CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

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

A R R Ê T

n^o^ 255.815 du 15 février 2023

A. 237.827/VI-22.460

En cause : **la société à responsabilité limitée BLEUSTEIN**,
ayant élu domicile chez
M^e^ Cédric MOLITOR, avocat,
boulevard Brand Whitlock 114/12
1200 Bruxelles,

contre :

Entreprise publique des Technologies numériques de l'Information et de la Communication de la Communauté française (ETNIC),

ayant élu domicile chez
M^es^ Marie VASTMANS et Alice TROISFONTAINES, avocats,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 décembre 2022, la SRL Bleustein demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de l'ETNIC du 17 novembre 2022, notifiée à la requérante le même jour, d'attribuer le marché "Élaboration et organisation d'une campagne de promotion de la plateforme numérique Pix (2022/6301)" au soumissionnaire BONJOUR INC et de ne pas retenir l'offre de BLEUSTEIN SRL ».

Par une requête introduite le 16 janvier 2023, la même requérante demande l'annulation de la même décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 5 décembre 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 21 décembre 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} Cédric Molitor et Victor Davin, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^{e} Alice Troisfontaines, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section 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 requérante expose comme suit les faits de la cause :

« Par un *mail* du 26 septembre 2022, l'Entreprise publique des Technologies Numériques de l'Information et de la Communication de la Communauté française (ci-après ETNIC), pouvoir adjudicateur et partie adverse, informe la requérante qu'elle entamera prochainement une procédure de passation d'un marché public de service […].

Ce marché porte sur la conception et la gestion d'une campagne de promotion de la plateforme numérique PIX, qui permet d'évaluer, de développer et de faire certifier les compétences numériques de ses utilisateurs sur la base du référence européen DIGCOMP. Cette démarche s'inscrit dans la volonté de la Communauté française de développer les compétences numériques des citoyens, tant dans leur vie privée que professionnelle.

2. Le cahier spécial des charges du marché (ci-après CSCh) est communiqué à la requérante par un courriel du 7 octobre 2022 […]. Il y est indiqué que le marché sera attribué selon une procédure négociée sans publication préalable en application de l'article 42, § 1, a), de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (point 2.1. CSCh). Il ressort de l'acte attaqué que cinq sociétés ont été consultées.

3. La date limite pour le dépôt des offres est fixée au 28 octobre 2022 à 14 h. La requérante adresse son offre[…] par un courriel du 27 octobre 2022, qui est complétée par la transmission de ses statuts le lendemain […] .

4. Une demande d'informations complémentaires est adressée à la requérante le 28 octobre 2022, qui y répond par un courriel du 30 octobre 2022 […].

5. Le 9 novembre 2022, la requérante reçoit un appel de la partie adverse lui expliquant qu'un autre soumissionnaire a incorrectement interprété la matrice de l'inventaire des prix. Il a donc été demandé à la requérante d'adapter son offre en incluant les frais de production, qui font normalement partie du poste 4, dans les postes 1 à 3.

La requérante communique l'inventaire des prix aménagé par un courriel du 9 novembre 2022. Elle précise toutefois que son offre reste celle signée lors de sa remise d'offre du 27 octobre 2022 […].

6. Le 10 novembre 2022, le pouvoir adjudicateur demande à la requérante si elle souhaite améliorer une dernière fois son offre, notamment au niveau du prix […]. La requérante adresse sa meilleure offre, en précisant qu'elle a pratiqué une réduction de 3 % par rapport à ses tarifs habituels […].

7. L'acte attaqué est adopté le 17 novembre 2022 […]. Il est porté à la connaissance de la requérante par un courriel du même jour […]. »

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de « la violation de l'article 42, § 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, du point 1.4.5 du cahier spécial des charges, des principes de bonne administration et en particulier du devoir de minutie, du principe d'égalité et de concurrence entre soumissionnaires, du principe de transparence et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir »,

en ce que « la manière d'évaluer le critère d'attribution relatif au prix utilisée par la partie adverse ne correspond pas aux exigences et prescriptions du cahier spécial des charges; que, en effet, la partie adverse s'est écartée des dispositions du cahier spécial des charges s'agissant de la méthode d'évaluation du critère d'attribution relatif au prix »,

alors que « le pouvoir adjudicateur est lié par les critères d'attribution et leurs modes d'évaluation tels que décrits dans le cahier spécial des charges; qu'il ne peut corriger un critère qui aurait été erronément énoncé sans relancer une procédure d'attribution ».

Le moyen est développé comme suit :

« 11. Il est établi de jurisprudence bien établie que le pouvoir adjudicateur est lié par les documents du marché qu'il a lui-même établis. Plus particulièrement, si un pouvoir adjudicateur constate, en cours de procédure, qu'un critère a été

énoncé de manière erronée ou inappropriée, il ne peut se contenter d'écarter ou de corriger ledit critère. Il doit nécessairement lancer une nouvelle procédure d'attribution (C.E., 23 décembre 2014, n° 229.699; C.E., 6 avril 2017, n°237.907; C.E., 1er octobre 2019, n° 245.589; voy. également B. Lombaert, Droit des marchés publics. Passation, exécution, recours; La Charte, Bruxelles, 2020, p. 673).

S'agissant d'une procédure de passation négociée sans publication préalable, il est reconnu que le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les soumissionnaires afin d'améliorer le contenu de leurs offres. Toutefois, l'article 42, § 2, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit explicitement que les critères d'attribution du marché ne peuvent faire l'objet de négociations. La marge d'appréciation dont bénéficie le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une telle procédure ne lui permet donc pas de négocier, et *a fortiori* de modifier, les critères d'attributions en cours de procédure.

12. En l'espèce, les critères d'attribution sont définis dans le cahier spécial des charges comme suit :

- Créativité de l'approche stratégique, pertinence des choix des canaux de communication, équipe de communication et méthodologie (50 points);
- Coût (30 points);
- Qualité créative des exemples de prestations similaires (20 points).

13. S'agissant du deuxième critère d'attribution, relatif au coût, le cahier spécial des charges précise qu'il est évalué sur la base du coût total TVAC de l'offre établi conformément à l'inventaire prévu à l'annexe 5.2.

L'annexe prévoyait 5 postes de prix, détaillés comme suit au point 1.4.5 du cahier spécial des charges :

- Les postes 1 à 3, portant sur l'élaboration du plan de communication, devaient faire l'objet d'une estimation forfaitaire (prix global forfaitaire);
- Le coût des postes 4 et 5 devait faire l'objet d'une estimation en fonction de la quantité prévue dans l'annexe (à bordereau de prix);

14. La requérante a rendu une première offre conforme à l'annexe 5.2. en date du 27 octobre 2022.

Le 9 novembre 2022, il lui a toutefois été demandé de fournir un nouvel inventaire des prix en incluant, cette fois, les frais de production dans les postes 1 à 3 au lieu du poste 4. Les postes 1 à 3 ne faisaient alors plus l'objet d'une estimation forfaitaire. Selon les informations dont bénéficie la requérante, cette demande de la partie adverse faisait suite au fait qu'un autre soumissionnaire n'avait pas correctement complété l'annexe 5.2.

La requérante a fait droit à cette demande, tout en précisant que le nouvel inventaire des prix était fourni à titre purement indicatif et que son offre restait celle qu'elle a communiquée en date du 27 octobre 2022.

15. Lorsqu'elle a communiqué son offre finale par un courriel du 11 novembre 2022, la requérante a fourni un premier inventaire des prix, nommé "offre finale", établi sur la base de l'annexe 5.2 et conformément à ce qui était prévu dans le cahier spécial des charges. Le coût total était évalué à 78.308,28 € TVAC […].

Elle a également joint un inventaire des prix actualisé reprenant les frais de production dans les postes 1 à 3, conformément aux demandes de la partie adverse, en précisant à nouveau qu'il était transmis à titre purement indicatif. Le coût proposé était de 141.230,23 € TVAC […].

16. Il faut toutefois constater que la partie adverse a pris en considération, pour l'évaluation du deuxième critère d'attribution, l'inventaire des prix reprenant les

frais de production dans les postes 1 à 3. Contrairement à ce que prévoyait le cahier spécial des charges, ces postes n'ont donc pas fait l'objet d'une estimation forfaitaire. Ils ont au contraire été fixés en fonction de la quantité estimée.

Une telle évaluation du critère d'attribution relatif au prix constitue manifestement une violation des règles que le pouvoir adjudicateur s'était lui-même fixé dans le cahier spécial des charges. Le critère du coût aurait en effet dû être évalué sur la base de l'offre finale de la requérante, établie conformément au cahier spécial des charges, et qui prévoyait un prix total de 78.309,28 € TVAC ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Ainsi que le précise le cahier spécial des charges en pages 9 et 10, le marché est un marché à prix mixte. Les postes 1 à 3 (élaboration du plan de communication) doivent être complétés par un prix global forfaitaire tandis que les postes 4 (journée de prestation dans le cadre de l'élaboration des kits de communication + remise du livrable) et 5 (journée de prestation dans le cadre de la coordination du plan de communication) doivent être complétés par un prix unitaire forfaitaire à multiplier par le nombre de quantités présumées fixées dans l'inventaire.

La requérante a déposé une première offre pour un montant de 66.720,00 euros HTVA (80.731,20 euros TVAC). Après une première analyse de son offre, le pouvoir adjudicateur a constaté que le prix mentionné aux postes 1er à 3 de l'inventaire n'intégrait pas la production des kits de communication. Il a dès lors été demandé à la requérante de fournir un nouvel inventaire des prix en incluant ces frais de production dans les postes 1 à 3. La requérante a transmis un nouvel inventaire avec une nouvelle offre de prix incluant la production desdits kits de communication dans le poste 2, portant son prix à un montant de 120.240,00 euros HTVA, soit 145.490,40 euros TVAC.

Dans son courrier d'accompagnement, la requérante précise ce qui suit :

« Suite à notre agréable discussion téléphonique de ce jour, vous trouverez joint à ce mail notre Inventaire des prix, adapté, détaillé et fourni à titre indicatif.
L'objectif de ce document : permettre au PA de s'assurer de la faisabilité de l'ébauche stratégique proposée par l'Agence, dans les limites de son enveloppe budgétaire.
Il doit également permettre de comparer les offres des soumissionnaires ayant interprété différemment le modèle d'inventaire des prix fourni avec le CSC.
À cet effet, l'Inventaire des Prix détaillé, joint à ce mail, présente de manière non exhaustive une liste de supports de communication qui pourraient être amenés à être produits dans le cadre de l'exécution du marché.
Les supports déjà présentés et planifiés dans le plan de communication ont été comptabilisés dans l'inventaire, et ont été crédités au prévisionnel du poste 2.
En pratique, en cas d'attribution du marché à l'Agence, ce budget pourrait être amené à évoluer, à la hausse comme à la baissé, en tenant compte des remarques et attentes du PA, ainsi que de l'adaptation de la stratégie de communication.

Par souci de clarté, l'inventaire des prix initialement introduit par le soumissionnaire a été laissé en début de document. La version supplémentaire demandée se trouve dans les deux derniers onglets.
[…] ».

Par un courrier électronique du 10 novembre 2022, la requérante a communiqué une BAFO, qui comporte deux inventaires. Le courriel indique que ce document « reprend l'offre finale de l'agence de publicité Bleustein en réponse au cahier spécial des charges transmis par le PA ETNIC et portant la référence 2022/6301 ». Il précise qu' « À la requête du PA, l'inventaire des prix représente la meilleure offre de l'agence ». Le premier inventaire aboutit à un prix total pour le marché de 64.718,40 euros HTVA, soit 78.306,26 euros TVAC. Il n'inclut pas la production des kits de communication. Le second inventaire, qualifié d' « indicatif », aboutit à un prix total de 116.719,20 euros HTVA, soit 141.230,23 euros TVAC, inclut quant à lui la production des kits de communication.

Le pouvoir adjudicateur a tenu compte du second inventaire. La décision attaquée indique à ce propos ce qui suit :

« Lors de l'évaluation de l'offre initiale, le PA a constaté une irrégularité formelle :
I. Le soumissionnaire n'avait pas intégré dans son offre initiale la production des kits de communication, ce qui a été confirmé par entretien téléphonique le 9/11/2022. Cet oubli engendre une augmentation du prix de l'offre. Suite à cette discussion, une nouvelle offre a été présentée en date du 9/11/2022.
L'offre telle que modifiée ne présente plus d'irrégularité. »

Le moyen tend à soutenir que, ce faisant, la partie adverse s'est écartée des prescriptions du cahier spécial des charges relatives à la méthode d'évaluation du critère d'attribution relatif au prix, dès lors que, contrairement à ce que prévoit le cahier spécial des charges, les postes 1 à 3 n'ont pas fait l'objet d'une estimation forfaitaire.

Il doit être relevé que les postes 1 à 3 comprennent la création des kits de communication liés à la proposition et qui sont attendus au moment de la fin de l'élaboration du plan de communication. Le poste 4, quant à lui, tend à permettre de commander en régie des kits complémentaires après la remise du plan de communication pour répondre à des opportunités non identifiées au stade de l'élaboration du ce plan.

Force est de constater que le pouvoir adjudicateur entendait obtenir, pour les postes 1 à 3, un prix global forfaitaire et que ce prix devait inclure la production des kits de communication, le coût de ces derniers ne pouvant être déterminé selon le mode du marché à bordereau de prix. Précisément, le second inventaire de la

BAFO, retenu par le pouvoir adjudicateur, intègre dans les postes 1 à 3 la production des kits de communication et propose un tel prix forfaitaire.

Il s'ensuit que n'est pas sérieuse la critique selon laquelle, en retenant la seconde version de l'inventaire, le pouvoir adjudicateur se serait écarté, s'agissant des postes 1 à 3, de la méthode d'évaluation du prix prévue par le cahier spécial des charges.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen « de la violation des articles 4 et 81, § 1er, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 2 et 3 de la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de motivation matérielle, du principe de bonne administration et notamment du principe de minutie, du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir »,

en ce que « la partie adverse a considéré que l'offre de la partie requérante valait 76,54 points sur 100, tandis qu'elle a attribué un total de 85,5 points à l'offre du soumissionnaire lauréat; que les points ainsi attribués sont le résultat d'une évaluation à double vitesse, et ce en faveur de l'adjudicataire; qu'en effet, la différence de points est importante lorsque l'offre de l'adjudicataire est favorablement notée par la partie adverse, ce qui n'est pas le cas lorsque c'est l'offre de la requérante qui présente des avantages »,

alors que « tout acte administratif doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'examiner les offres avec minuties, prudence et en toute objectivité (C.E., n° 226.057, 14 janvier 2014); que le principe d'égalité interdit d'apprécier le respect d'un critère avec souplesse pour une offre et avec sévérité pour une autre ».

La requérante développe son moyen ainsi qu'il suit :

« 21. Si le pouvoir adjudicateur jouit d'un large pouvoir d'appréciation dans l'application des critères d'évaluation des offres, il ne dispose en revanche pas d'un pouvoir arbitraire. La décision d'attribution doit donc reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit, qui doivent être formellement mentionnés dans la décision.

Ceci n'est manifestement pas le cas en l'espèce.

Certes, une autorité adjudicatrice dispose-t-elle d'un pouvoir d'appréciation dans l'examen des offres au regard des critères d'attribution préalablement définis, sauf lorsque, comme par exemple pour le critère lié au prix, l'attribution des points est le résultat d'une opération mathématique. Pour satisfaire à la loi du 29 juillet 1991, une décision d'attribution doit dès lors contenir, en plus des points attribués pour chaque critère, une motivation spécifique permettant aux soumissionnaires de comprendre l'appréciation du pouvoir adjudicateur en rapport avec les points attribués.

22. L'on constate en l'espèce une évaluation à double vitesse, et ce en faveur de l'adjudicataire. En effet, la différence de points est importante lorsque l'offre de l'adjudicataire est favorablement notée par la partie adverse, ce qui n'est pas le cas lorsque c'est l'offre de la requérante qui présente des avantages.

22.1. Ainsi, pour le sous-critère 1 "Créativité de l'offre" du premier critère, le pouvoir adjudicateur a attribué à chaque fois un rapport de points de 5-2 ou 4-1 en faveur de BONJOUR INC.

En revanche, l'on remarque, pour le critère 3 "Qualité créative des exemples de prestations similaires", que le rapport de point est moins important lorsque l'offre de la requérante était favorablement notée par le pouvoir adjudicateur. Une note de 3 est par exemple attribuée à BONJOUR INC pour le sous-critère "Pertinence des supports proposés" alors que le pouvoir adjudicateur reconnait qu'aucune explication n'est fournie pour comprendre le choix des supports, et que le lien fourni pour juger de la qualité des films ne fonctionne pas. Cette note n'est donc aucunement justifiée.

22.2. S'agissant du sous-critère 3 du premier critère "Méthodologie de travail et stratégie proposée", les deux soumissionnaires ont 4 appréciations favorables, et une défavorable. Toutefois, BLEUSTEIN s'est vu attribuer une note de 7/10, tandis que BONJOUR INC a reçu une note de 8,5/10. La différence dans la notation n'est pas justifiée par les explications fournies dans la motivation de l'acte. Pour ce sous-critère, 5 thèmes d'évaluation sont identifiés par l'acte attaqué, en lien avec les mentions du cahier spécial des charges. En effet, chacun des deux soumissionnaires recueille pour un de ces thèmes la mention "moins bien coté par le PA", les autres mentions reprises au regard de ces cinq thèmes ne permettant pas de justifier le fait que l'autre soumissionnaire obtienne au final une meilleure note.

22.3. Enfin, pour le sous-critère 2 "Pertinence des canaux de communication et stratégie de diffusion", le pouvoir adjudicateur a identifié des lacunes flagrantes dans l'offre de BONJOUR INC, comme l'absence de répartition budgétaire, un planning de campagne basique ainsi que l'absence de ligne du temps pour le projet. La note de 5 qui leur est attribuée pour ce critère n'est donc pas justifiée.

23. Il ressort de ce qui précède que le pouvoir adjudicateur a commis diverses erreurs manifestes d'appréciation dans l'évaluation de l'offre de la requérante. Il est en tout cas resté en défaut de motiver de manière exacte et adéquate sa décision, de sorte que la requérante est dans l'incapacité de comprendre les motifs qui ont conduit le pouvoir adjudicateur à privilégier l'offre son concurrent ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La partie requérante fait valoir que le pouvoir adjudicateur s'est trompé en procédant à la cotation des trois premiers sous-critères du critère n° 1, intitulé

« créativité de l'approche stratégique, pertinence des choix des canaux de communication, équipe de communication et méthodologie », et apprécié sur 50 points.

S'agissant du premier sous-critère, décrit dans le cahier spécial des charges comme « la créativité de l'offre », et divisé en quatre aspects appréciés chacun sur 5 points, la requérante critique les ratios utilisés par l'autorité, consistant à attribuer, par exemple, 5 points ou 4 points à l'attributaire, contre 2 points ou 1 points à elle-même.

S'agissant du deuxième sous-critère, intitulé « pertinence des canaux de communication et stratégie de diffusion », apprécié sur 10 points, la requérante soutient que la note de 5 points attribués à la société Bonjour n'est pas appropriée dès lors que des lacunes ont été identifiées dans son offre.

S'agissant du troisième sous-critère, intitulé « méthodologie de travail et stratégie proposée », apprécié sur 10 points, la requérante expose qu'elle n'a obtenu que 7 points, alors que la société Bonjour en a obtenu 8,5 et que cette différence n'est, selon elle, pas valablement justifiée dans la motivation de la cotation.

La requérante conteste l'appréciation, par la partie adverse, de la valeur des offres et particulièrement l'attribution des notes relatives aux trois sous-critères précités. Le pouvoir adjudicateur dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation. Seule une démonstration de ce que le pouvoir adjudicateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation est de nature à permettre de conclure au caractère sérieux du moyen.

La décision motivée d'attribution, comporte, à propos de l'attribution des notes pour les trois sous-critères concernés, les considérations suivantes :

	Bleustein		**Bonjour INC**	
Sous-critère 1 : « Créativité de l'offre » (20 points)				
Le concept créatif	Pas de véritable concept proposé. La proposition offre des déclinaisons multiples du concept actuel des compétences numériques. Ce concept ne parle pas forcément au citoyen lambda,	1	Concept innovant et créatif. Le concept du coach numérique et du QR code reflète bien que Pix accompagne le citoyen tout au long de sa vie et il lui offre des solutions.	4

	or la volonté derrière le concept attendu était de pouvoir mettre un place un moyen de toucher plus facilement le citoyen lambda, ce qui est moins bien coté par le PA.		Le fait de pouvoir retrouver partout le QR code qui redirigera vers le site solutionne également le problème d'accès à la page web belge de Pix, même si beaucoup de gens à l'heure actuelle ne savent pas scanner un QR code. Ce qui est apprécié par le PA dans la cotation du présent sous-critère.	
L'identité visuelle et graphique	La proposition ne présente pas d'identité visuelle, hormis le logo Pix existant. Il manque des éléments de modernité dans les visuels proposés, ce qui est moins bien coté par le PA.	2	La proposition présente une identité forte, tout en restant simple. Le numérique est totalement intégré dans le visuel, ce qui est favorablement coté par le PA.	5
La pertinence des messages proposés	Le message proposé n'est pas assez fort, et ne parle pas. Plusieurs messages seront proposés aux différents publics cibles, alors que le message proposé dans l'offre du soumissionnaire est dilué, ce qui est moins bien coté par le PA.	2	Le message du coach qui est là pour faire progresser l'utilisateur dans ses compétences numériques est porteur et puissant. On comprend avec ce message tout ce que Pix peut apporter et ce dont on parle en rapport aux compétences numériques, ce qui est favorablement coté par le PA.	5
La pertinence des supports proposés	Différents supports sont proposés dans la stratégie multimédia du soumissionnaire. Toutefois, seul le support affichage est concrètement décliné. Les autres supports sont proposés uniquement de manière théorique, ce qui est moins bien coté par le PA.	2	La proposition apporte une bonne déclinaison du concept. Elle s'efforce de le décliner sur de nombreux supports, dont la radio et les films web, ce qui est favorablement coté par le PA.	5
Total (20)	**Bleustein**	**7**	**Bonjour INC**	**19**
Sous-critère 2 : « Pertinence des canaux de communication et stratégie de diffusion » (10 points)				
Stratégie de diffusion	L'offre présente une proposition de stratégie de diffusion multimédia, sur 3 ans. Cette proposition est structurée et claire.		L'offre propose une stratégie multicanaux comme stratégie de diffusion, et elle détaille sa stratégie, canal par canal. La stratégie de diffusion est	

	Pour chaque campagne, il est prévu qu'un Landing page soit préparé comme support, ce qui est favorablement coté par le PA. Le choix des canaux proposés est pertinent : SEA, réseau sociaux organiques + paid. Relation presse./Affichage ext/Relation presse+ articles payants/ Influence mkt/Bannering. L'offre fait aussi la proposition de campagnes radio, mais on ne la retrouve pas dans la ligne du temps. Il est aussi proposé de faire un mailing ciblé pour relancer les cibles dans la phase 4.		pertinente quant au choix de chaque media. L'intégration de happenings et de salons, est particulièrement bien adaptée à l'objectif. Il y a aussi la proposition de film web. A côté des canaux classiques, proposition de relation presse + social PR. il est aussi prévu des kits de communication pour les salons.	
Répartition budgétaire	La répartition budgétaire proposée détaille les dépenses par phase de la campagne mais elle ne propose pas de répartition par média, ce qui est moins bien coté par le PA.		L'offre ne présente pas de répartition budgétaire.	
Ligne du temps	Le planning de campagne est clair. La ligne du temps proposée est détaillée par phase, ce qui est favorablement coté par le PA.		Le planning de campagne est clair, mais basique. Il ne reprend pas de ligne du temps pour le projet, ce qui est moins bien coté par le PA.	
Total (10)	**Bleustein**	**9**	**Bonjour Inc**	**5**
Sous-critère 3 : « Méthodologie de travail et stratégie proposée » (10 points)				
Approche collaborative	L'approche collaborative est exprimée dans le planning de projet. L'approche pour le community management est détaillée. Il n'y a pas de précision claire sur le nombre précis de visuels qui seront proposés, sur le nombre de corrections possibles, ce qui est moins bien coté par le PA.		L'approche proposée montre une volonté de s'appuyer sur l'existant. Elle apporte beaucoup de clarté et de minutie dans ses explications sur la méthode de travail. La proposition apporte aussi une vision claire sur le nombre d'épreuves possibles par type	

			de media ce qui permet de mieux estimer nos besoins, ce qui est favorablement coté par le PA.	
Stratégie - Compréhension des enjeux	La Stratégie apporte une bonne compréhension des enjeux, mais elle apporte peu d'explications sur les détails, ce qui est favorablement coté par le PA.		La stratégie proposée montre une bonne compréhension des enjeux, du contexte. L'offre reçue montre un bon travail de documentation, ce qui est favorablement coté par le PA.	
Stratégie - Compréhension des objectifs	L'offre montre une très bonne compréhension de l'objectif final (avoir le plus de monde possible sur Pix). Elle est scindée en 4 sous-objectifs. Elle ajoute aussi l'objectif d'optimisation. Elle propose des KPI's clairs, ce qui est favorablement coté par le PA.		L'offre montre une très bonne compréhension des 3 objectifs de la campagne, ce qui est favorablement coté par le PA.	
Stratégie - Compréhension des cibles	La stratégie proposée montre bien l'identification des 5 cibles, sur base de l'âge et du statut socio-professionnel, ce qui est favorablement coté par le PA.		La stratégie proposée ne fait pas explicitement mention des cibles mais elle prévoit l'organisation d'un workshop pour bien comprendre les cibles, ce qui est moins bien coté par le PA.	
Stratégie - Contraintes du marché	La stratégie proposée montre une bonne compréhension des contraintes. Pas de prise de risque, ce qui est favorablement coté par le PA.		La stratégie proposée montre une bonne compréhension des contraintes. Elle intègre la charte graphique existante et montre une volonté de s'appuyer sur l'existant, ce qui est favorablement coté par le PA.	
Total (10)	**Bleustein**	**7**	**Bonjour Inc**	**8,5**
Sous-critère 4 : « Composition de l'équipe de communication » (10 points)				
	Les compétences proposées dans l'offre sont variées et nombreuses, ce qui est favorablement coté par le PA.	9	Les profils proposés dans l'offre sont moins variés mais ils sont multitasks, ce qui est moins bien coté par le PA. La coordination de l'équipe paraît plus simple d'un point de vue pratique car la taille de l'équipe est plus réduite, ce qui est favorablement coté par le PA.	7
Total (10)	**Bleustein**	**9**	**Bonjour Inc**	**7**
Total pour ce critère 1 (50)	**Bleustein**	**32**	**Bonjour INC**	39,5

En substance, s'agissant du premier sous-critère, l'offre de la requérante est qualifiée comme étant dépourvue de concept créatif, sans identité visuelle hormis le logo Pix existant, dotée d'un message qui n'est pas assez fort ou et qui ne parle pas et avec des supports proposés de manière théorique. L'offre de l'attributaire, quant à elle, est vue comme dotée d'un concept innovant, avec une identité forte, des messages de coach porteurs et puissants pour faire progresser l'utilisateur, et de nombreux supports, dont la radio et des films *web*. Ces considérations paraissent pouvoir justifier l'attribution, pour chacun des quatre aspects considérés dans ce

sous-critère, de 1 ou 2 points pour l'offre de la requérante et de 4 ou 5 points pour l'attributaire.

Pour le deuxième sous-critère, l'offre de la requérante a obtenu la note de 9 points, tandis que celle de l'attributaire a reçu 5 points. La requérante estime que cette dernière note est trop élevée eu égard aux lacunes décelées dans sa proposition. L'argumentation de la requérante ne paraît pas pouvoir être suivie. Si certaines lacunes ont été relevées dans la proposition de la société Bonjour, celle-ci reçoit également certaines appréciations positives. Ainsi, il est notamment considéré que la stratégie de diffusion est pertinente quant au choix de chaque media et que l'intégration de happenings et salons est particulièrement bien adaptée à l'objectif. L'appréciation portée sur l'offre de l'adjudicataire paraît compatible avec l'attribution de 5 points sur 10, ce qui correspond à une cote pouvant être qualifiée de moyenne.

En ce qui concerne le troisième sous-critère, force est de constater que la motivation de la décision d'attribution identifie, pour chacune des deux offres, des points positifs et des points négatifs. Si la motivation relève, dans chacune des deux offres, autant d'éléments dont il est dit qu'ils sont favorablement cotés ou moins bien côtés, il ne résulte pas de cette seule circonstance que les deux offres devaient nécessairement être considérées comme étant de valeur égale, certaines appréciations favorables pouvant avoir plus de poids que d'autres. En l'espèce, la motivation de la décision d'attribution paraît indiquer que l'approche collaborative proposée par la requérante a été appréciée comme étant nettement moins qualitative que celle de l'attributaire, et que c'est cette appréciation sur ce point qui a creusé l'écart de 1,5 entre les deux offres.

Le moyen n'est pas sérieux.

VI. Troisième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

Le troisième moyen est pris de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du défaut de motivation interne des actes administratifs et de l'erreur manifeste d'appréciation,

en ce que « la partie adverse a décidé, après avoir constaté que l'offre de BONJOUR INC n'avait pas été signée au moyen d'une signature électronique qualifiée comme le prescrivait pourtant le point 2.3.3.1. du cahier spécial des charges, de permettre à l'adjudicataire de régulariser son offre sans aucune motivation »,

alors que, « selon une jurisprudence constante, le Conseil d'État considère que "Il ne peut être sérieusement contesté qu'au regard du principe d'égalité des soumissionnaires, lequel est applicable même en procédure négociée, l'exigence de la signature de l'offre revêt un caractère essentiel, dont la méconnaissance affecte cette offre d'une irrégularité substantielle" (C.E., 17 juin 2016, n° 235.129);

Que, certes, dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable, l'article 76, § 5, de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs publics autorise le pouvoir adjudicateur à soit déclaré nulle l'offre affectée d'une irrégularité, soit de faire régulariser cette offre, et ce même s'il s'agit d'une irrégularité substantielle;

Que, néanmoins, le pouvoir adjudicateur qui décide de faire régulariser une offre exerce un pouvoir discrétionnaire, et qu'il lui appartient dès lors de mentionner les motifs exacts, pertinents et admissibles en droit qui justifient ce choix;

Que, en l'espèce, si la partie adverse avait la possibilité de faire régulariser l'offre de BONJOUR INC, il lui appartenait de motiver sa décision en ce sens;

Qu'il faut néanmoins constater que la décision d'attribution n'indique pas les motifs pour lesquels la partie adverse a considéré qu'il était justifié de permettre à BONJOUR INC de régulariser son offre, ce qui est d'autant plus problématique vu le caractère essentiel que revêt l'exigence de signature, tel que cela est souligné par le cahier spécial des charges ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

L'offre de l'adjudicataire était dépourvue de la signature électronique qualifiée, prescrite au point 2.3.3.1. du cahier spécial des charges. La société Bonjour a été invitée à corriger ce manquement, ce qu'elle a fait le 3 novembre 2022.

Dès lors qu'il a été recouru à la procédure négociée sans publication préalable et dès lors que le montant du marché est inférieur au seuil prescrit pour une publicité européenne, l'article 76, § 5, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques permettait au pouvoir adjudicateur de donner la possibilité au soumissionnaire concerné de régulariser cette irrégularité.

La requérante soutient que la mise en œuvre de cette possibilité relève d'un pouvoir d'appréciation, le pouvoir adjudicateur n'y étant pas obligé, et devait donc faire l'objet d'une motivation formelle, qu'elle estime manquante.

La décision attaquée énonce ce qui suit :

« II. Le PA a constaté que l'offre avait été signée au moyen d'une signature électronique.
Ne sachant pas déterminer s'il s'agissait d'une signature électronique qualifiée, le soumissionnaire a été interrogé sur ce point en date du 28 octobre 2022. Le soumissionnaire a été invité à signer sa nouvelle offre (en raison de la modification de l'inventaire) au moyen d'une signature électronique qualifiée, ce qu'il a fait en date du 3 novembre 2022.
L'offre telle que modifiée ne contient pas d'irrégularité ou de réserve de nature à entraîner l'écartement de l'offre pour le présent marché ».

Ces considérations expriment formellement le choix effectué par le pouvoir adjudicateur, en pure opportunité, de régulariser un manquement, ce qui est expressément autorisé par la réglementation applicable. Au terme d'un examen en extrême urgence, elles paraissent constituer une motivation suffisante dans les circonstances de l'espèce. En particulier, la partie requérante ne fait état d'aucun élément particulier duquel il résulterait que la motivation précitée serait insuffisante. Au contraire, le moyen paraît tendre à exiger du pouvoir adjudicateur qu'il énonce les motifs de ses motifs.

Le troisième moyen n'est pas sérieux.

VII. Confidentialité

La partie requérante demande que son offre, de même que son offre finale soient déclarées confidentielles. Il s'agit des pièces 3 et 8 de la requête.

La partie adverse dépose les pièces A à F à titre confidentiel.

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

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La demande de suspension d’extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L’exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 3 et 8 annexées à la requête et A à F du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^{e} chambre siégeant en référé, le 15 février 2023, par :

Imre Kovalovszky,	président de chambre,
Nathalie Roba,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Nathalie Roba Imre Kovalovszky