles dans les deux heures, sur site ou à distance;
- Équipe : une personne dédiée aux écoles WBE;
- Garantie : quatre ans sur site;
- Pannes hors garantie : prix forfaitaire entre 40 et 100 €;
- Outil d'administration : application web personnalisée pour la gestion technique du parc livré proposée aux écoles;
- Aide à la connectivité : gratuit pour le matériel Microsoft à hauteur de 1.100 heures;
- Stock : stock supplémentaire accessible aux écoles qui effectuent des commandes supérieures à 25.000 €;

Considérant que le soumissionnaire SIGNPOST propose un service de maintenance qui respecte les exigences minimales fixées au cahier spécial des charges;

Que son offre outrepassse les exigences minimales en ce qu'ils proposent notamment :

- Intervention : service disponible dans les 48 heures ou moins, soit sur place soit au domicile de l'utilisateur, en ce compris pendant les congés scolaires, ainsi qu'un remplacement des pièces sur site;
- Équipe : techniciens certifiés et un technicien fixe pour chaque école
- Gestion des incidents : n'implique pas l'intervention de personnel avec des compétences techniques particulières ainsi qu'un helpdesk à deux niveaux et accessible aux élèves;
- Gestion de la qualité : réunion mensuelle avec le technicien à des fins d'évaluation et d'optimisation de la situation;
- Garantie : trois ans sur site, en ce compris pour la batterie qui est remplacée gratuitement dès qu'elle atteint 70% de sa capacité d'origine;
- Stock de pièces détachées : accès direct et stock important permettant à SIGNPOST d'agir comme zone tampon en cas de pénurie dans la chaîne d'approvisionnement;
- Pannes hors garantie : montant plafonné à 50 €;
- Assurance-vol : franchise de 50 €;
- Outil d'administration : M4S (Management4School) configurable et possibilité de signalement des problèmes via ce système;
- Emballage : livraison possible sans emballage et étiquetage des appareils livrés;

Considérant que le service de maintenance proposé par le soumissionnaire SIGNPOST est plus intéressant que celui proposé par ESI et par ECONOCOM."

36. La requérante propose d'aborder successivement les raisons pour lesquelles il convient de considérer la motivation inadéquate et la comparaison des offres comme irrégulière quant à ce critère.

1) Durée de garantie

37. D'emblée, il faut mettre en lumière une différence majeure entre les deux offres, à savoir que la SRL ESI INFORMATIQUE propose une garantie de 4 ans sur le matériel, là où SIGNPOST se cantonne à une durée de 3 années.

La maintenance se définit avant tout par la durée pendant laquelle une garantie sur site est proposée.

Il faut rappeler que l'article 2.1 du cahier spécial des charges fixait les exigences communes à l'ensemble des lots, et notamment une mise à jour garantie pendant 4 ans minimum. Ainsi, pour chaque lot, l'adjudicataire retenu doit garantir la mise à jour du matériel informatique pendant une durée minimale de 4 ans.

La partie adverse était donc particulièrement attentive à la durée de quatre années pour la mise à jour. Il convient d'en tenir compte.

De même, la prise en charge de l'appareil défaillant selon les modalités de garantie était explicitement visée dans les modalités souhaitées du service de maintenance.

La décision d'attribution reste toujours en défaut de justifier en quoi l'octroi d'un délai de garantie d'une année complémentaire par ESI n'était pas de nature à lui octroyer un avantage complémentaire par rapport à l'offre de SIGNPOST.

2) Aide à la connectivité – 1.100 heures gratuites pour le matériel MICROSOFT

38. La requérante exposait dans son offre (...) :

“Dans le cadre d’un déploiement important de matériel équipé d’Intune et Windows 10, nos services techniques peuvent supporter les écoles de manière active.

Avec Microsoft, nous avons pu dégager un budget de 1100 heures de prestations à répartir sur les premiers projets conséquents que les écoles nous soumettrons. Si vous le désirez, nous proposons de confier la gestion de ce budget gratuit au WBE afin d’assurer une répartition optimale, cela peut bien entendu se discuter.

Ces prestations consistent en la mise en place du matériel pour son bon fonctionnement : vérification WIFI, connexion WIFI, connexion du réseau, gestion du VLAN... Le matériel qui pourrait être nécessaire à cette mise en place serait bien entendu à acquérir séparément.

Ces heures ne seront pas facturées pour autant qu’elles concernent du matériel Microsoft (pas sur les Chromebooks)□.

Ces 1.100 heures gratuites sont loin d’être négligeables et permettent de garantir un service qualitatif de nature à éviter toute intervention ultérieure.

Malgré l’importance de cet atout proposé par la requérante, cet élément ne justifie pas un meilleur classement de la SRL ESI Informatique. Pareille appréciation est incompréhensible et traduit à tout le moins une erreur manifeste d’appréciation.

3) Absence de pertinence du critère lié à l’assurance-vol

39. L’assurance vol proposée par SIGNPOST ne peut d’aucune manière contrebalancer la plus-value que représente l’année de garantie complémentaire concédée par ESI. Davantage de machines devront être réparées sous garantie durant la quatrième année que de matériel à remplacer en raison de vols survenus, tenant compte *a priori* de conditions strictes pour voir intervenir cette assurance.

De plus, sous réserve, cette assurance ne pourra trouver à s’appliquer que dans des hypothèses limitatives, et principalement en cas de vol avec effraction ou violence. Ainsi, par exemple, un vol de PC dans le bus n’est pas couvert. Les cas d’application et de couverture de sinistres par le biais de cette assurance sont réduits et ne justifient pas que ce point soit mis en exergue par le pouvoir adjudicateur.

En tout état de cause, la partie adverse reste en défaut de motiver en quoi l’assurance vol serait plus intéressante qu’une année de garantie complémentaire, la durée de garantie étant identifiée *ab initio* par vos soins comme un élément majeur dans le cahier spécial des charges.

4) Composition de l’équipe

40. La décision d’attribution précise en termes de motivation pour ESI : “Équipe : une personne dédiée aux écoles WBE□ alors que la même décision stipule pour SIGNPOST : “Équipe : techniciens certifiés et un technicien fixe pour chaque école□.

Il faut rappeler les termes de l’offre de la SRL ESI Informatique concernant la composition de l’équipe et le service de maintenance :

“1. EQUIPE TECHNIQUE :

ESI Informatique emploie actuellement 54 personnes dont 36 techniciens répartis dans différents départements :

- Service technique externe – dépannage PC – installation/dépannage réseaux et serveurs

- Service technique interne montage
- Service technique interne atelier pc/portables/imprimantes

Notre objectif, depuis 33 ans, est d'assurer un service personnalisé à nos clients.

Pour mener à bien cet objectif, nous avons mis en place plusieurs équipes de techniciens qui interviennent rapidement sur site en cas de panne. Leur travail quotidien consiste en une intervention rapide et efficace sur les problèmes afin que les clients attendent le moins possible.

En fonction de la gravité de la panne et de la situation géographique, nous pouvons intervenir dans un délai très court, si nécessaire dans les 2 heures qui suivent l'appel
(...)

2. PARTENARIAT ESI / WBE :

Dans le cadre de ce cahier des charges, nous souhaitons mettre en place un partenariat avec le WBE ayant pour but d'offrir un accompagnement complet aux écoles dès le début de leur projet d'achat. Pour ce faire, nous dédierons une personne de notre département EDUCATION sur les écoles de votre réseau, cette personne accompagnera les établissements dans le choix du meilleur produit en fonction de l'objectif de l'achat, de la situation IT de l'établissement, de ses projets de développement etc.

Une fois le choix du matériel effectué, cette personne s'assurera de la bonne mise en place des appareils, de la formation éventuelle, en fonction de la demande de l'établissement.

Après livraison du matériel, si la demande existe, nous nous engageons à déployer le matériel dans un délai de 8 jours ouvrables afin que le projet débute rapidement□.

La décision d'attribution semble confondre l'équipe technique à disposition de WBE dans le cadre de la maintenance offerte et le département commercial.

Il est totalement inexact de prétendre que l'équipe de ESI serait composée d'une seule personne.

La décision litigieuse est donc entachée d'une erreur sur les motifs.

5) Prise en considération d'un critère non pertinent

41. Le pouvoir adjudicateur a pris en considération la question de l'emballage des produits pour apprécier le critère relatif à la maintenance.

Votre Conseil conviendra du caractère inadéquat et non pertinent de ce motif.

6) Gestion des incidents

42. La décision d'attribution relève que SIGNPOST prévoit un processus de gestion des incidents sur site ou à distance.

ESI l'a proposé également – et amplement détaillé – dans son offre, s'agissant d'une demande expresse du cahier spécial des charges.

La comparaison des offres reste muette à cet égard.

43. Au regard de ces éléments, le quatrième moyen est sérieux ».

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

Les offres ont obtenu les points suivants pour chacun des trois critères d'attribution :

	Prix (50 points)	Service de maintenance (25 points)	Offre de formation (25 points)	Total
ESI	40	20	20	80
SINGPOST	50	25	25	100
ECONOCOM	30	15	20	65

Si la requérante écrit dans sa requête que « les soumissionnaires ne connaissaient pas les éléments pris en considération pour évaluer les deux derniers critères, à savoir le service de maintenance et l'offre de formation », elle ne développe toutefois sa critique qu'à l'égard du critère « service de maintenance » et n'émet aucune critique à propos de classement opéré par la partie adverse au sujet du critère « offre de formation ».

Quant au mode d'attribution des points pour le critère « service de maintenance », la prescription 1.7.1. du cahier spécial des charges prévoit que le soumissionnaire ayant remis la meilleure offre se verra attribuer 25 points et que les points attribués aux autres soumissionnaires seront dégressifs, par tranche de 5 points, selon leur classement.

Dès lors que les points attribués aux soumissionnaires pour les critères « prix » et « offre de formations » sont inchangés, même si la requérante obtenait le maximum de points pour le critère « service de maintenance », soit 25 points, et si SIGNPOST BELGIË obtenait le minimum, soit 15 points, elle se verrait attribuer 85 points et serait donc en tout état de cause moins bien classée que cette dernière, qui obtiendrait 90 points.

Partant, à supposer établie l'illégalité alléguée par la requérante, celle-ci n'a pu avoir aucune incidence sur le classement final des offres. Il s'ensuit que l'illégalité alléguée n'a, en toute hypothèse, pas causé grief à la requérante. En conséquence, cette dernière semble sans intérêt au moyen, qui paraît donc irrecevable.

Le quatrième moyen n'est pas sérieux.

IX. Confidentialité

La partie requérante sollicite la confidentialité de son offre qu'elle dépose à l'appui de son dossier. Il s'agit des pièces 2 et 10 annexées à sa requête.

La partie adverse sollicite la confidentialité des pièces A à F 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.

X. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

Par ailleurs le rejet de la demande de suspension justifie que les autres dépens soient mis à charge de la partie requérante.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 2 et 10 annexées à la requête et les pièces A à F du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

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 30 avril 2021 par :

Imre Kovalovszky,
Nathalie Roba,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky