CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 245.775 du 15 octobre 2019

A. 229.166/VI-21.608

En cause : **la société privée à responsabilité limitée WORKFLOW & DESIGN BEYERS GROUP**,
ayant élu domicile chez
M^es^ Maxim TÖLLER et
Carole LORENT, avocats
boulevard d'Avroy 280
4000 Liège,

contre :

la Société wallonne de Financement complémentaire des Infrastructures, en abrégé SOFICO,
ayant élu domicile chez
M^es^ Marie VASTMANS et
Cyrille DONY, avocats
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme Yvan PAQUE,
ayant élu domicile chez
M^es^ Martin CHABOT et
Pierre RAMQUET, avocats,
place Verte 13
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 20 septembre 2019, la société privée à responsabilité limitée WORKFLOW & DESIGN BEYERS GROUP demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 30 août 2019, par laquelle la SOFICO déclare l'offre de la SPRL WORKFLOW & DESIGN BEYERS GROUP irrégulière et attribue le marché de fourniture intitulé «Fourniture de remorques de signalisation avec PMV» à la SA YVAN PAQUE".

II. Procédure

Par une ordonnance du 23 septembre 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 8 octobre 2019 à 10 heures.

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

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

Par une requête introduite le 7 octobre 2019, la société anonyme Yvan PAQUE demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

M^me^ Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Carole LORENT, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e^ Cyrille DONY, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e^ Martin CHABOT, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits utiles

Le 3 juillet 2018 est paru au Bulletin des adjudications un avis de marché ayant pour objet la fourniture de panneaux à messages variables mobiles montés sur remorques et la maintenance omnium durant 2 années. Un avis est également paru au Journal Officiel de l'Union européenne le 6 juillet 2018. Des avis rectificatifs ont été respectivement publiés les 23 et 26 juillet 2018.

La procédure choisie est la procédure ouverte. Les offres devaient être remises pour le 14 septembre 2018 à 11 heures au plus tard.

Quatre soumissionnaires dont la requérante et la société anonyme YVAN PAQUE ont déposé offre.

La partie adverse a décidé d'attribuer le marché à la société anonyme YVAN PAQUE, l'offre de la requérante étant déclarée irrégulière. Cette décision a fait l'objet d'une demande de suspension (A. 228.716/VI-21.546) et a été retirée par la partie adverse le 30 août 2019.

Le même jour, la partie adverse a pris une nouvelle décision déclarant nulle l'offre de la requérante et attribuant le marché à la société anonyme YVAN PAQUE. Il s'agit de l'acte attaqué qui, concernant l'irrégularité de l'offre de la requérante, est motivé comme suit :

" **WORKFLOW**

Formulaire d'offre complété, daté et signé	Points 11.1 et 11.3 du cahier spécial des charges	OK
Offre en français	Point 11.1 du cahier spécial des charges	OK
Offre signée	Point 11.2 du cahier spécial des charges	OK
Compétence du signataire	Points 11.2 et 11.3 du cahier spécial des charges	OK
Acte accordant les pouvoirs ou procuration	Points 11.2 et 11.3 du cahier spécial des charges	OK
Inventaire	Point 11.3 du cahier spécial des charges	OK
Période de congés annuels et jours de congés compensatoires	Point 11.3 du cahier spécial des charges	OK
Liste des sous-traitants et part de marché sous-traitée	Point 11.3 du cahier spécial des charges	OK
Annexes à joindre à l'offre	Point 11.3 du cahier spécial des charges	OK

Considérant que l'offre de WORKFLOW ne respecte toutefois pas les prescriptions techniques reprises sous le point «2.2.3 - Alimentation» du point «III.3 - Prescriptions techniques» du cahier spécial des charges, en ce que les remorques proposées ne sont pas pourvues d'un groupe électrogène permettant la recharge régulière des batteries qui alimentent en électricité le dispositif de signalisation;

Considérant que le système d'alimentation en énergie des remorques au moyen de batteries rechargées par un groupe électrogène est un choix technique essentiel posé à dessein par la SOFICO;

Qu'en effet, il permet d'assurer l'autonomie du dispositif de signalisation pour une durée de sept jours et le maintien en place des remorques avec seulement un apport hebdomadaire en carburant, lequel peut se faire en quelques minutes et par une seule personne;

Qu'en l'absence d'un tel système d'alimentation et à défaut de prise électrique 230 volts à proximité pour permettre l'alimentation des batteries, il y aurait lieu, après plusieurs jours, soit de remplacer les batteries des remorques, soit de remplacer les remorques, ce qui impliquerait des manipulations plus compliquées et plus lourdes, ainsi qu'une logistique plus importante (stockage, transport et manutention des batteries ou remorques);

Que, si certains fournisseurs de remorques proposent l'ajout de panneaux solaires pour recharger les batteries, la SOFICO n'a pas souhaité autoriser un tel système dès lors que, d'une part, l'ensoleillement moyen constaté en Belgique ne permet de prolonger la durée de fonctionnement des panneaux d'affichage que de quelques jours et, d'autre part, lorsque les batteries sont déchargées, le panneau d'affichage de la remorque ne pourra être opérationnel qu'en fonction de l'ensoleillement;

Que constituent dès lors des exigences minimales et essentielles les prescriptions techniques reprises sous le point «2.2.3 - Alimentation» du point «III.3 - Prescriptions techniques» du cahier spécial des charges qui imposent que les remorques proposées soient pourvues d'un groupe électrogène permettant la recharge régulière des batteries qui alimentent en électricité le dispositif de signalisation;

Considérant, par ailleurs, qu'en ne proposant pas un système d'alimentation en énergie des remorques au moyen de batteries rechargées par un groupe électrogène, l'offre de WORKFLOW déroge aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges, ce qui lui donnerait un avantage discriminatoire par rapport aux autres soumissionnaires si le système d'alimentation proposé devait être accepté par la SOFICO;

Qu'en outre, le non-respect de cette prescription technique relative au système d'alimentation des remorques empêche l'évaluation et la comparabilité des offres; qu'en effet, le groupe électrogène entre en compte pour l'évaluation des offres au regard du critère d'attribution n° l «Valeur technique du matériel proposé»; que, parmi les éléments d'évaluation dudit critère d'attribution, figure l'«Autonomie de l'ensemble» qui doit notamment reposer sur l'évaluation du «type de groupe, consommation moyenne, caractéristique techniques»; qu'en l'absence de groupe électrogène dans le matériel proposé par WORKFLOW, il est impossible de procéder à l'évaluation de cette offre et de la comparer à celles des autres soumissionnaires;

Que le Conseil d'État considère, à cet égard, que «si toute irrégularité relative à ces prescriptions techniques ne constitue pas nécessairement une irrégularité substantielle, tel est le cas, notamment, lorsque cette irrégularité a pour effet d'affecter la comparabilité des offres» (C. E., arrêt n° 233.953 du 26 février 2016, SA STAGO BNL);

Considérant qu'au vu de ce qui précède, le système d'alimentation en énergie prévu par le cahier spécial des charges constitue, tout d'abord, une exigence minimale et essentielle qui permet d'augmenter l'autonomie du dispositif de signalisation tout en limitant les manipulations et, par conséquent, l'exposition du personnel aux dangers de la circulation, ainsi qu'en simplifiant la logistique;

Qu'en outre et en tout état de cause, le non-respect de cette exigence, d'une part, donne un avantage discriminatoire à WORKFLOW en ce que celle-ci a proposé un système d'alimentation en énergie différent de celui exigé par la SOFICO et auquel les autres soumissionnaires ont été contraints de se conformer et, d'autre part, empêche l'évaluation et la comparabilité des offres au regard du critère d'attribution n° l «Valeur technique du matériel proposé» dès lors que WORKFLOW a proposé un système d'alimentation en énergie différent de celui imposé par le cahier spécial des charges qui ne permet pas l'évaluation de son offre au regard de l'ensemble des éléments d'évaluation prévus dans le cadre dudit critère d'attribution;

Considérant qu'en conséquence, l'offre de WORKFLOW est affectée d'une irrégularité substantielle au sens de l'article 76, § 1er, de l'A.R du 18 avril 2017 de sorte que, conformément à cette disposition, elle doit être déclarée nulle".

IV. Intervention

Par une requête introduite le 7 octobre 2019, la société anonyme YVAN PAQUE demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 5 et 53, §§ 2 et 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination consacré par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 précitée et du principe de concurrence consacré par l'article 5 de la loi du 17 juin 2016 précitée. Elle résume ce moyen comme suit :

" En ce que: l'acte attaqué est illégal car il porte sur l'attribution d'un marché qui prescrit, aux termes de son cahier spécial des charges, le respect de spécifications techniques faisant injustement obstacle à la concurrence dès lors que:

- ces spécifications techniques sont définies par rapport à une solution technique permettant d'atteindre un résultat et non par ce résultat lui-même;
- elles sont définies par rapport au procédé particulier qui caractérise les services fournis par l'adjudicataire ayant remporté et exécuté le précédent marché;
- elles imposent le respect de normes obsolètes en matière de panneaux d'affichage.

Alors que: les dispositions visées au moyen interdisent les spécifications techniques qui ont pour effet d'entraver la concurrence et de porter atteinte à l'égalité de traitement des soumissionnaires".

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 53 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose ce qui suit :

" § 1er. Le pouvoir adjudicateur inclut dans les documents du marché les spécifications techniques, qui définissent les caractéristiques requises des travaux, des fournitures ou des services.

Ces caractéristiques peuvent se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou d'exécution des travaux, des fournitures ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs.

Les spécifications techniques peuvent préciser si le transfert des droits de propriété intellectuelle sera exigé.

Pour tous les marchés publics destinés à être utilisés par des personnes physiques, qu'il s'agisse du grand public ou du personnel du pouvoir adjudicateur, les spécifications techniques sont élaborées, sauf dans des cas dûment justifiés, de façon à tenir compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou de la notion de conception pour tous les utilisateurs.

Lorsque des exigences d'accessibilité contraignantes ont été arrêtées par un acte juridique de l'Union européenne, les spécifications techniques sont définies par référence à ces normes en ce qui concerne les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou la notion de conception pour tous les utilisateurs.

§ 2. Les spécifications techniques donnent aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation et ne peuvent avoir pour effet que des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence soient soulevés.

§ 3. Sans préjudice des règles techniques nationales obligatoires, dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit de l'Union européenne, les spécifications techniques sont formulées de l'une des façons suivantes :

1° soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, en ce compris des caractéristiques environnementales, à condition qu'elles soient suffisamment précises pour permettre aux soumissionnaires de déterminer l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché;

2° soit par référence à des spécifications techniques et par ordre de préférence, aux normes nationales transposant des normes européennes, aux évaluations techniques européennes, aux spécifications techniques communes, aux normes internationales, aux autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation, ou, en leur absence, aux normes nationales, aux agréments techniques nationaux ou aux spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et d'utilisation des fournitures. Chaque référence est accompagnée de la mention « ou équivalent »;

3° soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles visées au 1° se référant aux spécifications visées au 2° comme un moyen de présomption de conformité à ces performances ou exigences fonctionnelles;

4° soit par référence aux spécifications visées au 2° pour certaines caractéristiques et aux performances ou aux exigences fonctionnelles visées au 1° pour d'autres caractéristiques.

§ 4. Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits.

Cette mention ou référence n'est autorisée, à titre exceptionnel, que :

1° lorsqu'il ne serait pas possible de fournir une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché en application du paragraphe 3;

2° lorsqu'elle est justifiée par l'objet du marché.

Dans le cas visé à l'alinéa 2, 1°, la mention ou référence doit être accompagnée des

termes « ou équivalent ».

En cas de non-respect par le pouvoir adjudicateur des obligations visées au présent paragraphe, le soumissionnaire peut présenter un produit ou un service équivalent.

§ 5. Lorsque le pouvoir adjudicateur fait usage de la possibilité, prévue au paragraphe 3, 1°, de formuler des spécifications techniques en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, il ne rejette pas une offre de travaux, fournitures ou services conformes à une norme nationale transposant une norme européenne, à un agrément technique européen, à une spécification technique commune, à une norme internationale ou à un référentiel technique élaboré par un organisme européen de normalisation, si ces spécifications correspondent aux performances ou aux exigences fonctionnelles qu'il a fixées.

Dans son offre, le soumissionnaire prouve, par tout moyen approprié, y compris ceux visés à l'article 55, que les travaux, fournitures ou services, conformes à la norme, répondent aux conditions de performance ou aux exigences fonctionnelles imposées par le pouvoir adjudicateur.

§ 6. Lorsque le pouvoir adjudicateur fait usage de la possibilité de se référer aux spécifications techniques visées au paragraphe 3, 2°, il ne rejette pas une offre au motif que les travaux, fournitures ou services offerts ne sont pas conformes aux spécifications techniques auxquelles il a fait référence dès lors que le soumissionnaire prouve dans son offre, par tout moyen approprié, y compris les moyens de preuve visés à l'article 55, que les solutions proposées satisfont de manière équivalente aux exigences définies par les spécifications techniques.

§ 7. Si les travaux, fournitures ou services sont définis à la fois par des plans, modèles et échantillons, les plans déterminent, sauf disposition contraire dans les documents du marché, la forme du produit, ses dimensions et la nature de la matière dont il est constitué. Les modèles ne sont considérés que pour le contrôle de la finition et les échantillons pour la qualité".

L'article III.2.2.3. des clauses techniques du cahier spécial des charges précise ce qui suit :

" 2.2.3 -Alimentation en énergie

- Le panneau d'affichage ainsi que l'équipement de commande et de télécommunication seront alimentés par des batteries. Ces batteries assureront une autonomie d'affichage de 24h minimum. La remorque sera équipée d'un groupe électrogène diesel et d'un chargeur de batteries 230Volt. Ceux-ci rechargeront régulièrement les batteries du panneau d'affichage.
- Les batteries alimentant le panneau d'affichage seront placées dans un compartiment spécifique fermé à clé. Ce compartiment disposera de petites grilles de ventilation, basse et haute, afin d'éviter l'accumulation des gaz (hydrogène) dans le caisson. La fixation des batteries à la remorque sera telle que le démontage sera le plus long et le plus compliqué possible afin de décourager les voleurs. L'ouverture du coffre sera surveillée par un système antivol, voir ci-dessous.
- Les différents coffres de protection ainsi que les serrures de fermeture seront étanches à l'eau (à la pluie) et protégeront les équipements mécaniques, électriques et électroniques. Ces équipements seront également protégés d'écoulement d'eau indirecte lors de l'ouverture de compartiment après une averse par exempte.
- Le groupe électrogène disposera de sa propre batterie réservée au démarrage Le réservoir à carburant du groupe électrogène assurera une autonomie de 7 jours (168 heures) avant d'entamer la «réserve» et nécessiter l'appoint en carburant.
- Afin de réduire la sollicitation du moteur, un système séquentiel de démarrage

automatique du moteur sera prévu. Son principe est de surveiller l'état de décharge des batteries de l'afficheur et de mettre en route automatiquement le moteur pour recharger ces batteries.

- Lors du fonctionnement du groupe, la batterie de démarrage du groupe ainsi que la batterie backup de l'alarme seront également rechargée. Un «pont diodes» assurera la recharge des différentes batteries sans que la décharge de l'une d'entre elles n'entraine la décharge des autres.
- Les composants du groupe électrogène sur lesquels une intervention est nécessaire lors de l'entretient seront plus facilement accessible.
- Le caisson contenant le groupe électrogène disposera d'une isolation acoustique efficace afin de réduire au maximum les nuisances sonores lors du fonctionnement du moteur. Une attention toute particulière sera portée sur ce point.
- Pendant la charge des batteries du panneau, l'alternateur fournit l'énergie permettant le fonctionnement du panneau d'affichage, tout en rechargeant les batteries et ce, sans rupture de fonctionnement.
- La puissance du moteur sera adaptée à ce type de fonctionnement; il sera accouplé à un alternateur de voltage correspondant aux batteries.
- Le système sera équipé d'un coupe-circuit.
- La remorque sera équipée d'un bouton d'arrêt d'urgence type «coup-de-poing». Une fois le bouton d'arrêt d'urgence mis en alarme, le système ne pourra être remis en service qu'après que le bouton d'arrêt d'urgence soit remis en position «repos» par une action explicite de l'utilisateur.
- Les organes d'allumage de la remorque, de levé et descente du panneau ainsi que le bouton d'arrêt d'urgence type «coup-de-poing» seront facilement accessibles, idéalement depuis un petit compartiment dédicacé à cet usage quotidien.
- Seule la détection de problèmes critiques pourra bloquer ou arrêter le fonctionnement du groupe électrogène.
- Un chargeur de batteries 230V sera aussi intégré et permettra de recharger puis de maintenir la charge des batteries du panneau d'affichage, de la batterie de démarrage du groupe et de la batterie back-up de l'alarme. Comme pour le groupe électrogène, un «pont diodes» assurera la recharge des différentes batteries sans que la décharge de l'une d'entre elles n'entraine la décharge des autres.
- Ce chargeur pourra être utilisé soit lorsque la remorque sera en attente au dépôt soit lorsque la remorque sera placée pour affichage à un endroit ou une source de 230 volt est disponible. Cette source 230V pourrait être constante (venant d'un tableau électrique) ou régulière mais non permanente sur la journée (en parallèle sur l'alimentation de l'éclairage public). Dans ce cas, le panneau d'affichage est alimenté par batteries, le jour, et ces batteries sont rechargées par l'alimentation électrique de l'éclairage, la nuit. Le type de chargeur utilisé devra tenir compte de ce type d'usage et y être compatible. En particulier, un chargeur à courant constant sera préféré à un chargeur à courant pulsé.
- Une rallonge électrique de 20 mètres minimum alimentera le chargeur de batteries. Cette rallonge sera montée sur un enrouleur automatique. L'enrouleur sera intégré au coffre technique mais la prise électrique mâle 230 volt sera accessible depuis l'extérieur du coffret.

Conditionnement et spécificités du Matériel :

- L'alimentation en 12 volts du matériel électronique sera protégée par un filtre spécifique (ferrite/capacité) limitant les variations de tension que pourrait générer l'alternateur lors de la recharge des batteries et qui pourraient endommager des composants électroniques fragiles comme le modem ou la carte SIM.
- Tout le matériel électronique sensible doit être fixé sur silentblocs pour amortir les vibrations générées par le groupe électrogène et par le déplacement de la remorque sur la route lors du remorquage.
- En particulier, les connecteurs électriques seront conforme avec la norme

EN 61-373 et qui concerne la résistance aux vibrations des connecteurs électriques pour le ferroviaire.

- Si des cosses sont serties aux câbles, elles le seront à deux endroits, un premier sur le cuivre pour assurer le contact électrique, un second sur la gaine isolante pour maintenir la cosse au câble sans sollicitation mécanique de la partie cuivre.
- Les remorques seront équipées d'un double système chargé de limiter les tentatives de vol de batteries, un spot lumineux et un système d'alarme. Un spot à LED sera couplé à un détecteur de présence orienté vers les coffrets à batteries. Dès qu'une personne s'approchera du coffre à batteries, le spot s'allumera.
- Un système d'alarme et une sirène extérieure seront également installés. L'alarme se déclenchera si le coffre à batteries est ouvert sans avoir préalablement désactivé le système d'alarme. La désactivation pourra se faire avec un clavier à code ou avec une clé. Ce système d'alarme sera alimenté par une petite batterie spécifique. L'allumage du spot lumineux seul, ne déclenchera pas d'alarme".

La requérante reproche à la partie adverse d'avoir ainsi imposé que les "remorques soient équipées d'un groupe électrogène diesel et d'un chargeur de batteries 230 Volt. Ce groupe électrogène doit en outre disposer de sa propre batterie réservée au démarrage. Ce procédé est imposé afin de permettre d'assurer une autonomie de 7 jours et plus précisément de 168 heures".

La requérante n'invoque, toutefois, que la violation des paragraphes 2 et 4 de l'article 53 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Le premier moyen ne soulève, plus particulièrement et ainsi que le relève l'intervenante, aucune violation de l'article 53, § 3, de cette loi, disposition qui prévoit que les spécifications techniques peuvent être formulées en termes de performances et/ou d'exigences fonctionnelles. La requérante ne soutient, par ailleurs, pas que les spécifications techniques litigieuses ne pourraient être considérées comme des exigences fonctionnelles liées à l'objet du marché.

L'interdiction formulée au paragraphe 4 de l'article 53 de la loi du 17 juin 2016 précitée diffère de celle qui était précédemment édictée par l'article 8, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. En effet, si cette disposition interdisait au pouvoir adjudicateur, sauf cas exceptionnel, de "faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits", l'article 53, § 4, de la loi du 17 juin 2016 précitée ne vise plus d'une manière aussi générale un "procédé particulier", mais prohibe, sauf cas exceptionnel, la mention d'un procédé particulier "qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique". Cette précision est une reproduction de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

En l'espèce, la requérante n'établit pas que les spécifications techniques litigieuses feraient mention d'un procédé particulier qui caractériserait les produits fournis par un opérateur économique spécifique, soit la société anonyme YVAN PAQUE.

La critique de la requérante selon laquelle la partie adverse aurait déterminé les conditions techniques du marché en se fondant sur les produits offerts par la SA YVAN PAQUE dans le cadre du précédent marché est une simple allégation non autrement étayée et ce d'autant plus, d'une part, que le précédent marché prévoyait bien également la nécessité d'un groupe électrogène (qualifié alors d'ensemble moteur-alternateur) et que, d'autre part, le matériel fourni lors du précédent marché est différent de celui proposé en l'espèce.

La partie adverse observe, par ailleurs, que, dans le cadre du précédent marché, les soumissionnaires avaient pu adapter leur matériel afin de proposer des remorques équipées d'un tel groupe électrogène, possibilité d'adaptation que la requérante ne conteste pas. L'intervenante relève également que, dans le cadre du présent marché, "l'intégration d'un groupe électrogène sur des remorques de signalisation mobiles ne recèle pas une difficulté particulière", ce que la requérante ne conteste pas davantage.

L'examen des offres révèle, en outre, qu'en l'espèce, au moins deux opérateurs économiques ont proposé un matériel conforme aux spécifications techniques litigieuses.

Au regard de ces éléments, la requérante n'établit pas que les spécifications techniques litigieuses seraient contraires à l'article 53, §§ 2 et 4 de la loi du 17 juin 2016 précitée ainsi qu'aux principes de concurrence et d'égalité de traitement des soumissionnaires consacrés par les articles 4 et 5 de cette même loi.

Enfin, la requérante expose que les spécifications techniques relatives aux prescriptions imposent la conformité des offres au regard de normes obsolètes ce qui "constitue également un obstacle injustifié à la concurrence dès lors qu'elle prive les soumissionnaires en mesure de proposer du matériel conforme à la norme en vigueur d'accéder au marché". S'il est exact que les clauses techniques se réfèrent au projet de norme EN12966 et non à la norme EN12966, le cahier spécial des charges précise que sont applicables "Les normes belges transposant des normes européennes, des agréments techniques européens, des spécifications techniques communes ou, à leur défaut, des autres normes en usage dans l'Union européenne, sauf dérogation dûment justifiée dans les documents du marché. En l'absence de telles spécifications

techniques et normes, les spécifications sont explicitées dans les documents du marché". Il n'apparaît pas *prima facie* qu'en se référant au projet de norme EN12966, le pouvoir adjudicateur ait entendu déroger à l'application de la norme EN12966. Il s'agit là d'avantage d'une maladresse dans la rédaction de ce passage du cahier spécial des charges qu'une volonté de rendre applicable un projet de norme. Au regard du descriptif de la législation et des documents contractuels applicables contenu dans les conditions générales énoncées dans le cahier spécial des charges, il est donc permis de considérer que c'est bien la norme EN 12966 qui est applicable au présent marché. En tout état de cause, l'offre de la requérante n'a pas été jugée irrégulière en raison d'une non-conformité aux normes litigieuses et la requérante ne soutient pas qu'elle aurait été personnellement privée pour cette raison d'un accès au marché. Le matériel proposé dans l'offre de la société anonyme YVAN PAQUE respecte, par ailleurs, la norme EN12966 invoquée par la requérante comme étant la norme actuellement en vigueur.

Le premier moyen n'est, dès lors, pas sérieux.

VI. Second moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un second moyen de la violation des articles 81 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, des principes de bonne administration et du devoir de minutie, du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination, des articles 10 et 11 de la Constitution et de l'article 4, § 1er, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Elle résume ce moyen comme suit :

" En ce que: l'acte attaqué est illégal dès lors qu'il déclare irrégulière l'offre de la requérante aux motifs suivants:

- la prescription technique «2.2.3 - Alimentation» du cahier spécial des charges constituerait une exigence minimale et essentielle du marché à laquelle n'aurait pu déroger la requérante dans son offre;
- selon la SOFICO, reconnaître à la requérante la possibilité de déroger à cette prescription technique aurait pour effet de lui reconnaître un avantage discriminatoire par rapport aux autre soumissionnaires;
- en dérogeant à la prescription technique «2.2.3 - Alimentation», la SPRL WORKFLOW DESING BEYERS GROUP aurait rendu son offre incomparable à celle des autres soumissionnaires au regard du critère d'attribution n° 1 «Valeur technique du matériel proposé».

Alors que: les dispositions visées au moyen ne permettent pas au pouvoir adjudicateur d'écarter une offre en raison d'une irrégularité qui ne serait pas substantielle.

En l'espèce, la prescription technique litigieuse ne constituait pas une exigence minimale ou une prescription essentielle du marché. La requérante pouvait donc valablement y déroger et ce, sans que cela emporte un avantage discriminatoire dans son chef ou que cela empêche la comparaison de son offre à celles des autres soumissionnaires.

La SOFICO ne pouvait déclarer son offre irrégulière sur cette base. Partant, l'acte attaqué viole l'ensemble des dispositions visées au moyen".

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Il ressort de l'examen du premier moyen que la requérante n'a pas valablement contesté l'exigence d'un groupe électrogène au titre de spécification technique. L'absence d'un tel groupe dans son offre constitue, dès lors, bien une irrégularité.

L'article 76, § 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose ce qui suit :

" § 1er. 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, § 1er, 44, 48, § 2, alinéa 1er, 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".

Il ressort de cette disposition qu'est substantielle notamment l'irrégularité qui est de nature à empêcher la comparaison de l'offre d'un soumissionnaire aux autres offres.

En l'espèce, la partie adverse a porté l'appréciation suivante :

" Qu'en outre, le non-respect de cette prescription technique relative au système d'alimentation des remorques empêche l'évaluation et la comparabilité des offres; qu'en effet, le groupe électrogène entre en compte pour l'évaluation des offres au regard du critère d'attribution n° 1 «Valeur technique du matériel proposé»; que, parmi les éléments d'évaluation dudit critère d'attribution, figure l'«Autonomie de

l'ensemble» qui doit notamment entraîner l'évaluation du «type de groupe, consommation moyenne, caractéristique techniques»; qu'en l'absence de groupe électrogène dans le matériel proposé par WORKFLOW, il est impossible de procéder à l'évaluation de cette offre et de la comparer à celles des autres soumissionnaires".

Le premier critère d'attribution "valeur technique du matériel proposé" prévoit, en effet, un troisième sous-critère consacré à l'autonomie de l'ensemble et invitant le pouvoir adjudicateur à comparer les offres au regard notamment du type de groupe, de la consommation moyenne et des caractéristiques du groupe. Ce sous-critère est, par ailleurs, rédigé de manière claire et précise et ne viole donc pas l'article 81, § 3, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 précitée.

Si la requérante expose que des solutions alternatives au groupe électrogène existent et que ces solutions alternatives sont comparables, elle n'expose pas concrètement - autrement que par une affirmation péremptoire non autrement étayée - comment une telle comparaison serait possible pour un sous-critère se référant expressément à un groupe électrogène. En tout état de cause, la partie adverse n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que l'absence d'un groupe électrogène dans l'offre de la requérante rendait impossible sa comparaison avec les autres offres pour ce sous-critère. Ce motif exprimé dans l'acte attaqué suffit, par ailleurs, à établir que l'offre de la requérante est entachée d'une irrégularité substantielle de telle sorte qu'il n'y a pas lieu d'avoir égard aux autres éléments avancés dans l'acte attaqué pour qualifier de substantielle l'irrégularité due à l'absence d'un groupe électrogène.

Enfin, la requérante n'expose pas concrètement en quoi la partie adverse, en déclarant nulle une offre entachée d'une irrégularité substantielle, aurait violé le principe de bonne administration, le devoir de minutie, le principe *patere legem quam ipse fecisti* et le principe d'égalité entre les soumissionnaires visé à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 précitée.

Le second moyen n'est, dès lors, pas sérieux.

VII. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

VIII. Confidentialité

La requérante demande le maintien de la confidentialité de son offre. Il s'agit des pièces 8 et 15 de son dossier. Ces pièces correspondent à la pièce A de la

partie confidentielle du dossier administratif.

La partie adverse demande la confidentialité pour les pièces A à D de la partie confidentielle du dossier administratif. Elle précise que les offres des différents soumissionnaires sont confidentielles de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises.

L'intervenante demande le maintien de la confidentialité de son offre. Il s'agit de la pièce 3 de son dossier. Cette pièce correspond à la pièce B de la partie confidentielle du dossier administratif.

Dès lors que la divulgation des pièces sur lesquelles ces demandes de maintien de confidentialité portent n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société anonyme YVAN PAQUE est accueillie dans la présente procédure.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces A à D de la partie confidentielle du dossier administratif ainsi que les pièces 8 et 15 du dossier déposé par la requérante et la pièce 3 du dossier déposé par l'intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 6.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre siégeant en référé, le quinze octobre deux mille dix-neuf par :

Nathalie VAN LAER	conseiller d'État, président f.f.,
Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Katty LAUVAU Nathalie VAN LAER