

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

n° 258.561 du 24 janvier 2024

A. 240.796/VI-22.708

En cause : **la société de droit français IN CONTINU ET SERVICES (INGROUPE),**

ayant élu domicile chez
M^{es} Kris WAUTERS, Jorien VAN BELLE
et Mina BOEL, avocats,
chaussée de la Hulpe 187
1070 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par
la ministre de l'Intérieur,
ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT, Nicolas CARIAT
et Marie VAN DER ELST, avocats,
Central Plaza- rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

Partie requérante en intervention :

la société anonyme ZETES,
ayant élu domicile chez
M^{es} Barteld SCHUTYSER et
Gauthier VLASSEN BROECK, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 22 décembre 2023, la société de droit français In Continu et Services (Ingroupe) demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « (a) la décision de la Ministre de l'Intérieur du 7 décembre 2023 par laquelle elle décide que l'offre de la firme (1) IN CONTINU ET SERVICES (IN-GROUPE) pour le procurement N° 2023 R3 278 concernant un accord-cadre pluriannuel de fournitures relatif à l'acquisition, l'installation et l'entretien de systèmes Automatic Border Control au profit de la police fédérale, est nulle et non avenue et

(b) l'éventuelle décision de la Ministre de l'Intérieur d'attribuer ce marché à un autre soumissionnaire ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 28 décembre 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 12 janvier 2024.

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

Par une requête introduite le 8 janvier 2024, la SA Zetes demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

Mme Florence Piret, conseillère d'État, présidente f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Kris Wauters et Mina Boel, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Nicolas Cariat et Marie Van Der Elst, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Gauthier Vlassenbroeck, avocat, comparaissant pour la requérante en intervention, 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

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

« 1. La partie adverse invite en 2022 la requérante de déposer une offre pour le marché concernant un accord-cadre pluriannuel de fournitures relatif à l'acquisition, l'installation et l'entretien de systèmes Automatic Border Control au profit de la police fédérale, rédigé sur base de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' (ci-après 'la loi du 17 juin 2016'). Elle invite la requérante de déposer une offre une deuxième fois le 26 juillet 2023.

Deux errata au cahier spécial des charges sont publiés.

2. Le marché est passé selon la procédure concurrentielle avec négociation, conformément à l'article 38, §1, 2° de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

3. Le marché est régi par le cahier spécial des charges N° 2023 R3 278 (pièce 3).

La police fédérale est désignée comme pouvoir adjudicateur agissant comme centrale d'achat au profit de la Défense sur base de l'article 2, 1° de la loi du 17 juin 2016, représenté par le Service Direction Générale de la Gestion des Ressources et de l'Information, direction des Finances, service procurement (pièce 3, p. 7).

L'objet du marché est décrit comme suit (pièce 3, p. 5) :

“ Accord-cadre pluriannuel de fournitures relatif à l'acquisition, l'installation et l'entretien de systèmes Automatic Border Control au profit de la police fédérale. L'accord-cadre est composé de cinq (5) postes :

- Poste 1 : installation fixe des appareils des postes 2 et 4. Il s'agit du lien avec le réseau et les bases de données sous-jacentes ;
- Poste 2 : acquisition des E-gates. Il s'agit d'un contrôle d'accès automatique que les passagers doivent franchir pour limiter la pression sur les points de contrôle habités. Ce contrôle d'accès automatique est basé sur l'administration préalable du voyage qui doit être effectuée par les passagers eux-mêmes ;
- Poste 3 : Service Level Agreement pour l'appareil du poste 2 (E-gates).
 - o Sous-poste 3.1 : contrat d'entretien préventif pour la partie hardware
 - o Sous-poste 3.2 : contrat d'entretien correctif pour la partie hardware et la partie software
- Poste 4 : Achat de kiosques. Cela concerne les appareils à bord desquels les passagers peuvent préparer eux-mêmes leur administration d'entrée s'ils ne l'ont pas fait avant le départ. Les passagers s'enregistrent ensuite dans l'appareil du poste 2 ;
- Poste 5 : entretien préventif et correctif du hardware et software du poste 4 (kiosques).
 - o Sous-poste 5.1 : contrat d'entretien préventif pour la partie hardware et la partie software
 - o Sous-poste 5.2 : contrat d'entretien correctif pour la partie hardware et la partie software”

Le marché est un marché à prix unitaire (pièce 3, p. 6).

Le cahier spécial des charges (Annexe B) prévoit des définitions du type de spécification technique, à la page 43 :

Définitions type de spécification technique

Terme	Description
E	Caractère exact : exigence indispensable à laquelle l'objet doit se conformer (ou devra se conformer) sous peine d'annulation de l'offre.
I	Caractère informatif. Ce caractère est utilisé lorsqu'il s'agit simplement d'une information ou d'un élément descriptif.

S	Caractère souhaitable : considéré comme une valeur ajoutée dans une évaluation comparative des offres. Un classement qualitatif sera effectué en fonction des notes attribuées lors de l'évaluation.
O	Caractère optionnelle : aspect optionnel auquel le soumissionnaire peut répondre. Cet aspect fera partie d'une évaluation comparative des offres. Un classement qualitatif sera effectué en fonction des notes attribuées lors de l'évaluation.

Le cahier spécial des charges (Annexe B) prévoit des spécifications techniques. Les exigences suivantes sont pertinentes pour le présent marché :

1.2.1 (pièce 3, Annexe B, p.44)

I	1.2.1	La solution peut utiliser une installation fixe par site, qui est responsable de la communication entre les e-gates et les systèmes en libre-service d'une part et le système national géré par la police d'autre part, ainsi que de la surveillance des dispositifs connectés (e-gates ou systèmes en libre-service).
---	-------	--

2.2.1 (pièce 3, Annexe B, p.45)

E	2.2.1	Le dispositif peut lire toutes les données de la zone MRZ, de la zone VIZ et de la puce RFID de tous les passeports électroniques internationaux compatibles avec la norme 9303 de l'OACI.
---	-------	--

2.2.2 (pièce 3, Annexe B, p.45)

E	2.2.2	Le dispositif est capable de lire toutes les données de la zone MRZ, de la zone VIZ et de la puce RFID, si elle est présente, de toutes les cartes d'identité et de tous les documents de séjour européens.
---	-------	---

2.2.3 (pièce 3, Annexe B, p.45)

E	2.2.3	L'accès aux puces RFID des documents compatibles avec l'OACI 9303, lorsque le protocole PACE et le protocole BAC sont tous deux disponibles, doit se faire en priorité via le protocole PACE. Lorsqu'une puce RFID ne peut être lue, que les clés techniques sont manquantes, que les certificats ont expiré ou que des problèmes techniques surviennent, il faut le signaler.
---	-------	--

3.2.1 (pièce 3, Annexe B, p.47)

E	3.2.1	Le dispositif est capable de lire toutes les données de la zone MRZ, de la zone VIZ et de la puce RFID de tous les passeports électroniques internationaux compatibles avec la norme 9303 de l'OACI.
---	-------	--

3.3.3 (pièce 3, Annexe B, p.47)

E	3.3.3	Le matériel et les logiciels nécessaires pour les options 3.3.2 et 3.3.3 sont, le cas échéant, inclus dans une poste séparée de l'offre.
---	-------	--

3.4.2 (pièce 3, Annexe B, p.47-48)

E	3.4.2	<p>La police a choisi une solution où l'e-gate est construite comme suit :</p> <ul style="list-style-type: none"> - L'e-gate dispose de portes d'entrée et de sortie, par lesquelles la personne peut être retenue dans l'e-gate. - Le lecteur de documents est situé à l'entrée de l'e-gate. Les portes d'entrée ne seront ouvertes que si le voyageur peut utiliser le dispositif. - La partie biométrique du processus est effectuée lorsque la personne se trouve dans l'e-gate, les deux portes étant fermées. - Les portes de sortie ne seront ouvertes que lorsque le système national aura confirmé le passage de la frontière. <p>Les dispositifs proposés par le soumissionnaire fonctionnent de cette manière.</p>
---	-------	---

3.4.4 (pièce 3, Annexe B, p.48)

	3.4.4	Pour toutes les étapes du processus, l'interface utilisateur est disponible en néerlandais, français, allemand, anglais, russe, espagnol, italien, chinois, arabe, japonais, portugais et turc.
--	-------	---

3.6.1 (pièce 3, Annexe B, p.48)

E	3.6.1	Le soumissionnaire joint une description complète de la solution de surveillance des dispositifs, tant en termes de processus opérationnel que de surveillance technique. Il s'agit notamment d'une description de l'implémentation et de ses composants, ainsi que de captures d'écran du logiciel utilisé à cet effet. Ceci est également inclus dans l'annexe B6.
---	-------	--

4.2.3 (pièce 3, Annexe B, p.49)

E	4.2.3	Pendant la durée du contrat de maintenance, la Police a droit à toutes les mises à jour du logiciel. Celles-ci doivent être livrées et installées gratuitement dans un délai raisonnable.
---	-------	---

4.2.5 (pièce 3, Annexe B, p.49)

E	4.2.5	Dans le cadre de la maintenance préventive, le support des documents reconnus par les appareils est régulièrement mis à jour, avec une fréquence minimale d'une fois tous les trois mois. Il est inclus dans le prix de la maintenance (c'est-à-dire sous-poste 1 des postes 3 et 5). Le soumissionnaire décrit les différents éléments de son entretien préventif à l'annexe B7.
---	-------	---

4.3.2 (pièce 3, Annexe B, p.49)

E	4.3.2	<p>Les incidents techniques sont classés par ordre de priorité.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Faible priorité : incident pour un dispositif au sein d'un site ou pour le dispositif du laboratoire. - Priorité moyenne : incident pour plusieurs dispositifs au sein d'un groupe ou d'un site (moins de la moitié du nombre de dispositifs dans un groupe ou dans un site). - Haute priorité : incident pour plus de la moitié des dispositifs au sein d'un groupe ou d'un site, ou dans des cas sélectionnés en raison d'une forte pression sur le contrôle des frontières.
---	-------	--

4.3.3 (pièce 3, Annexe B, p.49)

E	4.3.3	Le soumissionnaire indique dans l'Annexe B7, pour chaque priorité de la spécification 4.3.2, la disponibilité proposée du support technique, le temps de réponse et le temps de solution. Ces délais ne sont pas cumulatifs et ils seront enregistrés comme KPI dans le SLA.
---	-------	--

4.5.6 (pièce 3, Annexe B, p.50)

E	4.5.6	<p>En concertation entre le fournisseur et la Police, une liste d'indicateurs clés KPIs est établie pour contrôler le bon fonctionnement de la solution. Ces KPIs seront contrôlés pendant toute la durée du contrat. Si, au bout d'un certain temps, certains KPIs ne sont plus atteints, le fournisseur adaptera la solution afin de les atteindre à nouveau. Ces KPIs comprennent au moins :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Le pourcentage de temps de disponibilité de la solution dans son ensemble et de chaque composant séparément - Le temps de traitement moyen lors de l'utilisation des e-gates - Le temps de traitement moyen lors de l'utilisation des systèmes en libre-service <p>Le soumissionnaire fournit pour chacun des KPIs susmentionnés une valeur initiale dans l'Annexe B7.</p> <p>Chaque mois, le fournisseur doit envoyer un rapport à la police fédérale contenant au moins les éléments suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Procès-verbaux des réunions tenues - liste des incidents de moyenne et haute priorité et leur résolution - liste des indicateurs de performance clés (KPI) - statistiques supplémentaires (par exemple, nombre de passagers) - statistiques supplémentaires (par exemple, le nombre de passagers) - etc.
---	-------	---

Le cahier spécial des charges (Annexe A) prévoit huit critères d'attribution et neuf sous-critères d'attribution (pièce 3, p. 15-16, rectifié par erratum 1 et 2, la version du deuxième a été reprise ci-dessous) :

RANG 1		RANG 2	
Prix	35		
Qualité du matériel	30	Support puce de contact EU-ID's (+RP's pour SSS)	5
		Translittération grecque, cyrillique, arabe	5
		Mesure de la température corporelle du voyageur	2
		Options de configuration du processus	5
		Sélection automatique de la langue par nationalité	5
		Configuration de l'interface multilingue	5
		Service pour monitoring web	3
Modalités SLA pour postes 2 et 4	5	Disponibilité et délais du support technique	3
		Interchangeabilité des composants techniques	2

Présence d'un lecteur d'empreintes digitales aux eGates	5		
Qualité des aspects énumérées dans les annexes B3, B4, B5.1, B6 et B7	10		
Facilité d'utilisation e-gates (poste 2) et kiosques (poste 4) (sur la base de l'annexe B5.2)	5		
Correspondance avec la norme Frontex (annexe B8)	5		
Délai de livraison poste 2 et 4	5		

Le cahier spécial des charges (Annexe A) prévoit dans son point 6.i. à la page 14 qu(e)

“ outre l'examen des offres, l'évaluation technique sera basée sur le résultat des tests fonctionnels. Dans le cadre de l'évaluation des offres reçues, l'administration peut demander, une semaine après la demande par fax, e-mail ou lettre, qu'une démonstration soit faite gratuitement dans l'un des sites de la police fédérale ou dans ses propres locations (seulement sur la territoire belge), tant en ce qui concerne le matériel que les logiciels proposés, comme demandé dans les différents postes du présent cahier des charges. La démonstration sera présidée par un comité d'évaluation (CEM) composé de membres du LPA, d'une représentation des points de passage frontaliers (utilisateur final), de DRI et de DRF/Procurement. L'objectif de la démonstration est d'examiner la valeur de la solution proposée. La solution proposée doit répondre aux techniques essentielles du cahier de charges La démonstration doit avoir lieu dans les locaux de la police fédérale et sera communiquée ultérieurement. En outre, le pouvoir adjudicateur fournira des cas de test (après l'ouverture des offres) afin de donner aux soumissionnaires suffisamment de temps pour se préparer à ces tests fonctionnels.”

Le marché est attribué au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse sur la base du meilleur rapport qualité/prix (pièce 3, p 15-16).

La date ultime de dépôt des offres est fixée au 14 septembre 2023 à 11 heures.

4. Une réunion d'information a eu lieu le 16 août 2023.

5. Le 14 septembre 2023, la partie requérante dépose offre pour ce marché.

6. Une démonstration a eu lieu le 10 octobre 2023. L'invitation à cette démonstration a été envoyé à toutes les entreprises qui ont présenté une offre.

7. Le 7 décembre 2023, la décision motivée de déclarer l'offre de la partie requérante irrégulière est établi par la Ministre de l'Intérieur.

Il s'agit [du premier] acte attaqué ».

Il ressort de l'extrait de la décision motivée d'attribution communiqué à la requérante que quatre soumissionnaires ont déposé offre dans le cadre du marché litigieux, qu'ils ont tous été invités à une démonstration, par des courriers datés du 20 septembre 2023, que des questions de clarification « qui ne sont pas liées aux exigences exactes » ont été envoyées le 28 septembre 2023 à la SA Zetes, mais qu'aucune demande de clarification n'a été adressée aux trois autres soumissionnaires « car elle [] ne traitera[t] que des exigences exactes » alors qu'« aucune possibilité de régularisation n'est prévue dans le cahier des charges ».

La décision de déclarer nulle l'offre de la requérante est motivée par treize irrégularités. Il est, à propos de chacune d'elles, indiqué qu'elle constitue une irrégularité substantielle. Certaines irrégularités sont détectées dans le contenu de l'offre déposée, d'autres à la suite de tests fonctionnels réalisés après le dépôt des offres. L'extrait de décision communiqué à la requérante retient ainsi :

- deux irrégularités administratives, à savoir :
 - la partie technique de l'offre présentée dans les deux langues nationales (non-respect de l'exigence minimale visée au point 6.c du cahier spécial des charges);
 - l'absence de lecteur de documents à l'entrée de l'*e-gate* (non-respect de la spécification technique 3.4.2 de type E).
- cinq « incertitudes au niveau de la solution technique » décelées à la lecture de l'offre, à savoir :
 - une incertitude quant à l'inclusion, dans l'offre de la requérante et son prix, de l'option d'un lecteur d'empreintes digitales (incertitude quant au respect de la spécification technique 3.3.3 de type E);
 - une incertitude quant à la disponibilité, sans coût supplémentaire ni services additionnels, de l'ensemble de l'interface utilisateur (y compris les questions aux voyageurs) dans les langues visées à la spécification technique 3.4.4 de type E (incertitude quant au respect de cette spécification technique);
 - une incertitude quant à l'exécution des mises à jour du logiciel dans un délai raisonnable (incertitude quant au respect de la spécification technique 4.2.3 de type E);
 - une incertitude quant à l'exécution des mises à jour du support reconnu par les appareils (incertitude quant au respect de la spécification technique 4.2.5 de type E);
 - une incertitude quant à l'engagement du soumissionnaire à mettre en œuvre des améliorations si les KPI ne sont pas atteints (incertitude quant au respect de la spécification technique 4.5.6 de type E);
- quatre « incertitudes au niveau de la solution technique » résultant des tests fonctionnels, à savoir :

- à défaut d’avoir pu vérifier le *monitoring* lors de la démonstration, une incertitude quant à la capacité de l’installation fixe d’assurer la communication entre les différents dispositifs (*e-gates* et kiosques) et le système national géré par la police, ainsi que la surveillance de ces dispositifs (incertitude quant au respect de la spécification technique 1.2.1 de type I);
- en raison de l’échec de lecture d’un passeport TCN et à défaut d’avoir pu vérifier le *monitoring* lors de la démonstration, une incertitude quant à la capacité du dispositif (kiosque) de lire les données pertinentes des passeports électroniques internationaux, des cartes d’identité et des documents de séjour européen (incertitude quant au respect des spécifications techniques 2.2.1 et 2.2.2 de type E);
- vu l’absence de lecteur de documents à l’entrée de l’*e-gate*, une incertitude quant à la capacité du dispositif (*e-gate*) de lire les données pertinentes des passeports électroniques internationaux (incertitude quant au respect notamment de la spécification technique 3.2.1 de type E);
- à défaut d’avoir pu vérifier le *monitoring* lors de la démonstration, une incertitude quant à la conformité du système de surveillance du dispositif (*e-gate*) avec notamment la spécification technique 3.6.1 de type E;
- deux « irrégularités concernant des exigences techniques exactes », à savoir :
 - l’absence de *monitoring* prévu pour les kiosques lors de la démonstration, ce qui a empêché le pouvoir adjudicateur de vérifier si le protocole PACE avait été utilisé pour lire un passeport français (spécification technique 2.2.3 de type E);
 - la distinction non prévue par le cahier spécial des charges, qui figure dans l’offre, des priorités des incidents techniques entre, d’une part, le matériel des *e-gates* et des kiosques et, d’autre part, le logiciel des *e-gates*, des kiosques et de l’installation fixe et l’introduction, dans l’offre, pour ce qui concerne le logiciel, d’une définition différente des priorités de celle qui figure dans le cahier spécial des charges (spécifications techniques 4.3.2 et 4.3.3 de type E).

Par la même décision, la partie adverse attribue le marché à la SA Zetes.

Il s’agit du second acte attaqué.

Une version caviardée de la décision motivée d’attribution a été communiquée à la requérante la veille de l’audience.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 8 janvier 2024, la SA Zetes demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

V. Premier et troisième moyens

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de « la violation : - des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que [d]es principes d'égalité et de non-discrimination; - de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après 'loi marchés publics') et, notamment, ses articles 4 et 83; - 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 des services et de concessions et, notamment, ses articles 4 et 5; - [de] l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après 'AR Passation') et, notamment, son article 76; - du cahier spécial des charges et [du] principe général *patere legem quam ipse fecisti*; - du principe général de motivation interne des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe de proportionnalité, du principe du raisonnable et du principe de diligence comme principes généraux de droit administratif ».

Elle reproche à la partie adverse d'avoir déclaré son offre nulle en raison de différentes irrégularités substantielles découvertes lors de la démonstration prévue par le cahier spécial des charges afin d'évaluer la valeur de la solution proposée.

Dans une première branche, elle fait valoir que « lorsque la partie adverse prévoit dans son cahier spécial des charges qu'elle examinera pendant une démonstration la valeur de la solution proposée, elle examine en réalité la qualité de la solution proposée », que l'examen de la qualité de l'offre, prévu par une telle disposition, « ne permet pas au pouvoir adjudicateur d'examiner la régularité de l'offre » et encore moins de « déclarer une offre irrégulière lorsqu'il s'avère que des outils qui sont présentés pendant une démonstration ne conviennent pas », qu'« une telle attitude de la part de la partie adverse méconnaît les attentes des soumissionnaires » et qu'« en se basant sur la démonstration afin de déclarer irrégulière l'offre de la partie requérante, la partie adverse méconnaît son cahier spécial des charges ».

Dans une deuxième branche, la requérante fait valoir que les articles 83 de la loi du 17 juin 2016 précitée et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité prévoient que « l'examen de la régularité des offres doit s'apprécier sur la base des offres qui réellement ont été soumises de manière électronique » et en déduit que la partie adverse ne pouvait vérifier, sur la base d'une démonstration, la régularité des offres comme elle l'a fait pour certaines exigences en matière de spécifications techniques.

Elle en déduit qu'en déclarant son offre substantiellement irrégulière sur la base des constats faits lors de la démonstration, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés au moyen.

Elle développe son moyen « en ses deux branches » comme il suit :

- « 19. Le CSC prévoit [...] concernant les clauses administratives ce qui suit :
- “ i. Évaluation technique préliminaire (tests d'acceptation)
- Oltre l'examen des offres, l'évaluation technique sera basée sur le résultat des tests fonctionnels. Dans le cadre de l'évaluation des offres reçues, l'administration peut demander, une semaine après la demande par fax, e-mail ou lettre, qu'une démonstration soit faite gratuitement dans l'un des sites de la police fédérale ou dans ses propres locations (seulement sur le territoire belge), tant en ce qui concerne le matériel que les logiciels proposés, comme demandé dans les différents postes du présent cahier des charges. La démonstration sera présidée par un comité d'évaluation (CEM) composé de membres du LPA, d'une représentation des points de passage frontaliers (utilisateur final), de DRI et de DRF/Procurement. L'objectif de la démonstration est d'examiner la valeur de la solution proposée. La solution proposée doit répondre aux techniques essentielles du cahier de charges. La démonstration doit avoir lieu dans les locaux de la police fédérale et sera communiquée ultérieurement. En outre, le pouvoir adjudicateur fournira des cas de test (après l'ouverture des offres) afin de donner aux soumissionnaires suffisamment de temps pour se préparer à ces tests fonctionnels”.

En application des dispositions pertinentes du cahier spécial des charges, l'offre doit contenir :

- “ Chapitre 4 : Informations relatives aux spécifications techniques. Les soumissionnaires joindront dans ce chapitre :
- Les informations détaillées quant aux spécifications techniques qui reprendront en respectant, dans l'ordre et leur numérotation, tous les points des clauses techniques reprises dans l'annexe B du présent cahier spécial des charges”.

Lorsque la partie adverse examine la valeur de la solution proposée, elle examine en réalité la qualité de la solution proposée. La conformité ou régularité de cette solution par rapport aux techniques essentielles du cahier des charges s'évalue sur la base de l'offre introduite et des engagements pris par le soumissionnaire en signant l'offre.

20. La partie adverse déclare nulle l'offre de la partie requérante en raison de différentes irrégularités substantielles découvertes lors de la démonstration. Il ressort notamment de l'acte attaqué que des irrégularités substantielles sont constatées, lors de la démonstration, pour les exigences 1.2.1, 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 3.2.1, 3.4.2 et 3.6.1.

Or, l'examen de la régularité des offres doit s'apprécier sur la base des soumissions mêmes, à peine de violer le droit des soumissionnaires à l'égalité de traitement. En outre, les articles 83 de la loi du 17 juin 2016 et l'article 73 [lire : 76] de l'AR Passation du 18 avril 2017 imposent que l'examen de la régularité des offres doive s'apprécier sur la base des offres qui réellement ont été soumises de manière électronique.

Le cahier spécial des charges applicable en l'espèce ne prévoit pas la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de baser son examen de régularité sur une démonstration facultative. La partie requérante a cru, à juste titre, que lors de cette démonstration son offre n'allait pas être évaluée concernant sa conformité avec le cahier spécial des charges. Lors de la démonstration, elle a uniquement apporté les éléments de son offre qui mettaient en évidence la qualité de son offre par rapport aux critères d'attribution prévus dans le cahier des charges. Elle ne s'est pas assurée de la conformité de tous les aspects de sa démonstration avec les exigences techniques.

Il ressort de l'offre de la partie requérante que son offre répond aux exigences techniques 1.2.1, 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 3.2.1, 3.4.2 et 3.6.1 (voy. moyens 2 et 3).

Ainsi, la partie adverse ne pouvait déclarer l'offre de la partie requérante substantiellement irrégulière en raison des irrégularités substantielles pour les exigences 1.2.1, 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 3.2.1, 3.4.2 et 3.6.1 découvertes lors de la démonstration.

Le premier moyen est sérieux ».

La requérante prend un troisième moyen de « la violation : - de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après 'loi marchés publics') et, notamment, son article 83; - 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 des services et de concessions et, notamment, ses articles 4 et 5□; - [de] l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après 'AR Passation') et, notamment, son article 76□; - du cahier spécial des charges et [du] principe général *patere legem quam ipse fecisti*□; - du principe général de motivation interne des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe de proportionnalité, du principe du raisonnable et du principe de diligence comme principes généraux de droit administratif ».

La requérante reproche à la partie adverse d'avoir écarté son offre pour irrégularité substantielle et de l'avoir considérée comme nulle alors que « sur la base des articles 83 de la loi marchés publics et 76 AR Passation, le pouvoir adjudicateur doit examiner la régularité des offres, mais peut uniquement déclarer une offre nulle de manière absolue si elle est réellement affectée d'une irrégularité absolue », que « le pouvoir adjudicateur doit faire cet examen de régularité de manière diligente et minutieuse » en respectant les dispositions applicables du cahier spécial des charges, que sa décision « doit reposer sur des motifs de fait qui s'avèrent exacts et pertinents et sur des motifs de droit qui sont juridiquement acceptables », qu' « en l'espèce, le pouvoir adjudicateur n'a pas examiné de manière diligente et minutieuse l'offre de la partie requérante afin de constater l'irrégularité de son offre »; qu' « en outre, la partie adverse ne se base pas dans l'acte attaqué sur des motifs de fait et/ou de droit

qui sont exacts et/ou pertinents » et qu'elle « n'a pas toujours respecté son cahier des charges ». Elle en déduit qu'en déclarant son offre irrégulière, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés au moyen.

Elle développe son moyen en distinguant les différents motifs d'irrégularités qui ont conduit la partie adverse à déclarer son offre nulle. En particulier, concernant le non-respect de la spécification E 3.4.2 de type E (absence de lecteur de documents à l'entrée de l'e-gate), elle fait valoir ce qui suit :

« 32. Par rapport à l'exigence 3.4.2., la partie adverse déclare l'offre de la partie requérante irrégulière parce que l'appareillage utilisé pendant cette démonstration n'aurait pas été conforme aux dispositions du cahier des charges.

En premier lieu, la partie requérante renvoie à l'exposé du premier moyen.

En deuxième lieu, en vertu des articles 83 de la loi marchés publics et 76 AR Passation, le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres sur la base de l'offre qui a été déposée par le soumissionnaire, sauf autre disposition dans le cahier des charges.

En l'espèce, le cahier des charges ne comporte aucune disposition qui autorise le pouvoir adjudicateur de vérifier la conformité des offres sur la base d'éléments qui ont fait l'objet d'une démonstration préliminaire ou d'une réunion d'information. Pour l'exigence 3.4.2., la partie adverse n'a pas pris en compte l'offre telle que déposée, ce qui constitue une méconnaissance des articles 83 de la loi marchés publics et 76 AR Passation et du cahier des charges.

En troisième lieu, la partie requérante a précisé dans l'annexe B en 3.2.1, 3.2.2, 3.2.4, 3.2.5 que "les eGates proposées par IN Groupe permettent de lire la zone MRZ, le contenu de la puce et la zone VIZ" (pièce 6, p. 10). Ou encore, "Les dispositifs eGate proposés par IN Groupe disposent d'un lecteur 'multi document / multi Interfaces' permettant la lecture optique de la zone VIZ, la lecture de la zone MRZ, la lecture des données encodées sur la puce du document en mode RFID" (pièce 6, p. 18).

De plus, la ligne "multi-document reader" est bien présente dans l'annexe A1 indiquant le prix de la pièce de rechange (pièce 5).

Enfin, le schéma 3.3.1 de l'annexe B.3 des exigences Frontex indique clairement en n°16 la présence dans l'eGate d'un "lecteur document de voyage" (pièce 6, p. 37) ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La requérante conteste, en substance, que la partie adverse ait écarté son offre en relevant plusieurs irrégularités substantielles sur la base de constatations faites lors des tests fonctionnels qui se sont déroulés, pour ce qui la concerne, le 10 octobre 2023.

Contrairement à ce que soutient la requérante, le point 6.i du cahier spécial des charges mentionne, de manière claire et expresse, que les solutions proposées dans les offres feront l'objet de tests fonctionnels notamment pour vérifier le respect des exigences techniques essentielles du marché. Le cahier prévoit, en effet, sous le titre non équivoque « évaluation technique préliminaire (tests d'acceptation) » qu'« outre l'examen des offres, l'évaluation technique sera basée

sur le résultat de tests fonctionnels ». Si le cahier mentionne que « l’objectif de la démonstration est d’examiner la valeur de la solution proposée », il indique aussi très clairement que « la solution proposée doit répondre aux techniques essentielles du cahier de[s] charges ». Il précise aussi que ces tests concerneront « tant [...] le matériel que les logiciels proposés, comme demandé dans les différents postes du présent cahier des charges », ce qui couvre davantage d’éléments que ceux qui sont visés par les seuls critères d’attribution mobilisés pour apprécier la valeur respective des offres.

Cette lecture du point 6.i du cahier est corroborée par les réponses adressées par le pouvoir adjudicateur le 18 août 2023 aux questions formulées par les soumissionnaires potentiels avant le dépôt des offres. Le pouvoir adjudicateur y mentionne très clairement, à propos de deux spécifications techniques de type E (exigences minimales), que « ces éléments seront examinés et testés en détail lors de l’examen de l’offre et de la démonstration ».

Prima facie, l’article 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et l’article 76 de l’arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques n’interdisent pas qu’outre l’examen du contenu des offres déposées, des tests fonctionnels soient réalisés pour vérifier que les solutions proposées respectent les exigences techniques essentielles d’un marché de fournitures, dès lors que ces tests sont prévus par le cahier spécial des charges. Prévoir de tels tests ne semble pas non plus porter atteinte au principe d’égalité entre les soumissionnaires dès lors qu’ils sont tous traités identiquement.

À la suite des tests réalisés sur la solution proposée par la requérante lors de la démonstration du 10 octobre 2023, l’acte attaqué relève notamment que « l’*e-gate* n’est pas équipé de son composant le plus crucial et indispensable : le scanner de documents [...] » et que « l’absence de scanner de documents est contraire à l’exigence 3.4.2, qui stipule que le document doit se trouver à l’entrée de l’*e-gate* ». Il ajoute que « ceci constitue une irrégularité substantielle » puisque « l’offre s’écarte d’une exigence minimale du cahier spécial des charges », que « la section B.1 « définitions » des spécifications techniques (annexe B du cahier spécial des charges [...]) définit le terme “E” comme : “Nature exacte : exigence indispensable à laquelle l’objet doit répondre (ou devra répondre) sous peine de nullité de l’offre” », qu’ « il s’agit également d’empêcher l’évaluation de l’offre et sa comparaison avec les autres offres et de rendre incertain l’engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions spécifiées ». Il conclut qu’« en vertu de l’article 76, § 1^{er}, troisième alinéa et quatrième alinéa, 3^o et § 3, de l’arrêté royal du 18 avril 2017, l’offre est substantiellement irrégulière et donc nulle ».

La requérante ne conteste pas la légalité de l'exigence 3.4.2 ni que le non-respect de celle-ci constitue une irrégularité substantielle entraînant la nullité de son offre. Elle ne conteste pas non plus que la solution proposée lors des tests fonctionnels ne satisfaisait pas à cette exigence. Elle soutient seulement que cette irrégularité ne pouvait être constatée sur la base de ces tests, alors que le contenu de son offre (qui décrit la solution proposée) atteste, selon elle, de sa conformité avec l'exigence 3.4.2 et que le pouvoir adjudicateur ne pouvait tenir compte que de l'engagement exposé dans l'offre signée.

Pour les motifs qui viennent d'être précisés, l'argumentation de la requérante ne peut toutefois être suivie. Pour le reste, elle n'établit pas que la partie adverse aurait, relativement au constat de non-conformité à l'exigence 3.4.2 opéré lors de ces tests, manqué de diligence, qu'elle n'aurait pas respecté le cahier spécial des charges, que son appréciation ne reposerait pas sur des motifs exacts, pertinents ou admissibles ou qu'un tel constat procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation. Elle ne prétend pas non plus que la décision d'écarter son offre sur ce point ne serait pas valablement motivée.

Le constat effectué par la partie adverse de ce qu'il n'est pas satisfait à une exigence indiquée comme substantielle par les documents du marché suffit à entraîner la nullité de l'offre concernée. Un seul motif d'irrégularité substantielle justifie l'écartement de l'offre de la requérante. Celle-ci n'a, dès lors, pas intérêt à critiquer les autres motifs d'irrégularités de son offre, contenus dans l'acte attaqué.

Les premier et troisième moyens ne sont pas sérieux.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de « la violation : - des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que [d]es principes d'égalité et de non-discrimination; - de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après 'loi marchés publics') et, notamment, ses articles 4 et 2, 15°; 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 des services et de concessions et, notamment, ses articles 4 et 5□; - [de] l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après 'AR Passation') et, notamment, son article 76□; du principe général de motivation interne des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe de

proportionnalité, du principe du raisonnable et du principe de diligence comme principes généraux de droit administratif ».

Elle reproche à la partie adverse de déclarer son offre substantiellement irrégulière au motif d' « incertitudes au niveau de la solution technique » concernant les exigences techniques 3.3.3, 3.4.4, 4.2.3, 4.2.5 et 4.5.6, alors que, par l'introduction de son offre, elle s'engage à exécuter le marché sur la base des documents du marché et aux conditions qu'il présente. Elle expose que son offre est signée conformément à l'article 44 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 par la ou les personne(s) compétente(s) ou mandatée(s) à engager le soumissionnaire et en déduit, dans son chef, un engagement certain d'exécuter le marché sur la base des documents de ce dernier, de sorte qu'en déclarant son offre substantiellement irrégulière au motif d' « incertitudes au niveau de la solution technique » concernant les exigences techniques 3.3.3, 3.4.4, 4.2.3, 4.2.5 et 4.5.6, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés au moyen.

Elle développe son moyen comme il suit :

« 24. La partie adverse déclare l'offre de la partie requérante substantiellement irrégulière au motif d'« Incertitudes au niveau de la solution technique » au niveau des exigences techniques 3.3.3, 3.4.4, 4.2.3, 4.2.5 et 4.5.6.
La partie adverse n'a pas pu estimer, sur la base de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'AR du 18 avril 2017, que ces irrégularités rendent incertain l'engagement de la partie requérante et qu'il s'agi[t] dès lors d'irrégularités substantielles.
En effet, par l'introduction de son offre, la partie requérante s'engage [à] exécuter le marché sur la base des documents du marché et aux conditions qu'il présente. La signature d'une offre engage la partie requérante à l'exécution d'un marché. Par la signature, la partie requérante exprime son engagement.
Il ressort de votre jurisprudence que s'il n'y a pas de signature de l'offre [...] l'engagement du soumissionnaire est incertain. *A contrario*, si le soumissionnaire a signé son offre, son engagement est certain.
D'ailleurs, la partie adverse n'explique pas en quoi la méconnaissance de chacune des exigences de manière individuelle rend l'engagement sur l'entièreté de son offre incertain. Il y a, en principe, uniquement une incertitude lorsque l'entièreté ou une partie substantielle de l'offre est remise en cause. Ceci n'est pas démontré par la partie adverse et, en outre, l'acte attaqué ne comporte pas de motifs à cet égard.
L'offre de la partie requérante est signée, conformément à l'article 44 de l'AR du 18 avril 2017, par la ou les personne(s) compétente(s) ou mandatée(s) à engager le soumissionnaire. Il s'ensuit l'engagement certain de la partie requérante d'exécuter le marché sur la base des documents du marché.
Les dispositions et principes repris dans le moyen sont méconnus. Finalement, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en déclarant l'offre de la partie requérante irrégulière de manière substantielle.
Le deuxième moyen est sérieux ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le deuxième moyen de la requête est dirigé contre les motifs d'irrégularités relatifs aux spécifications techniques 3.3.3, 3.4.4, 4.2.3, 4.2.5 et 4.5.6. (incertitudes au niveau de la solution technique [...] suite à la lecture des offres).

Dès lors que la requérante ne conteste pas valablement le motif d'irrégularité substantielle tiré du constat de non-conformité à la spécification technique 3.4.2 opéré lors des tests fonctionnels (*cf. supra* examen des premier et troisième moyens), elle n'a pas intérêt à critiquer les motifs d'irrégularités de son offre tirés d'incertitudes relevées à la lecture des offres, qui concernent les spécifications techniques 3.3.3, 3.4.4, 4.2.3, 4.2.5 et 4.5.6.

Comme il a déjà été exposé, un seul motif d'irrégularité substantielle suffit à justifier l'écartement de l'offre de la requérante.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VII. Premier moyen nouveau

VII.1. Thèse de la partie requérante

En préalable à l'audience, la requérante a adressé, au Conseil d'État, un courrier du 9 janvier 2024 dans lequel elle annonce qu'après avoir pu consulter les pièces du dossier administratif, elle soulève un premier moyen nouveau pris de la violation de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, en ce qu'il ne ressort pas des pièces déposées que la partie adverse aurait vérifié le prix total et les prix unitaires de la première offre et de la BAFO de la SA Zetes.

Après avoir pris connaissance des pièces L et M, dans une version caviardée, où les éléments confidentiels ont été noircis, la requérante a adressé, le jour même de l'audience, au Conseil d'État, un nouveau courrier pour indiquer qu'elle renonçait à son premier moyen nouveau, « tel que formulé dans son courrier du [9] janvier 2024 », tout en annonçant soulever deux nouvelles critiques qui concernent la vérification des prix. Ces critiques ont été répétées à l'audience.

La requérante soutient, tout d'abord, qu'il ressort de la pièce L que la partie adverse n'a pas examiné les prix unitaires de l'offre de la SA Zetes, en considérant qu'un tel examen n'était pas possible, tandis qu'il ressort de la pièce M qu'un tel examen est possible puisqu'il a été demandé à la SA Zetes de justifier chaque prix unitaire. Elle fait valoir, en premier lieu, que la motivation de l'absence

de vérification des prix unitaires n'est pas adéquate et, en deuxième lieu, que les motifs des pièces L et M sont contradictoires, que la partie adverse n'a, à un certain moment, à tort, pas vérifié les prix unitaires de la première offre ou de la BAFO de la SA Zetes et qu'il n'y a pas de justification valable pour permettre à la partie adverse de ne pas examiner les prix unitaires à un certain moment.

Elle affirme, ensuite, que le fait d'avoir demandé à la SA Zetes des « justifications » pour chaque prix unitaire implique que la partie adverse a considéré qu'il y avait un prix ou des prix apparemment anormaux, au sens de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Elle fait valoir qu'en violation de cette disposition, il ne ressort pas des pièces du dossier administratif que la partie adverse a invité la SA Zetes à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations, visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016, dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, ni que la SA Zetes a démontré le respect de ces obligations. Elle ajoute qu'il ressort de la motivation de l'acceptation des justifications fournies par la SA Zetes que la partie adverse n'a porté aucune appréciation concrète sur la précision, l'exactitude et la pertinence de ces justifications et qu'il s'agit d'une motivation qui est vague et stéréotypée. Selon elle, il ne ressort pas de cette motivation qu'il y a eu une vérification véritable et effective de ces justifications, ainsi que l'exige l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Il ressort de l'article 15 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 que la demande de suspension dont est saisi le Conseil d'État en la présente cause et les moyens soulevés à l'appui de celle-ci doivent être examinés exclusivement dans le cadre d'une procédure en extrême urgence, ce qui réduit sensiblement les droits de la défense des autres parties ainsi que la contradiction des débats. Cette procédure ne paraît certes pas, dans son principe, incompatible avec la faculté de soulever un moyen nouveau. Encore faut-il que celui-ci puisse être débattu en tous ses aspects à l'audience.

En l'espèce, les parties adverse et intervenante ne contestent pas avoir été mises en mesure de répondre utilement, et dans le respect des droits de la défense, à ce que la requérante a plaidé comme moyen nouveau. Celui-ci a, du reste, pu être débattu en tous ses aspects à l'audience.

Les parties adverse et intervenante ne peuvent être suivies lorsqu'elles soutiennent que la requérante était en mesure de soulever ces critiques dans sa requête. La requérante n'a eu accès aux pièces L et M, dans une version caviardée, que la veille de l'audience. L'extrait de décision qui lui a été communiqué, avant l'introduction de la requête, ne contenait aucune référence à une quelconque vérification des prix.

Du reste, il ne peut être reproché à la requérante de ne développer qu'une argumentation succincte, dès lors qu'elle n'a pas accès à l'intégralité du contenu des pièces en cause, qui ont été expurgées de leurs éléments confidentiels. Ceci n'empêche pas le Conseil d'État d'examiner les griefs soulevés, en ayant égard aux éléments confidentiels auxquels il a accès.

Lorsqu'il est fait usage d'une procédure concurrentielle avec négociation, la vérification des prix se fait sur les dernières offres introduites, ce qui n'empêche nullement que le pouvoir adjudicateur puisse déjà procéder à cet examen à un stade antérieur.

Il apparaît *prima facie* des pièces L et M du dossier administratif que la partie adverse a bien procédé à un contrôle du prix global de la BAFO de la SA Zetes ainsi qu'à la vérification de ses prix unitaires. Il n'y a, par ailleurs, pas de contradiction entre les pièces L et M. Le passage épinglé par la requérante figure identiquement dans les deux pièces. Il signifie seulement qu'au vu de l'objet du marché et de la diversité des offres, les prix unitaires doivent être examinés en tenant compte de la globalité de la solution proposée, la qualité de l'ensemble de la solution et ce qui est inclus dans le prix total. Il est ainsi précisé que le prix de l'installation fixe de la requérante, qui présente un important écart avec les prix des installations fixes proposées par ses concurrents, ne peut être apprécié de manière isolée, dès lors que les soumissionnaires peuvent offrir une solution technique qui, soit centralise la part la plus importante du fonctionnement des systèmes dans une installation fixe (poste 1), soit décentralise ce fonctionnement dans les différents dispositifs e-gates et kiosques (postes 2 et 4), soit répartit celui-ci sur les postes 1, 2 et 4. Il est ainsi indiqué qu'au prix unitaire le plus élevé pour une installation fixe correspond les prix unitaires les plus bas pour les e-gates et les kiosques, et inversement. Le passage des pièces L et M que critique la requérante n'établit pas une absence de vérification des prix unitaires, mais sert à expliquer l'écart de certains de ces prix entre les différentes offres.

Prima facie, le moyen nouveau repose sur le postulat erroné que la partie adverse a considéré que la BAFO de la SA Zetes présentait une apparence d'anormalité au sens de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. La partie

adverse s'est, certes, interrogée sur l'important écart entre le prix unitaire de l'installation fixe de la SA Zetes et ceux des installations fixes des autres soumissionnaires. Elle a toutefois considéré, sur la base de ses propres constatations et des précisions fournies, à sa demande, par la SA Zetes avec sa BAFO, que l'offre de cette société ne contenait aucun prix anormal. Ni l'acte attaqué ni le courrier de demande d'information adressé à la SA Zetes ne se réfère, d'une quelconque façon, à l'article 36 précité. Seul l'article 35 du même arrêté royal est visé, cette disposition imposant une vérification des prix et, à cette fin, la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'inviter le soumissionnaire à « fournir toutes les informations nécessaires ». L'emploi du terme « justifications », à certains endroits des pièces L et M, ne suffit pas, à lui seul, à établir que la partie adverse aurait considéré qu'un prix présentait une apparence d'anormalité au sens de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. La requérante ne démontre, dès lors, pas que la partie adverse devait respecter les obligations précises contenues à cette disposition.

Le premier moyen nouveau n'est pas sérieux.

VIII. Deuxième moyen nouveau

VIII.1. Thèse de la partie requérante

Dans son courrier du 9 janvier 2024, la requérante annonce soulever un deuxième moyen nouveau pris de la violation de l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Elle expose qu'il ressort de l'inventaire du dossier administratif que la partie adverse a demandé des éclaircissements à la SA Zetes (pièces G et H) probablement en application de l'article 66, § 3, précité. Elle se réfère à plusieurs arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne pour affirmer que cette demande d'éclaircissements était soumise à plusieurs exigences, à savoir, l'interdiction de demander des clarifications pour pallier l'absence d'une pièce ou d'une information dont la communication était requise par les documents du marché, l'interdiction de déposer une nouvelle offre et l'obligation de traiter de manière égale tous les soumissionnaires. Elle conteste que toutes ces exigences aient, en l'espèce, été respectées par la partie adverse et soutient qu'il appartient à cette dernière de démontrer que c'est effectivement le cas. Elle ajoute que le principe de motivation interne, le devoir de minutie et l'obligation de prudence imposent au moins que la partie adverse démontre qu'elle a vérifié le respect de ces différentes exigences.

Elle répète ces arguments à l'audience, en précisant solliciter du Conseil d'État qu'il exerce son contrôle de légalité en vérifiant que les exigences précitées ont bien été respectées, en particulier l'interdiction de déposer une nouvelle offre ou

de compléter celle-ci, les demandes d'éclaircissements ne pouvant, selon elle, porter que sur des erreurs matérielles dans les offres. Elle reconnaît cependant, à l'audience, que le principe d'égalité n'a pas été méconnu, la partie adverse ayant pu considérer qu'il n'y avait pas lieu d'interroger les soumissionnaires dont les offres ont été déclarées nulles. Elle ajoute qu'il ne peut lui être reproché de ne pas avoir dénoncé plus tôt cette irrégularité, en expliquant qu'avant l'introduction de sa requête, elle ne savait pas que le marché avait été attribué à la SA Zetes ni que toutes les autres offres avaient été écartées pour irrégularité substantielle.

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

Comme le relèvent les parties adverse et intervenante, la requérante aurait pu et dû formuler son grief dès l'introduction de sa requête.

En effet, la requérante pouvait déduire du courrier de communication du 7 décembre 2023 l'informant de l'irrégularité de son offre que le marché avait été attribué, puisque référence y était faite à l'article 8, § 1^{er}, 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, qui vise l'obligation de communication qui s'impose à l'autorité adjudicatrice « dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée ». Le courrier précité indique également qu'il est fait application de l'article 11 de la même loi. Or, le délai d'attente (*standstill*) de quinze jours à compter de la communication de la décision motivée aux soumissionnaires n'est applicable que lorsqu'une décision d'attribution a été adoptée.

De plus, l'extrait de décision envoyé à la requérante contient les indications suivantes :

1.4 Procédure de passation du marché

Procédure concurrentielle avec négociation :

- Cahier spécial des charges nr. Procurement 2023 R3 278 dd. 26.07.2023, envoyé à
 - **IN CONTINU ET SERVICES (IN-GROUPE)**, Avenue de New York 38, 75116 Paris, France ;
 - **NTT DATA Belgique**, Spastraat 8, 1000 Brussel ;
 - **VISION BOX (Soluções de Visão por Computador) SA**, Rua Casal do Canas 2, Zona Industrial de Alfragide 2790-204, Portugal ;
 - **ZETES SA**, Rue du Strasbourg 3, 1130, Brussel .
- Erratum n° 1 et procès-verbal de la réunion d'information préalable du 18.08.2023, envoyés à toutes les firmes ayant reçu le cahier des charges.
- Erratum n°2 du 24.08.2023, envoyé à toutes les firmes ayant reçu le cahier des charges ;
- Invitation à la démonstration datée du 20.09.2023, envoyée à toutes les firmes qui ont présenté une offre.
- Question de clarification au soumissionnaire datée du 28.09.2023, envoyée à **(4) ZETES SA**. Il s'agit de questions qui ne sont pas liées aux exigences exactes.
- Note : aucune clarification supplémentaire n'a été demandée aux firmes **(1) IN CONTINU ET SERVICES (IN-GROUPE)**, **(2) NTT DATA Belgique** et **(3) VISION BOX (Soluções de Visão por Computador) SA** car elles ne traiteraient que des exigences exactes. Il est à noter qu'aucune possibilité de régularisation n'est prévue dans le cahier des charges.

La requérante pouvait donc savoir que quatre offres avaient été déposées, qu'une demande de clarification – portant sur des questions non liées aux exigences techniques essentielles – avait été adressée le 28 septembre 2023 à la SA Zetes, qu'en revanche, aucune demande similaire n'avait été envoyée aux autres soumissionnaires parce que les questions posées n'auraient pu concerner que des exigences techniques essentielles alors qu'aucune possibilité de régularisation n'est prévue par le cahier spécial des charges. Elle pouvait déduire de ces éléments que le marché avait nécessairement été attribué à la SA Zetes, puisque toutes les autres

offres présentaient des manquements – non susceptibles d’être régularisés – à des exigences exactes (de type E).

Le deuxième moyen nouveau est tardif et partant irrecevable.

IX. Confidentialité

La requérante a, dans sa requête, demandé que son offre bénéficie de la confidentialité, pour ne pas nuire au secret d’affaires. Il s’agit des pièces 5 et 6 annexées à la requête. Dans son courrier du 9 janvier 2024, la requérante a sollicité la levée de la confidentialité de la pièce M du dossier administratif ainsi que de toute autre pièce permettant de comprendre la décision d’attribution, concernant, en particulier, la régularité de l’offre de la SA Zetes, en précisant notamment que la partie adverse a toujours la possibilité de déposer une pièce qui omet les éléments confidentiels.

La partie adverse a déposé, à titre confidentiel, les pièces A à O du dossier administratif, pour ne pas nuire au secret d’affaires et à la libre concurrence entre les entreprises. À la demande expresse du premier auditeur-chef de section en charge de l’instruction de l’affaire, elle a toutefois communiqué, par courriel du 11 janvier 2024, aux conseils de la requérante une version caviardée des pièces L et M, où les éléments confidentiels sont noircis. Cependant, ces deux pièces ont, par erreur, été déposées, à titre confidentiel, sur la plateforme électronique du Conseil d’État.

La partie adverse a permis la divulgation des pièces L et M, dans une version caviardée, expurgée de leurs éléments confidentiels. Il y a, dès lors, lieu de lever la confidentialité des deux pièces déposées le 11 janvier 2024 sur la plateforme électronique du Conseil d’État.

Pour toutes les autres pièces, les demandes n’étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

X. Indemnité de procédure

La partie adverse 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 requête en intervention introduite par la SA Zetes est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A à O du dossier administratif et les pièces 5 et 6 annexées à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Il y a lieu de lever la confidentialité des deux pièces déposées le 11 janvier 2024 par la partie adverse sur la plateforme électronique du Conseil d'État.

Article 5.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 24 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 24 janvier 2024, par la VI^e chambre du
Conseil d'État siégeant en référé composée de :

Florence Piret,	conseillère d'État, présidente f.f.,
Nathalie Roba,	greffière.

La Greffière,

La Présidente,

Nathalie Roba

Florence Piret