

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

n^o 249.466 du 12 janvier 2021

A.232.200/VI-21.905

En cause : **la société anonyme METALOGALVA BELUX,**
ayant élu domicile chez
M^e Philip PEERENS, avocat,
De Kleetlaan 2
1831 Diegem,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée
ORES ASSETS,
ayant élu domicile chez
M^{es} Christophe DUBOIS et
Thomas DERIDDER, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite par la voie électronique le 9 novembre 2020, la SA Metalogalva Belux demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision du 22 octobre 2020 prise par la SCRL Ores Assets intitulée « retrait de décision d'attribution - renonciation à l'attribution du marché WFCANWA22 - marché de fournitures de candélabres pour l'éclairage public », en ce que, par voie de cette décision, la partie adverse renonce à attribuer le marché et décide de revoir le cahier spécial des charges en vue d'une relance ultérieure de ce marché (ci-après dénommée la « décision de renonciation à l'attribution du marché » ou « l'acte attaqué »).

II. Procédure

Par une ordonnance du 10 novembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 30 novembre 2020.

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

M. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Margaux Van Opdenbochs, *loco* M^e Philip Peerens, avocat, comparissant pour la partie requérante, et M^e Thomas Deridder, avocat, comparissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Faits

La partie requérante expose comme suit les faits utiles à l'examen du recours :

- « 1. Le 18 mars 2020, un avis de marché est paru dans le Bulletin des Adjudications (BDA n° 2020-509106) et au Journal Officiel de l'Union Européenne (...), concernant le marché public de fournitures de candélabres pour l'éclairage public.
Le marché est constitué d'un lot unique relatif aux candélabres. La procédure d'attribution est celle de la procédure ouverte.
2. Le cahier des charges (...) fixe un certain nombre de règles relatives à la passation du marché, notamment les critères de sélection qualitative auxquels doivent répondre les soumissionnaires afin de pouvoir être sélectionnés :

III.2 Critères de sélection qualitative

III.2.1 Critères de sélection qualitative à caractère technique/professionnel

Pour être sélectionné, le Soumissionnaire doit disposer de 3 références similaires de contrats/marchés/ensemble de commandes pour un même client, exécutés ou en cours d'exécution au cours des 3 dernières années précédant la date ultime d'introduction des offres.

Par contrat/marché/ensemble de commandes pour un même client, similaires, on entend les fournitures de candélabres pour l'éclairage public à un client (valeur annuelle prise en compte : ensemble des candélabres livrés durant une année à un même client).

Niveau minimal à respecter : le soumissionnaire doit avoir réalisé 3 contrats/marchés/ensemble de commandes pour un même client, similaires dont chacun porte sur la fourniture de minimum 650 candélabres par an équivalent à ceux faisant l'objet du marché et dont chacun (chaque contrat/marché/ ensemble de commandes pour un même client) atteint une valeur annuelle de 235.000 €, au cours des 3 dernières années.

Dans un document annexé à l'offre, le soumissionnaire décrit ses contrats /marchés / ensemble de commandes pour un même client, de référence en y indiquant le nombre de candélabres (lequel doit être de minimum de 650 par an), le montant HTVA du contrat (marché ou commande), la date, la référence du contrat/marché/ ensemble de commandes pour un même client, le nom du client (et s'il est public ou privé). Ces déclarations seront vérifiées par le Pouvoir adjudicateur qui se réserve le droit à cet effet de prendre contact avec les clients de référence pour vérifier l'exactitude et la pertinence des marchés/contrats/ensemble de commandes pour un même client

déclarés. Les contrats / marchés / ensemble de commandes pour un même client, de référence cités peuvent concerner le Pouvoir Adjudicateur.

Si après rappel, les documents manquants ne sont toujours pas fournis, le pouvoir adjudicateur ne sera pas en mesure d'apprécier la capacité et ne pourra pas prendre une décision de sélection par rapport à ce soumissionnaire.

111.2.2 Critères de sélection qualitative à caractère financier/économique

Pour être sélectionné, le Soumissionnaire :

- doit disposer, au cours des trois derniers exercices disponibles, d'un chiffre d'affaires annuel moyen de vente de candélabres de minimum 950.000 €/ an hors TVA.
- déclare son chiffre d'affaires global annuel sur les trois derniers exercices disponibles dans le DUME. Ces déclarations seront vérifiées par le Pouvoir adjudicateur sur la base des comptes annuels certifiés et/ou publiés et à défaut, par une déclaration de réviseurs indépendants. Le Soumissionnaire s'engage à fournir ces documents justificatifs à la première demande du Pouvoir adjudicateur, sauf s'ils sont disponibles gratuitement "on line".

Si après rappel, les documents manquants ne sont toujours pas fournis, le pouvoir adjudicateur ne sera pas en mesure d'apprécier la capacité et ne pourra pas prendre une décision de sélection par rapport à ce soumissionnaire.

3. À la date limite du dépôt des offres, le 12 mai 2020, trois entreprises avaient remis une offre :

- Metalogalva,
- Industrielle boraine, et
- la SA Pylonen De Kerf.

4. À la suite d'une analyse des critères de sélection qualitative à caractère technique et professionnel ainsi que des critères de sélection qualitative à caractère économique et financier des trois soumissionnaires, la partie adverse a conclu que les deux offres suivantes répondaient aux critères de sélection qualitative stipulés dans le Cahier spécial des charges :

- l'offre de Metalogalva pour un montant de 1.361.785,89 EUR, et
- l'offre d'Industrielle Boraine pour un montant de 1.072.264,89 EUR.

Par conséquent, Metalogalva et Industrielle Boraine ont été sélectionnées.

Or, selon les connaissances qu'a la partie requérante du marché concerné, Industrielle Boraine ne répond manifestement pas, ni aux critères de sélection qualitative à caractère technique et professionnel, ni aux critères de sélection qualitative à caractère économique et financier.

Ensuite, après un examen de la régularité des deux offres sélectionnées et une prétendue - quod non - vérification de la régularité des prix, la partie adverse a conclu à la régularité des offres et des prix des deux offres sélectionnées.

Enfin, après analyse des critères d'attribution étant (i) le site d'entreposage et (ii) le prix et après application des points y afférents, la partie adverse en a conclu qu'Industrielle Boraine avait obtenu un total de 100 points contre un total de 10 points pour Metalogalva.

En conséquence, l'offre d'Industrielle Boraine a été considérée - à tort - comme l'offre régulière économiquement la plus avantageuse et cette dernière s'est donc vu attribuer le marché en question par décision de la partie adverse du 25 août 2020.

5. Par lettre datée du 26 août 2020 et envoyée par courrier recommandé le 29 août 2020 (...), la partie adverse a informé la partie requérante de sa décision d'attribuer le marché à Industrielle Boraine. En pièces jointes à cette lettre étaient reprises (i) une copie de la décision d'attribution, suivi (ii) d'une copie de la "fiche d'attribution", laquelle est censée faire partie intégrante [de] la décision d'attribution.

La décision d'attribution a été libellé de la manière suivante :

ATTRIBUTION**MARCHE DE FOURNITURES DE CANDELABRES POUR L'ECLAIRAGE PUBLIC**

- Référence :

WCFANWA22

Vu la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés public et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu les dispositions de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;

Vu la décision du Conseil d'Administration de l'intercommunale ORES Assets SC adoptée en date du 22 janvier 2014 considérant que relevaient de la gestion journalière les décisions relatives aux marchés publics (lancement, choix de la procédure et des conditions du marché, sélection des candidats, attribution du marché, renonciation à la procédure, suivi de l'exécution, ...) et, partant, que celles-ci étaient couvertes par la délégation à la gestion journalière telle qu'organisée dans les règlements relatifs aux pouvoirs délégués et mandats adoptés par l'Intercommunale ORES Assets SC en date du 22 janvier 2014, lequel prévoit la faculté de subdéléguer;

Vu le règlement relatif aux subdélégations en matière de gestion journalière adopté par l'administrateur délégué et plus spécifiquement son annexe 2;

Vu la nécessité de conclure des marchés publics de fournitures, de travaux et de services pour permettre la poursuite des activités de l'intercommunale ORES Assets SC;

Vu les critères de sélection et d'attribution précédemment approuvés et repris dans l'avis de marché publié, et le cahier des charges administratif;

Considérant l'analyse des offres établie sur base des critères retenue bien connus de la part du soumissionnaire puisque figurant dans le cahier des charges, telle que reprise dans la fiche d'attribution ci-annexée faisant partie intégrante de la présente décision;

Partant et en vertu de la délégation donnée par l'intercommunale ORES Assets SC et des subdélégations effectuées par l'administrateur délégué, Monsieur Benoît Houssard et Fernand Grifnee sont invités à marquer accord sur la proposition d'attribution ci-dessous, laquelle résulte de la stricte application des règles et critères précédemment approuvés:

Lot	Description	Nombre d'articles	Adjudicataire	Montant EUR (Hors TVA) sur 36 mois	Durée
1	Marche-de fournitures de candélabres pour l'éclairage public	30	Industrielle Boraine S.A.	1.072.264,89 €	24 mois + 12 mois renouvelable

La durée prévue du marché est de 24 mois + 12 mois renouvelable, La date estimée d'entrée en vigueur du contrat est le 01/10/2020.

Partant et en vertu de la délégation donnée par l'Intercommunale ORES Assets SC et des subdélégations effectuées par l'administrateur délégué, Messieurs Benoît Houssard et Fernand Grifnee, décident d'attribuer - tel que précisé ci-avant - le marché de Marché de fournitures de candélabres pour l'éclairage public selon la procédure ouverte.

Date : 25/08/2020

Didier Valentin
Chef du service d'Achat - Logistique

Benoît Houssard
Directeur du Département Technique

6. Par courrier du 4 septembre 2020 à la partie adverse, la partie requérante conteste la décision d'attribution dudit marché et dénonce une première fois les irrégularités dont fait état de la décision d'attribution. En outre, la partie requérante invite la partie adverse à lui démontrer qu'Industrielle Boraine répond aux critères de sélection qualitative à caractère technique et professionnel ainsi

qu'aux critères de sélection qualitative à caractère économique et financier qu'exigent le marché. (...)

Sans réponse de la partie adverse, la partie requérante réitère sa demande par voie d'une mise en demeure officielle de son conseil datée du 7 septembre 2020.

Dans ce courrier, la violation des règles en matière de contrôle de la régularité des prix proposés ainsi que la violation en matière du contrôle obligatoire des offres à la lumière des critères de sélection qualitative sont dénoncées. Par ailleurs, le conseil de la partie requérante requiert de la partie adverse qu'elle (i) s'abstienne d'exécuter ladite décision d'attribution relative à la fourniture de candélabres pour l'éclairage public, (ii) ne conclue pas ce marché sur cette base, (iii) retire la décision d'attribution du marché et réattribue le marché, en reclassant les soumissionnaires ayant remis une offre régulière. (...)

Sans répondre à ce courrier officiel du 7 septembre 2020, en date du 9 septembre 2020 la partie adverse adresse un courrier directement à la partie requérante lui affirmant qu'Industrielle Borraine a invoqué le recours à la capacité de tiers : (...)

Bonjour,

Le soumissionnaire Industrielle Borraine s.a, a invoqué le recours à la capacité de tiers, tel que prévu à l'article 78 de la Loi du 17 juin 2016, de sorte que le pouvoir adjudicateur a pu valablement le sélectionner.

En effet, en disposant des références de son fabricant, il satisfait aux différents critères de sélection qualitative, aussi bien sur sa capacité technique et professionnelle que sur sa capacité économique et professionnelle

Meilleures salutations,

ORES

(...)

Par voie d'une seconde mise en demeure officielle de son conseil, la partie requérante réitère sa position, dans un courrier du 11 septembre 2020, en ses termes : (...)

Notre cliente maintient néanmoins intégralement sa position telle qu'exprimée dans notre lettre de mise en demeure vous adressée le 9 septembre 2020, notamment à la lumière des éléments suivants :

- La Décision d'attribution ne fait aucune mention d'un quelconque recours par Industrielle Borraine à la capacité de tiers, de telle sorte que la décision est à tout le moins atteinte par un manque de motivation à cet égard;
- Rien ne permet à notre cliente de contrôler si les conditions de validité dudit recours à la capacité de tiers, telles que fixées à l'article 73 de l'AR du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs publics, ont été rencontrées en l'espèce;
- Vous ne répondez pas aux critiques de notre cliente quant à la violation des règles en matière du contrôle de la régularité des prix.

7. La partie adverse n'ayant plus réagi, un recours en suspension d'extrême urgence devant Votre Conseil a été déposé le 14 septembre 2020.

Par ordonnance de fixation du 16 septembre 2020, les parties ont été appelées à comparaître devant Votre Conseil en date du 29 septembre 2020. Les conseils de la partie adverse ont fait valoir leurs observations dans une note établie à cet effet du 23 septembre 2020. Dans cette note d'observations, la partie adverse n'émet aucune contestation quant au fondement de la demande de la partie requérante et les motifs soulevés et se contente de contester la recevabilité *rationae temporis* du recours en suspension d'extrême urgence. Le dossier administratif déposé est extrêmement maigre.

Par arrêt n° 248.491 du 7 octobre 2020, Votre Conseil a rejeté l'exception d'irrecevabilité invoquée par la partie adverse, déclaré le moyen sérieux et ordonné la suspension de l'exécution de la décision de la partie adverse du 25 août attribuant le marché de fournitures de candélabres pour l'éclairage public à la société SA Borraine Industrielle.

8. Une requête en annulation a été déposée auprès de Votre Conseil le 26 octobre 2020 au nom de la partie requérante.

9. Par courrier daté du 23 octobre dernier, la partie adverse a notifié à la partie requérante sa décision de retrait et de renonciation à l'attribution du marché du 22 octobre 2020, par voie de laquelle non seulement la partie adverse (i) retire la décision d'attribution, mais en outre (ii) renonce à attribuer le marché et (iii) décide de revoir le Cahier spécial des charges en vue d'une relance ultérieure de ce marché.

Partant et en vertu de la délégation donnée par l'Intercommunale ORES Assets SCRL et des subdélégations effectuées par le Président du Comité de direction, Messieurs Benoit Houssard et Fernand Grifnee sont invités à marquer accord sur la proposition de retrait et de réfection ci-dessous :

“Messieurs Benoit Houssard et Fernand Grifnee, décident :

- de retirer la décision d'attribution du 25/08/2020 du marché WFC4NWA22;
- de renoncer à l'attribution du marché, ceci en application de l'article 85 de la loi du 17 juin 2016;
- de modifier le cahier spécial des charges en vue d'une relance ultérieure du marché”

Or, les illégalités formant la base des recours en suspension et en annulation susmentionnés justifient le retrait de la décision d'attribution initiale, mais n'imposaient pas de relancer une nouvelle procédure.

La partie adverse a néanmoins décidé de renoncer à l'attribution du marché afin de relancer ultérieurement le marché après avoir revu le Cahier spécial des charges, et ce sur base des motifs suivants :

Considérant que le pouvoir adjudicateur a procédé à un réexamen des offres de tous les concurrents au marché;

Qu'il est apparu à l'occasion de cet examen que le libellé du critère de sélection qualitative à caractère technique/professionnelle est peu clair et difficilement praticable, en ce qu'il stipule que:

“Pour être sélectionné, le Soumissionnaire doit disposer de 3 références similaires de contrats/marchés/ensemble de commandes pour un même client, exécutés ou en cours d'exécution au cours des 3 dernières années précédant la date ultime d'introduction des offres.

Par contrat/marché/ensemble de commandes pour un même client, similaires, on entend les fournitures de candélabres pour l'éclairage public à un client (valeur annuelle prise en compte : ensemble des candélabres livrés durant une année à un même client).

Niveau minimal à respecter : le soumissionnaire doit avoir réalisé 3 contrats/marchés/ensemble de commandes pour un même client, similaires dont chacun porte sur la fourniture de minimum 650 candélabres par an équivalent à ceux faisant l'objet du marché et dont chacun (chaque contrat/marché/ ensemble de commandes pour un même client) atteint une valeur annuelle de 235.000 4 au cours des 3 dernières années,

Dans un document annexé à l'offre, le soumissionnaire décrit ses contrats /marchés / ensemble de commandes pour un même client, de référence en y indiquant le nombre de candélabres (lequel doit être de minimum de 650 par an), le montant HTVA du contrat (marché ou commande), la date, la référence du contrat/marché/ ensemble de commandes pour un même client, le nom du client (et s'il est public ou privé). Ces déclarations seront vérifiées par le Pouvoir adjudicateur qui se réserve le droit à cet effet de prendre contact avec les clients de référence pour vérifier l'exactitude et la pertinence des marchés/contrats/ensemble de commandes pour un même client déclarés. Les contrats / marchés / ensemble de commandes pour un même client, de référence cités peuvent concerner le Pouvoir Adjudicateur”.

Qu'en exigeant que, pour être sélectionné, un soumissionnaire doive fournir, de manière cumulative, trois contrats réalisés auprès d'un même client, exécutés ou en cours d'exécution au cours des trois dernières années, portant sur l'installation d'un nombre minimal de 650 candélabres chacun, et atteignant pour chaque contrat une valeur annuelle de 235.000 euros, le pouvoir adjudicateur a adopté un critère de sélection inopérant. Ce critère est à tout le moins non proportionné à l'objet et la

valeur du marché;

Qu'il ressort, en outre, de l'analyse des offres qu'aucun des soumissionnaires ne fournit 3 références pour un même client, exécutés ou en cours d'exécution au cours des 3 dernières années précédant la date ultime d'introduction des offres et respectant toutes les conditions posées par le critère et listées ci-dessus;

Que, surabondamment, il apparaît que le Cahier spécial des charges n'est également pas suffisamment clair eu égard au recours par les soumissionnaires à la capacité de tiers, en ce qu'il n'indique pas sous quelle forme le soumissionnaire doit apporter la preuve du recours à la capacité de tiers;

Qu'il n'est ainsi pas précisé s'il faut un engagement du tiers ou si un faisceau d'indices traduisant cet engagement est suffisant, au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne en la matière;

Que cette situation est de nature à mettre à mal l'égalité entre les soumissionnaires;

Considérant, au vu de ces éléments, qu'il convient de renoncer à attribuer le marché et de revoir le cahier spécial des charges sur ces aspects en vue d'une relance ultérieure de ce marché;

Le présent recours ne porte pas sur la décision de retrait, mais uniquement sur la décision de renoncer à la procédure d'attribution en vue de recommencer une nouvelle procédure d'attribution du marché.

Il s'agit de l'Acte attaqué.

10. Par courrier daté du 28 octobre 2020, le conseil de la partie requérante a dénoncé le caractère tout aussi illégitime de cette nouvelle décision dont les prétendus arguments ne sont absolument pas fondés.

Par voie de ce même courrier, la partie adverse a été mise en demeure de (i) retirer la décision de renonciation à l'attribution du marché et de (ii) réattribuer le marché, en reclassant les soumissionnaires ayant remis une offre régulière. (...)

Cependant, ce courrier est resté lettre morte ».

IV. Moyen unique

IV.1. Requête

Le moyen unique est pris de la violation « des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à l'obligation de motivation formelle des actes administratifs; des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matières de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services de concessions; de l'obligation de motivation matérielle; du principe "*patere legem quam ipse fecist*"; des principes de bonne administration, notamment le principe de prudence et le devoir de minutie; de l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; de l'article 78 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; des principes généraux de transparence, de proportionnalité, de concurrence, d'égalité de traitement et de non-discrimination; de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Il est divisé en deux branches.

Première branche : quant à la motivation formelle et matérielle de l'acte attaqué

En une première branche, la requérante soutient, en substance, que chacun des motifs contenus dans l'acte attaqué est inexact en fait ou en droit.

Quant au premier motif, elle relève que la partie adverse soutient que le critère de sélection qualitative concernant l'exigence de trois références auprès d'un seul client serait inopérant, en ce qu'il exigerait - selon l'interprétation qu'en fait la partie adverse pour la première fois dans l'acte attaqué - que les soumissionnaires produisent au moins trois références qualifiées auprès d'un même client. La requérante expose au contraire en quoi, selon elle, le cahier spécial des charges est clair et ne nécessite aucune interprétation. Elle fait valoir qu'il n'est pas exigé que pour être sélectionné, le soumissionnaire doive fournir, de manière cumulative, trois contrats réalisés auprès d'un même client, dès lors qu'il est prévu que le soumissionnaire doit disposer de (i) soit 3 références similaires de contrats, (ii) soit 3 références similaires de marchés, (iii) soit 3 références similaires d'ensemble de commandes pour un même client, exécutées ou non et elle soutient que les mots « un même client » se rapportent à « ensemble de commandes », ce qui permet aux soumissionnaires de cumuler plusieurs commandes auprès d'un client pour pouvoir atteindre le niveau exigé par la partie adverse en termes de montant et du nombre d'équipements. Elle précise « qu'il s'agit enfin de l'application à laquelle a adhéré - à juste titre - la partie adverse dans le cadre de sa décision d'attribution initiale du 25 août 2020 ». Selon elle, la position contraire, défendue actuellement par la partie adverse dans l'acte attaqué, méconnaît manifestement les termes du cahier spécial de charges, et « est en outre absurde, en ce qu'elle méconnaît également manifestement le but poursuivi par ce critère de sélection qualitative », dès lors que, selon elle, « cela n'a pas de sens d'exiger trois références similaires de contrats pour un seul et unique client », et qu'en outre, « il ressort clairement d'autres passages du cahier spécial des charges que cela n'a jamais été le but poursuivi ». Elle relève qu'il ressort explicitement du cahier spécial des charges que les soumissionnaires ne sont nullement obligés de démontrer leur capacité technique sur base de références émanant d'un seul et même client, en ce qu'il fait état de « clients de référence ». Elle estime que l'interprétation que la partie adverse fait des documents émis dans le cadre du marché public n'est pas en conformité avec le prescrit ni avec le but recherché du cahier spécial des charges, et qu'elle viole les règles visées par le premier moyen, et en particulier l'obligation de motivation matérielle et le principe *patere legem quam ipse fecisti*.

Quant au deuxième motif de l'acte attaqué, selon lequel aucun des soumissionnaires n'a pu produire les références demandées dans le cahier spécial de

charges, la requérante expose d'abord qu'il n'est pas étonnant que les soumissionnaires aient produit des références émanant de plusieurs clients, eu égard au fait que c'était clairement autorisé par le cahier spécial des charges, et que ce ne serait que selon l'interprétation « farfelue » défendue par la partie adverse pour la première fois dans l'acte attaqué, que cela ne serait pas admissible. Elle allègue ensuite que le motif manque en fait, étant donné qu'elle a bien produit trois références qualifiées auprès d'un même client, et ceci pour chacun des trois clients invoqués dans son offre, soulignant qu'elle a vendu à chacun des trois clients publics, au cours de chacune des trois dernières années, le volume de candélabres dépassant en montant et en quantité le niveau minimal de commandes, résultant en trois références (une par année) par client, de sorte qu'elle a rempli les critères de sélection imposés par la partie adverse, et ce, même à suivre l'interprétation fautivement restrictive défendue, à tort selon elle, dans l'acte attaqué. Elle estime qu'en prétendant le contraire, la motivation de l'acte attaqué à ce sujet est inexacte et viole les règles visées par le premier moyen, notamment l'obligation de motivation matérielle et le devoir de minutie.

Quant au troisième motif selon lequel le cahier de charges ne serait pas suffisamment clair au sujet des modalités de l'appel aux capacités d'un tiers, la requérante soutient qu'il est également inexact, dès lors que la législation est claire à ce sujet et ne prête pas à interprétation. Elle allègue qu'en vertu de l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, il n'était pas requis de traiter ce sujet également dans le cahier spécial des charges et qu'en prétendant le contraire, la motivation de l'acte attaqué est inexacte et viole les règles visées par le premier moyen, notamment l'article 73 précité, ainsi que l'obligation de motivation matérielle et le devoir de minutie.

Elle en conclut que la partie adverse a violé les principes d'obligation de motivation formelle et matérielle des actes administratifs en ce que les prétendus motifs repris dans l'acte attaqué ne sont ni adéquats, ni admissibles, ni pertinents, et qu'ils ne respectent pas les règles que la partie adverse a elle-même édictées dans son cahier des charges.

Seconde branche : interdiction pour le pouvoir adjudicateur de prendre une décision arbitraire et discriminatoire

Dans la seconde branche du moyen, la partie requérante rappelle que, malgré le fait que l'opportunité de refaire la procédure est laissée à l'appréciation du pouvoir adjudicateur, ce dernier a l'interdiction de prendre une décision arbitraire et discriminatoire et que sa décision doit reposer sur des motifs admissibles en droit et en fait.

Elle fait valoir qu'il ressort de la première branche du moyen que l'acte attaqué est uniquement motivé formellement sur base d'éléments de fait et de droit manifestement faux, de sorte que la partie requérante ne dispose d'aucun élément lui permettant de comprendre objectivement la décision de renoncer à attribuer le marché public.

Elle soutient qu'en l'espèce, aucune circonstance entourant la procédure de passation du marché litigieux ne permet de considérer qu'il y avait lieu de renoncer à cette procédure sur la base de motifs admissibles et qu'au contraire, l'acte attaqué est motivé formellement sur la base d'un ensemble de motifs qu'on peut qualifier de « monté de toutes pièces » pour soutenir artificiellement un résultat prédéterminé, et qu'il est inspiré par un « refus arbitraire » de lui attribuer le marché ou, à tout le moins, par la volonté d'avantager d'autres soumissionnaires, notamment le soumissionnaire Industrielle Borraine, en lui attribuant le marché, d'une part, et en lui procurant une nouvelle chance de se voir attribuer le marché, de l'autre, et ce malgré le fait que c'est la partie requérante qui a déposé l'offre régulière économiquement la plus avantageuse.

Elle en conclut que la partie adverse a adopté l'acte attaqué de manière arbitraire, en ce qu'elle n'a pas correctement appliqué l'obligation de motivation formelle et matérielle des actes administratifs, les principes généraux de transparence, de proportionnalité, de concurrence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, de l'erreur manifeste d'appréciation.

IV.2. Thèse de la partie adverse

Quant à la première branche

Sur la première branche, la partie adverse fait valoir que la décision est bien motivée, en droit et en fait, et qu'en outre, elle est pertinente et ne relève pas de l'erreur manifeste d'appréciation. Elle rappelle que la décision d'arrêt de la procédure relève légalement de la compétence discrétionnaire de l'adjudicateur, alors que le contrôle exercé par le Conseil d'État est celui du contentieux objectif de légalité.

Elle souligne que les motifs de la décision du 22 octobre 2020 attaquée se fondent non seulement sur la première analyse effectuée par le pouvoir adjudicateur, mais également sur la requête en suspension d'extrême urgence précédemment déposée par la partie requérante, sur l'arrêt n° 248.491 du 7 octobre 2020, ainsi que sur une reconsidération des offres des compétiteurs du marché.

Elle souligne que le premier motif de la décision est fondé sur le libellé peu clair et difficilement praticable du critère de sélection qualitative, apparu à l'occasion de la reconsidération des offres de tous les concurrents du marché, ce qui est critiqué par la partie requérante qui considère que cette interprétation du critère serait effectuée pour la « *première fois* » ou serait « *farfelue* ». La partie adverse considère qu'il s'agit de critiques d'opportunité et rappelle que cette interprétation résulte des diverses lectures de la situation et souligne que, dès lors que la décision d'attribution initiale a été suspendue par l'arrêt n° 248.491, le pouvoir adjudicateur peut toujours revoir toute l'analyse menée antérieurement (en ce compris en ce qu'elle porte sur la sélection qualitative des soumissionnaires au marché).

Elle indique que, bien que l'interprétation présentée dans l'acte attaqué ne soit pas celle qui a été retenue par le pouvoir adjudicateur lors du premier examen des offres des soumissionnaires, c'est ensuite du réexamen qu'elle a effectué que la partie adverse a estimé que le critère de sélection, tel qu'il est formulé dans le cahier spécial des charges, était peu clair et difficilement praticable. Elle ajoute que la critique du précédent recours de la partie requérante portait partiellement sur la sélection qualitative telle que mise en œuvre par le pouvoir adjudicateur, de sorte qu'elle devait faire application de son devoir de bonne administration.

Quant au caractère inopérant, ou à tout le moins non proportionné à l'objet et à la valeur du marché du critère de sélection, elle indique que ce constat se fonde sur la nécessité de fournir, de manière cumulative, les éléments suivants :

- premièrement, trois contrats réalisés auprès d'un même client, exécutés ou en cours d'exécution au cours des trois dernières années,
- deuxièmement, portant sur l'installation d'un nombre minimal de 650 candélabres chacun et,
- troisièmement atteignant pour chaque contrat une valeur annuelle de 235.000 €.

Elle indique que, contrairement à ce qu'allègue la partie requérante, le cahier spécial des charges exigeait bien que, pour être sélectionné, le soumissionnaire doive fournir trois contrats réalisés auprès « *d'un même client* », sans que les termes « *un même client* » ne visent que la fourniture d'un « *ensemble de commandes* » comme le soutient la partie requérante. La partie adverse expose qu'en raison de cette divergence potentielle d'interprétation elle a décidé de ne plus retenir ce critère de sélection, dès lors qu'il n'est pas clair et univoque.

Quant à l'argument selon lequel l'interprétation qu'elle retient correspondrait à l'objectif poursuivi par le pouvoir adjudicateur de faciliter l'accès

au marché, elle relève que cet objectif n'a, à aucun moment, été indiqué par le pouvoir adjudicateur lui-même.

Elle estime également que la partie requérante ne peut être suivie lorsqu'elle soutient qu'il y a lieu de retenir son interprétation du critère de sélection dès lors que le cahier spécial des charges mentionnerait « *les clients* » de référence, étant donné que le cahier spécial des charges retient également, à divers endroits, la référence « *un* » (seul) client. Il s'ensuit, selon elle, que l'exigence ne pouvait être lue de manière univoque, ce qui rendait dès lors le critère inopérant ou, à tout le moins, exposait la partie adverse à un recours dans l'hypothèse où elle devait écarter un opérateur économique de la procédure de passation sur la base de ce critère. Elle en conclut qu'elle n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en décidant du caractère non opérant ou imprécis du critère de sélection.

Quant à l'exigence selon laquelle chacun de ces contrats devait porter sur un nombre de 650 candélabres, la partie adverse rappelle les termes des documents du marché:

« Niveau minimal à respecter : le soumissionnaire doit avoir réalisé trois contrats/marchés/ensemble de commandes pour un même client, similaires dont chacun porte sur la fourniture de minimum 650 candélabres par an équivalent à ceux faisant l'objet du marché [...] ».

Elle relève que la requête ne contient aucun développement à cet égard et souligne qu'en ne précisant pas s'il y avait lieu que les soumissionnaires démontrent que les candélabres objets des références avancées étaient bien « *équivalents à ceux faisant l'objet du marché* », les soumissionnaires avaient la possibilité d'interpréter cette identité de manière plus ou moins large.

Elle indique qu'il apparaît que les soumissionnaires Metalgalva et Industrielle Borraine ont d'ailleurs interprété cette exigence dans les offres déposées.

Elle relève que Metalgalva mentionnait, dans son offre, ce qui suit :

«

<u>Quantité annuelle</u>
+/- 1.150 mâts
+/- 930 mâts
+/- 10.500 mâts

».

Elle constate qu'Industrielle Borraine indique pour sa part, à propos de la description de la fourniture : « Divers mâts d'éclairage public fonctionnels et décoratifs », mais également, dans le cadre d'attestations de bonne exécution déposées :

«

Concernant : Livraison de mâts grande hauteur pour signalétique et Totem de support d'enseignes

Livraison de consoles et de poteaux d'éclairage public.

Concernant : Livraison de poteaux de signalisation de moyenne et grande portée

».

Quant au soumissionnaire Pylonen de Kerf, elle souligne qu'il indique ce qui suit :

«

fourniture candélabre

fourniture de l'ensemble des mats rond coniques du type CMU et CMUS ;

» mats identiques au marché ».

Elle ajoute que le recours à la notion de « *similaire* » ou « *équivalent* » n'est pas assez claire, précise ou prévisible au regard de la réglementation et de la jurisprudence. Elle estime que dès lors que le critère restait ouvert à l'interprétation, il est impossible pour le pouvoir adjudicateur d'évaluer si cette exigence était proportionnée à l'objet du marché. Elle considère également qu'il n'y a pas d'erreur manifeste d'appréciation dans le fait que l'adjudicateur considère, au vu du dossier, que ceci rend en pratique le critère inopérant.

Quant à l'exigence selon laquelle chaque contrat devait atteindre une valeur annuelle minimale de 235.000 €, elle fait valoir qu'en ne précisant pas s'il y avait lieu d'indiquer le montant total de la référence ou le montant annuel de la référence, le critère est susceptible d'interprétations différentes de la part des soumissionnaires. Elle relève que ce critère a été interprété différemment par Metalgalva et Industrielle Borraine dans leurs offres.

Ainsi, Metalgalva indiquait, dans son offre, ce qui suit, toujours à propos des références exigées :

«

<u>Valeur annuelle</u> <u>(HTVA)</u>
+/- 347 k EUR
+/- 294 k EUR
+/- 2.830 k EUR

».

Elle constate qu'en revanche, Industrielle Borraine, indique, pour sa part, ce qui suit :

«

Montant du projet :	500 000€
Montant du projet :	900 000€
Montant du projet :	700 000€

».

Elle ajoute que, pour Pylonen de Kerf, aucun montant, ni annuel, ni global, n'est fourni par le soumissionnaire à l'appui de son offre.

Elle estime que dès lors qu'il restait ouvert à l'interprétation, le critère, tel qu'il était formulé, rendait le critère inopérant et que, partant, la motivation est adéquate sur ce point.

À propos de l'affirmation de la partie requérante selon laquelle le critère n'était pas inopérant dès lors qu'elle a bien « produit trois références qualifiées auprès d'un même client, et ceci pour chacun des trois clients invoqués dans son offre », elle indique, d'une part, qu'il ressort de l'offre de la partie requérante que les références produites concernent trois clients différents, pour une référence contractuelle chacun, de sorte qu'il est inexact de prétendre avoir produit trois références auprès d'un même client. D'autre part, elle indique que la circonstance que la partie requérante ait rempli les exigences formulées par le pouvoir adjudicateur, selon l'interprétation qui en est faite par la partie requérante - et en avait été faite par le pouvoir adjudicateur afin de conclure à sa sélection dans un premier temps -, ne signifie pas que cette interprétation puisse être la seule qui puisse être suivie. Elle souligne que, dès lors que l'offre de la partie requérante n'était pas la seule à avoir été remise dans le cadre du marché en cause, elle a procédé à la reconsidération de toutes les offres remises.

Elle indique que l'analyse ayant fondé les motifs de la décision objet de l'acte attaqué ne se limite pas au seul examen de l'offre de la partie requérante mais

doit également prendre en compte l'offre des autres opérateurs économiques, dont celle d'Industrielle Borraine, de sorte qu'en concluant son réexamen par la considération qu'« aucun des soumissionnaires ne fournit trois références pour un même client, exécutées ou en cours d'exécution au cours des trois dernières années précédant la date ultime d'introduction des offres », le pouvoir adjudicateur n'a donc pas commis d'erreur manifeste d'appréciation.

Elle ajoute que le pouvoir adjudicateur n'a pas plus commis d'erreur d'appréciation en considérant qu'aucun des soumissionnaires ne fournit non plus des références « *respectant toutes les conditions posées par le critère et listées* ».

Elle indique, concernant l'objet des références avancées, qu'il ressort de l'extrait présenté par la partie requérante elle-même que les références présentées concernent des « *mâts* ». Outre que la formulation de l'exigence n'est pas remise en cause par la partie requérante dans le cadre de sa requête en suspension d'extrême urgence, la partie adverse souligne que son application pratique ne l'est pas non plus. Elle allègue que, s'il est exact qu'une interprétation permettrait de considérer qu'il s'agit de candélabres équivalents à ceux objets du marché, le pouvoir adjudicateur peut également considérer que ces mâts ne pouvaient être assimilés à des candélabres d'éclairage public et considérer que les références produites n'étaient pas valables. Elle indique avoir constaté, lors de la reconsidération des offres des soumissionnaires, qu'un autre soumissionnaire au moins, à savoir Industrielle Borraine, a également fait état de la fourniture de « *mâts* », et que, concernant l'étendue des références - montant annuel et nombre de candélabres - à produire, elle indique qu'il est apparu du réexamen effectué par le pouvoir adjudicateur que les interprétations des soumissionnaires ont pu diverger. Ainsi, au titre de valeur, un soumissionnaire au moins, à savoir Industrielle Borraine, a pu mentionner la « *valeur du contrat* » dans son ensemble. Elle estime que cette manière de procéder ne permettait pas au pouvoir adjudicateur de vérifier si la valeur annuelle du contrat correspondait à l'exigence formulée *ab initio*. Elle estime qu'en considérant qu'« aucun des soumissionnaires ne fournit trois références pour un même client [...] respectant toutes les conditions posées par le critère et listées », le pouvoir adjudicateur a donc adéquatement motivé l'acte attaqué sur ce point.

Elle en conclut qu'étant donné les interprétations divergentes sur les trois points précités rencontrés lors de l'analyse des offres par la partie adverse, elle n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation et a correctement motivé sa décision.

Quant à l'argument selon lequel la réglementation en matière de recours par les soumissionnaires à la capacité de tiers serait claire et ne prêterait pas à

interprétation, de sorte qu'il n'était pas nécessaire de traiter ce sujet également dans le cahier spécial des charges, elle souligne que le constat formulé par le pouvoir adjudicateur au travers de la décision du 22 octobre 2020 ne porte pas sur la possibilité de recourir, ou non, à la capacité de tiers en vue de remplir les conditions de sélection prévues par le cahier spécial des charges, dès lors que cette possibilité existe en droit. Elle estime que le constat porte davantage sur le fait que l'absence d'indications quant à la forme que doit prendre la preuve de l'engagement de tiers par les soumissionnaires conduit à une situation qui n'est pas suffisamment claire pour permettre au pouvoir adjudicateur d'adopter une interprétation univoque et certaine. Elle renvoie au rapport au Roi concernant l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ainsi qu'à l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne C-234/14, *Ostas Celtnieks*, du 14 janvier 2016 et indique que, lors de la reconsidération des offres des soumissionnaires, effectuée à la lumière des arguments soulevés par la partie requérante et de l'arrêt rendu dans le cadre de la première procédure, elle a constaté qu'elle était dans l'incapacité de conclure soit à l'existence de l'engagement de tiers, soit à l'inexistence de cet engagement, en ce qui concerne particulièrement un soumissionnaire, ce qui entachait la décision d'illégalité et rompait l'égalité entre les soumissionnaires. Elle a estimé que cette incapacité de conclure résulte particulièrement de l'absence d'indication quant à la forme de la preuve de l'engagement de tiers dans le cahier spécial des charges, de sorte qu'il était, selon elle, de bonne administration que le pouvoir adjudicateur décide, sur la base de ce motif, entre autres, de procéder à la modification du cahier spécial des charges.

Elle en conclut que la décision de renonciation attaquée et de modification du cahier spécial des charges est fondée sur deux motifs pertinents, adéquats et légitimes.

Quant à la seconde branche

À propos de la seconde branche, la partie adverse rappelle que l'opportunité de refaire la procédure est laissée à l'appréciation du pouvoir adjudicateur à condition que la décision repose sur des motifs admissibles en droit et en fait.

Elle relève que le moyen n'identifie pas la ou les dispositions de la loi du 17 juin 2013 ou de la loi du 29 juillet 1991 qui seraient méconnues, de sorte qu'il est irrecevable. Elle souligne que lorsque des dispositions spécifiques organisent un régime juridique, les principes généraux ne peuvent pas servir à couvrir le manque d'identification de la norme légale prétendument violée, et qu'en l'espèce, la compétence de recommencer la procédure trouve un fondement légal aux articles 85

et 153 de la loi du 17 juin 2016. Elle estime qu'en omettant de viser ces dispositions au moyen, pour se retrancher derrière les « principes généraux », le moyen est irrecevable.

Elle ajoute que l'intérêt au moyen n'est pas établi, dès lors que la première branche du moyen unique se fonde sur la non-pertinence des motifs sur lesquels se fonde l'acte attaqué, lequel conclut à la renonciation à la poursuite de la procédure d'attribution. Selon la partie adverse, l'intérêt à la seconde branche du moyen unique ne pourrait être établi que dans le cas où la première branche serait jugée sérieuse dès lors que le caractère prétendument « *arbitraire* » de l'acte attaqué ne pourrait être examiné que si l'on considère qu'il ne repose pas sur des motifs pertinents, adéquats ou admissibles puisque, à l'inverse, si l'acte attaqué repose sur des motifs pertinents, adéquats et admissibles, l'acte attaqué ne pourrait être, *in fine*, considéré comme arbitraire. Elle indique que dès lors que l'irrégularité alléguée - le caractère arbitraire - ne pourrait être examinée et, partant, ne pourrait donner lieu à la suspension de l'acte attaqué, la partie requérante n'a pas intérêt à son moyen unique, en sa deuxième branche.

Sur le fond, elle souligne que l'objet, partiel, de l'acte attaqué n'est pas de refaire la procédure, mais bien de « *modifier le cahier spécial des charges en vue d'une relance ultérieure du marché* ». Elle rappelle qu'hors le cas de l'erreur manifeste d'appréciation, le Conseil d'État est sans compétence pour substituer son appréciation à la sienne sur ce point. Elle ajoute que les motifs de fait et droit amenant le pouvoir adjudicateur à adopter la décision du 22 octobre 2020 ont été communiqués à la partie requérante et sont admissibles en fait et en droit. Elle estime qu'il ne peut être soutenu qu'ils ont été « *montés de toutes pièces* » et seraient inspirées par un « *refus arbitraire* » d'attribuer le marché à la partie requérante, et que l'acte attaqué a pour effet d'avantager le soumissionnaire Industrielle Borraine au-dessus de tout autre soumissionnaire. Elle indique au contraire que ces différentes décisions ont pour effet combiné, *in fine*, de donner à chacun des soumissionnaires ayant initialement déposé une offre de se voir attribuer le marché, dans le cadre d'une procédure ultérieure respectant le principe d'égalité entre les soumissionnaires. Elle rappelle qu'il a été jugé que la nécessité de préciser et d'améliorer le contenu d'une clause des documents du marché constitue une raison valable pour renoncer à une procédure de passation.

IV.3. Appréciation du Conseil d'État

Sur la première branche

Aux termes de l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics:

« L'accomplissement d'une procédure n'implique pas l'obligation d'attribuer ou de conclure le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit recommencer la procédure, au besoin d'une autre manière. »

Il ressort de la disposition précitée que le législateur a explicitement prévu la possibilité de mettre fin à une procédure d'adjudication non seulement avant l'attribution du marché mais également entre celle-ci et la conclusion du contrat. Le législateur n'a pas conditionné la mise en œuvre de cette faculté au respect d'une quelconque exigence quant à la légalité ou à la régularité des phases antérieures de la procédure et n'a pas opéré de distinction à cet égard entre la décision de ne pas attribuer ou celle de ne pas conclure le marché.

La possibilité offerte par la loi au pouvoir adjudicateur d'abandonner une procédure ne l'exempte pas de son obligation de motiver sa décision. Si la décision de renoncer à une procédure d'attribution d'un marché relève de son pouvoir discrétionnaire, il n'en reste pas moins que cette décision doit être fondée sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, repris dans une motivation formelle.

En l'espèce, la décision de « renoncer à l'attribution du marché » et « de modifier le cahier spécial des charges en vue d'une relance ultérieure du marché » se fonde sur les motifs suivants :

- il est apparu à l'occasion du réexamen des offres que le libellé du critère de sélection qualitative à caractère technique et professionnel est « peu clair » et « difficilement praticable »; l'auteur de l'acte attaqué qualifie ce critère d'inopérant et, à tout le moins, non proportionné à l'objet et la valeur du marché;
- il ressort de l'analyse des offres qu'aucun des soumissionnaires ne fournit 3 références respectant toutes les conditions fixées par le critère;
- « surabondamment », le cahier spécial des charges n'est « pas suffisamment clair eu égard au recours par les soumissionnaires à la capacité de tiers, en ce qu'il n'indique pas sous quelle forme le soumissionnaire, doit apporter la preuve du recours à la capacité de tiers ».

Le critère de sélection litigieux était rédigé comme suit dans le cahier spécial des charges :

- « III.2.1. Critères de sélection qualitative à caractère technique/professionnel.
Pour être sélectionné, le soumissionnaire doit disposer de 3 références similaires de contrats/marchés/ensemble de commandes pour un même client, exécutés ou en cours d'exécution au cours des trois dernières années précédant la date ultime d'introduction des offres.
Par contrat/marché/ensemble de commandes pour un même client, similaires, on entend les fournitures de candélabres pour l'éclairage public à un client (valeur annuelle prise en compte : ensemble des candélabres livrés durant une année à un même client).
Niveau minimal à respecter : le soumissionnaire doit avoir réalisé 3 contrats/marchés/ensemble de commandes pour un même client, similaires dont chacun porte sur la fourniture de minimum 650 candélabres par an équivalent à ceux faisant l'objet du marché et dont chacun (chaque contrat/marché/ensemble de commandes pour un même client) atteint une valeur annuelle de 235.000 € au cours des 3 dernières années.
Dans un document annexé à l'offre, le soumissionnaire décrit ses contrats/marchés/ensemble de commandes pour un même client, de référence en y indiquant le nombre de candélabres (lequel doit être de minimum de 650 € par an); le montant HTVA du contrat (marché ou commande), la date, la référence du contrat/marché/ensemble de commandes pour un même client, le nom du client (et s'il est public ou privé). Ces déclarations seront vérifiées par le Pouvoir adjudicateur qui se réserve le droit à cet effet de prendre contact avec les clients de référence pour vérifier l'exactitude et la pertinence des marchés/contrats/ensemble de commandes pour un même client déclarés. Les contrats/marchés/ensemble de commandes pour un même client, de référence cités peuvent concerner le Pouvoir adjudicateur. [...] ».

S'agissant du premier motif de l'acte attaqué, la partie requérante soutient que le critère de sélection qualitative concernant les références techniques à fournir est clair et doit être lu comme indiquant que le soumissionnaire doit disposer de (i) soit 3 références similaires de contrats, (ii) soit 3 références similaires de marchés, (iii) soit 3 références similaires d'ensemble de commandes pour un même client, exécutées ou non. En revanche, la partie adverse estime que le critère peut être interprété en ce sens que, pour être sélectionné, le soumissionnaire doit fournir cumulativement trois contrats réalisés auprès « d'un même client ». La question est de savoir si les mots « pour un même client » se rattachent au bloc de mots « contrat/marché/ensemble de commandes » ou, au contraire, aux seuls mots « ensemble de commandes », le positionnement de la virgule étant sans doute un élément devant être pris en considération à cet égard. Force est également de constater, avec la partie adverse, que si le passage litigieux du cahier spécial des charges indique que le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de prendre contact avec « les clients de référence », l'usage du pluriel dans cette phrase ne peut être considéré comme venant de manière déterminante à l'appui de l'interprétation de la requérante dès lors qu'à d'autres endroits, la même prescription du cahier des charges fait référence à « un » (seul) client. Par ailleurs, c'est en vain que la requérante soutient que l'interprétation qu'elle retient correspondrait à l'objectif de faciliter l'accès au marché, un tel objectif ne semblant pas avoir été annoncé par le pouvoir adjudicateur lui-même.

La partie adverse a pu considérer sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation qu'en raison d'une divergence potentielle d'interprétation relative au nombre de clients de référence, le critère de sélection n'était ni clair ni univoque. Même si le libellé de ce critère ne lui avait pas paru inadéquat lors de l'examen initial des offres, elle a pu, à la suite de l'arrêt de suspension n° 248.491, du 7 octobre 2020 - et ce même si l'arrêt n'abordait pas cette problématique - reprendre en considération toute la procédure ainsi que son analyse antérieure des offres, y compris quant à la sélection qualitative des soumissionnaires au marché, et estimer que ce critère n'était pas rédigé de manière à être compris de la même manière par tous les soumissionnaires.

Par ailleurs, c'est à tort que la requérante soutient que le critère n'était pas inopérant dès lors qu'elle a effectivement « produit trois références qualifiées auprès d'un même client, et ceci pour chacun des trois clients invoqués dans son offre ». En effet, il ressort de l'offre de cette dernière que les références produites concernent trois clients différents, pour une référence contractuelle chacun, de sorte qu'elle ne peut prétendre avoir produit trois références auprès d'un même client.

Il appartenait bien à la partie adverse, à la suite de son analyse postérieure à l'arrêt de suspension de la première décision d'attribution, d'avoir à nouveau égard à toutes les offres remises, et ce quand bien même la partie requérante aurait, selon sa propre interprétation du critère litigieux, été la seule à avoir rempli les exigences formulées. Il peut être relevé à cet égard que, quelle que soit la liberté dont jouit le pouvoir adjudicateur dans la définition des critères d'attribution, ceux-ci doivent être formulés d'une manière telle que tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement soigneux doivent être en état de les interpréter de la même manière. Il ne peut, par ailleurs, être admis qu'à raison de l'ambiguïté d'un critère, résultant de la contradiction entre la manière dont il est défini par les documents du marché et l'interprétation qu'en donne le pouvoir adjudicateur aux soumissionnaires, certains de ceux-ci puissent se méprendre sur la signification de ce critère et que cette méprise, imputable à la partie adverse, conduise à une comparaison faussée des offres en présence. Il peut donc être conclu, *prima facie*, que la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, considérer que le critère de sélection concerné est « peu clair », « difficilement praticable » et, partant, inopérant. Ce constat suffit, au stade de la procédure en référé d'extrême urgence, à considérer que le motif semble établi.

S'agissant du deuxième motif de l'acte attaqué, il résulte de ce qui précède que la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, indiquer, dans l'acte attaqué, qu'aucun des soumissionnaires, en ce compris la requérante, n'a fourni trois références pour un même client, exécutées ou

en cours d'exécution au cours des trois dernières années précédant la date ultime d'introduction des offres. Elle a dès lors pu raisonnablement considérer qu'il y avait lieu de renoncer à attribuer le marché et de revoir le cahier spécial des charges en vue d'une relance ultérieure du marché.

Quant au troisième motif de l'acte attaqué, à savoir le manque de clarté du cahier spécial des charges en ce qui concerne le mode de preuve relatif au recours à la capacité de tiers, il ressort des termes mêmes de la décision attaquée qu'il est surabondant. Dès lors que les griefs relatifs aux deux autres motifs ne paraissent pas pouvoir être retenus et que ces derniers suffisent à justifier la décision attaquée, il n'y a pas lieu d'examiner les critiques relatives au troisième motif, qui, à les supposer sérieuses, ne pourraient mettre en cause la légalité de ladite décision.

Le moyen n'est pas sérieux en sa première branche.

Sur la seconde branche

Dès lors qu'il résulte de l'examen de la première branche du moyen que la partie requérante ne démontre pas que les motifs qui sous-tendent la décision de renonciation attaquée seraient inexacts ou inadmissibles, l'allégation selon laquelle cette décision serait arbitraire et discriminatoire, ou encore que ses motifs seraient « montés de toute pièce », n'est, *prima facie*, pas démontrée et ne peut être retenue à ce stade.

L'opportunité de refaire la procédure relève de l'appréciation du pouvoir adjudicateur et l'objet de l'acte attaqué n'est pas de refaire la procédure, mais bien de « modifier le cahier spécial des charges en vue d'une relance ultérieure du marché ». À ce stade, aucune nouvelle procédure d'attribution n'a été lancée et aucun nouveau cahier spécial des charges n'a été rédigé, qui aurait, comme allégué, pour effet d'avantager le soumissionnaire Industrielle Borraine par rapport aux autres soumissionnaires. Il ne peut, à ce stade, être reproché à la partie adverse de préciser et d'améliorer une clause des documents du marché qu'elle considérerait comme prêtant à confusion.

Le moyen n'est pas sérieux en sa seconde branche.

V. Confidentialité

La partie adverse dépose à titre confidentiel les offres des trois soumissionnaires. Il s'agit des pièces 1, 2 et 3 des pièces confidentielles du dossier administratif.

Aucune contestation n'ayant été formulée à cet égard, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

VI. Indemnité de procédure

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les offres des trois soumissionnaires qui constituent les pièces 1, 2 et 3 des pièces confidentielles du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, 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 qui n'a pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 12 janvier 2021, par :

Imre Kovalovszky,
Nathalie Roba,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky