CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

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

A R R Ê T

n^o^ 252.566 du 29 décembre 2021

A. 235.146/VI-22.200

En cause : **la société anonyme VIGO UNIVERSAL**,
ayant élu domicile chez
M^es^ Philippe DEHON et
Caroline BROCHE, avocats,
avenue des Gaulois 33
1040 Bruxelles,

contre :

la ville de Namur, représentée
par son collège communal,
ayant élu domicile chez
M^es^ Virginie DOR et
Léa TREFON, avocates,
chaussée de la Hulpe 178
1170 Bruxelles.

Requérante en intervention :

la société de droit français TIMESCOPE,
ayant élu domicile chez
M^es^ Charles PONCELET et
Mathieu THOMAS, avocats,
rue de la Régence 58 bte 8
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 3 décembre 2021, la société anonyme (SA) Vigo Universal demande, d'une part, l'annulation et, d'autre part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 9 novembre 2021 prise par la partie adverse de ne pas retenir l'offre de la requérante pour le marché public visant au "développement et fourniture d'une application VR mettant en scène trois modèles 3D représentant le Grognon à trois époques différentes" et d'attribuer ce marché à la société de droit français TIMESCOPE, décision notifiée à la requérante en date du 18 novembre 2021 ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 6 décembre 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 20 décembre 2021.

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

Par une requête introduite le 16 décembre 2021, la société de droit français Timescope 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] Caroline Broché, avocate, comparaissant pour la partie requérante, M[e] Virginie Dor, avocate, comparaissant pour la partie adverse, et M[e] Mathieu Thomas, avocat, comparaissant pour la requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M. Lionel Renders, 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 10 août 2021, la partie adverse a lancé un marché public ayant pour objet le "développement et fourniture d'une application VR mettant en scène trois modèles 3D représentant le Grognon à trois époques différentes" […].
Le marché est passé selon la procédure négociée directe avec publication préalable.
Le cahier spécial des charges prévoyait que les offres devaient être envoyées au plus tard le mardi 16 septembre à 11h […].

2. La requérante a participé à cet appel d'offres dans les délais impartis, au même titre que trois autres soumissionnaires, et trois offres ont été déclarées régulières.

Le 22 octobre 2021, un procès-verbal d'analyse des offres est rédigé par le Service Marchés Publics Fournitures et Services de la partie adverse aux termes duquel l'offre de la requérante n'est pas retenue : celle-ci termine en deuxième position avec la note de 89, soit 4,90 points de différence par rapport à la société ayant obtenu le marché […].
Par décision du 9 novembre 2021, le Collège communal de la partie adverse a attribué le marché à la société TIMESCOPE ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse […].
Cette décision a été notifiée à la requérante le 18 novembre 2021 […].

3. La requérante conteste la validité de la décision d'attribuer le marché à la société TIMESCOPE au motif que le principe d'égalité entre les différents soumissionnaires n'a pas été respecté.
En effet, le point 6 du cahier spécial des charges prévoyait que le marché serait attribué au soumissionnaire ayant obtenu le nombre de points le plus élevés par rapports à 4 critères d'attributions dont la pondération était la suivante :
1) Le prix : 40 points ;
2) Note technique : 30 points ;
3) Délai de réalisation : 10 points ;
4) Délai de garantie : 10 points ;
5) Planning - calendrier prévisionnel : 10 points ;
Toutefois, l'analyse du procès-verbal du 22 octobre 2021 et du cahier des charges démontre que les soumissionnaires n'ont pas été placés sur un pied d'égalité en ce qui concerne l'attribution des points pour la note technique ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 16 décembre 2021, la société de droit français Timescope demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire de l'acte attaqué, qui lui attribue le 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. Moyen unique

V.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique, « pris de la violation des articles 4, 5 et 53 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ainsi que des principes de bonne administration, d'égalité de traitement entre soumissionnaires, de non-discrimination, de concurrence, de transparence et du principe de proportionnalité ».
Elle l'expose comme suit :

« 4. Les articles 4 et 5 précisent que l'attribution d'un marché doit se faire sur base de critères objectifs afin d'assurer le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement des différents soumissionnaires.

L’article 53 entend concilier l'imposition de spécifications techniques et l'ouverture des marchés publics à la concurrence, en exigeant des spécifications techniques transparentes et non discriminatoires.

Les spécifications techniques doivent donner aux opérateurs économiques “une égalité d'accès à la procédure de passation et ne peuvent avoir pour effet que des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence soient soulevés”.

À cet égard, le paragraphe 4 interdit les spécifications techniques discriminatoires en prévoyant expressément qu'elles ne peuvent faire mention “d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique” ni “faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits”.

5. En l’espèce, le cahier spécial des charges mentionnait comme 2e critère d’attribution la nécessité de joindre à l’offre la présentation d’une note technique présentant la méthodologie quant à la gestion des bornes/points de vue.

Le Cahier spécial des charges prévoyait l’attribution du maximum des points (30) au soumissionnaire présentant la méthodologie la plus aboutie, offrant les résultats les plus probants en termes d’expérience utilisateur.

À cet égard, le Cahier spécial des charges insistait sur deux points, à savoir :
- les compétences techniques du soumissionnaire démontrées dans son offre ;
- l’expérience du soumissionnaire à travers la présentation de cas similaires rencontrés dans le cadre d’autres projets, illustrations visuelles à l’appui.

La société française TIMESCOPE a obtenu 30 points et la requérante 20, au motif que :

“ Timescope récolte le maximum des points pour avoir présenté la note technique la plus fournie. Celle-ci comprend notamment des propositions d'intentions sous la forme de visuels exploitant les données 3D mises à disposition dans le cadre de l'appel d'offres.
Ces visuels permettent de se rendre compte concrètement de la manière dont peut être gérée la problématique des limites des modèles 3D (cf. demande du cahier des charges) et de leur rendu après ‘*texturing*’. De plus, Timescope met aussi en avant dans son offre les références les plus pertinentes au vu de l'objet du présent marché.
5 points sont enlevés à N-Zone. En effet, en comparaison à Timescope, les visuels fournis ne permettent pas de juger de la qualité du rendu attendu puisqu'il s'agit des visuels fournis par le NID durant l'appel d'offres.
Vigo se voit attribuer le moins de points en raison d'une note technique très simplifiée et peu détaillée. Au regard des autres offres retenues, Vigo ne propose pas d'intention visuelle dans son offre”.

Il apparait que le soumissionnaire ayant remporté l’offre est également le fournisseur des bornes dans lesquelles l’application VR, objet du marché, devait être intégrée.

En effet, TIMESCOPE est le fournisseur des bornes TIMESCOPE MINI et des casques de réalité virtuelle qui y sont reliés.

Or, le point III.3.5 du Cahier spécial des charges précisait que :

“ L’adjudicataire s’engage à mettre tout en œuvre pour garantir une intégration optimale de l’application aux bornes ‘Timescope Mini’ du NID.

Afin de faciliter au maximum l'intégration des contenus, il est demandé à l'adjudicataire de se mettre en relation dès le début de la mission avec la société Timescope afin de s'assurer de la bonne compatibilité des contenus développés avec les bornes 'Timescope Mini'".

De même la publication de l'appel d'offre précisait que :

" Le présent marché porte sur :
- La réalisation d'une application immersive en réalité virtuelle mettant en avant le site du Grognon à Namur à trois époques distinctes (Néolithique, Antiquité et Moyen-Age).
- Le portage/intégration de l'application sur les casques de réalité virtuelle du NID en bonne collaboration avec la société Timescope (fournisseur de ces casques)".

Elle indiquait également les coordonnées de la personne de contact à la Ville de Namur :

" https://timescope.com/timescope-mini/
Personne de contact Ville de Namur : Éléonore Létang Dejoux – Responsable de Projets – Tél : +33 6 34 62 08 53 – mail : eleonore@timescope.co".

Or, la société TIMESCOPE, qui était dès lors un concurrent des trois autres soumissionnaires dans le cadre de ce marché public, ne leur a pas fourni les informations techniques nécessaires et suffisantes pour leur permettre de répondre à l'offre de manière complète et détaillée.

Cette absence de communication est confirmée par la société BXP qui a même sollicité la Ville de Namur pour tenter d'obtenir via son canal les indications techniques de TIMESCOPE, malheureusement sans succès (pièce 6).

Il en de même pour le dernier soumissionnaire, la société N-ZONE, qui a vainement tenté d'obtenir des prescriptions techniques de la société TIMESCOPE.

En l'espèce, il est évident que ce marché a méconnu les principes fondamentaux de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires.

En effet, la participation au marché publics de la société fournissant le matériel sur lequel devait être implémentée l'application objet du marché a avantagé celle-ci, et ce d'autant plus qu'elle avait déjà développé sa propre application et qu'elle disposait donc d'illustrations visuelles parfaites et de références pertinentes.

En imposant de telles spécifications techniques, à savoir l'intégration de l'application sur les casques de réalité virtuelle du NID en bonne collaboration avec la société Timescope, la partie averse a entendu favoriser la société TIMESCOPE.

Il en est d'autant plus ainsi que des détails techniques devaient être fournis aux soumissionnaires par cette même société.

Dans le cadre d'un marché ayant pour objet la modernisation de l'éclairage extérieur, il a été jugé :

" Il s'ensuit qu'en déclarant irrégulière l'offre de la requérante par référence à une exigence qui doit être considérée comme une spécification technique prohibée par l'article 53 de la loi du 17 juin 2016, la partie adverse a violé cette disposition et a, ce faisant, abusivement restreint l'accès du marché à la concurrence. Le simple effet discriminatoire des spécifications techniques imposées par la partie adverse suffit à considérer que la disposition légale

précitée a prima facie été méconnue, sans qu'il soit requis de la partie adverse qu'elle ait, en imposant ces spécifications, entendu favoriser ou éliminer l'un ou l'autre soumissionnaire".

Ainsi, il ressort des éléments du dossier que la partie adverse, pouvoir adjudicateur, a choisi son cocontractant dès avant la publication de l'appel d'offres et n'a dès lors entendu organiser qu'un simulacre d'appel à la concurrence.

Par conséquent, en précisant que la TIMESCOPE s'est vu attribuer des points supplémentaires en raison de sa qualité de fournisseurs des bornes TIMESCOPE MINI, la défenderesse a favorisé celle-ci au détriment des autres soumissionnaires et rompu ainsi le principe d'égalité entre ces derniers.

Pour toutes les raisons exposées ci-avant, la requérante sollicite la suspension de l'exécution du marché accordé à la TIMESCOPE par la défenderesse, par décision du 9 novembre 2021 et son annulation ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

À la lecture de la requête, qui reproche notamment à la partie adverse d'avoir attribué des points supplémentaires à l'intervenante pour le deuxième critère en raison de sa qualité de fournisseur des bornes dans lesquelles devait être intégrée l'application dont le développement et la fourniture font l'objet du marché litigieux, le moyen semble devoir être compris principalement en ce sens qu'il critique la manière dont la partie adverse a appliqué ce critère d'attribution n° 2 « Note technique » pour comparer les offres.

À ce propos, il doit être relevé, à la lecture du rapport d'examen des offres, que la comparaison de celles-ci au regard de ce critère n° 2 et l'attribution des cotes respectives font l'objet de la motivation formelle suivante :

«

Note technique

Selon l'analyse de l'offre, les points suivants sont attribués :

Note technique	Points	Timescope	N-Zone	Vigo Universal
	30	30	25	20

Timescope récolte le maximum des points pour avoir présenté la note technique la plus fournie. Celle-ci comprend notamment des propositions d'intentions sous la forme de visuels exploitant les données 3D mises à disposition dans le cadre de l'appel d'offres. Ces visuels permettent de se rendre compte concrètement de la manière dont peut être gérée la problématique des limites des modèles 3D (cf. demande du cahier des charges) et de leur rendu après « texturing ». De plus, Timescope met aussi en avant dans son offre les références les plus pertinentes au vu de l'objet du présent marché.

5 points sont enlevés à N-Zone. En effet, en comparaison à Timescope, les visuels fournis ne permettent pas de juger de la qualité du rendu attendu puisqu'il s'agit des visuels fournis par le NID durant l'appel d'offres.

Vigo se voit attribuer le moins de points en raison d'une note technique très simplifiée et peu détaillée au regard des autres offres retenues. Vigo ne propose pas d'intention visuelle dans son offre.

».

Le moyen n'indique pas ce qui, dans cette motivation, attesterait l'avantage dont aurait bénéficié l'intervenante, en raison de sa qualité de fournisseur des bornes, dans l'obtention de la note maximale pour le critère d'attribution n°2. La requérante soutient certes que la partie adverse aurait favorisé l'intervenante « en précisant que la [société] TIMESCOPE s'est vu attribuer des points supplémentaires en raison de sa qualité de fournisseur des bornes TIMESCOPE MINI ». Cette allégation, qui ne trouve pas appui dans la motivation relative à la comparaison des offres au regard du critère d'attribution n° 2, manque en fait. Il s'ensuit que le grief strictement formulé à l'encontre de l'application du critère d'attribution n°2 n'est, *prima facie,* pas établi.

Deux autres griefs tendent à mettre en évidence l'avantage dont aurait bénéficié l'intervenante, sans toutefois que la requérante fasse clairement apparaître si ce sont la conception du marché et la définition des prescriptions y relatives qu'elle met en cause, ou l'application, par la partie adverse, de ces prescriptions.

En ce qui concerne le premier de ces griefs relatifs à l'avantage dont aurait bénéficié – en raison de sa qualité de fournisseur des bornes – l'intervenante, la requérante soutient que celle-ci n'aurait pas fourni aux autres soumissionnaires des informations techniques nécessaires à l'élaboration des offres, et ce alors que les documents du marché prévoyaient spécialement une collaboration entre les soumissionnaires et la société Timescope, comme cela ressort notamment du point « III.3.5 Intégration aux bornes VR "Timescope Mini" » du cahier spécial des charges, libellé comme suit :

> « L'adjudicataire s'engage à mettre tout en œuvre pour garantir une intégration optimale de l'application aux bornes "Timescope Mini" du NID.
> Afin de faciliter au maximum l'intégration des contenus, il est demandé à l'adjudicataire de se mettre en relation dès le début de la mission avec la société Timescope afin de s'assurer de la bonne compatibilité des contenus développés avec les bornes "Timescope Mini" ».

Outre que la requérante n'identifie pas précisément, en termes de requête, les informations dont elle estime avoir été privée et à défaut desquelles elle aurait été désavantagée par rapport à l'intervenante dans l'élaboration de son offre, il doit être observé que cette prescription, qui – selon les termes clairs en lesquels elle est libellée – n'a d'autre objet que d'organiser les relations entre la société Timescope et l'attributaire du marché litigieux dans le cadre de l'exécution de celui-ci et non de sa passation, n'imposait à l'intervenante aucune obligation de fournir aux soumissionnaires « les informations techniques nécessaires et suffisantes pour leur permettre de répondre à l'offre de manière complète et détaillée ». L'argument tiré d'un avantage dont aurait bénéficié l'intervenante par une prétendue rétention

d’informations contraire à la prescription du point III.3.5 précité repose sur une lecture erronée de cette prescription. Le grief n’est pas sérieux.

S’agissant du deuxième grief, la requérante semble laisser entendre que la nécessité d’intégrer – dans les casques de réalité virtuelle fournis par la société Timescope – les applications de réalité virtuelle dont le développement et la fourniture font l’objet du marché litigieux, représenterait une spécification technique discriminatoire et, pour cette raison, prohibée en vertu du paragraphe 4 de l’article 53 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

À propos des spécifications techniques, incluses dans les documents du marché et qui définissent les caractéristiques requises des travaux, des fournitures ou des services, l’article 53 précité est libellé comme suit, en son paragraphe 4 :

> « Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits.
> Cette mention ou référence n'est autorisée, à titre exceptionnel, que :
> 1° lorsqu'il ne serait pas possible de fournir une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché en application du paragraphe 3 ;
> 2° lorsqu'elle est justifiée par l'objet du marché.
> Dans le cas visé à l'alinéa 2, 1°, la mention ou référence doit être accompagnée des termes "ou équivalent".
> En cas de non-respect par le pouvoir adjudicateur des obligations visées au présent paragraphe, le soumissionnaire peut présenter un produit ou un service équivalent ».

Outre que la requérante se prévaut de cette disposition sans préciser en quoi l’intégration de l’application dans les casques fournis par la société Timescope a pu nécessairement favoriser celle-ci au détriment des autres soumissionnaires, il doit, à l’occasion d’un examen effectué en extrême urgence, être admis que cette spécification paraît justifiée par l’objet du marché, qui implique l’intégration dans les bornes et casques dont dispose déjà la partie adverse, à savoir ceux que lui a préalablement fournis cette société. En toute hypothèse, il ne paraît donc, *prima facie*, pas exclu de faire relever la spécification contestée de l’exception visée à l’article 53, § 4, alinéa 2, 2°, précité. Ce grief n’est pas sérieux.

Pour le surplus, les affirmations très générales selon lesquelles la partie adverse aurait choisi son cocontractant dès avant la publication de l’appel d’offres et n’aurait dès lors entendu organiser qu’un simulacre d’appel à la concurrence ne sont étayées par aucun élément concret qui soit de nature à servir une démonstration du caractère sérieux du moyen unique en tant qu’il reposerait sur ces griefs.

Il suit de l’ensemble de ces développements que le moyen unique ne peut être déclaré sérieux. Dans ces circonstances, la demande de suspension ne peut être accueillie et il n’y a pas lieu d’examiner d’autres motifs éventuels de rejet de celle-ci.

VI. Confidentialité

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des quatre offres, identifiées comme pièces 5 à 8 du dossier administratif.

L'intervenante fait de même pour deux extraits de son offre qu'elle dépose, identifiés comme pièces 2 et 3 de son dossier.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

VII. Remboursement

Par un courrier du 7 décembre 2021, la partie requérante a été invitée à payer la contribution de 22 euros et le droit de 200 visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure.

Le même jour, la société requérante a versé la somme de 220 euros sur le compte prévu à cet effet.

Le 20 décembre 2021, avant l'audience, l'avocate de la requérante a été invitée à payer les 2 euros manquants, ce qui a été fait.

Toutefois, il apparaît que le même jour, la société requérante a, à nouveau, payé la somme de 220 euros.

Il y a dès lors lieu de rembourser à la partie requérante le montant de 220 euros indûment payé.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société de droit français Timescope est accueillie dans la présente procédure.

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 5 à 8 du dossier administratif, ainsi que 2 et 3 du dossier de l'intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Article 6.

Le montant de 220 euros versé indûment par la partie requérante lui sera remboursé par le service désigné au sein du Service public fédéral des Finances comme compétent pour percevoir les droits et la contribution qui sont à payer dans le cadre d'une procédure introduite devant le Conseil d'État.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^{e} chambre siégeant en référé, le 29 décembre 2021 par :

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

Le Greffier, Le Président,

Vincent Durieux David De Roy