

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 260.325 du 28 juin 2024

A. 229.528/VI-21.642

En cause : **la société anonyme VENTURIS**,
ayant élu domicile chez
M^e Cédric MOLITOR, avocat,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée VIVAQUA,
ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR, Flore VERHOEVEN, Thomas
DUBUISSON et Tom DE CORDIER, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 26 décembre 2019, la partie requérante demande l'annulation de « la décision du Conseil d'administration de la SCRL VIVAQUA du 23 octobre 2019 relative au marché de services juridiques relatif au recouvrement amiable et judiciaire des factures de consommation d'eau impayées en Région de Bruxelles-Capitale (Réf. CSCh 2046 – F05_4), par laquelle il est décidé :

- de déclarer irrégulière l'offre de la SA VENTURIS et partant de rejeter cette offre ;
- d'attribuer le marché public à un autre soumissionnaire, dont l'identité n'a pas été communiquée à la SA VENTURIS ».

II. Procédure

Un arrêt n° 246.532 du 23 décembre 2019 a rejeté la demande de suspension d'extrême urgence (ECLI:BE:RVSCE:2019:ARR.246.532). Il a été notifié aux parties.

La contribution et le droit 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.

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

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, auditeur adjoint 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 14 mars 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 17 avril 2024.

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

M^{cs} Cédric Molitor et Victor Davain, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Flore Verhoeven et Thomas Dubuisson, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits utiles

1. Le 11 janvier 2019, un avis de marché est publié au Bulletin des adjudications, annonçant le lancement par la partie adverse d'une procédure d'attribution d'un marché public de services juridiques ayant pour objet le recouvrement amiable et judiciaire des factures de consommation d'eau impayées en Région de Bruxelles-Capitale.

Le marché, soumis à la réglementation applicable aux secteurs spéciaux, est passé par procédure négociée directe avec mise en concurrence préalable, en application de l'article 159, § 1^{er}, 1°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés

publics, et est régi par un cahier spécial des charges portant la référence « CSC n° 2046 ».

Le 15 janvier 2019, un avis de marché similaire est publié au JOUE.

2. Le cahier spécial des charges, dans sa version de janvier 2019, prévoit, dans sa clause 1.5, la possibilité pour les soumissionnaires d'adresser leurs questions ou demandes d'informations complémentaires dans les sept jours ouvrables de la publication de l'avis de marché, mais aussi que :

« Indépendamment de ces questions ou demandes d'informations complémentaires, le soumissionnaire a l'obligation d'informer VIVAQUA au plus tard 10 jours ouvrables avant la date limite de la réception des offres, des éventuelles incohérences, omissions ou erreurs dans les documents du marché. À défaut, il est présumé avoir marqué son accord sur l'intégralité des documents ».

3. Sept annexes sont jointes au cahier spécial des charges. L'annexe 7 consiste en une convention relative au traitement des données à caractère personnel.

4. La section du cahier spécial des charges portant sur les clauses techniques reprend la description des prestations attendues de l'adjudicataire, ainsi que la description de la teneur de l'offre à déposer.

L'application du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (ci-après « règlement général sur la protection des données » ou « RGPD ») fait également l'objet de développements spécifiques, renvoyant notamment à l'annexe 7 :

Dans le cadre du présent marché public et conformément au Règlement (UE) 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données, ci-après "RGPD"), le responsable du traitement (ci-après "VIVAQUA") peut faire appel à des sous-traitants pour le traitement des données à caractère personnel collectées par lui (ci-après "le sous-traitant").

Ce traitement doit être régi par un contrat distinct (ci-après "contrat relatif au traitement des données à caractère personnel") définissant, entre autres, l'objet et la durée du traitement, la nature et la finalité du traitement, le type de données à caractère personnel et les catégories de personnes concernées, ainsi que les droits et obligations du responsable du traitement et du sous-traitant.

Les principales obligations du sous-traitant dans le cadre du contrat de sous-traitance sont précisées pour information ci-dessous et formellement énoncées dans le contrat de sous-traitance, qui se trouve à l'annexe 7. En cas d'attribution du marché, le sous-traitant s'engage à signer ce contrat.

2.7.2. Principales obligations du sous-traitant en vertu du RGPD

Le traitement aura toujours lieu exclusivement sur la base des instructions écrites de VIVAQUA, auxquelles le sous-traitant doit se conformer, à moins que, selon le candidat sous-traitant, une instruction ne constitue un manquement au RGPD, auquel cas le sous-traitant en informera VIVAQUA.

Le candidat sous-traitant doit présenter des garanties suffisantes quant à sa conformité au RGPD et celles de ses sous-traitants ultérieurs et quant à la mise en œuvre des mesures techniques et organisationnelles visées au point 2.7.4 de manière à garantir les droits des personnes concernées dont les données à caractère personnel sont traitées. Ces garanties seront décrites dans l'offre du candidat sous-traitant.

Le sous-traitant veille à ce que tous les employés et sous-traitants ultérieurs qui ont accès aux données à caractère personnel fournies par VIVAQUA soient soumis à des obligations de confidentialité dans le cadre du traitement de ces données à caractère personnel.

Le sous-traitant ne peut faire appel à des sous-traitants ultérieurs autres que ceux décrits dans son offre qu'à condition qu'il ait reçu au préalable l'approbation écrite de VIVAQUA. Il doit également y avoir un contrat entre le sous-traitant et des sous-traitants ultérieurs couvrant les mêmes droits et obligations que ceux fixés dans le contrat de sous-traitance ; copie du ou des contrats concernés

sera remis par le sous-traitant à VIVAQUA avant tout traitement de données à caractère personnel.

Le sous-traitant aidera VIVAQUA à respecter toutes ses obligations en vertu du RGPD. Ainsi, le sous-traitant devra fournir à VIVAQUA les informations nécessaires en cas de manquement/violation en matière de données à caractère personnel. Le sous-traitant prêtera également son assistance lors de l'exercice des droits des personnes concernées et des actions entreprises par VIVAQUA à cet égard.

Au terme du traitement, le sous-traitant devra arrêter le traitement des données à caractère personnel fournies par VIVAQUA et renvoyer ou supprimer les copies existantes en fonction des instructions de VIVAQUA. Cette instruction devra également être transmise aux sous-traitants ultérieurs.

A la demande de VIVAQUA, le sous-traitant mettra à disposition toutes les informations nécessaires pour démontrer le respect de toutes les obligations qui lui sont imposées et permettra la réalisation d'audits, y compris des inspections, par VIVAQUA (ou son représentant).

Le sous-traitant ne transférera pas de données à caractère personnel en dehors de l'UE et empêchera l'accès aux données à caractère personnel à partir d'un pays n'appartenant pas à l'UE, à l'exception de pays qui assurent un niveau de protection adéquat des données suivant une décision d'adéquation de la Commission européenne. **Les candidats sous-traitant mentionneront clairement dans leur offre si un tel transfert est envisagé et, le cas échéant, y joindront la décision d'adéquation susvisée.**

Le cahier spécial des charges énonce également des mesures techniques et organisationnelles à mettre en place pour garantir la sécurité des données à caractère personnel.

Le cahier spécial des charges liste les critères d'attribution comme il suit :

3.4 Critères d'attribution

Le présent marché sera attribué sur base des critères d'attribution suivants :

- | | |
|---|-------------|
| 1. Les conditions financières remises (cfr. inventaire de prix) | (40 points) |
| 2. La qualité de la méthodologie proposée | (30 points) |
| a. En vue d'optimiser le recouvrement amiable | (15 points) |
| b. En vue d'optimiser le recouvrement judiciaire | (10 points) |

- c. En vue de limiter le montant des frais d'huissier mis à charge de VIVAQUA en phase judiciaire (5 points)
- 3. La qualité du système de gestion informatique proposé (20 points)
 - a. Fonctionnalités proposées (10 points)
 - b. Qualité des outils de reporting (10 points)
- 4. La qualité de l'équipe proposée (nombre de personnes affectées, expérience de ce type de contentieux) (10 points)

Enfin, le point 3.8 du cahier spécial des charges aborde le processus de négociation que peut mener l'entité adjudicatrice :

3.8 Négociations

En fonction de la teneur des offres, VIVAQUA se réserve le droit

- de ne pas procéder à des négociations et d'attribuer le marché directement au soumissionnaire présentant l'offre la plus avantageuse.
- de solliciter des soumissionnaires concernés une correction des irrégularités substantielles et/ou non substantielles de leur offre,
- d'adapter le présent cahier spécial des charges sur certains points et de reconsulter ensuite l'ensemble des soumissionnaires en vue de recevoir des offres adaptées,
- d'établir une « short-list » des soumissionnaires invités à poursuivre les négociations, après une première évaluation du marché.

Il appartient uniquement à VIVAQUA de solliciter ou non, auprès d'un, plusieurs ou l'ensemble des soumissionnaires, l'introduction d'une nouvelle offre après la date limite de réception des offres.

Dans l'hypothèse où un soumissionnaire ne remettrait pas une offre adaptée dans le délai fixée par VIVAQUA dans le cadre des négociations, l'offre initiale ou précédente sera prise en compte en vue de l'évaluation de ce soumissionnaire.

5. Plusieurs avis de marché rectificatifs sont ensuite publiés, tant au Bulletin des mars 2019 ; avis de marché rectificatif n° 3, publié au BDA le 7 mars 2019 et publié au JOUE le 12 mars 2019).

Les deux premiers visent notamment à reporter la date de remise des offres, la déplaçant du 28 février 2019 au 5 mars 2019, puis au 25 mars 2019.

6. L'avis de marché rectificatif n° 3, publié au BDA le 7 mars 2019 et au JOUE

Ces clarifications sont apportées sous la forme d'une nouvelle version du cahier spécial des charges de « maart 2019 » et portent spécifiquement sur :

- les annexes au cahier spécial des charges (point 1.7) ;
- la charge de travail (point 2.2) ;
- l'outil informatique utilisé (point 2.4) ;
- le traitement des données personnelles (point 2.5.4) ; et
- l'application du Règlement général sur la protection des données (point 2.7).

7. Le point 2.7 précité, au sujet de l'application du RGPD impose à l'adjudicataire

Il impose également désormais la signature de la nouvelle annexe 8 à conclure avec le responsable de traitement subsidiaire, ce qui vise spécifiquement l'huissier travaillant en collaboration avec l'adjudicataire.

De plus, le point 2.7.2 reprenant les « Principales obligations de l'adjudicataire en vertu du RGPD », est également modifié, notamment par l'ajout d'un paragraphe aux développements déjà présents dans le cahier spécial des charges de janvier 2019 :

« [...] »

L'adjudicataire ne transférera pas de données à caractère personnel en dehors de l'UE et empêchera l'accès aux données à caractère personnel à partir d'un pays n'appartenant pas à l'UE, à l'exception de pays qui assurent un niveau de protection adéquat des données suivant une décision d'adéquation de la Commission européenne. **Les soumissionnaires mentionneront clairement dans leur offre si un tel transfert est envisagé et, le cas échéant, y joindront la décision d'adéquation susvisée.**

Dans ce cadre, il est rappelé aux soumissionnaires qu'hormis les situations très spécifiques de l'article 49 du règlement général sur la protection des données, le traitement et le transfert de données vers un pays qui n'est pas membre de l'Union européenne sont uniquement autorisés i) si le pays en question assure un niveau de protection adéquat et, ce faisant, figure sur la liste correspondante de la Commission européenne ou ii) dans l'hypothèse où le pays en question n'assure pas un niveau de protection adéquat, des garanties appropriées quant au transfert et au traitement des données sont prévues dans les conditions de l'article 46 du règlement général sur la protection des données. Pour rappel :

- point i) : la liste qui sera prise en considération sera celle en vigueur à la date du dépôt de l'offre. La liste de ces pays est définie par la Commission européenne et peut être consultée sur le site Internet suivant : https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-transfersoutside-eu/adequacy-protection-personal-data-non-eu-countries_fr ;
- point ii) : la Commission européenne reconnaît uniquement à l'heure actuelle les clauses contractuelles types offrant des garanties suffisantes au sens de l'article 46, § 2, c), du règlement général sur la protection des données ».

8. Un quatrième avis de marché rectificatif est publié au Bulletin des adjudications le 27 mars 2019 et au JOUE le 1^{er} avril 2019.

Par cet avis, l'entité adjudicatrice corrige l'inventaire des prix, apporte des précisions aux « questions-réponses » et reporte la date de remise des offres au 8 avril 2019.

9. Onze offres sont déposées dans le délai de remise fixé, dont celle d'Euro Fides Management, celle de Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen et celle de la requérante.

10. La partie adverse procède à un premier examen des offres et adresse un courrier concernant les irrégularités potentielles de leur offre avec invitation à les corriger, en leur demandant des précisions nécessaires à l'examen de la régularité de leur offre et en les invitant à compléter, voire adapter leur offre en tenant compte des éléments transmis.

Le courriel adressé à la requérante comprend, d'une part, des « précisions générales destinées à l'ensemble des soumissionnaires » et lui demande, d'autre part, des « compléments d'informations et/ou justifications qui [sont nécessaires à l'entité adjudicatrice] en vue de prendre position par rapport à la régularité et/ou évaluation de [l']offre, ainsi que des irrégularités à corriger conformément à l'article 3.8 du cahier des charges ».

Dans les précisions générales communiquées à l'ensemble des soumissionnaires, la partie adverse invite ceux-ci à transmettre un document spécifique concernant le critère « qualité de l'équipe proposée », reprenant les éléments nécessaires à la cotation suivants :

- « - le nombre de personnes équivalents temps-plein (ETP) qui seront spécifiquement dédiées pour VIVAQUA à la gestion de la phase amiable (1) et des audiences judiciaires (2), avec identification des postes repris dans la justification des prix et sur lesquels le coût de ces personnes s'impute ;
- l'expérience de chacune des deux équipes dans la gestion d'un contentieux d'un client actif dans le secteur des « *utilities* » (sociétés travaillant dans les secteurs de l'eau, du gaz et de l'électricité), avec identification des clients concernés ».

La partie adverse informe également les soumissionnaires d'une adaptation apportée à la clause 2.7.2 du cahier spécial des charges portant sur l'application du Règlement général de protection des données. Cette modification est expliquée comme suit :

2) Adaptation de l'article 2.7.2 du cahier des charges n°2046

Le dernier paragraphe de l'article 2.7.2 du cahier des charges 2046 (voir ci-dessous) est en contradiction avec l'article 12 des annexes 7 et 8 (contrat relatif au traitement des données à caractère personnel) et doit être supprimé.

- « Dans ce cadre, il est rappelé aux soumissionnaires qu'hormis les situations très spécifiques de l'article 49 du règlement général sur la protection des données, le traitement et le transfert de données vers un pays qui n'est pas membre de l'Union européenne sont uniquement autorisés*
- i) si le pays en question assure un niveau de protection adéquat et, ce faisant, figure sur la liste correspondante de la Commission européenne ou*
 - ii) dans l'hypothèse où le pays en question n'assure pas un niveau de protection adéquat, des garanties appropriées quant au transfert et au traitement des données sont prévues dans les conditions de l'article 46 du règlement général sur la protection des données. Pour rappel :*
 - point i) : la liste qui sera prise en considération sera celle en vigueur à la date du dépôt de l'offre. La liste de ces pays est définie par la Commission européenne et peut être consultée sur le site Internet suivant : https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-transfersoutside-eu/adequacy-protection-personal-data-non-eu-countries_fr*
 - point ii) : la Commission européenne reconnaît uniquement à l'heure actuelle les clauses contractuelles types offrant des garanties suffisantes au sens de l'article 46, § 2 , c), du règlement général sur la protection des données. »*

Dans le cadre des remarques formulées à titre d'« information/justifications complémentaires » spécifiques à la requérante, la partie adverse souligne d'abord l'irrégularité de l'offre de la requérante sur plusieurs points au regard du Règlement général de protection des données. Elle constate à cet égard que la requérante prévoit le transfert ou l'accès aux données à caractère personnel à sa filiale tunisienne, alors que la Commission européenne n'a pas pris « à ce jour » de décision d'adéquation en termes de protection des données concernant la Tunisie.

Ensuite, dans le cadre de la « vérification des prix », la partie adverse sollicite plusieurs informations et justifications du contenu de l'offre initiale de la requérante. Elle réclame notamment une « description des coûts et hypothèses pris en compte pour établir [ses] prix [...] [mentionnant] clairement le nombre de personnes équivalents temps plein prises en compte pour l'établissement du prix et qui sera pris en considération pour la cotation du critère “qualité de l'équipe proposée” ».

L'entité adjudicatrice invite la requérante à compléter ou à revoir son offre sur la base des éléments indiqués, pour le 11 juin 2019.

11. À la suite des courriels du 29 mai 2019, tous les soumissionnaires déposent u

Il s'agit, pour Euro Fides Management et Modero Gerechtsdeurwaarders,

d'offres intermédiaires.

La requérante dépose, quant à elle, une offre finale qu'elle qualifie de « BAFO ». Cette offre ne reprend cependant pas l'intégralité de l'offre initiale déposée en avril 2019, mais constitue plutôt un document contenant les réponses de la requérante aux questions posées par l'entité adjudicatrice dans son courriel du 29 mai 2019 et remplaçant, sur certains points bien spécifiques, le contenu de l'offre initiale d'avril 2019.

Il ressort de cette offre finale que la requérante y conteste la légalité de l'adaptation de la clause 2.7.2 du cahier spécial des charges, apportée par l'entité adjudicatrice dans son courriel du 29 mai 2019, et ne modifie pas son offre initiale au regard de cette adaptation.

12. L'entité adjudicatrice rédige, le 23 juillet 2019, un rapport intermédiaire d'ar

Dans ce cadre, elle procède à une analyse de la régularité des offres, puis à la cotation des offres jugées régulières, au regard de la méthodologie de cotation transmise en mai 2019.

A l'issue de cette analyse, l'entité adjudicatrice établit une « *short-list* » de trois soumissionnaires et les invite à remettre une offre finale (BAFO). Seuls Euro Fides Management et Modero Gerechtsdeurwaarders donnent suite à cette invitation et déposent une BAFO.

13. Le 27 septembre 2019, le rapport d'attribution final du marché est établi par

14. Le 23 octobre 2019, le conseil d'administration de la partie adverse décide de faire sien les motifs repris dans le rapport d'attribution, de déclarer nulle et d'écarter l'offre de la requérante et d'attribuer le marché à la société Euro Fides Credit Management.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Cette décision de l'entité adjudicatrice, en ce qu'elle conclut à la nullité et à l'écartement de l'offre de la requérante, lui reproche deux irrégularités substantielles.

Premièrement, l'entité adjudicatrice relève la non-conformité des offres

de la requérante à l'article 2.7.2 du cahier spécial des charges et à l'article 12 des annexes 7 et 8 reprenant les contrats relatifs au traitement des données à caractère personnel.

Deuxièmement, l'entité adjudicatrice estime que le prix proposé par la requérante n'est pas valablement justifié au regard du nombre de personnes équivalents temps-plein renseigné dans le cadre du critère d'attribution de la « qualité de l'équipe proposée ».

15. Le constat d'irrégularité de l'offre de la requérante lui est notifié par courriel et par courrier recommandé le 28 octobre 2019.

Cette notification reprend, d'une part, l'extrait du rapport d'attribution établi le 27 septembre 2019 portant sur les irrégularités substantielles constatées dans l'offre de la requérante et, d'autre part, l'annexe 5 à ce rapport d'attribution, constituant une « réponse aux arguments de Venturis en matière de RGPD ».

IV. Premier moyen, seconde branche

IV.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante soulève un premier moyen pris « de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 4, 83, 84 et 159 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de 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, des articles 44 et 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, du cahier spécial des charges, des principes de bonne administration et, en particulier, du devoir de minutie, du principe d'égalité et de concurrence entre soumissionnaires, du principe de transparence et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que de l'absence de motifs, de l'erreur de fait, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir ».

Dans la seconde branche du moyen, la requérante affirme que les prétendues irrégularités dénoncées par la partie adverse ne sont pas des irrégularités substantielles et que les motifs invoqués pour justifier la décision attaquée sont insuffisants.

D'une part, elle estime que l'exigence de ne pas transférer des données à caractère personnel en dehors de l'Union européenne, à l'exception des pays bénéficiant d'une décision d'adéquation, ne peut être qualifiée de condition essentielle du marché dont le non-respect constituerait une irrégularité substantielle. Selon elle, il n'est pas fait mention du caractère substantiel de cette exigence dans les documents du marché, ajoutant que les termes de l'article 2.7 du cahier spécial des charges mentionnaient que les obligations en termes de RGPD y étaient mentionnées « pour information » et qu'il était renvoyé à l'annexe 7. Elle ajoute que la circonstance qu'il était mentionné, en caractère gras, que les soumissionnaires devaient mentionner dans leur offre si un transfert de données était envisagé et, le cas échéant, la décision d'adéquation, ne suffit pas à conclure à l'existence d'une irrégularité substantielle.

D'autre part, elle estime que c'est à tort que la partie adverse a considéré que le prix de son offre n'était pas valablement justifié au regard du nombre d'équivalents temps-plein (ETP). Elle rappelle en effet que le nombre d'ETP renseigné dans son offre était spécifiquement dédié au marché de la partie adverse, mais pas exclusivement. Elle souligne avoir expliqué cet état de fait dans les justifications complémentaires apportées dans sa « BAFO », permettant de comprendre le coût de traitement humain d'un dossier, en adéquation avec le prix proposé. Elle estime qu'il est donc inexact d'affirmer que l'engagement sur le nombre d'ETP dédié au marché n'est pas clair et d'en conclure l'irrégularité substantielle de l'offre de la requérante.

B. Mémoire en réponse

En réponse, la partie adverse rappelle d'abord les principes relatifs à la détermination d'une irrégularité substantielle. Elle analyse ensuite chacune des deux irrégularités substantielles reprochées à l'offre de la requérante.

Quant à la première irrégularité substantielle portant sur la non-conformité de l'offre à l'article 2.7.2. du cahier spécial des charges et à l'article 12 des annexes 7 et 8, la partie adverse souligne que l'exigence non respectée était soulignée en gras dans le cahier spécial des charges, ce qui indiquait sa volonté d'y attacher un caractère essentiel. En outre, selon elle, ce caractère essentiel ne fait aucun doute au regard des développements consacrés à cet aspect du RGPD dans les documents du marché. Elle ajoute encore que l'irrégularité en cause est de nature à rendre incertain l'engagement de la requérante à exécuter le marché dans les conditions prévues, spécifiquement au regard du respect de l'article 12 des annexes 7

et 8 en cas d'attribution du marché litigieux, mais aussi qu'elle donne un avantage discriminatoire à la requérante en lui permettant d'offrir des prix inférieurs aux autres soumissionnaires. Elle rappelle enfin qu'elle a offert à la requérante la possibilité de régulariser son offre au regard de l'irrégularité en cause, dont cette dernière avait donc été informée.

Quant à la seconde irrégularité substantielle, la partie adverse concède que son identification dans le rapport d'attribution est maladroite lorsqu'elle renseigne l'irrégularité comme visant le « prix non valablement justifié » alors que le constat d'irrégularité substantielle concerne l'analyse du critère d'attribution de la « qualité de l'équipe proposée » et, plus précisément, l'identification du coût des ETP dans la justification des prix remis. Selon elle, l'irrégularité retenue résulte de la contradiction entre le nombre d'ETP renseigné par la requérante dans son offre initiale et la justification des prix dont il ressort que seuls 0,5 ETP sont dédiés à l'exécution du marché au lieu des 15 annoncés. Elle reprend différents éléments du calcul menant au coût de 0,5 ETP. Elle en conclut qu'elle n'était pas en mesure de vérifier l'engagement pris par la requérante quant au nombre de personnes spécifiquement dédiées pour l'exécution du marché, mais aussi d'évaluer l'offre de la requérante au regard du critère « qualité de l'équipe proposée ».

C. Mémoire en réplique

En ce qui concerne l'irrégularité substantielle de son offre relative au nombre d'équivalents temps plein effectivement affectés à l'exécution du marché, elle rappelle avoir justifié le prix proposé tout en maintenant un nombre de 15 ETP mis à disposition pour l'exécution du marché. Elle estime que le coût de l'équipe de 15 ETP est parfaitement identifiable dans la justification des prix remis.

Elle ajoute que l'équipe de 15 ETP proposée sera disponible pour répondre à la partie adverse et à ses débiteurs et qu'elle est donc bien spécifiquement dédiée, mais qu'elle n'est pas exclusivement affectée à l'exécution du marché, comme cela avait été précisé dans l'offre finale.

Elle considère que la partie adverse ne remet pas valablement en cause la circonstance qu'une équipe de 15 ETP était affectée au marché. Elle estime avoir correctement proposé une telle équipe, tout en justifiant le coût de traitement d'un dossier de la manière décrite par la partie adverse.

Elle soutient enfin qu'on ne peut déduire du critère d'attribution sur la

« qualité de l'équipe » que le coût de l'équipe proposée doit être « identifiable dans la justification des prix remis » et qu'il doit y avoir une correspondance stricte entre le montant total des frais de personnels, renseigné dans la justification de prix, et le nombre d'ETP composant l'équipe spécifiquement dédiée.

Elle conclut que le raisonnement de la partie adverse l'amenant à constater une irrégularité substantielle repose sur une prémisse inexacte.

D. Dernier mémoire de la requérante

Dans son dernier mémoire, la partie requérante fait encore valoir ce qui suit en ce qui concerne la deuxième branche du moyen :

« 12. En ce qui concerne l'irrégularité qui découlerait de la non-conformité de l'offre de la requérante à l'article 2.7.2 du CSC, il apparaît toujours, comme la requérante le soulignait déjà dans son mémoire en réplique (point n° 19), que la question centrale posée est celle de la régularité de cette disposition du cahier spécial des charges. Cette question fait l'objet du deuxième moyen, auquel on renvoie.

13. Sur la question de la prétendue contradiction de l'offre de la requérante au regard du critère d'attribution "qualité de l'équipe proposée", il y a lieu d'ajouter ce qui suit.

En revoyant la notification de l'acte attaqué adressée à la requérante (pièce 14 du dossier administratif), il apparaît qu'en réalité c'est l'analyse de la partie adverse qui est contradictoire.

Le second motif d'irrégularité de l'offre de la requérante est en effet intitulé comme relatif à un "prix non valablement justifié", alors que ce que la partie adverse paraît reprocher à l'offre de la requérante est un manque de clarté en ce qui concerne "l'engagement sur le nombre d'ETP dédiés au marché et leur corrélation avec les prix (proposés par la requérante)".

14. L'acte attaqué, à cet égard, mentionne ce qui suit. L'explication du 29 mai 2019 s'agissant de l'application du critère d'attribution "qualité de l'équipe" est rappelé. Un extrait de la réponse de la requérante du 11 juin 2019, s'agissant du nombre d'ETP spécifiquement dédiés à l'exécution du marché est repris. La requérante présente son calcul au terme duquel, en tenant compte du nombre de dossiers prévus par an, soit 8.000, et du prix humain d'un dossier, le montant annuel des frais de personnel correspond à 0,5 ETP. L'acte attaqué ajoute ensuite :

“ Le nombre de personnes spécifiquement dédiées à l'exécution du marché faisant l'objet d'une évaluation dans le cadre des critères d'attribution du marché, il s'agit d'un élément dont la réalité doit absolument pouvoir être confirmée dans le cadre de la vérification des prix, et ce d'autant plus que le prix remis par Venturis pour ce poste est près de 4 fois inférieur à la moyenne des offres. Ceci risquerait en outre de poser des difficultés en cours d'exécution puisque l'engagement sur le nombre d'ETP dédiés au marché et leur corrélation avec les prix du soumissionnaire n'est pas clair”.

15. La partie requérante maintient en tous points l'argumentation qu'elle développait dans ses précédents écrits de procédure, et notamment au point 20, *in*

fine de son mémoire en réplique.

La partie adverse ne saurait faire dire à son cahier spécial des charges ce qu'il ne dit pas. Il s'agissait bien pour les soumissionnaires de préciser le nombre de personnes équivalents temps-plein (ETP) "qui seront spécifiquement dédiées pour Vivaqua à la gestion de la phase amiable".

Ce faisant, la partie adverse n'avait pas demandé aux soumissionnaires d'indiquer le nombre d'ETP qui serait exclusivement affecté ou dédié à l'exécution du marché. Il aurait d'ailleurs été extrêmement difficile pour ne pas dire impossible pour la partie adverse de formuler une telle exigence, dès lors que la charge de travail liée à l'exécution du marché n'a pu être donnée que de manière approximative et indicative (voy. à cet égard l'article 2.2 du cahier spécial des charges).

Une telle exigence serait en tout état de cause injustifiée au regard de l'objet du marché. En effet, les prestations attendues des soumissionnaires impliquent des pics en besoin d'ETP, le personnel nécessaire pour assurer un service de qualité étant nécessairement dépendant des plages horaires au cours desquelles les débiteurs appellent le plus. Ces pics, bien connus des services clients (la partie adverse dispose d'un service à sa clientèle et ne peut ignorer ces contraintes). Ils concernent notamment les plages horaires au cours desquelles les débiteurs appellent statistiquement le plus (lors de la pause du matin, entre 10h00 et 11h00, ou lors de la reprise à 14h00). Ce sont des situations classiques et parfaitement connues des centres d'appels. La même situation se présente pour le traitement back office pouvant découler d'un envoi mensuel de relance et mise en demeure en masse le même jour comme prévu dans le CSCh. Les réponses et réactions nécessaires rencontrent également un pic de gestion qui peut être absorbé via un nombre d'ETP spécifiquement dédiés pour absorber ce pic et ainsi offrir une qualité de service.

Il ne peut donc pas être reproché à la requérante d'avoir estimé, après avoir procédé à des prévisions compte tenu des pics de gestion, qu'il était nécessaire que 15 ETP soient chargés de répondre à ces pics – prévisions auxquelles correspondait par ailleurs l'engagement de la requérante de mettre une telle équipe à la disposition de la partie adverse dans le cadre de l'exécution du marché – sans qu'ils soient pour autant exclusivement dédiés au marché. Afin d'offrir un service de qualité, et ne laisser les débiteurs que quelques secondes en attente lors des pics d'appels, il s'agit de dimensionner en suffisance le personnel spécifiquement dédié sans pour autant imposer la charge financière d'une équipe exclusivement dédiée qui ne serait pas occupée en lien avec l'exécution du marché en dehors de pics, et ne pourrait rien faire d'autre.

Exiger que les soumissionnaires mettent au service exclusif de la partie adverse un nombre déterminé d'ETP reviendrait à leur imposer une charge financière incompatible avec la recherche du meilleur prix. À supposer qu'il faille comprendre le critère de la qualité de l'équipe comme imposant au soumissionnaire d'indiquer un nombre d'ETP exclusivement dédié à l'exécution du marché - *quod non* - il y aurait une contradiction manifeste avec le critère prix.

En effet, offrir un nombre d'ETP exclusivement dédié, et offrir le plus de points à celui qui offre le plus d'ETP exclusivement dédié implique une charge financière incompatible avec la recherche du meilleur prix.

Dès lors, la partie adverse ne pouvait faire un lien strict, pour l'application du critère de la qualité de l'équipe, entre les indications données par les soumissionnaires pour ce critère, et celles qui résultaient par ailleurs des justifications données en lien avec le critère du prix.

16. En réalité, sur ce point, et contrairement à ce que laisse entendre Madame l'Auditeur adjoint dans son rapport (voy. point n° 59), la question de savoir s'il fallait, ou non, une correspondance stricte entre le montant total correspondant aux frais de personnel indiqué dans la justification de prix, et le nombre d'ETP composant l'équipe spécifiquement dédiée à l'exécution du marché, est en l'espèce centrale. Comme l'a montré la partie requérante dans ses précédents écrits de procédure, et plus particulièrement au point n° 20 de son mémoire en réplique, c'est une réponse négative qui doit être donnée à cette question.

Contrairement à ce qu'a fait valoir la partie adverse dans la motivation de l'acte attaqué, suivie en cela par Madame l'Auditeur adjoint dans son rapport (n° 59), il n'y a en réalité pas d'incertitude qui ressortirait de l'offre de la requérante quant au nombre de personnes qui seront affectées à l'exécution du marché. Compte tenu de l'importance globale de l'équipe de la requérante, telle que détaillée dans son offre, la circonstance que 15 équivalents temps plein auraient été spécifiquement dédiés à l'exécution du marché ne saurait valablement être remise en cause par la partie adverse, qui ne le fait d'ailleurs pas.

A cet égard, le sens de l'offre de la requérante était de s'engager à ce qu'à tout moment, au sein de ses équipes, 15 équivalents temps-plein pourraient être affectés à l'exécution du marché.

Si la partie adverse avait voulu faire une corrélation stricte entre le nombre total correspondant aux frais de personnel indiqué dans la justification de prix, et le nombre d'ETP composant l'équipe spécifiquement dédiée à l'exécution du marché, elle aurait dû, en réalité, mentionner dans les documents du marché qu'il s'agissait de préciser le nombre d'équivalents temps-plein exclusivement affecté ou dédié pour Vivaqua.

C'est de manière injustifiée, et contraire aux mentions de son propre cahier spécial des charges, que la partie adverse a considéré que l'offre de Venturis n'était pas claire en ce qui concerne le critère d'attribution "qualité de l'équipe proposée".

17. En sa deuxième branche, le moyen est fondé ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le cahier spécial des charges, depuis sa version originale, comprend le prescrit suivant au sujet de la description, par les soumissionnaires, des moyens humains affectés à l'exécution du marché :

« 2.5.2. Moyens humains affectés au marché

Le soumissionnaire décrira les moyens humains et organisationnels dédiés (organisation, ressources disponibles, formations, qualifications, stabilité des ressources, suivi, contrôle, management...) au traitement des dossiers de VIVAQUA en distinguant clairement :

- la phase amiable,
- la phase judiciaire,
- les activités de coordination de la globalité du marché.

Les coordonnées et caractéristiques des tiers sous-traitants devront être clairement identifiées (nom, adresse, personnel occupé, activité, expérience, expérience

préalable avec le soumissionnaire, étendue des tâches confiées en sous-traitance, etc.).

Les soumissionnaires devront démontrer l'adéquation des moyens humains proposés par rapport aux exigences décrites dans le présent cahier des charges, en tenant compte des incertitudes liées au volume de travail susceptible d'être confié ».

Ce prescrit est lié à l'un des critères d'attribution, d'une valeur relative de 10 points sur 100, rédigé comme suit :

- « Le présent marché sera attribué sur base des critères d'attribution suivants :
[...]
4. La qualité de l'équipe proposée (nombre de personnes affectées, expérience de ce type de contentieux) - 10 points ».

L'offre de la requérante ne comprenait pas de précision quant à la quantité de personnel qui serait spécifiquement affectée au recouvrement amiable.

Dans son courrier du 29 mai 2019 adressé à la requérante dans le cadre des négociations, la partie adverse a informé la requérante de la méthodologie de cotation qui serait utilisée dans le cadre de l'examen de ce critère et l'a invitée en ces termes à communiquer des informations supplémentaires quant aux moyens humains affectés au marché :

« a. Précisions générales

1) Méthodologie de cotation des offres

Nous vous invitons à trouver, en annexe, la méthodologie de cotation des offres qui sera utilisée.

En ce qui concerne le critère "qualité de l'équipe proposée", nous vous invitons, pour la facilité, à nous transmettre un document spécifique reprenant les éléments nécessaires à la cotation, à savoir :

- le nombre de personnes équivalents temps-plein (ETP) qui seront spécifiquement dédiées pour VIVAQUA à la gestion de la phase amiable (1) et des audiences judiciaires (2), avec identification des postes repris dans la justification des prix et sur lesquels le coût de ces personnes s'impute ;
- l'expérience de chacune des deux équipes dans la gestion d'un contentieux d'un client actif dans le secteur des "utilities" (sociétés travaillant dans les secteurs de l'eau, du gaz et de l'électricité), avec identification des clients concernés ».

Dans son offre finale, la requérante a répondu à cette sollicitation que ses prévisions « en termes de mise à disposition de ressources humaines pour la phase amiable reposent sur 15 ETP spécifiquement dédiacés et formés aux spécificités du marché » et que ses agents « peuvent être amenés à accomplir d'autres tâches pour d'autres clientes ».

Dans l'« inventaire de prix » joint à son offre, permettant à la requérante de détailler les composantes de son prix, la requérante a par ailleurs mentionné un prix très inférieur à ceux proposés par les autres soumissionnaires pour la gestion d'un total de 8.000 dossiers au stade du recouvrement amiable.

L'acte attaqué écarte l'offre de la requérante en raison du constat de deux irrégularités considérées comme substantielles par la partie adverse.

Les motifs fondant le constat de la seconde de ces irrégularités, en lien avec le personnel affecté au recouvrement amiable, sont rédigés comme suit :

« En vue de la cotation du critère d'attribution "qualité de l'équipe proposée", il était demandé aux soumissionnaires de renseigner "le nombre de personnes équivalents temps-plein (ETP) qui seront spécifiquement dédiacées pour VIVAQUA à la gestion de la phase amiable (1) et des audiences judiciaires (2), avec identification des postes repris dans la justification des prix et sur lesquels le coût de ces personnes s'impute" (extrait du mail du 29/05/2019).

Dans sa réponse du 11/06/2019, VENTURIS indique ceci en page 5 : "Notre *forecast* en termes de mise à disposition des ressources humaines pour la phase amiable repose sur 15 ETP spécifiquement dédiacés et formes aux spécificités du marché. (...)".

Or, dans le cadre de la justification du coût de traitement d'un dossier amiable, VENTURIS détermine le coût humain annuel de traitement des dossiers à un montant [...] largement inférieur au coût de 15 personnes à temps plein. En effet, il ressort des fiches salariales transmises avec l'offre que ce montant couvre en réalité uniquement la moitié du salaire annuel d'un agent chargé du recouvrement dans la filiale tunisienne [...] soit 0,5 ETP.

Le nombre de personnes spécifiquement dédiacées à l'exécution du marché faisant l'objet d'une évaluation dans le cadre des critères d'attribution du marché, il s'agit d'un élément dont la réalité doit absolument pouvoir être confirmée dans le cadre de la vérification des prix, et ce d'autant plus que le prix remis par VENTURIS pour ce poste est près de 4 fois inférieur à la moyenne des offres. Ceci risquerait en outre de poser des difficultés en cours d'exécution puisque l'engagement sur le nombre d'ETP dédiacés au marché et leur corrélation avec les prix du soumissionnaire n'est pas clair.

L'offre de VENTURIS est dès lors irrégulière substantiellement sur ce point également ».

La requérante affirme, en substance, avoir clairement expliqué que les

15 personnes « ETP » mentionnées dans son offre seront spécifiquement dédiées à l'exécution du marché considéré, dans le cadre de la phase amiable du recouvrement, mais que ces personnes ne seront pas exclusivement affectées à cette tâche. Elle indique par ailleurs avoir détaillé dans son offre le coût humain moyen d'intervention par dossier, qui est en adéquation avec le prix proposé par elle. Il est donc de son point de vue inexact d'affirmer que son engagement concernant le personnel consacré au marché ne serait pas clair.

L'« équivalent temps-plein » est une mesure utilisée pour représenter le temps de travail total d'un membre du personnel sur une base de travail à temps plein.

Lorsque la partie adverse a demandé à la requérante de préciser « le nombre de personnes équivalents temps-plein (ETP) qui seront spécifiquement dédiées [...] à la gestion de la phase amiable » et d'identifier ensuite les « postes repris dans la justification des prix et sur lesquels le coût de ces personnes s'impute », elle a clairement sollicité que la requérante indique la quantité de travail – mesurée en équivalents temps-plein – qui serait consacrée à la récupération amiable des créances, et qu'elle mette cette quantité de travail en lien avec le poste de prix de l'offre sur lequel cette quantité est imputée.

Ces précisions demandées à la partie requérante doivent être mises en lien avec le critère d'attribution relatif à « la qualité de l'équipe proposée », qui devait être jugé sur le fondement, d'une part, du nombre d'équivalents temps plein affectés à l'exécution du marché et, d'autre part, de l'expérience des personnes affectées à ce recouvrement.

Le nombre d'« équivalents temps-plein » dédié au marché permet, dans le cadre de ce critère, de déterminer le « nombre de personnes affectées » au recouvrement amiable.

Dans sa réponse à la partie adverse, la requérante a identifié une équipe de quinze personnes différentes susceptibles de travailler sur le recouvrement amiable, tout en précisant que ces personnes ne seraient pas totalement affectées à cette tâche. C'est toutefois à mauvais escient qu'elle a utilisé le terme « ETP » pour les désigner puisque – précisément – la totalité du travail des personnes concernées ne serait pas affectée au marché en cause et que la requérante s'est abstenue de préciser la quantité de travail que chacune de ces personnes consacrerait au recouvrement amiable. Les écrits de procédure de la requérante, qui confondent également les personnes désignées et la mesure en équivalents temps-plein, contiennent la même erreur.

La requérante n'a, ce faisant, pas déterminé le nombre d'équivalents temps-plein qui serait spécifiquement dédié à la phase amiable du recouvrement. La partie adverse, sur le fondement de l'inventaire de prix joint à l'offre de la requérante, a évalué que la force de travail affectée à l'exécution du marché, dans sa partie recouvrement amiable, serait d'environ un demi équivalent temps-plein, ce que la requérante ne conteste pas.

Il existe dès lors bien, comme l'affirme la partie adverse, une incohérence entre l'affirmation de la partie requérante selon laquelle seraient affectés au recouvrement amiable « 15 ETP spécifiquement dédiés et formés aux spécificités du marché » et la réalité, qui peut être déduite de son inventaire de prix, qu'environ un demi équivalent temps-plein serait effectivement dédié à cet aspect du marché.

Cette incohérence et, de manière plus large, l'absence de toute indication exacte des équivalents temps-plein qui seraient dédiés à la phase de recouvrement amiable, constitue - comme l'a considéré la partie adverse - une irrégularité de l'offre de la requérante.

Selon l'article 74, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, constitue une irrégularité substantielle « celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues ».

La mention, par chaque soumissionnaire, du nombre d'équivalents temps-plein affectés à l'exécution du recouvrement amiable devait permettre à la partie adverse de comparer les offres quant au critère d'attribution de la « qualité de l'équipe proposée ». L'incohérence de la mention contenue dans l'offre de la requérante empêchait, pour ce critère, une comparaison effective de l'offre de la requérante avec les autres offres déposées qui, quant à elles, contenaient les renseignements sollicités.

Par ailleurs, cette incohérence était de nature à créer une incertitude dans le chef de l'entité adjudicatrice quant à la portée exacte de l'engagement de la partie requérante sur le plan de la quantité de personnel réellement affecté au recouvrement amiable.

La partie adverse a dès lors pu raisonnablement considérer que l'offre de la requérante était bien affectée d'une irrégularité substantielle.

En application de l'article 74, § 4, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 juin 2017, l'entité adjudicatrice doit nécessairement déclarer nulle l'offre finale affectée d'une irrégularité substantielle.

Le premier moyen, en sa deuxième branche, qui visait à démontrer l'irrégularité de l'écartement de l'offre de la requérante du marché, est non-fondé.

V. Premier moyen, première branche, et deuxième moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

Dans la première branche de son premier moyen, et dans son deuxième moyen, la requérante critique la régularité de l'adaptation apportée, en cours de procédure de passation, à la clause 2.7.2 du cahier spécial des charges portant sur l'application du Règlement général de protection des données. Cette modification a eu pour effet de ne plus permettre aux soumissionnaires de transférer des données à caractère personnel en dehors des pays de l'Union européenne, ce que la requérante, qui a une filiale en Tunisie, entendait faire.

La première branche du premier moyen est prise « de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 4, 83, 84 et 159 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de 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, des articles 44 et 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, du cahier spécial des charges, des principes de bonne administration et, en particulier, du devoir de minutie, du principe d'égalité et de concurrence entre soumissionnaires, du principe de transparence et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que de l'absence de motifs, de l'erreur de fait, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir ».

La requérante affirme que la modification du point 2.7.2. du cahier des charges après le dépôt des offres a eu pour effet d'avantager certaines offres au

détriment de la sienne. Elle considère aussi que la suppression du dernier paragraphe de ce point a abouti à modifier l'appréciation des critères d'attribution de la qualité de la méthodologie proposée et de la qualité de l'équipe proposée.

Elle affirme que si l'entité adjudicatrice peut, dans le cadre d'une procédure négociée prévue en secteurs spéciaux, négocier les éléments définis dans les documents du marché, elle reste tenue par les principes d'égalité et de transparence, ainsi que par les règles fixées dans les documents du marché, ce qui inclut les conditions initiales du marché qui ne peuvent être substantiellement modifiées. Elle suggère, à cet égard, que l'article 3.8 du cahier spécial des charges relatif aux « négociations » viole les dispositions de la loi du 17 juin 2016 et de l'arrêté royal du 18 juin 2017 visées au moyen.

Elle conclut que, par la modification apportée au point 2.7.2 du cahier spécial des charges, la partie adverse a violé les principes d'égalité et de transparence, ainsi que le principe *patere legem quam ipse fecisti*.

La requérante prend un deuxième moyen « 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, des articles 28 et 44 à 50 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (Règlement général sur la protection des données – R.G.P.D.), des principes de primauté et d'effectivité du droit européen, des principes de bonne administration et, en particulier, du devoir de minutie, des principes d'égalité, de non-discrimination et de proportionnalité, ainsi que de l'absence de motifs, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir ».

Elle affirme que la partie adverse ne pouvait pas, dans l'article 2.7.2. du cahier spécial des charges, limiter les exceptions au principe de l'interdiction du transfert des données en dehors de l'Union européenne, à la seule hypothèse visée par l'article 45 du RGPD, et exclure les exceptions visées aux articles 46 et 49 du RGPD alors que la requérante entendait se prévaloir d'une des exceptions visées à l'article 46 du RGPD.

Elle rappelle que l'article 45 n'autorise le transfert de données à caractère personnel en dehors de l'Union européenne que vers un pays tiers bénéficiant d'une décision d'adéquation de la Commission européenne, alors que l'article 46 permet des transferts de données vers d'autres pays tiers lorsque des garanties supplémentaires

sont apportées, comme les clauses contractuelles types et les règles d'entreprise contraignantes.

Elle explique avoir conclu avec sa filiale tunisienne des clauses contractuelles standards conformes aux clauses préconisées par la Commission européenne. Elle évoque l'avis positif donné au sujet de cette filiale par la Commission de protection de la vie privée dans le cadre d'un marché de recouvrement de créances de la SNCB, ainsi que le courrier émanant de cette même Commission au sujet des clauses contractuelles types conclues avec la filiale.

Elle estime donc avoir prouvé, dans son offre, qu'elle apportait toutes les garanties nécessaires quant au respect du RGPD, sans que la production d'une décision d'adéquation soit nécessaire. Elle relève que la partie adverse n'expose pas en quoi les garanties avancées dans l'offre ne permettent pas de satisfaire les exigences en matière de protection de données. Elle ajoute que la partie adverse ne justifie pas les restrictions qu'elle impose dans le cadre du marché en n'autorisant pas le transfert international de données moyennant d'autres garanties que les décisions d'adéquation, et qu'il est disproportionné d'exclure les autres garanties admises par le RGPD.

Elle considère que le choix de la partie adverse de ne prendre en compte que les décisions d'adéquation est discriminatoire. Elle conclut que le refus de la partie adverse de prendre son offre en considération est contraire à l'article 46 du RGPD et à l'économie générale du RGPD, directement applicable en droit belge.

B. Mémoire en réponse

Au sujet de la première branche du premier moyen, la partie adverse rappelle la portée de l'article 79 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, ainsi que les principes applicables à la modification des documents du marché, par l'adjudicateur, au cours des négociations.

Elle soutient, à titre principal, que conformément à la *ratio legis* de l'article 79 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 précité, elle a apporté des clarifications à l'attention de tous les soumissionnaires et a corrigé la contradiction qui existait entre la clause 2.7.2 du cahier spécial des charges et les annexes 7 et 8, tout en se conformant à l'ordre de priorité donné à ces annexes. Elle souligne qu'elle a bien laissé aux soumissionnaires l'opportunité de déposer une nouvelle offre tenant compte de la clarification.

À titre subsidiaire, elle affirme qu'elle était en droit de modifier le cahier spécial des charges en cours de négociations, après le dépôt des offres initiales, et non finales. Elle s'interroge sur la formulation de la critique développée par la requérante dans la requête en soulignant d'abord que la modification en cause ne portait pas sur l'article 3.4 du cahier spécial des charges prévoyant les critères d'attribution. Elle ajoute que la modification a été faite dans le respect des principes de transparence et d'égalité, ainsi que du principe *patere legem quam ipse fecisti* car elle a agi conformément à la faculté réservée par l'article 3.8 du cahier spécial des charges et qu'elle a reconsulté l'ensemble des soumissionnaires, y compris la requérante pour lui permettre de régulariser son offre. Quant à la légalité de l'article 3.8 du cahier spécial des charges, elle estime qu'elle ne pose pas de problème, renvoyant à l'arrêt du Conseil d'État rendu sur la demande en suspension introduite selon la procédure d'extrême urgence. Enfin, elle souligne ne pas avoir donné à la clause une interprétation imprévisible, mais l'avoir modifiée dans un sens qui était prévisible.

Elle considère par ailleurs ne pas avoir substantiellement modifié les conditions initiales du marché puisqu'elle a justement rétabli, par la modification opérée, l'article 2.7.2 du cahier spécial des charges tel qu'il était rédigé dans sa version de janvier 2019. À cet égard, elle soutient qu'elle n'a pas modifié ses exigences essentielles, mais a simplement résolu une contradiction existant entre le point 2.7.2 et l'article 12 des annexes 7 et 8. Elle précise enfin que l'interdiction de modifier les exigences minimales/essentielles ne s'applique pas en secteurs spéciaux.

Au sujet du deuxième moyen, la partie adverse rappelle la liberté de l'adjudicateur dans la définition et la conception de ce marché, ainsi que le rôle du responsable du traitement sous le RGPD dans la détermination des finalités et des moyens de traitement des données, notamment par son sous-traitant.

Elle souligne que les transferts de données à l'intérieur de l'espace économique européen sont libres, alors que les transferts de données à l'extérieur de cet espace sont interdits sauf lorsque le pays présente un niveau de protection suffisant ou que les parties utilisent des outils juridiques appropriés.

Elle estime que l'article 46 du RGPD, dont la requérante entend se prévaloir, offre des possibilités de transférer des données vers un pays tiers, mais n'impose aucune obligation en ce sens pour les responsables des traitements, renvoyant aux termes utilisés dans l'article 46, § 1^{er}, du RGPD et dans le considérant 109 du RGPD. Elle déduit de la lecture de ce dernier alinéa qu'il est tout à fait loisible

aux responsables des traitements de prendre des mesures plus contraignantes que ce que prévoit le RGPD. Elle considère qu'en ne permettant le transfert de données que sur la base de l'article 45 du RGPD, et non de l'article 46 du RGPD, elle n'a violé aucune disposition du RGPD.

Elle soutient qu'elle n'a pas créé de situation discriminatoire et n'a pas violé le principe de proportionnalité. Elle ajoute que ce n'était, en toute hypothèse, pas à la requérante de signer d'éventuelles clauses contractuelles types avec sa filiale tunisienne, mais plutôt à la partie adverse. Selon elle, ces clauses ne s'appliquent en effet pas en cas de transfert des données du responsable du traitement vers un sous-traitant situé dans l'Union européenne, puis vers un sous-traitant ultérieur établi hors de l'Union européenne.

Elle considère que la seule signature des clauses contractuelles types en vertu de la directive 95/46/UE ne suffit pas pour être en conformité avec le RGPD.

C. Mémoire en réplique

Concernant la première branche du premier moyen, la requérante considère que la modification critiquée du cahier spécial des charges ne peut s'autoriser de l'article 79 de l'arrêté royal du 18 juin 2017. En revanche, elle estime que la suppression du dernier paragraphe de la clause 2.7.2 du cahier spécial des charges constitue bien une modification de ce document du marché après le dépôt des offres.

Elle ne conteste pas que la procédure appliquée est la procédure négociée directe avec mise en concurrence préalable, que le législateur a décrit comme étant moins encadrée. Il n'en reste pas moins, selon elle, que la partie adverse ne pouvait pas porter atteinte aux principes de base d'égalité, de non-discrimination et de transparence. Or, elle estime que la modification apportée au cahier spécial des charges n'est pas motivée ni justifiée et que l'existence d'une contradiction entre l'article 2.7.2 du cahier spécial des charges et l'article 12 des annexes 7 et 8 n'est pas de nature à justifier la modification opérée en mai 2019. En effet, elle considère qu'une autre manière de faire disparaître la contradiction aurait été de modifier le texte des annexes 7 et 8 pour le faire correspondre à l'article 2.7.2 du cahier spécial des charges.

Elle en déduit que la modification du cahier spécial des charges est intervenue dans le cadre de négociations avec les soumissionnaires. Or, elle estime

que la modification est imposée de manière unilatérale et est sans lien avec les offres déposées. Elle ajoute que la partie adverse ne peut se prévaloir de l'article 3.8 du cahier spécial des charges pour justifier sa décision de modifier le cahier spécial des charges car cet article est relatif aux « négociations » et permet les adaptations du cahier spécial des charges « en fonction de la teneur des offres ». Toutefois, selon elle, la partie adverse a justifié la modification par la nécessité de supprimer les contradictions dans les documents du marché.

Elle ajoute qu'en toute hypothèse, la modification apportée au cahier spécial des charges ne peut avoir pour conséquence de méconnaître les principes de base applicables en matière de marchés publics, tels que les principes d'égalité et non-discrimination, de transparence et de proportionnalité. Elle renvoie à cet égard aux développements du deuxième moyen. Elle rappelle que la modification du cahier spécial des charges en cause a eu pour effet de la désavantager et de modifier le contenu de son offre déjà déposée, ce que la partie adverse ne pouvait pas ignorer.

Au sujet du deuxième moyen, la requérante ne conteste pas la liberté dont bénéficie le pouvoir adjudicateur dans la définition et la conception de son marché, mais rappelle que cette liberté est encadrée.

Elle estime que, dans le cadre de l'exécution du marché, elle aurait bien eu le rôle de sous-traitant au sens du RGPD. Elle rappelle que le RGPD n'interdit pas le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers à l'Union européenne, mais subordonne un tel transfert au respect des conditions définies aux articles 45 et suivants du RGPD, y compris en cas de transfert ultérieur par le sous-traitant.

Elle ajoute qu'on ne peut pas tirer de l'utilisation du terme « pouvoir » dans l'article 46 du RGPD la conséquence qu'il n'existe pas d'obligation de faire application de cette disposition. Selon elle, si le responsable du traitement ou le sous-traitant n'ont pas d'obligation de transférer des données vers un pays tiers, les articles 45 et 46 du RGPD doivent s'appliquer si ce choix est fait.

Elle analyse l'arrêt rendu par le Conseil d'État sur sa demande de suspension d'extrême urgence et considère que l'article 28.3 du RGPD pris en compte par le Conseil d'État n'indique pas que le responsable du traitement aurait la possibilité d'interdire ou de modaliser le transfert de données vers un pays tiers. Elle relève qu'en l'espèce, la partie adverse a entendu modaliser l'application du chapitre V du RGPD en opérant un choix entre les dispositions encadrant le transfert des données en dehors de l'Union européenne.

Analysant les dispositions du chapitre V du RGPD, elle relève qu'il existe trois possibilités de transfert en dehors de l'Union européenne et qu'il n'apparaît pas que ces trois possibilités puissent être envisagées indépendamment les unes des autres. Considérant que l'interprétation du RGPD et des dispositions précitées se pose, elle suggère qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour de justice de l'Union européenne, afin d'apprécier le caractère fondé ou non du présent moyen.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse met en doute, à titre principal, l'intérêt de la requérante au deuxième moyen.

Elle rappelle les termes de l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées du 12 janvier 1973, et ceux 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. Se référant à des arrêts du Conseil d'État, elle estime qu'en matière de marchés publics, il est généralement admis que la partie requérante n'a intérêt à un moyen que pour autant que l'irrégularité qui y est invoquée puisse exercer une influence sur la portée de la décision attaquée. En l'occurrence, elle considère que même si le moyen était jugé fondé, il ne permettrait pas à la requérante d'obtenir une nouvelle chance de se voir attribuer le marché litigieux, car l'offre de la requérante était en toute hypothèse substantiellement irrégulière compte tenu de l'incertitude qui ressortait de son offre quant au nombre de personnes qui seraient affectées à l'exécution du marché, cette incertitude rendant impossible pour la partie adverse l'évaluation de son offre au regard du critère d'attribution relatif à la « qualité de l'équipe proposée » selon la méthodologie de cotation des offres. La requérante n'a de ce fait pas été de ce fait « pénalisée par [le] choix qui a été posé par le pouvoir adjudicateur dans son CSC (ou, en tout cas, cette critique n'est pas en lien causal avec le préjudice subi par [elle], à savoir la perte du marché) puisque même si le CSC avait été rédigé dans un autre sens, [elle] aurait quand même vu son offre écartée pour irrégularité substantielle pour un élément complètement indépendant de la question visée au présent moyen, comme démontré dans le cadre de la réfutation de la seconde branche du premier moyen ».

Selon la partie adverse, « une annulation de la décision d'attribution litigieuse sur base du [deuxième] moyen ne modifierait d'aucune manière le résultat de la décision d'attribution et, plus précisément, le constat posé par le pouvoir

adjudicateur selon lequel l'offre de Venturis devait être écartée car affectée d'une irrégularité substantielle ».

À titre subsidiaire, la partie adverse se réfère pour l'essentiel à son mémoire en réponse. Elle ajoute toutefois un argumentaire détaillé au sujet de l'interprétation des articles 28.3, a) et de l'article 46 du RGPD. Elle apporte également des précisions au sujet de la justification du « choix » de limiter le transfert des données.

Au sujet de l'interprétation de l'article 28.3, a) du RGPD, elle expose que la jurisprudence confirme les principes exposés dans son mémoire en réponse quant à la liberté dont dispose le pouvoir adjudicateur dans la définition et la conception de son marché.

Elle estime que la question préjudicielle suggérée par la partie requérante dans son mémoire en réplique est sans objet et n'est pas pertinente.

Elle rappelle d'abord qu'à son estime le moyen est en toute hypothèse irrecevable, de sorte que la réponse de la CJUE n'aura pas d'influence sur la solution du litige.

La partie adverse rappelle ensuite, en substance, que le responsable du traitement est libre d'organiser sa sous-traitance comme il l'entend, car il dispose de la maîtrise dans la détermination de la finalité pour laquelle les données sont traitées et des moyens utilisés pour atteindre cette finalité. Un sous-traitant ne peut outrepasser le mandat qui lui est donné à cet égard, et il doit se conformer aux instructions documentées du responsable du traitement.

La partie adverse cite un document explicatif du 23 juillet 2020 émanant du Comité Européen de la Protection des Données, explicatif de « l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire C-311/18 – Data Protection Commissioner contre Facebook Ireland Ltd et Maximilian Schrems », (ECLI:EU:C:2020:559) qui permet à son estime de déduire qu'un responsable du traitement peut légitimement choisir, sur la base de l'article 28.3, a), du RGPD, d'interdire les transferts vers un pays tiers dans le cadre de la sous-traitance. Elle se réfère également aux motifs de l'arrêt n° 246.532 rendu le 23 décembre 2019 par le Conseil d'État dans le cadre de la procédure en suspension dans la présente affaire (ECLI:BE:RVSCE:2019:ARR.246.532).

En conclusion, la partie adverse expose que « le responsable du traitement (en l'occurrence : Vivaqua), en raison de sa qualification, a donc la possibilité, en établissant un contrat ou un autre acte juridique au titre du droit de l'Union ou du droit d'un État membre tel que visé à l'article 28.3 du RGPD, d'interdire au sous-traitant (en l'occurrence : l'adjudicataire), dans le cadre du traitement des données opéré pour le compte du responsable du traitement, le principe même du transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers et, par conséquent, de le modaliser dans le cadre de sa sous-traitance ».

Pour le surplus, la partie adverse apporte certains éléments de précision pour compléter l'analyse contenue dans le rapport de l'auditeur rapporteur.

Au sujet de l'interprétation de l'article 46 du RGPD, la partie adverse évoque la jurisprudence de la Cour de Justice dans l'arrêt dit Schrems II (CJUE, 16 juillet 2020, Facebook Ireland et Schrems) (ECLI:EU:C:2020:559), les lignes directrices 05/2021 du CEPD et les décisions de l'Autorité de protection des données qui confirment toutes le caractère central de la responsabilité du responsable du traitement des données, et sa faculté corrélative de maîtriser le traitement des données dans un pays tiers. Selon elle, la CJUE a « estimé que les clauses contractuelles types ne peuvent pas toujours constituer un moyen suffisant pour assurer, dans la pratique, la protection efficace des données transférées vers un pays tiers, en particulier lorsque la loi de ce pays tiers permet à ses autorités publiques d'interférer avec les droits des personnes concernées auxquelles ces données se rapportent ».

La partie adverse en déduit qu'un pouvoir adjudicateur peut, d'autorité, décider d'écarter les garanties supplémentaires (prévues notamment à l'article 46 du RGPD), et ce au seul motif qu'il craint que la protection des données ne serait pas assurée.

Elle estime que si elle avait admis les clauses contractuelles types pour le traitement des données, elle aurait dû accomplir une série de vérifications et prendre plusieurs mesures complémentaires – qu'elle détaille – aux fins d'assurer un niveau de protection adéquat des données concernées. Elle indique ne pas s'estimer « en mesure d'évaluer adéquatement, à l'égard de tous les soumissionnaires, la nécessaire mise en œuvre de garanties supplémentaires et de mesures complémentaires visant à atténuer les risques d'accès par les autorités publiques aux données à caractère personnel transférées lorsque le système juridique du pays tiers ne prévoit pas de garanties, de recours juridiques efficaces assurant un niveau de protection essentiellement équivalent à celui de l'UE ». Cette analyse n'aurait pas été, à son

estime justifiée et en tout état de cause pas proportionnée eu égard à l'objet du marché.

Au sujet de la justification du choix de limiter le transfert des données, la partie adverse affirme que rien ne lui imposait d'apporter une telle justification. Elle estime par ailleurs que le choix se justifiait bien au regard de l'objet du marché litigieux et de ses spécificités. Elle se réfère aux arguments déjà contenus dans son mémoire en réponse à ce sujet, et souligne avoir pris les mesures nécessaires pour protéger le droit fondamental à la vie privée, consacré notamment par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux. Elle rappelle à nouveau l'importance de la responsabilité qui repose sur le responsable du traitement des données, qui est au cœur du RGPD.

Pour conclure, la partie adverse estime que la question préjudicielle est sans objet, le droit de l'Union ne laissant aucun doute quant à son interprétation.

E. Dernier mémoire de la requérante

Dans son dernier mémoire, la requérante fait encore valoir ce qui suit au sujet de la première branche du premier moyen :

« En ce qui concerne la première branche du moyen

7. La requérante rappelle que dans son mémoire en réplique, elle a montré que la modification apportée au cahier spécial des charges par la partie adverse et communiquée aux soumissionnaires le 29 mai 2019 n'était pas autrement motivée ni justifiée, et qu'il ne s'agissait en réalité pas d'effacer une contradiction entre l'article 2.7.2 du CSC et l'article 12 des annexes 7 et 8 à ce cahier des charges.

La requérante maintient en tous points l'argumentation ainsi développée, et qui lui paraît correspondre, contrairement à ce que soutient la partie adverse et le rapport de Madame l'Auditeur adjoint, à la réalité du dossier.

La partie requérante rappelle également l'argumentation développée au point 15 de son mémoire en réplique, faisant apparaître que la modification communiquée le 29 mai 2019, en ce qui concerne l'article 2.7.2 du cahier spécial des charges, ne pouvait s'autoriser de l'article 3.8 de ce même document.

8. L'examen attentif de la chronologie des événements ayant entouré le dépôt des offres fait, à l'estime de la partie requérante, clairement apparaître que la modification apportée au cahier spécial des charges et communiquée aux soumissionnaires le 29 mai 2019 n'avait pas pour objet de faire disparaître une contradiction qui existait entre plusieurs dispositions issues des documents du marché, mais bien de revenir sur une option prise, s'agissant de l'application du RGPD dans le cadre de l'exécution du marché, et communiquée aux soumissionnaires dans le premier *erratum* au cahier spécial des charges (pièce n° 7 b du dossier administratif), *erratum* annoncé par un avis de marché rectificatif du 7 mars 2019 (pièces 5 a et 5 b du dossier administratif).

Dans la version initiale du cahier spécial des charges, le transfert de données vers

un pays non-membre de l'Union européenne n'était autorisé que dans le cadre d'une décision d'adéquation.

La modification apportée au cahier spécial des charges par le premier *erratum*, en mars 2019, avait, pour ce qui concerne l'application du RGPD dans le cadre de l'exécution du marché public en cause, pour objet d'élargir les possibilités de transfert de données vers un pays non-membre de l'Union européenne. Comme la requérante l'a souligné au point 16 de son mémoire en réplique, la partie adverse reconnaît elle-même que le cahier spécial des charges dans sa version de mars 2019 autorisait "le soumissionnaire/adjudicataire à transférer/donner accès à des données à caractère personnel dans un pays non-membre de l'Union européenne pour autant que le pays concerné soit dispose d'une décision d'adéquation de la Commission européenne, attestant qu'il assure un niveau de protection adéquat des données, soit offre des garanties suffisantes quant au transfert et au traitement des données au sens de l'article 46 du RGPD" (mémoire en réponse, p. 10, n° 11).

Certes, à ce moment-là, c'est-à-dire dans la version du cahier spécial des charges de mars 2019, les deux contrats types en constituant l'annexe 7 (contrat relatif au traitement des données à caractère personnel (entre le responsable du traitement et le sous-traitant)) et l'annexe 8 (contrat relatif au traitement des données à caractère personnel (entre deux responsables du traitement)) continuaient à prévoir, dans leurs articles 12 respectifs, que le transfert de données à caractère personnel en-dehors de l'UE et l'accès aux données à caractère personnel à partir d'un pays n'appartenant pas à l'UE n'était pas autorisé "à l'exception de pays qui assurent un niveau de protection adéquat des données suivant une décision d'adéquation de la Commission européenne" sans donc prévoir la possibilité d'un transfert de données en-dehors de l'UE moyennant l'existence de garanties appropriées dans les conditions de l'article 46 du RGPD. En réalité, les deux contrats constituant les annexes 7 et 8 du cahier spécial des charges, dans sa version de mars 2019, et plus particulièrement leur article 12, n'ont, à ce moment, pas été modifiés, pour tenir compte de la modification apportée au point 2.7.2 du même document, expressément annoncée sur la première page de ce document (voy. pièce n° 7 b du dossier administratif, p. 1 : "Nous attirons votre attention sur les modifications apportées aux clauses suivantes : (...) • 2.7 Application du Règlement général sur la protection des données"). Dès lors que l'un des objets des modifications apportées au cahier spécial des charges en mars 2019 a été précisément d'élargir la possibilité d'un traitement de données en-dehors du territoire de l'Union européenne, il y a tout lieu de penser que la circonstance que les conventions types constituant les annexes 7 et 8 au cahier spécial des charges n'aient pas été modifiées sur ce point est le résultat d'un oubli ou d'une erreur matérielle. Autrement, la modification apportée dans la version du cahier spécial des charges de mars 2019 au point 2.7.2 n'aurait tout simplement eu pas de sens, ce qui ne peut être le cas si l'on tient compte, notamment, de l'avertissement figurant à la première page de ce document.

9. Au regard de ce qui précède, l'idée qu'il existait une contradiction au sein des documents du marché, en ce qui concerne les possibilités de transfert en-dehors de l'Union européenne des données à caractère personnel traitées dans le cadre de l'exécution de ce marché, qu'il fallait réduire, en tenant compte de l'ordre de priorité prévu à l'article 2.7.1 du cahier spécial des charges (voir à ce propos le point n° 46 du rapport de Madame l'Auditeur adjoint), ne paraît pas correspondre à la manière dont les choses se sont, effectivement, déroulées. Une telle analyse aurait pu être faite si la contradiction relevée dans le cahier spécial des charges dans sa version de mars 2019 avait existé dans ce document dès l'origine.

En réalité, en même temps que l'article 2.7.2 a été modifié, dans le sens déjà indiqué, en mars 2019, les annexes 7 et 8 auraient dû l'être, en ce qui concerne plus particulièrement l'article 12 des contrats constituant ces annexes.

En mai 2019, la partie adverse a fait le choix de revenir sur ce qu'elle avait décidé en mars 2019, s'agissant des possibilités de transfert en-dehors de l'Union européenne des données à caractère personnel traitées dans le cadre de l'exécution du marché litigieux. Dans les circonstances qui viennent d'être rappelées, ce choix ne peut se justifier par référence à l'article 2.7.1 du cahier spécial des charges, en ce qu'il distingue, s'agissant des obligations de l'adjudicateur dans le cadre du contrat relatif au traitement des données à caractère personnel, les dispositions de l'article 2.7.2 d'une part, et d'autre part les contrats types annexés au cahier spécial des charges.

10. Comme l'indique le rapport de Madame l'Auditeur adjoint, la question de savoir si le choix posé par la partie adverse, au moment de modifier le cahier spécial des charges, en mai 2019, est contraire au RGPD, fait l'objet du second moyen.

Dans le cadre du présent moyen, première branche, la question est soulevée de savoir si ce choix est contraire au principe d'égalité, de non-discrimination, de transparence et "*patere legem quam ipse fecisti*". Le rapport de Madame l'Auditeur adjoint fait valoir qu'il y a lieu de répondre par la négative à cette question dès lors qu'en mai 2019, le cahier spécial des charges a été adapté en supprimant une contradiction présente dans les documents du marché et, en tenant compte de l'ordre de préférence fixé à l'article 2.7.1 du cahier spécial des charges.

La partie requérante a démontré ci-dessus qu'au regard des éléments de fait du dossier, cette analyse ne pouvait prévaloir. Elle ne peut donc être valablement invoquée pour conclure au caractère non fondé de la première branche du moyen.

11. Compte tenu de ce qui précède, et de l'argumentation précédemment développée par la requérante dans sa requête et son mémoire en réplique, il faut conclure au caractère fondé de la première branche du moyen ».

Concernant l'intérêt au deuxième moyen, la requérante cite les motifs d'un arrêt n° 248.444 du 5 octobre 2020 du Conseil d'État (ECLI:RVSCE:2020:ARR.248.444). Elle souligne que son offre a notamment été écartée en raison de sa contrariété avec l'article 2.7.2. du cahier spécial des charges, qui est la disposition dont le deuxième moyen invoque l'illégalité.

Elle rappelle des arrêts du Conseil d'État selon lesquels l'intérêt au recours en annulation en matière de marchés publics s'apprécie indépendamment de la circonstances qu'un contrat a été conclu et exécuté entre-temps. Selon elle « le simple fait que la violation alléguée ait lésé la partie requérante, en ce qu'elle a eu pour effet que le marché ne lui soit pas attribué mais l'a été à un autre soumissionnaire, est suffisant pour considérer que la requérante dispose d'un intérêt au recours en annulation ».

Elle se réfère à son premier moyen et estime que celui-ci démontre que son offre n'était entachée d'aucune illégalité pouvant être qualifiée de « substantielle », de sorte qu'elle conserve un intérêt à son deuxième moyen.

À supposer même que le premier moyen ne soit pas fondé, elle estime disposer d'un intérêt au deuxième moyen. Elle conteste qu'il puisse être fait application « du critère de la possibilité de retrouver une chance du marché ». Selon elle, puisque le deuxième moyen concerne la régularité du cahier des charges, une annulation sur ce fondement signifierait que la procédure doit reprendre « au stade de l'adoption du cahier spécial des charges en corrigeant l'illégalité dont était entaché ce dernier », ce qui impliquerait « le dépôt de nouvelles offres par les soumissionnaires » et ce qui permettrait à la requérante « de couvrir dans une nouvelle offre les irrégularités substantielles dont on prétend qu'était entachée son offre initiale (*quod non*) ».

La requérante en conclut qu'elle dispose bien d'un intérêt au moyen.

La requérante formule ensuite des remarques sur la pertinence de la question préjudicielle qu'elle a suggérée dans son deuxième moyen.

Elle rappelle d'abord l'obligation, en application de l'article 267 du TFUE, pour le Conseil d'État de poser à la Cour de Justice la question préjudicielle suggérée, sauf s'il considère que la question n'est pas pertinente pour la solution du litige ou que l'interprétation des dispositions litigieuses s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse aucun doute raisonnable.

La requérante conteste ensuite les affirmations de la partie adverse quant à l'interprétation du RGPD. Elle estime qu'en vertu de l'article 28 du RGPD, « dès lors que la partie requérante satisfaisait aux exigences du RGPD, notamment en matière de transfert des données vers des États-tiers, son offre aurait dû être évaluée par la partie adverse et ne pouvait être déclarée irrecevable sur cette base ». Selon elle, le responsable du traitement ne peut pas interdire les transferts de données à caractère personnel en dehors de l'Union européenne effectués par les opérateurs économiques « qui offrent les garanties qu'une protection adéquate sera assurée aux données transférées, et qui remplissent donc les exigences du RGPD ». Une interprétation inverse constituerait une mesure discriminatoire et disproportionnée, au regard de l'article 4 de la loi du 17 juin relative aux marchés publics, car elle exclurait « d'office les opérateurs économiques d'un État membre qui ont une filiale dans un État tiers ne bénéficiant pas d'une décision d'adéquation de la Commission, mais qui répondent néanmoins aux exigences du RGPD en la matière ».

La requérante considère qu'il ne ressort pas des articles 28, 45 et 46 du

RGPD, avec une évidence telle qu'elle ne laisserait place à aucun doute raisonnable, que le responsable du traitement pourrait choisir librement les hypothèses dans lesquelles les données à caractère personnel peuvent être transférées vers un pays tiers, de sorte que la question préjudicielle qu'elle a suggérée doit être posée. Elle conteste l'interprétation donnée par la partie adverse à l'arrêt Schrems II de la Cour de Justice (C.J.U.E., 16 juillet 2020, C-311/18) (ECLI:EU:C:2020:559). Elle y voit au contraire la consécration de l'obligation, pour le responsable du traitement ou son sous-traitant, « de procéder à une appréciation *in concreto* du niveau de protection offert dans le pays tiers » concerné avant d'interdire tout transfert vers ce pays. Les analyses du Comité européen pour la Protection des données et de l'Autorité de protection des données ne seraient, quant à elle, pas déterminantes, car elles ne constituent pas des sources officielles du droit de l'Union.

Elle en conclut qu'à défaut de clarté suffisante du droit de l'Union, il convient d'interroger la Cour de Justice de l'Union européenne.

F. Débats à l'audience

Dans sa plaidoirie, la partie requérante affirme qu'elle dispose bien d'un intérêt au deuxième moyen. Elle relève que la partie adverse a fondé l'écartement de son offre sur deux motifs distincts, à savoir la contrariété de son offre avec l'article 2.7.2. du cahier spécial des charges et l'incohérence de son offre sur le plan du nombre d'équivalents temps plein qui seraient affectés au marché. Selon elle, l'irrégularité alléguée du premier de ces motifs est bien susceptible de l'avoir lésée, si l'on se place dans l'hypothèse où son offre n'aurait pas posé d'autre problème.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La partie adverse soutient que le deuxième moyen est irrecevable car, à le supposer fondé, il ne permettrait pas à la requérante d'obtenir une nouvelle chance de se voir attribuer le marché. Elle souligne que l'offre de la requérante est affectée d'une irrégularité substantielle que le deuxième moyen ne critique pas, de sorte que la requérante – dont l'offre devait nécessairement être exclue en raison de cette seule irrégularité – n'a pas subi un dommage en lien avec le choix de l'entité adjudicatrice d'exclure le transfert de données à caractère personnel en dehors de l'Union européenne et des États tiers bénéficiant d'une décision de conformité de la Commission européenne.

La référence à l'absence d'avantage qui résulterait, ou non, d'un constat

de l'illégalité alléguée rappelle les conditions dans lesquelles était admis, non pas l'intérêt au moyen, mais bien l'intérêt au recours formé contre la décision d'attribution d'un marché public, et ce antérieurement au régime aujourd'hui fixé par 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. La reconnaissance de l'intérêt à un tel recours était alors subordonnée à la probabilité que l'annulation sollicitée procurât un avantage au requérant, cet avantage s'identifiant notamment dans la nouvelle chance de se voir attribuer le marché convoité. Selon le régime fixé par la loi du 17 juin 2013 précitée, la recevabilité *ratione personae* du recours en annulation dirigé contre la décision d'attribution d'un marché public ne se vérifie plus en considération d'une perspective d'avantage que procurerait l'annulation sollicitée, mais bien au regard des prescriptions de l'article 14 de cette loi, lequel se lit comme suit :

« À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :

- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions ;
- 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné ;
- 3° les documents du marché ou de la concession ».

Si l'exigence de recevabilité du recours ne peut être confondue avec celle d'intérêt au moyen, la recevabilité de celui-ci doit être examinée au regard de cette condition d'intérêt. À ce propos, il se comprend, à la lecture du préambule et des dispositions de la Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, que la volonté des auteurs de cette directive a été de veiller à ce que chaque État-membre organise un système de recours juridictionnels protégeant les opérateurs économiques à l'encontre des illégalités qui, dans le cours de la procédure de passation d'un marché public, les préjudiciaient, en les lésant ou en risquant de les léser. Il se déduit également de plusieurs modalités d'exercice ou de traitement des recours dont l'organisation est prévue par cette directive qu'a été prise en considération la nécessité de faire en sorte que l'exercice des recours juridictionnels n'ait pas pour effet de compromettre la bonne fin de la passation ou de l'exécution du marché concerné, en particulier au nom de l'intérêt public.

La préoccupation de ménager un équilibre entre les intérêts respectifs des

opérateurs économiques et des autorités adjudicatrices qui sous-tend le système conçu par la directive précitée, ainsi qu'entre l'efficacité des recours et celle des procédures de passation, est utilement rencontrée par l'exigence d'intérêt au moyen, cet intérêt consistant – en vue de l'équilibre ainsi recherché – dans la lésion qu'a causée ou risqué de causer au requérant l'illégalité alléguée par celui-ci.

Dans la première branche du premier moyen, la requérante affirme que la modification apportée au point 2.7.2. du cahier spécial des charges au cours de la phase de négociations afin d'exclure le transfert des données à caractère personnel vers un pays tiers à l'Union européenne, a violé les principes d'égalité et de transparence, ainsi que le principe *patere legem quam ipse fecisti*.

Dans son deuxième moyen, la requérante invoque l'illégalité du point 2.7.2. du cahier spécial des charges, relatif au traitement des données à caractère personnel, qui a abouti au constat par la partie adverse de la présence d'une irrégularité substantielle dans son offre. Elle affirme que la reconnaissance du bien-fondé du deuxième moyen entraînerait l'obligation de recommencer la procédure au stade de l'adoption du cahier des charges et lui rendrait ainsi une chance d'obtenir le marché.

Comme jugé à l'issue de l'examen du premier moyen, deuxième branche, la partie adverse a toutefois valablement constaté que l'offre de la requérante, affectée d'une irrégularité substantielle liée à une incertitude quant au personnel affecté au recouvrement amiable, devait être déclarée nulle et écartée du marché.

Ce constat de la partie adverse repose sur des motifs qui sont sans lien avec l'article 2.7.2. du cahier des charges, le deuxième moyen de la requête ou les dispositions du droit de l'Union invoquées par la requérante.

La partie adverse ayant valablement écarté l'offre de la seule requérante, celle-ci ne justifie d'un intérêt ni au deuxième moyen, ni au premier moyen, première branche, dès lors que les illégalités alléguées dans ceux-ci ne sont pas susceptibles de l'avoir lésée, son offre devant en toute hypothèse être déclarée nulle.

La perspective de voir invalider toute la procédure d'attribution, de la faire recommencer *ab initio* et d'obtenir ainsi une nouvelle chance de remporter le marché ne suffit pas à démontrer concrètement la lésion qu'aurait causée à la requérante ou risqué de lui causer les violations alléguées, alors que la démonstration d'une telle lésion ou d'un tel risque de lésion est spécialement requis par l'article 14

de la loi du 17 juin 2013.

Contrairement à ce que la requérante a affirmé à l'audience, le fait que la partie adverse ait fondé l'écartement de son offre sur deux irrégularités substantielles, et non une seule, n'implique pas qu'elle ait été lésée ou ait risqué d'être lésée par les violations alléguées dans le deuxième moyen et dans la première branche du premier moyen.

Comme jugé au sujet du premier moyen, deuxième branche, en application de l'article 74, § 4, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 juin 2017, l'entité adjudicatrice doit nécessairement déclarer nulle l'offre finale affectée d'une seule irrégularité substantielle. Lorsque, comme en l'espèce, l'entité adjudicatrice a valablement constaté la présence d'une telle irrégularité dans une offre, celle-ci doit nécessairement être déclarée nulle et écartée du marché. Les violations alléguées pour contester la validité du constat d'une seconde irrégularité substantielle n'ont dès lors pas, à elles seules, lésé ou risqué de léser la partie requérante.

Le deuxième moyen et la première branche du premier moyen sont irrecevables à défaut d'intérêt.

Conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice au sujet de l'article 267, alinéa 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne ne sont pas tenues de renvoyer une question d'interprétation du droit de l'Union soulevée devant elles si celle-ci n'est pas pertinente, c'est-à-dire dans les cas où la réponse à cette question, quelle qu'elle soit, ne pourrait avoir aucune influence sur la solution du litige (CJUE, 6 octobre 2021, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, C-561/19, point 34) (ECLI:EU:C:2021:799).

La réponse à la question préjudicielle suggérée par la requérante n'aurait, du fait de l'irrecevabilité de son deuxième moyen, pas d'incidence sur la solution du litige, le moyen de la requérante devant en toute hypothèse être rejeté pour des motifs étrangers aux dispositions du droit de l'Union qu'elle invoque.

La question préjudicielle suggérée par la requérante ne doit dès lors pas être posée à la Cour de Justice.

VI. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite « une indemnité de procédure de base de 700 EUR ».

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.

Dans ces circonstances, il y a lieu d'accorder une indemnité de procédure de 770 euros à la partie adverse.

Le rejet de la requête justifie par ailleurs que les autres dépens soient mis à la charge de la partie requérante.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}

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 28 juin 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

Florence Piret,
Michèle Belmessieri,
Xavier Close,
Vincent Durieux,

conseillère d'État, présidente f.f.,
conseillère d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

La Présidente,

Vincent Durieux

Florence Piret