CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

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

A R R Ê T

n^o^ 248.444 du 5 octobre 2020

A. 231.745/VI-21.859

En cause : **la société anonyme YVAN PAQUE**,
ayant élu domicile chez
M^es^ André DELVAUX et
Bernard DE COCQUÉAU, avocats,
place des Nations Unies 7
4020 Liège,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée société intercommunale BEP - Environnement,
ayant élu domicile chez
M^e^ Christophe THIEBAUT, avocat,
chaussée de Marche 458
5101 Erpent.

Partie requérante en intervention :

la société anonyme GENETEC
ayant élu domicile chez
M^es^ Laurent-Olivier HENROTTE et
Eve MICHEL, avocats,
avenue du Luxembourg, 152
5100 Jambes.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 septembre 2020, la SA Yvan Paque demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision adoptée par le conseil d'administration de la partie adverse le 26 août 2020, par laquelle celle-ci a notamment décidé de considérer l'offre de la SA YVAN PAQUE comme nulle ou irrégulière et d'attribuer le marché intitulé "Modernisation de l'éclairage extérieur de nos Recyparcs (luminaires LED, supervision...)" à la SA Genetec (cahier des charges n°BEP/PAC/LED/2019) » et, d'autre part, l'annulation de la même décision.

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

II. Procédure

Par une ordonnance du 15 septembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 29 septembre 2020.

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

Par une requête introduite le 28 septembre 2020, la SA Genetec a demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure.

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.

M^me^ Florence Piret, Conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^es^ Bernard De Cocquéau et François Paulus, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^es^ Christophe Thiebaut et Jérôme Denayer, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e^ Eve Michel, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

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

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 à l'examen de la demande

La partie adverse résume comme il suit les faits de la cause :

« 1. La SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE SOCIÉTÉ INTERCOMMUNALE BEP-ENVIRONNEMENT (ci-après, le BEP-ENVIRONNEMENT) est une intercommunale (pièce n°1), dont la mission porte notamment sur l'exploitation d'un réseau de 33 recyparcs répartis sur l'ensemble de la Province de Namur et sur la Commune de Héron (située en Province de Liège).

2. En 2019, le BEP-ENVIRONNEMENT initie un marché public de fournitures dont l'objet tend :

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

– pour l'ensemble de ses recyparcs et pour un centre de transfert situé à Biron (Ciney), à "moderniser totalement l'éclairage extérieur en remplaçant les luminaires existants par des luminaires LED et en installant une supervision permettant de gérer, au départ [du] siège central de Floreffe, le fonctionnement des éclairages de chacun de ces sites indépendamment";

– pour certains recyparcs, à procéder à "une mise aux normes et/ou une maintenance [des] installations d'alimentation en électricité des luminaires (coffret électrique, câbles,…)".

Concrètement, le cahier spécial des charges établi pour ce marché public, prévoit que, pour chacun des sites, il est attendu de l'adjudicataire les démarches suivantes :

" - Partie 1 : le travail de l'adjudicataire commencera par une visite, un état des lieux de la situation existante, un diagnostic des problèmes éventuels ainsi qu'une étude photométrique.

- Partie 2 : en fonction du diagnostic et des résultats de l'étude, l'adjudicataire définira, sur base des postes définis dans les clauses techniques du présent marché, les quantités présumées nécessaires à la modernisation du site. Il soumettra l'inventaire pour accord au Pouvoir Adjudicateur et, dès que cet inventaire aura été validé, il planifiera la pose des fournitures sur le terrain (résolution des éventuels problèmes, remplacement des luminaires, installation de la supervision, ...)" […].

Le marché public est passé dans le cadre d'une procédure ouverte (dont le prix constitue l'unique critère d'attribution) pour une durée d'exécution de 48 mois, étant entendu qu'un maximum de 12 sites sera "étudié" annuellement.

Le montant estimé du marché est fixé à 444.400,00 € HTVA (ou 537.724,00 € TVAC).

Au niveau des prescriptions techniques, le cahier spécial des charges prévoit encore :

– au point "I.14 Informations complémentaires – Forum Q/R", que "toute question ou information complémentaire sur les documents du marché peut être postée sur le forum questions-réponses de la plateforme e-procurement";

– au point "III.1.2.3.4 Luminaires LED – type urbain – 4.000 lm" – figurant [dans] la partie "III. Prescriptions techniques" –, les précisions suivantes :

"Luminaire d'éclairage extérieur de type urbain en led.

La carcasse de l'appareil est en fonderie d'aluminium. Fermeture par une vasque en verre trempé sérigraphié.

Il se présente sous forme oblongue. Sa hauteur ne dépasse pas 100 mm. La tolérance est de 3 %. Son Scx est inférieur à 0,06m².

La fixation sur tout support se fera par l'intermédiaire d'une pièce en fonderie d'aluminium.

La fermeture/ouverte pour l'accès aux composants (auxiliaires et platines led) se fera par clapet sans outil. Une béquille de sécurité, ou tout autre système équivalent, maintiendra le capot en position ouverte.

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

Le luminaire sera maintenable sur site et en nacelle. Sa surface sera lisse afin de minimiser les points d'encrassements. Il sera équipé d'un presse-étoupe de ventilation pour pression interne stable.

Son taux de recyclabilité du luminaire supérieur à 95 %. La finition sera par poudrage de peinture polyester grise.

L'appareil intègre des modules LED et driver standard ZHAGA®.
Les luminaires afin de pouvoir être maintenus selon les principes définis par l'Intercommunale devront intégrer les points de fixations répondant aux standards de maintenance ZhagaLivre 13 suivants :

- Z17-10-4a (équivalent drivers 165 watts)
- Z15-9-4a (équivalent drivers 110 & 135 watts)
- Z13-8-4a (équivalent drivers 60, 75, 90 & 110 watts)
- Z13-8-3b (équivalent drivers 20 & 40 watts)
- Z15-9-4a (équivalent drivers 20 & 40 watts)

ZhagaLivre 15 suivants :

- 2X2 –DA (équivalent 4 LEDs)
- 2X4 –DA (équivalent 8 LEDs)
- 2X6 –DA (équivalent 12 LEDs)
- 2X8 –DA (équivalent 16 LEDs)

L'appareil est livré avec un précâblage de minimum 8m en 4x1.5mm².

Caractéristiques techniques :

- Puissance consommée ≤ 40 W
- Température de couleur : 4000K
- Flux lumineux : minimum 4.000 lm
- IRC > 70
- IP66 (optique et appareillage)
- IK08
- A+
- L90 @ 100000h à 25°C et 700mA.
- Courant max 700mA
- Sonde de température NTC incorporée et connectée
- Presse-Etoupe de ventilation en goretex intégré
- Cos Phi à 700mA ≥ 0,95
- Cos Phi à 50 % ≥ 0,90
- Tenue au choc minimum ESD 8KV et surtension transitoire 6KV
- Plage de température ambiante minimale de fonctionnement : -20°C à +40°C.
- Garantie 5 ans
- Marquage CE

L'optique sera proposée par le soumissionnaire en fonction des spécificités du site (écartement des candélabres, hauteurs des candélabres, zone à éclairer, …) afin de répondre aux exigences de l'étude photométrique.

La fixation sur les candélabres existants est incluse dans le prix des luminaires.

L'enlèvement des éventuels équipements présents dans le candélabre et devenu obsolètes par l'installation de luminaires LED (ballast, fusible, …) est inclus dans le prix.

Le luminaire proposé devra être dimmable (de 30 à 100 % de son intensité lumineuse) et parfaitement compatible avec le module de supervision et de commande qui sera installé dans le cadre de ce marché (poste 24).

Une documentation du luminaire proposé (fiche technique, …) est à joindre obligatoirement à la soumission.

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

17 : Luminaires LED (type urbain - puissance lumineuse 4.000 lm) Quantité : 50, Unité : pièce – QP";

– au point "III.1.2.3.5 Luminaires LED – type urbain – 8.000 lm", les précisions suivantes :

"Luminaire d'éclairage extérieur de type urbain en led.

La carcasse de l'appareil est en fonderie d'aluminium. Fermeture par une vasque en verre trempé sérigraphié.

Il se présente sous forme oblongue. Sa hauteur ne dépasse pas 100 mm. La tolérance est de 3 %. Son Scx est inférieur à 0,06m².

La fixation sur tout support se fera par l'intermédiaire d'une pièce en fonderie d'aluminium.

La fermeture/ouverte pour l'accès aux composants (auxiliaires et platines led) se fera par clapet sans outil. Une béquille de sécurité, ou tout autre système équivalent, maintiendra le capot en position ouverte.

Le luminaire sera maintenable sur site et en nacelle. Sa surface sera lisse afin de minimiser les points d'encrassements. Il sera équipé d'un presse-étoupe de ventilation pour pression interne stable.

Son taux de recyclabilité du luminaire supérieur à 95 %. La finition sera par poudrage de peinture polyester grise.

L'appareil intègre des modules LED et driver standard ZHAGA®.
Les luminaires afin de pouvoir être maintenu selon les principes définis par l'Intercommunale devront intégrer les points de fixations répondant aux standards de maintenance ZhagaLivre 13 suivants :
- Z17-10-4a (équivalent drivers 165 watts)
- Z15-9-4a (équivalent drivers 110 & 135 watts)
- Z13-8-4a (équivalent drivers 60, 75, 90 & 110 watts)
- Z13-8-3b (équivalent drivers 20 & 40 watts)
- Z15-9-4a (équivalent drivers 20 & 40 watts)

ZhagaLivre 15 suivants :
- 2X2 –DA (équivalent 4 LEDs)
- 2X4 –DA (équivalent 8 LEDs)
- 2X6 –DA (équivalent 12 LEDs)
- 2X8 –DA (équivalent 16 LEDs)

L'appareil est livré avec un précâblage de minimum 8m en 4x1.5mm².

Caractéristiques techniques :
- Puissance consommée ≤ 70 W
- Température de couleur : 4000K
- Flux lumineux : minimum 7.500 lm
- IRC > 70
- IP66 (optique et appareillage)
- IK08
- A+
- L90 @ 100000h à 25°C et 700mA.
- Courant max 700mA
- Sonde de température NTC incorporée et connectée
- Presse-Etoupe de ventilation en goretex intégré
- Cos Phi à 700mA ≥ 0,95
- Cos Phi à 50 % ≥ 0,90

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

- Tenue au choc minimum ESD 8KV et surtension transitoire 6KV
- Plage de température ambiante minimale de fonctionnement : -20°C à +40°C.
- Garantie 5 ans
- Marquage CE

L'optique sera proposée par le soumissionnaire en fonction des spécificités du site (écartement des candélabres, hauteurs des candélabres, zone à éclairer, …) afin de répondre aux exigences de l'étude photométrique.

La fixation sur les candélabres existants est incluse dans le prix des luminaires.

L'enlèvement des éventuels équipements présents dans le candélabre et devenu obsolètes par l'installation de luminaires LED (ballast, fusible, …) est inclus dans le prix.

Le luminaire proposé devra être dimmable (de 30 à 100 % de son intensité lumineuse) et parfaitement compatible avec le module de supervision et de commande qui sera installé dans le cadre de ce marché (poste 24).

Une documentation du luminaire proposé (fiche technique, …) est à joindre obligatoirement à la soumission.

18 : Luminaires LED (type urbain - puissance lumineuse 8.000 lm) Quantité : 55, Unité : pièce – QP";

– au point "III.1.2.3.6 Luminaires LED – type urbain – 12.000 lm", les précisions suivantes :

"Luminaire d'éclairage extérieur de type urbain en led.

La carcasse de l'appareil est en fonderie d'aluminium. Fermeture par une vasque en verre trempé sérigraphié.

Il se présente sous forme oblongue. Sa hauteur ne dépasse pas 100 mm. La tolérance est de 3 %. Son Scx est inférieur à 0,06m².

La fixation sur tout support se fera par l'intermédiaire d'une pièce en fonderie d'aluminium.

La fermeture/ouverte pour l'accès aux composants (auxiliaires et platines led) se fera par clapet sans outil. Une béquille de sécurité, ou tout autre système équivalent, maintiendra le capot en position ouverte.

Le luminaire sera maintenable sur site et en nacelle. Sa surface sera lisse afin de minimiser les points d'encrassements. Il sera équipé d'un presse-étoupe de ventilation pour pression interne stable.

Son taux de recyclabilité du luminaire supérieur à 95 %. La finition sera par poudrage de peinture polyester grise.

L'appareil intègre des modules LED et driver standard ZHAGA®.
Les luminaires afin de pouvoir être maintenus selon les principes définis par l'Intercommunale devront intégrer les points de fixations répondant aux standards de maintenance ZhagaLivre 13 suivants :
- Z17-10-4a (équivalent drivers 165 watts)
- Z15-9-4a (équivalent drivers 110 & 135 watts)
- Z13-8-4a (équivalent drivers 60, 75, 90 & 110 watts)
- Z13-8-3b (équivalent drivers 20 & 40 watts)
- Z15-9-4a (équivalent drivers 20 & 40 watts)

ZhagaLivre 15 suivants :

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

- 2X2 –DA (équivalent 4 LEDs)
- 2X4 –DA (équivalent 8 LEDs)
- 2X6 –DA (équivalent 12 LEDs)
- 2X8 –DA (équivalent 16 LEDs)

L'appareil est livré avec un précâblage de minimum 8m en 4x1.5mm².
Caractéristiques techniques :

- Puissance consommée ≤ 110 W
- Température de couleur : 4000K
- Flux lumineux : minimum 12.000 lm
- IRC > 70
- IP66 (optique et appareillage)
- IK08
- A+
- L90 @ 100000h à 25°C et 700mA.
- Courant max 700mA
- Sonde de température NTC incorporée et connectée
- Presse-Etoupe de ventilation en goretex intégré
- Cos Phi à 700mA ≥ 0,95
- Cos Phi à 50 % ≥ 0,90
- Tenue au choc minimum ESD 8KV et surtension transitoire 6KV
- Plage de température ambiante minimale de fonctionnement : -20°C à +40°C.
- Garantie 5 ans
- Marquage CE

L'optique sera proposée par le soumissionnaire en fonction des spécificités du site (écartement des candélabres, hauteurs des candélabres, zone à éclairer, …) afin de répondre aux exigences de l'étude photométrique.

La fixation sur les candélabres existants est incluse dans le prix des luminaires.

L'enlèvement des éventuels équipements présents dans le candélabre et devenu obsolètes par l'installation de luminaires LED (ballast, fusible, …) est inclus dans le prix.

Le luminaire proposé devra être dimmable (de 30 à 100 % de son intensité lumineuse) et parfaitement compatible avec le module de supervision et de commande qui sera installé dans le cadre de ce marché (poste 24).

Une documentation du luminaire proposé (fiche technique, …) est à joindre obligatoirement à la soumission.

19 : Luminaires LED (type urbain - puissance lumineuse 12.000 lm) Quantité : 50, Unité : pièce – QP" […].

3. Le 26 mars 2020, l'avis de marché est publié au Journal Officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications […].

La date fixée pour le dépôt des offres est le 27 mai 2020.

4. Le 27 mai 2020, neuf offres sont déposées, respectivement par :

– la S.A. CORETEC ENGINEERING, pour un prix de 411.098,20 € HTVA;

– la S.A. ETS E. RONVEAUX, pour un prix de 252.620,89 € HTVA;

– la S.A. ETS JACOBS, pour un prix de 336.979,73 € HTVA;

– la S.A. ENGIE FABRICOM, pour un prix de 435.559,68 € HTVA;

– la S.A. GENETEC, pour un prix de 269.733,10 € HTVA […];

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

– la NV JACOPS, pour un prix de 327.621,73 € HTVA;

– la S.A. LAMELEC, pour un prix de 484.350,89 € HTVA;

– la S.A. COLLIGNON ENG, pour un prix de 277.910,06 € HTVA;

– la S.A. YVAN PAQUE (ci-après, la partie requérante), pour un prix de 252.111,02 € HTVA […].

5. Le 8 juin 2020, le BEP-ENVIRONNEMENT écrit à la partie requérante pour l'informer qu'"il ressort […] de l'analyse de [son offre] que les fiches techniques remises pour les luminaires ne nous permettent malheureusement pas de juger de la compatibilité du matériel proposé avec les exigences du Cahier Spécial des Charges (notamment en ce qui concerne l'intégration dans les luminaires de modules LED et de driver standard ZHAGA)".

En conséquence, le BEP-ENVIRONNEMENT invite la partie requérante à lui "préciser (complément de fiche technique, …) par mail ou par courrier, dans les plus brefs délais et au plus tard dans les 12 jours calendrier après la date d'envoi de la présente lettre, que les luminaires proposés sont bien conformes avec les exigences du Cahier Spécial des Charges" […].

6. Le 16 juin 2020, la partie requérante répond que "[son] fournisseur vous confirme que :

- Nos luminaires sont bien équipés de 2 connecteurs zagha (appelé dans les documents technique, brochures connecteur SR-system ready), le premier pour le citytouch (télégestion positionné au-dessus du luminaire) et le second pour la détection de présence (situé en dessous du luminaire).

- Les drivers sont bien des drivers Zagha compliant (SR system ready), ils sont équipés de l'option donnant l'alimentation électrique vers les 2 connecteurs zagha du luminaire, sont bien prévus pour alimenter la platine led et sont équipés de borne de raccordement afin de les remplacer très facilement si besoin.

- Par contre, les platines de led ne sont pas au standard Zagha livre comme demandé dans le CDC et ce pour plusieurs raisons. En tant que leader mondial de l'éclairage intérieur et extérieur, nous avons fait le choix de ne pas suivre ce standard (comme d'autres grands fabricants mondiaux d'ailleurs) car cela nous permet d'avoir une meilleure performance intégrale (led + PCB + thermique + optique). Pour nous cette maitrise est hyper importante car nous avons de meilleures performances photométrique et surtout [de] meilleures performances en économies d'énergies" […].

7. Le 30 juin 2020, le BEP-ENVIRONNEMENT procède à l'examen des offres.

Au terme du rapport d'attribution des offres, il conclut à l'irrégularité et l'écartement de huit offres.

S'agissant de l'offre de la partie requérante, les motifs suivants sont exposés :

"Matériel proposé :

Les exigences techniques du cahier des charges imposent la fourniture de luminaires intégrant des modules LED et des drivers répondant au standard ZHAGA® :

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

‘Les luminaires afin de pouvoir être maintenus selon les principes définis par l’Intercommunale devront intégrer les points de fixations répondant aux standards de maintenance ZhagaLivre 13 suivants :
- Z17-10-4a (équivalent drivers 165 watts)
- Z15-9-4a (équivalent drivers 110 & 135 watts)
- Z13-8-4a (équivalent drivers 60, 75, 90 & 110 watts)
- Z13-8-3b (équivalent drivers 20 & 40 watts)
- Z15-9-4a (équivalent drivers 20 & 40 watts)

Et ZhagaLivre 15 suivants :
- 2X2 – DA (équivalent 4 LEDs)
- 2X4 – DA (équivalent 8 LEDs)
- 2X6 – DA (équivalent 12 LEDs)
- 2X8 – DA (équivalent 16 LEDs)’

Ces exigences techniques sont considérées comme essentielles.

En effet, le choix du matériel ‘ZHAGA compatible’ est lié au fait que cela rend interchangeable des sources lumineuses LED ou de drivers LED produits par différents fabricants. Cela permet donc au pouvoir adjudicateur, à l’avenir, de rester indépendant du fournisseur désigné par le présent marché pour la fourniture du matériel, et de pouvoir faire évoluer ses appareils ou en remplacer certains composants sans rester lié à un fournisseur désigné.

L’imposition de ces exigences techniques a donc pour objectif de ne pas rester lié à un seul fournisseur désigné et proposant son propre matériel, et de pouvoir faire jouer la concurrence pour toute fourniture future étant donné l’interchangeabilité qu’elles permettent.

Néanmoins, à l’analyse des offres, il est apparu que plusieurs soumissionnaires ne proposaient pas le matériel exigé par le cahier des charges. […]

YVAN PAQUE SA
Le soumissionnaire joint à son offre des fiches techniques du matériel proposé à partir desquelles le pouvoir adjudicateur ne peut pas établir avec certitude qu’ils intègrent des modules LED et des drivers LED répondant aux standards ZHAGA®.

Au vu du doute existant sur le respect de ces exigences techniques, le pouvoir adjudicateur a demandé au soumissionnaire de préciser son offre en date du 8 juin 2020 afin d’établir avec certitude les caractéristiques techniques du matériel.

Après plusieurs échanges avec le fournisseur, il a été confirmé au pouvoir adjudicateur que ‘les platines de led ne sont pas au standard Zagha livre comme demandé dans le Cahier Spécial des Charges’.

Dès lors, le soumissionnaire proposant du matériel ne correspondant pas à une exigence essentielle du cahier des charges, cela rend inexistant son engagement à exécuter le marché dans les conditions prévues. Son offre est donc affectée d’une irrégularité substantielle et est déclarée irrégulière”.

En conclusion, le rapport d’attribution propose d’attribuer le marché public à la S.A. GENETEC […].

8. Le 26 août 2020, le conseil d’administration du BEP-ENVIRONNEMENT décide, notamment, d’approuver le rapport d’examen des offres du 30 juin 2020, de déclarer l’offre de la partie requérante irrégulière et d’attribuer le marché public à la S.A. GENETEC […].

Il s’agit de l’acte attaqué.

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

9. Le 31 août 2020, le BEP-ENVIRONNEMENT transmet l'acte attaqué à la partie requérante […].

10. Le 14 septembre 2020, la partie requérante introduit le présent recours ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 28 septembre 2020, la SA Genetec demande à intervenir dans la présente procédure.

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

V. Quant au caractère sérieux des moyens

V.1. Thèse des parties

1. Position de la requérante

La requérante prend un moyen, le premier, de « la violation des articles 5 et 53 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ainsi que des principes de bonne administration, d'égalité de traitement entre soumissionnaires, de non-discrimination, de concurrence, de transparence et du principe de proportionnalité ».

Après avoir rappelé la portée de la réglementation applicable concernant les spécifications techniques, la requérante expose que les exigences techniques visées aux points III.1.2.3.4, III.1.2.3.5 et III.1.2.3.6 du cahier spécial des charges, considérées comme essentielles dans le rapport d'examen des offres, sont directement recopiées du guide technique du luminaire TEOS proposé par le fabriquant ROHL, que le cahier spécial des charges reprend les standards de maintenance ZHAGA (livres 13 et 15) qui correspondent exactement aux standards auxquels satisfait le luminaire TEOS, que la phrase préalable qui figure dans le guide technique du luminaire TEOS selon laquelle « [l]es luminaires afin de pouvoir être maintenus selon les principes définis par le client intègrent les points de fixation répondant aux standards de maintenance ZHAGA (…) » est également reproduite dans le cahier spécial des charges, qu'en outre, la forme oblongue du luminaire, décrite dans le cahier spécial des charges, est spécifique à l'appareil TEOS, que la partie adverse, qui n'est pas membre du *consortium* ZHAGA, n'avait pas accès aux standards contenus dans les livres 13 et 15 établis par ZHAGA, que la partie adverse s'est donc bien basée sur la documentation d'un fabricant (en l'occurrence, la société ROHL) pour intégrer les standards de ce dernier dans les documents du marché, qu'exiger ces standards, au titre de spécifications techniques essentielles, a eu pour

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

effet d'éliminer les autres fabricants qui ne proposent pas des luminaires répondant exactement à ces standards et qu'il n'était pas possible de proposer un produit équivalent au produit TEOS fabriqué par ROHL, puisque seul ce dernier remplit l'ensemble des standards ZHAGA repris dans les documents du marché. Elle relève que ces exigences techniques, anormalement restrictives et visant à favoriser un fabricant en particulier, ont conduit la partie adverse à considérer comme irrégulières les huit autres offres déposées par des entreprises de renom, l'offre de l'attributaire du marché étant la seule qui propose le matériel qui répond aux standards fixés dans le cahier spécial des charges.

Elle ajoute que l'exigence ZHAGA relative aux « platines LED », dont le non-respect a conduit la partie adverse à déclarer son offre irrégulière, n'est, de surcroît, pas justifiée techniquement, dès lors qu'un changement de platines par d'autres platines répondant aux mêmes standards ZHAGA ne permettrait pas de garantir un même rayonnement lumineux (soit une même performance photométrique), alors que ce type de platine LED aboutit à une performance globale inférieure en termes notamment d'économies d'énergie. Elle affirme encore que les standards du *consortium* ZHAGA, correspondant aux produits proposés par ROHL, ne sont pas justifiés au regard de l'objet du marché, d'autres standards moins restrictifs pouvant être mobilisés pour garantir l'interopérabilité des composants des luminaires tout en permettant d'ouvrir le marché à la concurrence (telles les prescriptions établies par la Fédération des gestionnaires de réseaux électricité et gaz de Belgique en matière d'éclairage LED ou la certification ENEC Plus). Elle fait aussi valoir que les standards ZHAGA auraient pu être décrits en des termes techniques (notamment au niveau des dimensions) plutôt que de faire référence à des normes abstraites (du type « Z17 » ou « Z15 »), uniquement déchiffrables par les membres du *consortium* ayant accès aux documents ZHAGA et que la partie adverse aurait dû faire état, dans les spécifications techniques du cahier spécial des charges, de l'objectif d'interchangeabilité qu'elle poursuivait en se référant aux standards ZHAGA, cet objectif étant pour la première fois invoqué au stade de l'examen des offres.

Elle en déduit que les spécifications techniques des luminaires, telles que rédigées dans le cahier spécial des charges, visaient manifestement à favoriser un produit particulier (soit le luminaire TEOS proposé par le fabricant ROHL) et ont eu pour effet d'exclure irrégulièrement les produits concurrents proposés par les autres soumissionnaires, méconnaissant ainsi les principes et dispositions visés au moyen. Elle précise encore qu'elle justifie d'un intérêt au moyen, puisqu'en cas d'irrégularité affectant le cahier spécial des charges, le marché ne pourrait plus être attribué et elle retrouverait une nouvelle chance de l'obtenir.

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

2. Position de la partie adverse

La partie adverse affirme tout d'abord que la requérante n'a pas intérêt au grief qu'elle énonce, puisque son fabricant SIGNIFY est membre du *consortium* ZHAGA, que la requérante a donc pu prendre connaissance des standards ZHAGA, que, dans son courrier en réponse du 16 juin 2020 à la demande d'information lui adressée, elle a d'ailleurs affirmé qu'elle respectait partiellement ces standards et reconnu que c'était son fabriquant qui avait fait le « choix » de proposer une offre qui n'était pas conforme aux spécifications techniques du marché. Elle en déduit que l'illégalité dénoncée dans le premier moyen de la requête n'a pas pu avoir d'incidence sur la situation de la requérante qui a « choisi » de proposer une autre solution et qui tente, après coup, de « trouver quelque chose » pour obtenir une nouvelle chance de concourir à l'obtention du marché.

La partie adverse fait ensuite valoir que le moyen n'est pas sérieux, déjà au seul motif, selon elle, que la requérante ne prétend pas avoir proposé un produit équivalent qui aurait été refusé par la partie adverse, alors que la seule sanction attachée au non-respect de l'article 53, §4, de la loi du 17 juin 2016 (qui interdit les spécifications discriminatoires) consiste à permettre aux soumissionnaires de « présenter un produit équivalent ».

Elle expose que les standards ZHAGA exigés par le cahier spécial des charges sont établis par un *consortium* d'entreprises du secteur des luminaires, qui tendent à « standardiser » les interfaces des différents composants de ces produits, en s'accordant sur des caractéristiques communes. Elle ajoute que de nombreuses entreprises – qu'elle identifie – proposent des produits qui répondent à ces standards, en déduit que les spécifications contenues aux points III.1.2.3.4, III.1.2.3.5 et III.1.2.3.6 du cahier spécial des charges correspondent à des « spécifications techniques communes » au sens de l'article 53, § 3, 2°, de la loi du 17 juin 2016, qu'elles sont donc permises et que, contrairement à ce qu'affirme la requérante, le fournisseur ROHL n'était pas le seul à proposer des produits conformes aux spécifications techniques du marché. Selon elle, il est, dès lors, totalement faux de soutenir que les documents du marché auraient été rédigés de telle manière à favoriser un produit particulier (fourni par la société ROHL) ou que la partie adverse aurait rédigé son cahier spécial des charges en reprenant les caractéristiques du produit de ce fournisseur.

La partie adverse fait valoir qu'en toute hypothèse, la référence à ces spécifications techniques est justifiée par l'objet du marché, dès lors qu'elles permettent de faciliter l'interchangeabilité et l'interopérabilité des composants des luminaires LED à placer, sans limiter pour autant la concurrence, compte tenu du

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

nombre conséquent de fournisseurs susceptibles de se conformer à ces exigences, alors que la requérante reconnaît, elle-même, dans son courrier du 16 juin 2020, que le non-respect des standards ZHAGA résulte d'un « choix » de son fabriquant et non d'une « impossibilité ». La partie adverse souligne encore que les points III.1.2.3.4, III.1.2.3.5 et III.1.2.3.6 du cahier spécial des charges précisent, à chaque fois, la possibilité de proposer un « équivalent » aux standards ZHAGA.

Elle conteste aussi l'affirmation selon laquelle les livres 13 et 15 établis par le *consortium* ZHAGA ne seraient pas accessibles. Elle affirme que la requérante disposait de ces documents, en tout cas, par l'intermédiaire de son fabricant SIGNIFY qui est membre du *consortium* et que la requérante maitrisait les prescriptions des documents du marché, puisque, dans son courrier du 16 juin 2020, elle a indiqué que son offre respectait partiellement les standards ZHAGA et que, pour le reste, il s'agit d'un « choix » de son fournisseur. La partie adverse soutient encore qu'elle dispose elle-même des livres 13 et 15 précités même si elle n'est pas membre du *consortium*, que, si la requérante n'avait pas accès à ces documents, il lui suffisait de l'interroger à cet égard et de solliciter leur production et qu'en toute hypothèse, ces documents sont accessibles sur internet.

Elle conclut qu'elle a pu valablement faire référence aux spécifications techniques retenues dans les documents du marché et que la circonstance que plusieurs soumissionnaires n'ont pas proposé une offre conforme à ces exigences ne peut lui être imputée, d'autant qu'il est démontré que plusieurs fournisseurs étaient susceptibles de répondre à cette demande.

3. Position de la partie intervenante

La partie intervenante relève que c'est en toute connaissance de cause et à la suite d'un choix délibéré que la requérante a décidé de ne pas déposer une offre respectant l'ensemble des spécifications techniques prescrites par le cahier spécial des charges du marché public. Elle affirme que la requérante avait pourtant reçu plusieurs offres de fabricants qui répondaient aux exigences requises et notamment une offre de la part de TECONEX, qu'elle produit en annexe de la requête. La partie intervenante expose qu'elle-même a sélectionné le fabricant TECONEX notamment parce que les produits qu'il proposait étaient conformes aux spécifications techniques des documents du marché et ajoute, à toutes fins utiles, avoir reçu des offres d'autres fabricants également conformes, ce qui démontre qu'il existait de nombreux produits répondant aux exigences prescrites par la partie adverse. Elle en déduit qu'il est totalement faux de prétendre que seuls les luminaires TEOS proposés par le fabricant RHOL respectaient ces exigences.

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

V.2. Appréciation

Quant à la recevabilité du premier moyen

Un soumissionnaire évincé justifie d'un intérêt à dénoncer l'illégalité de spécifications techniques imposées dans le cahier spécial des charges lorsque cette illégalité lui cause grief. C'est nécessairement le cas lorsque l'offre du soumissionnaire est écartée au motif, précisément, qu'elle ne respecte pas des spécifications techniques qui sont, par hypothèse, illégales. Ce constat suffit à considérer que la requérante justifie d'un intérêt au moyen, sans devoir apprécier, en outre, l'opportunité du choix opéré par la requérante ou son fabricant de proposer un produit qui ne répond que partiellement aux standards qu'elle critique. Ce choix n'empêche, en effet, pas la requérante de dénoncer la légalité de ces standards à l'appui du recours dirigé contre la décision d'attribution du marché. Il convient, en effet, de rappeler qu'un soumissionnaire évincé est, en principe, recevable à invoquer l'illégalité des documents du marché dans le cadre du recours dirigé contre la décision de ne pas retenir son offre et que l'abstention du soumissionnaire de faire valoir immédiatement, auprès du pouvoir adjudicateur, ses objections contre des dispositions du cahier spécial des charges ne l'empêche pas de soulever une illégalité à leur endroit à l'appui du recours introduit contre la décision d'attribution du marché.

Quant au caractère sérieux du premier moyen

S'il appartient au pouvoir adjudicateur de définir ses besoins en fixant les exigences techniques du marché, le recours à ces spécifications doit respecter les règles en vigueur. En l'occurrence, l'article 53 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme il suit :

« § 1er. Le pouvoir adjudicateur inclut dans les documents du marché les spécifications techniques, qui définissent les caractéristiques requises des travaux, des fournitures ou des services […]
§ 2. Les spécifications techniques donnent aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation et ne peuvent avoir pour effet que des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence soient soulevés.
§ 3. Sans préjudice des règles techniques nationales obligatoires, dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit de l'Union européenne, les spécifications techniques sont formulées de l'une des façons suivantes :
1° soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, en ce compris des caractéristiques environnementales, à condition qu'elles soient suffisamment précises pour permettre aux soumissionnaires de déterminer l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché;
2° soit par référence à des spécifications techniques et par ordre de préférence, aux normes nationales transposant des normes européennes, aux évaluations techniques européennes, aux spécifications techniques communes, aux normes internationales, aux autres référentiels techniques élaborés par les organismes

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

européens de normalisation, ou, en leur absence, aux normes nationales, aux agréments techniques nationaux ou aux spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et d'utilisation des fournitures. Chaque référence est accompagnée de la mention "ou équivalent";
3° soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles visées au 1° se référant aux spécifications visées au 2° comme un moyen de présomption de conformité à ces performances ou exigences fonctionnelles;
4° soit par référence aux spécifications visées au 2° pour certaines caractéristiques et aux performances ou aux exigences fonctionnelles visées au 1° pour d'autres caractéristiques.
§ 4. Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits.
Cette mention ou référence n'est autorisée, à titre exceptionnel, que :
1° lorsqu'il ne serait pas possible de fournir une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché en application du paragraphe 3;
2° lorsqu'elle est justifiée par l'objet du marché.
Dans le cas visé à l'alinéa 2, 1°, la mention ou référence doit être accompagnée des termes "ou équivalent".
En cas de non-respect par le pouvoir adjudicateur des obligations visées au présent paragraphe, le soumissionnaire peut présenter un produit ou un service équivalent.
§ 5. Lorsque le pouvoir adjudicateur fait usage de la possibilité, prévue au paragraphe 3, 1°, de formuler des spécifications techniques en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, il ne rejette pas une offre de travaux, fournitures ou services conformes à une norme nationale transposant une norme européenne, à un agrément technique européen, à une spécification technique commune, à une norme internationale ou à un référentiel technique élaboré par un organisme européen de normalisation, si ces spécifications correspondent aux performances ou aux exigences fonctionnelles qu'il a fixées.
Dans son offre, le soumissionnaire prouve, par tout moyen approprié, y compris ceux visés à l'article 55, que les travaux, fournitures ou services, conformes à la norme, répondent aux conditions de performance ou aux exigences fonctionnelles imposées par le pouvoir adjudicateur.
§ 6. Lorsque le pouvoir adjudicateur fait usage de la possibilité de se référer aux spécifications techniques visées au paragraphe 3, 2°, il ne rejette pas une offre au motif que les travaux, fournitures ou services offerts ne sont pas conformes aux spécifications techniques auxquelles il a fait référence dès lors que le soumissionnaire prouve dans son offre, par tout moyen approprié, y compris les moyens de preuve visés à l'article 55, que les solutions proposées satisfont de manière équivalente aux exigences définies par les spécifications techniques.
[…] » .

La disposition légale précitée entend concilier l'imposition de spécifications techniques par les acheteurs publics et l'ouverture des marchés publics à la concurrence, en exigeant des spécifications techniques qu'elles soient suffisamment transparentes et non discriminatoires. Comme le relève le paragraphe 2 de la disposition précitée, les spécifications techniques doivent donner aux opérateurs économiques « une égalité d'accès à la procédure de passation et ne peuvent avoir pour effet que des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence soient soulevés ». À cet égard, le paragraphe 4 interdit les spécifications techniques discriminatoires en prévoyant expressément qu'elles ne

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

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

Il découle de cette disposition qu'il ne suffit pas qu'un certain degré de concurrence existe, par exemple lorsque plusieurs entreprises pourraient proposer du matériel correspondant à une norme, une provenance ou un procédé déterminé, dès lors que l'imposition de cette norme, cette provenance ou ce procédé aurait pour effet d'écarter certaines entreprises ou certains produits de la concurrence. En l'espèce, il est, dès lors, indifférent que d'autres fabricants puissent se conformer aux spécifications techniques imposées par les documents du marché, dès lors que l'imposition de ces spécifications aurait pour effet « d'éliminer certaines entreprises ou certains produits ».

En l'occurrence, il fait *prima facie* peu de doute que la partie adverse a reproduit, dans le cahier spécial des charges, les spécifications du guide technique du luminaire TEOS proposé par le fabricant ROHL. Comme le relève la requérante, les références faites aux standards ZHAGA aux points III.1.2.3.4, III.1.2.3.4, III.1.2.3.5 et III.1.2.3.6 du cahier spécial des charges sont manifestement « recopiées » de ce guide technique, ce qui est déjà *prima facie* de nature à favoriser les fournisseurs qui ont recours au fabricant ROHL. Par ailleurs, les spécifications techniques qui imposent « les standards de maintenance Zhaga livres 13 et 15 » ne sont formulées ni en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles (article 53, § 3, 1°, de la loi du 17 juin 2016), ni par référence à des normes adoptées par des organismes internationaux, européens ou nationaux de normalisation et mises à la disposition du public, à d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation, à des agréments techniques nationaux ou à des spécifications techniques nationales en matière d'utilisation de fournitures (53, § 3, 2°, de la même loi). Contrairement aux affirmations de la partie adverse, il n'apparaît pas, non plus, des pièces du dossier que le renvoi aux standards ZHAGA constituerait une référence à des « spécifications techniques communes » au sens de l'article 53, § 3, 2°, de la loi du 17 juin 2016, son article 2, 47°, définissant la « spécification technique commune » comme « une spécification technique dans le domaine des TIC élaborée conformément aux articles 13 et 14 du règlement n° 1025/2012 du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne ». Conformément aux articles 13 et 14 précités, les « spécifications techniques communes » sont limitées au domaine des TIC et supposent, pour pouvoir servir de référence dans la passation des marchés publics, d'avoir été identifiées au terme d'une procédure qui implique une consultation approfondie auprès d'un vaste

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

éventail de parties prenantes (dont les organisations européennes de normalisation et les pouvoirs publics) ainsi que la vérification de différents critères listés dans l'annexe II du règlement n° 1025/2012 du 25 octobre 2012 précité.

Au vu des exigences de l'article 53 de la loi du 17 juin 2016, la référence aux standards établis par le *consortium* ZHAGA ne paraît, dès lors, *prima facie* pas être de celles qui seraient permises.

Exiger le respect de standards à ce point précis conduit à favoriser les fournisseurs qui ont recours à des fabricants qui répondent à ces exigences et prive les autres fournisseurs d'un accès au marché. Contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, il n'apparaît pas que les soumissionnaires ont réellement eu la possibilité de proposer un produit équivalent. Les standards ZAGHA livre 15 – dont le non-respect a conduit la partie adverse à déclarer l'offre de la requérante irrégulière – imposent le respect de dimensions précises pour la confection des platines LED. Dès lors que les spécifications techniques du cahier spécial des charges imposent une solution technique déterminée – et non une performance à atteindre ou une exigence fonctionnelle – , il ne semble *prima facie* pas possible de présenter une solution alternative, les spécifications techniques étant exclusivement définies par rapport à un procédé particulier permettant d'atteindre un résultat et non par rapport à ce résultat lui-même. Dans ce contexte, les mentions « équivalent […] LEDs » qui figurent dans le cahier spécial des charges paraissent être de pure forme, puisque qu'il n'est pas possible pour les soumissionnaires de proposer des solutions pouvant satisfaire de manière équivalente à des exigences qui ne sont définies qu'en termes de conformité à des standards déterminés (notamment au niveau de dimensions précises à respecter). Ces mentions ne font en réalité que renseigner les types de LEDs auxquels les dimensions des standards ZHAGA s'appliquent (4 LEDs, 8 LEDs, 12 LEDs et 16 LEDs).

Enfin, il n'est *prima facie* pas établi que l'imposition des standards ZHAGA serait justifiée par l'objet du marché. D'une part, l'insertion dans les documents du marché de spécifications techniques renvoyant à un procédé particulier doit être justifiée *a priori* dans ces documents. Les considérations émises dans le rapport d'analyse des offres et dans les écrits de procédure ne satisfont pas à cette exigence et ne sont donc pas susceptibles d'être invoquées utilement. D'autre part, il ne ressort pas du dossier administratif que l'objectif d'interchangeabilité et d'interopérabilité, invoqué tardivement par la partie adverse, ne pourrait être atteint autrement qu'en exigeant le respect de l'ensemble des standards ZHAGA, en ce compris les dimensions précises imposées pour la confection des platines LED dans le livre 15.

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

Il s'ensuit qu'en déclarant irrégulière l'offre de la requérante par référence à une exigence qui doit être considérée comme une spécification technique prohibée par l'article 53 de la loi du 17 juin 2016, la partie adverse a violé cette disposition et a, ce faisant, abusivement restreint l'accès du marché à la concurrence. Le simple effet discriminatoire des spécifications techniques imposées par la partie adverse suffit à considérer que la disposition légale précitée a *prima facie* été méconnue, sans qu'il soit requis de la partie adverse qu'elle ait, en imposant ces spécifications, entendu favoriser ou éliminer l'un ou l'autre soumissionnaire.

Le premier moyen est sérieux.

VI. Balance des intérêts

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

VII. Confidentialité

La requérante demande que son offre soit déclarée confidentielle « de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à maintenir une concurrence loyale entre les entreprises ». Il s'agit de la pièce 7 annexée à la requête.

La partie adverse formule une demande identique en ce qui concerne les offres des parties requérante et intervenante. Il s'agit des pièces 4 et 5 du dossier administratif.

Quant à la partie intervenante, elle demande la confidentialité de son offre déposée par la partie adverse dans le cadre de la présente procédure.

Aucune de ces demandes n'est contestée. Il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

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

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision prise le 26 août 2020 par le conseil d'administration de la SCRL société intercommunale BEP-environnement de considérer l'offre de la SA Yvan Paque comme nulle et irrégulière et d'attribuer le marché « Modernisation de l'éclairage extérieur de nos Recyparcs (luminaires LED, supervision,…) » à la SA Genetec est ordonnée.

Article 3.

La pièce 7 annexée à la requête et les pièces 4 et 5 du dossier administratif 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.

Article 6.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre siégeant en référé, le 5 octobre 2020, par :

Florence Piret,	conseiller d'État, président f.f.,
Nathalie Roba,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Nathalie Roba Florence Piret

‡AFKUMDDFG-BECGEDV‡