

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

n° 260.375 du 2 juillet 2024

A. 242.033/VI-22.838

En cause : **la société anonyme FEATURES ANALYTICS**,
ayant élu domicile chez
M^e Alain DELFOSSE, avocat,
avenue Louise 283/19
1050 Bruxelles,

contre :

l'Autorité des Services et Marchés Financiers (F.S.M.A.),
ayant élu domicile chez
M^{es} Thomas EYSKENS et
Sarah FIACCAPRILE, avocats,
boulevard Bischoffsheim 33
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 29 mai 2024, la partie requérante demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise par la partie adverse le 14 mai 2024 d'attribuer le marché public de services ayant pour objet "une solution de surveillance des marchés pour la FSMA" (Dossier 2023/013) à la société de droit australien Smarts Market Surveillance Pty Ltd (Nasdaq), dont le siège est établi Level 8, 68 Harrington Street, The Rocks, New South Wales, 2000 Sydney, Australia (numéro d'entreprise : ABN 83 064 294 757) ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 30 mai 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 20 juin 2024.

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

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

M^{me} Michèle Belmessieri, conseillère d'État, présidente f.f., a exposé son rapport.

M^e Alain Delfosse, avocat, comparaisant pour la partie requérante et M^e Aurélien Vandeburie, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits

La partie requérante relate les faits de la cause comme il suit :

- « 1.- La partie adverse a publié un avis de marché pour un marché public de services ayant pour objet "Une solution de surveillance des marchés pour la FSMA" (Dossier 2023/013).

Il s'agit plus précisément de détecter les abus de marché, au sens du Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché, définis à l'article 1^{er} "Objet" de celui-ci comme étant "les opérations d'initiés, la divulgation illicite d'informations privilégiées et les manipulations de marché".

Ce marché public doit être passé par procédure concurrentielle avec négociation.

- 2.- Trois soumissionnaires ont déposé une *best and final offer* (BAFO) dans le délai prescrit, qui expirait le 14 mars 2024, à savoir :

- la requérante ;
- la société de droit britannique KRM22 Central Ltd ;
- la société de droit australien Smarts Market Surveillance Pty Ltd (Nasdaq).

- 3.- Par sa lettre du 14 mai 2024, la partie adverse a informé la requérante de sa décision d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire.

Il ressort de la décision motivée d'attribution du marché que :

- l'adjudicataire du marché est la société de droit australien Smarts Market Surveillance Pty Ltd (Nasdaq), qui a été classée première ;

- la requérante et la société de droit britannique KRM22 Central Ltd ont été classées, respectivement, deuxième et troisième ».

IV. Observations postérieures à la clôture des débats

IV.I Observations du conseil de la partie requérante

Par un courrier électronique du 21 juin 2024 à 12h26, soit après la clôture des débats, le conseil de la partie requérante soumet à la présidente f.f. de la chambre les réponses qu'il entend apporter, sur trois points, à l'avis du premier auditeur. Il fait également valoir qu'il ne peut être dérogé, en procédure d'extrême urgence, au droit de réponse à l'avis de l'auditeur, alors qu'un tel droit serait reconnu à sa cliente dans le cadre d'une procédure en annulation ou en référé ordinaire.

Il est de règle que l'auditeur est entendu en son avis oral à la fin des débats et que, une fois cet avis donné, le président prononce la clôture des débats et met la cause en délibéré. Cette règle est d'application générale, à toutes les procédures en lesquelles l'auditeur doit être entendu en son avis à l'audience, et notamment à celles auxquelles se réfère le conseil de la partie requérante, lorsqu'il semble suggérer qu'un droit de réponse à l'avis y serait reconnu aux parties.

Il peut certes arriver exceptionnellement que le président permette aux parties de répondre à l'avis oral, par exemple lorsqu'après avoir entendu celui-ci, il considère que l'auditeur a pu avoir traité l'affaire sous un aspect qui pourrait n'avoir pas été suffisamment soumis à la contradiction des parties.

Cette possibilité de dérogation à la règle générale précitée demeure toutefois exceptionnelle. Elle ne se conçoit, par ailleurs, que pour autant qu'après que la parole ait été ainsi donnée aux parties, l'auditeur soit en mesure d'intervenir à nouveau en dernier lieu, oralement à l'audience.

En l'espèce, le conseil de la partie requérante, qui soumet ses observations dans les circonstances ainsi décrites, entend revendiquer pour sa cliente un droit de réponse qui ne pourrait, en toute hypothèse, être exercé dans des conditions permettant à l'auditeur d'intervenir oralement à l'audience, en dernier lieu.

Le conseil de la partie requérante ne fait, par ailleurs, état d'aucune circonstance qui, survenue après la clôture des débats, justifierait d'ordonner une réouverture de ceux-ci.

Il n'y a, en conséquence, pas lieu d'avoir égard aux réponses que le conseil de la partie requérante entend apporter à l'avis du premier auditeur.

IV.2. Observations de la partie requérante

Par un courriel adressé à la présidente f.f. de la chambre le 21 juin 2024, à 18h04, la requérante fait valoir en substance, à l'intervention d'un de ses représentants, qu'elle a été surprise par le déroulement de l'audience, ne s'attendant notamment pas à ne pouvoir prendre la parole à la suite de l'avis donné par le premier auditeur. Elle soutient que, dans ces circonstances, elle n'a pu invoquer certaines informations qu'elle avait obtenues au courant de la semaine précédant cette audience. Ce sont ces informations qu'elle déclare communiquer dans son courriel.

La surprise dont fait état la partie requérante ne peut justifier que celle-ci soumette au Conseil d'Etat, après la clôture des débats, des éléments dont elle disposait avant l'audience et aurait pu exposer au cours de celle-ci, à l'intervention de son conseil ou de l'un de ses représentants. Il n'appartient, du reste, pas au Conseil d'Etat d'avoir égard au fonctionnement des relations entre une partie et son conseil.

Par ailleurs, la partie requérante ne peut sérieusement laisser entendre qu'elle n'a pas eu l'occasion de s'exprimer, alors que l'une de ses représentants a pris la parole au cours de l'audience, et que rien n'empêchait la partie requérante d'exposer à l'audience les éléments qu'elle détenait déjà et qu'elle soumet désormais au Conseil d'Etat, après la clôture des débats, ces éléments ne justifiant – en toute hypothèse – pas une réouverture des débats.

Les circonstances invoquées par la partie requérante ne justifient pas qu'il soit dérogé à la règle générale selon laquelle l'auditeur est entendu en son avis oral à la fin des débats et, une fois cet avis prononcé, le président prononce la clôture des débats et met la cause en délibéré.

Il n'y a, en conséquence, pas lieu d'avoir égard aux informations que la partie requérante a transmises après la clôture des débats.

V. Moyen unique

V.I. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un moyen unique de la violation « des articles 4, alinéa 1^{er}, 66, § 1^{er}, et 81, §§ 1^{er} et 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 87, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de motivation, "*patere legem quam ipse fecisti*", de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence ainsi que le devoir de minutie ».

Le moyen est divisé en deux branches.

Quant à la première branche, la partie requérante indique ne pas être en mesure de résumer davantage les développements de la première branche du moyen unique qui figurent aux points 8 à 10 de sa requête. Ces points se lisent comme il suit :

« 8.- L'article "I.10.1 Prix" du cahier spécial des charges prévoit que :

"Le prix sera évalué sur la base des tarifs présentés dans le modèle d'offre"

Cet article énumère ensuite sept postes dont les coûts doivent figurer dans l'offre.

Le formulaire d'offre constituant l'annexe A du cahier spécial des charges (point IV) impose cependant l'indication d'un prix global.

Cette incohérence dans le cahier spécial des charges compromettrait déjà la comparaison des prix proposés par les trois soumissionnaires.

9.- Par ailleurs, les articles "1.12 Options" et "III.2.1 Exigences concernant la solution" du cahier spécial des charges distinguent entre :

(i) les fonctionnalités obligatoires (*mandatory*), qui doivent être présentes dans la solution de base ; le coût de ces fonctionnalités fait partie des coûts de licence et d'hébergement récurrents ; il peut être mentionné séparément dans le formulaire d'évaluation constituant l'annexe F du cahier spécial des charges (point IX) ;

(ii) les fonctionnalités optionnelles (*nice to have*) qui sont incluses dans la solution de base ; le coût de ces fonctionnalités peut être mentionné séparément dans le tableau d'évaluation ;

(iii) les fonctionnalités optionnelles (*nice to have*) qui ne font pas partie de la solution de base ; le coût de ces fonctionnalités doit être mentionné séparément dans le tableau d'évaluation.

Autrement dit, les fonctionnalités optionnelles (*nice to have*) soit sont incluses dans la solution de base, soit ne font pas partie de la solution de base.

Il ressort toutefois de l'article "III.2.1 Exigences concernant la solution" *in fine* du cahier spécial des charges que les fonctionnalités optionnelles (*nice to have*) sont celles qui ne sont pas incluses dans la solution de base, ce qui laisse incertaine la qualification exacte – *mandatory* ou *nice to have* – des fonctionnalités optionnelles qui sont incluses dans la solution de base.

10.- Quoi qu'il en soit, pour que la comparaison des prix ait un sens, il eut fallu que la partie adverse compare des choses comparables.

Or, il ressort du rapport d'attribution du marché [...] que :

“Le prix est le prix total de l'outil de base, y compris des options, sur la durée totale de six ans.”

Mais le rapport d'attribution du marché ne précise :

- ni de quelles « options » il s'agit : fonctionnalités optionnelles (*nice to have*) qui sont incluses dans la solution de base [...] ou fonctionnalités optionnelles (*nice to have*) qui ne font pas partie de la solution de base [...];
- ni quel(s) soumissionnaire(s) a/ont proposé telle(s) ou telle(s) option(s) dans son/leur offre.

Le rapport d'attribution du marché laisse donc sans réponse les deux questions essentielles suivantes :

- qu'est-ce que les trois prix proposés comprennent en matière de fonctionnalités optionnelles (*nice to have*) ?
- ces trois prix comprennent-ils tous les mêmes fonctionnalités optionnelles (*nice to have*) ?

Dès lors :

- il n'est pas possible de déterminer ce que les prix proposés par chacun des trois soumissionnaires recouvrent exactement ;
- il est en tout cas certain que ces prix recouvrent des services différents pour chacun des soumissionnaires.

Dans ces conditions, la comparaison des prix était impossible.

Pour garantir l'égalité entre les soumissionnaires et permettre la comparaison des prix, la partie adverse aurait dû :

- soit comparer uniquement les trois solutions de base (*mandatory*), dépourvues de toute fonctionnalité optionnelle (*nice to have*) ;
- soit éventuellement préciser les fonctionnalités optionnelles (*nice to have*) qui devaient être incluses dans chacune des trois solutions de base et comparer ensuite celles-ci.

Dans les deux cas, la partie adverse aurait dû comparer les prix sur une base uniforme.

À défaut, la méthode utilisée par la partie adverse pour comparer les prix ne constitue pas un instrument de mesure valable.

Il en va d'autant plus ainsi que la comparaison des offres a été faite dans la perspective d'une durée totale du marché de six ans, en incluant des fonctionnalités optionnelles (*nice to have*) dont la mise en place n'est ni précisée dans le temps – de sorte qu'elles ne seront pas utilisables pendant toute la durée du marché – ni même certaine.

La partie adverse aurait par conséquent dû comparer uniquement les trois solutions de base, comportant seulement les fonctionnalités obligatoires (*mandatory*) ».

Quant à la seconde branche, la partie requérante indique ne pas être en mesure de résumer davantage les développements de la seconde branche du moyen unique qui figurent aux points 14 à 19 de la requête. Ces points se lisent comme il suit :

« 14.- Selon le rapport d'attribution du marché [...] :

“ Il ressort de l'analyse qui précède que les trois BAFOs comportent toutes les fonctionnalités qui doivent obligatoirement être présentes dans l'outil de base. Les fonctionnalités optionnelles peuvent également être fournies par les trois parties.”

Cette double conclusion ne ressort pourtant pas de “l'analyse qui précède”.

Il ne ressort pas du rapport d'attribution du marché que la partie adverse aurait analysé les trente-trois fonctionnalités – dont vingt-quatre étaient obligatoires (*mandatory*), car indiquées par la lettre (M), et neuf seulement étaient optionnelles (*nice to have*) – décrites dans le formulaire d'évaluation constituant l'annexe F du cahier spécial des charges.

L'examen des quatre points auquel a procédé la partie adverse [...] ne couvre pas ces trente-trois fonctionnalités.

À tout le moins, le rapport d'attribution du marché ne permet pas de vérifier que tel est bien le cas.

15.- Par ailleurs, le rapport d'attribution du marché ne contient aucune mesure de performance chiffrée des solutions proposées par les trois soumissionnaires.

Or, la qualité des services fournis devait être évaluée “de manière factuelle et objective, sur la base de caractéristiques mesurables” (article “III.2.2 Exigences en matière d'hébergement” du cahier spécial des charges).

Cette évaluation ne figure cependant pas – et n'est même pas évoquée – dans le rapport d'attribution du marché.

D'autre part, le préambule de la décision motivée d'attribution du marché [...] vise d'abord “les ateliers de clarification des offres organisés les 1^{er}, 5 et 8 février 2024”.

La “clarification” demandée par la partie adverse avait notamment pour objet “*the efficiency of your alerting system to detect relevant cases for investigation by our audit team*” (en note de bas de page : Traduction libre : “l'efficacité de votre système d'alerte pour détecter les cas pertinents en vue d'une enquête par notre équipe d'audit” (courriel adressé par la partie adverse à la requérante le 23 janvier 2024)).

La solution de la requérante a été analysée par la partie adverse le 1^{er} février 2024 de 15 heures à 16 heures 30.

La décision motivée d’attribution du marché [...] indique ensuite que :

“ [...] les BAFO’s ont été évaluées sur base d’une étude détaillée des critères d’attribution. Le détail de cette analyse se trouve dans le rapport d’attribution ci-joint.”

Pourtant, ni le compte-rendu des “ateliers de clarification des offres organisés les 1^{er}, 5 et 8 février 2024”, ni l’“étude détaillée des critères d’attribution”, ni le “détail de cette analyse” ne figurent dans le rapport d’attribution du marché.

16.- Enfin, selon le rapport d’attribution du marché [...] :

“ Il ressort de l’analyse qui précède que la qualité de la BAFO de Features Analytics est marquée par le point faible suivant :

- Les visualisations dans l’outil de Features Analytics sont généralement élaborées de manière moins détaillée.”

Or, le rapport d’attribution du marché ne contient pas cette prétendue “analyse qui précède”, dont il résulterait que :

- la qualité de la BAFO de la requérante serait “marquée par (un quelconque) point faible” ;

- “Les visualisations dans l’outil de Features Analytics (seraient) généralement élaborées de manière moins détaillée.”

Au contraire, le rapport d’attribution du marché [...] révèle que :

“Les visualisations sont correctes.”

Il faut en déduire que l’offre de la requérante ne comportait aucun “point faible”, spécialement en ce qui concerne les “visualisations dans (son) outil”.

Il convient d’ajouter que :

- les visualisations ne font même pas partie des trente-trois fonctionnalités – obligatoires (*mandatory*) ou optionnelles (*nice to have*) – reprises dans le formulaire d’évaluation constituant l’annexe F du cahier spécial des charges ;

- l’appréciation selon laquelle les visualisations dans l’outil de la requérante seraient “généralement élaborées de manière moins détaillée” est pour le moins imprécise, subjective et vague.

Dans ces conditions, rien ne justifie la conclusion de la partie adverse selon laquelle :

“La qualité de la BAFO de Features Analytics est jugée bonne, ce qui donne un score de 43,5 points sur 50).”

17.- A cet égard, il convient de souligner que les scores attribués par la partie adverse aux trois soumissionnaires – compris entre 81 et 100 (cf. la méthodologie décrite à l’article “I.10 Critères d’attribution” du cahier spécial des charges) – les classent tous dans le niveau “excellent” de l’échelle, alors pourtant que :

- la qualité de la BAFO de la société Smarts Market Surveillance Pty Ltd (Nasdaq) a été jugée “très bonne”, appréciation qui ne correspond à aucun niveau de cette échelle ;

- la qualité des BAFOs de la requérante et de la société KRM22 Central Ltd a seulement été jugée “bonne”.

Cette contradiction flagrante dans les motifs du rapport d’attribution du marché équivaut à une absence de motif, conformément à la jurisprudence constante de la Cour de cassation.

18.- Le rapport d’attribution du marché révèle par contre l’existence d’une faiblesse fondamentale et majeure dans la solution proposée par la société Smarts Market Surveillance Pty Ltd (Nasdaq).

En effet, dans son rapport d’attribution du marché [...], la partie adverse a attribué à la BAFO de la société Smarts Market Surveillance Pty Ltd (Nasdaq) le “point fort” suivant :

“ Le système de Smarts Nasdaq prévoit un composant IA/ML combiné, qui doit permettre de réduire considérablement le nombre de faux positifs (false positives) ;”

Loin de distinguer un “point fort”, ce motif révèle que :

- la solution proposée par la société Smarts Market Surveillance Pty Ltd (Nasdaq) pâtit de nombreux “faux positifs” puisqu’il faut les “réduire considérablement” ;

- le “composant *IA/ML*” prévu (dans quel délai ?) par la société Smarts Market Surveillance Pty Ltd (Nasdaq) n’est pas encore opérationnel ;

- l’efficacité de ce “composant” n’a pas pu être vérifiée et, partant, n’est pas certaine.

Ainsi, la partie adverse érige en “*point fort*” un grave défaut de la solution proposée par la société Smarts Market Surveillance Pty Ltd (Nasdaq).

Ce prétendu “point fort” constitue donc en réalité un “point faible”.

Cette contradiction flagrante dans les motifs du rapport d’attribution du marché équivaut à une absence de motif, conformément à la jurisprudence constante de la Cour de cassation.

19.- En conclusion, rien ne justifie la “conclusion” de la partie adverse selon laquelle :

“La qualité de la BAFO de Smarts Nasdaq est jugée très bonne, ce qui donne un score de 45 points sur 50 ;

[...]

La qualité de la BAFO de Features Analytics est jugée bonne, ce qui donne un score de 43,5 points sur 50”.

Aucun élément concret, mesurable et objectif – dans une matière qui s’y prête pourtant – ne justifie cet écart de points ».

B. Note d’observations

La partie adverse soutient que le moyen est irrecevable, en ce qu'il est pris de la violation de l'article 87, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, puisque cette disposition ne s'applique pas au marché en cause. Elle estime que le moyen est également irrecevable, en qu'il n'indique pas en quoi les principes généraux y visés seraient violés.

Quant à la première branche, la partie adverse observe que la partie requérante formule quatre critiques à l'appui de la première branche du moyen. Selon elle, aucune d'elles n'est sérieuse et ne démontre l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse ou une violation des principes et dispositions visés au moyen.

Elle avance, premièrement, que la partie requérante n'ignorait pas que la comparaison des prix aurait lieu sur la base du prix total - et non global, comme elle le soutient à tort - des différentes composantes de son offre ou de sa BAFO.

Elle estime, deuxièmement, que les documents du marché sont clairs, notamment l'article III.2.1, et ne laissent planer aucune incertitude sur la nature des fonctionnalités.

Elle soutient, troisièmement, qu'outre que la partie requérante n'explique pas sur quelle base la partie adverse aurait dû comparer uniquement les trois solutions de base comportant les fonctionnalités obligatoires, la comparaison des prix a été opérée en tenant compte des mêmes solutions et fonctionnalités, conformément au principe d'égalité des soumissionnaires.

Elle précise enfin que les soumissionnaires ont chacun remis une BAFO en tenant compte des réponses aux fonctionnalités demandées (« *mandatory* » et « *nice to have* »), que la comparaison des BAFOs a été effectuée en excluant, pour tous les soumissionnaires, une seule et identique option autorisée (n°14), dès lors qu'au terme d'une analyse de faisabilité, la partie adverse s'est aperçue qu'aucun des soumissionnaires ne pouvait satisfaire à l'option concernée. Elle estime que rien ne l'interdisait et que la décision attaquée est suffisamment motivée lorsqu'elle mentionne que le prix total est le prix total de la solution de base et des options. Elle considère enfin que l'obligation de motivation formelle n'exigeait pas de préciser davantage de quelles options il s'agit, ni quel soumissionnaire a proposé quelle option, ni quel était le contenu de cette option, compte tenu des termes des documents de marché, en particulier du tableau F annexé du cahier spécial des charges.

Quant à la seconde branche, la partie adverse observe que la partie requérante formule sept critiques et estime qu'aucune d'elles n'est sérieuse et ne démontre l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie ou d'une violation des principes et dispositions visées au moyen.

Elle soutient, premièrement, qu'elle a analysé les fonctionnalités, ce que confirme le rapport d'attribution du marché et que l'obligation de motivation ne lui imposait pas de détailler davantage dans la décision attaquée le contenu de chaque fonctionnalité de chaque soumissionnaire, compte tenu des termes des documents de marché (tableau F) et des réponses des soumissionnaires.

Elle affirme, deuxièmement, que l'article III.2.2 du cahier spécial des charges se rapporte aux clauses techniques du marché et est étranger aux critères d'attribution.

Elle considère, troisièmement, que l'« étude détaillée des critères d'attribution » et du « détail de cette analyse » figure dans le rapport d'attribution.

Elle soutient, quatrièmement, que la partie requérante ne peut ignorer le contenu de sa présentation lors des ateliers de clarification.

Elle fait valoir, cinquièmement, qu'il se comprend du rapport d'attribution que c'est en comparaison avec les autres BAFOs que, bien qu'elle présente des visualisations correctes, l'offre (BAFO) de la partie requérante est marquée par un point faible, à savoir le fait que, par rapport aux autres offres, les visualisations sont généralement élaborées de manière moins détaillée.

Elle considère, sixièmement, qu'il est inexact d'affirmer que les visualisations ne sont pas visées dans l'annexe F du cahier spécial des charges.

Elle précise, septièmement, que les termes « très bon » et « bon » doivent être considérés comme le résultat d'une appréciation qui découle d'une comparaison entre des solutions jugées excellentes.

Elle indique, huitièmement, que la composante IA/ML dans l'offre de la partie requérante, destinée à réduire le nombre de faux positifs, n'est pas un « remède » à un problème mais un ajout à un système déjà performant.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à la recevabilité du moyen unique

L'article 87 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques constitue l'article unique du chapitre 6 « Attribution du marché » situé sous le titre 2 « Attribution en procédure ouverte et en procédure restreinte » de cet arrêté royal. Cette disposition ne s'applique donc pas à des marchés publics qui sont attribués selon la procédure concurrentielle avec négociation.

En l'espèce, le marché litigieux est attribué selon la procédure concurrentielle avec négociation.

Il s'ensuit que le moyen est irrecevable, en ce qu'il est pris de la violation de l'article 87, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, qui n'est pas applicable au litige.

Ce constat n'est pas remis en cause par l'argument invoqué par la partie requérante à l'audience, selon lequel l'article 87, § 1^{er}, alinéa 3, précité devrait s'appliquer par analogie aux procédures concurrentielles avec négociation. En effet, un moyen ne peut être pris de la violation d'une disposition inapplicable au litige, quand bien même la partie requérante souhaite la voir appliquée par analogie.

Enfin, la partie adverse ne précise pas les principes généraux visés au moyen, pour lesquels la violation ne serait pas exposée dans la requête. L'exception d'irrecevabilité partielle n'étant pas suffisamment développée, il n'y a pas lieu de l'examiner.

Quant à la première branche

Premièrement, la partie requérante soutient que le cahier spécial des charges contient une incohérence entre, d'une part, le point I.10.1. « Prix (50 points) », qui fait état de « tarifs présentés dans le modèle d'offre » et de « coûts » pour les postes y énumérés et, d'autre part, le formulaire d'offre dans lequel les soumissionnaires devaient indiquer un « prix global ». Selon la partie requérante, cette incohérence compromet la comparaison des prix offerts par les soumissionnaires.

Le point I.10.1 définit le critère d'attribution « prix » comme il suit :

«

I.10.1 Prix (50 points)

Le prix sera évalué sur la base des tarifs présentés dans le modèle d'offre :

- Coût annuel de la licence du logiciel : y compris une description détaillée des services de maintenance et de support pour la solution de surveillance des marchés (services logiciels, services de sécurité des données, maintenance du système, helpdesk, ...) qui, en tant que tels, font partie du coût récurrent de la licence ;
- Coût annuel de l'hébergement ;
- Si certains services de maintenance et de support ne sont pas inclus dans les coûts récurrents de la licence ou de l'hébergement, ces services et leurs coûts doivent être indiqués séparément dans l'offre de prix. Si les nouvelles versions du logiciel ne sont pas incluses dans les coûts récurrents, les coûts d'installation et d'utilisation des nouvelles versions doivent être inclus dans l'offre de prix ;
- Coût d'implémentation de la solution (unique) ;
- Coût par utilisateur (simultané) ;
Les coûts des licences d'utilisation font partie des coûts annuels récurrents de la licence.
Le nombre d'utilisateurs simultanés est estimé à environ 3. Le nombre total d'utilisateurs est estimé à environ 10.

- Coût par utilisateur (simultané) supplémentaire ;
- Coût de l'installation du SFTP pour les transferts de données de la FSMA vers le serveur SFTP du fournisseur.
 - Indication du nombre de jours.

Le coût du SFTP fait partie des coûts annuels récurrents de l'hébergement.

».

Dans le formulaire d'offre, qui constitue l'annexe A du cahier spécial des charges, les soumissionnaires étaient tenus d'indiquer le montant total de leur offre. Le formulaire d'offre mentionne par ailleurs ce qui suit :

IMPORTANT : ce formulaire doit être rempli entièrement et signé par le soumissionnaire. Le montant total de l'offre doit être mentionné en chiffres ET en toutes lettres.

Contrairement à ce que soutient la partie requérante, le formulaire d'offre n'imposait donc pas aux soumissionnaires d'indiquer un « prix global », au sens de l'article 2, 3°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, c'est-à-dire un prix forfaitaire qui couvre l'ensemble des prestations du marché ou de chacun de ses postes. Le cahier spécial des charges ne mentionne d'ailleurs pas en son point I.4 que le marché litigieux est un marché à prix global mais indique qu'il s'agit d'un marché mixte, c'est-à-dire un marché dont les prix sont fixés selon plusieurs modes (conformément à l'article 2, 6°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité).

Il n'apparaît donc pas en quoi il y aurait une incohérence entre les passages précités du cahier spécial des charges : d'une part, les soumissionnaires étaient tenus d'indiquer dans le formulaire d'offre le prix total de leur offre, d'autre part, le point I.10.1 « Prix (50 points) » du cahier spécial des charges énumère les coûts à prendre en considération, tout en renvoyant aux « tarifs présentés dans le modèle offre » ce qui se comprend comme les coûts inscrits par les soumissionnaires dans le tableau d'évaluation qu'ils devaient remplir et joindre à leur offre.

L'incohérence dénoncée par la partie requérante n'existe donc pas et n'a pas pu, en conséquence, compromettre la comparaison des prix.

Le premier grief n'est pas sérieux.

Deuxièmement, la partie requérante soutient que le cahier spécial des charges contient une incohérence entre, d'une part, l'article I.12 « Options » et, d'autre part, l'article III.2.1 « Exigences concernant la solution » qui laisserait incertaine la qualification exacte – *mandatory* ou *nice to have* – des fonctionnalités optionnelles qui sont incluses dans la solution de base que les soumissionnaires devaient proposer.

Le point I.12 « Option » du cahier spécial des charges se lit comme il suit :

«

I.12 Options

Ce marché prévoit un certain nombre d'options autorisées :

- Solution de base : les fonctionnalités indiquées comme 'Mandatory' dans le tableau d'évaluation.
 - o Le coût des fonctionnalités qui doivent être présentes dans la solution de base (*mandatory*) fait partie des coûts de licence et d'hébergement récurrents. Le coût de ces fonctionnalités peut être mentionné séparément dans le tableau d'évaluation.
- Options autorisées : les fonctionnalités indiquées comme 'Nice to have' dans le tableau d'évaluation.
 - o Le coût des fonctionnalités optionnelles (*nice to have*) doit être mentionné séparément dans le tableau d'évaluation, si ces fonctionnalités ne font pas partie de la solution de base. Même si ces fonctionnalités sont incluses dans la solution de base, leur coût peut être mentionné séparément dans le tableau d'évaluation.

Les options libres ne sont pas autorisées.

».

Le point III.2.1 « Exigences concernant la solution » du cahier spécial des charges se présente comme il suit :

«

III.2.1 Exigences concernant la solution

Les exigences auxquelles doit répondre la solution de monitoring sont détaillées dans le tableau d'évaluation (voir l'annexe F).

Dans le tableau d'évaluation (point B), vous devrez indiquer pour chaque fonctionnalité si elle est présente dans la solution de votre entreprise ou si elle nécessite un développement personnalisé. Un certain nombre de fonctionnalités sont considérées comme obligatoires (*mandatory*), tandis que d'autres sont considérées comme optionnelles (*nice to have*).

- Le coût des fonctionnalités qui doivent être présentes dans la solution de base (*mandatory*) fait partie des coûts de licence et d'hébergement récurrents. Le coût de ces fonctionnalités peut être mentionné séparément dans le tableau d'évaluation.
- Le coût des fonctionnalités optionnelles (*nice to have*) doit être mentionné séparément dans le tableau d'évaluation, si ces fonctionnalités ne font pas partie de la solution de base. Même si ces fonctionnalités sont incluses dans la solution de base, leur coût peut être mentionné séparément dans le tableau d'évaluation.

La FSMA a la possibilité de ne pas acheter des fonctionnalités optionnelles si celles-ci ne sont pas incluses dans la solution de base, autrement dit si elles sont *nice to have*.

».

Il ressort de ces passages du cahier spécial des charges, qui ne sont pas contradictoires, (i) que la partie adverse a demandé aux soumissionnaires de proposer une « solution de base » composée de fonctionnalités obligatoires, indiquées comme « *mandatory* » dans le tableau d'évaluation (qui constitue l'annexe F du cahier spécial des charges) ; (ii) que le coût de ces fonctionnalités obligatoires constitue le coût de la solution de base ; (iii) que les soumissionnaires étaient autorisés à proposer des options qui correspondent à des fonctionnalités optionnelles, considérées comme « *nice to have* » ; et (iv) que le coût de ces fonctionnalités optionnelles devait être mentionné séparément dans le tableau d'évaluation si ces fonctionnalités ne sont pas incluses dans la solution de base. En revanche, si les fonctionnalités optionnelles sont incluses dans la solution de base, leur coût pouvait (mais ne devait pas) être mentionné dans le tableau d'évaluation.

Le tableau d'évaluation (annexe F du cahier des charges), auquel tant le point I.12 que le point III.2.1 renvoient, reprend l'ensemble des fonctionnalités obligatoires ou « *mandatory* » (indiquées par un « M » dans le tableau) et des fonctionnalités « *nice to have* » ou optionnelles. Ce tableau fait également apparaître que les soumissionnaires devaient indiquer, pour les fonctionnalités optionnelles, le « coût de l'adaptation » qui était à « remplir si la fonctionnalité n'est pas incluse dans l'outil ». Le tableau d'évaluation confirme donc que le coût des fonctionnalités optionnelles devait uniquement être mentionné si la fonctionnalité n'était pas incluse dans la solution de base.

Contrairement à ce que soutient la partie requérante, il n'existe donc pas de doute quant à la qualification exacte des fonctionnalités optionnelles incluses

dans la solution de base. En effet, le fait que leur coût ne devait pas être mentionné dans le tableau d'évaluation signifie nécessairement que ce coût n'entraînait pas en ligne de compte - autrement qu'un coût qui était déjà inclus dans celui de la solution de base - pour la comparaison des offres au regard du critère « prix ». Les soumissionnaires, y compris la partie requérante, ne se sont d'ailleurs pas mépris sur ce fait, comme il ressort *prima facie* des tableaux d'évaluation qu'ils ont remplis et joints à leurs offres. En effet, *prima facie*, pour les fonctionnalités incluses dans leurs solutions de base qui ne nécessitent aucune adaptation de celles-ci, aucun coût n'y a été mentionné.

Le deuxième grief n'est pas sérieux.

Troisièmement, la partie requérante estime que le rapport d'attribution du marché ne permet pas de comprendre ce que les prix proposés par chaque soumissionnaire recouvrent exactement, mais qu'il est certain que ces prix recouvrent des services différents pour chaque soumissionnaire, de sorte que la comparaison des offres au regard du critère « prix » était impossible.

Le rapport d'attribution du marché mentionne, succinctement mais clairement, à propos du critère d'attribution « qualité », que « les trois BAFOs comportent toutes les fonctionnalités qui doivent obligatoirement être présentes dans l'outil de base » et que « les fonctionnalités optionnelles peuvent également être fournies par les trois parties ». Quant au critère « prix », le rapport d'attribution indique que le « prix est le prix total de l'outil de base, y compris les options, sur la durée de six ans ».

Le rapport d'attribution fait donc apparaître que les trois soumissionnaires ont proposé, outre les fonctionnalités obligatoires ou « *mandatory* » (qui, comme il ressort du tableau d'évaluation que les soumissionnaires ont dû remplir, sont au nombre vingt-quatre), toutes les fonctionnalités optionnelles (qui, comme il ressort du tableau d'évaluation que les soumissionnaires ont dû remplir, sont au nombre de neuf : fonctionnalités n^{os} 3, 11, 14, 15, 24, 26, 28, 29 et 32). La lecture du rapport d'attribution permet également de comprendre que les offres des soumissionnaires ont été comparées sur la base du prix total de l'offre, c'est-à-dire du prix total de la solution de base et de toutes les fonctionnalités optionnelles, pour une période de six ans.

Le dossier administratif confidentiel confirme que la partie adverse a analysé les offres des soumissionnaires de cette manière. En particulier, il ressort d'un tableau de comparaison des prix et d'une note au comité de direction de la FSMA que la partie adverse a tenu compte pour la comparaison des prix remis par

les trois soumissionnaires : (i) de leurs prix pour la solution de base, prix qui comporte un « prix initial », s'il y en avait un, et un « prix récurrent » pour une période de six ans ; et (ii) de leurs prix pour les fonctionnalités optionnelles n^{os} 3, 26, 28, 29 et 32, si un prix distinct était proposé pour ces fonctionnalités, également pour une période de six ans. Les prix pour ces fonctionnalités optionnelles (non inclus dans la solution de base) pouvaient être des prix récurrents ou des « prix initiaux » ou « *one-off* ».

Il ressort encore du tableau de comparaison des prix confidentiel que la partie adverse n'a pas évalué le prix pour les options n^{os} 11, 15 et 24. Dans sa note d'observations, la partie adverse indique que les coûts de ces fonctionnalités sont inclus, pour les trois soumissionnaires, dans le montant de leur solution de base, ce que confirme la lecture des offres finales des trois soumissionnaires. La partie adverse a donc pu ne pas mentionner ces fonctionnalités optionnelles dans le tableau de comparaison des prix.

Enfin, il ressort du tableau de comparaison des prix que la partie adverse n'a pas tenu compte des prix remis pour la fonctionnalité optionnelle n° 14, décrite dans le tableau d'évaluation (annexe F du le cahier spécial des charges) comme il suit : « [p]ossibilité pour les utilisateurs finaux de la FSMA de créer, dans le système, des champs dérivés à partir des champs disponibles (prix, volume...), qui pourront être utilisés à des fins de visualisation et dans les alertes ». Dans la note d'observations, la partie adverse affirme que cette option a été exclue de la comparaison des offres finales « dès lors qu'au terme d'une analyse de faisabilité, la partie adverse s'est aperçue qu'aucun [soumissionnaire] ne pouvait satisfaire à l'option concernée ». Cette affirmation semble *prima facie* exacte car le tableau d'examen des prix mentionne, pour les trois offres, que : « *Afgeleide velden kunnen enkel door service provider aangemaakt worden* ». Cela signifie que seul le prestataire de service a la possibilité de créer des champs dérivés à partir des champs disponibles, alors que par le biais de l'option n° 14, la partie adverse entendait, au contraire, donner la possibilité aux utilisateurs finaux de la FSMA (et non au prestataire de service) de créer des champs dérivés. Le fait de ne pas avoir tenu compte, de manière identique pour tous les soumissionnaires, de l'option n° 14 pour la comparaison des prix n'a donc pas pu fausser la comparaison de offres. En toute hypothèse, la partie requérante n'aurait pas intérêt à critiquer l'absence de prise en compte de l'option n° 14 dans la comparaison des prix, puisqu'elle est le seul soumissionnaire ayant remis un prix pour cette option. L'intégration de ce prix dans son prix total n'aurait donc pu avoir pour effet que d'augmenter ce dernier.

En conséquence, en prenant en considération le prix total offert par les soumissionnaires pour la solution de base et pour toutes les options fonctionnelles

qui engendrent un coût supplémentaire qui n'est pas intégré dans le prix de la solution de base, pour une période de six ans, la partie adverse a effectué une comparaison des offres sur une base de comparaison adéquate.

À l'audience, la partie requérante fait valoir que l'intégration des fonctionnalités optionnelles dans le prix de la solution de base a rendu la comparaison des offres impossible, dès lors que le prix de la solution de base couvre des services et produits très différents. Le prix ne pouvait donc pas constituer un instrument de comparaison valable, selon la partie requérante.

En vertu de l'article 2, 54°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, une option est « un élément accessoire et non strictement nécessaire à l'exécution du marché, qui est introduit soit à la demande de l'adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire ». L'article 87, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité dispose que : « [l]e pouvoir adjudicateur retient les options exigées ou autorisées et décide des options libres qu'il retient pour déterminer le soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse. En cas d'options exigées, autorisées ou libres retenues par le pouvoir adjudicateur, l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la base de l'ordre de classement des offres, majorées des avantages économiques offerts par les options ».

Si cette disposition ne s'applique pas à des marchés publics attribués, comme en l'espèce, selon la procédure concurrentielle avec négociation, le pouvoir adjudicateur est néanmoins tenu de respecter le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires. À ce titre, il ne se conçoit pas qu'un pouvoir adjudicateur, lorsqu'il attribue un marché public selon la procédure concurrentielle avec négociation, fasse abstraction des options autorisées lors de la comparaison des offres. Par ailleurs, bien que le pouvoir adjudicateur ne soit pas tenu de lever une option autorisée lors de la conclusion ou en cours d'exécution du marché, conformément à l'article 56, § 4, de la loi du 17 juin 2016 précitée, la possibilité qu'il puisse le faire implique qu'il doive tenir compte de ces options au moment de la comparaison des offres, y compris en procédure concurrentielle avec négociation.

Par conséquent, si, dans l'offre d'un soumissionnaire, le coût d'une option autorisée est déjà inclus dans la solution de base sur laquelle l'option se greffe, le pouvoir adjudicateur doit en tenir compte lors de la comparaison des offres pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. S'il en résulte que le prix ou le coût de la solution de base peut également couvrir les services ou fournitures d'une option autorisée, et donc que le prix ou le coût de la solution de base peut *in fine* couvrir des services différents d'un soumissionnaire à l'autre, il

s'agit là du régime constitué des dispositions légales et réglementaires précitées, qui permettent à un pouvoir adjudicateur d'autoriser les soumissionnaires à proposer des options.

Dès lors, contrairement à ce que fait valoir la partie requérante, la partie adverse devait tenir compte des options autorisées et ne pouvait pas se contenter de comparer uniquement les solutions de base constituées des fonctionnalités obligatoires.

Enfin, le cahier spécial des charges indiquait expressément que les soumissionnaires avaient la possibilité de proposer des fonctionnalités optionnelles, de sorte qu'ils ont pu préparer leurs offres en connaissance de cause.

En conséquence, la première branche du moyen n'est pas sérieuse.

Quant à la seconde branche

Premièrement, la partie requérante soutient qu'il ressort du rapport d'attribution du marché que la partie adverse n'a pas analysé les offres au regard des 33 fonctionnalités décrites dans le tableau d'évaluation, mais n'a procédé qu'à un examen partiel de celles-ci.

Dans le rapport d'examen des offres, on peut lire, sous le point 2.1.5 « Conclusion » qu'« [i]l ressort de l'analyse qui précède que les trois BAFOs comportent toutes les fonctionnalités qui doivent obligatoirement être présentes dans l'outil de base. Les fonctionnalités optionnelles peuvent également être fournies par les trois parties [...] ».

L'« analyse qui précède » est une analyse de six pages dans laquelle la partie adverse décrit de manière détaillée, pour les trois offres, notamment sous un point 2.1.1.1., les « fonctionnalités devant obligatoirement être présentes dans l'outil de base » et, sous un point 2.1.1.2., les « fonctionnalités optionnelles ».

Dans le cadre d'un examen effectué en extrême urgence, cette motivation formelle est suffisante pour constater *prima facie* que la partie adverse a procédé à une analyse minutieuse des trois offres en tenant compte des différentes fonctionnalités proposées par les soumissionnaires, ce que confirme le dossier administratif confidentiel, notamment le tableau de comparaison des prix et la note au comité de direction.

Au surplus, pour respecter l'obligation de motivation formelle qui lui incombe, la partie adverse n'était pas tenue de faire état, dans le rapport d'attribution, de toutes les fonctionnalités proposées par les soumissionnaires, si, comme en l'espèce, la conclusion du rapport fait suffisamment apparaître que la partie adverse a examiné toutes les fonctionnalités proposées. Dès lors, on ne peut pas déduire de ce que le rapport n'énumère pas systématiquement, à propos de chaque offre, toutes les fonctionnalités proposées, qui ne sont pas de sous-critères d'attribution, que la partie adverse n'aurait pas procédé à un examen minutieux de ces fonctionnalités.

Pour le reste, l'affirmation de la partie requérante selon laquelle « l'examen des quatre points auquel a procédé la partie adverse », à savoir la convivialité de la solution, le plan d'implémentation, les dispositions du *service level agreement* et la description de l'infrastructure d'hébergement et des mesures de sécurité, « ne couvre pas les trente-trois fonctionnalités » n'est pas plus amplement démontrée, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y répondre.

Le premier grief n'est pas sérieux.

À l'audience, la partie requérante fait valoir que la lecture du rapport d'attribution du marché révèle que la partie adverse a ajouté, lors de l'examen des offres, au critère d'attribution « qualité », un sous-critère d'attribution intitulé « description de l'infrastructure d'hébergement et des mesures de sécurité » qui n'a pas été annoncé dans le cahier spécial des charges. S'appuyant sur l'arrêt n° 259.209 du 20 mars 2024, la partie requérante estime en outre que le critère d'attribution « qualité » a été rédigé dans le cahier spécial des charges d'une manière telle qu'il a conféré à la partie adverse une liberté de choix inconditionnée pour l'attribution du marché.

En ce qu'il aurait pu être développé par la partie requérante dans la requête et qu'il ne relève pas de l'ordre public, ce grief est irrecevable.

Deuxièmement, la partie requérante ne peut sérieusement critiquer le fait que le rapport d'attribution du marché ne contient « aucune mesure de performance chiffrée des solutions proposées par les trois soumissionnaires » puisque, contrairement à ce qu'elle affirme, le point III.2.2. « Exigences en matière d'hébergement » du cahier spécial des charges » n'annonce pas que la qualité des services serait évaluée par la partie adverse « de manière factuelle et objective, sur la base de caractéristiques mesurables ». En indiquant qu'« il doit être possible d'évaluer la qualité de l'infrastructure et des services fournis de manière factuelle et objective, sur la base de caractéristiques mesurables », le point III.2.2. précité,

figurant sous le chapitre III « Exigences techniques » du cahier spécial des charges, énonce une exigence technique à laquelle les offres des soumissionnaires devaient répondre, mais ne concerne pas l'évaluation des offres par la partie adverse.

Le deuxième grief n'est pas sérieux.

Troisièmement, en ce qui concerne la critique de la partie requérante selon laquelle la partie adverse n'a pas joint au rapport d'attribution un compte-rendu des ateliers de clarification des offres, force est de constater que la partie requérante n'expose pas – et le Conseil d'Etat n'aperçoit pas – pour quelles raisons précises la partie adverse aurait dû joindre un tel compte-rendu au rapport d'attribution.

La partie requérante ne peut pas non plus critiquer sérieusement l'absence, dans le rapport d'attribution, de l'étude « détaillée des critères d'attribution » et du « détail de cette analyse » dont fait état la décision d'attribution du marché, puisque le rapport d'attribution constitue précisément cette étude et ce détail d'analyse. Pour le surplus, la lecture du rapport d'attribution fait apparaître, *prima facie*, que la partie adverse a bien procédé à une étude détaillée des offres au regard du critère d'attribution « qualité ».

Le troisième grief n'est pas sérieux.

Quatrièmement, en ce qui concerne la critique faite par la partie requérante de l'appréciation négative de son offre par la partie adverse, lorsque celle-ci a considéré que « les visualisations dans l'outil de Features Analytics sont généralement élaborées de manière moins détaillée », il y a lieu d'observer ce qui suit.

D'une part, si la partie adverse a indiqué dans le rapport d'attribution que cette appréciation « ressort de l'analyse qui précède », elle vise indubitablement les passages du rapport d'attribution dans lesquels elle a fait état des visualisations de la solution proposée par la partie requérante – mais aussi de celles des autres soumissionnaires puisque la partie adverse utilise le comparatif « moins détaillée ». Ces passages sont, entre autres, les suivants : À propos de la solution de la partie requérante, le rapport mentionne que « les visualisations sont correctes » (p. 2) ; à propos de l'offre de KRM22, il mentionne que « L'architecture de KRM22 offre une fonctionnalité complète [...], ainsi que d'autres visualisations correctes » (p. 3) et que « le système offre également un autre affichage qui permet de visualiser d'un coup toutes les activités transactionnelles des acteurs du marché et les alertes qu'ils ont activées, ce qui est pratique » (p. 3). À propos de l'offre de l'attributaire, le

rapport indique que « Smarts Nasdaq est le pionnier du replay, ce qui se traduit par des visualisations puissantes, améliorant la facilité d'utilisation et surtout la lisibilité » (p. 4). Dès lors, l'affirmation de la partie requérante selon laquelle « le rapport d'attribution du marché ne contient pas cette « prétendue analyse qui précède » est inexacte.

D'autre part, si la partie adverse a considéré que les visualisations de l'outil de la partie requérante sont « correctes », ce qui correspond à une appréciation neutre, voire légèrement positive, elle pouvait considérer, en même temps et sans se contredire, en comparaison avec les visualisations des outils des autres soumissionnaires que la partie adverse a jugées « étendues », « puissantes » et « agréables et claires », que les visualisations de l'outil de la partie requérante étaient « moins détaillées ». Dès lors, c'est en comparaison avec les autres offres que l'offre de la partie requérante contient, aux yeux de la partie adverse, un point faible, sans que cette appréciation de la partie adverse ne constitue une contradiction dans les motifs ou une erreur manifeste d'appréciation.

En outre, si elle porte un jugement de valeur de la partie adverse, ce qu'implique naturellement l'appréciation d'une offre au regard de sa qualité intrinsèque, cette appréciation n'est ni subjective, en ce sens qu'elle n'est pas manifestement déraisonnable, ni imprécise ou vague, comme le soutient la partie requérante.

Ensuite, il est inexact d'affirmer, comme le fait la partie requérante, que les « visualisations ne font même pas partie des trente-trois fonctionnalités – obligatoires (*mandatory*) ou optionnelles (*nice to have*) reprises dans le formulaire d'évaluation ». En effet, ces fonctionnalités concernent notamment l'affichage graphique des prix et des volumes sur une base intra-journalière (fonctionnalité n° 10), l'affichage graphique de l'activité des membres en mettant en évidence les ordres et les transactions des membres dans les graphiques d'instruments (*instrument charts*) et dans le *market replay* (fonctionnalité n° 11). Les soumissionnaires, y compris la partie requérante, ne se sont pas mépris puisqu'ils ont présenté dans leurs offres des visualisations (notamment sous forme de *screen shots*) de leurs produits.

Dans un courrier électronique qu'elle a envoyé au premier auditeur avant l'audience, la partie requérante avance en outre que les visualisations n'ont pas fait l'objet des ateliers de clarification des offres du mois de février 2024 et que la partie adverse ne les a pas examinées à cette occasion. À l'audience, la partie requérante fait encore valoir qu'elle n'a pas pu présenter suffisamment sa solution à la partie adverse lors des ateliers de clarification.

Il ressort du dossier administratif ainsi que des explications données par les parties à l'audience, que les trois soumissionnaires ont été invités à répondre, lors d'un appel individuel par vidéoconférence, à une série de questions qui leur ont été communiquées au préalable par la partie adverse. L'une des questions adressées à la partie requérante était la suivante : « *The ease of use of the system: Does the system have the same functionalities and graphic display as the one we tested in the POC we did with Features Analytics in 2022? If no, please provide some slides or a short demo of those [...] modifications* » (traduction libre : la facilité d'utilisation du système : le système a-t-il les mêmes fonctionnalités et la même représentation graphique que celui que nous avons testé lors du POC [« *Proof of concept* » ou « étude de faisabilité »] avec Features Analytics en 2022 ? Si non, veuillez fournir des « slides » ou une courte démonstration de ces modifications ». Par ailleurs, le support écrit de la présentation de la partie requérante lors de cette vidéoconférence reproduit cette question et la partie requérante, pour y répondre, fournit plusieurs « slides » contenant des présentations visuelles de la solution fournie par la partie requérante. Par ailleurs, sans que ce fait ne soit contredit par la partie requérante, la partie adverse a pu tester la solution de la partie requérante lors d'une étude de faisabilité ou une étude du marché en 2022.

Ces éléments suffisent à établir, dans le cadre d'un examen effectué en extrême urgence, que la partie adverse a pu se forger une idée suffisante des visualisations de la solution proposée par la partie requérante et celles des autres soumissionnaires, bien que les soumissionnaires n'aient pas été invités à faire une démonstration visuelle complète de toute la solution proposée.

En ce qui concerne le grief développé par la partie requérante à l'audience, selon lequel, en substance, elle estime avoir pu être discriminée par rapport aux autres soumissionnaires en ce qui concerne la manière dont les ateliers de clarification se sont déroulés, dès lors que la partie requérante n'a aucune information quant à la manière dont les ateliers se sont déroulés pour les autres soumissionnaires, il est tardif et donc irrecevable.

Il suit de ce qui précède que la quatrième critique n'est pas sérieuse.

Cinquièmement, la partie requérante soutient qu'il existe une contradiction dans les motifs en ce que les points attribués par la partie adverse aux offres des trois soumissionnaires classent celles-ci, selon la méthodologie d'évaluation annoncée dans le cahier spécial des charges, dans le niveau « excellent », alors que l'offre finale de l'attributaire a été jugée « très bonne », qui est une appréciation qui ne correspond pas à l'échelle annoncée.

L'offre finale de l'attributaire a été jugée « très bonne » et a obtenu un score de 45 points sur 50 ; l'offre finale de la partie requérante a été jugée « bonne » et a obtenu un score de 43,5 points sur 50. En raison de ces scores, qui sont seuls déterminants pour le classement des offres, il n'y a pas de doute sur le fait que les deux offres se situent dans la catégorie « excellente » (81 à 100 points sur 100) dans l'échelle d'appréciation des offres au regard du critère « qualité », annoncée dans le cahier spécial des charges.

La cinquième critique n'est dès lors pas sérieuse.

Sixièmement, la partie requérante fait valoir que le rapport d'attribution contient une contradiction flagrante, en ce que la partie adverse y qualifie comme « point fort » le fait que « le système de Smarts Nasdaq prévoit un composant IA/ML combiné, qui doit permettre de réduire considérablement le nombre de faux positifs (*false positives*) ». À l'audience, la partie requérante insiste sur la gravité du défaut de la solution de l'attributaire, en ce qu'elle engendre de nombreux faux positifs, c'est-à-dire de fausses alertes, ce qui entraînera un coût important pour la partie adverse. Elle produit également un communiqué de presse de l'attributaire du 15 mai 2024, soit à une date postérieure à la date d'attribution du marché litigieux, duquel il résulte, selon elle, que la composante IA/ML de la solution de Smarts Nasdaq n'est pas encore opérationnelle et que son efficacité est incertaine.

Tout d'abord, tel qu'il peut ressortir d'un examen réalisé au cours d'une procédure en extrême urgence, l'offre finale de l'attributaire comporte bien des outils d'analyse basés sur l'intelligence artificielle. L'attributaire indique, par ailleurs, dans son offre qu'il continue à investir dans le développement de nouvelles technologies d'intelligence artificielle.

C'est également dans ce sens qu'il y a lieu de comprendre le communiqué de presse du 15 mai 2024, intitulé en français « Nasdaq améliore son offre de surveillance des marchés mondiaux grâce à l'IA générative ». Si Nasdaq y annonce l'arrivée d'une nouvelle fonctionnalité alimentée par l'intelligence artificielle « générative » au sein de sa solution technologique de surveillance des marchés, il ne s'en déduit pas pour autant qu'elle n'aurait pas déjà disposé dans le passé de fonctionnalités alimentées par l'intelligence artificielle. Le communiqué de presse confirme plutôt que la présence de composantes fondées sur l'intelligence artificielle dans le système de l'attributaire, lorsqu'il indique notamment qu' : « en tant que fournisseur mondial de technologique, Nasdaq n'a cessé de faire progresser les capacités d'IA pour soutenir les marchés de capitaux » et que « depuis plusieurs

années, l'équipe de Nasdaq *Investor Relations Intelligence* utilise également différents types d'IA pour mieux servir ses clients [...] » (traduction française).

Contrairement à ce que suggère la partie requérante, la composante IA/ML est donc bien présente dans l'offre de l'attributaire et aucun élément dans le dossier administratif ne permet *prima facie* de conclure que cette composante ne serait pas déjà opérationnelle.

Enfin, en ce qui concerne la considération de la partie adverse selon laquelle la composante IA/ML de la solution de l'attributaire doit permettre « de réduire considérablement le nombre de faux positifs », ce qui constitue, selon elle, un point fort de cette solution, il y a lieu d'observer, tout d'abord, que le Conseil d'État ne peut sanctionner le pouvoir d'appréciation de l'administration que s'il constate une erreur manifeste d'appréciation. L'erreur manifeste d'appréciation est celle qui, dans les circonstances concrètes, est inadmissible pour tout homme raisonnable, l'erreur qui est incompréhensible et qu'aucune autre autorité administrative placée dans les mêmes circonstances n'aurait commise. Dans sa note d'observations et à l'audience, la partie adverse explique que la composante IA/ML, destinée à réduire le nombre de faux positifs, n'est pas un « remède » à un problème mais un ajout à un système déjà performant, de sorte qu'il n'est pas exact de considérer que l'existence de faux positifs serait une faiblesse de la solution de Nasdaq. Cette explication est *prima facie* plausible, de sorte qu'il n'y a pas de lieu de constater, dans le cadre d'un examen en extrême urgence, l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation.

Il suit de ce qui précède que la seconde branche du moyen unique n'est pas sérieuse.

Le moyen unique, en ses deux branches, n'est donc pas sérieux.

VI. Confidentialité

La partie adverse dépose à titre confidentiel les demandes de participation (pièces 2.1 à 2.4 du dossier administratif), les offres (pièces 4.1 à 4.4 du dossier administratif), le support écrit des présentations faites lors des ateliers de clarification (pièces 5.2.1 à 5.2.3 du dossier administratif), les dernières offres (« BAFO's ») (pièces 6.2.1 à 6.2.3 du dossier administratif), les questions et réponses après réception des BAFO's (pièce 6.3 du dossier administratif), le procès-verbal d'ouverture des BAFO's (pièce 6.4 du dossier administratif), la vérification des motifs d'exclusion et DUME dans le chef de l'attributaire (pièces 7.1 à 7.7.3 du dossier administratif), le détail et l'analyse des coûts (pièce 8.0.4 du dossier

administratif), une note au comité de direction en vue de l'attribution du marché (pièce 8.0.5 du dossier administratif) et des courriels échangés entre la partie adverse et les soumissionnaires (pièce 9.1.1, pièces 9.1.3 à 9.1.6., pièces 9.1.8 à 9.1.10, pièces 9.2.2 et 9.2.3, pièces 9.2.5 à 9.2.7, pièces 9.2.9 à 9.3.4 et pièces 9.3.6 à 9.3.11 du dossier administratif).

Cette demande n'étant pas contestée, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

VI. Indemnité de procédure

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 2.1 à 2.4, 4.1 à 4.4, 5.2.1 à 5.2.3, 6.2.1 à 6.2.3, 6.3, 6.4, 7.1 à 7.7.3, 8.0.4, 8.0.5, 9.1.1, 9.1.3 à 9.1.6, 9.1.8 à 9.1.10, 9.2.2, 9.2.3, 9.2.5 à 9.2.7, 9.2.9 à 9.3.4 et 9.3.6 à 9.3.11 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 2 juillet 2024, par la VI^e chambre du
Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Michèle Belmessieri,	conseillère d'État, présidente f.f.,
Adeline Schyns	greffière.

La greffière,

La Présidente,

Adeline Schyns

Michèle Belmessieri