

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

n^o 253.162 du 4 mars 2022

A. 235.595/VI-22.236

En cause : **la société anonyme FLOWBIRD,**
ayant élu domicile chez
M^e Pascal MALLIEN, avocat,
Post X
borsbeeksebrug 36/8
2600 Berchem,

contre :

la société anonyme de droit public Parking Brussels,
ayant élu domicile chez
M^e Eric VAN HOOYDONK, avocat,
Emiel Banningstraat 21
2000 Anvers.

Partie intervenante :

la société anonyme BE-MOBILE,
ayant élu domicile chez
M^{es} Mathilde VILAIN XIII et
Virginie DOR, avocats,
chaussée de la Hulpe 178
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 31 janvier 2022, la SA Flowbird demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision adoptée le 17 décembre 2021 par la société anonyme de droit public Parking Brussels d'attribuer le « Marché public de services en vue de la mise en place d'un moteur de gestion de règles métier "Business Rules Engine" ainsi que sa maintenance dans le but de centraliser les règles d'attribution des droits de stationnement ainsi que leur maintenance - Réf. : PB.A21/1256 » à la SA Be-Mobile.

II. Procédure

Par une ordonnance du 2 février 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 16 février 2022.

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

Par une requête introduite le 15 février 2022, la SA Be-Mobile demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure.

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 Pascal Mallien, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Éric Van Hooydonk, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Mathilde Vilain XIII, avocat, 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 ce que les pièces de la procédure permettent d'établir, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

1. La partie adverse a engagé la procédure de passation d'un « Marché public de services en vue de la mise en place d'un moteur de gestion de règles métier "Business Rules Engine" ainsi que sa maintenance dans le but de centraliser les règles d'attribution des droits de stationnement ainsi que leur maintenance - Réf. : PB.A21/1256 ». Le mode de passation retenu est la procédure ouverte avec publicité européenne.

S'agissant de la sélection qualitative, le point 13.1 du cahier spécial des charges se lit comme suit :

« 13.1. Critères de sélection se rapportant à la compétence technique et professionnelle du soumissionnaire

Les soumissionnaires doivent avoir l'expérience nécessaire en matière de "Business Rules Engine".

Le soumissionnaire doit fournir, une liste reprenant au moins 3 références de missions similaires faisant l'objet du présent marché, c'est-à-dire des implémentations de "Business Rules Engine" réalisées au cours des cinq dernières années ou en cours, en indiquant la période pendant laquelle la mission a été exécutée et les coordonnées du client.

Pour chacune de ces 3 références, le soumissionnaire doit être en mesure de fournir, sur demande, une attestation de bonne exécution.

Si une offre est présentée par un groupement d'opérateurs économiques, l'appréciation du pouvoir adjudicateur sera globale. Elle se fera donc à l'échelle de l'ensemble du groupement ».

Les points 8.6 et 15.3 de ce même cahier spécial des charges sont libellés comme suit :

« 8.6. Documents à joindre à l'offre

Les soumissionnaires joignent à leur offre sous peine de nullité de celle-ci :

- s'il s'agit d'une personne juridique ou d'un groupement de personnes juridiques et/ou physiques, les statuts et/ou tout autre document utile prouvant le mandat du ou des signataire(s);
- le formulaire d'offre dûment complété;
- le document unique de marché européen (le DUME);
- les documents demandés dans le cadre des critères de sélection (art. 13.1 du CDC);
- une note technique de maximum cinq pages A4 décrivant les points majeurs de son offre en matière de qualité technique (art. 15.3 al 2 du CDC);
- tous les documents (7) demandés dans le cadre des critères d'attribution (article 15.3) »;

« 15.3. La qualité des services offerts – 70%

Le soumissionnaire doit soumettre les 7 documents/notes conformément à la liste ci-dessous afin que le pouvoir adjudicateur puisse apprécier la solution du soumissionnaire. Chaque document/note est accompagné d'une pièce libre décrivant l'objet. Le nom de l'objet décrit est clairement identifiable.

1. Vision hélicoptère du design de la solution proposée;
2. Description détaillée de la solution proposée;
3. Captures ou wireframes des interfaces utilisateurs pour la gestion des règles;
4. Planning d'implémentation de novembre à janvier avec un Gantt chart;
5. Exemple d'un dossier "accords et procédures";
6. Exemple d'un rapport "service mensuel";
7. Plan de résiliation.

En plus de cette liste, le soumissionnaire doit joindre une note technique de maximum cinq pages A4 décrivant les points majeurs de son offre en matière de qualité technique [...] ».

2. Trois offres ont été déposées, respectivement par la requérante et les soumissionnaires ACA-IT Solutions et Be-Mobile.

3. La décision d'attribuer le marché litigieux est prise le 17 décembre 2021. Il s'agit de l'acte attaqué par le présent recours.

4. S'agissant de la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection, la partie adverse décide de sélectionner les trois soumissionnaires. Sur ce point, l'acte attaqué se lit comme suit :

« Considérant que l'article 12.4 du cahier des charges exige de joindre le Document unique de marché européen (DUME) à l'offre conformément à l'article 73 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics;
Considérant que tous les soumissionnaires s'y sont conformés;
Considérant qu'en vertu de l'article 66, § 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, lorsque le pouvoir adjudicateur a recours à la procédure ouverte, il peut, pour un marché dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils fixés pour la publicité européenne, procéder à un contrôle des offres, après la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection sur la base du seul Document Unique de Marché Européen (DUME);
Considérant qu'avant de faire usage de cette possibilité, le pouvoir adjudicateur doit vérifier l'absence de dettes fiscales et sociales conformément à l'article 68 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et aux articles 62 et 63 de l'AR Passation;
Considérant qu'il a été procédé à cette vérification via le site TELEMARC,
Considérant qu'il ressort de cette vérification que les soumissionnaires n'ont pas de dettes fiscales et sociales;
Considérant que les soumissionnaires, en vertu des déclarations de la partie III du DUME, ne se trouvent pas dans l'une des autres situations visées aux articles 67 à 69 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et aux articles 12.5 et 12.6 du cahier des charges, qui doit ou qui peut entraîner leur exclusion,
Considérant que les soumissionnaires, en vertu des déclarations de la partie IV du DUME, satisfont aux critères de sélection énumérés à l'article 13.1 du cahier des charges, et qu'après vérifications des documents déposés à cet égard, ces déclarations se sont révélées exactes;
Compte tenu de ce qui précède, chacune des offres peut à présent être analysée sous l'angle de la régularité ».

5. Au terme de l'examen de régularité des offres, celles qui ont été déposées respectivement par la requérante et le soumissionnaire ACA IT Solutions sont déclarées nulles et écartées. Pour ce qui concerne l'offre de la requérante, l'acte attaqué est, sur ce point, motivé comme suit :

« Considérant que l'offre présentée par Flowbird S.A.S. est entachée d'une double irrégularité et doit être déclarée nulle du fait de l'absence d'un document à annexer sous peine de nullité et du fait de l'inclusion de clauses non conformes au cahier des charges relatives à la mise en œuvre de l'application de monitoring Zabbix;
Considérant que le cahier des charges dispose, au point "8.6. Documents à joindre à l'offre", cinquième tiret, ce qui suit [...] :
" Les soumissionnaires joignent à leur offre sous peine de nullité de celle-ci :
[...]
- une note technique de maximum cinq pages A4 décrivant les points majeurs de son offre en matière de qualité technique (art. 15.3 al 2 du CDC);
[...]".
Considérant que l'article 15.3, al. 2 précité du cahier des charges prévoit ce qui suit " [...] :
En plus de cette liste, le soumissionnaire doit joindre une note technique de maximum cinq pages A4 décrivant les points majeurs de son offre en matière de qualité technique".

Considérant que l'offre de Flowbird S.A.S. et les documents qui l'accompagnent ne contiennent pas la “note technique de maximum cinq pages A4 décrivant les points majeurs de son offre en matière de qualité technique”;

Considérant que Flowbird S.A.S. a soumis un “Mémoire technique”, qui compte toutefois 114 pages, soit bien plus que la limite de cinq pages;

Considérant que le “Mémoire technique” susmentionné constitue de toute évidence la “Description détaillée de la solution proposée” requise par le cahier des charges (article 15.3, alinéa 1, point 2), et non la “note technique” de cinq pages au maximum, également requise;

Considérant que le “Mémoire technique” précité ne contient pas non plus de section de cinq pages au maximum pouvant être considérée comme la “note technique” requise sous peine de nullité;

Considérant que le document intitulé “Vision hélicoptère du design de la solution proposée” soumis par Flowbird S.A.S. ne peut pas non plus être considéré comme la “note technique” requise;

Considérant que le document précité intitulé “Vision hélicoptère du design de la solution proposée” est un autre document qui doit être joint et qui est clairement distingué dans le cahier des charges de la “note technique” d'un maximum de cinq pages (article 15.3, al. 1, point 1 vs. al. 2);

Considérant que, par ailleurs, le document “Vision hélicoptère du design de la solution proposée” présenté par la société Flowbird S.A.S. compte 14 pages, ce qui ne permet pas de l'assimiler à la “note technique” de cinq pages maximum exigée sous peine de nullité;

Considérant qu'en l'absence de la “note technique” requise sous peine de nullité, l'offre de Flowbird S.A.S. est substantiellement irrégulière et doit être déclarée nulle;

Considérant que, bien qu'une comparaison des offres ne doive être envisagée dans le cadre du contrôle de régularité, il peut être confirmé, à titre purement informatif, que tant ACA IT-Solutions (bien que son offre est irrégulière pour les raisons déjà indiquées) que Be-Mobile ont soumis la “note technique” de cinq pages maximum requise sous peine de nullité;

Considérant que, encore une fois de manière superfétatoire, il convient de rappeler que, compte tenu de la complexité technique et de l'importance du marché, la présentation de la “note technique” requise était indispensable pour que le pouvoir adjudicateur puisse se faire une idée solide des solutions proposées;

Considérant, en second lieu, que l'offre de Flowbird S.A.S. est substantiellement irrégulière en raison de l'inclusion de diverses clauses non conformes au cahier des charges relatives à la mise en œuvre du système de monitoring Zabbix;

Considérant que l'article 32 du cahier des charges, intitulé “Exigences essentielles au niveau du Business Rule Engine”, stipule, entre autres, ce qui suit :

“ 32.6. Surveillance (Monitoring)

La solution donne accès à un protocole de surveillance commun et est au moins compatible avec Zabbix pour surveiller la santé de la solution par l'Agence elle-même. Le soumissionnaire fournit des directives pour faire la surveillance adéquate”.

Considérant que la liste des exigences essentielles récapitulée à l'annexe 4 du cahier des charges indique au point 4.1 :

“ Protocole de surveillance compatibilité avec Zabbix”.

Considérant que Flowbird S.A.S. a posé la question suivante sur le forum :

“ il est écrit ‘La solution donne accès à un protocole de surveillance commun et est au moins compatible avec Zabbix pour surveiller la santé de la solution par l'Agence elle-même. Le soumissionnaire fournit des directives pour faire la surveillance adéquate’.

Pouvez-vous détailler ce qui doit être supervisé de façon compatible avec Zabbix ? Cela est important dans une architecture en SaaS pour comprendre comment bien répondre. Entre autres, pouvez-vous confirmer qu'il n'est pas souhaité superviser la charge du matériel ?”

Considérant que l'Agence a répondu comme suit :

“ Ce qui doit être supervisé est à définir par le fournisseur qui connaît la meilleure solution. L'importance de la surveillance est que la surveillance informe l'Agence avant ou au plus tard en cas des problèmes. La charge du matériel pourrait être un indicateur qui indique des problèmes avec la solution, d'autres possibilités des indicateurs peuvent être le délai de la répons ou des longueurs des queues internes, des entrées en fichier de log, ...”

Considérant que l'offre de Flowbird S.A.S. en ce qui concerne Zabbix stipule ce qui suit :

“ 6.8. Supervision

Flowbird possède un système de monitoring propre fonctionnant sur son architecture Saas.

Pour intégrer tout le système de monitoring de Flowbird dans Zabbix, il faudrait que l'Agence héberge la solution Flowbird complète. Ore [sic], cela n'est pas l'objet du marché et n'est pas souhaité.

Pour alimenter le système de monitoring de l'agence, Zabbix, Flowbird propose de procéder ainsi : l'Agence et Flowbird réalisent un ou plusieurs ateliers au cours desquels les indicateurs attendus par l'Agence sont déterminés (éventuellement sur proposition de Flowbird). La façon de s'interfacer avec Zabbix sera également spécifiée par l'Agence et validée conjointement à l'issue de ces ateliers.

En fonction de la complexité des travaux à mener sur la base de ces études, des développements à titre gracieux, un avenant ou un nouveau marché seront mis en place”.

Considérant que Flowbird S.A.S. ne garantit pas dans son offre la connexion automatique requise à Zabbix, sauf si l'Agence héberge la solution fournie par Flowbird S.A.S., ce que Flowbird S.A.S. considère comme dépassant le cadre du marché et, de surcroît, non souhaité;

Considérant que Flowbird S.A.S., dans son offre ainsi que dans sa précédente demande d'explications dans le forum, renvoie à l'Agence la détermination du contenu du suivi à effectuer par Zabbix et le mode d'interface, alors que le cahier des charges et la réponse correspondante dans le forum attendent du soumissionnaire précisément une contribution propre et claire et même des “directives”;

Considérant que Flowbird S.A.S. indique dans la section susmentionnée de son offre que la mise en oeuvre de Zabbix impliquera éventuellement un coût supplémentaire, puisqu'elle annonce qu'un avenant, voire un nouveau marché séparé, pourrait être nécessaire;

Considérant que cette dernière clause est contraire aux règles applicables à la détermination des prix;

Considérant que le prix dans le cadre des marchés publics est basé sur le principe du forfait et le principe du prix fixe (art. 9, al. 1 de la Loi Marchés Publics);

Considérant que le cahier des charges indique clairement que les prix des postes concernés sont fixes et forfaitaires (articles 11 et 15.2, Inventaire des prix en annexe 5 et Formulaire d'offre en annexe 8);

Considérant que le cahier des charges prévoit expressément que les offres suivantes, entre autres, sont “nécessairement et automatiquement” rejetées :

“ qui ne sont pas conformes

- aux dispositions relatives aux éléments constitutifs du prix (art. 14, al. 3, 5., deuxième tiret);”

Considérant en outre que l'article 76, paragraphe 1, alinéa 3, de l'Arrêté Passation considère comme une irrégularité substantielle “celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de 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”;

Considérant que Flowbird S.A.S., en soumettant la mise en oeuvre de l'exigence essentielle Zabbix à des conditions et réserves, qui peuvent inclure un avenant, voire un nouveau marché, s'octroie un avantage discriminatoire, empêche la

comparaison avec les offres concurrentes et fausse la concurrence loyale avec les autres soumissionnaires;

Considérant en outre que Flowbird S.A.S., en soumettant la mise en œuvre de l'exigence essentielle concernant Zabbix à des conditions et réserves, qui peuvent inclure un avenant, voire un nouveau marché, rend son engagement d'exécuter le contrat conditionnel et donc incertain;

Considérant que, sur ce point également, l'offre de Flowbird S.A. est entachée d'une irrégularité substantielle et doit être déclarée nulle;

Considérant que, bien qu'une comparaison des offres ne doive être envisagée dans le cadre du contrôle de régularité, il peut être confirmé, à titre purement informatif, que tant ACA IT-Solutions (bien que son offre est irrégulière pour les raisons déjà indiquées) que Be-Mobile ont confirmé la compatibilité du protocole de surveillance avec Zabbix sans aucune condition ou réserve ni coût supplémentaire;

Considérant que, compte tenu de ce qui précède, il n'y a pas lieu d'examiner si l'offre de Flowbird S.A.S., l'actuel prestataire de services, contient un éventuel prix anormalement élevé ».

6. L'acte attaqué décide finalement d'attribuer le marché litigieux au soumissionnaire Be-Mobile, dont la partie adverse relève qu'il est le seul dont l'offre puisse être déclarée régulière et prise en considération.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 15 février 2022, la société anonyme Be-Mobile 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. Premier moyen

V.1. Thèse de la requérante

Au point 4.1 de sa requête, la requérante soulève un premier moyen qui se lit comme suit :

- « 1.1 Premier moyen : le manque d'analyse totale des trois références de missions similaires exigées pour l'implémentation de business rules engine, comme exigé à l'art. 13.1. du cahier des charges est une infraction à l'art. 76 § 1, al. 3 de l'arrêté de passation ayant trait à une irrégularité substantielle qui n'a nullement été analysée à l'égard de l'offre choisie de Be.Mobile *juncto* l'obligation d'une motivation formelle et/ou matérielle à cet égard

Il est important de constater qu'une question claire et nette a été posée à cette égard :

“ Les soumissionnaires doivent avoir l'expérience nécessaire en matière de 'Business Rules Engine'. Le soumissionnaire doit fournir, une liste reprenant au moins 3 références de missions similaires faisant l'objet du présent marché,

c'est-à-dire des implémentations de 'Business Rules Engine' réalisées au cours des cinq dernières années ou en cours, en indiquant la période pendant laquelle la mission a été exécutée et les coordonnées du client. Pour chacune de ces 3 références, le soumissionnaire doit être en mesure de fournir, sur demande, une attestation de bonne exécution. Questions : les références doivent être en Belgique ? En Europe ? Sachant que le contexte de la Région Bruxelles-Capitale est très particulier. Et le soumissionnaire sans preuves de références sera exclu de cet AO ?”

Réponse :

“ Ce sont des références en Belgique ou en Europe. Un soumissionnaire sans preuves de références sera exclu”.

On ne peut dès lors pas contester qu'il s'agît d'une irrégularité substantielle au cas où on ne stipule nullement ces trois références de missions similaires, comme détaillé à l'art. 13.1.:

“ ... réalisées au cours des cinq dernières années ou en cours en indiquant la période pendant laquelle la mission a été exécutée et les coordonnées du client. Pour chacune de ces trois références, le soumissionnaire doit être en mesure de fournir, sur demande, une attestation de bonne exécution”.

Il ne ressort nullement de la décision attaquée du 17 décembre 2021 qu'on a demandé une telle attestation à l'égard du soumissionnaire choisi Be-Mobile. Plus encore, on n'analyse nullement les références. On ne les mentionne même pas. Il est évident qu'il y a dès lors également un manque de motivation formelle et/ou matérielle à l'égard de l'irrégularité substantielle et essentielle concernant les trois références demandées à l'égard du soumissionnaire choisi Be-Mobile.

Nonobstant la question et la réponse, il est clair que le pouvoir adjudicateur a tout à fait oublié de façon circonstanciée de contrôler ces critères de sélection qui sont essentiels, comme prévu à l'art. 13.1. du cahier des charges.

Seulement déjà pour cette raison, la décision attaquée du pouvoir adjudicateur du 17 décembre 2021 doit être suspendue ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

À la lecture des griefs qui y sont formulés en termes de requête, le moyen doit se comprendre en ce sens qu'il y est reproché à la partie adverse, d'une part, d'avoir admis que le soumissionnaire Be-Mobile satisfaisait au critère de sélection qualitative énoncé au point 13.1 du cahier spécial des charges et, d'autre part, d'avoir manqué à son obligation de motiver formellement cette décision de sélectionner ce soumissionnaire.

Le point 13.1 du cahier spécial des charges du marché litigieux se lit comme suit :

« 13.1. Critères de sélection se rapportant à la compétence technique et professionnelle du soumissionnaire

Les soumissionnaires doivent avoir l'expérience nécessaire en matière de "Business Rules Engine".

Le soumissionnaire doit fournir, une liste reprenant au moins 3 références de missions similaires faisant l'objet du présent marché, c'est-à-dire des

implémentations de “Business Rules Engine” réalisées au cours des cinq dernières années ou en cours, en indiquant la période pendant laquelle la mission a été exécutée et les coordonnées du client.

Pour chacune de ces 3 références, le soumissionnaire doit être en mesure de fournir, sur demande, une attestation de bonne exécution.

Si une offre est présentée par un groupement d’opérateurs économiques, l’appréciation du pouvoir adjudicateur sera globale. Elle se fera donc à l’échelle de l’ensemble du groupement ».

À la lecture de l’offre de Be-Mobile produite au dossier administratif à titre confidentiel, et plus particulièrement de la pièce 3.9, il apparaît que ce soumissionnaire a produit cinq références de prestations présentées comme similaires à celles qui font l’objet du marché litigieux, ainsi que les attestations de bonne exécution des prestations sur lesquelles portent ces références.

Il n’appartient pas au Conseil d’État de se substituer au pouvoir adjudicateur dans l’appréciation de la pertinence et du caractère approprié de ces références, sauf à sanctionner une éventuelle erreur manifeste d’appréciation. En l’espèce, le moyen ne soutient toutefois pas qu’une telle erreur aurait été commise par la partie adverse.

S’agissant du grief de manquement à l’obligation de motivation formelle, il doit, avant tout, être rappelé que, lorsqu’un pouvoir adjudicateur admet que des soumissionnaires répondent à un critère sélection pour la vérification duquel la production de références était exigée, il peut se contenter de fournir une motivation succincte si l’appréciation des références fournies ne suscite aucune question. Il doit ensuite être relevé que, pour ce qui concerne la sélection des soumissionnaires, l’acte attaqué mentionne notamment ce qui suit :

« [...] Considérant que les soumissionnaires, en vertu des déclarations de la partie IV du DUME, satisfont aux critères de sélection énumérés à l’article 13.1 du cahier des charges, et qu’après vérifications des documents déposés à cet égard, ces déclarations se sont révélées exactes;
Compte tenu de ce qui précède, chacune des offres peut à présent être analysée sous l’angle de la régularité ».

Dès lors que la sélection des soumissionnaires n’apparaît pas avoir suscité de difficulté particulière, la partie adverse n’a, *prima facie*, pas manqué à ses obligations de motivation formelle de l’acte attaqué, pour ce qui concerne cet aspect.

Le premier moyen ne peut être déclaré sérieux.

VI. Troisième moyen

VI.1. Thèse de la requérante

Au point 4.3 de sa requête, la requérante soulève un troisième moyen qui se lit comme suit :

- « 4.3 Le manque de sérieux dans la décision d'adjudication qui démontre que le principe de précaution, en tant que principe de bonne administration, *juncto* la nécessité d'une motivation matérielle, n'ont nullement été appliqués

L'arrêt du Conseil d'Etat n° 235.747 du 13 septembre 2016 à l'égard de la partie adverse démontre déjà que le Conseil d'Etat a déjà analysé le manque de sérieux sur base du principe de bonne administration, y compris l'obligation de précaution.

Il est clair qu'on a seulement voulu écarter l'offre de la requérante en suspension par extrême urgence d'une façon qui a établi le second moyen susmentionné et en faisant valoir que la vision hélicoptère du design de la solution proposée, comme décrite à l'art. 15.3, al. 2, ne peut pas être considérée comme un résumé dans 5 pages.

Au cas où le pouvoir adjudicateur aurait posé une question à l'égard de l'offre de la requérante en suspension par extrême urgence, il est évident que la requérante en suspension par extrême urgence aurait fait référence à son rapport "vision hélicoptère du design de la solution proposée", les pages 4 à 9, qui répond parfaitement à la nécessité de la note technique de maximum 5 pages.

N'oublions pas que le cahier des charges, l'art. 8.6. page 10, se réfère explicitement à cet égard à l'art. 15.3. du cahier des charges. L'élément le plus important pour évaluer l'irrégularité est la nécessité de trois références, mentionné à l'art. 13.1. du cahier des charges, qui n'a même pas été analysée et nullement mentionnée dans la décision d'attribution du 17 décembre 2021.

Il faudra dès lors suspendre la décision de la partie adverse comme ce fut déjà le cas dans le cadre de l'arrêt du 13 septembre 2016 du Conseil d'Etat, section du contentieux administratif, cité pour cette raison à plusieurs reprises ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

À la lecture du moyen, celui-ci doit se comprendre en ce sens qu'il y est reproché à la partie adverse d'avoir manqué à des obligations de « sérieux », de « précaution » et de « bonne administration », en n'interrogeant pas la requérante sur la manière dont celle-ci avait formellement conçu la présentation de son offre. La requérante soutient que, si elle avait été interrogée à ce sujet, elle aurait pu faire valoir que les informations contenues dans son document « Vision hélicoptère du design de la solution proposée » correspondaient à celles qui auraient pu figurer dans la note technique de maximum cinq pages qu'il lui est reproché de ne pas avoir produite à l'appui de son offre.

Les points 8.6 et 15.3 de ce même cahier spécial des charges sont libellés comme suit :

- « 8.6. Documents à joindre à l'offre

Les soumissionnaires joignent à leur offre sous peine de nullité de celle-ci :

- s'il s'agit d'une personne juridique ou d'un groupement de personnes juridiques et/ou physiques, les statuts et/ou tout autre document utile prouvant le mandat du ou des signataire(s);
- le formulaire d'offre dûment complété;
- le document unique de marché européen (le DUME);
- les documents demandés dans le cadre des critères de sélection (art. 13.1 du CDC);
- une note technique de maximum cinq pages A4 décrivant les points majeurs de son offre en matière de qualité technique (art. 15.3 al 2 du CDC);
- tous les documents (7) demandés dans le cadre des critères d'attribution (article 15.3) »;

« 15.3. La qualité des services offerts – 70 %

Le soumissionnaire doit soumettre les 7 documents/notes conformément à la liste ci-dessous afin que le pouvoir adjudicateur puisse apprécier la solution du soumissionnaire. Chaque document/note est accompagné d'une pièce libre décrivant l'objet. Le nom de l'objet décrit est clairement identifiable.

1. Vision hélicoptère du design de la solution proposée;
2. Description détaillée de la solution proposée;
3. Captures ou wireframes des interfaces utilisateurs pour la gestion des règles;
4. Planning d'implémentation de novembre à janvier avec un Gantt chart;
5. Exemple d'un dossier "accords et procédures";
6. Exemple d'un rapport "service mensuel";
7. Plan de résiliation.

En plus de cette liste, le soumissionnaire doit joindre une note technique de maximum cinq pages A4 décrivant les points majeurs de son offre en matière de qualité technique [...] ».

Il se déduit de ces dispositions, d'une part, que l'exigence de production d'une note technique de maximum cinq pages était prescrite à peine de nullité de l'offre et, d'autre part, que cette note ne pouvait se confondre avec d'autres documents requis, ayant respectivement pour objet la « Vision hélicoptère du design de la solution proposée » et la « Description détaillée de la solution proposée ». Ces dispositions et les exigences qu'elles imposent ne sont nullement contestées.

Dans les termes de l'acte attaqué, la partie adverse a constaté que la requérante n'avait pas produit la note technique de maximum cinq pages et a estimé que la production d'un « Mémoire technique » de 114 pages, joint à l'offre, et de la « Vision hélicoptère du design de la solution proposée » ne pourvoyait pas à l'exigence qu'il est reproché à la requérante de n'avoir pas respecté. Ces éléments sur lesquels repose la décision critiquée ne sont pas contestés, en tant que tels, et le manquement reproché à la requérante à ce sujet paraît même, *prima facie*, être implicitement confirmé par le fait que celle-ci a estimé utile de produire – en pièce 7 de son dossier et pour les besoins de la présente procédure devant le Conseil d'État – un document présenté comme « un exemple comment on peut résumer la page 4 à 9 de la vision hélicoptère en cinq pages A4 si le besoin en est ».

La requérante invoque, au nom du « principe de bonne administration », tant un « manque de sérieux » qu'une méconnaissance du « principe de précaution »,

en reprochant à la partie adverse de ne pas l'avoir interrogée sur la manière dont elle avait formellement conçu la présentation de son offre. Ce faisant, elle reste – en toute hypothèse, et tenant notamment compte des manquements constatés par l'acte attaqué et non contestés en fait par le moyen – en défaut d'exposer en quoi les explications qu'elle aurait pu apporter en réponse à une telle interrogation auraient permis d'obvier aux effets que les documents du marchés annonçaient attacher au défaut de production de la note technique de maximum cinq pages, nécessairement distincte des autres documents exigés par les prescriptions applicables. Pour le surplus, il est, en toute hypothèse, vain de faire valoir que les éléments qui devaient figurer dans la note de maximum cinq pages étaient déjà contenus dans la « Vision hélicoptère du design de la solution proposée » et qu'ils auraient pu être désignés comme tels par la requérante si elle avait été interrogée à cette fin par la partie adverse dans le cadre de l'examen des offres, alors que – par l'exigence de production de documents distincts – la partie adverse entendait pouvoir identifier aisément ce que chaque soumissionnaire identifiait comme points majeurs de son offre quant à la qualité des services offerts. Si la partie adverse avait interrogé la requérante, elle aurait nécessairement méconnu les prescriptions des documents du marché, ainsi que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

Enfin, la requérante n'indique pas en quoi – à le supposer établi, ce qu'exclut, *prima facie*, l'examen du premier moyen – un vice de l'acte attaqué au regard de la disposition du point 13.1 du cahier spécial des charges (disposition relative à la sélection qualitative des soumissionnaires) pourrait, au vu de l'exposé des thèses et des débats auxquels elles ont donné lieu, avoir quelque influence sur l'examen du troisième moyen.

Les considérations qui précèdent imposent de décider que le troisième moyen n'est pas sérieux.

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèse de la requérante

Au point 4.2 de sa requête, la requérante soulève un deuxième moyen qui se lit comme suit :

« 4.2 Deuxième moyen : infraction sur l'art. 53 § 4 de la loi sur les marchés publics *juncto* le principe d'égalité et de non-discrimination

Comme mentionné ci-dessus, une question claire et nette a été posée concernant la conformité avec le système Zabbix. On n'exige nullement d'utiliser le système Zabbix, mais on prévoit une nécessité de conformité. Le système Zabbix est clairement utilisé par le soumissionnaire choisi Be-Mobile et une infraction est

dès lors plausible à l'art. 53 § 4 de la loi sur les marchés publics. Les exceptions à ce principe n'ont pas l'air d'être élaborées.

Tenant compte des réponses que le pouvoir adjudicateur a données dans le cadre d'autres questions, la requérante en suspension par extrême urgence a estimé qu'on pouvait encore établir un système similaire à Zabbix, vu les pourparlers qui doivent avoir lieu, après la soumission.

Une telle attitude n'est pas automatiquement une irrégularité substantielle à l'égard de l'offre quand elles ne sont pas essentielles, comme décrit dans l'art. 95 de l'arrêté royal placement. Cela est sûrement le cas quand on crée une telle impression dans le cadre des questions/réponses.

Si le système Zabbix était dès lors essentiel, il faut analyser s'il n'y a pas une eu une infraction à l'art. 53 § 4 de la loi sur les marchés publics, comme mentionné ci-dessus. Si le système Zabbix n'est pas essentiel, mais qu'il faut une surveillance similaire, on ne peut pas considérer le manque de détail du système de surveillance comme une irrégularité substantielle.

En agissant de cette façon, on ne permet plus la comparaison entre les soumissionnaires, et il y a un problème d'égalité et de discrimination.

La requérante en suspension par extrême urgence a clairement posé une question à cet égard et la réponse du pouvoir adjudicateur donnait l'impression qu'on peut en discuter à date ultérieure dans le cadre de la construction du système.

En sanctionnant ensuite la réponse en tant qu'une seconde irrégularité, il est évident que l'égalité entre les soumissionnaires n'est pas respectée et que ce deuxième moyen est également fondé ».

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

La décision de déclarer nulle l'offre de la requérante et de l'évincer repose sur le constat d'irrégularités entachant cette offre, à savoir, d'une part, l'absence d'un document à annexer sous peine de nullité et, d'autre part, des dérogations tant aux prescriptions des documents du marché relatives à la mise en œuvre de l'application de monitoring Zabbix qu'aux règles applicables à la détermination des prix. Il s'agit de motifs distincts, fondant, chacun, la décision de déclarer la nulle l'offre de la requérante.

Dès lors que le premier de ces motifs est vainement critiqué par le troisième moyen, le deuxième moyen – à le supposer sérieux – ne pourrait avoir pour effet d'invalidier la décision critiquée.

Il s'ensuit que la requérante n'a pas intérêt au deuxième moyen.

VIII. Confidentialité

La requérante dépose à titre confidentiel les pièces 5 à 7 de son dossier.

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des offres, identifiées comme étant les ensembles de pièces B.1, B.2 et B.3. du dossier administratif.

La partie intervenante dépose également son offre à titre confidentiel. Il s'agit de la pièce 7 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.

IX. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

La requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité accordée.

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 mis à la charge de la requérante, à l'exception de ceux de l'intervention qui doivent être laissés à l'intervenante.

X. Remboursement

Il apparaît à la consultation du compte bancaire ouvert auprès du 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 que les droits relatifs à l'introduction de la requête en intervention ont été payés deux fois, à savoir en date du 8 février 2022 par la requérante et en date du 15 février 2022 par ses conseils. Il y a dès lors lieu de rembourser à la partie intervenante le montant de 150 euros indûment payé.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA Be-Mobile est accueillie dans la présente procédure.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 5 à 7 du dossier de la requérante, les ensembles de pièces B.1, B.2 et B.3 du dossier administratif, ainsi que la pièce 7 du dossier de la partie intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenus pour confidentiels.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

Article 6.

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 22 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Article 7.

Le montant de 150 euros versé indûment par la partie intervenante 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 4 mars 2022, par :

David De Roy,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy