

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

n^o 251.491 du 14 septembre 2021

A. 234.344/VI-22.127

En cause : **la société à responsabilité limitée PRIVACY PRAXIS,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Charles-Henri de la VALLÉE POUSSIN
et Sébastien DEPRÉ, avocats,
place Eugène Flagey 7
1050 Bruxelles,

contre :

la société anonyme de droit public ENABEL,
AGENCE BELGE DE DÉVELOPPEMENT,
en abrégé « ENABEL »,
ayant élu domicile chez
M^{es} François VISEUR et
Pacôme NOUMAIR, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société en commandite VERCY CONSULTING,
ayant élu domicile chez
M^{es} Thomas EYSKENS, Aurélien
VANDEBURIE et Dolorès SERAFIN, avocats,
boulevard Bischoffsheim 33
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 18 août 2021, la société à responsabilité limitée Privacy Praxis demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la partie adverse signée le 29 juillet 2021 par Danny Verspreet et le 30 juillet 2021 par Jean Vanwetter, par laquelle la partie adverse décide, entre autres, d'attribuer à la SCS Vercy Consulting le marché public de services "relatif à un.e IT Manager" ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 19 août 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 1^{er} septembre 2021.

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

Par une requête introduite le 27 août 2021, la société en commandite Verci Consulting demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M^e Charles-Henri de La Vallée Poussin, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} François Viseur et Pacôme Noumair, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Dolorès Serafin, avocat, comparaissant pour la partie intervenante 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. Exposé des faits

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

« 1. Le présent recours concerne un marché public de services “relatif à une IT Manager” (ci-après, le “Marché”, [...]).

La procédure de passation choisie est la procédure ouverte avec publicité européenne.

2. Le Marché est régi par un cahier spécial des charges portant la référence “N°72/PP/MA/DPO/5479” (ci-après, “CSC” – [...]).

L'article 3.4.7.4. “Critères de sélection” du CSC prévoyait que :

“ Le soumissionnaire est, en outre, tenu de démontrer à l’aide des documents demandés ci-dessous qu’il est suffisamment capable, du point de vue technique, de mener à bien le présent marché public.

À cette fin, le soumissionnaire devra proposer une experte ayant au moins une solide expérience en tant qu’IT Manager (au moins dix ans d’expérience en tant qu’IT Manager) et maîtrisant trois langues, dont les suivantes : français, néerlandais et anglais. Cela signifie que l’expert·e atteint au moins le niveau C110.

L’expert·e proposé·e par le soumissionnaire sera celui ou celle qui sera affectée à l’exécution” [...].

L’article 3.4.8.2. “Critères d’attribution” du CSC prévoyait quant à lui que :

“ Le pouvoir adjudicateur choisira l’offre régulière qu’il juge économiquement la plus avantageuse en tenant compte des critères suivants :

Attribution en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix :

- Qualité des CV (60 %) : le profil de la personne qui exécutera le marché. L’évaluation de ce critère se fera sur base de l’expérience et des compétences de la personne proposée :

	<i>Critères</i>	<i>Pondération /100</i>
1	<i>Expérience des processus de datawarehouse, de BI et de qualité de données</i>	<i>/35</i>
2	<i>Expérience sur le plan de la gestion de la conception, le développement/l’achat et l’implémentation de solutions numériques</i>	<i>/20</i>
3	<i>Expérience en architecture informatique ou en intégration de systèmes</i>	<i>/15</i>
4	<i>Expérience en gestion de projets agiles</i>	<i>/10</i>
5	<i>Connaissance du cadre COBIT</i>	<i>/20</i>

- Prix (40 %) Le soumissionnaire remettra un tarif journalier forfaitaire. Il sera tenu compte de ce tarif pour la comparaison des offres;

Documents à remettre pour l’évaluation des critères d’attribution :

- Pour le critère 1 : le CV et les notes explicatives / le tableau de correspondance entre les exigences liées au profil et le CV;
- Pour le critère 2 : le formulaire d’offre complété” [...].

L’article 5.3. “Assistance – Profil” du CSC prévoyait pour sa part que :

“ Le profil que nous recherchons est décrit ci-dessous (il s’agit des exigences minimales que l’expert·e doit posséder) :

	<i>Exigence liées au profil</i>	<i>Note explicative par le soumissionnaire</i>
1	<i>Solide expérience comme IT manager (au minimum 10 ans)</i>	
2	<i>Solide expérience des processus de datawarehouse, de BI et de qualité de données</i>	

3	<i>Solide expérience sur le plan de la gestion de la conception, le développement/l'achat et l'implémentation de solutions numériques</i>	
4	<i>Solide expérience en architecture information ou en intégration de systèmes</i>	
5	<i>Solide expérience en gestion de projet agile</i>	
6	<i>Bonne connaissance du cadre COBIT</i>	
7	<i>Trilingue (FR, NL et EN)</i>	

[...].

3. La requérante a remis offre en français dans le cadre du Marché [...].

4. Par un courrier portant une signature du 10 juin 2021 et une signature du 11 juin 2021 [...], la partie adverse informait la requérante que son offre n'avait pas été retenue. Aucune décision d'attribution du Marché, ni aucun rapport d'évaluation des offres n'était joint à ce courrier. Celui-ci reproduisait uniquement, dans son corps même, ce qui semblait être l'évaluation dont l'offre de la requérante avait fait l'objet au regard des critères d'attribution du Marché. Cette évaluation impliquait deux offres : celle de la requérante et celle d'un autre soumissionnaire, Verci Consulting. Au terme de cette évaluation, Verci Consulting remportait un nombre de points plus élevé que la requérante : 97 points sur 100 contre 89,93 points sur 100, respectivement.

5. Le courrier précité a été communiqué à la requérante par un email du 14 juin 2021 [...].

S'étonnant de cette notification singulière, la requérante a répondu à l'email de la partie adverse, le jour même, en lui demandait de bien vouloir lui communiquer la décision d'attribution du Marché [...].

La partie adverse a répondu à la requérante le jour même également [...]. En annexe à sa réponse se trouvaient le rapport d'évaluation des offres [...], ainsi que la décision d'attribution du Marché [...]. La partie adverse précisait que ces deux documents n'existaient qu'en néerlandais, mais qu'elle pouvait en transmettre une "traduction" à la requérante si celle-ci le souhaitait.

6. Le rapport d'évaluation des offres transmis [...] était structuré en plusieurs parties.

Après une première partie consacrée à des considérations générales relatives au Marché, le rapport d'évaluation des offres contenait une deuxième partie consacrée aux motifs d'exclusion et à la sélection qualitative ("*Uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie*"). Dans celle-ci, la partie adverse vérifiait, notamment, le respect de l'exigence suivante : "*De inschrijver is bovendien verplicht om, aan de hand van de hieronder gevraagde documenten, te bewijzen dat hij uit technisch oogpunt voldoende bekwaam is om deze overheidsopdracht tot een goed einde te brengen. Daartoe moet de inschrijver een expert voorstellen die tenminste een solide ervaring als IT Manager kan voorleggen (minstens tien jaar ervaring als IT Manager) en die vlot drietalig is en wel in de volgende talen: Nederlands, Frans en Engels. Dit betekent dat de expert minimumniveau C1 haalt. De voorgedragen expert is deze aan wie de inschrijver ook effectief de uitvoering zal toevertrouwen*".

Au terme de la deuxième partie du rapport d'évaluation des offres, la partie adverse décidait de poursuivre la procédure uniquement avec l'offre de la requérante et celle de Verci Consulting (l'adjudicataire).

La troisième partie du rapport d'évaluation était consacrée à l'analyse de la régularité des offres. Il en ressortait qu'un problème s'était posé pour ce qui concerne la régularité de la signature de l'offre de Verci Consulting (l'adjudicataire). En effet, cette offre avait été signée par une personne qui ne disposait pas de la capacité d'engager valablement Verci Consulting aux termes de ses statuts. Le rapport indiquait que la partie adverse a interpellé Verci Consulting à ce propos et que cette dernière a transmis, à cette occasion, un mandat établi au profit du signataire de l'offre. Sur cette base, la partie adverse décidait de considérer l'offre de Verci Consulting comme régulière.

La troisième partie comportait également une sous-partie intitulée "*Controle van materiële of rekenkundige fouten, prijzen, hoeveelheden en leemten*". La partie adverse se bornait à y faire l'affirmation suivante :

" Er werd overgegaan tot de controle van de prijzen, hoeveelheden, leemten en fouten. Er werden geen onregelmatigheden vastgesteld. Alle offertes zijn conform aan de voorschriften van het bestek".

La quatrième partie du rapport d'évaluation était consacrée à l'évaluation des deux offres restant en lice au regard des critères d'attribution. Au terme de cette analyse, l'offre de la requérante obtenait un total de 89,93 points sur 100, et celle de Verci Consulting (l'adjudicataire) de 97 points sur 100. Cette analyse était identique – a priori – à celle qui figurait dans le courrier de notification que la partie adverse a adressé à la requérante (cf. *supra* n° 4 – [...]).

La cinquième partie du rapport d'évaluation était consacrée à la vérification des motifs d'exclusion dans le chef de l'adjudicataire pressenti. La partie adverse y affirmait que celui-ci ne tombait sous le coup d'aucun motif d'exclusion.

La dernière partie du rapport d'évaluation des offres préconisait d'attribuer le Marché à Verci Consulting.

7. La décision d'attribution du Marché [...] suivait ce qui était préconisé au terme du rapport d'évaluation des offres [...] et attribuait le Marché à Verci Consulting (dans la suite de la présente requête, cette décision d'attribution et ce rapport d'évaluation des offres seront dénommés "Première décision d'attribution" et "Premier rapport d'évaluation").

8. Par une requête datée du 28 juin 2021, la requérante a introduit un recours en suspension d'extrême urgence à l'encontre de la Première décision d'attribution. La requête développait cinq moyens, dont le dernier était essentiellement pris de la violation de la législation relative à l'emploi des langues en matière administrative.

Postérieurement à l'introduction du recours précité, la partie adverse a fait savoir qu'elle entendait retirer la Première décision d'attribution.

9. Par un courrier signé par Danny Verspreet le 9 août 2021, et par Jean Van Wetter le 9 août 2021 [...], la partie adverse a notifié à la requérante une décision de retrait de la Première décision d'attribution [...].

10. Par un courrier signé par Danny Verspreet le 9 août 2021, et par Jean Van Wetter le 9 août 2021 [...], la partie adverse a notifié à la requérante un nouveau rapport d'évaluation des offres [...], ainsi qu'une nouvelle décision d'attribution [...] (dans la suite de la présente requête, cette décision d'attribution et ce rapport d'évaluation des offres seront dénommés "Deuxième décision d'attribution" et "Deuxième rapport d'évaluation").

Le Deuxième rapport d'évaluation consiste en une simple traduction française du Premier rapport d'évaluation. De la même manière, la Deuxième décision d'attribution constitue une simple traduction de la Première décision d'attribution.

Le Deuxième décision d'attribution constitue l'acte attaqué dans le cadre du présent recours.

11. Dès lors que contrairement à la Première décision d'attribution et au Premier rapport d'évaluation, la Deuxième décision d'attribution et le Deuxième rapport d'évaluation sont établis en français, le cinquième moyen que la requérante développait dans le cadre du recours dirigé contre la Première décision d'attribution, n'a plus lieu d'être repris dans le cadre du présent recours. En revanche, les quatre autres premiers moyens peuvent être conservés ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 27 août 2021, la société en commandite Verci Consulting demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen, « pris de la violation des articles 4 et 58 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; la violation 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 ». Elle l'expose comme suit :

« 13. L'article 58 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose que :

“ § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur peut décider de passer un marché sous la forme de lots distincts, auquel cas il en fixe la nature, le volume, l'objet, la répartition et les caractéristiques dans les documents du marché.

Pour les marchés de fournitures, de services et de travaux dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil européen révisable pour la publicité européenne, tel qu'applicable aux marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs fédéraux, tous les pouvoirs adjudicateurs doivent envisager la division du marché en lots et, s'ils décident de ne pas diviser en lots, les raisons principales doivent être mentionnées dans les documents du marché ou dans les informations visées à l'article 164, § 1^{er}.

Si le pouvoir adjudicateur choisit de passer un marché sous la forme de lots distincts, il a le droit de n'en attribuer que certains et, éventuellement, de décider que les autres lots feront l'objet d'un ou de plusieurs nouveaux marchés, au besoin selon une autre procédure de passation.

Dans l'avis de marché, le pouvoir adjudicateur indique s'il est possible de soumettre une offre pour un seul lot, pour plusieurs lots ou pour tous les lots.
§ 2. Le pouvoir adjudicateur peut, même lorsqu'il est possible de soumettre une offre pour plusieurs lots ou tous les lots, limiter le nombre de lots qui peuvent être attribués à un seul soumissionnaire, à condition que le nombre maximal de lots par soumissionnaire soit inscrit dans l'avis de marché. Le pouvoir adjudicateur indique dans les documents du marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'il entend appliquer pour déterminer quels lots seront attribués lorsque l'application des critères d'attribution conduirait à attribuer à un soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal" [...].

14. En l'espèce, le Marché dépasse le seuil de publicité européenne tel qu'applicable aux pouvoirs adjudicateurs fédéraux (139.000,00 EUR) et n'est pas divisé en lots.

Or, les documents du Marché ne précisent pas "les raisons principales" pour lesquelles la partie adverse n'a pas alloué le Marché. Pour cette seule raison déjà, l'article 58 précité de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics a été méconnu.

Ensuite – et plus substantiellement – cette absence de motivation montre que la partie adverse ne semble tout simplement pas avoir "envisagé" la division du Marché en lots", contrairement à ce que prescrit pourtant l'article 58 précité. De ce point de vue encore, l'article en question a été méconnu.

15. Le premier moyen est sérieux ».

À l'audience du 1^{er} septembre 2020, la requérante a rappelé, concernant l'intérêt au moyen, qu'un requérant n'est pas tenu de justifier, dès sa requête, son intérêt à chacun des moyens qu'il soulève. Si cet intérêt fait l'objet d'une contestation par la partie adverse, le requérant peut justifier son intérêt – en répondant à la contestation formulée – à un stade ultérieur de la procédure. Elle a fait valoir qu'en l'espèce, elle avait incontestablement intérêt au moyen, dès lors que l'allotissement, par nature, accroîtrait ses chances d'obtenir à tout le moins une partie du marché.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Par son premier moyen, la requérante reproche à la partie adverse de n'avoir pas respecté les obligations qui, en matière d'allotissement du marché, s'imposaient à elle en vertu de l'article 58 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Si, comme elle le fait valoir en termes de plaidoiries, la partie requérante n'est pas tenue d'exposer formellement dans sa requête en quoi l'illégalité alléguée par le moyen a pu la léser, une telle lésion doit pouvoir être vérifiée, particulièrement si la recevabilité du moyen est contestée à ce propos.

En l'espèce, la requérante a fait valoir, à l'audience du 1^{er} septembre 2021, que l'allotissement, par nature, accroîtrait ses chances d'obtenir à tout le moins une partie du marché.

La perte de chance ainsi évoquée, résultant de l'absence d'allotissement, relève d'une conjecture qui ne permet pas, en tant que telle, d'établir une lésion qu'aurait pu causer l'illégalité dénoncée par le moyen.

Par ailleurs, la requérante, qui a participé à la procédure de passation du marché litigieux et dont l'offre a été comparée à celle de l'intervenante, ne fait pas valoir qu'elle aurait été défavorisée en raison de prescriptions des documents du marché imposées en raison de la taille ou l'importance de celui-ci, ce qui n'aurait pas été le cas s'il avait fait l'objet d'une division en lots.

Dans ces circonstances, la requérante n'établit pas son intérêt au moyen. Celui-ci doit, en conséquence, être déclaré irrecevable.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un deuxième moyen, « pris de la violation des articles 4, 66, 71 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; la violation des article 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; la violation de l'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; la violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires, du principe de transparence, des principes de proportionnalité et du raisonnable, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, de la violation du devoir de minutie; l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir ». Elle l'expose comme suit :

« 2.1 Rappel des principes applicables

13. Il est constamment admis que :

“ Dans une procédure de passation de marché public, les étapes de la sélection qualitative des soumissionnaires et de leur comparaison au regard du ou des critères d'attribution sont nettement distinctes, qu'il s'agisse des secteurs classiques ou des secteurs spéciaux. Ces deux opérations sont régies par des règles différentes et répondent à des objectifs différents. Cela implique notamment que les mêmes critères ne peuvent pas être utilisés indifféremment à l'un ou l'autre stade de la procédure. L'attribution du marché se fait après la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et, à ce stade, ce n'est plus le soumissionnaire qui est évalué mais la qualité de son offre. Les critères qui sont liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question ne peuvent par conséquent être intégrés dans

les critères d'attribution. Ces derniers ont, en effet, pour seul objet d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse" [...].

Depuis l'entrée en vigueur de la "nouvelle réglementation" relative aux marchés publics, telle qu'elle résulte de la loi du 17 juin 2016, il est admis que "l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché" puissent être utilisées comme critère d'attribution, "lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché". Il est toutefois rappelé que, lorsqu'il est fait usage de ces éléments dans le cadre des critères d'attribution, ils ne peuvent alors plus être utilisés en tant que critères de sélection. Ceci ressort explicitement de l'article 68, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques :

" § 4. Les moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques sont :

(...)

6° l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur ou des cadres de l'entreprise, à condition qu'ils ne soient pas évalués comme critère d'attribution;

(...)" [...].

2.2 Application

14. Tel que cela ressort de l'exposé des faits (cf. *supra* n° 2) – si l'on s'en tient aux mentions de l'article 3.4.7.4. "Critères de sélection" du CSC – la partie adverse semble avoir fixé, au titre des critères de sélection qualitative, les exigences suivantes (pièce 1, p. 17/40) :

- L'expert en charge de l'exécution du marché devait disposer d'une expérience d'au moins 10 ans en tant qu'IT Manager;
- L'expert en charge de l'exécution du marché devait maîtriser trois langues : le français, le néerlandais et l'anglais.

Ces exigences sont, de toute évidence, liées aux "qualifications" et à "l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché".

Or, l'article 3.4.8.2. "Critères d'attribution" du CSC prévoyait, notamment, les critères d'attribution suivants :

"

	Critères	Pondération /100
1	<u>Expérience</u> des processus de datawarehouse, de BI et de qualité de données	/35
2	<u>Expérience</u> sur le plan de la gestion de la conception, le développement/l'achat et l'implémentation de solutions numériques	/20
3	<u>Expérience</u> en architecture informatique ou en intégration de systèmes	/15
4	<u>Expérience</u> en gestion de projets agiles	/10
5	<u>Connaissance</u> du cadre COBIT	/20

".

[...].

De tels éléments relèvent, de toute évidence, également des "qualifications" et de "l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché". Ils correspondent

même, en tous points, à une expérience d’“IT manager” comme requise dans le cadre des critères de sélection.

Ce faisant, la partie adverse a manifestement fait usage de ces éléments aussi bien dans le cadre des critères de sélection que dans le cadre des critères d’attribution. Elle a ainsi mélangé les critères de sélection et les critères d’attribution, et ce en violation des principes qui ont été rappelés plus haut.

15. Ce constant s’impose d’autant plus que le CSC, en son article 5.3, disposait comme il suit :

“ Le profil que nous recherchons est décrit ci-dessous (il s’agit des exigences minimales que l’expert·e doit posséder) :

	<i>Exigence liées au profil</i>	<i>Note explicative par le soumissionnaire</i>
1	<i>Solide expérience comme IT manager (au minimum 10 ans)</i>	
2	<i>Solide expérience des processus de datawarehouse, de BI et de qualité de données</i>	
3	<i>Solide expérience sur le plan de la gestion de la conception, le développement/l’achat et l’implémentation de solutions numériques</i>	
4	<i>Solide expérience en architecture information ou en intégration de systèmes</i>	
5	<i>Solide expérience en gestion de projet agile</i>	
6	<i>Bonne connaissance du cadre COBIT</i>	
7	<i>Trilingue (FR, NL et EN)</i>	

”

[...].

Ce tableau inclut non seulement les exigences formulées au titre de la sélection qualitative par l’article 3.4.7.4. “Critères de sélection” du CSC (expérience d’au moins 10 ans en tant qu’IT Manager et maîtrise du français, du néerlandais et de l’anglais), mais également tous les critères d’attribution liés à l’expérience repris à l’article 3.4.8.2. “Critères d’attribution” du CSC (cf. *supra*).

Or, en qualifiant l’ensemble de ces éléments d’“exigences minimales”, l’article 5.3 semble signifier qu’ils seraient, en réalité, tous des critères de sélection. Car en effet, la notion d’“exigences minimales” n’a de sens qu’au regard de critères de sélection (ou, le cas échéant, au regard de critères de régularité de l’offre), mais en aucun cas au regard de critères d’attribution.

16. Il résulte donc des éléments qui précèdent que la partie adverse n’a pas dissocié les éléments dont elle a fait usage au moment de la sélection de ceux dont elle a fait usage au moment de l’attribution. Ceci affecte tant la légalité des critères de sélection du Marché, que celle de ses critères d’attribution.

Le deuxième moyen est sérieux ».

À l'audience du 1^{er} septembre 2021, la requérante a observé que l'argument essentiel des parties adverse et intervenante consiste à souligner que tout IT manager n'a pas nécessairement les expériences qui sont évaluées en termes de critères d'attribution et que, par ce raisonnement, ces parties soutiennent, en substance, que l'expérience qui est exigée en termes de critères de sélection (expérience de 10 ans en tant qu'IT manager) n'est pas la même que celle qui est évaluée en termes de critères d'attribution (Expérience des processus de datawarehouse, de BI et de qualité de données, Expérience sur le plan de la gestion de la conception, le développement/l'achat et l'implémentation de solutions numériques, Expérience en architecture informatique ou en intégration de systèmes, Expérience en gestion de projets agiles). La requérante estime qu'un tel raisonnement est dénué de pertinence dès lors qu'il résulte de l'article 68, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, que plus aucun des titres d'études et professionnels du prestataire de services ne peut être évalué en termes de critères de sélection si l'un ou l'autre de ces titres sont déjà évalués en termes de critère d'attribution. Il n'est donc pas possible d'évaluer certains titres (c'est-à-dire par exemple une certaine expérience) dans le cadre des critères de sélection, et d'autres titres (comme par exemple une expérience plus spécifique) en termes de critères d'attribution.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Il ressort de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics que, pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur peut déterminer des critères portant notamment sur l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché. L'article 68, § 4, 6°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques identifie, parmi les moyens de preuve attestant les capacités techniques des opérateurs économiques l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur ou des cadres de l'entreprise, à condition que ces éléments ne soient pas évalués comme critères d'attribution.

En l'espèce, les dispositions du cahier spécial des charges utiles à l'examen du moyen se lisent comme suit :

« 3.4.7.4 Critères de sélection

Le soumissionnaire est, en outre, tenu de démontrer à l'aide des documents demandés ci-dessous qu'il est suffisamment capable, du point de vue technique, de mener à bien le présent marché public.

À cette fin, le soumissionnaire devra proposer un·e expert·e ayant au moins une solide expérience en tant qu'IT Manager (au moins dix ans d'expérience en tant qu'IT Manager) et maîtrisant trois langues, dont les suivantes : français, néerlandais et anglais. Cela signifie que l'experte atteint au moins le niveau C110.

L'experte proposée par le soumissionnaire sera celui ou celle qui sera affectée à l'exécution »;

«

3.4.8.2 Critères d'attribution

Le pouvoir adjudicateur choisira l'offre régulière qu'il juge économiquement la plus avantageuse en tenant compte des critères suivants :

Attribution en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix :

- Qualité des CV (60 %) : le profil de la personne qui exécutera le marché. L'évaluation de ce critère se fera sur base de l'expérience et des compétences de la personne proposée :

	Critères	Pondération /100
1	Expérience des processus de datawarehouse, de BI et de qualité de données	/35
2	Expérience sur le plan de la gestion de la conception, le développement/l'achat et l'implémentation de solutions numériques	/20
3	Expérience en architecture informatique ou en intégration de systèmes	/15
4	Expérience en gestion de projet agile	/10
5	Connaissance du cadre COBIT	/20

- Prix (40 %) Le soumissionnaire remettra un tarif journalier forfaitaire. Il sera tenu compte de ce tarif pour la comparaison des offres ;

Documents à remettre pour l'évaluation des critères d'attribution :

- Pour le critère 1 : le CV et les notes explicatives / le tableau de correspondance entre les exigences liées au profil et le CV ;
- Pour le critère 2 : le formulaire d'offre complété.

»;

«

5.3 Assistance – Profil

Le profil que nous recherchons est décrit ci-dessous (il s'agit des exigences minimales que l'expert-e doit posséder) :

	Exigences liées au profil	Note explicative par le soumissionnaire
1	Solide expérience comme IT Manager (au minimum 10 ans d'expérience)	
2	Solide expérience des processus de datawarehouse, de BI et de qualité de données	

3	Solide expérience sur le plan de la gestion de la conception, le développement/l'achat et l'implémentation de solutions numériques	
4	Solide expérience en architecture informatique ou en intégration de systèmes	
5	Solide expérience en gestion de projet agile	
6	Bonne connaissance du cadre COBIT	
7	Trilingue (FR, NL et EN)	

».

Il ressort de ces prescriptions que, pour définir les critères de sélection, les conditions de régularité des offres et les critères d'attribution, la partie adverse a choisi de prendre en considération des aspects du profil de la personne proposée par le soumissionnaire pour être affectée à l'exécution du marché.

Pour ce qu'un examen de la cause en extrême urgence permet d'en juger, la partie adverse semble pouvoir être suivie lorsqu'elle soutient que les éléments respectivement mobilisés par la partie adverse pour les critères de sélection et d'attribution ne sont pas identiques, dès lors qu'au titre de la sélection qualitative est prise en considération l'expérience en tant qu'« IT Manager », alors que les critères d'attribution impliquent la valorisation de compétences qui ne sont pas nécessairement liées à l'exercice de la fonction d'« IT Manager », mais réfèrent aux besoins plus spécifiques de la partie adverse, auxquels le marché en cause a plus particulièrement vocation à pourvoir. *Prima facie*, les articles 3.4.7.4. et 3.4.8.2. du cahier spécial des charges précitées n'impliquent pas la redondance exclue en vertu de l'article 68, § 4, 6°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité.

Par ailleurs, si le tableau présenté à l'article 5.3 du cahier spécial des charges présente des redondances entre les « exigences minimales », d'une part, et les critères de sélection ou d'attribution, d'autre part, ces redondances ne sont pas critiquées en tant que telles, la requérante ne tirant argument du contenu de ce tableau que pour faire valoir qu'« en qualifiant l'ensemble de ces éléments d'« exigences minimales », l'article 5.3 semble signifier qu'ils seraient, en réalité, tous des critères de sélection ». Cette interprétation du point 5.3 ne peut être suivie, si l'on admet, *prima facie*, que les exigences minimales dont il est question s'entendent des conditions de régularité de l'offre et que la redondance de celles-ci

avec les critères de sélection ou d'attribution n'a pas à être mise en cause au regard des principes et dispositions dont la violation est invoquée par le moyen.

À la lumière des observations qui précèdent, la requérante ne peut être suivie lorsqu'elle soutient que la partie adverse n'aurait pas dissocié les éléments dont elle a fait usage au moment de la sélection de ceux dont elle a fait usage au moment de l'attribution. Le deuxième moyen n'est, en conséquence, pas sérieux.

Enfin, ne peut davantage prospérer le raisonnement développé par la requérante en termes de plaidoiries sur la base de l'article 68, § 4, 6°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017. À supposer, en effet, que puisse être suivie l'interprétation, ainsi plaidée, de cette disposition, les aspects pris en considération pour les critères d'attribution ne paraissent, *prima facie*, pas constituer des « titres » au sens de cet article 68, § 4, 6°.

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un troisième moyen, « pris de la violation des articles 4 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; la violation des article 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; la violation des articles 4, 5, 8, 29 et, le cas échéant, 29/1 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de service et de concession; la violation des articles 33, 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; la violation des principes d'égalité entre les soumissionnaires, de transparence, de proportionnalité et du raisonnable; la violation du devoir de minutie; l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir ». Elle l'expose comme suit :

« 18. Il est constamment admis que :

“ Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix. Il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif que la partie adverse a bien procédé concrètement à la vérification des prix”.

Il est également constamment admis que :

“ Un requérant n'a pas intérêt à un moyen lorsque celui-ci – à le supposer fondé ou sérieux – ne serait pas de nature à entraîner l'annulation ou la suspension de l'exécution de l'acte qui fait l'objet du recours. Tel n'est pas le cas, en l'espèce, du moyen unique, qui est de nature à entraîner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué. En effet, si un pouvoir adjudicateur ne procède pas au contrôle des prix, il ne peut attribuer le marché concerné. Par ailleurs, c'est en vain que la partie adverse soutient qu'il ressort manifestement du dossier et de la décision motivée d'attribution que les prix de la société VEOLIA ne sont pas anormaux, de sorte que l'absence de vérification n'aurait, selon elle, pas causé

grief à la requérante. Rien ne permet, en effet, de présumer du résultat auquel aurait pu aboutir la vérification des prix et dont l'absence est dénoncée”.

19. En l’espèce, concernant la vérification des prix, l’acte attaqué (pièce 6) ne contient aucune mention.

Le seul document qui contient une mention à cet égard est le Deuxième rapport d’évaluation des offres [...] :

“ Il a été procédé à la vérification des prix, quantités, omissions et erreurs. Aucune irrégularité n’a été relevée. Toutes les offres sont conformes aux dispositions du CSC” [...].

20. Si l’on s’en tient au contenu de l’acte attaqué [...], force est de constater qu’il ne ressort pas de celui-ci que la partie adverse aurait bien “procédé concrètement à la vérification des prix”.

Le contenu du rapport d’évaluation des offres [...] n’est pas de nature à suppléer à cette lacune.

En effet, et tout d’abord, l’acte attaqué ne fait pas sien les motifs de ce rapport. Formellement, celui-ci ne fait donc pas “partie intégrante” de la décision d’attribution du Marché.

Ensuite, et en toute hypothèse, il convient de constater que l’extrait précédemment reproduit du rapport d’évaluation des offres – qui constitue une clause de style – n’est pas suffisant pour démontrer que la partie adverse, aurait bien, en l’espèce, “procédé concrètement à la vérification des prix”. En effet, sauf à être appuyée par des éléments probants sérieux contenus dans le dossier administratif, une telle formule ne permet pas, à elle seule, d’établir le caractère effectif de la vérification des prix à laquelle l’adjudicateur est tenu.

21. Le troisième moyen est sérieux ».

À l’audience du 1^{er} septembre 2021, la requérante a fait état de la jurisprudence qu’elle estime pertinente pour apprécier tant la recevabilité du moyen que son caractère sérieux. Elle a ensuite soutenu que, dès lors que le dossier administratif déposé par la partie adverse ne contient rien qui atteste de la réalisation concrète de la vérification des prix, cette vérification tient donc à la seule mention du rapport d’évaluation reproduite en termes de requête. Selon elle, une telle mention est une véritable clause de style qui ne peut être acceptée comme la preuve du fait que le pouvoir adjudicateur « a bien procédé concrètement à la vérification des prix ». Elle estime que juger l’inverse constituerait un précédent peu souhaitable, dès lors que les pouvoirs adjudicateurs pourraient se borner à faire figurer la mention litigieuse dans leur décision d’attribution tout en n’effectuant absolument aucune vérification.

VII.2. Appréciation du Conseil d’État

Le grief formulé par le moyen ne met pas en cause la motivation formelle de l’acte attaqué, en tant que telle, mais bien qu’il ne ressortirait pas de celui-ci que la partie adverse aurait bien procédé concrètement à la vérification des

prix. Il s'ensuit qu'au regard de ce grief, les développements relatifs aux exigences de la motivation par référence sont dénués de pertinence.

De manière générale, il est considéré – à propos de l'obligation qui incombe au pouvoir adjudicateur de procéder d'office à la vérification des prix – qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif que le pouvoir adjudicateur a bien procédé concrètement à cette vérification des prix.

En l'espèce, le second rapport d'évaluation des offres contient la mention suivante : « Il a été procédé à la vérification des prix, quantités, omissions et erreurs. Aucune irrégularité n'a été relevée. Toutes les offres sont conformes aux dispositions du CSC ».

Compte tenu de ce qu'aucun élément livré par les écrits et pièces de la procédure ne laisse apparaître que la partie adverse aurait été confrontée à une difficulté particulière dans la vérification des prix ou aurait dû être interpellée par une telle difficulté, la mention précitée ne peut être tenue pour une « clause de style » et suffit à attester qu'il a bien été procédé à la vérification des prix. La requérante ne fait état d'aucun élément concret qui autoriserait à en juger différemment.

Le troisième moyen ne peut, en conséquence, être déclaré sérieux.

VIII. Quatrième moyen

A l'audience du 1^{er} septembre 2021, la requérante a déclaré qu'elle se désistait du quatrième moyen de sa requête. Celui-ci ne doit donc pas être examiné.

IX. Confidentialité

La requérante sollicite le maintien de la confidentialité de son offre, identifiée comme étant la pièce 2 de son dossier.

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité de quatre pièces extraites de l'offre de l'intervenante (A.a.-A.d.), dont l'une est intitulée « Statuts » (A.c.) et une autre, « Mandat » (A.d.).

L'intervenante formule la même demande à propos des pièces 3 à 7 de son dossier, la pièce 4 étant identifiée comme étant le « Mandat de la SRL Verci Consulting en faveur de Monsieur Geert Feys ».

À la suite de la contestation, par la requérante, de ce que les pièces nécessaires à l'examen du quatrième moyen seraient couvertes par les garanties inhérentes au droit au respect des secrets d'affaires, la partie adverse a renoncé à sa demande de confidentialité pour les pièces A.c. et A.d. du dossier administratif ; l'intervenante a fait de même pour la pièce 4 de son dossier.

Dans la mesure où ces demandes ne sont pas contestées (c'est-à-dire à l'exception de la demande de confidentialité, en tant qu'elle porte sur les pièces A.c. et A.d. du dossier administratif et 4 du dossier de l'intervenante), il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

X. 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.

A l'audience du 1^{er} septembre 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 partie requérante. Les dépens de la requête en intervention sont toutefois mis à la charge de l'intervenante.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société en commandite Verci Consulting est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A.a. et A.b. du dossier administratif et les pièces 3, 5, 6 et 7 du dossier de l'intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

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

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 14 septembre 2021 par :

David De Roy,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent Durieux

David De Roy