

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

n° 253.314 du 23 mars 2022

A. 235.723/VI-22.240

En cause : **1. la société à responsabilité limitée EZEE EUROPE,**
 2. la société anonyme de droit suisse UNIMOBILITY,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Éric LEMMENS et
 Elisabeth KIEHL, avocats,
 boulevard de la Sauvenière 68, bte 2/2,
 4000 Liège,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée IN BW
 INTERCOMMUNALE,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Véronique VANDEN ACKER, François VISEUR et
 Pacôme NOUMAIR, avocats,
 avenue Louise 140
 1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 18 février 2022, la SRL Ezee Europe et la SA de droit suisse Unimobility demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « la décision de la partie adverse du 1^{er} février 2022 :
- D'approuver le rapport d'examen des offres du 28 janvier 2022 concernant le marché public de services ayant pour objet la gestion du service de mise à disposition au public par in BW de vélos à assistance électrique pour le territoire du brabant wallon – “Smart mobility BW”;
 - De déclarer l'offre de la s.a. Billy régulière;
 - D'attribuer le marché à la s.a. Billy, non exclu et sélectionné, sur la base de son offre finale économiquement la plus avantageuse au regard des critères d'attribution, pour le montant d'offre contrôlé de 3.987.070 ,00 € HTVA ou 4.824.354,70 € TVAC sur la totalité du marché soit 1.811.420,00 € HTVA pour la tranche ferme du marché cadre d'une durée de 2 ans pour 650 vélos ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 21 février 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 10 mars 2022.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M. David De Roy, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Elisabeth Kiehl, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, M^{es} Véronique Vanden Acker et Pacôme Noumair, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Lionel Renders, auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis contraire.

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

III. Exposé des faits

Tels que les relate la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

- « 1.1. Les premières procédures en vue d'attribuer le marché – abandon
1. Par un avis de marché publié au BDA le 21 février 2020 et au JOUE le 25 février 2020 (...), in BW a décidé de lancer, par procédure ouverte, un marché public de fournitures d'une durée de 48 mois, ayant pour objet la mise à disposition de vélos à assistance électrique (VAE) payants en libre-service à destination du public dans les 27 communes du Brabant wallon.
2. Le marché
- était divisé en une tranche ferme et trois tranches conditionnelles (en fonction des phases couvrant des territoires géographiques distincts) en regard de l'article 57 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés;
 - prévoyait une rémunération fixe pour les adjudicataires (location du vélo) payée par in BW et une rémunération variable représentant un pourcentage des revenus de la location des vélos par les usagers;
 - établissait le critère de sélection qualitative comme suit :
Capacité technique et professionnelle
Liste et description succincte des critères de sélection :

1) une liste des principales fournitures similaires effectuées au cours des 3 dernières années ou du début d'activité de l'opérateur économique indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé.

Niveau(x) spécifique(s) minimal/minimaux exigé(s):

1) avoir fourni au minimum 1 fourniture du même type d'au moins 500 vélos et pouvoir démontrer que l'expérience a été/est probante.

- établissait les critères d'attribution comme suit :

o prix 50 %

o La qualité et le caractère complet (clé sur porte w) de l'offre de fourniture de "mise à disposition de 1763 Vélos à assistance électrique (VAE) à destination du grand public de 27 communes du Brabant wallon" – 40 %

o Qualité et fiabilité des vélos à assistance électrique – 10 %

In BW disposait d'un budget limité pour le projet, établi sur la base de ses ressources, de la contribution des communes sur le territoire desquelles les stations étaient implantées, et de subsides régionaux et provinciaux.

3. Quatre offres ont été déposées par les opérateurs suivants : le groupement Ezee Europe sprl/Unimobility s.a , Donkey Republic Admin Aps (Copenhague), Bewegen Technologies (Quebec) et la s.a. Billy.

À l'analyse des offres, il est apparu que les 3 offres sélectionnables et régulières en la forme dépassaient largement le budget d'in BW, qu'elles n'étaient pas comparables financièrement parlant et ne respectaient pas le délai de livraison prévu au cahier des charges.

4. Pour ces motifs, in BW a décidé de ne pas attribuer le marché et de relancer le projet via une procédure négociée sans publicité sur la base de l'article 38, § 1^{er}, 2°, de la loi du 17 juin 2016 où elle invitait uniquement à remettre offre les soumissionnaires sélectionnés non exclus et ayant déposé une offre régulière en la forme à la procédure ouverte. (...)

5. Le 2 juillet 2020, in BW invite, par *e-tendering* les trois soumissionnaires non exclus, sélectionnés et réguliers en la forme, à déposer offre (...). L'invitation est assortie d'un cahier des charges (...).

Les trois soumissionnaires invités, à savoir la s.a. Billy, l'association Ezee Europe/Unimobility et Bewegen Technologies, ont remis offre.

Les offres initiales ont fait l'objet d'une analyse dont il ressortait que l'offre de Bewegen Technologies était substantiellement irrégulière pour non-respect de la part variable du prix.

Seuls les deux autres soumissionnaires ont dès lors été invités à remettre une offre finale.

6. Par une décision du 29 septembre 2020, in BW a décidé d'attribuer le marché à l'association Ezee Europe/Unimobility et de rejeter l'offre de la s.a. Billy (...).

7. La s.a. Billy a saisi votre Conseil d'une requête en annulation et suspension d'extrême urgence contre la décision d'attribuer le marché aux requérantes.

À l'appui de sa requête, la s.a. Billy invoquait notamment que (...) :

- c'est à tort que le groupement Ezee Europe/Unimobility s.a avait été sélectionné dans le cadre de la procédure ouverte et donc invité à remettre offre dans le cadre de la procédure;

- la correction et la vérification des prix étaient irrégulières (motivation formelle et matérielle insuffisantes ou entachées d'erreurs manifestes d'appréciation).

- l'appréciation des offres au regard des critères qualitatifs était irrégulière, confondant conformité des offres et appréciation de leurs qualités, présentant des défauts de motivation formelle et/ou des erreurs manifestes d'appréciation.

8. Considérant que, à l'analyse du recours, il fallait effectivement constater un défaut de motivation formelle quant à la sélection d'Unimobility, à la correction des prix des soumissionnaires, à la vérification et la justification de la normalité du prix proposé par Unimobility, mais également quant à la cotation et le classement des offres sur les critères d'attribution (hors prix), le Bureau exécutif d'in BW a décidé de retirer la décision d'attribution. Ce retrait a été notifié aux 3 soumissionnaires le 13 novembre 2020.

9. Par une décision du conseil d'administration d'in BW du 16 décembre 2020 (...), in BW a décidé d'abandonner la procédure et de réadjudger le marché

- sur la base d'un nouveau cahier des charge plus précis et clair "sur des éléments essentiels tels que le fractionnement du marché en tranches, le rôle respectif des parties et les flux financiers entre eux et à l'égard des usagers du service de mise à disposition des vélos, les exigences minimales relatives aux prestations de l'adjudicataire et notamment les vélos à louer à in BW, et par conséquent les critères d'attribution"

- via une procédure négociée directe avec publicité au sens de l'art. 41 de la loi du 17 juin 2016 aux motifs suivants :

"En vertu de la nomenclature NACE établie par le Règlement européen N° 1893/2006 du 20 décembre 2006, la location de vélos, même à des fins de mobilité douce, est repris sous la catégorie □77.21 Location et location-bail d'articles de loisirs et de sport□, elle-même reprise sous la catégorie □ACTIVITÉS DE SERVICES ADMINISTRATIFS ET DE SOUTIEN□.

En l'espèce, le marché vise un service 'all in' visant outre la mise disposition des vélos, leur entretien et maintenance mais également le développement et la gestion de logiciel, appli et site internet ainsi que d'autres services d'appui à la mise à disposition au public de vélos (à assistance électrique) pour lequel, à défaut d'autre code ou dénomination CPV (en termes de mobilité/transport), le code et la dénomination '92600000-7 Services sportifs' repris sous les 'Services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé' de l'annexe III de la loi du 17 juin 2016 peut être légitimement utilisé.

En vertu de l'article 89, § 1^{er}, 1° de la Loi du 17 juin 2016, un tel marché peut, indépendamment de sa valeur estimée, être passé via une procédure négociée directe avec publicité. En l'espèce, sa valeur estimée implique une publicité tant au niveau belge qu'au niveau européen."

10. In BW a donc procédé à la rédaction d'un nouveau cahier des charges qui se distingue fondamentalement du précédent aux fins de mieux gérer la complexité du marché qui relève notamment :

- de son caractère innovant (pas de précédent en Belgique pour une mise à disposition en semi free floating – stations "virtuelles" sans bornes de recharge), qui rend difficile la fixation d'exigences minimales et de critères qualitatifs mais également l'estimation des coûts et recettes du service;

- du budget dont dispose in BW pour mettre en œuvre le service de mise à disposition des vélos;

- de la nécessité, pour des raisons fiscales, de positionner in BW comme exploitante du service de mise à disposition payante au public des vélos; in BW doit dès lors percevoir toutes les recettes liées au service de mise à disposition, l'adjudicataire étant dès [sic] l'opérateur expérimenté auquel in BW sous-traite la gestion du service en toutes ses composantes et qu'elle rémunère pour ses services de gestion et ce toujours via un prix fixe et un prix variable consistant en une rétrocession par in BW des recettes qu'elle perçoit à charge des usagers des vélos;

- du préfinancement à charge des adjudicataires dès lors qu'ils ne sont rémunérés (part fixe et variable) qu'à partir du moment où le service de mise à disposition des vélos et les outils informatiques;

- de la nécessité de "phaser" le marché pour déployer le service par "blocs" de communes du Brabant wallon en commençant par une phase "ferme" visant 650 vélos sur 6 communes pour une période de 2 ans (pour laquelle le budget disponible – y inclus les subsides – est seul garanti) et en gardant toute la flexibilité pour les autres communes et le nombre de vélos à y déployer, en fonction du "succès" du service auprès des usagers et donc des recettes qui peuvent en être perçues.

1.2. La procédure actuelle contestée par les requérantes

11. Un avis de marché a été publié au *Bulletin des Adjudications* le 18 décembre 2020 et le 23 décembre 2020 au *Journal officiel de l'Union européenne* (...).

Il résulte du cahier des charges régissant la passation et l'exécution du marché par procédure négociée directe avec publicité mis à disposition avec les avis précités (...) que :

- Le marché a pour objet “la gestion du service de mise à disposition au public par in bw de vélos à assistance électrique pour le territoire du brabant wallon”; il résulte des définitions reprises au cahier des charges que :

O Les prestations à charge de l’adjudicataire sont plus précisément : “la location des Vélos, leur entretien et maintenance, le développement et la mise à disposition des outils informatiques, leur entretien et maintenance ainsi que toutes les autres Prestations nécessaires à l’exploitation par in BW du Service de mise à disposition des Vélos de manière optimale et sans interruption pendant toute la durée du Marché”;

O Le service (de mise à disposition des Vélos) est “le service offert par in BW, tout au long de l’année et 24h/24, de mise à disposition du public, contre paiement, de Vélos sur des Stations situées en territoire du Brabant wallon dont la réservation, et la location et le paiement se font via une appli disponible sur smartphone (Androïde et IOS)”;

O Les Stations ou zone de semi-free floating sont “zone de stationnement des Vélos définie virtuellement (localisation GPS) qui déclenche la facturation de l’utilisation des vélos, dépourvue de toute infrastructure (bornes de rechargement) et de personnel. Elle peut être physiquement délimitée par un marquage au sol et renseignée par un panneau de signalisation”

- Le marché est un “marché de services, conclu sous la forme d’un accord-cadre”; l’accord-cadre a une durée de 4 ans avec une commande ferme (650 vélos répartis en stations sur le territoire de 6 communes) et des commandes subséquentes potentielles, toutes d’une durée de 2 ans avec prolongations possibles, le tout pour répondre à la nécessité de phasage du développement du service en fonction des résultats de la tranche ferme;

- L’adjudicataire est rémunéré par in BW principalement par un prix fixe (offre de l’adjudicataire sur la base de l’inventaire joint au cahier des charges) et également par une part variable résultant de la rétrocession par in BW d’une partie des revenus qu’elle perçoit à charge des usagers des vélos, suivant les modalités définies dans les spécifications techniques

- La procédure de passation est la procédure négociée directe avec publicité belge et européenne. À cet égard, le cahier des charges précise que :

En application de l’article 89¹ de la Loi du 17 juin 2016, le Pouvoir adjudicateur a opté pour la **procédure négociée directe avec publication préalable**. Cette procédure lui permet d’avoir la flexibilité requise, en termes de négociations, pour définir précisément les spécifications techniques et fonctionnelles du Marché. Celui-ci est en effet une « première » en Belgique et nécessitera une adaptation des offres et du Cahier des charges avec les Soumissionnaires dans le respect des exigences minimales fixées par le Cahier des charges.

Vu la valeur estimée du marché, la procédure fait l’objet d’une publicité tant **au niveau belge qu’au niveau européen**².

¹ En vertu de la nomenclature NACE établie par le Règlement européen No 1893/2006 du 20 décembre 2006, la location de vélos, même à des fins de mobilité douce, est repris sous le catégorie « 77.21 Location et location-bail d’articles de loisirs et de sport », elle-même reprise sous la catégorie « ACTIVITÉS DE SERVICES ADMINISTRATIFS ET DE SOUTIEN ».

En l’espèce, le marché vise un service « all in » visant outre la mise disposition des vélos, leur entretien et maintenance mais également le développement et la gestion de logiciel, appli et site internet ainsi que d’autres services d’appui à la mise à disposition au public de vélos (à assistance électrique) pour lequel, à défaut d’autre code ou dénomination CPV (en termes de mobilité/transport), le code et la dénomination « 92600000-7 Services sportifs » repris sous les « Services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé » de l’annexe III de la loi du 17 juin 2016 peut être légitimement utilisé.

² La valeur du marché a été estimée sur la base (i) du loyer mensuel pour la mise à disposition, l’entretien et la maintenance des Vélos (ii) le cout de développement (entretien et maintenance) des outils informatiques, qui représentent la partie fixe du prix payé à l’Adjudicataire et (iii) de la partie des revenus perçus à charge des usagers qu’in BW rétrocéder à l’Adjudicataire, calculée suivant les modalités prévues à l’art. II.1.3 du Cahier des charges qui représente la partie variable du prix payé à l’Adjudicataire.

- Les critères de sélection visaient

o pour la capacité financière et économique : une déclaration bancaire, suivant le modèle joint en annexe du cahier des charges, suivant laquelle le Soumissionnaire était capable de (faire) financer la tranche ferme du marché;

o pour la capacité technique :

- disposer d'une équipe incluant au minimum 3 profils dont les expériences et compétences étaient précisées (chef de projet , responsable IT et responsable technique)

- disposer d'un atelier situé dans ou à proximité de la province du Brabant wallon, d'une superficie suffisante à assurer l'Entretien et la Maintenance de 650 Vélos et à stocker le nombre de Vélos "tampon" nécessaire à garantir en tout temps 650 Vélos en circulation.

- Les critères d'attribution visaient :

o le prix total de l'offre (inventaire) - 60/100

o le délai de mise en service des Vélos et Outils informatiques - 30 /100

o La qualité des méthodes et moyens mis en place pour éviter les fraudes (au paiement, à la facturation ou à l'utilisation des Vélos) ou y remédier - 10/100

- Quant aux dispositions contractuelles, elles imposaient notamment qu'in BW détienne les droits de propriété intellectuelle sur les outils informatiques, dont l'application et le site internet, ainsi que la portabilité des données.

12. Conformément à ce que prévoyait le cahier des charges, une séance d'information s'est tenue par visioconférence le 7 janvier 2021. Lors de cette séance d'information, de nombreux éléments essentiels du cahier des charges ont fait l'objet de discussions et interrogations. PV de cette réunion a été dressé et transmis aux opérateurs (...)

Le 20 janvier 2021, in BW a publié un avis rectificatif aux termes duquel (...)

"Suite à la séance d'information du 7 janvier et aux questions posées dans l'intervalle, la date de remise des offres est postposée au 1^{er} mars 2021 et un cahier des charges révisé sera publié dès son approbation par le conseil d'administration d'in BW du 3 février prochain. La révision aura à tout le moins pour objet (i) les droits de propriété intellectuelle sur les outils informatiques aux fins de limiter les droits d'in BW sur le logiciel (Application) à des droits d'usage (licence d'exploitation) (ii) l'allègement des exigences techniques minimales relatives aux Vélos (suppression des pneus pleins et cadre en aluminium), (iii) la définition de niveaux de service relatifs à la disponibilité des Vélos et des Stations (rééquilibrage), (iv) la précision des éléments inclus dans les prix des différents postes de l'inventaire, (v) l'amende de retard (liée au délai de mise en service) et (vi) la précision de la marge de négociation après dépôt des offres initiales (exigences minimales/essentiels)".

13. Lors de sa réunion du 3 février 2021, le conseil d'administration d'in BW a approuvé le cahier des charges modifié à la suite de la réunion d'information et aux questions posées par les opérateurs; il a donné délégation au Bureau exécutif pour gérer les négociations et, dans ce cadre, adapter le cahier des charges en vue du dépôt des offres finales (...).

14. Un avis rectificatif (...), publié le 4 février 2021 contenait ainsi

- Le cahier spécial des charges post-réunion d'information et approuvé par le Conseil d'administration du 03.02.2021 (...)

- La note explicative aux opérateurs relative aux modifications dudit cahier des charges (...)

- Les réponses aux questions posées par les différents opérateurs économiques (...)

- L'annexe relative aux explications sur les quantités présumées reprises à l'inventaire du cahier des charges (...).

15. La pièce 10 précitée indiquait notamment que, pour des raisons financières et budgétaires, in BW ne peut s'engager, à la date de lancement et conclusion du marché, qu'à une durée de 2 ans pour 650 Vélos. À titre informatif, sur la base de son plan financier initial, in BW dispose d'un budget maximum de 115 €/mois/Vélo (poste 3).

16. C'est donc sur la base du cahier des charges – version 3 février, que les offres initiales ont été déposées et analysées.

Ce cahier des charges

- Précisait l'objet du marché, en particulier pour ce qui concerne l'appli et le site internet ainsi que les droits de propriété intellectuelle sur ces outils informatiques : la séance d'information avait fait apparaître que l'appli (logiciel de gestion de la location des vélos) visait des logiciels existants pour lesquels les soumissionnaires disposaient de licences ne permettant pas de transférer la propriété intellectuelle (industrielle) à in BW et qui devaient être uniquement 'adaptés' aux besoins et *branding* spécifiques d'in BW;
Dès lors l'objet du marché n'incluait plus le développement des outils informatiques mais uniquement leur mise à disposition, gestion, entretien et maintenance;
Pour les vélos, l'objet incluait leur location, gestion, maintenance et entretien; la gestion faisant référence essentiellement aux prestations de rééquilibrage des stations.
- Précisait la durée (et leur prolongation) des marchés subséquents (commandes fermes et optionnelles);
- Précisait la rémunération de l'Adjudicataire en part fixe (offre de l'Adjudicataire-inventaire) et part variable comme suit :

L'Adjudicataire est rémunéré par in BW par le biais

- D'un prix global et forfaitaire (Offre de l'Adjudicataire) pour la mise à disposition des Outils informatiques, payé en une fois à leur mise en service ;
- D'un prix forfaitaire mensuel (Offre de l'Adjudicataire) pour la Gestion, la Maintenance et l'Entretien des Outils informatiques, payé à dater de leur mise en service ;
- D'un prix forfaitaire mensuel par Vélo (Offre de l'Adjudicataire) pour leur Location, Gestion, Entretien et Maintenance, payé à partir de leur mise en service (loyer mensuel) ;
- D'une rétrocession d'une partie des revenus perçus par in BW dans le cadre de l'exploitation du Service, suivant les modalités définies au Spécifications techniques.

Le Marché est dès lors un Marché mixte incluant des postes

- À prix global (forfait) poste 1 de l'inventaire ;
- A bordereau de prix (postes 2 et 3 de l'inventaire) ;
- A remboursement : rétrocession d'une partie des revenus perçus par in BW dans le cadre de l'exploitation du Service (non repris à l'inventaire);

- Redéfinissait les critères de sélection comme suit :

II.2.2.1 Capacité financière – Déclaration bancaire

Pour être sélectionné, le Soumissionnaire doit disposer d'une déclaration bancaire, émanant d'un établissement financier de premier plan, établissant qu'il dispose des moyens nécessaires et suffisants pour exécuter le Marché et à cet effet qu'il dispose de la capacité à financer ou faire financer les prestations objet de la commande ferme (phase 1), à savoir, sur la base de son offre, le prix du poste 1 ainsi que le coût d'acquisition de 650 Vélos et de leur adaptation spécifique à in BW et au Service, ainsi que le coût d'acquisition des équipements nécessaires à assurer la Gestion, l'Entretien et la Maintenance des Vélos (, dans le respect des conditions du Cahier des charges relatives aux Prix et modalités de paiement.

▲ II.2.2.2 Capacité technique et professionnelle – titres d'études et professionnels du Soumissionnaire

Pour être sélectionné, le Soumissionnaire doit établir qu'il dispose de l'expérience suffisante pour exécuter le Marché.

A cet effet, il démontre qu'il dispose en vue de l'exécution du Marché, d'une équipe incluant à titre principal les compétences/profils suivants :

- Un chef de projet, responsable de l'exécution du Marché et opérant comme « SPOC » qui dispose d'une expérience récente (trois dernières années) dans le financement, la mise en place, la gestion et l'exploitation d'un ou plusieurs parcs (flottes) totalisant ensemble 500 vélos à assistance électrique en vue d'une mise à disposition du public ;
- Un responsable « IT » qui dispose d'une expérience récente (3 dernières années) dans le développement et l'adaptation (i) d'une application (logiciel ou ensemble de logiciels informatiques exécutable sur smartphone (compatible avec Androïde et IOS) de gestion et d'exploitation (réservation et paiement) d'un service de free floating ou semi free floating pour vélos ou trottinettes à assistance électrique et (ii) d'un site interne informatif dédié à un service de free floating ou semi free floating pour vélos ou trottinettes à assistance électrique ;
- Un responsable « technique », disposant d'une expérience récente (3 dernières années) dans l'entretien et la maintenance (y inclus réparation) de vélos à assistance électrique mis à disposition du public, y inclus leur gestion (rééquilibrage des stations) ;

Une seule personne peut répondre à plusieurs des profils requis.

Le Soumissionnaire peut invoquer la capacité de Tiers pour répondre à l'exigence précitée, à condition que ce Tiers

- Ne soit pas en situation d'exclusion au sens des articles 67 à 69 Loi (voir ci-avant, art.II.2.1), sans préjudice de régularisation ou mesures correctrices jugées suffisantes ;
- S'engage à mettre sa capacité à disposition du Soumissionnaire s'il obtient le Marché.

II.2.2.3 DUME et documents à joindre à l'offre

Le Soumissionnaire joint à son offre

- le DUME, dûment complété en sa partie IV (déclaration générale quant aux critères de sélection)
- pour établir sa capacité financière :
 - o la déclaration bancaire, suivant modèle joint en annexe, dûment complétée et signée par un établissement financier de premier plan
- Pour établir sa capacité technique
 - o La description de l'équipe affectée à titre principal à l'exécution du Marché et tous documents probants de leur expérience démontrant qu'elle répond aux exigences minimales précitées ;
 - o le cas échéant, si la capacité de Tiers est invoquée
 - un DUME complété (partie II et III) et signé par le(s) Tiers
 - une déclaration d'engagement, suivant le modèle joint en annexe, dûment complétée et signée par le(s) Tiers

Dans le cadre de la vérification des déclarations précitées, le Pouvoir adjudicateur se réserve le droit de demander aux Soumissionnaires tout document probant des capacités, expériences vantées y inclus dans le chef des Tiers.

S'il devait être constaté que les Tiers ne répondent pas aux conditions de sélection ou doivent être exclus, le Pouvoir adjudicateur peut ordonner leur remplacement. A défaut de remplacement, le Soumissionnaire ne pourra pas être sélectionné.

- Redéfinissait les critères d'attribution comme suit :

L'offre (finale) économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la base des critères d'évaluation suivants :

1. Le prix de l'offre (total de l'inventaire) TVA comprise - 90 points / 100

Pour la cotation des offres sur la base de critère, le Pouvoir adjudicateur appliquera la « règle de trois »

L'attention des Soumissionnaires est attirée sur le fait que les prix de l'inventaire

- o Sont fixes et non révisables sans préjudice des clauses de réexamen ;
- o Forfaitaires et, à ce titre, incluent toutes les Prestations à charge de l'Adjudicataire en vertu du Cahier des charges et/ou de son offre⁹.

ATTENTION : aucun prix supplémentaire au regard de ceux prévus dans l'inventaire ne peut être demandé par le Soumissionnaire sous peine d'irrégularité substantielle de son offre.

2. La qualité des méthodes et moyens mis en place pour éviter les fraudes (au paiement, à la facturation ou à l'utilisation des Vélos) ou y remédier- 10 points/100

La notion de fraude inclut les vols.

- Exigeait pour la remise d'offre, l'inventaire joint au cahier des charges dûment complété par le soumissionnaire, mais également une décomposition de ces prix

N°	Description	Type	Unité	Quantité Présumée	Prix unitaire HTVA	Prix total HTVA
Poste 1	Mise à disposition des Outils informatiques, y inclus adaptation spécifique à in BW	Forfait global	1			
Poste 2	Gestion, Entretien et Maintenance des Outils informatiques, y inclus <u>reporting</u> et statistiques et services de conseil/accompagnement d'in BW pour l'exploitation publicitaire et/ou la promotion du Service	<u>bordereau</u> de prix	<u>mois</u>	43		
Poste 3	<u>location</u> , Gestion, Entretien, Maintenance des Vélos, y inclus service client	<u>bordereau</u> de prix	Loyer mensuel par Vélo	35280		
Total HTVA :						
TVA 21% :						
Total TVAC :						
Les prix unitaires doivent être mentionnés avec 2 chiffres après la virgule. La quantité de produits x le prix unitaire doivent être à chaque fois arrondis à 2 chiffres après la virgule.						
Vu, vérifié et complété avec les prix unitaires, les totaux partiels et le total global qui ont servi à déterminer le montant de mon offre de ce jour, pour être joint à mon formulaire d'offre.						
Fait à le <u>Fonction:</u>						
Nom et prénom :						

▲ V.3 Décomposition des prix de l'inventaire

Instructions pour la décomposition des prix de l'inventaire

Elle doit permettre d'identifier/distinguer :

- Pour le poste 1 :
 - o le prix de développement/mise à disposition du Site internet,
 - o le prix des adaptations du logiciel aux spécificités d'in BW et du Service ;
- pour le poste 3 :
 - o le cout d'acquisition d'un Vélo,
 - o le cout d'adaptation d'un Vélo à in BW et au Service,
 - o le coût d'acquisition des équipements nécessaires à la Gestion/l'Entretien/la maintenance (camionnettes, vélos cargos, atelier, pièces de rechanges, stock tampons etc);
 - o le coût de la Gestion d'un Vélo (rééquilibrage des Stations) ;
 - o le coût d'Entretien d'un Vélo (contrôle, rechargement des batteries),
 - o le coût de Maintenance d'un Vélo
 - o le coût du service clients

- Revoyait les dispositions contractuelles et spécifications techniques pour préciser les exigences minimales /essentiels et donc intangibles, le reste pouvant être encore précisé ou modifié en cours de négociation aux fins de permettre à in BW de préciser ses besoins au regard de son budget en vue de l'offre finale; les négociations pouvaient ainsi viser notamment les délais, pénalités, amendes, montant du cautionnement ainsi que certains éléments des clauses de réexamen (et par là la prise en charge des risques et aléas du marché) mais également les niveaux de service (spécifications techniques) souhaités notamment en termes de rééquilibrage des stations, service client, assistance d'in BW à la promotion du service et à l'exploitation publicitaire des vélos et outils informatiques.

17. Le 1^{er} mars, in BW a reçu deux offres : celle de la s.a. BILLY et celle des requérantes, constituées en groupement (...)

18. Après analyse des offres initiales, in BW a adressé le 17 mars 2021 un courrier (...) aux deux soumissionnaires pour leur faire préciser leur offre et vérifier l'absence d'irrégularités substantielles (pour la s.a. BILLY) et permettre aux requérantes de régulariser la leur (conformité du vélo à la norme).

Les réponses (...) ont permis à in BW de considérer les offres comme non substantiellement irrégulières (ou régularisées) et dès lors d'inviter les deux soumissionnaires aux négociations (...).

Les négociations se sont tenues par visioconférence en juin 2021 comme suit :

- Aspects techniques des offres et clauses techniques du cahier des charges : s.a. Billy le 8 juin 2021 et Groupement Unimobility in BW le 9 juin 2021
- Clauses contractuelles du cahier des charges : s.a. Billy le 21 juin 2021 et Groupement Unimobility in BW les 18 et 23 juin 2021

Les séances ont été enregistrées.

19. Les négociations avaient pour but de :

- Faire corriger par la s.a. Billy son inventaire de prix pour en supprimer la part variable (poste 3);
- Faire comprendre au groupement Unimobility in BW la nécessité de décrire dans son offre les solutions qu'il propose et non pas de dupliquer le cahier des charges et, en particulier de préciser quels outils informatiques étaient mis à disposition du pouvoir adjudicateur (l'offre faisant état de différents logiciels et le type de site internet mis à disposition n'étant pas précisé) mais également ses engagements quant aux prestations en matière de gestion, maintenance et entretien des vélos ou encore de maintenance et d'entretien des outils informatiques, de service client et d'assistance à in BW pour la promotion du service et son exploitation publicitaire;
- De trouver un équilibre financier tenable de part (soumissionnaires) et d'autre (in BW);
- de revoir les exigences opérationnelles (disponibilité, entretien, maintenance et rééquilibrage, service client et assistance in BW en marketing et promotion du service);
- Diminuer les risques transférés aux soumissionnaires (pénalités, amendes, clauses de réexamen);
- Diminuer les charges de préfinancement et autres coûts (assurance, cautionnement, etc).

Il s'agissait de permettre à in BW de fixer les niveaux de service des spécifications techniques (dans le respect des exigences minimales) et certains éléments (délais, pénalités, amendes, clauses de réexamen, etc) des dispositions contractuelles (toujours dans le respect des exigences minimales) aux fins de mettre en adéquation les prix des soumissionnaires avec sa capacité budgétaire.

Parmi les modifications apportées, on citera notamment :

- la diminution des exigences quant à la disponibilité des vélos (et à la maintenance) qui permet de supprimer l'exigence d'une flotte tampon;
- la diminution des exigences en termes de rééquilibrage des stations;
- la diminution des exigences liées au service client (plus de central d'appel disponible en tout temps et en 3 langues) ainsi que celle liée à l'assistance d'in BW dans la promotion ou le marketing du service (plus de mise à disposition d'un "*community manager*");
- la suppression des risques liés aux modifications imposées par in BW et la révision des prix pour les commandes subséquentes à la commande ferme;
- la précision et l'amélioration de la part variable de la rémunération de l'adjudicataire qui, pour rappel, vise la rétrocession par in BW des recettes qu'elle perçoit à charge des usagers du service : la part TVA est précisée, chaque minute compte et les pourcentages de rétrocession sont identiques pour toutes les formules tarifaires (à la minute et pour les abonnements).

20. Le cahier des charges "offre finale" a été arrêté par le Bureau exécutif d'in BW le 19 octobre 2021 (...).

21. L'invitation à remettre offre finale a été adressée le 26 octobre aux soumissionnaires, via *e-tendering* (...). Elle était accompagnée du cahier des charges "version offre finale" (...) et d'une note listant et détaillant les modifications par rapport au cahier des charges "offre finale" du 3 février 2021 (...).

On y notera que, s'agissant du contenu des offres finales, outre l'inventaire dument complété (pour lesquels les contenus de chaque poste étaient reprecisés tenant compte de la révision des niveaux de services exigés) les soumissionnaires devaient déposer une décomposition des prix et un business plan pour permettre au pouvoir adjudicateur de comprendre les prix de l'inventaire et en opérer la vérification.

V.2. Inventaire

V.2. Inventaire

Marché in BW
Ref. 2020/234
« projet Smart Mobility »

N°	Description	Type	Unité	Quantité Présumée	Prix unitaire HTVA	Prix total HTVA
Poste 1	Mise à disposition des Outils informatiques, y inclus adaptation spécifique à in BW	Forfait global	1			
Poste 2	Gestion, Entretien et Maintenance des Outils informatiques, y inclus reporting et statistiques et assistance au comité de suivi,	<u>bordereau de</u> prix	<u>mois</u>	43		
Poste 3	<u>location</u> , Gestion, Entretien, Maintenance des Vélos, y inclus service client,	<u>bordereau de</u> prix	Loyer mensuel par Vélo	35280		
Total HTVA :						
TVA 21% :						
Total TVAC :						
<p>Les prix unitaires doivent être mentionnés avec 2 chiffres après la virgule. La quantité de produits x le prix unitaire doivent être à chaque fois arrondis à 2 chiffres après la virgule.</p> <p>Vu, vérifié et complété avec les prix unitaires, les totaux partiels et le total global qui ont servi à déterminer le montant de mon offre de ce jour, pour être joint à mon formulaire d'offre.</p> <p>Fait à le Fonction:</p>						

V.3 Décomposition des prix de l'inventaire

Instructions pour la décomposition des prix de l'inventaire de l'offre finale

- Pour le poste 1 : Mise à disposition des Outils informatiques, y inclus adaptation spécifique à in BW

<u>le</u> prix de développement/mise à disposition du Site internet,		
<u>le</u> prix des adaptations du logiciel aux spécificités d'in BW et du Service ;		

Pour le poste 2 : Gestion, Entretien et Maintenance des Outils informatiques, y inclus ~~reporting~~ et statistiques et assistance au comité de suivi,

<u>les</u> frais de personnel affectés à la gestion des outils et au reporting		
<u>les</u> frais de personnel liés aux tâches du comité de suivi		
<u>frais</u> de licence		
<u>les</u> autres frais éventuels que le Soumissionnaire inclut dans ce poste et qu'il détaille S'il s'agit de frais de personnel, ceci <u>sont</u> - exprimés en taux horaire (montant brut) avec le nombre d'heures associées et reporté par mois dans la décomposition du prix		

- Pour le poste 3 : Location, Gestion, Entretien, Maintenance des vélos, y inclus service client,

le cout d'acquisition d'un Vélo et le détail de l'amortissement,		
le cout d'adaptation d'un Vélo à in BW et au Service (branding),		

- le coût d'acquisition des équipements nécessaires à la Gestion/l'Entretien/la maintenance (camionnettes, vélos cargos, atelier, pièces de rechanges, etc);Le Soumissionnaire détaille pour se faire :

les frais d'acquisition et/ou de leasing des camionnettes (nombre) et le coût mensuel		
les couts mensuels de location de l'entrepôt		
le montant mensuel alloué aux pièces de rechange		

- le coût de la Gestion d'un Vélo, des services, rééquilibrage, recharge des batteries, entretien, maintenance, service client .Le Soumissionnaire détaille pour se faire:



<p>les frais de personnel et le nombre de personnes affectées aux diverses tâches qu'il détaille (équipes en charge des recharges et rééquilibrage, chef d'atelier, support administratif, helpdesk....)</p> <p>Ceux-ci sont exprimés en taux horaire (montant brut) avec le nombre d'heures associées qu'il détaille et reporte dans l'inventaire sur le prix par vélo/mois</p>		
--	--	--

Pour l'ensemble de l'opération : Un business plan

--	--

22. Le 18 novembre, les deux soumissionnaires ont introduit leur offre finale (...).

23. In BW a procédé à leur analyse et, en particulier, à la vérification des prix sur la base des documents demandés (décomposition des prix de l'inventaire et business plan), constatant un très important écart entre le prix de la s.a. Billy et celui du Groupement Unimobility in BW (...).

Le 23 décembre 2021, in BW a adressé un courrier aux soumissionnaires aux fins principalement d'obtenir les éclaircissements sur certains points de la décomposition des prix (au regard du business plan) et faire confirmer certains points des offres (...). En particulier, pour le groupement Unimobility in BW, le courrier vise à obtenir des explications quant à la phénoménale augmentation de ses prix entre l'offre initiale et l'offre finale alors que les exigences et les risques mis à charge de l'adjudicataire en vertu du cahier des charges "version offre finale" étaient diminués par rapport au cahier des charges "offre initiale" et que la part variable de la rémunération (rétrocession à l'adjudicataire par in BW des recettes qu'elle perçoit à charge des usagers) a été améliorée (identique pour tous types de tarifs, dès la première minute et pour tous les formulaires tarifaires, y inclus les abonnements).

Les soumissionnaires ont adressé leur réponse en date des 5 et 6 janvier 2022 (...).

24. Le rapport d'analyse des offres, dressé le 28 janvier 2022, a été approuvé par le Bureau exécutif du 1^{er} février 2022 qui a décidé, faisant sien cette analyse, d'attribuer le marché à la s.a. Billy (...).

25. In BW a notifié aux soumissionnaires la décision motivée d'attribution du marché par courriel et envoi recommandé le 3 février 2022 (...).

Par requête déposée le 18 février au greffe du Conseil d'Etat, la srl Ezee Europe et la s.a. de droit suisse Unimobility, constituant le groupement soumissionnaire Unimobility in Bw ont demandé la suspension, au bénéfice de la procédure d'extrême urgence, de la décision de déclarer les offres finales régulières.

IV. Recevabilité

IV.1. Thèse de la partie adverse

« [...] Quant à l'intérêt au recours, il relève en réalité de l'intérêt aux moyens et sera examiné ci-après.

La partie adverse fait d'ores et déjà remarquer que les requérantes justifient leur intérêt en raison du fait qu'elles retrouveraient une chance à l'obtention du marché dans le cadre de la procédure actuelle (premier moyen) ou dans le cadre d'une nouvelle réadjudication par le biais d'une autre procédure/autre cahier des charges (trois autres moyens).

Un tel intérêt est toutefois très hypothétique : in BW ne dispose pas des capacités budgétaires et financières à lancer le projet de mise à disposition du public de vélos au prix offert par les requérantes et ne pourrait dès lors pas lui attribuer le marché et devrait y renoncer une fois de plus.

Vu l'historique des procédures lancées pour ce projet et le fait que le projet ne relève pas des obligations d'in BW à l'égard de ses communes membres, il serait probablement abandonné si Votre Conseil devait en déclarer l'illégalité au regard de la procédure, des critères de sélection ou d'attribution mis en œuvre.

L'intérêt des requérantes ne peut dès lors reposer sur le postulat qu'elles récupérerait une chance à l'obtention du marché dans le cadre de la procédure actuelle ou d'une autre à (re)lancer par in BW. »

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Outre les considérations relatives à l'intérêt aux moyens, auxquelles il est répondu – par ailleurs – dans la mesure qu'impose l'examen de ceux-ci, la partie adverse conteste l'intérêt des requérantes à leur demande, en faisant valoir que, si celui-ci consiste en la perspective de retrouver une chance d'obtenir le marché litigieux, soit dans le cadre de la procédure actuelle, soit dans le cadre d'une autre procédure, un tel intérêt est très hypothétique, pour les raisons qu'elle expose.

Les articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions sont libellés comme suit :

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

Par l'exception d'irrecevabilité qu'elle soulève, la partie adverse n'établit pas (et n'entreprend d'ailleurs pas de démontrer) que la demande des requérantes ne répondrait pas aux conditions de recevabilité que fixe l'article 14 de la loi du 17 juin 2013, auquel se réfère l'article 15 de cette même loi.

En particulier, à le supposer vérifié, le caractère hypothétique de la chance d'obtenir le marché litigieux n'implique pas, en soi, qu'il n'est pas satisfait aux conditions de recevabilité fixées par la disposition précitée.

Le Conseil d'État n'aperçoit, pour le reste, pas de raison de décider que les conditions de recevabilité ne sont pas rencontrées.

L'exception d'irrecevabilité doit être rejetée.

V. Troisième moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes soulèvent un troisième moyen, « pris de la violation des articles 4, 5 et 66 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; de la violation de l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; de la violation des principes généraux de saine concurrence, de prudence, d'égalité de traitement des soumissionnaires, de proportionnalité, de transparence, et de motivation; de l'illégalité du cahier spécial des charges, notamment en son article II.2.2; du défaut de motivation et de motifs pertinents, adéquats et légalement admissibles; de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir », en ce que « le marché prévoit un critère relatif à la sélection qualitative liée à la capacité économique et financière des soumissionnaires, consistant dans la production d'une déclaration bancaire », alors que « l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose que :

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

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

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

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

Elles considèrent qu’en l’espèce, « le critère de sélection relatif à la capacité financière ne remplit pas ces obligations, dès lors qu’il est assorti d’un niveau d’exigence à ce point imprécis qu’il doit être considéré comme inexistant ». La suite de l’exposé du moyen se présente comme suit :

« 4.3.3.

Le critère litigieux est rédigé comme suit :

II.2.2.1 Capacité financière – Déclaration bancaire

Pour être sélectionné, le Soumissionnaire doit disposer d’une déclaration bancaire, émanant d’un établissement financier de premier plan, établissant qu’il dispose des moyens nécessaires et suffisants pour exécuter le Marché et à cet effet qu’il dispose de la capacité à financer ou faire financer les prestations objet de la commande ferme (phase 1), à savoir, sur la base de son offre, le prix du poste 1 ainsi que le coût d’acquisition de 650 Vélos et de leur adaptation spécifique à in BW et au Service, ainsi que le coût d’acquisition des équipements nécessaires à assurer la Gestion, l’Entretien et la Maintenance des Vélos (, dans le respect des conditions du Cahier des charges relatives aux Prix et modalités de paiement.

Le modèle de déclaration bancaire joint au CSC n’est pas plus précis, l’organisme devant attester de “la capacité à financer, ou à faire financer la commande ferme du Marché □smart mobility BW□ régi par cahier des charges 2020/234, à savoir, le coût d’acquisition de 650 Vélos et de leur adaptation spécifique à in BW et au Service, le coût d’acquisition des équipements nécessaires à assurer la Gestion, l’Entretien et la Maintenance des Vélos ainsi que le coût relatif à la mise à disposition des Outils informatiques (poste 1 de l’inventaire) , dans le respect des conditions et exigences du Cahier des charges et de son offre” (...).

Or, comme le rappelle le Rapport au roi précédant l’arrêté royal du 18 avril 2017 :

“(…) il se pourrait que certains critères ne se prêtent pas à la fixation d’un niveau d’exigence minimal (par exemple la déclaration bancaire). Dans pareil cas, le pouvoir adjudicateur n’a pas l’obligation de fixer un niveau pour le critère en question mais doit par contre, comme mentionné à l’alinéa 3, assortir ledit critère d’un second critère de même type (dans l’exemple précité donc un critère de type économique) permettant la fixation d’un niveau d’exigence.
(...).

De plus, cet instrument se révèle, à bien des égards, être un moyen de preuve moins fiable que les autres. Enfin, il est vrai que la déclaration bancaire en tant que critère de sélection qualitatif ne permet pas *de facto* un lien avec un “niveau adéquat” au sens de l’article 66, alinéa 2. Conformément à l’article 66, alinéa 3, il en découle que la déclaration bancaire ne peut pas être utilisée comme unique critère économique. Pour toutes ces raisons, il est indiqué d’y recourir avec la plus grande prudence. C’est d’ailleurs la raison pour laquelle la déclaration bancaire est citée à la fin de l’énumération du paragraphe 1^{er}, alinéa 2” (MB, 9 mai 2017, p. 55.370 et s.; voir aussi C.E. n° 244.162 du 3 avril 2019, SA BESIX).

Le second critère évoqué peut par exemple consister dans un chiffre d’affaires minimal ou un niveau de capitaux propres à atteindre (B. LOMBAERT (dir.), *Droit des marchés publics. Passation, exécution, recours*, La Chartre, Bruxelles, 2020, p. 510).

En l’espèce, l’imprécision excessive des données demandées engendre l’absence de fixation d’un niveau minimal d’exigence. Votre Haute Juridiction s’est déjà

prononcée en ce sens au terme du raisonnement suivant, transposable *mutatis mutandis* au cas d'espèce :

“L'obligation de produire deux références de □missions complètes d'architecture dans le domaine de la restauration sur des biens patrimoniaux classés comparables à l'édifice à restaurer□ ne semble, à première vue, fixer aucun niveau d'exigence et encore moins un niveau minimum, comme l'impose l'article 58, § 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité. Les termes □comparables à l'édifice à restaurer□, qui ne sont précisés par aucune indication d'exigence ni de seuil à atteindre, sont, par eux-mêmes, trop imprécis pour permettre de déterminer le niveau minimum attendu” (C.E., n° 232.049 du 14 août 2015, SPRL CAROLE BRUNIN ARCHITECTE e.a.).

Ou encore :

“Le rapport au Roi indique d'ailleurs la volonté de l'auteur du projet de confirmer la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, abrogé par l'arrêté royal du 18 avril 2017. À ce propos, l'arrêt n° 233.263 du 16 décembre 2015 a relevé que nombreux sont les arrêts dans lesquels le Conseil d'État a jugé que la simple indication de la satisfaction à un critère de sélection qualitative sans détermination d'un niveau d'exigence est contraire à l'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, précité. Ainsi, dans son arrêt n° 232.049 du 14 août 2015, le Conseil d'État a considéré □qu'il n'est pas contesté par les parties que les assurances couvrant les risques professionnels peuvent être assorties de modalités qui en étendent ou en réduisent la portée, en fixant, par exemple, des franchises ou des plafonds. La seule exigence imposée par le cahier spécial des charges d'administrer la preuve que le soumissionnaire est couvert par une telle assurance n'est pas de nature à renseigner sur l'étendue du risque couvert, ni sur la part du risque assumée par l'assuré au titre de la franchise”.

Ainsi que le souligne la partie adverse, le cahier des charges ne se limite pas à exiger la preuve d'une assurance couvrant les risques professionnels mais il mentionne les risques qui doivent être couverts. Ce faisant, il indique certes avec précision l'objet de l'assurance. Toutefois, il y a lieu de souligner que l'objectif du critère en cause est d'attester que l'opérateur économique possède la capacité économique et financière pour exécuter le marché et que c'est en fonction de cette finalité que doit être déterminé le □niveau d'exigence□ relatif à ce critère. Or, en l'espèce, le cahier spécial des charges ne comporte aucune prescription relative aux modalités qui sont de nature à étendre ou à réduire la portée du contrat d'assurances, parmi lesquelles figurent notamment les franchises et les plafonds. Dès lors que le pouvoir adjudicateur n'a formulé aucune exigence relative à l'étendue du risque couvert ni à la part du risque assumée par le soumissionnaire, il ne paraît pas pouvoir être considéré, au terme d'un examen en référé d'extrême urgence, qu'il a assorti le critère en cause d'un □niveau d'exigence□, au sens de l'article 65, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017” (C.E., n° 242.862 du 7 novembre 2018, SPRL A.I.R.A. CLEANING SERVICES).

4.3.4.

En l'espèce également, le niveau “des moyens nécessaires et suffisants” pour exécuter le marché n'est ni déterminé ni déterminable.

Par ailleurs, il n'a pas été prévu de second critère en matière de capacité économique et financière.

Dès lors, l'acte attaqué repose sur un cahier spécial des charges ainsi que des motifs de droit irréguliers et il viole les dispositions visées au moyen.

4.3.5.

À titre subsidiaire et si, par impossible, Votre Haute Juridiction devait estimer qu'un niveau est prévu pour le critère "déclaration bancaire" (*quod non*), il conviendrait de considérer que les exigences liées à cette déclaration varient selon les soumissionnaires, en violation des principes d'égalité, de non-discrimination et de concurrence visés au moyen et garantis par les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Pourtant "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" (244.162 du 3 avril 2019, SA BESIX).

Tel n'est pas le cas en l'espèce puisque la portée de la déclaration bancaire, d'une part, n'est pas identique ou comparable pour tous et, d'autre part, intervient sur base de données elles-mêmes susceptibles de varier. Tel a d'ailleurs été le cas en l'espèce au stade, conduisant l'attributaire pressenti à fournir une seconde déclaration bancaire.

Or les exigences liées au droit d'accès et à la sélection qualitative doivent être remplies au plus tard au jour du dépôt des offres, sous peine de permettre aux soumissionnaires de "se mettre en règle de façon opportuniste en fonction de l'évolution des procédures auxquelles ils prennent part" (B. LOMBAERT (dir.), Droit des marchés publics. Passation, exécution, recours, La Charte, Bruxelles, 2020, p. 551).

Le critère litigieux (déclaration bancaire) ne permet pas de remplir ces exigences.

Sous l'angle procédural également, la vérification de la sélection doit intervenir préalablement à la vérification de la régularité des offres et à leur comparaison au regard des critères d'attribution, au sens de l'article 66, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 :

"§ 1^{er}. Les marchés sont attribués sur la base du ou des critères d'attribution fixés conformément à l'article 81, pour autant que le pouvoir adjudicateur ait vérifié que toutes les conditions suivantes sont réunies :

- 1° l'offre est conforme aux exigences, conditions et critères énoncés dans l'avis de marché et dans les documents du marché, compte tenu, le cas échéant, des variantes ou options;
- 2° l'offre provient d'un soumissionnaire qui n'est pas exclu de l'accès au marché sur la base des articles 67 à 70 et qui répond aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés à l'article 79, § 2, alinéa 1^{er}. (...)"

Le critère querellé de la déclaration bancaire ne permet pas non plus de remplir cette condition d'antériorité. Il n'est donc pas régulier ni admissible de ce point de vue également.

4.3.5.

À toutes fins utiles, les parties requérantes précisent d'emblée avoir intérêt à la critique. Comme exposé ci-dessus, un moyen est recevable lorsque son bien-fondé serait de nature à restituer à celui qui l'invoque une chance de se voir attribuer le marché (C.E., n° 243.932 du 13 mars 2019, SA ARIES CONSULTANTS; C.E., n° 245.297 du 12 août 2019, SA ENGIE FABRICOM).

Or, dans le cas où le pouvoir adjudicateur ne pouvait recourir au critère de sélection litigieux, la procédure en cause doit être mise à néant, et un marché public doit être relancé.

Dès lors, les parties requérantes retrouveraient une chance de se voir attribuer le marché et, accessoirement, une chance de voir l'offre de la SA BILLY non sélectionnée.

Le moyen est fondé ».

B. Note d'observations

La partie adverse fait valoir ce qui suit, quant au troisième moyen :

« ABSENCE D'INTÉRÊT AU MOYEN

69. La partie adverse a déjà relevé le caractère très hypothétique de l'intérêt avancé par les requérantes : rien n'oblige le pouvoir adjudicateur à lancer son projet de service de mise à disposition de vélos à assistance électrique. Au contraire, tout porte à croire que si cette procédure ne pouvait aboutir, in BW y renoncerait.

70. En tout état de cause, les requérantes ont été sélectionnées et ne démontrent pas que l'adjudicataire du marché aurait été sélectionné à tort.

La requête ne contient en outre aucun élément expliquant l'influence que le critère en cause aurait eu sur l'attribution du marché ou serait susceptible d'avoir sur son exécution.

Les requérantes ne démontrent pas concrètement en quoi le critère de sélection critiqué l'aurait lésé [sic] de quelque manière que ce soit ou aurait vicié la procédure.

71. Les requérantes ne disposent pas de l'intérêt à soulever le troisième moyen.

LE MOYEN N'EST EN TOUTES HYPOTHÈSES PAS SÉRIEUX

72. L'article 65 de l'arrêté royal du 17 juin 2016 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose ce qui suit :

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

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

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

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

73. Le critère critiqué est détaillé comme suit dans le cahier spécial des charges :

II.2.2.1 Capacité financière – Déclaration bancaire

Pour être sélectionné, le Soumissionnaire doit disposer d'une déclaration bancaire, émanant d'un établissement financier de premier plan, établissant qu'il dispose des moyens nécessaires et suffisants pour exécuter le Marché et à cet effet qu'il dispose de la capacité à financer ou faire financer les prestations objet de la commande ferme (phase 1), à savoir, sur la base de son offre, le prix du poste 1 ainsi que le coût d'acquisition de 650 Vélos et de leur adaptation spécifique à in BW et au Service, ainsi que le coût d'acquisition des équipements nécessaires à assurer la Gestion, l'Entretien et la Maintenance des Vélos (, dans le respect des conditions du Cahier des charges relatives aux Prix et modalités de paiement.

Le modèle de déclaration bancaire joint en annexe du cahier spécial des charges est libellé comme suit :

V.4 Déclaration bancaire

Joint à mon offre finale pour
Marché in BW
Ref : 2020/234
«Smart Mobilité BW»

Nous soussignons, représentant¹⁵

- confirmons que¹⁶ est notre client(e) depuis le¹⁷

- déclarons que – **relations financières** :

- les relations financières que nous entretenons avec¹⁸ nous ont jusqu'à ce jour donné entière satisfaction ;

- sur la base des données dont notre institution dispose actuellement, nous n'avons eu à constater aucun élément négatif et¹⁹ a disposé jusqu'à présent, pour autant que nous ayons pu nous en assurer et en ce qui concerne les contrats et projets dont nous avons connaissance, de la capacité financière lui permettant de mener à bien les contrats et projets qui lui ont été confiés ;

-²⁰ jouit de notre confiance ;

- Notre institution met actuellement à la disposition de cette société les lignes de crédit suivantes :

.....
.....
.....

-²¹ dispose,

- sur la base des données dont nous disposons, à savoir :

.....
.....
.....

- De la capacité à financer, ou à faire financer la commande ferme du Marché « smart mobility BW » régi par cahier des charges 2020/234, à savoir, le coût d'acquisition de 650 Vélos et de leur adaptation spécifique à in BW et au Service, le coût d'acquisition des équipements nécessaires à assurer la Gestion, l'Entretien et la Maintenance des Vélos ainsi que le coût relatif à la mise à disposition des Outils informatiques (poste 1 de l'inventaire) , dans le respect des conditions et exigences du Cahier des charges et de son offre.

- Déclarons que – **Notoriété**
 -²² occupe une place importante/²³ exerce ses activités dans le secteur de la mise à disposition au public de vélos à assistance électrique ;
 - Jusqu'ici et pour autant que nous ayons pu nous en assurer,²⁴ bénéficie d'une excellente /²⁵ bonne réputation technique et est dirigée par des personnes compétentes et fiables.

Cette déclaration n'implique aucun engagement de notre part pour l'avenir et notre institution n'assume aucune responsabilité à ce propos.

Notre institution ne peut pas être tenue pour responsable du caractère éventuellement inexact ou incomplet des informations qui lui ont été fournies. Les faits qui pourraient, dans l'avenir, influencer cette déclaration ne pourront pas vous être communiqués automatiquement.

Fait à, le2021

Nom

Fonction

Signature

Nom

Fonction

Signature

Cachet/dénomination de l'institution

74. Le critère de sélection ainsi posé, comme le requiert la réglementation, (i) est de nature (en réalité essentiel) à déterminer la capacité financière des soumissionnaires (ii) fixe un seuil d'exigence précis et adapté et (iii) est en lien avec l'objet du marché.

75. La capacité de pouvoir (pré)financer l'acquisition des vélos (mais également la mise à disposition des outils informatiques (poste 1) ainsi que le matériel requis pour assurer la gestion, maintenance et entretien des vélos) est essentielle au regard des caractéristiques du marché. En effet, entre la conclusion du marché et le(s) premiers paiements ou rémunérations de l'adjudicataire, celui-ci doit pouvoir assumer les dépenses et coûts nécessaires à la mise en service des vélos (et outils informatiques).

Le critère fixe un seuil précis, déterminé de manière identique pour tous : le montant à (pré)financer) se définit précisément sur la base des prix de l'inventaire et de la décomposition requise. Le montant est donc parfaitement et précisément déterminable.

Le contenu de la déclaration bancaire est également identique pour tous, le modèle joint au cahier des charges est imposé pour répondre au critère. Il assure dès lors des garanties identiques

Le critère ne détermine pas un même montant (à pouvoir financer) pour tous. Ce faisant et contrairement à ce que les requérantes prétendent, le critère permet justement de ne pas être disproportionné, discriminatoire ou restrictif de concurrence. Il est établi dans le respect des prix de l'offre de chaque soumissionnaire et permet donc de définir objectivement SA capacité financière propre à réaliser le marché s'il lui est attribué.

76. Par ailleurs, les requérantes se trompent lorsqu'elles invoquent une incomparabilité des offres sur le critère ainsi énoncé. La réglementation ne pose pas une telle exigence pour les critères de sélection. Ils ne doivent pas garantir un profil identique de tous les soumissionnaires mais assurer qu'ils disposent de la capacité minimum requise pour être apte à exécuter le marché.

À titre d'exemple, un critère portant sur les références de marchés similaires doit indiquer en quoi un marché est considéré comme similaire en précisant son objet et/ou sa valeur et/ou ses caractéristiques pour être pertinent et permettre la sélection. Les références soumises par les soumissionnaires seront satisfaisantes si elles répondent à ces exigences de montant, objet et

caractéristiques. Ces références ne doivent pas être comparables ni comparées entre elles pour en déterminer la qualité respective. Les références soumises pourront être d'ampleur différentes, peu importe du moment qu'elles répondent au seuil d'exigence défini par le pouvoir adjudicateur.

De même si un critère de chiffre d'affaires est choisi et un seuil minimal fixé, les chiffres d'affaires respectifs des soumissionnaires ne seront pas pour autant comparables, les uns pouvant être nettement supérieurs aux autres. Peu importe du moment que le seuil requis est atteint.

La critique quant à la comparabilité des déclarations bancaires n'est pas pertinente.

77. Par ailleurs, il faut corriger l'extrait du rapport au Roi repris par les requérantes, relatif aux dispositions de l'arrêté du 18 avril 2017 qui obligent le pouvoir adjudicateur à fixer un seuil d'exigence adapté pour chaque critère de sélection qu'il choisit de mettre en œuvre.

En effet, les critiques dans le rapport au Roi sont faites au regard du modèle de déclaration bancaire qui était joint à l'arrêté passation de 2011. Or,

- D'une part, la XIIème Chambre de Votre Conseil a validé le recours à cette déclaration bancaire comme preuve de la capacité économique et financière des soumissionnaires. En effet, dans cet arrêté, Votre Conseil a estimé que :

“Par ailleurs, le Conseil d'État constate que, en ce qui concerne la déclaration bancaire appropriée, il semble difficile de supposer qu'elle ne répond pas à l'exigence d'un niveau minimum conformément à l'article 58, § 1^{er}, de l'arrêté royal de passation, étant donné que l'avis de marché précise expressément que la déclaration doit être conforme au modèle repris à l'annexe 3 de cet arrêté royal du 15 juillet 2011. À première vue, cela est également prescrit par l'article 67, § 1, 1^o de cet arrêté royal. Le modèle de la déclaration bancaire semble avoir été imposé par le {Roi} afin que la déclaration bancaire soit conforme à un certain nombre d'exigences minimales. En ce qui concerne la déclaration bancaire requise, le moyen ne semble donc pas, à première vue, sérieux”.

- D'autre part, le modèle de déclaration bancaire joint à l'arrêté du 18 avril 2017 (...) n'est pas le même que celui joint à l'arrêté passation de 2011 (...). Ce nouveau modèle permet d'y insérer des précisions et par là de fixer une exigence propre et adaptée aux caractéristiques de chaque marché. C'est bien ce que le pouvoir adjudicateur a fait en l'espèce.

78. Enfin, les requérantes ne démontrent en quoi un critère relatif au chiffre d'affaires eut été préférable ou pertinent.

Et pour cause.

D'une part, le pouvoir adjudicateur choisit librement ses critères, celui de la déclaration bancaire est au demeurant prévu par la réglementation pour autant qu'ils soient en lien avec l'objet du marché.

D'autre part, s'il avait été utilisé, il aurait été de nature à porter préjudice aux requérantes au regard du chiffre d'affaires d'Ezee Europe mais également de la récente constitution de la s.a. Unimobilty (2019) qui n'aurait pas pu faire état d'un chiffre d'affaires sur les trois derniers exercices comptables.

79. Enfin, les déclarations bancaires devaient être jointes aux offres initiales et l'ont été. Elles ont été vérifiées par in BW. Elles ont été considérées, pour les requérantes, comme satisfaisante à la suite des explications complémentaires apportées.

Avant l'attribution du marché sur la base des offres finales, le pouvoir adjudicateur a demandé à l'adjudicataire pressenti d'actualiser sa déclaration bancaire, c'est-à-dire d'avoir une déclaration faite sur la base de l'offre finale et donc de montants de préfinancement éventuellement différents de ceux de l'offre initiale.

La condition de sélection était donc remplie à la remise des offres initiales. Le pouvoir adjudicateur a agi avec diligence et minutie en demandant son actualisation, vu notamment les délais entre l'offre initiale et son analyse (mars 2021) et l'offre finale et son analyse (novembre/décembre 2021).

80. Le troisième moyen n'est pas sérieux.

Conclusion sur le troisième moyen

81. Les requérantes n'ont pas intérêt au troisième moyen qui, en toutes hypothèses, n'est pas sérieux. »

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen soutient en substance que le critère de sélection lié à la capacité économique et financière et exigeant la production d'une déclaration bancaire est assorti d'un niveau d'exigence à ce point imprécis qu'il doit être considéré comme inexistant. Par ailleurs, les requérantes dénoncent notamment le fait qu'il n'a pas été prévu de second critère en matière de capacité économique et financière.

A. Quant à la recevabilité du moyen

La partie adverse conteste, outre le caractère sérieux du moyen, sa recevabilité, les requérantes n'y ayant – à son estime – pas intérêt.

La partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle soutient – en substance – que, tel qu'arrêtées, les prescriptions des documents du marché n'ont pas été préjudiciables aux requérantes. Il ne peut, en effet, être exclu, à ce stade de l'examen du moyen, que – dans une configuration différente de la sélection qualitative des soumissionnaires – celui auquel l'acte attaqué attribue le marché aurait pu ne pas satisfaire aux critères fixés en vue de cette sélection, de sorte que l'illégalité invoquée a pu causer grief aux requérantes. Ceci suffit, en l'espèce, à admettre l'intérêt de celles-ci à leur moyen.

Cet intérêt ne peut davantage être dénié ni par la considération générale que rien n'oblige la partie adverse à lancer le projet auquel se rapporte le marché litigieux, ni au vu de la supputation aux termes de laquelle « tout porte à croire que si cette procédure ne pouvait aboutir, la partie adverse y renoncerait ».

L'exception d'irrecevabilité opposée au moyen ne peut être accueillie.

B. Quant au caractère sérieux du moyen

L'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit :

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

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

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

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

Le niveau dont il est question aux alinéas 3 et 4 de cette disposition est celui en fonction duquel sera vérifiée et, le cas échéant, admise la capacité économique, financière ou technique d'un opérateur économique, sous l'aspect auquel se rapporte le critère de sélection concerné. Ce niveau doit être fixé par le pouvoir adjudicateur dans le respect des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence.

En l'espèce, le critère de sélection litigieux est libellé dans les termes suivants :

« II.2.2.1 Capacité financière – Déclaration bancaire

Pour être sélectionné, le Soumissionnaire doit disposer d'une déclaration bancaire émanant d'un établissement financier de premier plan, établissant qu'il dispose des moyens nécessaires et suffisants pour exécuter le Marché et à cet effet qu'il dispose de la capacité à financer ou faire financer les prestations objet de la commande ferme (phase 1), à savoir, sur la base de son offre, le prix du poste 1 ainsi que le coût d'acquisition de 650 vélos et de leur adaptation spécifique à in BW et au Service, ainsi que le coût d'acquisition des équipements nécessaires à assurer la Gestion, l'Entretien et la Maintenance des Vélos, dans le respect des conditions du Cahier des charges relatives aux Prix et modalités de paiement ».

Tel que joint au cahier spécial des charges, le modèle de la déclaration bancaire exigée pour ce critère contient les mentions selon lesquelles l'établissement doit attester « la capacité à financer, ou à faire financer la commande ferme du Marché "smart mobility BW" régi par cahier des charges 2020/234, à savoir, le coût d'acquisition de 650 Vélos et de leur adaptation spécifique à in BW et au Service, le coût d'acquisition des équipements nécessaires à assurer la Gestion, l'Entretien et la Maintenance des Vélos ainsi que le coût relatif à la mise à disposition des Outils informatiques (poste 1 de l'inventaire) , dans le respect des conditions et exigences du Cahier des charges et de son offre ».

Ce critère repose ainsi sur un procédé par lequel un « établissement financier de premier plan », sollicité à cette fin par un soumissionnaire, doit attester la capacité de celui-ci à financer la part de commande ferme du marché litigieux en ayant égard à ce qui est proposé dans l'offre ainsi qu'aux conditions des documents du marché relatives aux prix et modalités de paiement. À supposer – dans le cadre d'un examen en extrême urgence et comme semble le soutenir la partie adverse au point 75 de la note d'observations – que le seuil de capacité puisse s'identifier dans le montant à préfinancer, lequel pourrait être établi sur la base des prix de l'inventaire, il s'imposerait alors de constater qu'à défaut de prescription des documents du marché imposant, en toute transparence, l'utilisation d'une méthode unique d'évaluation de la capacité de financement sur la base du montant à préfinancer, applicable par chaque établissement financier sollicité, le critère litigieux n'est pas assorti d'un niveau d'exigence fixé par le pouvoir adjudicateur dans le respect des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence.

Compte tenu de ce qui, *prima facie*, apparaît être l'absence de fixation d'un niveau d'exigence, au sens des alinéas 3 et 4 de l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, pour le critère litigieux, il doit être constaté que la partie adverse n'a pas assorti celui-ci d'un autre critère de même type se prêtant à la fixation d'un niveau d'exigence, et ce en méconnaissance de l'alinéa 4 précité. En tant qu'il repose sur ce grief, le troisième moyen doit être déclaré sérieux.

VI. Balance des intérêts

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

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

VII. Confidentialité

Les parties requérantes demandent que leur offre et les prix pratiqués demeurent confidentiels « afin de préserver le secret des prix unitaires pratiqués ». Il s'agit de la pièce 5 annexée à leur requête.

La partie adverse sollicite le maintien de la confidentialité des pièces A à N du dossier administratif.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de « la décision de la partie adverse du 1^{er} février 2022 :

- D'approuver le rapport d'examen des offres du 28 janvier 2022 concernant le marché public de services ayant pour objet la gestion du service de mise à disposition au public par in BW de vélos à assistance électrique pour le territoire du brabant wallon – “Smart mobility BW”;
- De déclarer l'offre de la s.a. Billy régulière;
- D'attribuer le marché à la s.a. Billy, non exclu et sélectionné, sur la base de son offre finale économiquement la plus avantageuse au regard des critères d'attribution, pour le montant d'offre contrôlé de 3.987.070 ,00 € HTVA ou 4.824.354,70 € TVAC sur la totalité du marché soit 1.811.420,00 € HTVA pour la tranche ferme du marché cadre d'une durée de 2 ans pour 650 vélos » est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

La pièce 5 annexée à la requête et les pièces A à N du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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 23 mars 2022, par :

David De Roy,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy