CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 258.664 du 31 janvier 2024

A. 227.778/VI-21.454

En cause : **la société anonyme FUZER**,
ayant élu domicile chez
M^e Didier CHAVAL, avocat,
chaussée de La Hulpe, 177 bte 12
1170 Bruxelles,

contre :

la ville d'Enghien, représentée
par son collège communal,
ayant élu domicile chez
M^es Isabelle VAN KRUCHTEN et
Christophe DUBOIS, avocats,
chaussée de La Hulpe 185
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 1^er avril 2019, la société anonyme FUZER demande l'annulation :

« 1. de [la] décision adoptée le 6 décembre 2018 par le collège communal de la ville d'Enghien portant attribution à la S.A BE IP, Rue de l'Industrie, 20 à 1400 Nivelles du marché public de fournitures organisé par procédure négociée directe avec publication préalable relatif au renouvellement de la téléphonie de la ville et du CPAS d'Enghien ;

2. pour autant que de besoin, de la décision adoptée le 28 novembre 2018 par le collège communal de la ville d'Enghien en tant que déclarant irrégulière, et partant nulle, l'offre déposée par la S.A. FUZER et déclarant régulière l'offre déposée par la S.A. BE IP ».

II. Procédure

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^me^ Pauline Lagasse, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 7 novembre 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 décembre 2023.

M. Xavier Close conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e^ Bernard Francis, *loco* M^e^ Didier Chaval, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Isabelle Van Kruchten, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Pauline Lagasse, auditeur, a été entendue en son avis contraire.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles

1. Le 13 juillet 2018, la ville et le CPAS d'Enghien publient au Bulletin des adjudications un avis concernant la passation, via une procédure négociée directe avec publication préalable fondée sur l'article 41, § 1^er^, 1°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, d'un marché public conjoint de fournitures pour le renouvellement de la téléphonie de la ville et du CPAS.

Le marché est régi par le cahier spécial des charges VVDP/2018/268.2/182, adopté lors de la délibération du conseil communal du 12 juillet 2018.

Pour attribuer le marché, la ville d'Enghien, désignée comme pilote du marché conjoint, fait appel à l'expertise d'IMIO, l'Intercommunale de Mutualisation Informatique et Organisationnelle.

Pour juger de la qualité technique et de la régularité des offres, les soumissionnaires sont invités à répondre à une liste de 37 questions dans le cadre d'un bordereau technique. Ce bordereau sert également à l'appréciation du critère d'attribution relatif à la qualité technique de l'offre.

2. Le 2 août 2018, une séance d'information est organisée pour permettre aux soumissionnaires de poser des questions et de prendre connaissance de l'environnement.

3. Le 24 août 2018, date ultime de remise des offres, trois entreprises déposent offre, dont la partie requérante.

4. Le 3 septembre 2018, le pouvoir adjudicateur demande à la partie requérante de lui fournir, endéans 12 jours calendrier, plusieurs informations complémentaires et, notamment, de justifier la normalité de son prix, qui est inférieur de plus de 15 % à la moyenne des offres reçues.

Une réponse est donnée par la partie requérante invoquant notamment l'utilisation d'une plateforme *open source* gratuite et l'absence de sous-traitance, ainsi que l'application de marges réduites sur tous les éléments *hardware* vendus .

5. Le 28 novembre 2018, un rapport d'examen des offres est rédigé, comprenant une proposition d'attribution du marché. Est annexée à ce rapport l'évaluation des bordereaux d'analyse technique déposés par chaque soumissionnaire.

S'agissant de l'offre de la partie requérante, il est constaté ce qui suit dans le rapport d'attribution :

« Les offres de la SA FUZER et de la SA TRANZCOM contiennent des irrégularités substantielles dont le détail est repris dans les annexes 1 et 2 ci-jointes, lesquelles peuvent être résumées comme suit :

- FUZER

Prix anormalement bas non justifié, les téléphones classiques ont un affichage en niveau de gris et non couleur comme demandé, le soumissionnaire ne prévoit pas de phase de validation après signature du bon de commande et assimile la mise en production à la seule signature d'un *handover form* faisant apparaître les défauts encore à régler, or la réception du projet ne peut être opérée qu'à la seule condition

que le projet ne fasse plus l'objet d'aucune carence. Ce soumissionnaire ne décrit pas les impacts des changements de versions mineures ou majeures, par ailleurs, ils ne décrivent pas la documentation laissée au PA en vue d'assurer la continuité de service. Pour terminer, il est écrit dans le contrat de support que chaque demande fera l'objet d'une consommation des crédits de support, ce point contrevient avec le CSC. »

6. Le 6 décembre 2018, le collège communal de la ville d'Enghien approuve le rapport d'attribution, dont il décide qu'il fait partie intégrante de sa délibération. Il déclare par conséquent nulle l'offre de la requérante au motif qu'elle comporte plusieurs irrégularités substantielles, et il décide d'attribuer le marché à la SA BE IP.

7. Le 14 janvier 2019, la ville d'Enghien adresse un courrier recommandé d'avis de non-attribution du marché public à la requérante. Les motifs d'irrégularités de son offre ne sont pas joints, le courrier précisant toutefois à la requérante les modalités d'obtention desdits motifs.

8. Par courriel du 22 janvier 2019, la requérante demande à la ville d'Enghien de lui communiquer la motivation de la décision non-attribution.

9. Le 28 janvier 2019, la ville d'Enghien donne suite à cette demande par l'envoi, par courrier recommandé, des premières pages du rapport d'examen des offres du 28 novembre 2018, énonçant notamment les motifs d'irrégularité de l'offre de la requérante. À cet extrait du rapport, est par ailleurs joint l'évaluation du bordereau d'analyse technique de la partie requérante et de la SA BE IP.

Ce courrier, daté du 23 janvier 2019, est réceptionné par la partie requérante le 29 janvier 2019.

10.Le 31 janvier 2019, la requérante envoie un courrier à la ville d'Enghien pour manifester son intention d'introduire un recours auprès du Conseil d'État.

11.Le 27 mars 2019, la requérante sollicite la copie de la décision d'attribution.

Celle-ci lui est communiquée par le service des travaux de la ville d'Enghien par courriel du 28 mars 2019.

IV. Recevabilité ratione temporis

IV.1. Thèses des parties

A. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soulève, dans son mémoire en réponse, une première exception d'irrecevabilité. Elle estime que le recours a été introduit tardivement, dès lors que les motifs de l'irrégularité de l'offre de la partie requérante ont été réceptionnés par celle-ci le 29 janvier 2019 et que, par conséquent, le délai de 60 jours prévus par l'article 23 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 expirait le 31 mars 2019.

Elle considère que la transmission, le 28 mars 2019, de la délibération du collège communal du 6 décembre 2019 n'était pas de nature à retarder la prise de court de ce délai.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse s'en réfère à son mémoire en réponse.

B. Thèse de la partie requérante

La partie requérante relève, dans son mémoire en réplique, que le 30 mars 2019 étant un samedi, soit un jour férié, l'expiration du délai de recours a automatiquement été reportée au 1er avril 2019, conformément à l'article 88 du Règlement général de procédure, de telle sorte que son recours est bien recevable *ratione temporis*.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 29/1 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 est rédigé comme suit :

« § 1er. Pour les marchés dont la dépense à approuver hors taxe sur la valeur ajoutée ne dépasse pas les seuils applicables visés à l'article 29 § 1er, alinéa 1er, l'autorité

adjudicatrice rédige une décision motivée dans les cas suivants :
[…]
2° lorsqu'elle attribue un marché, quelle que soit la procédure;
[…]
Par ailleurs, l'autorité adjudicatrice communique à :
[…]
2° tout candidat ou soumissionnaire non sélectionné sa non-sélection, à tout soumissionnaire dont l'offre a été rejetée ou n'a pas été choisie, du rejet de son offre ou du fait qu'elle n'a pas été choisie, et au soumissionnaire retenu, la décision relative à son choix et ce dès qu'elle a pris la décision d'attribution.
Dans un délai de trente jours à compter de la date d'envoi des informations visées à l'alinéa 2, le candidat ou soumissionnaire concerné peut demander par écrit à l'autorité adjudicatrice de lui communiquer les informations complémentaires suivantes :
[…]
2° tout soumissionnaire dont l'offre a été rejetée : les motifs du rejet, extraits de la décision motivée;
[…]
L'autorité adjudicatrice communique ces informations complémentaires dans un délai de quinze jours à compter de la date de réception de la demande.
[…]

§ 6. L'autorité adjudicatrice effectue les communications des décisions et des motivations visées aux §§ 1er à 5, par télécopieur, par courrier électronique ou par les plateformes électroniques visées à l'article 14, § 7, de la loi relative aux marchés publics et, le même jour, par envoi recommandé.
Les communications visées aux §§ 1er à 5 indiquent l'existence des voies de recours, leurs délais et les instances compétentes à tout le moins par une référence explicite aux articles 14, 15, 23 et 24.
À défaut de ces mentions, le délai d'introduction du recours en annulation visé à l'article 23, § 2, prend cours quatre mois après la communication de la motivation ».

L’article 23, § 1er, de la loi du 17 juin 2013 précitée, rendu applicable au marché en cause par l’article 33 de la loi, énonce, en son alinéa 2, que « lorsque la présente loi prévoit une obligation de communication, à défaut de simultanéité entre les envois, les délais commencent à courir à la date du dernier envoi. En tout état de cause, les délais ne commencent à courir que si la motivation a été communiquée ».

L’article 23, § 2, de cette même loi dispose que « le recours en annulation […] est introduit dans un délai de soixante jours […] ».

L’article 68 de la loi énonce par ailleurs que « le calcul des délais fixés dans la présente loi s'opère conformément au Règlement (CEE, Euratom) n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes dans le droit de l'Union européenne ».

L’article 3, § 1er, alinéa 2, de ce règlement prévoit enfin que « si un délai exprimé en jours, en semaines, en mois ou en années est à compter à partir du moment

où survient un événement ou s'effectue un acte, le jour au cours duquel a lieu cet événement ou s'effectue cet acte n'est pas compté dans le délai ».

Il résulte de l'application conjointe de ces dispositions que, dans un marché tel celui en cause, le délai de soixante jours pour introduire un recours en annulation de la décision d'attribution ne commence à courir qu'à dater de l'envoi simultané, par courriel et par courrier recommandé, au soumissionnaire qui en a fait la demande, de la communication contenant les informations complémentaires visée à l'article 29/1, §1er, alinéas 3 et 4, de la loi.

À défaut d'un envoi simultané du courriel et du courrier recommandé, les délais ne commencent à courir qu'à dater du dernier envoi.

En l'espèce, la partie adverse, pour donner suite à la demande de la partie requérante, lui a communiqué les motifs du rejet de son offre par un courrier daté du 23 janvier 2019, envoyé par courrier recommandé le 28 janvier 2019.

Le dossier administratif ne démontre pas que cette communication par courrier recommandé a été doublée d'une communication par courriel, comme le requiert l'article 29/1, § 6, de la loi du 17 juin 2013. La partie adverse ne l'affirme du reste pas.

À défaut de la double communication requise par la loi, le délai de recours en annulation n'a pas commencé à courir.

Le recours est donc recevable *ratione temporis*.

V. Intérêt à agir

V.1. Thèses des parties

A. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soulève une deuxième exception d'irrecevabilité. Selon elle, chaque irrégularité affectant l'offre de la partie requérante est substantielle. Dès lors que la partie requérante admet elle-même que certaines d'entre elles ne sont pas contestables, celle-ci n'a pas intérêt au recours, puisque son offre est en toute hypothèse irrégulière de sorte qu'elle n'aurait pas pu obtenir le marché.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse expose encore ce qui suit :

« 3. Selon une jurisprudence bien établie [du Conseil d'Etat], la partie requérante doit démontrer qu'elle aurait pu obtenir le marché pour justifier d'un intérêt au recours.

En l'espèce, l'offre de la partie requérante a été déclarée irrégulière en raison de nombreuses irrégularités. Chacune de ces irrégularités suffisait à elle seule à écarter l'offre de la partie requérante.

La partie requérante reconnaît par ailleurs expressément que chacune des irrégularités revêt un caractère substantiel, lors du développement de son second moyen, en faisant expressément référence à la qualité substantielle de l'irrégularité qui entacherait l'offre de l'attributaire pressenti. Elle renvoie pour ce faire à la page 4, point 4, de la décision attaquée. Elle ne conteste par ailleurs pas cette qualification de "substantiel" à l'appui de son premier moyen, ni au travers des dispositions invoquées, ni en termes de développement.

4. La page 4, point 4, de la décision a trait à l'analyse de la régularité des offres et conclut à la présence d'irrégularités substantielles (au pluriel) dans l'offre de la S.A FUZER :

4. Analyse de la régularité des offres des soumissionnaires sélectionnés

N°	Nom	Irrégularités substantielles ?	Irrégularités non-substantielles?	Visite[1]
1	BE IP SA	Non	Non	En ordre
2	FUZER SA	Oui	Non	En ordre
3	TRANZCOM SA	Oui	Non	En ordre

[1] *Visite du site*

Les offres de la SA Fuzer et de la SA Tranzcom contiennent des irrégularités substantielles dont le détail est repris dans les annexes 1 et 2 ci-jointes, lesquelles peuvent être résumées comme suit :

La partie requérante n'a donc intérêt au présent recours que pour autant que votre Conseil estime que toutes les branches du premier moyen sont fondées.

Or, tel ne peut être le cas, car de l'aveu même de la partie requérante, trois des sept branches (deuxième, quatrième et cinquième branches) ne sont pas fondées. Ce qui a été relevé à juste titre par l'Auditorat à la page 11 du rapport.

5. Il en va d'autant plus ainsi qu'à l'appui de son second moyen, la partie requérante conteste la réponse de l'attributaire du marché querellé (à savoir la S.A. BE IP) à la question n° 24 et soutient que cela suffirait à écarter l'offre de cette société, alors que la deuxième branche de son premier moyen porte précisément sur la question n° 24.
À cette occasion, la partie requérante conclut elle-même que "la requérante ne remplit pas la condition imposée pour ce critère précis", "critère considéré par la partie adverse comme substantiel (*cfr*. : page 4, point 4, de la décision du 28 novembre 2018 (…)".

La partie requérante avoue donc que sa propre offre est entachée d'une irrégularité substantielle qui justifie, à elle seule, l'écartement de son offre.

6. Au demeurant, quand bien même votre Conseil devrait considérer par impossible que chaque irrégularité ne revêt pas un caractère substantiel, compte tenu du nombre d'irrégularités dont est entachée l'offre de la partie requérante et de

leur importance, ces irrégularités prises de manière combinée ont les effets d'une irrégularité substantielle au sens de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

7. Par ailleurs, eu égard au rapport de l'Auditorat concernant le deuxième moyen (voyez ci-après), il convient de rappeler que :

" L'article 14 de la loi du 17 juin 2013 soumet la recevabilité du recours à deux conditions. D'une part, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché. D'autre part, il faut que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante. Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risquant de léser le requérant".

En l'espèce, aucun des moyens n'a lésé ou risque de léser la partie requérante. En effet, concernant le premier moyen, il est renvoyé au rapport de l'Auditorat qui conclut à l'irrecevabilité du moyen, l'offre de la partie requérante étant nulle ; concernant le second moyen au terme duquel la partie requérante soutient que l'offre de l'attributaire serait irrégulière, il ressort expressément du dossier administratif et du rapport de l'Auditorat que c'est à juste titre que l'offre de l'attributaire a été déclarée régulière. Dans ces conditions, aucune des violations alléguées ne lui a causé grief.

8. Le recours doit dès lors être déclaré irrecevable à défaut d'intérêt ».

B. Thèse de la partie requérante

La partie requérante estime disposer d'un intérêt au recours dès lors qu'elle critique, dans son deuxième moyen, le fait que la partie adverse a illégalement considéré comme régulière l'offre de SA BE IP.

V.2. Appréciation du Conseil d'Etat

L'article 14 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 soumet la recevabilité du recours à deux conditions. D'une part, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché. D'autre part, il faut que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, le requérant.

Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risquant de léser la partie requérante.

À supposer que les violations alléguées par le premier moyen à propos de la décision d'écarter l'offre de la requérante n'aient pu léser celle-ci, comme le soutient la partie adverse, les violations alléguées dans le deuxième moyen, à les supposer avérées, ont pu léser la requérante. Elles ont en effet eu pour conséquence

l’attribution du marché à un autre soumissionnaire alors que la partie adverse, si elle avait constaté les irrégularités alléguées par la requérante, aurait dû exclure l’offre de ce soumissionnaire, ce qui l’aurait – le cas échéant – déterminée à relancer le marché.

Il n’est par ailleurs pas contesté que la requérante avait un intérêt à obtenir le marché en cause.

La requérante, qui avait un intérêt à obtenir le marché, et qui a pu être lésée par les violations qu’elle allègue, est donc recevable à introduire un recours en annulation de la décision d’attribution.

VI. Recevabilité ratione materiae

VI.1. Thèses des parties

A. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soulève une troisième exception d’irrecevabilité, uniquement relative au deuxième acte attaqué. Elle relève que le rapport d’attribution du 28 novembre 2018 ne constitue pas un acte attaquable en tant que tel mais que seule la décision du 6 décembre 2018, qui entérine ledit rapport, fait grief à la partie requérante et constitue un acte attaquable devant le Conseil d’État.

B. Thèse de la partie requérante

Dans son mémoire en réplique, la partie requérante considère que le rapport d’attribution du 28 novembre 2018 constitue bel et bien une décision ayant pour objet de déclarer irrégulière et, partant, nulle son offre.

Dans son dernier mémoire, la partie requérante s’en réfère à la sagesse du Conseil d’Etat.

VI.2. Appréciation du Conseil d’Etat

Le rapport d’attribution du 28 novembre 2018 est un acte matériel posé par l’un des services de la partie adverse et destiné à être soumis à l’organe compétent de celle-ci pour lui permettre d’exercer les pouvoirs qui sont les siens dans l’attribution du marché. Il ne lie, en toute hypothèse, pas cet organe quant aux différentes propositions qu’il contient. Dès lors que le rapport d’attribution n’est pas

une décision prise par l'autorité adjudicatrice dans le cadre de l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, le recours introduit à l'encontre du deuxième acte attaqué n'est pas recevable.

VII. Premier moyen

VII.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante prend un premier moyen déduit « de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment de son article 4, de la violation de loi du 17 juin 2013 relative à la motivation formelle, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux de fournitures et de services [et de concessions], notamment en ses articles 29/1, § 1er, alinéa 1er, 2°, et 29/1, § 1er, alinéa 3, 2° ; de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3 ; du principe général de droit selon lequel tout acte administratif doit reposer sur des motifs de droit et de fait exacts, pertinents et admissibles, du principe de transparence, du principe général de comparaison effective des offres, du principe de minutie, du principe de bonne administration et l'erreur manifeste d'appréciation ».

Elle développe son moyen en sept branches, correspondant chacune à l'un des motifs d'irrégularité substantielle retenus par la partie adverse concernant son offre, à savoir :

- prix anormalement bas injustifié (première branche) ;
- offre portant sur des postes classiques avec des affichages en niveaux de gris et non pas en couleurs comme demandé par le cahier spécial des charges (deuxième branche) ;
- absence de phase de validation après la signature du bon de commande (troisième branche) ;
- assimilation de la mise en production à la seule signature d'un *handhover form* (quatrième branche) ;
- absence de description des impacts des changements de versions mineures ou majeures (cinquième branche) ;

- absence de description de la documentation laissée au pouvoir adjudicateur en vue d'assurer la continuité du service (sixième branche) ;
- chaque demande fera l'objet d'une consommation des crédits de support, en contradiction avec le cahier spécial des charges (septième branche).

La partie requérante admet que les irrégularités substantielles visées par les deuxième, quatrième et cinquième branches « semblent correctes et justifiées ». Elle critique en revanche le bien-fondé des irrégularités substantielles visées par les première, troisième, sixième et septième branches du moyen.

B.Mémoire en réponse

La partie adverse relève que la partie requérante ne critique pas le caractère substantiel de chacune des irrégularités relevées. Selon elle la critique ne porte que sur la motivation de l'acte attaqué au regard des exigences formelles et matérielles. Dès lors que chacune des irrégularités substantielles relevées suffit à fonder l'écartement de l'offre de la partie requérante, chaque branche prise isolément constitue un motif inopérant à fonder l'annulation de l'acte attaqué. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'ensemble des branches seraient fondées que le moyen pourrait également l'être. Elle renvoie à ses développements concernant l'intérêt au recours.

La partie adverse constate qu'en ce qui concerne les deuxième, quatrième et cinquième branches, la partie requérante admet le bien-fondé des constatations du pouvoir adjudicateur.

En ce qui concerne la première branche, la partie adverse explique les raisons pour lesquelles les explications fournies par la partie requérante concernant la normalité de son prix n'ont pas convaincu. En ce qui concerne la troisième branche, la partie adverse soutient qu'aucune des propositions avancées par la partie requérante dans son offre ne rencontre les besoins exprimés dans le cahier des charges et ne répond à la question n° 31. Elle estime que la motivation de l'irrégularité substantielle de l'offre de la requérante à ce sujet est claire et que le fait que le rapport d'examen des offres contienne une observation formulée par IMIO est sans incidence puisqu'en approuvant le rapport et ses annexes, la partie adverse a fait siens les motifs qui les sous-tendent. En ce qui concerne la sixième branche, la partie adverse considère que dans son offre, la partie requérante ne présente aucune documentation, ni ne décrit l'organisation. Elle lui reproche de se limiter à lister les documents sans en expliquer la teneur et la plus-value pour le pouvoir adjudicateur en matière de support, contrairement à ce qu'on fait les autres soumissionnaires. En ce qui concerne la

septième branche, la partie adverse relève qu'elle a analysé l'offre de la partie requérante dans son entièreté et estime qu'au regard de l'annexe 16 de ladite offre, la partie requérante ne répondait pas aux exigences du cahier spécial des charges.

C. Mémoire en réplique

En ce qui concerne la première branche, la partie requérante estime que les explications de la partie adverse constituent une motivation a posteriori et tardive. En ce qui concerne la deuxième branche, la partie requérante renvoie au second moyen qui démontre que l'adjudicataire du marché ne répondait pas non plus aux exigences du cahier spécial des charges. En ce qui concerne la troisième branche, la partie requérante estime que le cahier spécial des charges faisait office de dialogue préalable et qu'elle en a entièrement tenu compte dans le cadre de la remise de son offre. En ce qui concerne les quatrième et cinquième branches du moyen, la partie requérante renvoie aux développements de son offre. En ce qui concerne la sixième branche, la partie requérante estime qu'il résulte de son offre qu'elle a précisé la nature et la portée des documents mis à la disposition du pouvoir adjudicateur. En ce qui concerne la septième branche du moyen, la partie requérante considère qu'il ressort de son offre que toutes les demandes émanant du pouvoir adjudicateur ne feront pas l'objet d'une facturation sous forme de crédit support. Elle estime également que l'annexe 16 concernait la question n° 43 et non pas la question n° 42 et n'était dès lors pas relevante pour analyser cette dernière. Au surplus, elle renvoie aux développements de sa requête.

D. Dernier mémoire de la requérante

Dans son dernier mémoire, la requérante s'en réfère à la sagesse du Conseil d'Etat.

VII.2. Appréciation du Conseil d'Etat

L'acte attaqué déclare l'offre de la requérante irrégulière en se fondant sur les motifs suivants du rapport d'attribution :

«

4. Analyse de la régularité des offres des soumissionnaires sélectionnés

N°	Nom	Irrégularités substantielles ?	Irrégularités non-substantielles?	Visite[1]
1	BE IP SA	Non	Non	En ordre
2	FUZER SA	Oui	Non	En ordre
3	TRANZCOM SA	Oui	Non	En ordre

[1] *Visite du site*

Les offres de la SA Fuzer et de la SA Tranzcom contiennent des irrégularités substantielles dont le détail est repris dans les annexes 1 et 2 ci-jointes, lesquelles peuvent être résumées comme suit :

- Fuzer

Prix anormalement bas non justifié, les téléphones classiques ont un affichage en niveau de gris et non couleur comme demandé, le soumissionnaire ne prévoit pas de phase de validation après signature du bon de commande et assimile la mise en production à la seule signature d'un handover form faisant apparaître les défauts encore à régler, or la réception du projet ne peut être opérée qu'à la seule condition que le projet ne fasse plus l'objet d'aucune carence. Ce soumissionnaire ne décrit pas les impacts des changements de versions mineures ou majeures, par ailleurs, ils ne décrivent pas la documentation laissée au PA en vue d'assurer la continuité de service. Pour terminer, il est écrit dans le contrat de support que chaque demande fera l'objet d'une consommation des crédits de support, ce point contrevient avec le CSC.

».

L’annexe 2 du rapport d’attribution, intitulée « bordereau d’analyse technique », contient le détail des appréciations de l’auteur du rapport sur la conformité de l’offre de la requérante avec les exigences techniques contenues dans les documents du marché.

Il résulte des motifs du rapport, que l’acte attaqué fait siens, que sept irrégularités ont été relevées dans l’offre de la requérante et que chacune de ces irrégularités a été considérée comme substantielle par le pouvoir adjudicateur.

Dans son moyen, la requérante ne conteste pas le caractère substantiel de ces diverses irrégularités. Elle se limite à critiquer les motifs de l’acte attaqué selon lesquels des « prix anormalement bas » ne sont pas justifiés, l’offre « ne prévoit pas de phase de validation après signature du bon de commande », l’offre ne décrit pas « la documentation laissée au PA en vue d'assurer la continuité du service », et l'offre prévoit « que chaque demande fera l'objet d'une consommation de crédits de support » alors que cela contrevient au cahier des charges.

Elle admet en revanche que sont corrects les motifs de l’acte attaqué selon lesquels « les téléphones classiques ont un affichage en niveau de gris et non en couleur comme demandé », l’offre « assimile la mise en production à la seule

signature d'un *handover form* faisant apparaître les défauts encore à régler » et l'offre « ne décrit pas les impacts des changements de versions mineures ou majeures ».

L'article 76, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit que « lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle ».

Il résulte de cette disposition que le constat de la présence d'une irrégularité substantielle dans une offre contraint le pouvoir adjudicateur à la déclarer nulle. Il ne dispose à cet égard d'aucun pouvoir d'appréciation.

Le moyen de la requérante ne conteste pas le caractère substantiel des irrégularités constatées au sujet de son offre et ne met pas en cause l'ensemble de celles-ci de sorte que celles qui ne sont pas contestées suffisent à justifier l'éviction de la requérante.

Dans ces circonstances, le premier moyen est inopérant et donc irrecevable.

VIII. Deuxième moyen

VIII.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante prend un deuxième moyen qu'elle déduit de « la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment de son article 4, de la violation de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation formelle, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux de fournitures et de services, notamment en ses articles 29/1, § 1er, alinéa 1, 2° et 29/1, § 1er, alinéa 3, 2°, de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3, du principe général de droit selon lequel tout acte administratif doit reposer sur des motifs de droit et de fait exacts, pertinents et admissibles, du principe de transparence, du principe général de comparaison effective des offres, du principe de minutie, du principe de bonne administration et l'erreur manifeste d'appréciation ».

La partie requérante soutient que la partie adverse n'a pas sanctionné l'offre de l'adjudicataire d'irrégularité alors que cette offre ne permettait pas d'établir avec certitude qu'elle proposait un modèle de téléphone classique avec un affichage écran couleur. Elle estime que, ce faisant, la partie adverse a rompu le lien d'égalité devant exister entre les différents soumissionnaires, dès lors que l'offre de la partie requérante a été sanctionnée d'irrégularité pour ne pas avoir proposé un téléphone avec affichage couleur. Elle ajoute que son offre contenait également un modèle de téléphone couleur de la gamme VVX pour les postes fixes à l'accueil et que la partie adverse aurait pu aisément négocier le prix de son offre afin d'intégrer ces téléphones couleurs pour les postes classiques.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse soutient que l'offre de BE IP n'était pas irrégulière, dès lors qu'elle proposait bien un modèle de téléphone disposant d'un affichage couleur. Elle produit à l'appui de son argumentation un extrait de l'offre de BE IP.

C. Mémoire en réplique

La partie requérante demande la levée de la confidentialité de l'extrait de l'offre de l'adjudicataire produit par la partie adverse et permettant de démontrer que celui-ci proposait bien un modèle avec affichage couleur. Elle relève qu'au vu des pièces qui lui ont été communiquées par la partie adverse préalablement à l'introduction de son recours, elle n'était pas en mesure de vérifier que l'offre déposée par la S.A. BE IP portait sur des postes téléphoniques classiques conformes aux exigences du cahier spécial des charges. Elle conclut que le moyen est fondé.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse expose ce qui suit :

« 17. La critique de la partie requérante porte sur la question n°24. Cette question est libellée comme il suit :
" Le soumissionnaire présente et décrit les postes classiques proposés".

18. Le rapport d'attribution, de 110 pages, comprend une partie relative aux irrégularités et un résumé des réponses du soumissionnaire.
Au niveau de l'analyse de la régularité des offres, chaque offre fait l'objet d'une analyse minutieuse de la part de la partie adverse. Deux offres sur les trois déposées sont déclarées nulles : celles de la partie requérante et de TRANZCOM.
Pour ces deux soumissionnaires, la partie adverse retient comme étant constitutive d'une irrégularité substantielle le fait que les téléphones classiques ne prévoient pas d'affichage couleur :

[…]
A l'inverse, la partie adverse relève expressément que l'offre de l'attributaire ne contient pas d'irrégularités :
[…]
A suivre le raisonnement de l'Auditorat, il faudrait que pour chaque irrégularité relevée dans l'offre d'un soumissionnaire, un pouvoir adjudicateur devrait préciser expressément que celle-ci n'est pas présente dans l'offre de l'attributaire.
Comme il le sera démontré ci-après, cette exigence s'écarte pourtant des objectifs poursuivis par la motivation formelle.

19. Tout d'abord, relevons que l'Auditorat semble interpréter de manière large la critique de la partie requérante à cet égard. Dans sa requête, la partie requérante soutenait que la partie adverse avait rompu le principe d'égalité entre les soumissionnaires en les traitant différemment :
[…]
Or, il n'en est rien : l'attributaire avait proposé un écran couleur et avait précisé dans son offre le modèle utilisé, contrairement à ce que soutient la partie requérante.
S'il est vrai que la loi sur la motivation formelle est visée dans les dispositions violées, elle n'est pas étayée et le moyen n'est développé par la partie requérante que sur la base de l'égalité de traitement et le constat d'irrégularité de l'offre de l'attributaire.
Il en va de même en ce qui concerne le mémoire en réplique : aucun développement ne concerne la motivation. La partie requérante se contente de soutenir qu'elle n'était pas en mesure de vérifier la régularité de l'offre de l'attributaire :
[…]

20. Or, il n'en est rien. Comme expliqué ci-devant, le rapport et l'annexe précisaient expressément que l'offre répondait aux exigences du cahier spécial des charges en ce qui concerne les téléphones classiques, sauf à soutenir que la partie adverse n'aurait pas retranscrit ce qu'il a effectivement constaté dans l'offre.

21. Ensuite, relevons que, sur la base de la jurisprudence de votre Conseil, cette motivation est suffisante :
" Une décision positive qui constate la régularité d'une offre, sans que l'examen de sa régularité ait suscité quelque difficulté, peut comporter une motivation plus succincte qu'une décision qui constate l'irrégularité d'une offre. Pour admettre une telle motivation plus succincte, encore faut-il que le pouvoir adjudicateur n'ait précisément pas été confronté à une difficulté, qui le contraindrait à expliciter davantage les raisons pour lesquelles il a estimé que l'offre était régulière au regard de cette difficulté" [C.E., n° 243.687 du 14 février 2019].
Cette jurisprudence est transposable en l'espèce.
La S.A. BE IP a proposé un poste de la gamme VVX de la marque POLYCOM et a proposé un affichage couleur. Son offre a été déclarée régulière de sorte que la motivation peut être succincte. Demander davantage revient à solliciter les motifs des motifs, auxquels le pouvoir adjudicateur ne saurait être tenu. [C.E., n°181.351 du 19 mars 2008].
Il en va de même lorsqu'en l'espèce, l'offre de l'attributaire est régulière. Si une offre ne soulève pas de problème, la partie adverse n'est pas tenue de donner les motifs des motifs.
De par les termes utilisés dans l'acte attaqué, la partie requérante ne pouvait ignorer que l'attributaire avait bel et bien proposé un écran couleur.

22. S'agissant de la motivation formelle d'une décision ayant trait à la sélection d'un soumissionnaire, la jurisprudence de Votre Conseil a déjà jugé que :
" Il ne peut être exigé du pouvoir adjudicateur qu'il exprime en détails, pour

chaque critère de sélection et à la lumière de chacun des documents remis par chaque soumissionnaire, les raisons positives pour lesquelles il estime qu'une candidature ne doit pas être écartée ; que la partie adverse n'est pas tenue de donner les motifs de ses motifs " [C.E., arrêt du 24 juin 2009, n° 194.625 ; C.E., arrêt du 4 février 2013, n° 222.372. Dans le même sens C.E., arrêt du 13 mars 2020, n° 247.313].

Il en va de même de l'annexe qui prévoit expressément que le téléphone répond aux exigences du cahier spécial des charges :
[…]
Votre Conseil a également déjà jugé que :

" La mention 'OK' figurant au regard de la dénomination de la société atteste à suffisance et permet de comprendre, sans que soit requise une motivation plus détaillée, que le pouvoir adjudicateur a constaté que les documents requis avaient bien été joints à l'offre de la société et correspondaient aux exigences du cahier spécial des charges". [C.E., n°228.931 du 24 octobre 2014].

Comme relevé ci-devant, demander davantage revient à nouveau à solliciter les motifs des motifs, ce qui ne peut être admis.

23. S'il fallait par impossible considérer que les motifs des motifs devaient être repris dans la décision communiquée, force est toutefois que la partie requérante disposait de cette information en lisant la réponse à la question n°33 concernant l'attributaire :

Pour réaliser ces tests, nous utiliserons
· 2 téléphones analogiques connectés sur 2 boitiers Patton différents
· 3 téléphones IP
o 1x VVX600 : extension 1
o 1x VVX411 : extension 2
o 1x VVX411 : extension 3

L'ensemble des téléphones listés dans la réponse à la question 33 prévoient un écran couleur.

24. Enfin, comme l'a relevé Madame l'Auditeur, à la lecture de son offre, il ne fait aucun doute que ce poste dispose d'un écran tactile LCD couleur, contrairement à celui proposé par la partie requérante.
[…] ».

E. Dernier mémoire de la requérante

Dans son dernier mémoire, la partie requérante fait valoir ce qui suit :

« a) Le moyen d'annulation vise expressément la violation de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs ainsi que, notamment, la violation des articles 10 et 11 de de la Constitution en ce que la partie adverse juge l'offre de la SA BE IP régulière et prend la décision de lui attribuer le marché alors que, en l'espèce, l'offre de la SA BE IP est - ou à tout le moins "apparaît" - à la lecture de la motivation de l'acte attaqué irrégulière et aurait dû - sauf à violer la principe d'égalité - être écartée, puisqu'à la lecture de l'acte attaqué, la partie requérante ne peut comprendre pour quelles raisons la partie adverse a estimé que l'offre de la SA BE IP répondait effectivement au cahier spécial des charges.

b) Le bordereau d'analyse technique fait, en effet, état – sous le critère n° 24 "évaluation" – de ce que :
- "Le poste téléphonique classique est conforme aux prescriptions du CSC" ;
alors que la réponse de la SA BE IP - telle qu'elle émane de l'acte attaqué - précise, uniquement, sous ce même critère n° 24, et en substance que :

“ ... nous recommandons dans votre cas la marque ‘Polycom’ et plus précisément la gamme ‘VU’ ”.

Or, comme déjà développé par la partie requérante, il convient de rappeler que:

- la réponse apportée par la SA BE IP à ce critère est - selon l'acte attaqué - large et peu précise puisque cette dernière propose d'utiliser pour les postes de téléphones “classiques” la “gamme VVX” de la “marque Polycom“, sans toutefois préciser quelle gamme exacte sera privilégiée ;
- le point V.6.3.1 du CSC concernant les postes de téléphone “classiques” imposent que ces téléphones répondent à plusieurs conditions (pièce n°1), étant entendu qu'une de ces conditions est que l'écran soit un “écran tactile LCD couleur de 3.5" ” ;

- la réponse donnée par la SA BE IP — selon l'acte attaqué- ne pouvait donc pas être considérée comme régulière puisque selon la gamme VVX :
  * certains postes de téléphones ont un affichage couleur ;
  * tandis que d'autres ont un affichage noir et blanc ;

  Il en résulte que si, sans doute :
  - dans son offre, la S.A BE IP, mentionne, notamment, que:
    “ Le poste classique proposé sera le Polycom VVX411 équipé : d'un écran LCD couleur, rétroéclairé de 3.5 pouces (320 x 240 pixels. (..)” ;

    et que :
  - la partie adverse a, estimé que l'offre de la SA BE IP répondait aux exigences du cahier spécial des charges ;

  il n'en reste pas moins que – à la lecture de l'acte attaqué – la partie requérante n'a pas été en mesure de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a pu conclure à une telle conformité.

c) Conformément à la jurisprudence de Votre Conseil d'État et de la Cour de Justice de l'Union Européenne – outre la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle telle que rappelée par M^{me} l'Auditeur – la motivation formelle de la décision doit, par définition, émaner de la décision, précisément, pour permettre aux justiciables de décider, en pleine connaissance de cause, de la possibilité ou non d'introduire avec des chances appréciables de succès un recours devant le Conseil d'État.

[…]

d) La thèse de la partie adverse selon laquelle la partie requérante disposait, à tout le moins de l'information pertinente, en lisant la réponse à la question n° 33 du bordereau d'analyse technique ne peut être suivie.

En effet :

- d'une part : le critère n° 33 porte sur la question suivante :
  “ Le soumissionnaire présente et décrit le cahier de recette. Le soumissionnaire présente et décrit finement la méthodologie de test ainsi que les livrables liés”,

  à laquelle l'évaluation suivante est réservée par le pouvoir adjudicateur :
  “ Le cahier de recette intègre tant les tests réalisés par le soumissionnaire que les tests réalisés par le PA, ces derniers peuvent être faits avec l'assistance de l'adjudicataire du marché” ;

  sans que ni cette question ni cette évaluation ne permettent à la partie requérante d'en déduire qu'il portera nécessairement et obligatoirement sur les postes téléphoniques proposés par la SA BE IP;
- d'autre part : et en ce qui concerne, cette fois, la réponse y réservée par la SA BE IP, il ne s'agit, formellement, que des appareils utilisés pour “réaliser les tests” sans que, à nouveau, la partie requérante ne puisse nécessairement et obligatoirement en déduire qu'il s'agira, *in fine*, bel et bien des appareils téléphoniques proposés par la SA PE IP.

Il résulte de ce qui précède que le deuxième moyen est fondé ».

VIII.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Le point V.6.3.1. du cahier spécial des charges contenait les exigences techniques suivantes au sujet des « postes classiques » à fournir :

« V.6.3.1. Postes classiques :

Pour les postes de téléphone classique, il est demandé un téléphone SIP qui réponde aux prescrits suivants :

- Ecran tactile LCD de couleur 3,5"
- Messagerie vocale
- Base réglable en hauteur
- Son HD
- Code G711 & G729
- Générateur DTMF
- 10 touches programmables
- Switch interne 1 GB
- Gestion de 10 lignes téléphoniques ».

La question 24 du bordereau d'analyse technique imposé par les documents du marché aux soumissionnaires les invitait à présenter et à décrire les « postes classiques proposés ».

Dans la réponse à cette question, contenue dans le bordereau technique joint à son offre, la SA BE IP a notamment précisé que « le poste classique proposé sera […] équipé : d'un écran LCD couleur rétroéclairé de 3,5 pouces (320*240 pixels) ».

Au vu de cette réponse, la partie adverse a pu conclure – sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation – que l'offre de la SA BE IP était conforme à l'exigence du cahier des charges que soient fournis des « postes classiques » équipés d'un écran couleur. Cette offre n'était par conséquent pas affectée de la même irrégularité, qualifiée de substantielle par le pouvoir adjudicateur, que celle relevée dans l'offre de la requérante.

Le moyen est donc non fondé en ce qu'il est déduit de l'erreur manifeste d'appréciation et de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, du principe général de droit selon lequel tout acte administratif doit reposer sur des motifs de droit et de fait exacts, pertinents et admissibles, du principe de transparence, du principe général de comparaison effective des offres, du principe de minutie, du principe de bonne administration.

Comme le relève la partie requérante, dans l’évaluation du bordereau d’analyse technique de la SA BE IP transmise lors de la communication des motifs du rejet de son offre, n’était reprise qu’une version abrégée de la réponse de la SA BE IP à la question n° 24, ne comportant pas la précision que les téléphones fournis seraient équipés d’un écran couleur.

L’évaluation de cet aspect de l’offre par le pouvoir adjudicateur était toutefois communiquée et précisait, de manière plus générale, que « le poste téléphonique classique [était] conforme aux prescrits du CSC ».

La partie requérante affirme, dans ce contexte, que la motivation formelle de l’acte attaqué ne lui permettait pas de comprendre pourquoi le pouvoir adjudicateur estimait le poste classique fourni par la SA BE IP conforme aux exigences techniques du marché, au vu de la réponse fournie par la SA BE IP à la question n° 24, dans la version abrégée qui lui a été communiquée.

L'obligation de motivation formelle, à laquelle la partie adverse est tenue en vertu des dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. Les motifs exprimés dans un acte administratif doivent être exacts et reposer sur les éléments du dossier administratif, celui-ci permettant de vérifier que les éléments retenus ne sont pas inexacts. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce. L'étendue nécessaire de la motivation dépend des circonstances dans lesquelles la décision est prise.

Cette obligation de motivation formelle n’impose pas au pouvoir adjudicateur de détailler, dans le texte de sa décision, les raisons pour lesquelles une offre est conforme aux exigences techniques du marché. Dès lors qu’il n’est pas contestable qu’une offre est effectivement conforme à une exigence technique, le pouvoir adjudicateur peut se limiter à le constater.

En l’espèce, le rapport d’attribution, qui fait partie intégrante de la délibération attaquée, s’il décrit certes de manière incomplète les postes classiques proposés par la SA BE IP, contient néanmoins la conclusion que « le poste téléphonique classique est conforme aux prescrits du CSC ». Cette motivation est

adéquate, dès lors qu'elle permet à la partie requérante de comprendre que les postes proposés par sa concurrente répondent à l'ensemble des exigences techniques du marché, notamment celle relative à la fourniture d'un poste classique doté d'un écran couleur.

Le moyen est donc également non-fondé en ce qu'il invoque la méconnaissance des obligations de motivation formelle incombant à la partie adverse.

IX. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite « l'indemnité de procédure de base en matière de marché public, soit 700 euros ».

Toutefois, depuis l'entrée en vigueur, le 9 juillet 2022, de l'arrêté ministériel du 22 juin 2022 relatif à l'indexation de l'indemnité de procédure visée à l'article 67 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, le montant de base de l'indemnité de procédure s'élève désormais à 770 euros.

Dès lors, il y a lieu d'accorder une indemnité de procédure de 770 euros à la partie adverse.

Le rejet du recours justifie par ailleurs que les autres dépens soient laissés à la partie requérante.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête est rejetée.

Article 2.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 31 janvier 2024, par la VI[e] chambre du Conseil d'État, composée de :

Imre Kovalovszky,	président de chambre,
David De Roy,	conseiller d'État,
Xavier Close,	conseiller d'État,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
Vincent Durieux	Imre Kovalovszky