

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 247.720 du 5 juin 2020

A. 230.211/VI-21.713

En cause : **la société anonyme SCHREDER BE,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Dounia BENBELLA et
Annelies VERLINDEN, avocats,
avenue Louise 106
1050 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
ORES ASSETS,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Anne FEYT et Florian DUFOUR, avocats,
rue de la source 68
1060 Bruxelles.

Parties intervenantes :

1. la société de droit néerlandais LIGHTWELL,
ayant élu domicile chez
M^{es} Kris LEMMENS et
Mathieu THOMAS, avocats
rue de la Régence 58/ 8,
1000 Bruxelles,

2. la société anonyme SIGNIFY BELGIUM,
ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT, Nicolas
CARIAT et Julia SIMBA, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles,

3. la société de droit polonais LUG LIGHT FACTORY,
ayant élu domicile chez
M^e Yohann RIMOKH, avocat,
rue Arthur Diderich 45
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 février 2020, la société anonyme Schreder BE demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de

l'exécution de « la décision prise par la partie adverse en date du 23 janvier 2020 de ne pas lui attribuer le lot 1 du marché public de fournitures de luminaires LED d'éclairage public et d'attribuer ce même lot aux sociétés Signify S.A., Lightwell B.V., Lug Light Factory Sp. Z o. o. ».

Par une requête introduite le 30 mars 2020, la société anonyme SCHREDER BE demande l'annulation de la décision précitée.

II. Procédure

Par une ordonnance du 18 février 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 19 mars 2020.

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

Par une requête introduite le 12 mars 2020, la société de droit néerlandais Lightwell demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Par une requête introduite le 17 mars 2020, la société anonyme Signify Belgium demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Des courriers du 17 mars 2020, notifiés aux parties, ont remis l'affaire *sine die*.

Il est fait application de l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite et des arrêtés royaux des 4 et 18 mai 2020 prorogeant certaines mesures prises par l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite.

Une ordonnance du 24 avril 2020 a fixé les règles procédurales applicables à l'examen du présent recours.

Par une requête introduite le 30 avril 2020, la société de droit polonais Lug Light Factory demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 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.

Les parties ont déposé des notes complémentaires.

La partie requérante a communiqué ses dernières observations. Les autres parties ont confirmé qu'elles n'avaient plus d'observations à formuler.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a émis un avis écrit, conforme au présent arrêt.

À la suite de la communication de cet avis aux parties, les débats ont été clos et l'affaire a été prise en délibéré.

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

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme suit :

« 1. Par un avis de marché publié au Bulletin des Adjudications du 16 juillet 2019 [...] et au Journal officiel de l'Union européenne du 12 juillet 2019 [...], un marché de services de fournitures de luminaires LED d'éclairage public est mis en concurrence.

Le marché est passé par procédure ouverte, pour une durée de 2 ans. Une reconduction d'une année est possible sur décision du pouvoir adjudicateur.

Il est divisé en deux lots :

Numéro de lot	Description	Valeur estimée du lot (pour 3 ans)	Quantités estimées (pour 3 ans)
Lot n° 1	Luminaires routiers rectangulaires	20 500 00 euros	102 500
Lot n° 2	Luminaires pour passage piéton	600 00 euros	1000

2. Le cahier des charges du marché prévoit un critère de sélection qualitative unique à caractère technique/professionnel [...].

Les candidats soumissionnaires doivent fournir, par lot :

- " Une liste des principales fournitures similaires livrées au cours des trois dernières années au maximum en y indiquant le montant HTVA du contrat, la date, la référence du contrat, le nom du client (et s'il est public ou privé). Cette liste doit comprendre au minimum 1 contrat portant sur une livraison de produits similaires à ceux du/des lot(s) soumissionné" ;
- " La liste ci-dessus doit être accompagnée d'une attestation de bonne exécution d'un des contrats susmentionnés, démontrant l'entière satisfaction au sujet des luminaires qui ont été fournis chez ce client. Cette attestation de bonne exécution peut également provenir de chez ORES".

3. Le critère d'attribution du marché est basé sur une moyenne des coûts totaux pour chaque situation type de voirie calculée par luminaire suivant la formule suivante :

$$M_i = \frac{c_1 \cdot t_1 + c_2 \cdot t_2 + \dots + c_n \cdot t_n}{c_1 + c_2 + \dots + c_n}$$

Où :

- pour le luminaire i (i = 1 ou 2)
 - o M_i est la moyenne pondérée des coûts totaux pour chaque situation type de voirie ;
- C_1^n est un coefficient multiplicateur qui tient compte de la proportion des situations rencontrées sur le réseau (valeurs arbitraires fixées par ORES)² ;
- t_1^n est le coût total d'exploitation (TCO) d'un luminaire (prix d'achat + coût de l'énergie consommée sur une période de 15 ans, à hauteur de 4,200 h par an) ;
- n est le nombre de voiries type.

Chaque soumissionnaire peut proposer deux modèles de luminaire par lot.

Le classement des offres se fait de la façon suivante :

" Pour chaque lot, un score global à 2 décimales est calculé et sert d'échelle de classement pour l'attribution des lots. Le score global du lot est la moyenne arithmétique du score pour le luminaire 1 et du score obtenu pour le luminaire 2".

$$\text{Score global du lot} = \frac{\text{score du luminaire 1} + \text{score du luminaire 2}}{2}$$

Si le soumissionnaire remet une offre pour un seul luminaire, le score de ce seul luminaire est pris en compte dans l'attribution du lot.

L'attribution se fait selon les règles déterminées au point III.10.3 du cahier des charges.

4. Le critère d'attribution a été construit de manière à représenter une version simplifiée du coût total de l'achat d'un luminaire (*Total Cost of Ownership* = TCO), et ce sur une période de 15 ans. De cette manière, la partie adverse a souhaité :

- avoir un aperçu des coûts que cela représenterait pour les clients communaux ;
- pouvoir comparer les soumissionnaires non sur le prix uniquement mais également sur un aspect performances techniques ;
- attribuer les lots rapidement à l'aide d'un score unique.

Le score (en euro) est calculé automatiquement sur la base des informations remplies par les soumissionnaires dans le fichier « Tableau de prix » expliqué ci-dessous.

Extrait du cahier des charges WFLUMLEDWA22, §III.8.3

Tableau de prix

Le soumissionnaire rend le(s) fichier(s) "WFLUMLEDWA22_Tableau de prix.xlsx" complété(s) qui se trouve(nt) annexé(s) dans le paragraphe "Tableau de prix" du formulaire de soumission. Le soumissionnaire rend un fichier par luminaire proposé. Est entendu par luminaire une famille de luminaires du même modèle mais avec des tailles potentiellement différentes.

Le soumissionnaire indique le prix (par base unit), le délai de livraison (uniquement si inférieur à celui demandé dans le Cahier Spécial des Charges), le fabricant, le pays de fabrication et les différents éléments techniques demandés.

Les prix indiqués sont hors TVA et sont valables pour toute la durée du contrat.

Les soumissionnaires devaient compléter le tableau de prix sur la base des études photométriques (logiciel Dialux) qui prouvaient qu'ils respectaient les conditions d'éclairage optimales requises par la réglementation en vigueur.

Situations	Voye	CCT	N° de bande	Trottoir	Parking	Largeur d'éclairage	Largeur de voie	Coefficient	Modèle	N° LED	Current d'alimentation (LED)	Puissance	Flux lumineux sortant (lm)	Optique	Prix unitaire HTVA	Délai de livraison	Coefficient de pondération	Coût énergétique	Coût total
		[K]				[m]	[m]				[mA]	[W]	[lm]		[€]	[jours cal]	[article/palettes]	[€]	[€]
1	M6	4000	1	0	0	3,5	3,5	5										€	-
2	M6	3000	1	0	0	3,5	3,5	10										€	-
3	M5	3000	1	0	0	3,5	3,5	10										€	-
4	M5	3000	2	0	0	7	7	15										€	-
5	M5	3000	2	2	0	7	9	15										€	-
6	M4	3000	2	0	0	7	7	6										€	-
7	M4	4000	2	0	0	7	7	4										€	-
8	M4	3000	2	2	0	7	10	5										€	-
9	M4	3000	2	2	1	7	12,8	5										€	-
10	M3	3000	2	2	1	7	15,3	4										€	-
11	M3	4000	2	0	0	7	7	2										€	-
12	M3	3000	2	2	2	7	17,6	2										€	-
13	M3	3000	2	2	0	7	13	2										€	-
14	M3	4000	2	0	0	10,5	10,5	5										€	-

Capture d'écran - Tableau de prix : données à compléter.

De manière plus simple, le calcul du score est effectué de la manière suivante :

Le coût énergétique (par situation) est calculé en tenant compte de la puissance [W] du luminaire multipliée par les données reprises dans les hypothèses (voy. ci-dessous) ;

Le coût total (par situation) est calculé en additionnant le prix d'achat et le coût énergétique ;

Le score global est calculé ensuite en effectuant la moyenne pondérée des coûts totaux avec les coefficients.

Hypothèses et impositions	
Largeur de trottoir (M3)	3 m
Largeur de trottoir (M4)	1,5 m
Largeur de trottoir (M5)	1 m
Bande de circulation	3,5 m
Bande parking	2,3 m
Interdistance	40 m
Hauteur de feu	8 m
Luminaire au fil de l'eau	-
Heures de fonctionnement	4200 h
Années	15 ans
Prix énergie	0,161 €/kWh
Luminaire incliné à 5° par rapport à l'horizontale	
Disposition des poteaux	Unilatérale

Capture d'écran - Tableau de prix : hypothèses et impositions.

Une fois les tableaux de prix complétés, il a suffi à la partie adverse de comparer les différents scores obtenus par les soumissionnaires, conformément au §III.10.3

du cahier des charges. Le classement a été réalisé sur la base des scores des différents soumissionnaires classés en ordre croissant (le plus bas étant le plus intéressant).

5. Le 23 janvier 2020, le pouvoir adjudicateur procède à l'analyse des offres [...] et établit une fiche d'attribution [...].

Sur la base des règles d'attribution précitées, et pour ce qui concerne le lot n°1, le pouvoir adjudicateur établit le tableau suivant :

	Nom du soumissionnaire	Score global
1	SIGNIFY S.A.	445,61
2	LIGHTWELL B.V.	499,58
3	LUG LIGHT FACTORY SP. Z O. O. (SRL)	547,52
4	SCHREDER S.A.	572,62
5	RAGNI S.A.S	607,68
6	ECLATEC S.A.S	677,40

6. Le 23 janvier 2020, le pouvoir adjudicateur attribue le lot n°1 comme suit :

	Fournisseurs	Montant EUR (HTVA) pour la durée du marché (2 + 1 ans)	%
1	SIGNIFY S.A.	7.204.682,98 euros	50
2	LIGHTWELL B.V.	4.909.924,25 euros	35
3	LUG LIGHT FACTORY SP. Z O. O. (SRL)	1.822.872,70 euros	15
	Valeur du lot 1	13.937.479,93 euros	

La requérante se positionnant en 4^{ème} position. Aucune partie du lot 1 ne lui est attribuée dès lors que seuls les trois premiers soumissionnaires se voient attribuer une partie du marché.

Par un courrier recommandé du 30 janvier 2020, la partie adverse écrit à la requérante pour l'informer de sa décision :

" après analyse approfondie de votre offre et sur base des critères d'attribution approuvés par l'entité adjudicatrice et bien connus de votre part puisque figurant dans le cahier des charges en votre possession, le score global remis pour le lot 1 vous classe en 4^{ème} position. Ce lot a été attribué aux trois soumissionnaires présentant le meilleur score global conformément aux règles d'attribution".

Il s'agit de l'acte attaqué ».

IV. Interventions

Par des requêtes respectivement introduites les 12 mars, 17 mars et 24 avril 2020, la société de droit néerlandais Lightwell, la société anonyme Signify Belgium et la société de droit polonais Lug Light Factory demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaires de l'acte attaqué, elles ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

Il y a lieu, en conséquence, d'accueillir ces requêtes.

V. Recevabilité de la demande

V.1. Thèses des parties

A. Note complémentaire de la société Lug Light Factory

Dans sa note complémentaire, la troisième intervenante conteste la recevabilité de la demande de suspension, sur la base d'une argumentation qu'elle expose comme suit :

« 3. Dans sa Note complémentaire (page 5), la partie requérante précise :

" Pour autant que de besoin, la partie requérante entend clarifier que sa requête en suspension d'extrême urgence est dirigée contre la décision de la partie adverse, en ce qu'elle attribue le lot n°1 aux sociétés Signify, Lightwell et Lug Light Factory."

Cette assertion, qui ne figurait pas dans la Requête en suspension, achève de démontrer son défaut d'intérêt, c'est-à-dire son irrecevabilité.

En effet, par cette assertion la partie requérante tente (en vain) de circonscrire l'objet de son recours à l'acte attaqué, c'est-à-dire la décision concernant le lot n°1. Pour le dire autrement, elle tente d'isoler de l'acte attaqué, la décision d'attribution du lot n°2 – cette distinction ou cette tentative de circonscrire l'objet du recours est parfaitement artificielle et intenable en l'espèce.

Et pour le dire d'un autre point de vue – qui selon nous est déterminant – l'insertion de ce nouveau paragraphe confirme que les moyens invoqués par la partie requérante sont purement et simplement théoriques et dépourvus de tout effet utile. Cette dernière voudrait que le Conseil d'État accueille favorablement ses griefs s'agissant de suspendre l'acte attaqué, tout en mettant à l'abri la décision d'attribution prise pour le lot n°2. Les critiques de la partie requérantes touchent pourtant aux critères ayant permis d'aboutir aux deux décisions, l'acte attaqué et la décision d'attribution du lot n°2. Il est impossible que le Conseil d'État suspende l'acte attaqué, sans vicier (irrémédiablement et de facto) la décision d'attribution du lot n°2 ou du moins l'exécution de cette dernière décision ; l'objet du recours de la partie requérante est soit théorique, soit attentatoire aux intérêts de la partie requérante elle-même.

Dans tous les cas, l'intérêt de la partie requérante au recours est inexistant.

4. Il est ensuite rappelé que les dispositions de l'article 15 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, renvoient à celles de l'article 14, lesquelles précisent ce qui suit :

" À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché (...) déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :

- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions ;
- 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché (...) concerné ;
- 3° les documents du marché ou de la concession." [...]

5. Comme le souligne la jurisprudence de votre Conseil rendue en extrême urgence & en matière de marché public :

" L'article 14 précité soumet la recevabilité du recours à deux conditions. D'une part, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché. D'autre part, il faut que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, le requérant."

Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risquant de léser le requérant. Lorsque cette condition est respectée, l'article 14 n'interdit pas que soient soulevés d'autres moyens, qui allèguent une violation n'ayant pas lésé ou ne risquant pas de léser le requérant. Par ailleurs, si l'intérêt au moyen peut notamment résulter d'une lésion causée par l'illégalité dénoncée, il peut également être établi sur la base d'autres éléments d'appréciation. En d'autres termes, dès lors que la requête satisfait aux deux conditions de recevabilité énoncées par l'article 14 de la loi du 17 juin 2013, rien n'impose au Conseil d'État de s'en tenir, pour l'appréciation de l'intérêt au moyen, à la seule vérification de l'existence d'une lésion ou d'un risque de lésion et, le cas échéant, au seul constat d'un défaut de lésion ou de risque de lésion.

La violation alléguée dans le second moyen, qui a trait aux critères de sélection qualitative, n'a pu léser la requérante au sens de l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 dès lors que son offre a été déclarée régulière sur la base de ces critères."

En l'espèce, le premier moyen invoqué concerne le critère de sélection ayant conduit la partie adverse à adopter l'acte attaqué. Le deuxième moyen concerne la motivation de l'acte attaqué. Le troisième moyen est bâti sur des supputations ayant pour objet le critère de sélection ayant conduit la partie adverse à adopter l'acte attaqué.

La partie requérante prétend que son recours n'est dirigé que contre la décision d'attribution du lot n°1 (acte attaqué) ; elle acquiesce à la décision d'attribution du lot n°2. Il se trouve que ces deux décisions ont un objet différent (le lot n°1 pour la première, le lot n°2 pour la seconde), mais qu'elles ont été prises identiquement, selon la même procédure, en application d'un critère de sélection identique. Elles sont en outre motivées identiquement.

Pourtant les violations alléguées touchent identiquement les deux décisions d'attribution, puisque ces deux actes ont été pris en application du même critère de sélection.

La partie requérante ne saurait tenir les propos les plus griefs quant à la décision d'attribution du lot n°1 (acte attaqué) tout en acquiesçant la décision d'attribution du lot n°2. Cette distinction est purement théorique. Il s'agit d'un artifice ayant vocation à donner l'illusion d'un intérêt au recours.

De plus, il serait cohérent de considérer que celui qui, sur un ensemble de deux décisions prises selon un critère identique et selon une motivation identique, acquiesce à l'une d'elle perd son intérêt à poursuivre la suspension de l'autre décision (dès lors que les critères ayant permis l'adoption des deux décisions sont non pas semblables, mais bel et bien identiques).

La requête est dépourvue d'intérêt.

6. Mais il y a tout de même plus.

En effet, la suspension poursuivie doit à tout le moins procurer à la partie requérante un avantage certain et non une satisfaction purement symbolique ou théorique. Aussi, même si l'intérêt au recours doit être entendu de manière plus large en matière de marchés publics, il n'en demeure pas moins que cet intérêt doit *a minima* "être lié à l'avantage que {la suspension} sollicitée lui procurera ; que {la suspension} de l'acte attaqué doit, dans le chef du requérant, avoir un effet utile".

La recherche d'un éventuel effet utile du recours est particulièrement déterminante en l'espèce. Il suffit de comparer deux hypothèses, celle de la suspension de l'acte attaqué à celle du rejet du recours :

- soit le Conseil décide de considérer les moyens soulevés comme fondés (*quod non*) : dans ce cas, non seulement l'exécution de la décision d'attribution du lot n°1 (acte attaqué) est suspendue ; mais l'exécution de la décision d'attribution du lot n°2 est aussi remise en cause par voie de conséquence directe, attendu que ces deux décisions sont identiques dans leur motivation et prises selon un critère de sélection identique. Dans cette hypothèse, la partie requérante perd la partie du lot n°2 qui lui a été attribuée et n'acquiert aucun avantage certain quant à une nouvelle procédure de passation du lot n°1 ;
- soit le Conseil rejette le recours et la partie requérante est déboutée tout en conservant la partie du lot n°2 qui lui a été attribuée. Il n'y a donc que cette seule hypothèse (le rejet du recours) qui garantisse à la partie requérante un avantage certain.

La requête est irrecevable ».

B. Dernières observations de la requérante

Par un courrier électronique du 14 mai 2020, la requérante a fait valoir ses dernières observations, formulées comme suit pour ce qui se rapporte à la mise en cause de la recevabilité de la demande :

- « 1.- La partie requérante souhaite répondre à l'argumentaire développé par Lug Light Factory dans sa note complémentaire du 7 mai 2020, selon lequel la partie requérante n'aurait pas intérêt au recours en ce qu'elle a clarifié que sa requête en suspension d'extrême urgence était dirigée contre la décision d'attribuer le lot n° 1 du marché.

Il va de soi que la partie requérante ne comptait pas attaquer le lot n° 2 du marché, pour lequel elle a obtenu la première position. En effet, étant première au classement du lot n° 2, la partie requérante n'a pas intérêt à la suspension ni à l'annulation de la décision d'attribution en ce qu'elle attribue le lot n° 2, car la partie requérante ne peut justifier d'un quelconque grief que la décision d'attribuer le lot n° 2 lui ferait.

Un recours de la partie requérante envers la décision d'attribuer le lot n° 2 ne serait en effet pas recevable car la partie requérante ne serait pas susceptible d'en profiter personnellement vu qu'elle occupe déjà la première position. Elle n'aurait donc pas un intérêt personnel au recours concernant le lot n° 2.

2.- En revanche, la partie requérante a bien intérêt à attaquer la décision d'attribution en ce qu'elle attribue le lot n° 1 aux sociétés Signify, Lightwell et Lug Light Factory. En effet, la partie requérante a été classée en quatrième position pour ce lot alors que seuls les trois premiers soumissionnaires se voyaient attribuer une partie du lot n° 1. La partie requérante a donc un intérêt personnel et direct à attaquer la décision d'attribution en ce qu'elle attribue le lot n° 1 ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Dans sa note complémentaire, la société Lug Light Factory conteste la recevabilité de la demande de suspension, en estimant devoir tirer argument de trois considérations, respectivement relatives à la délimitation de l'objet de la demande de suspension, au fait que les illégalités dénoncées à l'appui de celle-ci affecteraient également la décision d'attribution du lot 2 du marché litigieux, et à l'absence d'avantage qu'un arrêt de suspension apporterait à la requérante.

Préalablement à l'examen de ces trois arguments, il s'impose de rappeler les termes en lesquels sont libellés les articles 14 et 15 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 :

- « Art. 14. À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
 - 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;
 - 3° les documents du marché ou de la concession »;
- « Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'Etat, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :
 - 1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;
 - 2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 24, la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites devant le Conseil d'Etat, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé.
L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou

les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1^{er} ou, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation visée à l'article 14 ou séparément ».

Il n'est pas contesté, et ne paraît pas devoir l'être, que la requérante satisfait aux conditions de recevabilité fixées par ces dispositions. C'est donc au regard des seuls arguments exposés par la société Lug Light Factory qu'il doit être statué sur l'exception d'irrecevabilité opposée à la demande.

Quant à la délimitation de l'objet de la demande de suspension

La société Lug Light Factory prétend, au point 3 de sa note complémentaire, retenir de la note complémentaire de la requérante que celle-ci y tenterait « (en vain) de circonscrire l'objet de son recours à l'acte attaqué ». Elle évoque, à ce propos, une assertion « qui ne figurait pas dans la requête en suspension ».

Au vu des termes clairs de la requête, l'objet de celle-ci s'identifie très précisément – et sans que cela ait suscité la moindre objection à ce propos – dans la demande de suspension de l'exécution de la seule décision d'attribution du seul lot 1 du marché litigieux. L'extrait de la note complémentaire de la requérante sur lequel prend appui ce premier des trois arguments exposés au soutien de l'exception d'irrecevabilité ne modifie rien à l'objet ou à la portée de la requête.

L'observation ainsi formulée au point 3 de la note complémentaire de la société Lug Light Factory repose sur un postulat inexact. Il n'y a donc pas lieu de prendre en considération les conséquences que cette intervenante prétend en retirer.

Par ailleurs, et en toute hypothèse, il ne peut, pour contester la recevabilité du recours dirigé contre la décision d'attribution du lot 1, être reproché à la requérante de ne pas avoir dirigé contre la décision d'attribution du lot 2 un recours dont la recevabilité pourrait être mise en cause sur la base des dispositions précitées.

Le premier argument ne peut être accueilli.

Quant au fait que les illégalités dénoncées à l'appui de la demande de suspension affecteraient également la décision d'attribution du lot 2 du marché litigieux

Il ne se déduit pas des conditions fixées par les dispositions précitées – conditions dont, faut-il le rappeler, la société Lug Light Factory ne soutient pas qu'elles ne seraient pas remplies – que le recours dirigé contre une décision d'attribution d'un marché public devrait être déclaré irrecevable au motif que des illégalités identiques à celles qui y sont alléguées entacheraient, par ailleurs, une autre décision d'attribution qui, quant à elle, bénéficierait au requérant. Pour tout argument, l'intervenante se borne à faire état d'une préoccupation de cohérence qui lui paraît appropriée aux besoins de sa cause, mais n'indique pas ce qui, en droit (et particulièrement au regard des dispositions précitées), justifierait son point de vue, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, la décision bénéficiant au requérant n'est pas contestée par celui-ci.

Le deuxième argument ne peut être accueilli.

Quant à l'absence d'avantage d'un arrêt de suspension

À l'hypothèse d'un arrêt ordonnant la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, la société Lug Light Factory attache les conséquences suivantes : « dans ce cas, non seulement l'exécution de la décision d'attribution du lot n°1 (acte attaqué) est suspendue ; mais l'exécution de la décision d'attribution du lot n°2 est aussi remise en cause par voie de conséquence directe, attendu que ces deux décisions sont identiques dans leur motivation et prises selon un critère de sélection identique. Dans cette hypothèse, la partie requérante perd la partie du lot n°2 qui lui a été attribuée et n'acquiert aucun avantage certain quant à une nouvelle procédure de passation du lot n°1 ».

Le seul prononcé d'un arrêt de suspension de l'exécution de la décision d'attribution du lot 1 ne peut affecter, en son existence et son exécution, la décision d'attribution du lot 2, étrangère à l'objet du présent recours. S'en tenant à une affirmation péremptoire à ce sujet, la troisième intervenante s'abstient d'indiquer en quoi, à la suite de la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du lot 1, l'exécution de la décision d'attribution du lot 2 serait « aussi remise en cause par voie de conséquence ». Sans doute relève-t-elle « que ces deux décisions sont identiques dans leur motivation et prises selon un critère de sélection identique ». Sauf à méconnaître l'étendue des effets d'un arrêt de suspension, cette circonstance ainsi invoquée est sans incidence et la troisième intervenante n'en invoque aucune autre qui serait de nature à justifier le bien-fondé de son argument. Celui-ci doit, en conséquence, être rejeté.

L'examen des arguments développés par la société Lug Light Factory ne permet pas d'accueillir l'exception opposée par cette intervenante à la demande de suspension.

VI. Premier moyen – Première branche

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, « pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe général d'égalité de traitement et de non-discrimination; du principe de transparence; des articles 4, 66 et 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; de l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; du principe général de droit du raisonnable, du principe de l'exercice effectif du pouvoir d'appréciation et du devoir de minutie ». Ce moyen est articulé en deux branches, dont la première est exposée dans les termes suivants :

« 6.- En ce que, le cahier des charges prévoit au titre de la sélection, que les soumissionnaires doivent fournir, une liste de principales fournitures similaires, livrées au cours des trois dernières années au maximum en y indiquant le montant HTVA du contrat, la date, la référence du contrat, le nom du client, indiquant que cette liste doit comprendre au minimum un contrat portant sur une livraison de produits similaires à ceux du/des lot(s),

Alors que, en vertu de l'article 65, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un niveau d'exigence approprié.

7.- Conformément à une jurisprudence constante du Conseil d'État, les documents de marché doivent indiquer clairement les critères de sélection retenus par le pouvoir adjudicateur mais aussi les seuils minimum requis lorsqu'il énonce des exigences en matière de références techniques et financières.

En effet, comme rappelé par le Conseil d'État, le pouvoir adjudicateur doit fixer de manière précise le niveau de référence qu'il souhaite prendre en compte lors de la sélection qualitative, afin de permettre aux personnes intéressées de juger si elles disposent de la capacité pour voir leur demande de participation ou leur offre prise en compte.

Dans un arrêt rendu le 3 avril 2019, sur base de l'ancienne réglementation, le Conseil d'État rappelle qu'"il ressort de l'article 58, § 1^{er}, précité, qu'en matière de critères de sélection qualitative, est imposée la fixation de niveaux d'exigence requis au regard des critères de caractère financier, économique, technique ou professionnel, étant entendu qu'en procédure ouverte et en procédure négociée avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire". [...]

Il précise enfin que "si le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation pour fixer les critères de sélection et les seuils à atteindre, l'exercice de sa compétence discrétionnaire est néanmoins soumis au respect de certaines conditions. Ainsi, les critères qu'il fixe et leur niveau doivent être 'liés et proportionnés à l'objet du marché'. Les critères et leur niveau doivent, par ailleurs, respecter le principe de concurrence et l'efficacité du mécanisme de la sélection ainsi que le principe d'égalité. Ils doivent, en outre, être suffisamment précis pour permettre de déterminer le niveau minimum attendu". [...]

Ces enseignements sont désormais repris dans l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, qui prévoit que:

- " Sans préjudice de l'article 42, § 3, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi, les critères de sélection ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou, en absence d'un tel avis, dans les documents du marché.
- Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un niveau d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau.
- Si le pouvoir adjudicateur utilise un critère économique, financier ou technique, ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau, ce critère doit être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation.
- Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires". [...]

Le rapport au Roi de l'arrêté royal du 18 avril 2017 apporte des précisions quant à l'alinéa 2 de l'article 65 :

- " le Conseil d'État a rappelé de manière constante et à de nombreuses reprises que l'utilisation de critères de sélection qualitatives n'a de sens que si lesdits critères sont assortis d'un niveau d'exigence à atteindre pour être sélectionné. À défaut de fixation d'un tel niveau, il se pourrait que des opérateurs économiques de capacité potentiellement différentes soient traités de manière identique et donc discriminatoire. Par exemple, si le pouvoir adjudicateur demande simplement une liste de travaux exécutés au cours des cinq dernières années, un entrepreneur ayant réalisé cinq travaux pour 10.000 euros serait mis sur le même pied qu'un autre en ayant réalisé dix pour 200.000 euros chacun. Pour rappel, il ressort de l'article 71 de la loi que le pouvoir adjudicateur peut décider de se dispenser purement et simplement de critère économique ou de critère technique. Le pouvoir adjudicateur doit par contre, après avoir choisi d'utiliser un ou plusieurs critères de capacité économique ou technique ou les deux types de critères, fixer un niveau d'exigence pour chacun des critères retenus". [...]

En outre, le rapport au Roi donne des précisions sur la nature du niveau d'exigence à fixer. Il précise en effet que:

- " en ce qui concerne le niveau à fixer, il doit être proportionné à l'importance et à la complexité du marché. Il s'agit de fixer un niveau qui ne soit ni ridicule par rapport à l'importance du marché, ni, à l'inverse, disproportionné. Il s'agit de fixer à la fois un niveau qualitatif mais également quantitatif (par exemple, cinq référence relatives à des travaux, au moins réceptionnés provisoirement, d'un montant minimal de 350.000 euros et relatives à des travaux de tel type)". [...]

Le Conseil d'État a considéré, à propos de cette disposition, qu'il résulte de l'article 65, alinéas 2 et 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 que le pouvoir adjudicateur doit assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère

économique, financier ou technique d'un niveau d'exigences approprié sauf si l'un des critères ne s'y prête manifestement pas.

En matière de fournitures, il n'est pas manifestement impossible de fixer un niveau minimum de livraison de fournitures pour les références soumises. Il est en effet tout à fait possible d'exiger une liste de références de livraison de fournitures précédentes avec un seuil minimum fixé de manière proportionnée à l'importance et à la complexité du marché, par exemple, avec un seuil minimum de 10.000 produits par projet..

8.- En l'espèce, le cahier des charges prévoit, sous le point "III.2) Critères de sélection" que:

- " Afin de prouver sa capacité technique à exécuter le présent marché, le soumissionnaire fournit, par lot:
 - une liste des principales fournitures similaires livrées au cours des trois dernières années au maximum en y indiquant le montant HTVA du contrat, la date, la référence du contrat, le nom du client (et s'il est public ou privé). Cette liste doit comprendre au minimum 1 contrat portant sur une livraison de produits similaires à ceux du/des lots soumissionnés.
 - La liste ci-dessous doit être accompagnée d'une attestation de bonne exécution d'un des contrats susmentionnés, démontrant l'entière satisfaction au sujet des luminaires qui ont été fournis chez le client. Cette attestation de bonne exécution peut également provenir de chez ORES". [...]

Ce critère de sélection ne prévoit pas d'exigence minimum pour les références demandées. Or, un critère de sélection qualitative qui se contente uniquement de demander une liste de références de fournitures similaires livrées au cours des trois dernières années, sans prévoir de niveau d'exigence minimum, est illégal car non conforme à l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

9.- De plus, parmi les questions posées concernant le cahier des charges, la question suivante a été soulevée:

- " Dans le fichier 'WFLUMLEDWA22_Ores – Nouveau – CSCH – fournitures', en page 13 – chapitre III.2.1, vous demandez une liste des principales fournitures livrées au cours des 3 dernières années, merci de préciser si cela correspond au type de fourniture ou à la quantité" [...].

La partie adverse a répondu à cette question dans ces termes:

- " Concernant la liste des principales fournitures similaires livrées au cours des 3 dernières années, nous souhaitons trouver dans cette liste des modèles similaires à ceux que vous proposerez dans votre offre, et non des quantités fournies" [...].

Or, le rapport au Roi de l'arrêté royal du 18 avril 2017 énonce clairement qu'en ce qui concerne le niveau d'exigence à fixer pour les critères de sélection:

- " Il s'agit de fixer à la fois un niveau qualitatif mais également quantitatif (par exemple, cinq références relatives à des travaux, au moins réceptionnés provisoirement, d'un montant minimal de 350.000 euros et relatives à des travaux de tel type)". [...]

Il ressort des développements ci-dessus, qu'en ne prévoyant pas de niveau d'exigence minimum pour le critère de sélection prévu dans le cahier des charges, la partie adverse a violé les articles 10 et 11 de la Constitution, les articles 4 et 71 de la loi du 17 juin 2016 et l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ainsi que les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence ».

B. Note d'observations

La partie adverse répond comme suit à cette première branche du premier moyen :

« -8.L'article 65, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit que :

" [...] Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un niveau d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau".

Le cahier des charges prévoit un critère de sélection qualitative unique à caractère technique/professionnel.

Les candidats soumissionnaires doivent fournir, par lot :

- "Une liste des principales fournitures similaires livrées au cours des trois dernières années au maximum en y indiquant le montant HTVA du contrat, la date, la référence du contrat, le nom du client (et s'il est public ou privé). Cette liste doit comprendre au minimum 1 contrat portant sur une livraison de produits similaires à ceux du/des lot(s) soumissionné" [...]

- "La liste ci-dessus doit être accompagnée d'une attestation de bonne exécution d'un des contrats susmentionnés, démontrant l'entière satisfaction au sujet des luminaires qui ont été fournis chez ce client. Cette attestation de bonne exécution peut également provenir de chez ORES".

Parmi les réponses apportées sur le Forum aux questions posées, la partie adverse a précisé que "concernant la liste des principales fournitures similaires fixées au cours des 3 dernières années, nous souhaitons trouver dans cette liste des modèles similaires à ceux que vous proposez dans votre offre, et non des quantités fournies" (pièce 7 de la requérante).

Il s'agissait donc, pour les soumissionnaires, de prouver qu'ils avaient exécuté des marchés de fournitures portant sur des luminaires de qualité similaire à ceux fournis au cours des trois dernières années, ceci à la satisfaction de leurs clients. Contrairement à ce que soutient la requérante, la partie adverse a donc bien assorti le critère de sélection qualitative d'un niveau d'exigence approprié en lien avec le critère utilisé.

Ce faisant, elle s'est donc assurée que les soumissionnaires présentaient la capacité à exécuter l'offre déposée et n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

La première branche du premier moyen n'est donc pas sérieuse ».

C. Requête en intervention de la société Lightwell

La société Lightwell fait valoir ce qui suit :

« 1. Tel qu'il est formulé en termes de requête, le moyen en sa première branche fait uniquement grief à partie adverse de n'avoir fixé aucun niveau d'exigence pour le critère de sélection portant sur la capacité technique et professionnelle des

soumissionnaires.

2. L'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 énumère onze critères que le pouvoir adjudicateur peut utiliser afin de procéder à la sélection des candidats ou soumissionnaires sous l'angle de la capacité technique et professionnelle. Le critère de sélection relatif à la liste de références constitue un de ceux-ci. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de tous les utiliser.

L'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 impose au pouvoir adjudicateur de fixer, pour chaque critère de sélection qu'il utilise, un niveau d'exigence approprié.

Certes, le rapport au Roi indique que le niveau d'exigence doit être tant qualitatif que quantitatif. Cette précision ne figure toutefois pas dans la réglementation elle-même et il est de jurisprudence constante que le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation pour fixer le ou les critères de sélection et le niveau d'exigence à atteindre. Ainsi, il a été récemment admis par le Conseil d'État que constituait bien un niveau d'exigence minimum (du critère de sélection relatif à l'indication des techniciens ou des organisations techniques) l'exigence que "le soumissionnaire se soumet[te] à un contrôle de qualité", sans que celle-ci contienne pour autant un aspect "quantitatif".

La réglementation, qui n'impose aucune autre obligation que la fixation d'un niveau d'exigence, ne précise pas ce sur quoi doit porter le niveau d'exigence. Concernant le critère de sélection relatif à la liste de références, elle n'indique par exemple pas que le niveau d'exigence doit porter sur le nombre de références, sur le montant des fournitures livrées ou sur la quantité des fournitures livrées, de sorte que, comme rappelé ci-avant, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation pour fixer le niveau d'exigence du critère de sélection.

3. Le moyen en sa première branche manque en fait, en ce que les documents du marché contiennent bien un niveau d'exigence pour le critère de capacité relatif à la liste de références. Ils prévoient en effet que la liste des références doit "comprendre au minimum 1 contrat portant sur une livraison de produits similaires à ceux du/des lot(s) soumissionnés".

Du reste, et au surplus, le niveau d'exigence des documents du marché contient :

- un aspect quantitatif : les documents du marché exigent une référence ;
- un aspect qualitatif : les documents du marché (et, incidemment, la réponse formulée par la partie adverse à une question d'un soumissionnaire) exigent des modèles similaires à ceux que les soumissionnaires proposent dans leurs offres, c'est-à-dire des modèles qui respectent les exigences des documents du marché, comme l'exigence d'une agrégation Synergrid 005 et/ou ENEC+ .

4. Concernant la critique relative à la réponse formulée par la partie adverse à une question d'un soumissionnaire, il convient de replacer celle-ci dans son contexte. Le soumissionnaire en question demandait si la similarité demandée par le cahier spécial des charges portait sur le modèle à fournir ou sur la quantité à fournir. La partie adverse a répondu qu'elle portait sur le modèle à fournir (c'est-à-dire la qualité), sans pour autant revenir sur l'aspect quantitatif d'une référence demandée par le cahier spécial des charges.

5. En ce qu'elle critique l'absence de niveau d'exigence pour le critère de sélection relatif à la liste de références, la première branche du premier moyen n'est pas sérieuse ».

D. Requête en intervention de la société Signify Belgium

La société Signify Belgium fait valoir ce qui suit :

« 6. L'article 71 de loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après: la Loi Marchés publics), qui constitue la principale disposition de la loi concernant les critères de sélection, se lit comme il suit [...] :

- " Le ou les critères de sélection peuvent avoir trait:
1° à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle; et/ou
2° à la capacité économique et financière; et/ou
3° aux capacités techniques et professionnelles.

Le pouvoir adjudicateur ne peut imposer d'autres critères que ceux susvisés comme conditions de participation aux candidats et aux soumissionnaires. Ils limitent ces conditions à celles qui sont propres 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. Toutes les conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché.

Le Roi précise les modalités relatives à la fixation de ces conditions".

L'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après: l'Arrêté royal Marchés publics) se lit comme il suit [...] :

- " Sans préjudice de l'article 42, § 3, alinéa 1^{er}, 2°, de la loi, les critères de sélection ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou, en absence d'un tel avis, dans les documents du marché.

Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un niveau d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau.

Si le pouvoir adjudicateur utilise un critère économique, financier ou technique, ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau, ce critère doit être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation

Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires".

7. En l'espèce, la partie adverse a défini, au point III.2.1 du cahier spécial des charges, le critère de sélection suivant, lié à la capacité technique des soumissionnaires [...] :

- " Afin de prouver sa capacité technique à exécuter le présent marché, le soumissionnaire fournit, par lot :

- Une liste des principales fournitures similaires livrées au cours des trois dernières années au maximum en y indiquant le montant HTVA du contrat, la date, la référence du contrat, le nom du client (et s'il est public ou privé). Cette liste doit comprendre au minimum 1 contrat portant sur une livraison de produits similaires à ceux du/des lot(s) soumissionnés.

- La liste ci-dessus doit être accompagnée d'une attestation de bonne exécution d'un des contrats susmentionnés, démontrant l'entière satisfaction au sujet des luminaires qui ont été fournis chez ce client. Cette attestation de bonne exécution peut également provenir de chez ORES".

8. Ainsi que le font valoir la partie adverse et Lightwell, le critère ainsi défini est conforme aux exigences du cadre légal est réglementaire, dès lors qu'il exige (de manière parfaitement claire et précise) le seuil d'exigence qualitatif et quantitatif suivant: le dépôt d'au moins une référence de contrat exécuté au cours des trois

dernières années, à la pleine satisfaction du contractant et portant sur la fourniture des produits similaires à ceux proposés pour l'exécution du présent marché.

Comme le fait également valoir Lightwell, la prétention de la partie requérante conformément à laquelle l'article 65 de l'Arrêté royal Marchés publics imposerait au surplus à la partie adverse de fixer des seuils d'exigence qualitatifs ou quantitatifs supplémentaires concernant chaque référence ne découle aucunement du libellé de ladite disposition et n'est pas consacrée par le Conseil d'État de manière aussi univoque que ne le prétend la partie requérante.

9. Pareille interprétation de l'article 65 de l'Arrêté royal Marchés publics doit être rejetée en l'espèce dès lors qu'elle aurait des effets potentiellement disproportionnés sur le maintien d'une concurrence suffisante dans le cadre du présent marché.

Sans préjudice de la large marge d'appréciation dont bénéficient les adjudicateurs afin de définir les critères de sélection propres à un marché, les exigences découlant de l'article 71 de la Loi Marchés publics et de l'article 65 de l'Arrêté royal Marchés publics en ce qui concerne la définition des critères de sélection doivent également être lues et appliquées à l'aune de l'obligation faite à tout adjudicateur d'assurer la concurrence la plus étendue entre les opérateurs économiques et de ne pas concevoir un marché public de manière à limiter artificiellement la concurrence.

Il en découle que les exigences de sélection définies par tout adjudicateur doivent, afin de préserver la concurrence, être proportionnées [...] :

" Le pouvoir adjudicateur doit en effet adapter ses exigences et déterminer les critères pertinents qu'il convient de retenir de manière à permettre l'exécution du marché et à assurer une concurrence suffisante entre les opérateurs économiques".

Le marché querellé (même s'il s'inscrit dans un contexte de basculement progressif de l'intégralité de l'éclairage public belge vers le LED pour l'horizon 2030) présentait lors de son lancement (et présente toujours actuellement) un caractère relativement exceptionnel, eu égard à la combinaison des éléments suivants :

- le caractère élevé des exigences de qualité technique pour les luminaires concernés. Outre les nombreuses exigences techniques particulières énoncées par le cahier des charges, on peut relever que les luminaires proposés doivent en effet (i) avoir fait l'objet d'une agrération Synergrid 005 et/ou ENEC+ et /ou par ORES et (ii) être garantis pendant toute leur durée de vie (15 ans pour les luminaires, 10 ans pour l'appareillage LED et les accessoires) . En outre, ORES s'est réservé la possibilité de procéder à des visites des entreprises afin de pouvoir, sur site, "s'assurer du bien-fondé de toutes les déclarations figurant dans l'offre du soumissionnaire en matière de conformité technique des produits proposés" ;
- l'importance des quantités à fournir (102.000 luminaires LED à fournir en 3 ans, pour une valeur estimée de 20.500.000 EUR, comme exposé au point I.3 du cahier des charges) ;
- l'obligation de proposer des solutions techniques très performantes à des prix satisfaisants induites par le critère d'attribution mis en œuvre (l'offre étant évaluée non pas uniquement sur la base du prix de fourniture des luminaires mais sur la base du coût total de possession "TCO" sur 15 ans pour l'adjudicateur, incluant le prix de fourniture et celui de la consommation en électricité).

Les quelques précédents éventuellement pertinents (à savoir des marchés présentant l'ensemble de ces caractéristiques) sont peu nombreux et récents, de sorte qu'un nombre (très) limité d'opérateurs économiques seraient susceptibles de présenter des références portant sur des marchés de fourniture pour des

quantités semblables à celles du marché querellé (et *a fortiori* déjà couvertes par une attestation de bonne exécution).

Il suffit pour s'en convaincre de constater le nombre et la valeur des références dont la partie intervenante a été en mesure de se prévaloir en l'espèce, alors que la partie intervenante est le leader mondial du marché ! [...].

La partie adverse a donc valablement pu considérer que la définition d'un seuil d'exigence encore plus explicite de nature quantitative concernant les références présentées était susceptible de restreindre la concurrence entre opérateurs économiques, en violation du cadre légal et réglementaire des marchés publics.

Son choix est d'autant moins critiquable que la partie adverse a veillé à insérer dans son cahier des charges diverses dispositions (qui doivent être considérées de manière systémique, dans leur globalité), lui permettant de s'assurer de la capacité, de la disposition et de l'engagement des opérateurs économiques à lui fournir des produits fiables, conformes aux exigences techniques du marché et dans la quantité nécessaire:

- (i) la partie adverse a défini des exigences techniques élevées (et un critère d'attribution) destinées à lui assurer de bénéficier à un bon prix de marché des meilleures technologies actuellement disponibles au regard de ses besoins;
- (ii) la partie adverse a exigé de chaque soumissionnaire qu'il démontre que le matériel proposé dans son offre (autre qu'il répond aux exigences techniques du marché, prévues à peine d'irrégularité de l'offre) a déjà été mis en œuvre au profit d'autres clients du soumissionnaire (et à la pleine satisfaction de ceux-ci);
- (iii) la partie adverse a exigé de chaque soumissionnaire qu'il certifie sa capacité annuelle de production du matériel proposé ;
- (iv) la partie adverse a également choisi (alors que rien ne le lui imposait juridiquement), de répartir l'attribution de chaque lot entre trois attributaires).

10. On peut constater par ailleurs que la partie requérante n'a soulevé aucune objection lors de la réception du cahier des charges et ne soulève aucune objection de principe concernant le lot 2 (qui lui a été attribué par l'acte attaqué) alors que le critère de sélection qu'elle critique en tant que prétendument irrégulier était identiquement applicable à ce lot.

Le cas échéant, dans l'hypothèse où le Conseil d'État considérerait que les conditions de sélection définies dans le cadre du présent marché seraient irrégulières (*quod certe non*), ORES n'aurait d'autre choix que de retirer sa décision d'attribution et de renoncer au marché concernant les deux lots.

11. Il découle de l'ensemble de ce qui précède que la première branche du premier moyen n'est pas sérieuse ».

E. Requête en intervention de la société Lug Light Factory

La société Lug Light Factory fait valoir ce qui suit :

- « Il est rappelé que le critère de sélection est défini par la partie adverse au point III.2.1 du cahier spécial des charges, comme suit :

Afin de prouver sa capacité technique à exécuter le présent marché, le soumissionnaire fournit, par lot:

- une liste des principales fournitures similaires livrées au cours des trois dernières années au maximum en y indiquant le montant HTVA du contrat, la date, la référence du contrat, le nom du client (et s'il est public ou privé). Cette liste doit comprendre au minimum 1 contrat portant sur une livraison de produits

similaires à ceux du/des lots soumissionnés.

- La liste ci-dessous doit être accompagnée d'une attestation de bonne exécution d'un des contrats susmentionnés, démontrant l'entière satisfaction au sujet des luminaires qui ont été fournis chez le client. Cette attestation de bonne exécution peut également provenir de chez ORES.

11. S'agissant de la première branche de ce moyen, tout l'effort de la partie requérante est fondé sur un malentendu.

En effet, la partie requérante fait grief à la partie adverse de s'être limitée, sur le chapitre du critère de sélection qualitative de caractère économique financier ou technique, à exiger une "liste de références de fournitures similaires livrées au cours des trois dernières années". Selon la société Schreder BE, cette exigence ne serait pas pourvue d'un "niveau d'exigence minimum".

La requérante illustre d'ailleurs son raisonnement puisqu'elle formule concrètement l'exigence qu'elle aurait voulu voir dans le cahier des charges en cause : "il est en effet tout à fait possible d'exiger une liste de références de livraison de fournitures précédentes avec un seuil minimum fixé de manière proportionnée à l'importance et à la complexité du marché, par exemple, avec un seuil minimum de 10.000 produits par projet."

Or ce faisant, la partie requérante ne prouve pas en quoi l'exigence formulée par le cahier des charges de la partie adverse ne relèverait pas d'un niveau d'exigence minimum. Pour le dire autrement, l'on ne s'explique pas en quoi le rajout "d'un seuil minimum de 10.000 produits par projet" permettrait de satisfaire à la condition d'un niveau d'exigence approprié ou minimum.

Tout au contraire, la partie requérante se contente d'expliquer ce qu'elle aurait voulu voir dans le cahier des charges ; ce qui est fort différent de la preuve de l'absence d'un niveau d'exigence minimum. Cette preuve n'est pas rapportée en l'espèce par la requérante.

Mais il y a plus.

Car en effet, si la partie requérante avait réellement souhaité que le pouvoir adjudicateur augmente le nombre de références exigées, à plus d'un contrat, elle aurait pu le formuler parmi les nombreuses questions posées, en demandant, par exemple, si "un seuil minimum de 10.000 produits par projets" pouvait faire partie des critères d'attribution ou constituer un avantage concurrentiel ; ce qu'elle n'a manifestement pas fait .

12. Il reste enfin à souligner que la partie requérante se borne à critiquer le critère de sélection en cause pour le lot n°1. S'agissant du lot n°2, où elle est en première position parmi les attributaires, aucune remise en cause n'est envisagée par cette dernière... si bien que l'on peut s'interroger sur l'intérêt de la partie requérante à invoquer un tel moyen : en cas d'annulation de l'acte attaqué sur le fondement de ce moyen (*quod non*), la partie requérante subirait un préjudice au même titre que toutes les parties (puisque la décision d'attribution du lot n°2 tomberait aussi).

13. D'autre part (et en tout état de cause), il convient de rappeler que les dispositions de l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques précisent que :

" (...) Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un niveau d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau.

Si le pouvoir adjudicateur utilise un critère économique, financier ou

technique, ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau, ce critère doit être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation. Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires" [...].

Comme le soulignent notamment la partie adverse, la société Lightwell et la société Signify, le cahier des charges ne se limite pas à exiger la preuve d'au moins une référence figurant sur une liste des principales fournitures similaires, ni à simplement prescrire la production d'une attestation de « bonne exécution (...) démontrant l'entière satisfaction au sujet des luminaires fournis chez ce client » ; il impose aux soumissionnaires un niveau de qualité technique très élevé (agrément Synergrid 005 et/ou ENEC+ et/ou Ores, notamment) ainsi qu'une garantie spécialement exigeante.

Ce faisant, l'examen du critère de sélection met sous une lumière nette la volonté du pouvoir adjudicateur de parvenir à un certain équilibre, focalisé sur la compétence des soumissionnaires tout en s'assurant que ces derniers aient déjà donné satisfaction dans la réalisation de prestations d'un haut niveau technique. C'est là que se trouve matérialisée la recherche par la partie adverse d'un niveau d'exigence approprié au marché et à son objet.

La première branche est sans fondement ».

F. Observations complémentaires de la requérante

La requérante formule les observations complémentaires suivantes :

- « 10.- Tout d'abord, la partie adverse soutient dans sa note d'observations, que le critère de sélection unique présente bien un niveau d'exigence minimum qualitatif ("des luminaires de qualité similaire"), ce qui n'était pas contesté en l'espèce par la partie requérante. La partie adverse manque en revanche de démontrer en quoi le niveau d'exigence minimum est également quantitatif.

Or, l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 impose au pouvoir adjudicateur "d'assortir chacun des critères de sélection qualitative d'un niveau d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau".

Le rapport au Roi explique cette disposition et précise à cet égard qu'"il s'agit de fixer à la fois un niveau qualitatif mais également quantitatif (par exemple, cinq références relatives à des travaux, au moins réceptionnés provisoirement, d'un montant minimal de 350.000 euros et relatives à des travaux de tel type" [...].

11.- Les parties intervenantes critiquent sur ce point l'interprétation que la partie requérante fait de l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 sur base du rapport au Roi, exposant que le rapport au Roi rajouterait une condition non prévue à l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 en exigeant un seuil minimum quantitatif.

La partie requérante voudrait souligner à ce propos les points suivants.

Premièrement, le rapport au Roi donne l'interprétation qu'il faut donner au texte de l'arrêté royal et l'on ne peut concevoir de nier complètement son contenu, particulièrement lorsque, comme c'est le cas de l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le rapport au Roi est à ce point détaillé et donne des exemples précis et concrets pour expliquer le sens dans lequel la disposition doit être lue.

D'ailleurs, le Conseil d'État lui-même se réfère régulièrement au texte du rapport au Roi de l'arrêté royal pour se conforter dans l'interprétation à donner audit texte.

En l'espèce, le rapport au Roi ne rajoute pas une condition non prévue par l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 mais explique simplement le contenu de cet article. Il donne un exemple particulièrement illustré sur le niveau d'exigence minimum des critères de sélection qualitative et en quoi l'absence de fixation d'un tel niveau pourrait mener à une situation où des opérateurs économiques de capacités potentiellement différentes soient traités de manière identique et donc discriminatoire.

Le rapport au Roi explique ainsi que :

" par exemple, si le pouvoir adjudicateur demande simplement une liste de travaux exécutés au cours des cinq dernières années, un entrepreneur ayant réalisé cinq travaux pour 10.000 euros serait mis sur le même pied qu'un autre en ayant réalisé dix pour 200.000 euros chacun. Pour rappel, il ressort de l'article 71 de la loi que le pouvoir adjudicateur peut décider de se dispenser purement et simplement de critère économique ou de critère technique. Le pouvoir adjudicateur doit par contre, après avoir choisi d'utiliser un ou plusieurs critères de capacité économique ou technique ou les deux types de critères, fixer un niveau d'exigence pour chacun des critères retenus".

Dans le cas d'une explication si détaillée sur la portée d'une disposition, il paraît aberrant d'aller à l'encontre de l'interprétation préconisée par les rédacteurs du texte.

Il ressort clairement de l'exemple cité par le rapport au Roi que le critère de sélection qualitative unique requérant la soumission d'une référence au minimum de livraison de luminaires de qualité similaire, ne répond pas à l'exigence d'un seuil minimum, c'est-à-dire un seuil à atteindre pour pouvoir être sélectionné. Pour remplir cette obligation, il aurait fallu indiquer si le seuil minimum pour pouvoir être sélectionné était par exemple d'avoir déjà exécuté un contrat de livraison de luminaires similaires pour une quantité minimum de 100 luminaires ou plutôt de 10.000 luminaires.

Contrairement à ce qu'avance Lug Light Factory, l'exemple donné par la partie requérante ici n'est pas "l'exigence qu'elle aurait voulu voir", mais juste un exemple pour illustrer le fait que l'absence d'exigence minimum impacte l'égalité de traitement entre soumissionnaires et le principe de transparence. En effet, un soumissionnaire qui aurait comme référence une livraison de 100 luminaires ne peut être mis sur le même pied qu'un soumissionnaire ayant une référence de livraison de 10.000 luminaires.

12.- L'argument des parties intervenantes selon lequel le critère de sélection qualitative est accompagné d'un seuil minimum quantitatif en ce qu'il requiert que la liste comprenne au minimum un contrat de livraison de produits similaires, ne convainc guère.

Dans un arrêt du 14 août 2015, le Conseil d'État a considéré que l'obligation de produire "une liste de références de 2 missions complètes d'architecture dans le domaine de la restauration sur des biens patrimoniaux classés comparables à l'édifice à restaurer" ne semblait, à première vue, fixer aucun niveau d'exigence minimum tel que requis par l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics. Il rajoute que "les termes 'comparables à l'édifice à restaurer', qui ne sont précisés par aucune indication d'exigence ni de seuil à atteindre, sont, par eux-mêmes, trop imprécis pour permettre de déterminer le niveau minimum attendu".

L'enseignement de l'arrêt précité peut être appliqué par analogie au cas d'espèce.

L'obligation de produire une liste de références dont au moins une référence doit concerner des produits similaires, sans mention du niveau d'exigence quantitatif attendu pour cette référence, ne fixe aucun niveau d'exigence minimum tel que requis par l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

13.- La doctrine spécialisée confirme également la thèse de la partie requérante dans les termes suivants :

" l'adjudicateur ne peut donc limiter, par exemple, ses exigences à des références de travaux, de fournitures ou de services 'similaires' sans autre précision, mais doit veiller à indiquer dans l'avis de marché avec une précision suffisante les seuils et niveaux d'exigences requis, soit par exemple un nombre x de travaux, fournitures ou services exécutés dans un cadre précis en lien avec le marché organisé et d'une valeur minimale déterminée" [...].

La partie adverse aurait dû informer les soumissionnaires du seuil quantitatif attendu pour les références lui permettant de sélectionner les candidats intéressés au marché en déterminant ceux qui avaient la capacité d'exécuter un tel marché.

14.- Par ailleurs, le fait de demander un contrat qui porte sur des produits similaires relève plus du mode de preuve de la capacité technique et professionnelle, que de la capacité *per se*. Le Conseil d'État considère à ce sujet que la production de documents justifiant l'expérience invoquée n'est "qu'un mode de preuve de la capacité technique du soumissionnaire, sans définir pour autant ce qui devait être prouvé, c'est-à-dire le niveau de cette capacité".

15.- Enfin, il convient de souligner que Signify ne peut être suivie lorsqu'elle atteste que le marché litigieux présentait lors de son lancement un caractère relativement exceptionnel et que les précédents éventuellement pertinents sont "peu nombreux et récents, de sorte qu'un nombre (très) limité d'opérateurs économiques seraient susceptibles de présenter des références portant sur des marchés de fourniture pour des quantités semblables à celles du marché querellé".

En effet, les exigences énumérées par Signify pour appuyer son argumentation sont des exigences de qualité technique courantes.

L'exigence de l'agrération Synergrid 005 et/ ou ENEC + sont des agrérations qui sont applicables sur de nombreux marchés en Belgique et en Europe de manière plus générale.

En ce qui concerne l'importance des quantités à fournir, le marché présente peut-être un caractère exceptionnel pour la partie adverse, mais n'est pas fondamentalement exceptionnel sur les marchés publics en général. Des marchés de fournitures de telles quantités sont pratiqués notamment en Flandres (par Fluvius) et pratiquement dans tous les pays européens, en ce compris en Angleterre.

L'utilisation du Coût Total de Possession ("TCO") est un critère utilisé dans les marchés de luminaires similaires depuis 5 à 10 ans.

L'obligation de proposer des solutions techniques très performantes à des prix satisfaisants induites par le critère d'attribution mis en œuvre, n'est donc pas si novateur comme le prétend Signify .

Il est donc erroné d'affirmer, comme le fait Signify, que les précédents éventuellement pertinents sont peu nombreux et récents de sorte qu'un nombre très limité d'opérateurs économiques seraient susceptibles de présenter des références portant sur des marchés de fournitures pour des quantités semblables à

celles du marché querellé.

Il est également erroné de conclure que la partie adverse a valablement pu considérer que la définition d'un seuil d'exigence encore plus explicite de nature quantitative concernant les références présentées était susceptible de restreindre la concurrence entre les opérateurs économiques. La partie adverse n'avait qu'à exiger un seuil quantitatif minimum réaliste et approprié au vu du marché en cause, afin d'assurer une concurrence suffisante ».

G. Observations complémentaires de la partie adverse

La partie adverse formule les observations complémentaires suivantes à propos de l'ensemble du premier moyen :

- « La partie adverse rappelle qu'il ne peut lui être reproché d'avoir choisi pour seul critère de sélection qualitative, la capacité technique/professionnelle. Ce choix ressortit de son pouvoir d'appréciation.

Le critère unique lui a permis de vérifier que les soumissionnaires avaient exécuté, à la satisfaction de leurs clients, des contrats de fournitures portant sur des luminaires de qualité similaire à ceux fournis au cours des trois dernières années.

Comme déjà exposé dans la note d'observation, ce seul critère est tout à fait pertinent pour apprécier la capacité des candidats à exécuter le marché à attribuer. Il a permis à la partie adverse de vérifier si les soumissionnaires avaient déjà, au cours des trois dernières années, livré, à la satisfaction de leurs clients, des fournitures de qualité similaire à celles faisant l'objet du présent marché.

Comme déjà exposé également, ce critère unique, contient bien un niveau d'exigence. Il est avant tout qualitatif plutôt que quantitatif.

La partie adverse n'a donc commis aucune erreur manifeste d'appréciation en choisissant cet unique critère ».

H. Observations complémentaires de la société Lightwell

La société Lightwell formule les observations complémentaires suivantes :

- « 3. Pour autant que le Conseil d'État n'estime pas que la partie requérante développerait par là un moyen nouveau qui serait irrecevable faute d'avoir été développé dans la requête initiale, il y a lieu de répondre de la manière suivante aux éléments développés dans la note complémentaire.

Tout d'abord, dans l'exemple du Rapport au Roi dont la requérante fait grand cas, le niveau quantitatif évoqué par le Rapport au Roi se rapporte au montant des travaux. Or, dans les exemples que la requérante formule, le niveau quantitatif se rapporte, non pas au montant des références, mais aux nombres de fournitures à livrer. La requérante reconnaît donc elle-même que le niveau quantitatif qu'elle estime requis pourrait porter sur d'autres éléments des références (par ex. quantités des fournitures livrées) que sur le seul élément visé dans l'exemple du Rapport au Roi (montant des références).

Ensuite, l'arrêt du Conseil d'État n° 232.049 cité de manière tronquée dans la

note complémentaire de la partie requérante -elle scinde en effet le raisonnement du Conseil d'État en deux, alors qu'il s'agit d'un seul et unique raisonnement- n'a pas la portée que celle-ci prétend lui donner.

Dans cet arrêt, le Conseil d'État a jugé que : "L'obligation de produire deux références de 'missions complètes d'architecture dans le domaine de la restauration sur des biens patrimoniaux classés comparables à l'édifice à restaurer' ne semble, à première vue, fixer aucun niveau d'exigence et encore moins un niveau minimum, comme l'impose l'article 58, § 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité. Les termes 'comparables à l'édifice à restaurer', qui ne sont précisés par aucune indication d'exigence ni de seuil à atteindre, sont, par eux-mêmes, trop imprécis pour permettre de déterminer le niveau minimum attendu".

Le Conseil d'État a donc estimé que, dans un marché de travaux où l'objet de chaque chantier est différent (tant l'objet du marché à passer que l'objet des chantiers qui servent de référence), la mention "comparables à l'édifice à restaurer" était trop imprécise pour constituer un niveau d'exigence minimum. Le Conseil d'État n'a donc pas considéré que le niveau d'exigence devait comprendre un volet qualitatif et un volet quantitatif.

Du reste, dans le présent marché, comme généralement pour les marchés de fournitures qui portent sur des livraisons précises, le contenu de la référence à produire était simple à cerner : il s'agissait d'une référence pour des modèles similaires à ceux que les soumissionnaires proposent dans leurs offres, c'est-à-dire des modèles qui respectent les exigences des documents du marché, comme l'exigence d'une agrégation Synergrid 005 et/ou ENEC+ ».

I. Observations complémentaires de la société Signify Belgium

La société Signify Belgium formule les observations complémentaires suivantes :

- « 4. Malgré les dénégations de la partie requérante, sa prétention conformément à laquelle l'article 65 de l'Arrêté royal Marchés publics imposerait en l'espèce à la partie adverse de fixer des seuils d'exigence qualitatifs et quantitatifs concernant chaque référence ne découle aucunement du libellé de ladite disposition et n'est pas consacrée par une jurisprudence univoque du Conseil d'État.

Le Rapport au Roi, sur laquelle elle fonde sa prétention en arguant de son texte prétendument clair, ne peut en aucune hypothèse aboutir pour la partie adverse à retenir et à favoriser une interprétation de l'arrêté royal qui le rendrait contraire à l'exigence fondamentale de proportionnalité qui découle explicitement des articles 71 et 4, alinéa 1^{er} de la Loi Marchés publics, ainsi des principes généraux de la commande publique (à savoir des normes de rang supérieur à l'arrêté royal).

L'exigence de proportionnalité s'impose donc à l'arrêté royal et doit prévaloir sur le Rapport au Roi (lorsque leurs prescriptions sont contradictoires) à l'heure de déterminer le sens et la portée à donner audit arrêté royal.

5. Or, malgré encore les dénégations de la partie requérante, il reste que le marché querellé présentait un caractère relativement exceptionnel, compte tenu du fait qu'il présentait de manière cumulative les particularités reprises au point 9 de sa requête en intervention.

Pour autant que besoin, contrairement à ce que prétend la partie requérante, un marché public portant sur plus de 100.000 points lumineux est bel et bien relativement exceptionnel, comme le démontre la liste des marchés pris en

considération par la partie intervenante au cours des trois dernières années et qui correspondent aux marchés de première envergure au niveau Benelux [...].

Par ailleurs, contrairement à ce que prétend la partie requérante, les marchés publics des adjudicateurs belges se sont en général fondés jusqu'ici fond sur un critère d'attribution lié au seul prix d'achat initial des luminaires et il est rare qu'ils tiennent également compte du coût de l'électricité sur toute la durée d'utilisation ("*Total cost of ownership*").

Eu égard au nombre limité de précédents pertinents présentant de manière cumulative les caractéristiques du présent marché, la partie intervenante maintient que la partie adverse a valablement considéré que la définition d'un seuil d'exigence encore plus explicite de nature quantitative concernant les références présentées était susceptible de restreindre la concurrence entre opérateurs économiques, en violation du cadre légal et réglementaire des marchés publics.

6. La partie intervenante maintient pour le surplus l'argumentaire détaillé aux points 6 à 11 de sa requête en intervention ».

J. Observations complémentaires de la société Lug Light Factory

La société Lug Light Factory formule les observations complémentaires suivantes :

« A/ Aucune portée ni aucun crédit ne sauraient être donnés au premier moyen invoqué, en ses deux branches, dès lors que la partie requérante critique la décision d'attribution du lot n°1 (acte attaqué) tout en acquiesçant à la décision d'attribution du lot n°2. Or, les critiques agitées par la partie requérantes touchent à des points absolument identiques dans les deux décisions précitées (critère de sélection, motivation) ;

B/ L'argumentation de la partie requérante se fait encore plus spécieuse dans sa Note complémentaire : cette dernière reconnaît que "le critère de sélection unique présente bien un niveau d'exigence minimum qualitatif", tout en considérant qu'il n'y aurait pas de "niveau d'exigence approprié". Le niveau d'exigence qualitative minimum est donc bel et bien formulé selon la partie requérante dans le cahier des charges ; mais ce seuil ne serait pas "approprié".

Autrement dit, toujours selon la partie requérante, l'expression "liste des principales fournitures similaires", et particulièrement l'emploi du terme "similaire", matérialiseraient un niveau d'exigence minimum mais non approprié (selon la société Schreder BE, il faudrait rajouter "une quantité minimum de 100 luminaires ou plutôt de 10.000 luminaires").

Cette argumentation, qui ne s'attache qu'à l'écorce des choses, ne tient pas.

En effet, reconnaître l'existence d'un seuil minimum tout en considérant que ce seuil minimum n'est pas approprié c'est réduire drastiquement la portée d'un argument. Cette distinction (entre seuils minimum et approprié) de la partie requérante n'est pas seulement artificieuse ; elle ne vise pas loin puisque la partie requérante se contredit en reproduisant l'extrait d'un arrêt du 14 août 2015 (n° 232.049). En effet, quand on place cet extrait à la lumière de cette distinction, la contradiction est flagrante : cet arrêt stigmatise un défaut "d'exigence minimum" et non le niveau d'exigence approprié. Au lieu de servir et d'illustrer le raisonnement de la partie requérante, cet arrêt s'y heurte et le contredit.

C/ D'autre part, l'amenuisement de cet argument est d'autant plus sévère que la partie requérante s'obstine à n'examiner le critère de sélection en cause que par

un seul de ses aspects : il ne s'agit pas seulement d'une "liste des principales fournitures similaires" ; il s'agit de fournir la preuve de la réalisation d'un contrat et (surtout) une attestation de bonne exécution.

Les soumissionnaires devaient de surcroît être en mesure de répondre aux conditions d'un marché qui, comme le souligne la société Signify, présente un "caractère relativement exceptionnel" du fait d'un niveau de qualité technique très élevé (agrégation Synergrid 005 et/ou ENEC+ et/ou Ores, notamment) ainsi qu'une garantie spécialement exigeante. C'est d'ailleurs ce qui empêche définitivement de transposer l'enseignement de l'arrêt n° 232.049 du 14 août 2015 à la présente espèce : dans cet arrêt, votre Conseil critique à juste titre la formulation d'un critère livré sans les nombreuses exigences techniques et qualitatives qui sont imposées en l'espèce.

D/ Car enfin la partie requérante raisonne comme si votre Conseil était contraint de limiter son examen à un aspect drastiquement réduit du critère de sélection, et comme s'il vous était fait défense d'élaborer votre appréciation sur la base de la formulation complète du critère de sélection cumulée à l'intégralité des autres exigences qualitatives et quantitatives. La jurisprudence la plus récente témoigne au contraire de ce que le contrôle exercé par votre Conseil n'est pas un contrôle restreint, mais un contrôle normal. Ainsi, dans un arrêt n° 246.510 du 20 décembre 2019, face à une partie requérante qui critiquait l'absence de "niveau d'exigence minimale" d'un "critère [3]", votre Conseil n'a pas restreint son examen au seul "critère [3]" mais a tenu compte des autres exigences formulées pour déclarer le moyen non-sérieux. Plus notable encore : dans cette affaire, l'un des critères de sélection en cause était formulé comme en l'espèce : "minimum trois services similaires dans le cadre de transports d'enfants à la montagne au cours des trois dernières années" – force est de constater que la partie requérante ni votre Conseil n'y ont trouvé la moindre chose à critiquer ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est libellé comme suit :

- « Le ou les critères de sélection peuvent avoir trait :
- 1° à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle; et/ou
 - 2° à la capacité économique et financière; et/ou
 - 3° aux capacités techniques et professionnelles.
- Le pouvoir adjudicateur ne peut imposer d'autres critères que ceux susvisés comme conditions de participation aux candidats et aux soumissionnaires. Ils limitent ces conditions à celles qui sont propres 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. Toutes les conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché. Le Roi précise les modalités relatives à la fixation de ces conditions ».

Les articles 65 et 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques sont libellés comme suit :

- « Art. 65. Sans préjudice de l'article 42, § 3, alinéa 1^{er}, 2°, de la loi, les critères de sélection ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou, en absence d'un tel avis, dans les documents du marché.
- Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un niveau

d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau.

Si le pouvoir adjudicateur utilise un critère économique, financier ou technique, ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau, ce critère doit être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation.

Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires » ;

- « Art. 68. § 1^{er}. En ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, le pouvoir adjudicateur peut imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié. Le pouvoir adjudicateur peut notamment exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement.

§ 2. Dans le cas d'un marché de travaux, d'un marché de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou d'un marché de services, le pouvoir adjudicateur peut :

1° évaluer la capacité technique ou professionnelle des candidats ou des soumissionnaires d'exécuter les travaux, de réaliser l'installation ou de prêter les services en vertu notamment de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité;

2° imposer aux personnes morales d'indiquer dans leur demande de participation ou dans leur offre les noms et les qualifications professionnelles appropriées des personnes chargées de l'exécution du marché.

§ 3. La preuve des capacités techniques et professionnelles des opérateurs économiques peut être fournie par un ou plusieurs des moyens énumérés au paragraphe 4 selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des travaux, des fournitures ou des services.

§ 4. Les moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques sont :

1° les listes suivantes :

a) une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années au maximum, assortie de certificats de bonne exécution et de résultats pour les travaux les plus importants; le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des travaux exécutés il y a plus de cinq ans seront pris en compte;

b) une liste des principales fournitures effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années au maximum, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des fournitures effectuées ou des services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte;

2° l'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise de l'opérateur économique, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, auquel l'entrepreneur pourra faire appel pour l'exécution des travaux;

3° la description de l'équipement technique, des mesures employées par l'opérateur économique pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise;

4° l'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement que l'opérateur économique pourra mettre en œuvre lors de l'exécution du marché;

5° lorsque les produits ou les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, un contrôle effectué par le pouvoir adjudicateur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le fournisseur ou le prestataire de services est établi, sous

réserve de l'accord de cet organisme; ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prendra pour garantir la qualité;

6° l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur ou des cadres de l'entreprise, à condition qu'ils ne soient pas évalués comme critère d'attribution;

7° l'indication des mesures de gestion environnementale que l'opérateur économique pourra appliquer lors de l'exécution du marché;

8° une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire de services ou de l'entrepreneur et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années;

9° une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services ou l'entrepreneur disposera pour la réalisation du marché;

10° l'indication de la part du marché que l'opérateur économique a éventuellement l'intention de sous-traiter;

11° en ce qui concerne les produits à fournir :

a) des échantillons, descriptions ou photographies dont l'authenticité doit être certifiée à la demande du pouvoir adjudicateur;

b) des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et reconnus compétents, attestant la conformité de produits bien identifiés par des références à des spécifications ou normes techniques ».

Le critère de sélection qualitative mis en cause par le moyen, en sa première branche, est libellé comme suit :

« Afin de prouver sa capacité technique à exécuter le présent marché, le soumissionnaire fournit, par lot:

- Une liste des principales fournitures similaires livrées au cours des trois dernières années au maximum en y indiquant le montant HTVA du contrat, la date, la référence du contrat, le nom du client (et s'il est public ou privé). Cette liste doit comprendre au minimum 1 contrat portant sur une livraison de produits similaires à ceux du/des lot(s) soumissionnés.

- La liste ci-dessus doit être accompagnée d'une attestation de bonne exécution d'un des contrats susmentionnés, démontrant l'entière satisfaction au sujet des luminaires qui ont été fournis chez ce client. Cette attestation de bonne exécution peut également provenir de chez ORES ».

Tels qu'en rend compte la pièce 7 du dossier de la requérante, les échanges survenus au cours de la procédure de passation du marché litigieux et relatifs à la « question 6 » se présentent dans les termes suivants :

« Question 6

Q : Dans le fichier "WFLUMLEDWA22_Ores – Nouveau – CSCH – fournitures", en page 13 – chapitre III.2.1, vous demandez une liste des principales fournitures livrées au cours des 3 dernières années, merci de préciser si cela correspond au type de fourniture ou à la quantité » [...].

R : Concernant la liste des principales fournitures similaires livrées au cours des 3 dernières années, nous souhaitons trouver dans cette liste des modèles similaires à ceux que vous proposerez dans votre offre, et non des quantités fournies ».

La requérante soutient que le critère de sélection litigieux ne prévoit pas d'exigence minimum pour les références demandées, ce qui l'entache d'illégalité, particulièrement au regard de l'article 65, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité.

La partie adverse répond que le critère de sélection est bien assorti d'un niveau d'exigence, lequel consiste, pour les soumissionnaires, dans l'obligation « de prouver qu'ils avaient exécuté des marchés de fournitures portant sur des luminaires de qualité similaire à ceux fournis au cours des trois dernières années, ceci à la satisfaction de leurs clients ». C'est donc sur cette caractéristique de similarité que la partie adverse pend appui pour contredire le grief de la requérante.

La société Lightwell fait également valoir, à cet égard, que le critère de sélection contesté est bien assorti d'un niveau d'exigence, lequel consiste, selon elle, d'une part dans la caractéristique de « similarité » mise en évidence par la partie adverse (et qui représenterait l'aspect qualitatif du niveau d'exigence) et, d'autre part, dans l'obligation que les listes de références produites par les soumissionnaires comprennent « au minimum 1 contrat portant sur une livraison de produits similaires à ceux du/des lot(s) soumissionnés ». L'obligation de faire valoir au minimum un contrat représenterait ainsi, selon cette intervenante, l'aspect quantitatif du niveau d'exigence requis.

C'est au regard de ce grief d'absence de seuil d'exigence, contesté en tant que tel, que le moyen doit être examiné. Il n'y a donc pas lieu, quoi que puisse laisser entendre à ce propos la requête en intervention de la société Lug Light Factory, de se prononcer sur une exigence de fixation d' « un seuil minimum de 10.000 produits par projet » que la requérante « aurait voulu voir dans le cahier des charges », puisque telle n'est pas la portée du premier moyen, en cette première branche.

Il suit des dispositions législatives et réglementaires précitées que le fait, pour un pouvoir adjudicateur, d'arrêter le nombre et l'objet des références de marchés antérieurs attendues des candidats ou soumissionnaires pour permettre à ceux-ci de démontrer leur capacité technique ou professionnelle à exécuter un marché, relève avant tout des modes de preuve attestant cette capacité, mais n'emporte pas, *ipso facto*, fixation du niveau d'exigence imposé par l'article 65, alinéa 2, précité, au regard duquel les prestations antérieures invoquées (fût-ce au titre de référence unique) peuvent établir intrinsèquement leur aptitude à exécuter le marché en cause.

Tenant compte de l'interprétation qu'appellent ainsi ces dispositions, les arguments respectivement développés par la partie adverse et la société Lightwell commandent de formuler les observations suivantes :

- La partie adverse met en évidence la similarité requise selon les termes du critère de sélection litigieux. Cette similarité contribue certes, dans une certaine mesure, à garantir le caractère approprié des références invoquées par les candidats, au regard de l'objet et des caractéristiques du marché en cause. Toutefois, elle ne peut, en tant que telle, tenir lieu de « niveau d'exigence approprié », au sens de l'article 65, alinéa 2, et ce dès lors, particulièrement, que les documents du marché n'indiquent pas qu'elle porterait sur des éléments au regard desquels elle pourrait révéler un tel niveau d'exigence, telle l'ampleur similaire des marchés dont les références peuvent être invoquées. Il ne pourrait, en toute hypothèse, être tiré argument de la réponse apportée par la partie adverse à la question posée au cours de la procédure de passation (et, plus particulièrement, de la référence au souhait de voir figurer dans la liste de références requises « des modèles similaires à ceux que vous proposerez dans votre offre ») : de ce que la partie adverse a alors entendu interpréter la similarité requise en ce sens que les références invoquées par les candidats devraient porter sur des modèles similaires à ceux qu'ils ont l'intention de livrer, il ne peut être inféré qu'elle entend faire de cette similarité des modèles un « niveau d'exigence approprié », au sens des dispositions applicables. Tels n'étaient d'ailleurs ni le sens ni la portée de la question posée à la partie adverse.
- Toujours au sujet de cette caractéristique de « similarité » des fournitures assurées au cours des années précédentes, la société Lightwell suggère que la prise en considération de fournitures similaires révélerait en soi un niveau d'exigence, déduit en quelque sorte des spécificités techniques du marché litigieux, puisque seraient qualifiées de similaires les fournitures qui respectaient les exigences des documents de ce marché, telle la preuve d'une agrégation déterminée (Synergrid 005 et/ou ENEC+). Force est toutefois de constater que les documents du marché ne contiennent aucune indication attestant que la partie adverse aurait bien eu l'intention de conférer une telle portée à l'exigence de similarité des fournitures précédemment assurées et que cette même partie adverse n'a d'ailleurs nullement confirmé, dans ses écrits de procédure, avoir été animée de cette intention.
- Par ailleurs, à suivre la société Lightwell (telle qu'elle s'exprime au point 6 de sa requête en intervention), le niveau d'exigence que la partie adverse était tenue de fixer et mentionner conformément à l'article 65, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 s'identifierait notamment dans l'obligation de faire valoir « au

minimum un contrat portant sur une livraison de produits similaires à ceux du/des lot(s) soumissionnés ». Ce minimum d'un contrat représenterait ainsi, selon cette intervenante, un niveau d'exigence quantitatif dont serait assorti le critère de sélection litigieux. Sans doute n'est-il pas exclu que le nombre des références demandées par un pouvoir adjudicateur, conformément aux dispositions précitées, pour permettre de vérifier la capacité d'un soumissionnaire puisse, le cas échéant, contribuer à rendre compte de certains aspects de la capacité d'un soumissionnaire, au point que, pour fixer le « niveau d'exigence approprié » requis en vertu de l'article 65, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le pouvoir adjudicateur choisisse de tenir notamment compte d'un nombre déterminé de telles références. Ne satisfait toutefois pas à l'obligation d'assortir tout critère de sélection d'un niveau d'exigence approprié la prise en considération d'un seul contrat portant sur des fournitures dont la similarité avec celles qui font l'objet du marché litigieux n'est pas davantage précisée, en ses aspects utiles (telle l'importance des fournitures en cause), par les documents du marché.

Qu'elles soient considérées individuellement ou conjointement, les précisions relatives à la caractéristique de similarité mise en évidence par la partie adverse ou au minimum d'un contrat de fourniture de modèles similaires ne permettent pas à la partie adverse de satisfaire à l'obligation d'assortir le critère de sélection litigieux d'un niveau d'exigence approprié. Il s'ensuit que les argumentations développées, sur la base de ces deux précisions, pour tenter d'établir l'existence d'un niveau d'exigence que fixerait le critère de sélection litigieux ne permettent pas de contredire la requérante qui dénonce précisément l'absence d'indication d'un tel niveau d'exigence.

Au vu de cette absence d'indication d'un niveau d'exigence que doit constater le présent arrêt, il n'y a pas lieu de trancher les contestations relatives à l'interprétation de la portée des obligations réglementaires de la partie adverse dans la définition des critères de sélection qualitative : cette interprétation ne devrait, en effet, être précisée que s'il avait fallu, pour statuer sur le moyen, apprécier la conformité aux dispositions en cause de ce que l'une des parties adverse ou intervenantes (singulièrement la société Lightwell) tente, dans le cadre de la présente procédure, de faire passer comme constituant bien l'indication d'un niveau d'exigence. Une telle appréciation n'a pas lieu d'être portée, dès lors que le présent arrêt doit précisément constater l'absence d'une telle indication de niveau d'exigence.

Par identité de motifs, il n'y a pas davantage lieu de statuer sur le caractère approprié, ou non, de ce que la société Signify prétend, au point 8 de sa

requête en intervention, identifier comme étant le niveau d'exigence requis, alors que – comme cela ressort des observations qu'ont appelé, ci-dessus, les arguments de la partie adverse et de la société Lightwell – la référence au minimum d'un contrat portant sur la fourniture de modèles similaires ne peut être considérée comme tenant lieu d'indication d'un niveau d'exigence, au sens de l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Sont vaines, enfin, les considérations du point 9 de la requête en intervention de la société Signify, relatives aux diverses dispositions des documents du marché par lesquelles la partie adverse se serait assurée de la capacité et de la fiabilité des opérateurs économiques : à supposer que de telles dispositions soient de nature à procurer à la partie adverse les garanties dont cette intervenante fait état, il n'apparaît pas, au terme d'un examen en extrême urgence, que l'aménagement de telles garanties pourrait suppléer à l'absence d'indication du niveau d'exigence qu'impose l'article 65, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le premier moyen doit être déclaré sérieux en sa première branche.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VIII. Confidentialité

La requérante demande le maintien de la confidentialité de son offre, qu'elle dépose et identifie comme étant la pièce n° 13 de son dossier.

La partie adverse dépose à titre confidentiel les pièces A à E du dossier administratif.

La première intervenante dépose à titre confidentiel cinq pièces identifiées comme suit : « 1. Lettre de support », « 2. Déclaration de la banque de la société Lightwell », « 3. Accord concernant le marché évoqué au point 12 de la requête de la société Schröder BE », « 4. Projet de comptes annuels 2019 » et « 5. Tableaux de comparaison des offres pour le lot 2 ».

À l'occasion de la communication de sa « Note complémentaire », la

deuxième intervenante a déposé, à titre confidentiel, trois pièces identifiées comme étant es pièces A, B et C de son dossier.

Dès lors que ces demandes n'ont pas été contestées, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1^{er}.

Les requêtes en intervention respectivement introduites par la société Lightwell, la société Signify Belgium et la société Lug Light Factory sont accueillies.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision prise par ORES Assets en date du 23 janvier 2020 d'attribuer le lot 1 du marché public de fournitures de luminaires LED d'éclairage public aux sociétés Signify, Lightwell et Lug Light Factory est ordonnée.

Article 3.

La pièce n° 13 du dossier de la requérante, les pièces A à E du dossier administratif, les pièces de la première intervenante identifiées comme suit : « 1. Lettre de support », « 2. Déclaration de la banque de la société Lightwell », « 3. Accord concernant le marché évoqué au point 12 de la requête de la société Schröder BE », « 4. Projet de comptes annuels 2019 » et « 5. Tableaux de comparaison des offres pour le lot 2 », ainsi que les pièces A à C de la deuxième intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

Ainsi prononcé, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 5 juin 2020 par :

David DE ROY,
Vincent DURIEUX

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX

David DE ROY