

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

n° 254.700 du 7 octobre 2022

A. 237.213/VI-22.419

En cause : **la société anonyme MODALIZY,**
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Gautier ROLLAND et Isabelle
 VAN KRUCHTEN, avocats,
 place Flagey 18
 1050 Bruxelles,

contre :

la société anonyme INFRABEL,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Bruno LOMBAERT, Nicolas CARIAT
 et Marie VAN DER ELST, avocats,
 rue de Loxum 25
 1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 9 septembre 2022, la société anonyme Modalizy demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « • la décision, de date inconnue, déclarant l'offre de la requérante irrégulière.
[...].
- la décision, de date inconnue, par laquelle le marché aurait été attribué à un autre soumissionnaire. ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 12 septembre 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 28 septembre 2022.

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

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

M. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Isabelle Van Kruchten et Gautier Rolland, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Nicolas Cariat et Marie Van Der Elst, avocats, comparaissant pour la partie adverse, 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. Faits utiles à l'examen de la demande

La partie adverse expose comme suit les faits de la cause :

- « 1. Le marché querellé porte sur la fourniture de carburant pour le parc automobile d'Infrabel (partie adverse), qui est le gestionnaire de l'infrastructure du réseau ferroviaire belge
2. Les besoins en carburant de la partie adverse sont actuellement satisfaits au moyen d'un marché public conjoint avec la SNCB [...].
Conclu pour la période comprise entre le 1^{er} janvier 2018 et le 31 décembre 2021, ce marché permet, compte tenu des commandes effectuées, la satisfaction des besoins en carburant de la partie adverse jusqu'au 31 décembre 2022.
Modalizy NV (partie requérante en l'espèce) est l'attributaire dudit marché (et donc l'actuel fournisseur en carburant de la partie adverse).
3. Désireuse d'optimiser la satisfaction de ses besoins spécifiques, ainsi que la facilité de gestion opérationnelle, la partie adverse a décidé de lancer seule un nouveau marché relatif au carburant, destiné à couvrir ses besoins propres à partir du 1^{er} janvier 2023.
4. Un avis de marché relatif à la « Fourniture de carburant et de cartes carburant (nationales et internationales) pour les véhicules du parc automobile Infrabel ainsi que pour les outillages motorisés » a été publié au Bulletin des Adjudications le 28 janvier 2021 et au Journal officiel de l'Union européenne le 2 février 2022 [...].
Par une décision motivée du 8 juin 2021, la partie adverse a renoncé à l'attribution de ce marché. Dès lors que seul un opérateur économique ayant remis une demande de participation répondait à l'ensemble des critères de sélection, il a été considéré que le marché tel que configuré par les documents de marché ne permettait pas une concurrence suffisante et qu'il convenait donc d'y renoncer [...]. Cette décision de renonciation, dûment notifiée et publiée [...], n'a fait l'objet d'aucun recours et est en conséquence définitive.
5. Le 10 juillet 2021, la partie adverse a décidé de lancer le marché public ici querellé de « fournitures de carburants pour le parc automobile d'Infrabel » [...].
Le marché porte sur la conclusion d'un accord-cadre (en un seul lot, avec un seul adjudicataire) concernant l'achat de carburant par cartes magnétiques. L'accord-

cadre sera conclu pour une période de quatre ans, renouvelable deux fois deux ans (4+2+2).

Le marché est attribué conformément aux règles de passation propres aux secteurs spéciaux, telles qu'elles découlent du Titre 3 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après: "la Loi Marchés publics") et de l'arrêté du 18 juin 2017 relatif à l'attribution des marchés publics dans les secteurs spéciaux (ci-après: "l'Arrêté royal Secteurs spéciaux"), en raison du fait qu'Infrabel est une entreprise publique ayant pour activité l'exploitation d'un réseau de transport par chemin de fer (au sens de l'article 99 de la Loi Marchés publics).

Le marché est passé par procédure négociée avec mise en concurrence préalable (telle qu'organisée par l'article 120 de la Loi Marchés publics et au Titre 3 de l'Arrêté royal Secteurs spéciaux).

6. L'avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications le 19 juillet 2021 et au Journal officiel de l'Union européenne le 23 juillet 2021 [...].

7. Le guide de sélection, rendu disponible de manière électronique via l'avis de marché, énonçait les critères de sélection suivants, adaptés par rapport au précédent marché auquel il a été renoncé [...]:

“ L'adjudicateur évalue la capacité technique et professionnelle des candidats sur la base de l'(des) élément(s) suivant(s) qui doit (doivent) être fourni(s) :

- Le candidat doit disposer au minimum d'un réseau de 500 stations en Belgique (hors stations autoroute). Le candidat fournira des documents ou un fichier pour le démontrer.
- Le candidat doit être en mesure de mettre à disposition de cartes carburant Belges et il doit le démontrer dans sa candidature.
- Le candidat doit pouvoir gérer la facturation des redevances kilométriques régionales (*On Board Unit*). Il doit le démontrer dans les documents à joindre à sa candidature.
- Le candidat doit mettre à disposition une plateforme informatique accessible pour la gestion des cartes et des prises de carburants. Il fournira une description de la plateforme dans sa candidature.
- L'additif AD-Blue doit être disponible à la pompe ou dans le shop dans 200 stations Belges. Le candidat doit démontrer dans des documents ou sur un fichier où l'Ad Blue est disponible.
- Le candidat mettra à disposition une App Smartphone de géolocalisation des stations. Il doit joindre une description de l'app à sa candidature” [...].

Les demandes de participation devaient être déposées au plus tard le 15 septembre 2021 à 12h00.

8. Ainsi qu'il ressort du procès-verbal électronique d'ouverture des demandes de participation (Pièce E.1 du dossier administratif confidentiel), quatre opérateurs économiques ont remis une demande de participation :

- (i) Modalizy NV (ci-après : “Modalizy” ou “la partie requérante”) [...];
- (ii) TotalEnergies Marketing Belgium (ci-après : “TotalEnergies Belgium”) [...];
- (iii) G&V Services stations NV (ci-après : “G&V Services”) [...];
- (iv) Wex Fleet Belgium NV [...].

9. Conformément à la décision de sélection adoptée le 31 janvier 2022 [...], la partie adverse a, le 18 février 2022 :

- (i) informé la société Wex Fleet Belgium NV, de sa non-sélection [...];
- (ii) sélectionné les trois autres opérateurs économiques et invité ces derniers à déposer une offre, au plus tard le 15 mars 2022 à 12h00 [...].

10. Le cahier spécial des charges N°84C/0000675883 [...] envoyé aux soumissionnaires sélectionnés détermine les critères d'attribution de la façon qui suit :

- “ L’adjudicateur se fonde, pour attribuer ce marché, sur l’offre économiquement la plus avantageuse.
L’offre économiquement la plus avantageuse du point de vue de l’adjudicateur est déterminée :
(...)
Lesdits critères sont les suivants :
1) Les conditions financières (85 %), comprenant les sous-critères suivants :
o La ristourne sur le prix de base fixé par le Contrat de Programme (84 %)
o Les frais pour la gestion des cartes (0,5 %)
o Les frais pour la facturation de la taxe kilométrique (0,5 %)
2) La proximité des stations (non-autoroutières) par rapport aux principaux centres d’Infrabel (15 %)” [...].

L’objet du marché et les besoins spécifiques de la partie adverse (description générale, besoins spécifiques relatifs aux cartes carburant, besoins spécifiques concernant les véhicules soumis à la taxe kilométrique, besoins spécifiques concernant la facturation et besoins spécifiques relatifs à la plateforme informatique de gestion des cartes) sont précisés à l’annexe 6 (“spécifications techniques”) du cahier spécial des charges [...] :

“ Accord-cadre

L’accord-cadre portera sur environ 2400 cartes, toutes catégories comprises.
Infrabel possède 2000 véhicules et 100 camions.
Le kilométrage moyen par véhicule est de 15.000 km/an.
Infrabel ne veut pas acheter du “Diesel +” ou similaire.

Cartes carburant

Il faut prévoir 3 sortes de cartes à utiliser dans les stations belges : Diesel, Essence et Hybride (diesel et essence pour outillage).
Il faudra prévoir également 50 cartes pour la prise d’essence dans des stations internationales.
La plaque du véhicule doit être imprimée sur la carte carburant (pas d’étiquettes).
Les cartes doivent avoir une validité minimale de 4 ans.
Le renouvellement des cartes doit être géré par le fournisseur (envoi des cartes par poste aux utilisateurs dans les CLI).
A chaque renouvellement de véhicule, une nouvelle carte doit être prévue.
Gestion en cas de panne pompe : carte, via le gérant du shop.
Si une pompe serait en panne au moment où un utilisateur veut prendre de l’essence, l’utilisateur doit avoir la possibilité de payer avec la carte auprès du gérant du shop.

OBU

Le fournisseur est responsable de la facturation des taxes kilométriques régionales. Une facture mensuelle regroupée par région est à prévoir.

Facturation

Il y aura une facturation mensuelle concernant les prises de carburant et la redevance taxe kilométrique (OBU).
Une feuille de calcul, format Excel, devra être remplie chaque mois par le fournisseur. Le format du fichier sera défini par Infrabel dans le cahier des charges.

Plateforme informatique

La plateforme informatique, mise à disposition par le fournisseur, doit permettre la gestion des cartes : blocage, choix du carburant, quantités maximales, commandes nouvelles cartes, code PIN, ...

Infrabel doit pouvoir consulter la situation des stations et l'évolution du parc des stations.

Infrabel veut suivre la consommation et les prises de carburant par véhicule, et doit avoir la possibilité de mettre des alertes dans le système.

Une App pour Smartphones doit permettre d'avoir une vue sur la situation des stations belges et européennes du fournisseur”.

11. Ainsi qu'il ressort du procès-verbal électronique d'ouverture des offres, les trois opérateurs économiques sélectionnés ont déposé une offre :

- (i) Modalizy [...];
- (ii) TotalEnergies Belgium [...];
- (iii) G&V Services [...].

Concernant en particulier la plateforme informatique exigée par le cahier spécial des charges afin de permettre la gestion des cartes carburant :

- (i) l'offre de Modalizy ne contenait aucun document et pas la moindre information décrivant la solution proposée ;
- (ii) l'offre de TotalEnergies Belgium détaillait en 10 pages les caractéristiques et le fonctionnement de sa plateforme [...]. TotalEnergies Belgium dépose également un “Guide d'Utilisation” de son portail informatique de 37 pages [...];
- (iii) l'offre de G&V Services contenait 7 pages de présentation de la solution proposée [...].

12. Le 25 mai 2022, la partie adverse a invité les trois soumissionnaires à une séance de démonstration de leur plateforme informatique, en leur adressant le courriel suivant [...] :

“ Suite à votre offre dd. 15/03/2022, nous avons la demande suivante de clarification.

Les spécifications techniques, jointes à notre cahier spécial des charges, reprennent l'exigence suivante :

Plateforme informatique

La plateforme informatique, mis à disposition par le fournisseur, doit permettre la gestion des cartes : blocage, choix du carburant, quantités maximales, commandes nouvelles cartes, code PIN, ...

Infrabel doit pouvoir consulter la situation des stations et l'évolution du parc des stations.

Infrabel veut suivre la consommation et les prises de carburant par véhicule, et doit avoir la possibilité de mettre des alertes dans le système.

Une App pour Smartphones doit permettre d'avoir une vue sur la situation des stations belges et européennes du fournisseur.

Dans le cadre de l'article 147 § 4 de la loi du 17/06/2016 concernant les marchés publics, afin d'avoir une vue concrète des différentes fonctionnalités de la plateforme informatique proposé par vous, nous aurions voulu avoir une démonstration de cette plateforme. Si la plateforme proposée par vous ne répond pas aux exigences reprises dans le cahier spécial des charges, votre offre sera considérée comme irrégulière.

Cette démonstration peut avoir lieu dans nos bureaux ou via une réunion Teams. Nous prévoyons une heure et demie.

Les dates suivantes nous conviennent : le 01/06/2022 et le 07/06/2022. Vous pouvez proposer l'heure.

Vous pouvez nous informer au plus vite de la date et l'heure de votre choix ?
Merci d'avance,
Ina Van der Donck" [...].

La partie requérante s'est donc ainsi vu inviter à présenter sa plateforme informatique, alors que celle-ci n'était ni décrite ni même mentionnée dans son offre.

13. Le 7 juin 2022, les démonstrations des plateformes informatiques ont eu lieu (dans le cadre d'une réunion confidentielle spécifique à chaque soumissionnaire).

La partie adverse a établi un procès-verbal de chaque démonstration [...], reprenant l'analyse de la conformité de la plateforme proposée avec les exigences énoncées par l'annexe 6 du cahier spécial des charges.

14. Au cours de la réunion tenue avec la partie requérante, et ainsi qu'il ressort du procès-verbal établi à cette occasion [...], la partie adverse a indiqué à la partie requérante que la plateforme présentée ne répondait pas aux besoins de la partie adverse tels que décrits par l'annexe 6 au cahier spécial des charges.

En effet, il a été constaté à cette occasion (et en continuité avec la plateforme mise à disposition d'Infrabel dans le cadre du marché actuellement en cours d'exécution) que l'outil informatique proposé ne permet pas :

- (i) de paramétrer dans le système des quantités maximales par utilisateur ;
- (ii) de modifier un code PIN dans le système ;
- (iii) de contrôler la consommation et le nombre de passages à la pompe de chaque véhicule.

15. La partie requérante a ensuite écrit près d'une semaine plus tard à la partie adverse, le 13 juin 2022, pour lui indiquer qu'elle avait modifié sa plateforme de manière postérieure à la démonstration et que, selon elle, la plateforme informatique actualisée répondait désormais aux besoins du pouvoir adjudicateur [...].

16. Après analyse des offres [...], la partie adverse a adopté la décision d'attribution du marché le 23 août 2022 [...].

Il ressort de cette décision :

- (i) que l'offre de la partie requérante a été déclarée irrégulière (et, partant, nulle) dès lors que la plateforme informatique proposée ne répondait pas aux exigences énoncées dans les dispositions techniques ;
- (ii) que l'offre de G&V Service Stations a identiquement été déclarée irrégulière (et, partant, nulle), également pour le motif que la plateforme informatique proposée ne répondait pas aux exigences énoncées dans les dispositions techniques ;
- (iii) que TotalEnergies, dont l'offre a été estimée régulière et en tous points satisfaisante, s'est vu attribuer le marché.

17. La décision d'attribution a été notifiée le 25 août 2022 par courriel et par recommandé à TotalEnergies Belgium [...].

Le 25 août 2022 également, la partie adverse a notifié à la partie requérante [...] et à G&V Service Stations [...], par courriel et par courrier recommandé, les motifs justifiant l'irrégularité de leur offre, extraits de la décision motivée.

Concernant la partie requérante, cette communication indique ce qui suit :

“ Monsieur Rigo,

En application de l'article 29/1 § 1^{er} de la loi du 17 juin 2013, nous vous informons que votre offre a été considérée comme irrégulière. Ci-après, vous trouverez les motifs de l'éviction de votre offre sous la forme d'un extrait de la décision motivée :

“ L'annexe 6 ‘Dispositions techniques’ jointe au cahier spécial des charges indique que l'entreprise doit disposer d'un outil informatique pour le suivi des cartes carburant, et définit également les fonctionnalités minimales requises pour cet outil.

Les dispositions techniques stipulent ce qui suit :

Outil informatique

Cet outil doit permettre la gestion des cartes : blocage des cartes, choix du carburant, quantités maximales à prélever, commande de nouvelles cartes, codes PIN, ...

Infrabel doit pouvoir consulter les stations-service du fournisseur et l'évolution du nombre de stations service.

Infrabel souhaite pouvoir contrôler la consommation, le nombre de ravitaillements par véhicule et doit pouvoir placer certains avertissements dans le système.

Une application pour smartphones doit permettre d'avoir un aperçu des stations belges et européennes du fournisseur.

Les 3 firmes ont été invitées le 07/06/2022 à faire une démonstration de leur outil informatique de suivi des cartes de carburant. Si l'outil proposé ne répondait pas aux exigences du cahier spécial des charges, l'offre serait déclarée irrégulière. Lors de la démonstration, il s'est avéré que les outils des firmes G&V Service stations NV et Modalizy NV ne répondaient pas aux exigences énoncées dans les dispositions techniques.

En ce qui concerne la firme Modalizy NV, il n'était pas possible :

- de paramétrer des quantités maximales par utilisateur dans le système ;
- de modifier un code PIN dans le système ;
- de contrôler la consommation et le nombre de passages à la pompe de chaque véhicule du système.

Par conséquent, les offres de Modalizy NV et de G&V Service Stations NV ont été considérées comme irrégulières” [...].

[...] ».

Le recours est dirigé contre la décision de déclarer l'offre de la requérante irrégulière et d'attribuer le marché à la société Total Energies Marketing Belgium. Cette décision a été adoptée par le comité de direction d'Infrabel le 23 août 2022.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un moyen unique de la violation des articles 10, 11 et 33 de la Constitution, des articles 4, 5, 120 et 147 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques, du principe de transparence, du principe de bonne administration – en particulier du devoir de minutie – du *principe patere legem quam ipse fecisti*, de l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les

secteurs spéciaux, du cahier spécial des charges, notamment son article 74 et son annexe 6, de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'erreur de fait et de l'erreur de droit et de la contradiction dans les motifs,

en ce que, première branche, Infrabel a déclaré, à tort, que l'offre de Modalizy devait être écartée,
alors que l'offre de Modalizy est bien régulière au regard du cahier spécial des charges ;

en ce que, deuxième branche, Infrabel a déclaré, à tort, que l'offre de Modalizy devait être écartée,
alors que, même à considérer que son offre devrait être affectée d'irrégularités, celles-ci ne revêtent pas de caractère substantiel, de sorte que son offre ne pouvait pas être écartée ;

en ce que, troisième branche, Infrabel a déclaré, à tort, que l'offre de Modalizy devait être écartée sans aucune autre discussion,
alors que, même à considérer qu'il s'agisse bien d'irrégularités, Infrabel n'a pas offert à Modalizy la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations, ce qu'il aurait pourtant dû faire eu égard aux circonstances d'espèce ;

en ce que, quatrième branche, Infrabel n'a pas offert à Modalizy la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations,
alors qu'Infrabel doit, en tout état de cause, traiter les soumissionnaires sur un pied d'égalité ;

et en ce que, cinquième branche, Infrabel a déclaré, à tort, que l'offre de Modalizy devait être écartée,
alors qu'Infrabel ne motive ni formellement, ni adéquatement, les motifs qui l'ont conduit à écarter l'offre de Modalizy.

Sur la cinquième branche du moyen, la requérante fait valoir que l'acte attaqué n'est ni formellement ni adéquatement motivé. Invoquant notamment l'arrêt n° 251.664 du 29 septembre 2021, elle fait valoir que la partie adverse devait :

- constater l'existence d'une irrégularité ;
- ensuite, qualifier cette irrégularité et énoncer les motifs sur lesquels elle se fonde à cet égard ;
- et enfin tirer les conséquences de cette qualification ; ainsi, en cas d'irrégularité qualifiée de non substantielle, il lui incombait de motiver sa décision d'écarter ou non l'offre en raison de cette irrégularité.

Elle soutient qu’Infrabel « n’a pas clairement qualifié les irrégularités relevées, en se contentant de relever des éléments techniques qui diffèrent, par ailleurs, de celles reprises dans les documents du marché, sans aucune autre explication ». Elle souligne qu’à aucun moment, la décision indique si ces irrégularités sont substantielles ou non-substantielles et qu’elle indique encore moins quelles en seraient les raisons, de sorte qu’elle doit *a fortiori* être considérée comme n’étant pas adéquate. Elle en conclut qu’en l’absence de qualification dûment motivée en fait et en droit, il est impossible pour Infrabel d’en tirer les conséquences en droit et qu’Infrabel a dès lors méconnu les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 qui lui imposent d’adopter une décision formellement motivée, ainsi que les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

IV.2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse constate qu’à l’appui de la cinquième branche de son moyen unique, la requérante soutient que l’acte attaqué n’est ni formellement ni adéquatement motivé.

À propos de la motivation matérielle, elle renvoie à la réfutation de la deuxième branche, de laquelle il ressort, selon elle, que c’est à bon droit qu’elle a écarté l’offre de la requérante en raison de son irrégularité substantielle.

À propos de la motivation formelle, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

« 47. Conformément à l’article 4, 8°, de la loi Recours, la partie adverse a bien adopté une décision motivée d’attribution de l’accord-cadre querellé. Il s’agit de l’acte attaqué en l’espèce.

Conformément à l’article 8, § 1^{er}, 2°, de la loi Recours, la partie requérante, en tant que soumissionnaire dont l’offre a été déclarée irrégulière, s’est adéquatement vu communiquer “les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée”.

48. Au surplus, concernant le contenu ou la substance des informations à communiquer aux opérateurs économiques, ces dispositions de la Loi Recours (lues seules ou en combinaison avec la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs) imposent que la décision motivée ou ses extraits mentionnent les motifs de fait et de droit qui ont fondé la décision du pouvoir adjudicateur afin de permettre :

(i) aux opérateurs économiques de comprendre et, le cas échéant, de critiquer la décision en cause ;

(ii) aux instances de recours éventuellement saisies d’exercer utilement leur pouvoir de contrôle de la légalité de ces décisions (en particulier concernant les appréciations posées par le pouvoir adjudicateur).

Or, en l’espèce, l’acte attaqué, dont les extraits pertinents ont été notifiés à la partie requérante, décrit de manière claire :

- (i) les motifs pour lesquels la partie adverse a constaté que l'offre de la partie requérante n'était pas conforme aux exigences techniques du cahier spécial des charges ;
- (ii) les dispositions techniques du cahier spécial des charges méconnues ; ainsi que

(iii) l'évaluation selon laquelle ces non-conformités justifiaient d'écarter l'offre compte tenu des irrégularités constatées.

La partie requérante est donc parfaitement en mesure de comprendre le sens de l'acte attaqué (à savoir que son offre a été écartée pour irrégularités substantielles, ladite irrégularité ne laissant aucune marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur) et de contester en pleine connaissance de cause les motifs retenus par la partie adverse. La partie requérante n'en ignore rien (même si elle prétend l'inverse pour les besoins de la cause), dès lors que la deuxième branche de son moyen unique vise précisément à contester le caractère substantiel des irrégularités identifiées. L'exposé descriptif de la deuxième branche de son moyen unique est très explicite à cet égard :

“ En ce que, deuxième branche, la partie adverse a déclaré, à tort, que l'offre de Modalizy devait être écartée ;
Alors que, même à considérer que l'offre était affectée d'irrégularités, celles-ci ne revêtent pas de caractère substantiel, de sorte que l'offre ne pouvait pas être écartée”.

Le Conseil d'État est également parfaitement en mesure de comprendre les motifs de l'acte attaqué et d'exercer sur cette base son contrôle de légalité dans le cadre du présent recours. »

IV.3. Appréciation du Conseil d'État

L'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux dispose comme suit en ses paragraphes 1^{er} à 3 :

- « § 1^{er}. L'entité adjudicatrice vérifie la régularité des offres.
L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle. Constitue 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.
Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :
1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement ;
2° le non-respect des exigences visées aux articles 46, 50, 51, § 1^{er}, 52, 56, § 2, alinéa 1^{er}, 61, § 2, 62, 81 et 89 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires ;
3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.
§ 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.
§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, l'entité adjudicatrice déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3. »

Hormis les hypothèses où les documents du marché indiquent expressément qu'il s'agit d'une exigence minimale ou substantielle, une disposition a ce caractère lorsque son auteur a voulu lui attacher une telle portée, notamment parce que sa méconnaissance éventuelle peut avoir pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, d'affecter la comparabilité des offres, de modifier le classement de celles-ci ou de compromettre la bonne exécution du marché.

Si le pouvoir adjudicateur constate des dérogations aux prescriptions issues des documents du marché, il lui revient de les examiner, de qualifier les irrégularités de substantielles ou non substantielles, d'en tirer les conséquences quant à l'écartement de l'offre concernée et d'indiquer, dans la décision d'attribution, les motifs qui justifient sa décision. Il doit arrêter une motivation formelle permettant, le cas échéant, de comprendre ce qui l'a déterminé à qualifier une irrégularité de substantielle. Ne satisfait pas à cette obligation la motivation qui se limite à rendre compte de la décision du pouvoir adjudicateur de considérer que l'offre est entachée d'irrégularités.

En l'espèce, le cahier spécial des charges rappelle la portée des dispositions reprises à l'article 74 précité. L'annexe 6 au cahier spécial des charges, laquelle reprend les spécifications techniques, est rédigée comme suit :

« Accord-cadre

L'accord-cadre portera sur environ 2400 cartes, toutes catégories comprises.
Infrabel possède 2000 véhicules et 100 camions.
Le kilométrage moyen par véhicule est de 15.000 km/an.
Infrabel ne veut pas acheter du « Diesel + » ou similaire.

Cartes carburant

Il faut prévoir 3 sortes de cartes à utiliser dans les stations belges : Diesel, Essence et Hybride (diesel et essence pour outillage).
Il faudra prévoir également 50 cartes pour la prise d'essence dans des stations internationales.
La plaque du véhicule doit être imprimé sur la carte carburant (pas d'étiquettes).
Les cartes doivent avoir une validité minimale de 4 ans.
Le renouvellement des cartes doit être géré par le fournisseur (envoi des cartes par poste aux utilisateurs dans les CLI).
A chaque renouvellement de véhicule, une nouvelle carte doit être prévue.
Gestion en cas de panne pompe : carte, via le gérant du shop.
Si une pompe serait en panne au moment où un utilisateur veut prendre de l'essence, l'utilisateur doit avoir la possibilité de payer avec la carte auprès du gérant du shop.

OBU

Le fournisseur est responsable de la facturation des taxes kilométriques régionales. Une facture mensuelle regroupée par région est à prévoir.

Facturation

Il y aura une facturation mensuelle concernant les prises de carburant et la redevance taxe kilométrique (OBU).
Une feuille de calcul, format Excel, devra être remplie chaque mois par le fournisseur. Le format du fichier sera défini par Infrabel dans le cahier des charges.

Plateforme informatique

La plateforme informatique, mise à disposition par le fournisseur, doit permettre la gestion des cartes : blocage, choix du carburant, quantités maximales, commandes nouvelles cartes, code PIN, ...

Infrabel doit pouvoir consulter la situation des stations et l'évolution du parc des stations.

Infrabel veut suivre la consommation et les prises de carburant par véhicule, et doit avoir la possibilité de mettre des alertes dans le système.

Une App pour Smartphones doit permettre d'avoir une vue sur la situation des stations belges et européennes du fournisseur ».

Les exigences litigieuses ne sont pas explicitement identifiées comme étant minimales ou substantielles. Dans ces circonstances, pour qualifier de « substantielles » les irrégularités reprochées à l'offre de la requérante, lesquelles ne relèvent pas des hypothèses prévues par l'article 74, § 1^{er}, alinéa 4, 1^o et 2^o, de l'arrêté royal du 18 juin 2017, la partie adverse devait vérifier que cette offre était de nature à produire l'un des effets que vise l'article 74, § 1^{er}, alinéa 3, dudit arrêté royal, à savoir « donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, [...] entraîner une distorsion de concurrence, [...] empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou [...] rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues ».

L'acte attaqué est motivé comme suit :

« Monsieur Rigo,

En application de l'article 29/1 § 1^{er} de la loi du 17 juin 2013, nous vous informons que votre offre a été considérée comme irrégulière. Ci-après, vous trouverez les motifs de l'éviction de votre offre sous la forme d'un extrait de la décision motivée :

“ L'annexe 6 'Dispositions techniques' jointe au cahier spécial des charges indique que l'entreprise doit disposer d'un outil informatique pour le suivi des cartes carburant, et définit également les fonctionnalités minimales requises pour cet outil.

Les dispositions techniques stipulent ce qui suit :

Outil informatique

Cet outil doit permettre la gestion des cartes : blocage des cartes, choix du carburant, quantités maximales à prélever, commande de nouvelles cartes, codes PIN, ...

Infrabel doit pouvoir consulter les stations-service du fournisseur et l'évolution du nombre de stations-service.

Infrabel souhaite pouvoir contrôler la consommation, le nombre de ravitaillements par véhicule et doit pouvoir placer certains avertissements dans le système.

Une application pour smartphones doit permettre d'avoir un aperçu des stations belges et européennes du fournisseur.

Les 3 firmes ont été invitées le 07/06/2022 à faire une démonstration de leur outil informatique de suivi des cartes de carburant. Si l'outil proposé ne répondait pas aux exigences du cahier spécial des charges, l'offre serait déclarée irrégulière. Lors de la démonstration, il s'est avéré que les outils des

firmes G&V Service stations NV et Modalizy NV ne répondaient pas aux exigences énoncées dans les dispositions techniques.

En ce qui concerne la firme Modalizy NV, il n'était pas possible :

- de paramétrer des quantités maximales par utilisateur dans le système ;
- de modifier un code PIN dans le système ;
- de contrôler la consommation et le nombre de passages à la pompe de chaque véhicule du système.

Par conséquent, les offres de Modalizy NV et de G&V Service Stations NV ont été considérées comme irrégulières”.

Force est de constater que l'acte attaqué ne qualifie pas formellement chacune des irrégularités concernées. Plus fondamentalement encore, il n'identifie pas les raisons qui auraient conduit le pouvoir adjudicateur, ainsi qu'il est indiqué dans la note d'observations, à considérer qu'il s'agit d'irrégularités substantielles au sens de l'article 74, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 juin 2017.

Contrairement à ce que suggère la partie adverse, la requérante n'était pas en mesure de connaître ces raisons avant l'introduction du présent recours. La circonstance que, dans la deuxième branche du moyen unique, elle conteste le caractère substantiel de ces exigences n'est en soi pas de nature à infirmer ce constat. Quant au courriel du pouvoir adjudicateur du 25 mai 2022, il se limite à rappeler les exigences ressortant des spécifications techniques concernant la plateforme informatique. S'il indique que le non-respect de ces exigences implique que l'offre sera considérée comme irrégulière, il n'en ressort toutefois aucune explication quant aux éléments qui auraient conduit le pouvoir adjudicateur à considérer les exigences en question comme étant substantielles. Par ailleurs, aucune autre pièce reprise au dossier administratif préalable à l'acte attaqué et ayant été communiquée à la partie requérante au plus tard concomitamment à la notification de cet acte, ne reprend de tels motifs.

Il résulte d'un examen *prima facie* en extrême urgence que la motivation formelle de l'acte attaqué est inadéquate.

Le moyen unique est sérieux en sa cinquième branche. Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner les autres branches dudit moyen.

V. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporterait sur ses avantages.

VI. Confidentialité

La partie requérante sollicite que trois pièces annexées à sa requête soient maintenues confidentielles, à savoir son offre (pièce 11), des captures d'écran de sa plateforme informatique et le fichier de suivi des transactions par utilisateur (pièce 12) ainsi qu'un courriel adressé à la partie adverse le 13 juin 2022 (pièce 13). La partie adverse demande que soit assurée la confidentialité des pièces relatives aux différents soumissionnaires (pièces A1 à A7, B1 à B5, C1 à C5 et D1 et D2 du dossier administratif confidentiel), ainsi que les pièces relatives à la conduite de la procédure (pièces E1 à E6 du dossier administratif confidentiel).

À la suite de la mesure d'instruction de l'auditeur rapporteur, la partie adverse a renoncé à sa demande de confidentialité de la pièce E6. Par ailleurs, elle a produit une version des pièces E1, E3 et E4 expurgée des éléments qu'elle considère comme confidentiels.

Les demandes de confidentialité - totale ou partielle - n'ont pas été contestées. Il y a donc lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

VII. Indemnité de procédure

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

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

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision du comité de direction d'Infrabel du 23 août 2022 déclarant l'offre de la SA MODALIZY irrégulière et attribuant à la SA TOTAL ENERGIES MARKETING BELGIUM le marché relatif à la fourniture de carburants pour le parc automobile d'Infrabel est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 11 à 13 annexées à la requête et les pièces A1 à A7, B1 à B5, C1 à C5, D1 et D2, E2 et E5, ainsi que les pièces E1, E3 et E4 dans leur version non expurgée sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 22 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 7 octobre 2022, par :

Imre Kovalovszky,
Vincent Durieux,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky