

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

n° 260.337 du 28 juin 2024

A. 240.106/VI-22.643

En cause : **la société anonyme BIZLINER**,
 ayant élu domicile chez
 M^e Sébastien VANVREKOM, avocat,
 avenue de Tervuren 175
 1150 Bruxelles,

contre :

la Région wallonne,
 représentée par son Gouvernement,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Véronique VANDEN ACKER et
 François VISEUR, avocats,
 avenue Louise 140
 1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 22 septembre 2023, la partie requérante demande l'annulation de « la décision du 29 août 2023 prise par la Région wallonne par laquelle le marché public de services fondé sur un accord-cadre régi par le cahier spécial des charges (référence : "CSC 2018MO20") ayant pour objet "un contrat d'exécution pour le lot 01 Architecte du système d'information" est attribué au consortium NRB-BuSI-Mielabelo et par laquelle l'offre de la SA BIZLINER est classée deuxième ».

II. Procédure

L'arrêt n° 257.697 du 20 octobre 2023 (ECLI:BE:RVSCE:2023:ARR.257.697) a ordonné, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

L'arrêt a été notifié aux parties le 20 octobre 2023.

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, auditeur au Conseil d'État, a rédigé une note le 7 décembre 2023 demandant que soit mise en œuvre la procédure organisée par l'article 11/2 du règlement général de procédure.

Par une lettre du 8 décembre 2023, le greffe a notifié aux parties que la chambre allait statuer sur l'annulation de l'acte dont la suspension a été ordonnée à moins que l'une d'elles ne demande, dans un délai de quinze jours, à être entendue.

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. Mise en œuvre de la procédure accélérée prévue à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État

Selon l'article 17, § 6, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section du contentieux administratif peut annuler l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée si, dans les trente jours de la notification de l'arrêt qui ordonne la suspension ou confirme la suspension provisoire, la partie adverse n'a pas introduit une demande de poursuite de la procédure.

La partie adverse n'a pas introduit de demande de poursuite de la procédure dans le délai imparti et aucune des parties n'a demandé à être entendue.

L'auditeur rapporteur a en conséquence demandé la mise en œuvre de l'article 11/2 du règlement général de procédure.

À la suite de l'arrêt de l'assemblée générale n° 243.249 du 14 décembre 2018, qui s'inscrit dans le cadre du mécanisme visé aux articles 30, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 14quinquies du règlement général de procédure, mais doit également être pris en considération dans le cadre du mécanisme visé aux articles 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 11/2 du règlement général de procédure, dans la mesure où ces dispositions prévoient également l'annulation de l'acte attaqué, il revient dès lors d'apprécier si la deuxième branche du premier moyen et le deuxième moyen, qui ont été jugés sérieux par l'arrêt de suspension n° 257.697 du 20 octobre 2023 justifient l'annulation de l'acte attaqué. Dans l'affirmative, celui-ci pourra être annulé *via* la procédure accélérée visée à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

IV. Examen de la deuxième branche du premier moyen et du deuxième moyen

En la deuxième branche du premier moyen, pris de la violation « des articles 5, 25 et 32 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 138 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'adage *patere legem quam ipse fecisti*, du principe de la concurrence et de son corollaire, le principe d'égalité entre soumissionnaires, du principe de bonne administration, du devoir de minutie et notamment de la vérification des faits pris en considération », la partie requérante fait grief à la décision d'attribution attaquée de ne pas être suffisamment motivée, dès lors qu'elle ne précise pas concrètement les éléments qui ont été pris en compte dans l'évaluation du deuxième critère d'attribution « qualité des profils types proposés (45%) ». Après avoir rappelé la portée du devoir de motivation formelle et matérielle qui s'impose à la partie adverse, elle expose que l'octroi, pour le deuxième critère d'attribution, de 11,25 points pour son offre et 22,50 points pour celle de son concurrent n'est justifié que par « la simple redite de la méthode d'évaluation prise en compte pour ce critère avec l'ajout d'une simple constatation pour l'offre de la société BIZLINER ». Elle reproche à la partie adverse de ne pas expliquer les raisons pour lesquelles l'absence de formation architecture *cloud* présente un risque pour la qualité de la mission et relève qu'aucune caractéristique de l'offre de son concurrent n'est mise en évidence, en sorte qu'elle ne peut comprendre la cote attribuée à ce dernier.

L'arrêt n° 257.697 du 20 octobre 2023 a jugé cette branche du moyen sérieuse pour les motifs suivants :

« Dans la deuxième branche du premier moyen, la requérante critique la motivation donnée pour l'attribution des points sur la base du critère “qualité des profils types proposés (45%)” dans la décision motivée d'attribution du marché litigieux à l'issue de la “mini-compétition” intervenue entre les participants du lot 1 de l'accord-cadre qui porte sur la mise à disposition d'un “Architecte du système d'information”.

L'obligation de motivation formelle, à laquelle la partie adverse est tenue en vertu des dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également

au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. Ces motifs doivent reposer sur les éléments du dossier administratif. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce. L'étendue nécessaire de la motivation dépend des circonstances dans lesquelles la décision est prise.

La comparaison des offres au regard de critères définis dans les documents du marché et l'attribution de points en fonction d'une pondération prédéfinie laissent au pouvoir adjudicateur un très vaste pouvoir d'appréciation dont le corollaire est une obligation de motivation étendue. La simple attribution de points ne constitue pas, de ce point de vue, une motivation suffisante. Des motifs doivent fonder l'attribution de points et ceux-ci doivent être exprimés sous la forme d'une évaluation descriptive s'appuyant sur des références concrètes au contenu de l'offre.

Il ressort de la décision d'attribution attaquée que l'offre de la requérante a obtenu au total 8,98 points de moins que celle de son concurrent et que, pour le critère d'attribution "qualité des profils types proposés (45%)", elle s'est vu attribuer 11,25 points de moins, lesquels ont donc été déterminants pour le classement des deux offres.

La méthode d'évaluation des offres pour le critère qualité est renseignée dans la décision contestée. Il s'agit d'une méthode de cotation par échelon où :

- l'offre qui répond au minimum à la demande, mais certaines lacunes ou faiblesses décelées présentent un risque important pour la qualité présumée de la mission obtient la note de 0/45 ;
- l'offre qui répond au minimum à la demande, mais certaines lacunes ou faiblesses décelées présentent un risque léger pour la qualité présumée de la mission, obtient la note de 11,25/45 ;
- l'offre qui répond complètement à la demande obtient la note de 22,5/45 ;
- l'offre qui répond complètement à la demande et apporte des éléments pertinents supplémentaires permettant de contribuer légèrement à la qualité présumée de la mission obtient la note de 33,75/45 ;
- l'offre qui répond complètement à la demande et apporte des éléments pertinents supplémentaires permettant de contribuer de manière importante à la qualité présumée de la mission obtient la note de 45/45.

À chaque échelon correspond donc un nombre de points qui doit être justifié par une description précise de la valeur et de la qualité de l'offre concernée.

En l'occurrence, la motivation donnée pour l'attribution des points des deux offres en concurrence est très succincte. Pour justifier l'octroi de respectivement 11,25 et 22,5 points à ces offres, la décision d'attribution se limite à reproduire la description attachée à l'échelon correspondant, en ajoutant, pour ce qui concerne l'offre de la requérante, que « le profil n'a pas suivi de formation architecture *cloud* ».

Une telle motivation paraît *prima facie* insuffisante.

D'une part, la décision attaquée n'indique pas en quoi l'absence de formation architecture *cloud* présente un risque léger pour la qualité présumée de la mission. La méthode de cotation que s'est imposée la partie adverse pour évaluer le critère qualité impliquait qu'elle fournisse cette explication. C'est d'autant plus le cas que la "connaissance *cloud*" représente un point sur les vingt-deux cités dans la fiche de la mission définissant le profil recherché (compétence, expérience, etc.). Les explications que la partie adverse fournit *a posteriori*, dans la note

d'observations et à l'audience, ne peuvent pallier l'insuffisance de motivation formelle de la décision attaquée.

D'autre part, il n'est *prima facie* pas possible, à la lecture de la motivation de l'acte attaqué, de vérifier que l'attribution de points pour le critère d'attribution qualité a été précédée d'une vérification et d'un examen minutieux des offres. Sauf pour ce qui concerne l'absence de suivi de formation architecture *cloud*, les caractéristiques des deux offres ne sont pas spécifiées, pas plus qu'elles ne sont corrélées avec les différents points d'attention repris dans la fiche de la mission. Le dossier administratif ne comprend lui-même aucune pièce qui rend compte d'une analyse concrète des offres. Le document intitulé "détail analyse CV" (pièce confidentielle 4.3) produit par la partie adverse ne contient pas une telle analyse, outre qu'il paraît incomplet, indique d'autres points à attribuer aux deux offres pour le critère qualité et retient, comme aspect apparemment défavorable de l'offre de la requérante, un autre élément que celui mentionné dans la décision d'attribution. À l'audience, la partie adverse fait valoir que l'attribution de points se fait de manière « mathématique », en vérifiant si le profil proposé dans les offres répond aux caractéristiques mentionnées dans la fiche de mission. Or, comme l'indique la partie adverse à l'audience, les deux soumissionnaires n'ont pas déposé un format d'offres identique, ce qui rend *a priori* plus complexe l'analyse des offres. De plus, il ressort de la décision attaquée que la partie adverse a procédé le 6 juillet 2023 à des *interviews* "afin d'affiner l'analyse des profils", ce qui paraît démentir la possibilité d'une évaluation "mathématique" de ces profils.

Le vice de motivation est *prima facie* établi. Il importe peu que la requérante ne dénonce, par ailleurs, aucune erreur manifeste d'appréciation dans l'attribution des points accordés à l'offre de son concurrent, au contenu de laquelle elle n'a d'ailleurs pas accès et à l'égard de laquelle la décision motivée d'attribution mentionne seulement qu'elle "répond complètement à la demande".

Le premier moyen, en sa deuxième branche, est sérieux. »

Dans un deuxième moyen pris de « la violation de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de la concurrence et de son corollaire le principe d'égalité entre soumissionnaires, du principe de bonne administration, devoir de minutie et notamment de la vérification des faits pris en considération et de l'erreur manifeste d'appréciation », la requérante fait grief à la partie adverse de ne pas avoir procédé à la vérification des prix qu'impose l'article 21, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité. Après avoir rappelé la portée de cette disposition, elle expose ce qui suit :

« [...] La société BIZLINER et le *consortium* NRB-BuSi-Mielabelo ont été invités à déposer une offre dans laquelle ils ont dû indiquer le prix de la mission qui leur

serait éventuellement confiée. En d'autres termes, ils ont introduit une offre en vue de se voir attribuer un marché.

L'article 21 précité a trait à des "offres introduites" sans distinction. Il importe peu qu'il s'agisse d'offres introduites dans le cadre d'une remise en concurrence à la suite de l'attribution d'un accord-cadre.

Il est, dès lors, applicable au cas d'espèce. Raisonner autrement conduirait à méconnaître la *ratio legis* de la vérification des prix. En effet, cela signifierait que des soumissionnaires peuvent proposer des prix potentiellement aberrants lors de l'attribution de marchés subséquents sans contrôle effectif de la part du pouvoir adjudicateur.

Or, le SPW Digital n'a procédé à aucune vérification des prix. À tout le moins, il n'apparaît pas de l'acte attaqué qu'une telle vérification a été effectuée.

Partant, la procédure de passation du contrat d'exécution "2018M20 L01B262" est irrégulière.

[...] Partant, le second moyen est sérieux ».

L'arrêt n° 257.697 du 20 octobre 2023 a jugé ce moyen sérieux pour les motifs suivants :

« La requérante fait grief à la partie adverse de ne pas avoir procédé à la vérification des prix qu'impose l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, disposition dont il n'est pas contesté qu'elle est applicable au présent marché.

La disposition précitée prévoit ce qui suit :

“ § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites. À sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure toutes indications permettant cette vérification.

§ 2. Si les documents du marché le prévoient, le pouvoir adjudicateur peut confier aux personnes qu'il désigne la mission d'effectuer toutes vérifications sur pièces comptables et tous contrôles sur place de l'exactitude des indications fournies dans le cadre de la vérification des prix.

Les indications fournies en application des dispositions qui précèdent ne peuvent être utilisées par le pouvoir adjudicateur à d'autres fins que celle de la vérification des prix.

§ 3. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, ce paragraphe n'est pas applicable à la procédure négociée [...]”.

L'accord-cadre sur lequel est fondé le marché litigieux a été passé par procédure négociée avec publicité. L'attribution de marchés subséquents à cet accord-cadre peut elle-même être précédée de négociations. Le rapport au Roi mentionne qu' "[e]n ce qui concerne les procédures négociées, même si le paragraphe 3 [de l'article 21] ne leur est pas rendu applicable dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur pourra néanmoins opérer une vérification par application des paragraphes 1^{er} et 2 lorsqu'il constatera la présence d'un prix apparemment anormalement bas ou élevé”.

Prima facie, rien ne permet d'affirmer que la vérification des prix imposée par l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne serait pas applicable aux offres introduites pour des marchés subséquents à un accord-cadre. Alors que la réglementation des marchés publics prend soin de préciser lorsqu'une règle ne s'applique pas aux marchés fondés sur un accord-cadre, l'article 21 précité vise « les

offres introduites » sans distinction. Aucune autre disposition ne paraît dispenser le pouvoir adjudicateur de vérifier les prix en cas de remise en concurrence pour l'attribution de marchés fondés sur un accord-cadre. Le contrôle des prix garde, à première vue, tout son sens dans cette hypothèse (mini-compétition) lorsque les marchés subséquents sont (notamment) attribués sur la base du critère du prix. Un tel contrôle peut même apparaître plus pertinent au stade de l'attribution de marchés fondés sur un accord-cadre à un moment où, comme c'est le cas en l'espèce, les besoins du pouvoir adjudicateur se manifestent concrètement et le contenu des missions à prester est précisé.

La partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle affirme qu'elle a vérifié les prix remis pour le marché litigieux en demandant à la requérante de respecter les prix plafonds qu'elle a proposés pour l'attribution de l'accord-cadre. Le contrôle de ces prix plafonds constitue, certes, une condition de régularité des offres déposées, condition qui est imposée par le cahier spécial des charges. Un tel contrôle ne couvre cependant pas les aspects de la vérification des prix exigée par l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, dont l'objectif est double : d'une part, protéger le pouvoir adjudicateur en lui permettant de s'assurer que le prix offert par les soumissionnaires permet réellement d'exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges et, dans le cadre de marchés subséquents, dans les lettres de mission et d'exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des derniers publics ; d'autre part, protéger les exigences d'une saine concurrence en évitant que le pouvoir adjudicateur avalise des comportements contraires à une saine concurrence et que des marchés publics soient finalement attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence.

En l'occurrence, il ne ressort ni de la décision contestée ni des pièces du dossier administratif que la partie adverse aurait procédé à la vérification des prix au sens de l'article 21 précité.

La partie adverse affirme que les prix proposés pour le marché litigieux ne pourraient être considérés comme anormalement bas ou élevés puisqu'ils ne peuvent excéder les prix plafonds remis pour l'attribution de l'accord-cadre et qu'ils sont, en l'occurrence, très proches de ces prix plafonds. Or, d'une part, les pièces soumises au Conseil d'État ne permettent pas de vérifier que ces prix plafonds auraient eux-mêmes fait l'objet d'un contrôle lors de l'attribution de l'accord-cadre. D'autre part, pour les motifs déjà exposés, il incombe à la partie adverse de vérifier que les prix offerts peuvent être justifiés au regard non seulement des prescriptions de l'accord-cadre, mais aussi des attentes qui sont précisées dans la lettre de mission pour l'attribution du marché litigieux.

La partie adverse soutient encore que, comme le prix de la requérante est inférieur à celui de l'adjudicataire du marché, elle n'a pas intérêt à critiquer le caractère anormalement bas du prix remis par son concurrent puisque le prix qu'elle a proposé lui est inférieur. Contrairement à ce que semble suggérer la partie adverse, il y a lieu *prima facie* de considérer que l'absence de vérification des prix a pu causer grief à la requérante : rien ne permet d'établir que l'offre mieux classée que la sienne n'aurait pas été jugée irrégulière par le pouvoir adjudicateur si celui-ci avait procédé au contrôle des prix. Peu importe que la requérante ait remis l'offre avec le prix le plus bas. Rien n'autorise, en effet, à présumer du résultat auquel aurait pu aboutir la vérification des prix dont l'absence est dénoncée, ni d'ailleurs de la pertinence des éventuelles justifications qu'auraient fournies les soumissionnaires si la partie adverse les avait, à l'issue de cette vérification, invités à justifier des prix apparemment anormalement bas ou haut.

Le deuxième moyen est sérieux. »

Il n'y a pas lieu de se départir de ce qui a été jugé par l'arrêt n° 257.697, précité. Le premier moyen en sa deuxième branche et le deuxième moyen sont ainsi jugés fondés. En application des articles 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 11/2 du règlement général de procédure, l'acte attaqué est annulé.

IV. Indemnité de procédure

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La décision prise le 29 août 2023 prise par la Ministre de la Fonction publique, du Tourisme, du Patrimoine et de la Sécurité routière d'attribuer le contrat d'exécution 2018M020 L01B262 pour le lot 1 « Architecte du système d'information » fondé sur l'accord-cadre (cahier spécial des charges SPW-DGT-DTIC 2018M020) au *consortium* NRB-BuSI-Mielabelo pour son offre GCU (tarif journalier : 1020 euros HTVA ; commande minimale 220 jours ; durée maximale du contrat : 3 ans) est annulée.

Article 2.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 28 juin 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

David De Roy,
Nathalie Roba,

président de chambre,
greffière.

La greffière,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy

