

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

n° 250.323 du 13 avril 2021

A. 232.762/VI-21.967

En cause : **la société anonyme SOLELEC,**
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Patrick THIEL et
 Ikram EABDELLATIN, avocats,
 place Flagey 18
 1050 Bruxelles,

contre :

la Région wallonne,
 représentée par son Gouvernement,
 ayant élu domicile chez
 M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
 rue de Bèze en Bourgogne 62
 5000 Namur.

Parties intervenantes :

1. **la société anonyme HYDRO ECOLO
METEO MANAGEMENT INFORMATION
SYSTEMS**, en abrégé HEMMIS,
2. **la société anonyme YVAN PAQUE,**
ayant toutes deux élu domicile chez
M^{es} Bernard de COCQUEAU et
François PAULUS, avocats,
Place des Nations-Unies 7
4020 Liège.

I. Objet des requêtes

Par une requête introduite le 25 janvier 2021, la SA Solelec demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « • la décision adoptée le 3 décembre 2020 par le Ministre du Climat, de l'Énergie et de la Mobilité Philippe Henry et aux termes de laquelle il est décidé :
- de déclarer l'offre de la SSM Yvan Paque - HEMMIS régulière;
 - d'attribuer le marché public de services pour l'entretien et le dépannage du réseau de télémesures hydrologiques Wacondah à la SSM Yvan Paque - HEMMIS;

- de ne pas attribuer le marché public de services pour l'entretien et le dépannage du réseau de télémesures hydrologiques Wacondah à la requérante, la SA Solelec.
- Ainsi que, pour autant que de besoin, la décision de date inconnue par laquelle les documents du marchés sont adoptés ».

Par une requête introduite le 10 mars 2021, la SA Solelec demande l'annulation des décisions précitées.

II. Procédure

Par une ordonnance du 26 janvier 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 11 février 2021.

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

Par une requête introduite le 8 février 2021, la SA HEMMIS et la SA Yvan Paque demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

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

M^e Patrick Thiel, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Ann Lawrence Durviaux, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e François Paulus, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Faits

La partie adverse expose comme suit les faits utiles de la cause :

- « Le marché a pour objet des services d'entretien et le dépannage du réseau de télémessures hydrauliques WACONDAH (Pièce 1, cahier spécial des charges).
2. Il a fait l'objet d'une procédure ouverte avec publicité européenne (pièces 2, avis de marché, BA et JOUE). Le cahier spécial des charges prévoit deux critères d'attribution, la valeur technique pour 60 % et le prix pour 40%.
3. La date prévue pour l'ouverture des offres, le 14 septembre 2020, deux offres ont été déposées, par la requérante pour un montant de 738.267,28 € HTVA, et par l'adjudicataire, pour un montant de 538.281, 10 € HTVA.
4. Le 18 novembre 2020, un rapport de comparaison des offres a proposé &4 économiquement la plus avantageuse.
5. Le 3 décembre 2020, le Ministre a pris la décision d'attribution en suivant la conclusion du rapport de comparaison des offres ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 8 février 2021, la SA HEMMIS et la SA Yvan Paque demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

En tant qu'attributaires du marché public litigieux, elles ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité

V.1. Thèse de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la partie adverse conteste la recevabilité du recours en tant qu'il est dirigé contre la décision (implicite) de ne pas attribuer le marché à la requérante. Se référant aux arrêts n^{os} 233.711 du 3 février 2016 et 233.365 du 24 décembre 2015, elle fait valoir ce qui suit :

- « 9. Les deux arrêts reprennent la même formulation générique :
- “ Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué. En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux. Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable”.

10. Dans un arrêt du 24 décembre 2015, N°233.365, vous avez encore précisé ce qui suit :

“ Il résulte de la jurisprudence de l'assemblée générale de la section du contentieux administratif sur ce point que l'intérêt dont peut se prévaloir un soumissionnaire évincé ci solliciter la suspension et l'annulation d'une décision implicite de ne pas lui attribuer le marché public convoité est lié g la question de savoir si ce requérant invoque ou non un moyen qui, eu égard ci tous les éléments dont il faut tenir compte dans le cadre du recours, aboutit ci la constatation que l'autorité n'a pas d'autre option que d'attribuer le marché ci ce requérant, et ce, une fois prononcées la suspension ou l'annulation de l'acte attaqué”.

11. La requérante ne développe aucun argument démontrant que le marché devait nécessairement lui être attribué.

12. Au demeurant, il n'existe aucune norme juridique qui puisse être invoquée à l'appui de cette démonstration. Le pouvoir adjudicateur est seul compétent pour décider de l'attribution du marché litigieux à une entreprise.

13. Si par impossible, votre Conseil décidait de suspendre la décision d'attribution, il reviendrait au pouvoir adjudicateur et à lui seul, la décision de passer ou non le marché.

14. C'est très précisément ce qu'indique 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 n'est pas exclu que l'adjudicateur décide de relancer une nouvelle procédure.

15. En conclusion, la partie adverse vous demande de vous déclarer incompétente, *in casu*, pour suspendre la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante ».

V.2. Thèse de la partie requérante

À l'audience, le conseil de la requérante souligne que le troisième moyen dénonce une erreur de cotation et qu'elle démontre que si cette erreur n'avait pas été commise, son offre aurait nécessairement obtenu la première place.

V.3. Appréciation du Conseil d'État

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite – résultant de l'attribution – de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

La recevabilité de la demande en ce qu'elle est dirigée contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché en cause à la requérante est liée à l'examen du troisième moyen.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

Le premier moyen est pris de la violation de l'article 58 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ainsi que des principes généraux de motivation interne, de bonne administration, de transparence et de minutie,

en ce qu'aucun document du marché actuellement à la disposition de la requérante ne précise les motifs ayant poussé le pouvoir adjudicateur à ne pas allouer le marché,

alors qu'en vertu des dispositions invoquées au moyen et compte tenu de la circonstance que la valeur du marché est largement supérieure au seuil arrêté, le pouvoir adjudicateur était tenu de motiver son choix de ne pas allouer le marché.

Après avoir exposé les raisons pour lesquelles elle estime avoir intérêt au moyen, elle fait valoir ce qui suit :

« 17. Le moyen concerne ici spécifiquement non seulement le premier acte attaqué, mais également la décision, de date inconnue, par laquelle les documents du marché sont adoptés.

L'article 58, § 1^{er} de la loi du 17 juin 2016 est rédigé comme suit :

[...]

Cet article, qui transpose l'article 46 de la directive 2014/24/UE, vise à faciliter l'accès des PME aux marchés publics. Les pouvoirs adjudicateurs doivent indiquer les raisons pour lesquelles le marché n'est pas divisé en lots et ce pour les marchés de fournitures, de services et de travaux dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil révisable visé à l'article 4, b), de la directive 2014/24/UE (139 000 €) pour les marchés de fournitures et de services passés par l'autorité fédérale.

En d'autres termes, même si pour les marchés susmentionnés les pouvoirs adjudicateurs ne sont jamais obligés de prévoir une division en lots, ils doivent, cependant, toujours examiner l'opportunité de le faire. Cet examen doit se solder par une motivation dans les documents du marché ou dans les informations visées à l'article 164, § 1^{er}.

18. En l'espèce, le marché litigieux est un marché public de services dont la valeur se situe au-dessus des seuils précités dès lors que les documents du marché l'estiment à 698 957.46 € HTVA - 845 738.53 € TVAC et que l'offre finalement retenue s'élève à 717 870.13 € TVAC.

Toutefois, aucun document du marché ne comprend la motivation requise par l'article 58 précité.

19. À notre connaissance, il n'y a pas de jurisprudence belge sur le sujet.

En effet, l'on peut tout de même citer la jurisprudence de nos voisins en la matière : le juge français exerce un contrôle total sur l'examen de l'existence de motifs poussant le pouvoir adjudicateur au non-allotissement. Mentionnons, à cet égard, une décision par laquelle l'attribution d'un marché dont le pouvoir adjudicateur n'a pas mentionné les raisons du non-allotissement a purement et simplement été suspendue.

Dans le même ordre d'idées et en allant un pas plus loin cette fois-ci, le Conseil d'État français a imposé à un pouvoir adjudicateur l'allotissement d'un marché de prestations juridiques qui portaient à la fois sur le droit public, le droit civil, le droit pénal et la procédure pénale.

20. L'on peut également raisonner par analogie à partir d'autres obligations dont la méconnaissance n'était assortie, dans la réglementation marchés publics, d'aucune sanction mais qui ont pourtant mené Votre Conseil à prononcer la suspension de l'acte administratif concerné par cette violation.

Il en est ainsi en ce qui concerne l'ancien article 37, § 2 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services qui était libellé comme suit :

“ Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché. La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché”.

Dans le cadre d'un arrêt 233.711 du 3 février 2016, Votre Conseil déduisait de cette disposition que :

“ Si cette disposition n'exclut pas qu'il soit dérogé à la durée maximale de quatre ans ainsi fixée, encore faut-il qu'une telle dérogation soit dûment justifiée et que les motifs pour lesquels elle a été décidée soient formellement exprimés, dans le respect des obligations qu'impose au pouvoir adjudicateur – et, singulièrement, à la partie adverse – la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Par ailleurs, s'il ne peut être reproché au pouvoir adjudicateur de n'avoir pas indiqué les motifs de cette dérogation avant l'adoption de la décision d'attribution du marché, particulièrement pour ne pas l'avoir fait dans le cahier spécial des charges ou dans la décision qui arrête les conditions du marché, il s'impose de vérifier, sur la base du dossier administratif, que les motifs ainsi exposés sont bien ceux qui avaient été pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour décider d'une telle dérogation.” [...]

Examinant l'acte attaqué, Votre Conseil arrive finalement à la conclusion suivante :

“ De tels motifs, qui prennent appui sur d'hypothétiques évolutions de l'activité et du statut de la partie adverse, pourraient être reproduits à l'égard de bien d'autres marchés portant sur un objet similaire. Dès lors qu'ils apparaissent à ce point généraux, ils ne répondent pas à l'exigence de motivation adéquate qui s'imposait à la partie adverse en vertu de la loi du 29 juillet 1991 précitée. Ils ne permettent, par ailleurs, pas de comprendre comment tant l'évolution rapide (et parfois imprévisible) de l'objet social de l'entreprise, mais également d'éventuels changements dans le statut organique de la partie adverse, imposent une plus grande stabilité des relations contractuelles entre la partie adverse et l'attributaire du marché.

En outre, force est de constater qu'aucun élément du dossier administratif ne permet d'établir que ce sont bien ces motifs qui, dès avant l'adoption des documents du marché, ont déterminé la partie adverse à prévoir que le marché litigieux pourrait couvrir une période de cinq ans.

Il suit de l'ensemble de ces motifs qu'en cette branche, le moyen apparaît sérieux.”

Votre Conseil a donc prononcé la suspension de l'acte attaqué en raison du caractère insuffisant de la motivation proposée par le pouvoir adjudicateur.

En l'espèce, face à une motivation qui n'est non pas insuffisante mais carrément inexistante alors même qu'elle était expressément exigée par une disposition légale, Votre Conseil ne peut qu'arriver au même constat : le pouvoir

adjudicateur a failli à son obligation de motivation et a ainsi vicié la procédure dans son ensemble.

Le moyen est donc sérieux ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen est dirigé non seulement contre le premier acte attaqué, mais également contre la décision, de date inconnue, par laquelle les documents du marché sont adoptés.

L'article 58, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme suit :

« Le pouvoir adjudicateur peut décider de passer un marché sous la forme de lots distincts, auquel cas il en fixe la nature, le volume, l'objet, la répartition et les caractéristiques dans les documents du marché.
Pour les marchés de fournitures, de services et de travaux dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil européen révisable pour la publicité européenne, tel qu'applicable aux marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs fédéraux, tous les pouvoirs adjudicateurs doivent envisager la division du marché en lots et, s'ils décident de ne pas diviser en lots, les raisons principales doivent être mentionnées dans les documents du marché ou dans les informations visées à l'article 164, § 1^{er} ».

L'article 164, § 1^{er}, alinéas 1^{er}, 11^o, et 3, de la même loi énonce ce qui suit :

« Pour tout marché [...] d'un montant égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne, les pouvoirs adjudicateurs conservent par écrit au moins les informations suivantes :
[...]
11^o les raisons pour lesquelles le marché n'a pas été divisé en lots.
[...]
Dans la mesure où l'avis d'attribution de marché établi en vertu de l'article 62 ou de l'article 90, § 3, contient les informations exigées à l'alinéa 1^{er}, les pouvoirs adjudicateurs peuvent se référer audit avis ».

L'article 62, alinéa 1^{er}, dispose comme suit :

« Pour les marchés publics ou les accords-cadres dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur envoie un avis d'attribution de marché relatif aux résultats de la procédure de passation. Cet avis est envoyé au plus tard dans les trente jours après la conclusion du marché ou de l'accord-cadre ».

Il paraît résulter des dispositions précitées que les raisons pour lesquelles le marché n'a pas été divisé en lots ne doivent pas obligatoirement être inscrites dans les documents du marché, mais peuvent l'être dans l'avis d'attribution de marché. Cet avis doit être envoyé dans les trente jours suivant la conclusion du marché. La conclusion du marché intervenant après le délai d'attente, il ne semble donc pas

requis que le soumissionnaire évincé en ait connaissance au moment où il introduit une requête en suspension d'extrême urgence.

Le premier moyen n'est pas sérieux. Dès lors qu'il s'agit du seul moyen qui critique la décision de date inconnue adoptant les documents du marché, laquelle constitue le second objet de la demande de suspension, celle-ci doit être rejetée en tant qu'elle est dirigée contre cette décision, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres causes éventuelles de rejet de ce moyen.

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèse de la partie requérante

Le troisième moyen est pris de la violation de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 199 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des documents du marché, spécialement des critères d'attribution ainsi que des principes généraux de motivation interne, de bonne administration, de transparence et de minutie,

en ce que, d'une part, l'adjudicateur a coté certains éléments de l'offre en retirant des points pour un motif tiré de la mention du temps complet relatif à la prestation, en y intégrant les temps de déplacement,

alors que les documents du marché sont à cet égard contradictoires,

et en ce que, d'autre part, l'adjudicateur n'a pas pris en compte les durées moyennes,

alors que ces durées moyennes sont néanmoins expressément indiquées dans l'offre.

La requérante fait valoir ce qui suit :

« 5.2 Intérêt au moyen

29. L'erreur de cotation fait passer le soumissionnaire en première place. Il a par conséquent intérêt au moyen (cf. ci-après, numéro 34).

5.3 Développements

30. Les documents du marché contiennent une contradiction : L'inventaire descriptif indique que les différents postes comprennent les déplacements. On le constate, par exemple, à l'occasion du poste suivant du métré descriptif :

CHAPITRE 1 : Maintenance des appareils de mesure		
1	Toutes prestations, déplacements et fournitures pour l'entretien préventif et correctif d'un potentiomètre et de sa connexion sur un limnigraphe OTT X, ou OTT XX pendant un mois suivant prescriptions du cahier spécial des charges, en particulier la clause 2.12.1.2 y compris le système d'alimentation (panneau solaire, régulateur, batterie et convertisseur)	Pièce

31. Le bordereau des prix indique que les prix doivent être indiqués temps de déplacement compris :

CHAPITRE 1 : Maintenance des appareils de mesure						
1	Toutes prestations, déplacements et fournitures pour l'entretien préventif et correctif d'un potentiomètre et de sa connexion sur un limnigraphe OTT X, ou OTT XX pendant un mois suivant prescriptions du cahier spécial des charges, en particulier la clause 2.12.1.2 y compris le système d'alimentation (panneau solaire, régulateur, batterie et convertisseur)	Pièce	12			0.00

32. Le descriptif indique enfin que le temps de déplacement devrait, tantôt ne pas être compris, tantôt être estimé durée moyenne totale :

- La durée moyenne estimée pour l'exécution du poste, hors déplacement
- La durée moyenne totale estimée pour l'entretien préventif complet :
 - o D'une station de mesures pluviométriques ;
 - o D'une station de mesures limnigraphiques équipée d'un codeur à flotteur ou d'une sonde à pression ;
 - o D'une station de mesures de débits par ultrasons.

La mention de la durée du travail a été faite en tenant compte des temps de déplacement, comme cela découle des documents du marché. L'on ne peut faire grief au requérant de ne pas avoir mentionné ce temps compte non tenu des déplacements, vu le caractère contradictoire des documents du marché.

33. Les durées moyennes sont indiquées dans l'offre pour les postes suivants :

Poste 2

Nous possédons en outre des Thalimèdes de réserve.

Nous prévoyons +/- 45 minutes par mois, déplacements compris. Notre prix tient compte, outre les opérations citées ci-dessus, d'autres facteurs comme :

Poste 3

Nous prévoyons +/- 40 minutes par mois, déplacements compris.

Postes de calcul de débit par ultrason - poste 4 (page) :

Nous prévoyons 2 heures par mois, déplacements compris.

Tout comme au poste 2 notre prix tient compte, outre les prestations citées ci-dessus, d'autres facteurs comme :

Postes de calcul de débit par ultrason - poste 6 :

Nous prévoyons, déplacements compris, +/- 90 minutes par mois. Outre les opérations effectuées ci-dessus notre prix tient également compte des facteurs énoncés au poste 4.

Postes de calcul de débit par ultrason - poste 8:

Nous prévoyons, déplacements compris, +/- 90 minutes par mois. Outre les opérations effectuées ci-dessus notre prix tient également compte des facteurs énoncés au poste 4.

Postes de calcul de débit par ultrason - poste 10:

Nous prévoyons, déplacements compris, +/- 90 minutes par mois. Outre les opérations effectuées ci-dessus notre prix tient également compte des facteurs énoncés au poste 4

34. Il est alors anormal d'avoir soustrait des points pour la cotation de chacun des éléments suivants : maintenance des appareils de mesure (2 points perdus : l'un pour la durée moyenne, l'autre pour la durée hors déplacement) et maintenance des appareils de transmission (2 points perdus : l'un pour la durée moyenne, l'autre pour la durée hors déplacement), au motif que la note explicative contenait une durée incluant les temps de déplacement. En effet, les documents du marché contiennent des indications.

Or, si on ajoute les points perdus, la cote finale pour Solelec passe de 78,43 à 85,29 soit devant l'attributaire pressenti. On peut le constater en faisant application de la formule de cotation adoptée par la Région.

Cote actuelle :

	Pmd / Pi	capteurs Mmi	répondeurs Mti	informatique Moi	Prix (TVAC) Pi	Si	technique Cvi	prix CPi	classement Ci
Solelec	1,244	7	7	8	893.303,00	5	0,77	0,80	78,43
Paque- Hemis	1,00	7	7	8	717.870,00	3	0,71	1,00	82,86
Estimation SPW					845.738,00				
Mmi = maint app mesure									
Mti = maint app trans									
Moi = maint centre techn									
Si = Stock									
Cpi = Pmd/Pi									
Pmd = prix le plus bas									
Pi = prix du soumissionnaire									
Cvi = (Mmi+Mti+Moi+Si) / 35									
Ci = 100(Cvix0,6+Cpix0,4)									

Cote revue :

	Pmd / Pi	capteurs Mmi	répondeurs Mti	informatique Moi	Prix (TVAC) Pi	Si	technique Cvi	prix CPi	classement Ci
Solelec	1,244	9	9	8	893.303,00	5	0,89	0,80	85,29
Paque- Hemis	1,00	7	7	8	717.870,00	3	0,71	1,00	82,86
Estimation SPW					845.738,00				
Mmi = maint app mesure									
Mti = maint app trans									
Moi = maint centre techn									
Si = Stock									
Cpi = Pmd/Pi									
Pmd = prix le plus bas									
Pi = prix du soumissionnaire									
Cvi = (Mmi+Mti+Moi+Si) / 35									
Ci = 100(Cvix0,6+Cpix0,4)									

».

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen dénonce une contradiction entre les documents du marché en ce qui concerne les frais de déplacement : l'inventaire descriptif et le bordereau des prix indiquent que les prix doivent être mentionnés en incluant les temps de déplacement, tandis que le descriptif indique que les temps de déplacement devraient, tantôt, ne pas être compris, tantôt être estimés en durée moyenne totale. La requérante se plaint d'avoir perdu deux points pour le poste « maintenance des appareils de mesure » (un point pour avoir indiqué la durée moyenne, un point pour avoir indiqué la durée hors déplacement) et deux points pour le poste « maintenance des appareils de transmission » (un point pour avoir indiqué la durée moyenne, un point pour avoir indiqué la durée hors déplacement).

Les critères d'attribution du marché sont le prix (40 %) et la valeur technique (60 %).

S'agissant du critère relatif à la valeur technique, le rapport d'examen des offres comporte notamment les considérations suivantes en ce qui concerne la note méthodologique de la requérante :

« - maintenance des appareils de mesures

La description des opérations prévues pour réaliser les entretiens préventifs est précise et démontre que le soumissionnaire a une excellente connaissance du réseau de télémesures hydrologiques Wacondah et de l'ensemble du matériel installé et qu'il a une vision parfaitement claire de l'ensemble des tâches à effectuer.

Une liste d'outillage et une description générale des équipements techniques employés est annexée à l'offre mais le document explicatif de la méthodologie de travail n'indique pas les moyens techniques utilisés pour chaque poste ce qui implique le retrait de 1/2 point.

La description des opérations prévues pour réaliser les entretiens préventifs indique également les moyens employés pour assurer le contrôle qualité des entretiens et démontre que le soumissionnaire a une vision parfaitement claire de l'ensemble des tâches à effectuer pour y parvenir.

Dans son document, le soumissionnaire démontre qu'il a une bonne connaissance des risques liés à l'environnement dans lequel le matériel est installé mais il ne décrit pas de manière suffisamment précise les mesures prises pour assurer la sécurité ce qui implique le retrait de 1/2 point.

Le soumissionnaire a indiqué pour chaque poste la durée moyenne estimée, en apportant des précisions qui démontrent qu'il tient compte de la nécessité de la mise en place d'un balisage de sécurité si nécessaire, des difficultés d'accès à certaines stations... Mais ces durées moyennes sont indiquées "déplacement compris", alors qu'il était demandé de les indiquer hors déplacement. Cela implique le retrait de 1 point.

Le soumissionnaire n'a pas indiqué les durées moyenne totale estimée pour l'entretien préventif complet d'une station de mesures pluviométriques, d'une station de mesures limnigraphiques équipée d'un codeur à flotteur ou d'une sonde à pression et d'une station de mesures de débits par ultrasons. Cela doit être déduit des à partir de l'analyse de chaque poste. Cela implique le retrait de 1 point.

Sur base de ces éléments, la cote MM_{Solelec} attribuée à SOLELEC SA est évaluée à 7.

- maintenance des appareils de télétransmission

La partie relative à la maintenance des appareils de télétransmission est elle aussi très détaillée et présente les mêmes qualités que celle relative aux appareils de mesures. Le soumissionnaire démontre son excellente connaissance des appareils installés et qu'il a une vision parfaitement claire de l'ensemble des tâches à effectuer. Cependant, cette partie du document n'aborde pas non plus les éléments manquants dans la partie précédente.

Sur base de ces éléments, la cote MT_{Solelec} attribuée à SOLELEC SA est évaluée à 7 ».

Le cahier spécial des charges indique que les différents postes repris à l'inventaire incluent les frais de déplacement.

S'agissant de la valeur technique, il y est précisé que celle-ci est évaluée « en fonction de la qualité des procédures de travail présentées au vu des particularités propres au présent cahier spécial des charges, notamment en termes d'intervention, de l'environnement dans lequel est installé le matériel sur site au poste central... ».

Et le cahier spécial des charges de poursuivre en ces termes :

« Pour ce faire, le soumissionnaire joint :

1. un document explicatif de la méthodologie de travail qu'il doit mettre en œuvre dans le cadre spécifique de ce marché de services.

Dans ce document, le prestataire de services décrit, notamment, les éléments suivants, pour chaque poste des chapitres 1 "maintenance des appareils de mesure", 2 "maintenance des appareils de télétransmission" et 4 "maintenance du centre opérationnel" :

[...]

- la durée moyenne estimée pour l'exécution hors déplacement
- la durée moyenne estimée pour l'entretien préventif complet :
 - d'une station de mesures pluviométriques ;
 - d'une station de mesures limnigraphiques équipée d'un codeur à flotteur ou d'une sonde à pression ;
 - d'une station de mesures de débits par ultrasons.

[...] ».

Il est donc expressément prévu que la note de méthodologie de travail doit comprendre la durée moyenne estimée pour l'exécution de chaque poste des chapitres 1, 2 et 4 hors déplacement ainsi que la durée moyenne totale estimée pour l'entretien préventif complet de trois types de station de mesures, lesquelles sont énumérées.

En conséquence, contrairement à ce que soutient la requérante, il ne paraît pas anormal que le pouvoir adjudicateur ait soustrait un point pour la durée moyenne et un point pour la durée hors déplacement en ce qui concerne la cotation relative à la maintenance des appareils de mesure et la maintenance des appareils de transmission.

Le moyen n'est pas sérieux. Il s'ensuit que la demande de suspension doit être rejetée en ce qu'elle est dirigée contre la décision de ne pas attribuer le marché à la requérante. Il n'y a dès lors pas lieu de se prononcer, au stade actuel de la procédure, sur la recevabilité du recours en tant qu'il porte sur cet objet.

VIII. Cinquième moyen

VIII.1. Thèse de la partie requérante

Le cinquième moyen est pris de la violation des articles 4, 66, 68 et 73, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 39, 62, 63, 75 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux de motivation interne, de bonne administration, transparence et minutie ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation,

en ce que « la décision attaquée ne fait aucune mention de ce que la partie adverse a procédé à la vérification de ce que l'offre de l'attributaire pressenti satisfait à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociales »,

alors que « le pouvoir adjudicateur est obligé de procéder à une telle vérification de la régularité de l'offre au regard de ces obligations à la veille de l'attribution du marché, ce qui ne paraît pas avoir été effectué ».

La requérante soutient qu'elle a intérêt au moyen en exposant que celui-ci remet en question la sélection de l'attributaire du marché et que s'il est accueilli, elle retrouverait une chance d'obtenir le marché dès lors qu'elle a présenté, selon le rapport d'analyse des offres, la deuxième offre régulière la mieux classée et que le moyen peut, à la suite du réexamen de la situation par l'adjudicateur, aboutir à ce que le marché lui soit attribué.

La requérante développe son moyen de la manière suivante :

« 43. L'article 68 de la loi du 17 juin 2016 précise que le candidat dont il n'est pas établi qu'il ne satisfait pas aux obligations relatives au paiement de ses impôts et de ses cotisations de sécurité sociale, est obligatoirement exclu de la participation à un marché.

Le pouvoir adjudicateur ne jouit d'aucun pouvoir d'appréciation à cet égard.

44. Dans le cadre d'une procédure ouverte et d'un marché dont la valeur se situe au-dessus du seuil de publicité européenne – tel qu'en l'espèce – la vérification de l'absence de dettes fiscales et sociales intervient à deux étapes distinctes de la procédure :

- conformément à l'article 62 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, dans les 20 jours de la réception de l'offre :

“ § 2. Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification de la situation sur le plan des dettes sociales des candidats ou soumissionnaires, sur la base des attestations qui sont disponibles électroniquement pour le pouvoir adjudicateur via l'application Télémarché ou via d'autres applications électroniques équivalentes et accessibles gratuitement dans d'autres États

membres. Cette vérification se fait dans les vingt jours suivant la date ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres. L'attestation Télémarch mentionne le montant exact de la dette dans le chef du candidat ou soumissionnaire visé." [...]

- conformément à l'article 73 § 3 de la loi du 17 juin 2016 : actualisation obligatoire des données juste avant la décision d'attribution :
“ Avant l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur exige du soumissionnaire auquel il a décidé d'attribuer le marché, sauf pour les marchés fondés sur des accords-cadres lorsque ces marchés sont passés conformément à l'article 43, § 4 ou § 5, 1°, qu'il présente les documents justificatifs mis à jour visés à l'article 75. Le pouvoir adjudicateur peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats reçus”.

45. En l'espèce, l'on peut constater à la lecture de l'acte attaqué et du rapport d'analyse des offres que si la première étape semble avoir été effectuée, la seconde n'est néanmoins pas mentionnée.

En effet, il n'est fait aucune mention d'une vérification Télémarch de la situation fiscale et sociale de la SM YVAN PAQUE-HEMMIS à la veille de l'attribution du marché.

La première vérification a eu lieu les 16 et 18 septembre 2020 pour la SM, soit à la fin du troisième trimestre de l'année 2020.

Il s'indiquait, en outre, de procéder à une vérification juste avant l'attribution du marché. Il s'indiquait d'autant plus d'effectuer cette vérification complémentaire obligatoire compte tenu du passage à un nouveau trimestre, moment où les situations du point de vue de la TVA et des cotisations à l'ONSS sont susceptibles d'évoluer, et d'être mises à jour.

À nouveau, il doit être constaté que sous la motivation de l'acte attaqué est lacunaire à cet égard en ce qu'elle ne permet pas d'établir le respect de cette obligation légale, soit que la vérification n'a pas été effectuée et que par conséquent, le marché n'aurait pas pu être attribué à la SM YVAN PAQUE-HEMMIS.

Le moyen est sérieux ».

VIII.2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse répond que la décision d'attribution mentionne bien que les soumissionnaires sont en règle en matière de paiement de cotisations de sécurité sociale et en matière d'obligations fiscales, tout comme le rapport de comparaison des offres. Elle ajoute qu'elle dépose en pièces confidentielles la preuve des démarches réalisées à ce sujet. Elle en déduit que le moyen ne peut être considéré comme sérieux ni comme fondé.

VIII.3. Thèse des parties intervenantes

Les parties intervenantes font valoir ce qui suit :

- « 46. En l'espèce, le rapport d'examen des offres précise quant à la vérification des dettes sociales et fiscales dans le chef des sociétés YVAN PAQUE et HEMMIS (pièce 3 du dossier administratif, p. 19) :

Considérant que les soumissionnaires SOLELEC SA et SSM YVAN PAQUE - HEMMIS sont en règle en matière de paiement de leurs cotisations de sécurité sociale ;

Considérant que les soumissionnaires SOLELEC SA et SSM YVAN PAQUE - HEMMIS sont en règle par rapport à leurs obligations fiscales ;

La décision d'attribution confirme que (pièce 4 du dossier administratif) :

Considérant que les soumissionnaires SOLELEC SA et SSM YVAN PAQUE - HEMMIS sont en règle en matière de paiement de leurs cotisations de sécurité sociale ;

Considérant que les soumissionnaires SOLELEC SA et SSM YVAN PAQUE - HEMMIS sont en règle par rapport à leurs obligations fiscales ;

Par conséquent, la partie adverse a entièrement rempli son obligation légale de vérifier l'absence de motifs d'exclusion en lien avec les dettes sociales et fiscales dans le chef des parties intervenantes.

En outre, la partie adverse produit, en pièces confidentielles, les documents prouvant la réalisation des démarches utiles (note d'observations, p. 15 ; pièce D – confidentielle du dossier administratif).

47. Par ailleurs, contrairement à ce qu'allègue la SA SOLELEC, ni les principes généraux invoqués ni la réglementation n'imposent à l'autorité adjudicatrice qui a obtenu l'information quant à l'absence de dettes sociales et fiscales dans le chef d'un soumissionnaire via l'application TELEMARC de vérifier, une seconde fois, que ce soumissionnaire n'est pas visé par un tel motif d'exclusion.

L'obligation de demande de production des justificatifs visée par l'article 73, § 3, de la loi relative aux marchés publics ne vaut, en l'occurrence, que lorsque le pouvoir adjudicateur ne dispose pas encore des certificats et documents permettant d'attester ce que l'adjudicataire pressenti a indiqué dans le DUME.

Or, en l'espèce, la Région wallonne disposait, via l'application TELEMARC, des attestations utiles, de sorte que l'invocation, par la requérante, de l'article 73, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics n'est pas pertinente.

De surcroît, et conformément à l'article 73, §4, de la loi, cette demande de production de documents ne s'applique pas lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale dans un État membre qui est accessible gratuitement. A cet égard, TELEMARC forme une telle base de données accessible gratuitement.

48. Le moyen, manquant tant en fait qu'en droit, doit être déclaré non sérieux ».

VIII.4. Appréciation du Conseil d'État

Aux termes de l'article 68, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics :

- « Sauf exigences impératives d'intérêt général et sous réserve des cas mentionnés au paragraphe 3, le pouvoir adjudicateur exclut, à quelque stade de la procédure de passation que ce soit, la participation à une procédure, d'un candidat ou d'un soumissionnaire qui ne satisfait pas à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale sauf :
- 1° lorsque le montant impayé ne dépasse pas le montant à fixer par le Roi; ou

2° lorsque le candidat ou le soumissionnaire peut démontrer qu'il possède à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers. Ces créances s'élèvent au moins à un montant égal à celui pour lequel il est en retard de paiement de dettes fiscales ou sociales. Ce dernier montant est diminué du montant fixé par le Roi en exécution de la disposition du 1° ».

L'article 75 de la loi précitée dispose comme suit :

« Le Roi détermine les certificats, les déclarations, les références et les autres moyens de preuve, dont le pouvoir adjudicateur peut exiger la production afin de prouver qu'il n'existe pas de motifs d'exclusion et que les critères de sélection sont remplis ».

Il résulte des articles 62, § 2, et 63, § 2, de l'arrêté royal du 16 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques que le pouvoir adjudicateur procède à la vérification de la situation des soumissionnaires sur le plan des dettes sociales et fiscales sur la base des attestations qui sont disponibles électroniquement via l'application Telemarc ou via d'autres applications électroniques équivalentes et accessibles gratuitement dans d'autres Etats membres. Ces vérifications se font dans les vingt jours suivant la date ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres.

L'article 73, §§ 3 et 4, de la loi du 17 juin 2016 énonce ce qui suit :

« § 3. Le pouvoir adjudicateur peut demander à des candidats et soumissionnaires, à tout moment de la procédure, de fournir tout ou partie des documents justificatifs, si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure.

Avant l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur exige du soumissionnaire auquel il a décidé d'attribuer le marché, sauf pour les marchés fondés sur des accords-cadres lorsque ces marchés sont passés conformément à l'article 43, § 4 ou § 5, 1°, qu'il présente les documents justificatifs mis à jour visés à l'article 75. Le pouvoir adjudicateur peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats reçus.

§ 4. Nonobstant le paragraphe 3, les opérateurs économiques ne sont pas tenus de présenter des documents justificatifs ou d'autres pièces justificatives lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale dans un Etat membre qui est accessible gratuitement, comme un registre national des marchés publics, un dossier virtuel d'entreprise, un système de stockage électronique de documents ou un système de préqualification.

Nonobstant le paragraphe 3, les opérateurs économiques ne sont pas tenus de présenter des documents justificatifs lorsque le pouvoir adjudicateur a déjà ces documents en sa possession suite à un marché ou un accord-cadre conclu précédemment, et ce, à condition que les opérateurs économiques concernés identifient dans leur demande de participation ou dans leur offre la procédure au cours de laquelle lesdits documents ont déjà été fournis et pour autant que les renseignements et documents mentionnés répondent encore aux exigences requises ».

Il résulte de l'article 73, § 3, alinéa 2, que le pouvoir adjudicateur doit vérifier systématiquement, avant l'attribution du marché, au moyen de documents

mis à jour, que le soumissionnaire auquel il a décidé d'attribuer le marché satisfait à ses obligations relatives au paiement d'impôts et de taxes ainsi que de cotisations de sécurité sociale.

En l'espèce, le rapport d'analyse des offres relève que la vérification de la situation sur le plan des dettes sociales et des dettes fiscales de la SM Yvan Paque - HEMMIS a été réalisée via l'application Télémarch respectivement les 16 et 18 septembre 2020 (points 3.1.1. et 3.1.2.). Les attestations déposées à titre confidentiel par la partie adverse confirment ce constat.

La partie adverse ne dépose pas de pièce démontrant que ces vérifications ont été mises à jour dans le délai requis par l'article 73, § 3, alinéa 2, de la loi. Elle ne le soutient d'ailleurs pas. Elle se limite à se référer au rapport d'analyse des offres et à la décision d'attribution, laquelle énonce que les soumissionnaires « sont en règle en matière de paiement de leurs cotisations de sécurité sociale » ainsi que « par rapport à leurs obligations fiscales ».

Si l'article 73, § 4, de la loi, qui permet aux opérateurs économiques de ne pas présenter des documents lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale accessible gratuitement, comme Télémarch, il ne dispense pas la partie adverse de faire la démarche qui consiste à s'enquérir, avant l'attribution du marché, de la situation des dettes fiscales et sociales du soumissionnaire auquel elle a décidé d'attribuer le marché.

Le cinquième moyen, en ce qu'il est pris de la violation de l'article 73, § 3, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016, est sérieux.

IX. Balance des intérêts

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

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

X. Confidentialité

La partie requérante précise que son offre est déposée à titre confidentiel de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit de la pièce n° 8 annexée à la requête.

La partie adverse dépose quant à elle à titre confidentiel les offres (A), les courriers de demandes de justifications de prix et les justificatifs (B), un tableau comparatif d'analyse des offres (C), les pièces relatives à la vérification des dettes sociales et fiscales (D) et des extraits de casier judiciaires (E).

Les parties intervenantes demandent également que leur offre, qu'elles déposent en pièce 3 de leur dossier, soit déclarée confidentielle.

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

XI. Remboursement

Il apparaît à la consultation du compte bancaire ouvert auprès du service désigné au sein du Service public fédéral des Finances comme compétent pour percevoir les droits au Conseil d'État que le droit dû par la société HEMMIS pour l'introduction de la requête en intervention a été payé deux fois, à savoir une fois par elle-même en date du 27 janvier 2021 et une fois par ses conseils en date du 8 février 2021. Il y a dès lors lieu de rembourser à la société HEMMIS le montant de 150 euros indûment payé.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA HEMMIS et la SA Yvan Paque est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du ministre du Climat, de l'Energie et de la Mobilité du 3 décembre 2020 attribuant à la société momentanée Yvan Paque-HEMMIS le marché public de services pour l'entretien et le dépannage du réseau de télémesures hydrauliques WACONDAH.

La demande de suspension est rejetée pour le surplus.

Article 3.

La pièce n° 8 annexée à la requête, les pièces A à E du dossier administratif et la pièce n° 3 annexée à la requête en intervention demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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 6.

Le montant de 150 euros versé indûment par la société HEMMIS lui sera remboursé par le service désigné au sein du service public fédéral des finances comme compétent pour encaisser les droits au Conseil d'État.

Article 7.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 13 avril 2021 par :

Imre Kovalovszky,
Vincent Durieux,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky