

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

n° 261.956 du 9 janvier 2025

A. 243.676/VI-23.216

En cause : **la société anonyme EASI**,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} France VLASSEMBROUCK et
 Yassine LAGHMICHE, avocats,
 rue Royale 145
 1000 Bruxelles,

contre :

le Parlement wallon,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Flore VERHOEVEN et Virginie DOR, avocats,
 chaussée de La Hulpe 178
 1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 6 décembre 2024, la partie requérante demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision datée du 14 novembre 2024 par laquelle la partie adverse sélectionne Ordigès, déclare son offre régulière et attribue à cette société le marché public relatif à la mise à disposition d'un logiciel de gestion budgétaire et comptable et des licences y relatives, prestations de paramétrage, d'implémentation et de formation du personnel concerné et gestion de la maintenance et de support (cahier spécial des charges PW-SC/24020), décision communiquée à la requérante par e-mail et courrier du 21 novembre 2024 ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 10 décembre 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 7 janvier 2025.

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

M^e France Vlassembrouck, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Virgine Dor et Flore Verhoeven, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M. Christian Ameleynck, premier auditeur chef de section 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. Le 10 juin 2024, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne un avis concernant un marché public de services relatif « à la mise à disposition d'un logiciel de gestion budgétaire et comptable et des licences y relatives, prestations de paramétrage, d'implémentation et de formation du personnel concerné et gestion de la maintenance et de support ».

Cet avis précise que le mode de passation est la procédure ouverte. Il impose par ailleurs le critère de sélection qualitative suivant, relatif à la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires :

« Description : Le soumissionnaire apporte la preuve de sa capacité technique et professionnelle moyennant une liste des principaux services fournis au cours des trois dernières années au maximum précédant la date limite pour la remise des offres, indiquant le montant, la date et le destinataire public, assortie de certificats de bonne exécution signés par le pouvoir adjudicateur concerné. Niveau minimal spécifique exigé : le soumissionnaire démontre au minimum la réalisation de deux projets d'implémentation auprès d'entités publiques d'un logiciel similaire au présent marché dont le montant est de minimum 200.000 € HTVA ».

La date limite de remise des offres est fixée le 11 juillet 2024.

2. Le cahier spécial des charges énonce notamment ce qui suit quant à l'objet et la nature du marché :

« Dans le cadre de la modernisation de sa gestion globale et de ses processus financiers et administratifs, le greffe du Parlement de Wallonie recherche un prestataire de services pour fournir, mettre en œuvre et soutenir l'utilisation d'une solution informatique adaptée.

Cette solution doit prévoir différentes licences d'utilisation. Le nombre de licences actuel estimé nécessaire dans le cadre de ce marché est de :

- 9 licences complètes/full ;
- 15 licences light (au travers du terme "light", nous entendons au minimum de réaliser des consultations et permettre les approbations).

Étant donné que ce chiffre est indicatif, le prestataire doit faire preuve de flexibilité et fournir une formation appropriée au personnel de l'adjudicateur.

L'objectif est de disposer d'un système comptable budgétaire et axé sur les résultats, qui donne une image complète de la situation financière (en ce compris les budgets, les dépenses, les prévisions et les états financiers) pour l'ensemble des activités de l'adjudicateur. Le système doit également intégrer le processus numérique d'achats, de facturation et d'approbation des achats de l'adjudicateur ».

Il précise également que le marché doit être conclu pour une durée de 96 mois, et que les variantes libres et options sont interdites.

Les critères d'attribution sont le prix (60 points) et la qualité technique de l'offre (40 points), ce dernier critère faisant l'objet de deux-sous critères à savoir les « fonctionnalités supplémentaires de la solution logicielle proposée (30 points) et les « éléments supplémentaires dans la mise en place du projet (10 points) ».

3. Outre la requérante, trois autres soumissionnaires déposent une offre, à savoir les sociétés NSI, INETUM et ORDIGES.

4. Le 2 août 2024, le Bureau de la partie adverse adresse un courrier à chaque soumissionnaire, sur le fondement de l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, afin d'obtenir certaines clarifications au sujet de leurs offres respectives.

Chacun de ces courriers comporte notamment la demande suivante :

« Les documents de marché indiquent pour ce qui concerne le critère de sélection en matière de capacité technique et professionnelle :

“Le soumissionnaire apporte la preuve de sa capacité technique et professionnelle moyennant une liste des principaux services fournis au cours des trois dernières années au maximum précédant la date limite pour la remise des offres, indiquant le montant, la date et le destinataire public, assortie de certificats de bonne exécution signés par le pouvoir adjudicateur concerné.

Niveau minimal spécifique exigé : le soumissionnaire démontre au minimum la réalisation de deux projets d'implémentation auprès d'entités publiques d'un logiciel similaire au présent marché dont le montant est de minimum 200.000 € HTVA”.

A ce stade de l'analyse, les éléments en notre possession ne nous permettent pas de nous assurer que les références fournies s'inscrivent dans le strict respect des conditions de ce critère.

Nous vous invitons à nous faire parvenir tout élément permettant d'affirmer que votre société respecte ce critère ».

Les quatre soumissionnaires apportent une réponse à cette correspondance.

5. Le 26 août 2024, le Bureau de la partie adverse interpelle de nouveau la société ORDIGES, sur le fondement de l'article 73, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, et lui demande notamment ce qui suit :

« [...] Nous vous demandons de nous fournir les documents justificatifs suivants :
[...] - les documents exigés en vertu du critère de sélection qualitative.
[...] Pour les attestations utiles en matière de sélection qualitative, les éléments transmis ne sont pas suffisamment précis et ne nous permettent pas de vérifier avec certitude la réalisation de deux projets d'implémentation auprès d'entités publiques d'un logiciel similaire au présent marché dont le montant est de minimum 200.000 € HTVA, et ce, au cours des trois dernières années.
L'ensemble des documents sont à nous transmettre pour le 4 septembre 2024, au plus tard, [...] ».

Le 30 août 2024, la société ORDIGES répond à cette demande en apportant certaines précisions quant à deux des trois références fournies, à savoir un marché réalisé pour Comensia et un autre pour Woonmaatschappij Rivierenland.

6. Le Bureau de la partie adverse décide, le 12 septembre 2024, de sélectionner les quatre soumissionnaires, de déclarer leurs offres régulières et d'attribuer le marché à la société ORDIGES.

Cette décision est communiquée aux soumissionnaires le 17 septembre 2024, par courrier recommandé et par la voie électronique.

7. Le 20 septembre 2024, la requérante écrit un courrier circonstancié à la partie adverse pour dénoncer certaines irrégularités dans la procédure d'attribution et lui demander de retirer son acte. Elle précise qu'à défaut d'une décision de retrait

avant le 26 septembre 2024, elle introduira un recours en suspension et le cas échéant en annulation devant le Conseil d'État.

8. Le 26 septembre 2024, la partie adverse répond, par l'intermédiaire de ses conseils, aux arguments de la requérante, et lui indique que le retrait de la décision « ne permettrait pas, ensuite, d'aboutir à un autre classement des offres ».

9. Le 1^{er} octobre 2024, les conseils de la partie adverse communiquent à la requérante des éléments complémentaires à leur lettre du 26 septembre 2024.

10. Le 2 octobre 2024, la requérante dépose une requête sollicitant la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision datée du 12 septembre 2024 par laquelle la partie adverse sélectionne ORDIGES, déclare son offre régulière et attribue à cette société le marché public relatif à la mise à disposition d'un logiciel de gestion budgétaire et comptable et des licences y relatives, prestations de paramétrage, d'implémentation et de formation du personnel concerné et gestion de la maintenance et de support (cahier spécial des charges PW-SC/24020) [...] ».

11. Le 10 octobre 2024, le Bureau de la partie adverse décide de retirer la décision d'attribution du 12 septembre 2024.

Cette décision est fondée sur les motifs suivants :

« Considérant qu'en date du 2 octobre 2024, l'un des soumissionnaires évincés, à savoir la S.A. EASI, a introduit une demande de suspension d'extrême urgence, devant le Conseil d'Etat, de la décision d'attribution datée du 12 septembre 2024 prise par le Bureau du Parlement d'attribuer le marché à la S.A. ORDIGES ;

Considérant que, dans sa requête, le soumissionnaire évincé met en évidence certaines questions qui nécessitent un réexamen du dossier et des offres par le Parlement ; qu'il est de bonne administration de révérifier le dossier ;

Considérant qu'il convient donc de retirer la décision d'attribution initiale du 12 septembre 2024 afin de procéder à ce réexamen du dossier et des offres »

Elle est notifiée aux soumissionnaires, et notamment à la société ORDIGES, par courrier recommandé et par la voie électronique le 11 octobre 2024.

12. Le 18 octobre 2024, la partie adverse interpelle de nouveau la société ORDIGES par un courrier ayant l'objet suivant : « Demande de justification de prix (art. 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques) et demande de compléments d'informations (art. 66, § 3, de la loi du 11 juin 2016 relative aux marchés publics) ». La société ORDIGES est

notamment invitée à justifier de manière concrète et détaillée le prix total de son offre « qui pourrait sembler anormalement bas ». Sur le plan de la sélection qualitative, il est demandé à cette société « de compléter si possible les références [...] remises dans [l']offre » en attirant spécialement son attention « sur le fait (i) que les contrats objet de ces références doivent avoir fait l'objet d'un projet d'implémentation qui doit avoir été réalisé (et donc terminé) au cours des trois dernières années précédant la date limite pour la remise des offres, et (ii) que les documents/informations fournies en complément doivent renvoyer à une situation qui existait déjà au moment où [son] offre a été remise ».

13. Le 28 octobre 2024, la société ORDIGES apporte une justification de son prix total et trois nouvelles références destinées à démontrer sa capacité technique et professionnelle, accompagnées d'attestations de bonne exécution.

14. Le 14 novembre 2024, le Bureau de la partie adverse décide de sélectionner les quatre soumissionnaires, de déclarer leurs offres recevables et – à la suite d'une analyse des offres au regard des critères d'attribution – d'attribuer le marché à la société ORDIGES « pour le montant total d'offre (options comprises) contrôlé de 344.141,87 HTVA ou 416.411,66 euros TVAC ».

Il s'agit de l'acte attaqué.

Cette décision est communiquée aux soumissionnaires par courrier recommandé et par la voie électronique le 21 novembre 2024.

15. Le 29 novembre 2024, la requérante adresse un nouveau courrier circonstancié à la partie adverse dans lequel elle dénonce ce qu'elle considère être des irrégularités commises à plusieurs stades de la procédure, et pour demander à la partie adverse de retirer son acte avant le 2 décembre 2024.

IV. Premier moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen pris « de la violation de l'article 12.2.1 du cahier spécial des charges, de l'article 66 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4, §1^{er}, 8°, 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, des principes généraux de bonne administration, des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence, de l'adage "*patere legem quam ipse fecisti*", du principe du raisonnable, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir ».

Elle résume son moyen comme suit :

« Dans son cahier spécial des charges (art. 12.2.1), la partie adverse exigeait, au titre de la capacité technique et professionnelle, au minimum "la réalisation de deux projets d'implémentation auprès d'entités publiques d'un logiciel similaire au présent marché dont le montant est de minimum 200.000 HTVA", ceci au cours des trois dernières années au maximum précédant la date limite pour la remise des offres. Or, les deux références produites par Ordigès ne rencontrent pas cette exigence minimale et notamment celle de "la réalisation de deux projets d'implémentation auprès d'entités publiques d'un logiciel similaire au présent marché" ».

La requérante estime aussi qu'au regard des informations qu'elle avait communiquées à la partie adverse pour contester la sélection de la société ORDIGES, « la partie adverse ne pouvait pas se contenter d'une motivation succincte, d'autant plus qu'elle avait retiré sa première décision pour "réexaminer le dossier et les offres", ce qu'elle n'a manifestement pas fait ».

B. Thèse de la partie adverse

En substance, la partie adverse indique que les références retenues par elle pour reconnaître la capacité technique et professionnelle de la société ORDIGES sont celles qui étaient jointes au courrier de cette société du 28 octobre 2024, et non celles qui étaient jointes à son offre, comme le présume erronément la requérante. Elle soutient qu'en application de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne et de celle du Conseil d'État, ces références pouvaient être prises en considération, malgré leur dépôt postérieur à la date limite de remise des offres, car il est admis qu'en application de l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, le pouvoir adjudicateur peut demander à un soumissionnaire de compléter son dossier, pour autant « que les documents/informations fournis (par exemple des références) font écho à une situation qui existait déjà au moment où les offres devaient être remises ». À son estime, tel est bien le cas en l'espèce.

La partie adverse estime par ailleurs que la motivation formelle de la décision sélectionnant la société ORDIGES est adéquate.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

a) Principes

La sélection qualitative des soumissionnaires est destinée, selon le texte de l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, « à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer ». Cette sélection vise donc à exclure d'un marché les soumissionnaires qui – selon l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur lors de l'adoption des documents du marché – ne démontrent pas avoir les capacités requises pour l'exécuter.

Conformément à l'article 66, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 précitée, les « marchés sont attribués sur la base du ou des critères d'attribution fixés conformément à l'article 81, pour autant que le pouvoir adjudicateur ait vérifié » notamment que « l'offre provient d'un soumissionnaire [...] qui répond aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur ».

L'article 65, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 énonce par ailleurs que le pouvoir adjudicateur doit indiquer dans l'avis de marché ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents du marché, non seulement les « critères de sélection », mais également « les moyens de preuve acceptables ».

Il résulte de ces dispositions que lorsque le pouvoir adjudicateur fait le choix d'imposer des critères de sélection qualitative, qu'il détermine les niveaux d'exigence appropriés pour satisfaire à cette sélection et les moyens de preuve acceptables, il ne peut attribuer le marché qu'à un soumissionnaire qui démontre, de la manière prescrite, satisfaire aux critères et niveaux d'exigence ainsi décidés.

L'article 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 impose par ailleurs que la décision motivée de l'autorité adjudicatrice énonce, notamment, « 6° les noms des candidats ou soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés et les motifs de droit et de fait justifiant leur sélection ou non-sélection ». Il est admis que la motivation formelle relative à la sélection des candidats ou des soumissionnaires peut être succincte lorsque la procédure de sélection ne suscite aucune difficulté particulière. À l'inverse, lorsqu'une telle difficulté se présente, la motivation formelle de la décision du pouvoir adjudicateur doit en faire état et expliciter les raisons pour lesquelles, selon l'appréciation du pouvoir adjudicateur, la difficulté est

considérée comme levée et le candidat ou le soumissionnaire répond au critère concerné.

b) Application au cas d'espèce

L'avis de marché publié au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne impose le critère de sélection qualitative et le mode de preuve suivants concernant la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires :

« type : Capacité technique et professionnelle

Description : Le soumissionnaire apporte la preuve de sa capacité technique et professionnelle moyennant une liste des principaux services fournis au cours des trois dernières années au maximum précédant la date limite pour la remise des offres, indiquant le montant, la date et le destinataire public, assortie de certificats de bonne exécution signés par le pouvoir adjudicateur concerné. Niveau minimal spécifique exigé : le soumissionnaire démontre au minimum la réalisation de deux projets d'implémentation auprès d'entités publiques d'un logiciel similaire au présent marché dont le montant est de minimum 200.000 € HTVA ».

La société ORDIGES a déposé, à l'appui de son offre, cinq références destinées à démontrer qu'elle rencontre cette exigence, accompagnées de certificats de bonne exécution.

Le 2 août 2024, le bureau de la partie adverse a toutefois informé cette société qu'« à ce stade de l'analyse, les éléments en [...] possession [de la partie adverse ne lui] permettent pas de [s'] assurer que les références fournies s'inscrivent dans le strict respect des conditions » du critère de sélection précité, et l'a invitée à fournir tout élément permettant d'affirmer que tel était bien le cas. Le 13 août 2024, la société ORDIGES a répondu à ce courrier, en semblant admettre que deux des cinq références jointes à l'offre ne correspondaient pas à des services fournis endéans la période de trois ans précédant la date limite pour la remise des offres. La société ORDIGES a toutefois maintenu que les trois autres références, dont notamment des marchés exécutés pour Comensia SC et Woonmaatschappij Rivierenland, correspondaient pleinement au critère de sélection qualitative, et a donné certaines précisions supplémentaires à leur sujet.

Le 26 août 2024, le bureau du Parlement wallon a de nouveau interpellé la société ORDIGES, sur le fondement de l'article 73, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, et lui a demandé de nouvelles précisions car les informations fournies ne permettaient pas « de vérifier avec certitude la réalisation de deux projets d'implémentation auprès d'entités publiques d'un logiciel similaire

au [...] marché dont le montant est de minimum 200.000 € HTVA, et ce, au cours des trois dernières années ».

La société ORDIGES a répondu à cette correspondance en apportant des précisions quant à deux des trois références fournies, à savoir les marchés réalisés pour Comensia SC et Woonmaatschappij Rivierenland. Il se déduit de ces explications que – pour les deux références concernées – la part de marché relative à l'implémentation d'un « logiciel similaire » au marché en cause était, à chaque fois, inférieure au seuil de 200.000 euros HTVA imposé par les documents du marché.

Le 12 septembre 2024, le Bureau du Parlement wallon a pris une première décision attribuant le marché à la société ORDIGES. Concernant la vérification que cette société satisfaisait à l'exigence de capacité technique et professionnelle, cette décision énonçait uniquement les motifs suivants :

« Considérant qu'en date du 26 août 2024, le soumissionnaire a été invité par le pouvoir adjudicateur à présenter les documents complémentaires permettant de vérifier qu'il n'existe pas d'autres motifs d'exclusion dans son chef et que le critère de sélection est rempli ;

Considérant que le soumissionnaire a fourni les justificatifs nécessaires et que partant rien ne s'oppose à l'attribution de ce marché à ORDIGES ».

À la suite de la communication de cette décision aux soumissionnaires, la requérante a notamment écrit ce qui suit, le 20 septembre 2024, à la partie adverse :

« Je souhaite porter à votre connaissance les informations suivantes concernant la décision d'attribuer le marché précité à Ordiges :

[...]

Je suis très étonné que l'entreprise ORDIGES rencontre ce critère puisque notre veille des marchés publics nous permet à ce stade d'affirmer sur base des publications de marchés qu'ORDIGES n'a remporté qu'un seul marché public concernant l'implémentation d'un logiciel comptable sur la période considérée, pour le montant indiqué (200.000 €).

En conséquence, sauf preuve contraire, il me semble qu'ORDIGES ne répond pas au critère de sélection mentionné dans le cahier spécial des charges et dans l'avis de marché. Son offre devrait donc être écartée ».

Le 26 septembre 2024, le conseil de la partie adverse a répondu ce qui suit à la requérante :

« Vous exprimez votre étonnement quant au fait que l'adjudicataire du marché serait en mesure de démontrer qu'il répond aux exigences fixées par les documents du marché en matière de capacité technique et professionnelle.

Notre client confirme, si besoin en était, les informations figurant à cet égard dans la décision d'attribution, à savoir que l'adjudicataire a bien transmis les attestations de bonne exécution afférentes à la réalisation de deux projets d'implémentation auprès d'entités publiques d'un logiciel similaire au marché en cause dont le montant est de minimum 200.000,00 €.

Il s'agit d'attestations, à côté d'autres, émanant de :

- Comensia, pour un projet d'implémentation mis en production en janvier 2022 ;
- Woonmaatschappij Rivierenland, pour un projet d'implémentation mis en production en janvier 2023 ».

Le 27 septembre 2024, la requérante a répliqué ce qui suit aux affirmations de la partie adverse :

« Je me réfère à votre courrier envoyé par mail en date du 26 septembre 2024 [...]

J'ai examiné ce dernier avec une grande attention et je souhaitais vous donner les informations complémentaires suivantes afin de compléter votre réflexion :

En ce qui concerne la sélection qualitative, un niveau minimal spécifique était exigé dans les documents du marché : [...]

Il ressort de ce critère que plusieurs conditions doivent être rencontrées, et ce pour chaque référence :

1. Une autorité publique
2. Un logiciel similaire au présent marché
3. Un projet d'implémentation
4. Un montant de minimum 200 000€
5. Une réalisation dans les 3 années maximum précédant le 11 juillet 2024.

[...]

Le logiciel que l'entreprise ORDIGES a proposé (et donc implémenté) pour ce marché, n'est pas le logiciel PIA, mais bien le logiciel LORD [...]. Il s'agit d'un logiciel spécialement développé pour la gestion locative et du patrimoine pour les sociétés de logements sociaux. Le cahier spécial des charges relatif à la procédure en question en fait d'ailleurs certainement la description.

Il ne s'agit donc pas d'un logiciel similaire au présent marché (Pour rappel, PIA (en combinaison avec d'autres)).

En ce qui concerne les autres conditions, nous n'iront par conséquent pas plus loin pour cette référence bien que des doutes peuvent être émis quant à la période de réalisation (dans les 3 ans ?) et le montant minimum (aucun avis de marché attribué disponible sur la plateforme).

En ce qui concerne la référence Woonmaatschappij Rivierenland (BCE 0403.698.162) née le 21 juin 2023 de la fusion entre les sociétés de logements sociaux Volkshuisvesting Willebroek, Woonpunt Mechelen et de Sociaal Verhuurkantoor Mechelen, j'émet les plus grands doutes. En effet, vous mentionnez une implémentation en janvier 2023 alors que l'entité résultant de la fusion n'existait pas encore. Pour la bonne forme, nous avons également vérifié si un marché public avait été passé par l'une des trois sociétés de logement

absorbées considérés pour un ERP type PIA mais à nouveau, il semble qu'aucun marché public ne puisse être retrouvé.

Outre le fait que le logiciel utilisé par cette société de logement sociaux est certainement le logiciel LORD (cfr plus haut), il est manifeste qu'aucune des trois sociétés de logements sociaux à l'origine de la nouvelle société n'a passé un marché public pour un logiciel similaire au présent marché (PIA avec d'autres) ayant pour résultat une implémentation en janvier 2023 et ce pour un montant de 200 000€.

En conséquence, les deux références de la sociétés ORDIGES ne peuvent pas être prises en considérations et cette société ne peut pas être sélectionnée ».

À la suite du recours en suspension selon la procédure d'extrême urgence introduit auprès du Conseil d'État par la requérante contre cette première décision d'attribution, la partie adverse l'a retirée.

Le 18 octobre 2024, la partie adverse a écrit à la société ORDIGES pour lui demander, d'une part, la justification de certains de ses prix, sur le fondement de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et, d'autre part, l'apport d'informations complémentaires, sur la base de l'article 66, § 3, du même arrêté. S'agissant des informations sollicitées, le courrier comportait la demande suivante au sujet de la sélection qualitative :

« Par ailleurs, conformément à l'article 66, § 3, précité, nous vous demandons, dans les meilleurs délais et au plus tard dans le délai susmentionné, de compléter si possible les références que vous avez remises dans votre offre. A cet égard, nous attirons votre attention sur le fait (i) que les contrats objet de ces références doivent avoir fait l'objet d'un projet d'implémentation qui doit avoir été réalisé (et donc terminé) au cours des trois dernières années précédant la date limite pour la remise des offres, et (ii) que les documents/informations fournies en complément doivent renvoyer à une situation qui existait déjà au moment où votre offre a été remise ».

Le 28 octobre 2024, la société ORDIGES a répondu en invoquant trois nouvelles références, accompagnées de trois attestations « de bonne exécution, portant sur l'implémentation de la solution ERP Financier PIA ».

La première attestation, rédigée sur papier à en-tête de l'ONSS, est signée de l'administrateur général de cet organisme.

La deuxième attestation est supposée émaner d'ACTIRIS mais n'est pas intégrée dans un document portant l'en-tête de cet organisme. Ce document mentionne par ailleurs une « personne de contact » au sein d'ACTIRIS, mais n'est revêtu d'aucune signature.

La troisième attestation est supposée émaner de l'INASTI, mais n'est pas intégrée dans un document portant l'en-tête de cet organisme. Il mentionne une « personne de contact » au sein de cet organisme – à savoir son administratrice générale – mais est revêtu d'une signature dont l'auteur n'est ni identifié, ni *prima facie* identifiable. À l'audience, les conseils de la partie adverse, après un contact téléphonique avec leur client, n'ont pu apporter aucune précision à ce sujet.

Ces trois attestations de bonne exécution portent la date du 17 octobre 2024, qui est antérieure à la demande d'informations complémentaires de la partie adverse, envoyée le 18 octobre 2024.

Il résulte de ce qui précède que la sélection de la société ORDIGES a posé de multiples difficultés. La partie adverse a dû interpeler cette société à trois reprises durant la procédure d'attribution pour obtenir des informations au sujet de sa capacité technique et professionnelle. Il se déduit du dossier administratif que deux des cinq références produites à l'appui de l'offre de cette société étaient trop anciennes, et que la déclaration de la société ORDIGES au sujet des montants des deux autres références s'est révélée inexacte – car tenant compte de l'implémentation de logiciels qui ne sont pas « similaires » à celui exigé par le marché. Cette inexactitude n'a été corrigée, en cours de procédure, qu'à la suite d'une demande de clarification de la partie adverse. Il semble qu'en définitive, aucune des cinq références produites initialement par la société ORDIGES n'ait été considérée par la partie adverse comme correspondant aux exigences des documents du marché. Ceci est confirmé par la note d'observations qui, en réponse au premier moyen, précise que ce sont les informations et documents remis à l'occasion du courrier du 28 octobre 2024 de la société ORDIGES qui « ont permis au pouvoir adjudicateur de poser le constat [que cette société] répondait bel et bien au critère de sélection sur les références ».

Les nouvelles références finalement produites par la société ORDIGES en annexe de son courrier précité du 28 octobre 2024 posent toutefois également *prima facie* certaines difficultés.

Les trois attestations mentionnent la même date, qui est antérieure au 18 octobre 2024, jour où la partie adverse a sollicité des informations complémentaires quant à la capacité technique et professionnelle de la société ORDIGES. Deux de ces attestations ne permettent pas de constater avec certitude qu'elles émanent des autorités publiques concernées (ACTIRIS et INASTI), puisqu'elles n'en portent pas l'en-tête, et que l'une n'est pas signée alors que l'autre est signée par une personne qui n'est ni identifiée, ni *prima facie* identifiable.

Malgré les nombreuses difficultés posées par la sélection de la société ORDIGES, l'acte attaqué ne comporte que la motivation suivante quant à cette question :

« Considérant, s'agissant du respect du critère de sélection qualitative, que le pouvoir adjudicateur a interrogé l'adjudicataire pressenti afin qu'il complète les références remises dans son offre, et ce conformément au prescrit de l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 ; que vu les documents et informations transmis par l'adjudicataire pressenti au cours de la procédure, le pouvoir adjudicateur peut conclure que ce dernier répond au critère de sélection qualitative »

Ces motifs ne font pas état des difficultés rencontrées lors de la sélection qualitative de l'attributaire du marché, et des raisons pour lesquelles ces difficultés ont été considérées comme levées. Ils ne permettent notamment pas de déterminer quelles attestations de bonne exécution ont été prises en considération par la partie adverse, dans un contexte où toutes les références initialement produites à l'appui de l'offre ont – semble-t-il – été considérées comme insatisfaisantes.

Cette absence de motifs formels a porté atteinte au principe de transparence, en empêchant la requérante de formuler son premier moyen en pleine connaissance de cause.

Les motifs précités ne permettent pas non plus de constater que la partie adverse a perçu les questions que suscitent – ou à tout le moins devaient susciter – les dernières attestations de bonne exécution déposées par la société ORDIGES, ni *a fortiori* qu'elle a trouvé une réponse satisfaisante à ces questions.

La partie adverse n'a, en conséquence, pas respecté les exigences de motivation formelle et de transparence qui s'imposent à elle.

Le premier moyen est sérieux.

V. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VI. Confidentialité

VI.1. Demandes des parties

La partie adverse dépose à titre confidentiel l'offre de la société ORDIGES (pièce 3), le courrier adressé par la partie adverse aux quatre soumissionnaires en cours de procédure (pièce 4), leurs réponses (pièce 5), les courriers envoyés à la seule société ORDIGES (pièces 6 et 17), et les réponses de cette société (pièces 7 et 18). Elle expose que ces documents contiennent « des informations techniques et commerciales qui touchent au secret des affaires, et qui sont donc confidentielles ». Elle soutient que si la décision attaquée est suspendue et que la procédure d'attribution doit être recommencée, « il s'indique qu'il y ait encore une concurrence effective entre les différents soumissionnaires ».

La requérante dépose quant à elle son offre à titre confidentiel (pièce A), et demande que cette confidentialité soit maintenue car « ce document contient par nature des informations techniques et commerciales relatives au secret des affaires », la communication de ce document étant « de nature à fausser la concurrence dans l'ensemble des marchés et contrats portant sur un objet similaire au présent marché ».

À l'audience, au vu des arguments contenus dans la note d'observations, la requérante sollicite, dans le contexte de son premier moyen, que soit levée la confidentialité des attestations de bonne exécution déposées par la société ORDIGES à l'appui de son courrier du 28 octobre 2024, ces attestations ne présentant à son estime aucun caractère confidentiel.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Les demandes de maintien de la confidentialité des pièces 3, 4, 5, 6, 7, 17 et 18 du dossier administratif et de la pièce A du dossier de la requérante n'étant pas contestées, il n'y a pas lieu, à ce stade de la procédure, de les rejeter.

La levée de la confidentialité n'est sollicitée, par la requérante, qu'au sujet des attestations de bonne exécution jointes au courrier du 28 octobre 2024 de la société ORDIGES, destinées à démontrer la capacité technique et professionnelle de cette société au regard du critère imposé par les documents du marché. Ces attestations sont jointes à la pièce 18 du dossier administratif.

La Cour de Justice de l'Union européenne a répondu comme suit à une question préjudicielle portant notamment sur l'interprétation des articles 18, §1^{er}, et 21, § 1^{er}, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés public dans les secteurs classiques, au regard du traitement confidentiel, par un pouvoir adjudicateur, au titre du secret des affaires, des « documents visés aux articles 59 et 60 de la directive 2014/24 et à son annexe XII, notamment, la liste des expériences acquises, les références [...] lorsque ces documents sont exigés pour prouver la satisfaction des conditions de participation à la procédure [...] » :

« 73. S'agissant [...] de l'expérience pertinente des soumissionnaires et des éléments de référence que ceux-ci joignent à leurs offres, à titre d'attestation de cette expérience et de leurs capacités, il y a lieu de considérer que de telles informations, qui correspondent dans une large mesure à celles visées à l'annexe XII de la directive 2014/24, à laquelle se réfèrent notamment les articles 60 et 63 de celle-ci, ne sauraient être qualifiées de confidentielles dans leur intégralité.

74. Lorsqu'un opérateur économique participe à une procédure de passation de marché public, il ne saurait légitimement demander que la liste des contrats obtenus ou des projets réalisés, au titre desquels il a acquis l'expérience pertinente pour le marché public en cause, ainsi que les références permettant d'attester de cette expérience soient intégralement ou en majeure partie traitées comme étant confidentielles.

75. En effet, l'expérience d'un soumissionnaire n'étant, en règle générale, pas secrète, ses concurrents ne sauraient, en principe, être privés des informations relatives à cette expérience, sur le fondement de la notion de "secret d'affaires" figurant dans le droit de l'État membre concerné pour délimiter la confidentialité visée à l'article 21, paragraphe 1, de la directive 2014/24, ou sur celui de la protection des "intérêts commerciaux légitimes" ou de la préservation de la "concurrence loyale", au sens de l'article 55, paragraphe 3, de cette directive.

76. En tout état de cause, conformément aux principes issus de la jurisprudence de la Cour [...] les soumissionnaires doivent, par souci de transparence et aux fins d'assurer le respect des exigences de bonne administration et d'une protection juridictionnelle effective, bénéficier d'un accès, à tout le moins, au contenu essentiel des informations transmises par chacun d'eux au pouvoir adjudicateur à propos de leur expérience pertinente pour le marché public en cause et des références permettant d'attester de cette expérience. Cet accès est cependant sans préjudice de circonstances particulières afférentes à certains marchés de produits ou de services sensibles pouvant exceptionnellement justifier un refus d'information au regard d'un des autres motifs mentionnés à l'article 55, paragraphe 3, de la directive 2014/24, tenant au respect d'une interdiction ou exigence énoncée par la loi ou à la protection d'un intérêt public » (CJUE, 17 novembre 2022, Antea Polska S.A., C-54/21, ECLI:EU:C:2022:888).

Il résulte de cette réponse que, dans le cadre de l'application d'une législation transposant la directive 2014/24/UE précitée, l'expérience pertinente des soumissionnaires et les éléments de référence qu'ils joignent à leurs offres à titre d'attestation de cette expérience et de leurs capacités, ne peuvent en principe être qualifiées de confidentielles dans leur intégralité. Les informations contenues dans

de telles attestations ne peuvent donc, en principe, être considérées comme confidentielles, sauf circonstances particulières.

La partie adverse n'évoque en l'occurrence, dans sa note d'observations ou à l'audience, aucun élément contenu dans les attestations de bonne exécution communiquées par la société ORDIGES à l'appui de son courrier du 28 octobre 2024 qui pourrait être qualifié de confidentiel. Le Conseil d'État, à qui il revient – aux termes de l'article 26 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 – « de garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause », n'aperçoit pas non plus un élément qui pourrait relever des secrets d'affaires.

En toute hypothèse, la protection juridictionnelle effective de la requérante dans le cadre de la procédure en annulation nécessite la prise de connaissance de ces attestations de bonne exécution, en particulier dans un contexte où la motivation formelle de l'acte attaqué ne lui permettrait pas de comprendre les raisons pour lesquelles la société ORDIGES a été sélectionnée en dépit des nombreuses difficultés qui se sont présentées au cours de la procédure d'attribution.

La confidentialité de ces attestations est donc levée.

Les attestations concernées étant concrètement intégrées dans une pièce déposée dans sa version électronique (pièce 18 du dossier administratif) dont la confidentialité ne doit pas, pour l'essentiel, être levée, il convient d'inviter la partie adverse à déposer elle-même, à titre non-confidentiel, sur la plateforme informatique du Conseil d'État, les trois attestations de bonne exécution jointes au courrier du 28 octobre 2024 de la société ORDIGES.

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

Article 1.

La suspension de l'exécution de la décision du 14 novembre 2024 par laquelle la partie adverse attribue à la société ORDIGES le marché public relatif à « la mise à disposition d'un logiciel de gestion budgétaire et comptable et des

licences y relatives, prestations de paramétrage, d'implémentation et de formation du personnel concerné et gestion de la maintenance et de support » est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 3, 4, 5, 6, 7, 17 et 18 du dossier administratif ainsi que la pièce A du dossier de la requérante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

La confidentialité des attestations de l'INASTI, de l'ONSS et d'ACTIRIS jointes au courrier du 28 octobre 2024 de la société ORDIGES est levée. La partie adverse est invitée à déposer ces attestations, à titre non-confidentiel, au dossier de la procédure électronique.

Article 4.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 9 janvier 2025, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Xavier Close,
Nathalie Roba,

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

La greffière,

Le Président,

Nathalie Roba

Xavier Close