

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

n° 260.468 du 30 juillet 2024

A. 242.433/VI-23.074

En cause : 1. **la société anonyme VO COMMUNICATION,**
 2. **la société à responsabilité limitée YOU STUDIO,**
 3. **la société de droit japonais LLC SUPA NINKI,**
 ayant élu domicile chez
 M^e Cyrille DONY, avocat,
 avenue des Mélèzes 31
 1410 Waterloo,

contre :

l'État belge,
représenté par le ministre de l'Économie et du Travail,
ayant élu domicile chez
M^{es} Frank JUDO et
Lola MALLUQUIN, avocats,
boulevard de l'Empereur 3
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 12 juillet 2024 par la voie électronique, les parties requérantes demandent, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision du 28 juin 2024 par laquelle le Commissariat général belge pour les expositions internationales attribue au *consortium* formé par la société à responsabilité limitée (SRL) Dirty Monitor, la société anonyme (SA) Profirst, la société Showtex Asia, la SA Tempora et la SA Barco le marché public de services et de fournitures portant sur la conception, l'élaboration, la réalisation, l'installation, la mise en service, la maintenance et le démontage des composantes liées au *visitor journey* (parcours du visiteur) du pavillon belge pour l'exposition universelle d'Osaka en 2025 et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 15 juillet 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 25 juillet 2024.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

M. Luc Donnay, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Cyrille Dony, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, et M^{es} Frank Judo et Lola Malluquin, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Pacôme Noumair, auditeur adjoint au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

1. En juin 2023, le Commissariat général belge pour les expositions internationales (BelExpo) lance un marché de services et de fournitures pour la conception, l'élaboration, la réalisation, l'installation, la mise en service, la maintenance et le démontage des composantes liées au *visitor journey* (parcours du visiteur) du pavillon belge pour l'exposition universelle d'Osaka en 2025.

Un avis de marché est respectivement publié au *Bulletin des Adjudications* et au *Journal officiel de l'Union européenne* les 27 et 30 juin 2023.

2. Le marché public litigieux s'inscrit dans le cadre de la participation de la Belgique à la prochaine exposition universelle qui se tiendra du 13 avril au 13 octobre 2025 au Japon.

Il a pour objet de désigner le partenaire privé qui sera chargé de tous les aspects liés à l'aménagement du pavillon belge, incluant notamment le développement du concept (concept général, scénographie, costumes, signalisation au sein du pavillon, mise en place de matériel audio-visuel et des applications numériques...), la mise en œuvre concrète de ce concept avant et pendant la durée de l'exposition universelle, ainsi que le démontage à la fin de celle-ci.

Cette mission s'exécutera en coordination avec l'adjudicataire d'un marché distinct ayant pour objet la construction du pavillon belge.

3. Le mode de passation retenu est la procédure concurrentielle avec négociation.

Trois *consortium* ont déposé une demande de participation à la suite de la publication du Guide de sélection, à savoir :

- Creneau (Creneau International – Facts and Fiction – Create Studio) ;
- Dirty Monitor (Dirty Monitor – Profirst – Showtex Asia – Tempora – Barco) ;
- Voysu (Vo Communication – You Studio – Supa Ninki).

Les trois candidats sont sélectionnés et invités à remettre offre.

Les offres initiales sont réceptionnées le 25 avril 2024.

4. À la suite des négociations intervenues entre le pouvoir adjudicateur et les trois candidats, ces derniers sont invités à remettre leurs offres finales (*Best and final offer*, BAFO) pour le 5 juin 2024.

Les trois candidats ont remis une offre finale.

5. Le 28 juin 2024, le pouvoir adjudicateur décide, d'une part, d'exclure les offres du *consortium* Creneau et du *consortium* Voysu et, d'autre part, d'attribuer le marché au *consortium* Dirty Monitor.

Cette décision est notifiée aux soumissionnaires le même jour.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Désignation de la partie adverse

En termes de requête, les parties requérantes désignent BelExpo comme partie adverse. La note d'observations de la partie adverse est par ailleurs déposée au nom de BelExpo.

L'article 62, alinéa 1^{er}, de la loi du 18 avril 2019 portant dispositions diverses en matière d'économie dispose comme il suit :

« Conformément au titre III, chapitre II de la loi du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la comptabilité de l'Etat fédéral, un service administratif à comptabilité autonome, portant le nom de "Commissariat général belge pour les Expositions internationales" (B.C.G.I.T./C.G.B.E.I.), dénommé ci-après "Commissariat général", est créé au sein du Service public

fédéral Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie, dénommé ci-après “SPF Economie” ».

En tant que service administratif à comptabilité autonome, BelExpo, s’il dispose d’une autonomie comptable et budgétaire, ne dispose pas d’une personnalité juridique distincte de l’Etat belge, sous le contrôle duquel il est placé.

Il s’ensuit que l’Etat belge doit être désigné en qualité de partie adverse.

V. Moyen unique

V.1. Thèse des parties requérantes

Les parties requérantes prennent un moyen unique de la violation des articles 4 et 66 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 76 et 77 de l’arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4, 5 et 8 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 d’égalité de traitement, du principe de transparence, du devoir de minutie, du principe de légitime confiance et du principe *Patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que de l’erreur manifeste d’appréciation.

Conformément à l’article 2, § 1^{er}, alinéa 3, du règlement général de procédure et à l’article 16, § 1^{er}, alinéa 2, de l’arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d’État, elles ont établi de la façon suivante le résumé de leur moyen, lequel est divisé en deux branches :

« Première branche

Contrairement à ce que la partie adverse soutient aux termes de sa décision d’attribution du 28 juin 2024, l’offre des requérantes ne contient pas de quantités maximales et/ou de réserves.

En effet, si les requérantes ont fait mention de quantités dans l’inventaire, c’est uniquement par souci de transparence vis-à-vis de la partie adverse afin que cette dernière puisse comprendre et, le cas échéant, vérifier la normalité et/ou le caractère réaliste des prix forfaitaires proposés par les requérantes. À aucun moment, il n’a donc été question dans le chef des requérantes de limiter l’engagement aux quantités renseignées dans l’inventaire et, partant, de méconnaître le caractère forfaitaire des prix.

C’est donc à tort que la partie adverse considère l’offre des requérantes comme étant entachée d’une irrégularité substantielle en ce qu’elle limiterait l’engagement des requérantes et entraînerait une distorsion de concurrence, en empêchant la comparaison des offres devenues non comparables.

Deuxième branche

En l'espèce, il apparaît que l'adjudicataire n'a pas joint à son offre le formulaire d'offre dont les documents du marché imposaient le dépôt.

Contrairement à ce que la partie adverse soutient aux termes de sa décision d'attribution du 28 juin 2024, le fait de ne pas joindre un formulaire d'offre ne constitue aucunement une irrégularité non substantielle.

En outre, la partie adverse ne paraît pas pouvoir être suivie en ce qu'elle prétend que l'offre de l'adjudicataire contenait toutes les informations essentielles souhaitées dès lors que la partie adverse indique elle-même qu'elle a ensuite invité l'adjudicataire à compléter le formulaire d'offre manquant, ce qui tend à démontrer que toutes les informations requises ne figuraient pas dans l'offre de l'adjudicataire.

Enfin, l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 permet certes de présenter, compléter, clarifier ou préciser des informations ou des documents mais cette disposition ne permet cependant pas de pallier l'absence d'une pièce ou d'une information dont la communication était requise par les documents du marché. C'est donc à tort que la partie adverse a déclaré l'offre de l'adjudicataire comme étant régulière car, en réalité, cette offre aurait dû être déclarée nulle en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée ».

V.2. Examen prima facie

A. Sur la première branche

1. Le passage de l'acte attaqué sur la base duquel les parties requérantes fondent leur premier grief se lit comme suit :

« 5.2.2.2 Critères d'irrégularité selon la réglementation marchés publics

Le *consortium* Vo Communication / You Studio / Supa Ninki a remis un inventaire dans lequel figurent deux “feuilles” additionnelles, non prévues dans l'inventaire de base, dont l'une intitulée “Offre Voysu” qui fait apparaître dans l'inventaire des “remarques” en marge de certains postes.

Ces remarques comportent des “quantités maximales” de prestations (p. ex. : “2 stades de correction compris” ; “42 h comprises”) et ne peuvent être interprétées autrement que comme constituant des réserves.

Ces quantités maximales ne découlant pas du cahier des charges (qui prévoit, au contraire, un prix global forfaitaire couvrant l'ensemble des prestations), ces réserves “limitent” l'engagement du *consortium* et entraînent une distorsion de concurrence, en empêchant la comparaison des offres ainsi devenues non comparables.

L'intention du *consortium* étant de conditionner son offre à certaines limites en termes de “quantité de travail”, l'offre du *consortium* Vo Communication / You Studio / Supa Ninki est affectée d'une irrégularité substantielle au sens de l'article 76, § 1^{er}, de l'A.R. Passation, et doit être écartée ».

2. L'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose comme suit :

« § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.

L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.

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.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;

2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;

3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

§ 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.

§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3.

§ 4. Sans préjudice de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres autres que les offres finales, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Lorsqu'il s'agit d'une offre finale, le paragraphe 3 s'applique.

Lorsqu'une offre comporte plusieurs irrégularités non substantielles qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, le pouvoir adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations.

Le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.

§ 5. Sans préjudice du paragraphe 2 et de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Le pouvoir adjudicateur décide soit de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser cette irrégularité. Il en va de même si l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3 ».

3. En vertu de cette disposition, lorsqu'un pouvoir adjudicateur est confronté à une irrégularité, il lui appartient de l'examiner, de la qualifier de substantielle ou de non substantielle, d'en tirer les conséquences quant à l'écartement de l'offre concernée et d'indiquer, dans la décision d'attribution, les motifs qui justifient sa décision.

4. En l'espèce, la partie adverse a considéré que la BAFO des parties requérantes contient des réserves ayant pour effet de limiter leur engagement et de rendre les offres non comparables entre elles.

La détection d'un élément faisant apparaître un risque lié à l'existence, à la complétude ou la certitude de l'engagement du soumissionnaire implique une analyse *in concreto*, dans le cadre de laquelle il y a lieu de reconnaître au pouvoir adjudicateur une certaine marge d'appréciation quant à la qualification retenue.

5. Concrètement, le pouvoir adjudicateur met en exergue deux « feuilles additionnelles » Excel (ou onglets) insérées dans l'inventaire des parties requérantes alors qu'elles n'étaient pas prévues par les documents du marché. L'une d'elles, dénommée « Offre Voysu », contient une colonne intitulée « remarque ».

Parmi les mentions reprises dans cette colonne, figurent à plusieurs reprises, « 2 stades de correction compris » et « 42 h comprises », comme le note expressément l'auteur de l'acte attaqué.

C'est sans commettre d'erreur que le pouvoir adjudicateur a pu considérer que ces mentions altéraient le caractère global et forfaitaire du coût de l'ensemble des prestations inscrit dans le cahier des charges et risquaient, partant, de limiter l'engagement des parties requérantes.

Il a pu qualifier cette irrégularité comme étant substantielle dès lors que, conformément au prescrit de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, elle rend incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

6. Si l'intention des parties requérantes était de fournir une explication sur la décomposition de leur prix – du reste, non sollicitée –, il leur appartenait de refléter plus clairement cette intention dans leur BAFO, s'agissant en particulier de l'hypothèse dans laquelle les tâches concernées nécessiteraient plus de deux stades de correction ou plus de 42 heures de travail.

7. Quant à la critique portant sur la violation alléguée du principe de confiance légitime en ce que le pouvoir adjudicateur n'a pas relevé cette irrégularité dans le cadre de l'offre initiale déposée par les parties requérantes, il suffit de constater que l'inventaire y afférent déposé par elles ne contenait pas les mentions évoquées ci-avant.

Le grief manque donc en fait sur ce point.

8. Il s'ensuit que la première branche du moyen n'est pas sérieuse.

B. Sur la seconde branche

9. Le passage de l'acte attaqué sur la base duquel les parties requérantes fondent leur second grief se lit comme suit :

« 2. Complétude des offres

Les BAFO des entreprises suivantes sont considérées comme étant complètes :

- Le *consortium* Vo Communication / You Studio / Supa Ninki ;
- Le *consortium* Creneau International / Facts And Fiction / Create Studio.

La BAFO du *consortium* Dirty Monitor / Profirst / Showtex Asia / Tempora / Barco est considérée comme complète. L'annexe 11 "formulaire d'offre" dûment complété n'était pas présent lors de la remise de la BAFO bien qu'un document appelé "01_Formulaire d_offre" en faisait partie.

Le pouvoir adjudicateur en déduit qu'il s'agit vraisemblablement d'une erreur de téléchargement (c.-à-d. que le soumissionnaire avait bien complété le formulaire d'offre-type mais que, suite à une erreur dans l'intitulé des documents, celui-ci n'a pas été téléchargé avec les autres documents de la BAFO).

Selon les termes du Guide d'attribution, s'il ne l'utilise pas, le soumissionnaire supporte l'entière responsabilité de la parfaite concordance entre les documents utilisés et le formulaire d'offre. L'absence du formulaire d'offre n'était par ailleurs pas reprise comme cause de nullité.

Après vérification du contenu de la BAFO, le Pouvoir adjudicateur confirme disposer de l'ensemble des informations essentielles souhaitées par le formulaire d'offre. L'engagement du soumissionnaire ressort clairement des autres documents remis dans le cadre de la BAFO. Par conséquent, l'absence du formulaire d'offre-type est considérée comme une irrégularité relative (non substantielle) qui n'entraîne pas la nullité de l'offre.

Compte tenu de ce qui précède, le pouvoir adjudicateur a interrogé le soumissionnaire en date du 13/06/2024 pour qu'il complète le formulaire manquant en application de l'article 66, § 3, de la loi du 17/06/2016. Dans sa réponse du 13/06/2024, le *consortium* Dirty Monitor / Profirst / Showtex Asia / Tempora / Barco a confirmé qu'il s'agit d'une erreur de téléchargement et a fourni le formulaire d'offre signé en date du 05/06/2024 ».

10. L'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, évoqué dans l'acte attaqué, dispose comme suit en son alinéa 1^{er} :

- « Sans préjudice de l'article 39, § 6, alinéa 2, lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par le candidat ou soumissionnaire sont ou semblent incomplets ou erronés ou lorsque certains documents sont manquants, le pouvoir adjudicateur peut demander au candidat ou soumissionnaire concernés de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence et, s'il est fait usage de la procédure ouverte ou restreinte, que cela ne donne pas lieu à une modification des éléments essentiels de l'offre ».

11. Il y a tout d’abord lieu de relever que l’article 76, § 1^{er}, alinéa 4, de l’arrêté royal du 18 avril 2017 précité ne répute pas l’absence de dépôt du formulaire d’offre au titre d’irrégularité substantielle.

Par ailleurs, les documents du marché ne contiennent – à l’inverse du cas ayant donné lieu à la jurisprudence à laquelle les parties requérantes se réfèrent – aucune mention imposant d’écarter pour cause d’irrégularité substantielle une offre qui ne contiendrait pas de formulaire d’offre.

12. Il appartenait dès lors au pouvoir adjudicateur de déterminer si, en l’espèce, l’absence de dépôt de ce formulaire d’offre devait être qualifiée d’irrégularité substantielle ou non substantielle, en examinant notamment si cette irrégularité a été de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire en cause, à empêcher l’évaluation de l’offre ou sa comparaison avec les autres offres ou à douter de l’existence, de la complétude ou de la certitude de son engagement.

13. La motivation formelle de l’acte attaqué atteste du fait que son auteur s’est livré à cet exercice.

Il résulte en effet du motif reproduit ci-avant qu’après avoir relevé que l’absence du formulaire d’offre n’était pas reprise comme cause de nullité dans le Guide d’attribution, le pouvoir adjudicateur s’est assuré que l’ensemble des informations essentielles souhaitées figuraient effectivement dans les autres documents de l’offre, en ce compris l’engagement du soumissionnaire concerné.

Ce motif indique également que l’absence de ce document (annexe 11) résulte vraisemblablement d’une erreur de téléchargement à la suite d’une erreur de manipulation. Cet élément semble corroboré par le fait que le rapport de dépôt afférent à l’offre de l’attributaire du marché mentionne la présence de cette pièce.

C’est dès lors sans erreur que le pouvoir adjudicateur a pu, à la lumière de ces éléments, qualifier cette irrégularité de non substantielle et a sollicité la communication du document manquant sur pied de l’article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 précitée, dans le respect des conditions que cette disposition énonce.

14. Pour le surplus, il y a lieu de relever que les parties requérantes n’identifient pas concrètement dans leur recours quelle information essentielle prévue par le formulaire d’offre n’apparaît pas dans les autres documents de la BAFO retenue. Les développements apportés à cet égard lors de l’audience auraient pu, et donc dû, figurer dans la requête dès lors que les parties requérantes avaient

connaissance de tous les documents et informations réclamés par le pouvoir adjudicateur.

Le fait, pour le pouvoir adjudicateur, de réclamer le document manquant en application de l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 précitée ne constitue pas l'aveu qu'il contient des informations essentielles qui ne figurent pas dans les autres documents constituant l'offre concernée.

15. Il s'ensuit que la seconde branche du moyen n'est pas sérieuse.

16. En conclusion, le moyen unique n'est sérieux en aucune de ses deux branches.

VI. Conclusion

L'une des conditions requises par l'article 17, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, pour que celui-ci puisse ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué fait défaut. La demande de suspension ne peut en conséquence être accueillie.

VII. Confidentialité

Les parties requérantes déposent, à titre confidentiel, leur offre, les questions/réponses issues de la négociation ainsi que le document reprenant les changements entre leur offre initiale et leur BAFO (pièces n^{os} 2, 5 et 6).

La partie adverse dépose, à titre confidentiel, les pièces n^{os} 9 à 16 de son dossier administratif, correspondant aux offres des soumissionnaires et aux courriers intervenus entre elle-même et ceux-ci. La confidentialité de la pièce n^o 17 du dossier administratif, reprenant le planning du marché de construction du pavillon belge, a été levée par la partie adverse au cours de l'audience.

Ces dépôts n'étant pas contestés, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces n^{os} 2, 5 et 6 déposées par les parties requérantes et les pièces n^{os} 9 à 16 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 30 juillet 2024, par la VI^e chambre des vacations du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Luc Donnay,
Simon Pochet,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Simon Pochet

Luc Donnay