

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

n° 251.611 du 24 septembre 2021

A. 230.211/VI-21.713

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

contre :

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

Parties intervenantes :

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

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

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 30 mars 2020, la société anonyme Schreder BE demande l'annulation de « la décision prise par la partie adverse en date du 23 janvier 2020 de ne pas lui attribuer le lot 1 du marché public de fournitures de luminaires LED d'éclairage public et d'attribuer ce même lot aux sociétés Signify S.A., Lightwell B.V., Lug Light Factory Sp. Z. o. o. ».

II. Procédure

L'arrêt n° 247.720 du 5 juin 2020 a accueilli les requêtes en intervention introduites par les sociétés Signify, Lightwell et Lug Light Factory et a ordonné la suspension de l'exécution de la décision adoptée par ORES Assets en date du 23 janvier 2020 d'attribuer le lot 1 du marché public de fournitures de luminaires LED d'éclairage public aux sociétés Signify, Lightwell et Lug Light Factory.

L'arrêt a été notifié aux parties.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a rédigé une note, le 1^{er} octobre 2020, demandant que soit mise en œuvre la procédure organisée par l'article 11/2 du règlement général de procédure.

Par des courriers du 15 octobre 2020, le greffe a informé les parties que la chambre allait statuer sur l'annulation de l'acte dont la suspension a été ordonnée à moins que l'une d'elle ne demande, dans un délai de quinze jours, à être entendue.

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. Mise en œuvre de la procédure abrégée prévue à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État

Selon l'article 17, § 6, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section du contentieux administratif peut annuler l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée si, dans les trente jours de la notification de l'arrêt qui ordonne la suspension ou confirme la suspension provisoire, la partie adverse ou celui qui a intérêt à la solution de l'affaire n'a pas introduit une demande de poursuite de la procédure.

Ni la partie adverse, ni les parties intervenantes n'ont introduit de demande de poursuite de la procédure dans le délai imparti.

L'auditeur rapporteur a en conséquence demandé la mise en œuvre de l'article 11/2 du règlement général de procédure.

Aucune des parties n'a demandé à être entendue.

Il convient dès lors d'apprécier si le premier moyen, qui a été jugé sérieux en sa première branche par l'arrêt de suspension n° 247.720 du 5 juin 2020, justifie l'annulation de l'acte attaqué. Dans l'affirmative, celui-ci pourra être annulé *via* la procédure abrégée visée à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

IV. Examen du premier moyen – première branche

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

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

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

8.- L'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, prévoit en ce qui concerne les critères de sélection, que :

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

Si le pouvoir adjudicateur utilise un critère économique, financier ou technique, ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau, ce critère doit être assorti

d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation.
Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires” [...].

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

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

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

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

9.- Le Conseil d'Etat a rappelé à plusieurs occasions l'obligation d'assortir les critères de sélection d'un seuil d'exigence minimum.

Par exemple, dans un arrêt du 14 août 2015, ce dernier a considéré que l'obligation de produire “une liste de références de 2 missions complètes d'architecture dans le domaine de la restauration sur des biens patrimoniaux classés comparables à l'édifice à restaurer” ne semblait, à première vue, fixer aucun niveau d'exigence minimum tel que requis par l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics.

Il rajoute que “termes ‘comparables à l'édifice à restaurer’, qui ne sont précisés par aucune indication d'exigence ni de seuil à atteindre, sont, par eux-mêmes, trop imprécis pour permettre de déterminer le niveau minimum attendu”.

10.- En l'espèce, la cahier des charges prévoit, sous le point “III.2) Critères de sélection” que :

- “ Afin de prouver sa capacité technique à exécuter le présent marché, le soumissionnaire fournit, par lot:
- une liste des principales fournitures similaires livrées au cours des trois dernières années au maximum en y indiquant le montant HTVA du contrat, la date, la référence du contrat, le nom du client (et s'il est public ou privé). Cette liste doit comprendre au minimum 1 contrat portant sur une livraison de produits similaires à ceux du/des lots soumissionnés.
 - La liste ci-dessous doit être accompagnée d'une attestation de bonne

exécution d'un des contrats susmentionnés, démontrant l'entière satisfaction au sujet des luminaires qui ont été fournis chez le client. Cette attestation de bonne exécution peut également provenir de chez ORES" [...].

Le critère de sélection est donc le suivant :

- pouvoir fournir une liste des principales fournitures similaires au cours des trois dernières années dont au moins un contrat portant sur une livraison de produits similaires à ceux des lots soumissionnés.

Par ailleurs, cette liste doit être accompagnée d'une attestation de bonne exécution.

L'enseignement de l'arrêt du 14 août 2015 du Conseil d'Etat peut être appliqué par analogie au cas d'espèce.

L'obligation de produire "une liste des principales fournitures similaires livrées au cours des trois dernières années au maximum en y indiquant le montant HTVA du contrat, la date, la référence du contrat, le nom du client (et s'il est public ou privé). Cette liste doit comprendre au minimum 1 contrat portant sur une livraison de produits similaires à ceux du/des lots soumissionnés." ne fixe aucun niveau d'exigence ni de minimum. Les termes "produits similaires à ceux du/des lots soumissionnés" ne sont précisés par aucune indication d'exigence ni de seuil à atteindre et sont trop imprécis pour permettre de déterminer le niveau minimum attendu.

Le Conseil d'Etat a par ailleurs considéré que la production de documents justifiant l'expérience invoquée n'est "qu'un mode de preuve de la capacité technique du soumissionnaire, sans définir pour autant ce qui devait être prouvé, c'est-à-dire le niveau de cette capacité".

En l'espèce, le critère de sélection ne précise pas le niveau de capacité devant être prouvé. Afin de pouvoir participer au marché litigieux, faut-il pouvoir démontrer une expérience antérieure de livraison de 100 lampadaires ou de 10.000 lampadaires ? Cette question revient à se demander à partir de quand la partie adverse considère-t-elle que le soumissionnaire justifie d'une capacité suffisante à exécuter le marché.

Le fait d'exiger "au minimum 1 contrat portant sur une livraison de produits similaires à ceux du/des lots soumissionnés" est indépendant de la question de savoir l'ampleur requise de ce contrat. Tout au plus, la partie adverse précise que ce contrat devra concerner des lampadaires dont le modèle est similaire à celui proposé dans l'offre.

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

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

Dans un arrêt rendu le 3 avril 2019, le Conseil d'Etat rappelle qu'"il ressort de

l'article 58, § 1^{er}, précité, qu'en matière de critères de sélection qualitative, est imposée la fixation de niveaux d'exigence requis au regard des critères de caractère financier, économique, technique ou professionnel, étant entendu qu'en procédure ouverte et en procédure négociée avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire » [...].

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

En l'espèce, le critère de sélection ne permet pas de déterminer le niveau minimum attendu.

L'unique exception à l'obligation d'assortir chaque critère de sélection d'un niveau d'exigence approprié est l'hypothèse où un critère de sélection ne se prête pas à la fixation d'un niveau d'exigence approprié, tel qu'indiqué par l'alinéa 2 de l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Dans ce cas-là, l'alinéa 3 de l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 prévoit que ce critère doit alors être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation.

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

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

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

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

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

Il ressort clairement de cette réponse que la liste à fournir en vue de la sélection, ne fixe pas de niveau minimum en termes de quantités de fournitures livrées pour les références invoquées.

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

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

En l'espèce, aucun niveau d'exigence quantitatif n'est prévu dans le cahier spécial des charges.

Le fait que ce dernier requiert que la liste comprenne au minimum 1 contrat portant sur une livraison de produits similaires à ceux des lots ne saurait suffire à satisfaire à l'obligation de prévoir un niveau d'exigence quantitatif minimum. En effet, afin de satisfaire à l'obligation de l'article 65 de l'arrêté du 18 avril 2017, il aurait fallu précisé si ce contrat de référence demandé devait porter par exemple sur la fourniture de 100 produits minimum ou sur la fourniture de 10.000 produits minimum. Seule une telle précision aurait permis d'informer adéquatement les soumissionnaires du niveau de capacité attendu par le pouvoir adjudicateur.

En l'absence de niveau d'exigence minimum, des soumissionnaires ayant des références radicalement différentes ont pu être mis sur le même pied d'égalité, en totale contrariété avec l'interprétation à donner à l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 conformément au rapport au Roi.

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

Après avoir rejeté l'exception d'irrecevabilité soulevée par la troisième partie intervenante, l'arrêt n° 247.720 du 5 juin 2020 a jugé le premier moyen sérieux en sa première branche pour les motifs suivants :

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

“ Le ou les critères de sélection peuvent avoir trait :

1° à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle; et/ou

2° à la capacité économique et financière; et/ou

3° aux capacités techniques et professionnelles.

Le pouvoir adjudicateur ne peut imposer d'autres critères que ceux susvisés comme conditions de participation aux candidats et aux soumissionnaires. Ils limitent ces conditions à celles qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Toutes les conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché.

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

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

“ Art. 65. Sans préjudice de l'article 42, § 3, alinéa 1^{er}, 2°, de la loi, les critères de sélection ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou, en absence d'un tel avis, dans les documents du marché.

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

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

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

“ Art. 68. § 1^{er}. En ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, le pouvoir adjudicateur peut imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié.

Le pouvoir adjudicateur peut notamment exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement.

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

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

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

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

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

1° les listes suivantes :

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

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

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

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

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

5° lorsque les produits ou les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, un contrôle effectué par

le pouvoir adjudicateur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le fournisseur ou le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme; ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prendra pour garantir la qualité;

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

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

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

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

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

11° en ce qui concerne les produits à fournir :

- a) des échantillons, descriptions ou photographies dont l'authenticité doit être certifiée à la demande du pouvoir adjudicateur;
- b) des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et reconnus compétents, attestant la conformité de produits bien identifiés par des références à des spécifications ou normes techniques”.

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

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

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

“ Question 6

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

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

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

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

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

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

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

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

- La partie adverse met en évidence la similarité requise selon les termes du critère de sélection litigieux. Cette similarité contribue certes, dans une certaine mesure, à garantir le caractère approprié des références invoquées par les candidats, au regard de l'objet et des caractéristiques du marché en cause. Toutefois, elle ne peut, en tant que telle, tenir lieu de "niveau d'exigence approprié", au sens de l'article 65, alinéa 2, et ce dès lors, particulièrement, que les documents du marché n'indiquent pas qu'elle porterait sur des éléments au regard desquels elle pourrait révéler un tel niveau d'exigence, telle l'ampleur similaire des marchés dont les références peuvent être invoquées. Il ne pourrait, en toute hypothèse, être tiré argument de la réponse apportée par la partie adverse à la question posée au cours de la procédure de passation (et, plus particulièrement, de la référence au souhait de voir figurer dans la liste de références requises "des modèles similaires à ceux que vous proposerez dans votre offre") : de ce que la partie adverse a alors

entendu interpréter la similarité requise en ce sens que les références invoquées par les candidats devraient porter sur des modèles similaires à ceux qu'ils ont l'intention de livrer, il ne peut être inféré qu'elle entend faire de cette similarité des modèles un "niveau d'exigence approprié", au sens des dispositions applicables. Tels n'étaient d'ailleurs ni le sens ni la portée de la question posée à la partie adverse.

- Toujours au sujet de cette caractéristique de "similarité" des fournitures assurées au cours des années précédentes, la société Lightwell suggère que la prise en considération de fournitures similaires révélerait en soi un niveau d'exigence, déduit en quelque sorte des spécificités techniques du marché litigieux, puisque seraient qualifiées de similaires les fournitures qui respectaient les exigences des documents de ce marché, telle la preuve d'une agrégation déterminée (Synergrid 005 et/ou ENEC+). Force est toutefois de constater que les documents du marché ne contiennent aucune indication attestant que la partie adverse aurait bien eu l'intention de conférer une telle portée à l'exigence de similarité des fournitures précédemment assurées et que cette même partie adverse n'a d'ailleurs nullement confirmé, dans ses écrits de procédure, avoir été animée de cette intention.
- Par ailleurs, à suivre la société Lightwell (telle qu'elle s'exprime au point 6 de sa requête en intervention), le niveau d'exigence que la partie adverse était tenue de fixer et mentionner conformément à l'article 65, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 s'identifierait notamment dans l'obligation de faire valoir "au minimum un contrat portant sur une livraison de produits similaires à ceux du/des lot(s) soumissionnés". Ce minimum d'un contrat représenterait ainsi, selon cette intervenante, un niveau d'exigence quantitatif dont serait assorti le critère de sélection litigieux. Sans doute n'est-il pas exclu que le nombre des références demandées par un pouvoir adjudicateur, conformément aux dispositions précitées, pour permettre de vérifier la capacité d'un soumissionnaire puisse, le cas échéant, contribuer à rendre compte de certains aspects de la capacité d'un soumissionnaire, au point que, pour fixer le "niveau d'exigence approprié" requis en vertu de l'article 65, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le pouvoir adjudicateur choisisse de tenir notamment compte d'un nombre déterminé de telles références. Ne satisfait toutefois pas à l'obligation d'assortir tout critère de sélection d'un niveau d'exigence approprié la prise en considération d'un seul contrat portant sur des fournitures dont la similarité avec celles qui font l'objet du marché litigieux n'est pas davantage précisée, en ses aspects utiles (telle l'importance des fournitures en cause), par les documents du marché.

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

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

l'indication d'un niveau d'exigence. Une telle appréciation n'a pas lieu d'être portée, dès lors que le présent arrêt doit précisément constater l'absence d'une telle indication de niveau d'exigence.

Par identité de motifs, il n'y a pas davantage lieu de statuer sur le caractère approprié, ou non, de ce que la société Signify prétend, au point 8 de sa requête en intervention, identifier comme étant le niveau d'exigence requis, alors que – comme cela ressort des observations qu'ont appelé, ci-dessus, les arguments de la partie adverse et de la société Lightwell – la référence au minimum d'un contrat portant sur la fourniture de modèles similaires ne peut être considérée comme tenant lieu d'indication d'un niveau d'exigence, au sens de l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

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

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

Il n'y a pas lieu de se départir de ce qui a été jugé par l'arrêt n° 247.720, précité. Le premier moyen, en sa première branche, est ainsi jugé fondé. En application des articles 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 11/2 du règlement général de procédure, il convient d'annuler l'acte attaqué.

V. Indemnité de procédure

La partie requérante 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 décision adoptée par ORES Assets en date du 23 janvier 2020 d'attribuer le lot 1 du marché public de fournitures de luminaires LED d'éclairage public aux sociétés Signify, Lightwell et Lug Light Factory est annulée.

Article 2.

Les parties intervenantes supportent les droits de 450 euros liés leurs interventions, à concurrence de 150 euros chacune.

La partie adverse supporte les autres 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 requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le 24 septembre 2021 par :

Imre Kovalovszky,
Vincent Durieux

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky