

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

n° 256.185 du 31 mars 2023

A. 238.423/VI-22.516

En cause : **la société anonyme KRINKELS,**
ayant élu domicile chez
M^e Olivier ESCHWEILER, avocat,
rue de Mery 42
4130 Esneux,

contre :

Bruxelles-Environnement,
ayant élu domicile chez
M^{es} Charles-Henri de La Vallée Poussin
et Megi Bakiasi, avocat,
place Eugène Flagey 7
1050 Bruxelles.

Requérante en intervention :

1. la société anonyme LES ENTREPRISES MELIN,
2. la société à responsabilité limitée ESTATE
AND LANDSCAPE MANAGEMENT

ayant élu domicile chez
M^e Gauthier ERVYN, avocat,
avenue Herrmann-Debroux 40
1160 Auderghem.

I. Objet des requêtes

Par une requête introduite le 16 février 2023, la SA Krinkels demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise à une date inconnue, d'attribuer le marché de travaux ayant pour objet "Aménagement du parc des colombophiles – commune d'Anderlecht – Lot 1 : 'Aménagements paysagers'", et portant référence 2022G0192 à la société anonyme Les Entreprises Melin, Chaussée provinciale 85-87 à Ottignies pour un montant de 3.482.523,85 € H.T.V.A., soit 4.213.853,86 € T.V.A.C ».

Par une requête introduite le 27 mars 2023, la SA Krinkels demande l'annulation de la même décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 17 février 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 10 mars 2023.

Des courriers, notifiés aux parties, ont remis l'affaire à l'audience du 9 mars 2023.

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

Par une requête introduite le 7 mars 2023, la SA Les Entreprises Melin et la SRL Estate and Landscape Management demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

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

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

M^e Gaël Tilman, *loco* M^e Olivier Eschweiler, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Charles-Henri de La Vallée Poussin, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Gauthier Eryvn, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes, ont été entendus en leurs observations.

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

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

- « 1. La présente procédure concerne un marché public de travaux passé par Bruxelles environnement et ayant pour objet l'aménagement du parc des colombophiles de la commune d'Anderlecht. Le marché est divisé en deux lots :
 - Lot 1 : "Aménagements paysagers" ;

- Lot 2 : “Construction d’abris dans les potagers”.

L’objet de la requête est limité au premier lot.

2. Le 30 septembre 2022, un avis de marché, est publié au Bulletin des Adjudications, sous la référence 2022-537612.

Le 4 octobre 2022, un rectificatif est publié au Bulletin des Adjudications, sous la référence 2022-538213.

3. Le marché est régi par un cahier spécial des charges (ci-après “CSC”) portant la référence “2022G0192”.

Pour le lot 1, les critères d’attribution, ainsi que leurs pondérations respectives, sont les suivants :

1) Prix – 70

2) La qualité des propositions de réalisation esthétiques et techniques pour le rocher de grimpe et la rampe intégrée dans le béton pour rollers et petits vélos – 10

3) La qualité de la proposition d’aménagement des structures ludiques : les 3 phases de parcours et la tour des nids – 20

4. La date limite de réception des offres était fixée au 7 novembre 2022 à 10h.

5. Selon le rapport d’examen des offres, deux soumissionnaires ont remis offre, à savoir :

- La SA Les Entreprises Melin (ci-après “Melin”) ;

- La SA Krinkels.

6. Le 25 novembre 2022, la partie adverse analyse les offres reçues et établit le rapport d’examen des offres.

En ce qui concerne le premier critère relatif au prix, l’offre de la partie requérante obtient 70 points, alors que celle de Melin obtient 64,43 points.

En ce qui concerne le deuxième critère portant sur la qualité des propositions de réalisation esthétiques et techniques pour le rocher de grimpe et la rampe intégrée dans le béton pour rollers et petits vélos, l’offre de la partie requérante obtient 2,75 points, alors que celle de Melin obtient 10 points.

Quant au troisième critère relatif à qualité de la proposition d’aménagement des structures ludiques, les deux soumissionnaires obtiennent 20 points.

7. Ainsi, sur base de la sélection qualitative des soumissionnaires, de l’analyse de la régularité des offres et de la comparaison de celles-ci, le rapport suggère “d’attribuer le Lot 1 (AMENAGEMENTS PAYSAGERS) à l’entreprise ayant remis l’offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du meilleur rapport qualité-prix), soit LES ENTREPRISES MELIN sa, Chaussée Provinciale, 85-87 à 1341 Ottignies, pour le montant d’offre contrôlé de 3.482.523,85 € hors TVA ou 4.213.853,86 €, 21% TVA comprise”.

8. Le 25 novembre 2022, suivant la recommandation formulée dans le rapport d’examen des offres, la partie adverse décide d’attribuer le lot 1 du marché de travaux litigieux à Melin.

Il s’agit de l’acte attaqué.

9. Le rapport d’examen des offres a été communiqué à la partie requérante le 1^{er} février 2023 ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 7 mars 2023, la SA Les Entreprises Melin et la SRL Estate and Landscape Management demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaires de la décision d'attribution du marché litigieux, elles ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Premier moyen – Deuxième branche

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, « pris de la violation de la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11 ; la loi sur les marchés publics du 17 juin 2016, notamment en ses articles 4, 53, 56, 81 et 83 ; l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment en ses articles 76 et 87 ; cahier spécial des charges et notamment en ses articles I.13 et III.204 ; des principes généraux et notamment du *principe patere legem quam ipse fecisti* ; des principes de non-discrimination et de transparence » et « pris de l'erreur manifeste d'appréciation ». Il se lit comme suit :

« En ce que :

Le cahier spécial des charges, en son article I.13, prévoit qu'il est interdit de proposer des variantes libres, et qu'aucune variante exigée ou autorisée n'est prévue.

De même, le pouvoir adjudicateur précise dans les descriptions des exigences techniques, pour le poste 204 "Fourniture et mise en œuvre de l'ensemble des éléments composant le 'rocher de grimpe' comme décrit dans le cahier des charges et sur base des plans d'exécution à réaliser par l'entreprise y compris fondations, toutes fournitures et toutes sujétions" :

“ Description

Le rocher de grimpe est à destination de tous : enfants/ados/adultes. Il fait le lien entre la zone de sport et celle de jeux.

Il se veut avant tout un élément sportif tout en gardant un aspect ludique.

Ce monolithe ou cet ensemble rocheux doit s'intégrer dans le paysage développé par le projet.

Une attention particulière sera donnée au maintien des vues entre les zones sportive et ludique, en aucun cas il ne pourra être décliné sous forme d'un 'mur longitudinal'.

Il est artificiel et constitué d'un ou plusieurs bloc(s) de béton résine à l'esthétique organique et pierreuse de couleur naturelle. Il représente un véritable bloc de pierre naturelle de nos régions : porphyre, grès, calcaire, ...
 Il est antidérapant. Il présente une surface en relief avec des parties concaves et convexes, des décrochements, renforcements et autres permettant de s'y agripper.
 L'accessibilité en hauteur doit être réduite pour les jeunes enfants. Des prises d'escalade couvriront une partie de sa surface afin de permettre la grimpe plus aisément tout en filtrant les accès vers le haut. Les prises seront disposées selon les normes en vigueur et en concertation avec la Fédération d'escalade.
 Sur cette base, l'adjudicataire fera une proposition d'exécution à l'offre et y joindra un descriptif technique tant sur les matériaux que sur la mise en œuvre.
 Les éléments composés de fibres de verre sont à proscrire".

Alors que :

Le deuxième critère d'attribution est libellé comme suit dans les documents de marché :

2	La qualité des propositions de réalisation esthétique et techniques pour le rocher de grimpe et la rampe intégrée dans le béton pour rollers et petits vélos	10
	<p>Le prestataire fournit une vue en plan à l'échelle, des coupes et ou croquis ainsi qu'une note descriptive reprenant les matériaux et la mise en œuvre (maximum 3 A4 pour le rocher de grimpe et maximum 3 A4 pour la rampe).</p> <p>Le plan présentera l'emplacement exact et l'emprise au sol :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Du rocher de grimpe (en un ou plusieurs éléments) et les zones de chute. • De la rampe pour rollers et petits vélos. <p>Les croquis d'ambiance doivent faire transparaître la forme et le design choisis pour le ou les élément(s), ainsi que leur agencement dans l'espace, leurs coloris et leur bonne intégration au reste de l'aménagement, la cohérence des formes et du design proposés en corrélation avec les fonctions ludiques et sportives visées. La note explicative argumente les projets : le respect et la valorisation des exigences du CSC, le descriptif technique (matériaux, mise en œuvre, traitement, garanties, entretien, ...).</p> <p>Ce critère est jugé comme suit : en fonction de la qualité des propositions de réalisation du rocher de grimpe (5 points) et de la rampe (5 points) dont l'appréciation portera sur :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Le design et gabarit : aspect esthétique, dimensions, lisibilité, fonctionnalité, intégration dans l'espace et en corrélation avec le projet : 2.5 points. 2. L'offre sportive et ludique développée : qualité et potentiel ludique/sportif des éléments proposés, possibilités d'utilisation pour des publics de différentes tranches d'âge : 1.5 points. 3. Les garanties offertes par le prestataire : mise en œuvre, durabilité, maintenance durant la période de garantie, ... : 1 point. <p>Chacun des 5 points (rocher et rampe) sont répartis sur les 3 sous-critères ci-dessus.</p> <p>Une note est attribuée par sous-critères en fonction de la pertinence de la proposition</p>	

Dans le rapport d'examen des offres reçu par la requérante en néerlandais, l'auteur de projet commente l'offre des ENTREPRISES MELIN comme suit :

“ ‘Klimrots: Ontwerp en sjabloon: esthetisch aspect, afmetingen, leesbaarheid, functionaliteit, integratie in de ruimte en correlatie met het project.

De inschrijver stelt het gebruik voor van een door de opdrachtgever gekozen natuursteen uit een steengroeve. Deze optie garandeert de opdrachtgever dat de rots voldoet aan de eisen van het lastenboek op het gebied van esthetiek, grootte en klimvermogen. Dit zorgt ervoor dat het gesteente optimaal wordt geïntegreerd in het terrein en gecorreleerd met het project. Door een zwerfkei van natuursteen voor te stellen, denken wij dat het bedrijf een aanbod van hogere kwaliteit doet dan de verwachtingen van het lastenboek, waarin sprake is van ‘elementen van harsbeton met een organische en steenachtige esthetiek in een natuurlijke kleur’. 2,5 punten’.

‘Klimrots: het ontwikkelde sport- en vrijetijdsaanbod: kwaliteit en vrijetijds-/sportpotentieel van de voorgestelde elementen, gebruiksmogelijkheden voor verschillende leeftijdsgroepen’.

Omdat de rots in de groeve wordt gekozen om zijn esthetische kwaliteiten maar ook om zijn leuke/sportieve eigenschappen en omdat hij beklimbaar wordt gemaakt door de tussenkomst van een beeldhouwer (op maat gemaakt!), biedt hij een zeer belangrijk potentieel en een veelheid van mogelijkheden, zowel in de variatie van het soort houvast als in de moeilijkheidsgraad van het klimmen. 1,50 punten.

‘Klimrots: De garanties die de aanbieder biedt: uitvoering, duurzaamheid, onderhoud tijdens de garantieperiode, ...’

Door te kiezen voor een natuurstenen rots, verzekert de inschrijver zich van duurzaamheid in de loop der tijd door zijn weerstand tegen weersinvloeden en vandalisme.

Uitvoering door eenvoudig leggen en snijden ter plaatse volgens de behoeften van de opdrachtgever. Er wordt geen informatie verstrekt over het onderhoud, maar gezien het materiaal zouden de onderhoudswerkzaamheden beperkt moeten zijn en zou de duurzaamheid optimaal moeten zijn. 1 punt

Totaal Klimrots : 5 punten” ».

Traduction libre :

“ ‘Rocher de grimpe : Conception et modèle : esthétique, dimensions, lisibilité, fonctionnalité, intégration dans l'espace et corrélation avec le projet.’

Le soumissionnaire propose l'utilisation d'une pierre naturelle choisie par le client dans une carrière. Cette option garantit au client que la roche répond aux exigences du cahier des charges en termes d'esthétique, de dimensions et de capacité d'escalade. Cela permet d'assurer une intégration optimale de la roche dans le site et une corrélation avec le projet. En proposant un bloc de pierre naturelle, nous pensons que l'entreprise fait une offre de qualité supérieure aux attentes du cahier des charges, qui parle d'éléments en béton de résine avec une esthétique organique et pierreuse dans une couleur naturelle’. 2.5 points

‘Rocher de grimpe : l'offre sportive et de loisirs développée : qualité et potentiel ludique/sportif des éléments proposés, possibilités d'utilisation pour différentes tranches d'âge’.

Parce que le rocher de la carrière est choisi pour ses qualités esthétiques mais aussi pour ses caractéristiques ludiques/sportives et parce qu'il est rendu

grimpable grâce à l'intervention d'un sculpteur (sur mesure !), il offre un potentiel très important et une multitude de possibilités, tant dans la variation du type de prise de main que dans la difficulté d'escalade. 1,50 point

‘Rocher de grimpe : Les garanties offertes par le prestataire : exécution, durabilité, entretien pendant la période de garantie, ...’

En choisissant un rocher en pierre naturelle, le soumissionnaire s'assure d'une durabilité dans le temps par sa résistance aux intempéries et au vandalisme.

La mise en œuvre par simple pose et découpe sur place selon les besoins du client. Aucune information n'est fournie sur l'entretien, mais compte tenu du matériau, les travaux d'entretien devraient être limités et la durabilité devrait être optimale. 1 point

Totale du rocher de grimpe : 5 points ».

a) Première branche – interdiction des variantes libres

LES ENTREPRISES MELIN a donc proposé, pour le poste rocher d'escalade d'écrit au poste 204, un bloc de pierre naturelle alors que le cahier spécial des charges stipulait de manière explicite que le rocher de grimpe devait être “artificiel et constitué d'un ou plusieurs bloc(s) de béton résine”.

Ce faisant, LES ENTREPRISES MELIN a donc enfreint le cahier spécial des charges et présenté un rocher dans un matériau non-conforme au cahier spécial des charges.

Si cette proposition, alternative à ce qui est expressément prévu dans le cahier spécial des charges, devait s'analyser comme la présentation d'une variante, il conviendrait de constater que le cahier spécial des charges interdisait de manière explicite les variantes libres.

L'offre des ENTREPRISES MELIN aurait donc dû être considérée comme irrégulière sur cette base.

b) Deuxième branche – violation du principe *patere legem quam ipse fecisti*

Si la proposition de bloc de pierre naturelle formulée par LES ENTREPRISES MELIN pour le poste 204 ne devait s'analyser comme une variante proscrite, mais plutôt comme le non-respect d'une prescription technique, alors qu'il conviendrait de constater que la partie adverse a non seulement violé son propre cahier spécial de charges, mais également le principe de non-discrimination.

En effet, alors que le cahier spécial des charges précise expressément que le rocher de grimpe doit être artificiel et constitué de blocs de résine, le pouvoir adjudicateur, dans le rapport d'examen des offres, récompense l'offre des ENTREPRISES MELIN du fait de cette non-conformité.

Ainsi, pour le premier sous-critère, d'une valeur de 2.5 points, le rapport d'examen des offres indique clairement, pour l'offre des ENTREPRISES MELIN :

“ En proposant un bloc de pierre naturelle, nous pensons que l'entreprise fait une offre de qualité supérieure aux attentes du cahier des charges”.

Tandis que pour l'offre de KRINKELS, qui propose un bloc conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges, le rapport d'examen des offres renseigne :

“ Le soumissionnaire propose de mettre en œuvre des dispositifs de catalogue en polystyrène ou en plastique recyclé. Actuellement, il propose soit un dispositif solide, semblable à un rocher, soit la mise en place de 3 petits éléments de type menhir à l’aspect très artificiel. Les modèles correspondent aux demandes du cahier des charges”.

Pour ce sous-critère, LES ENTREPRISES MELIN se verront gratifier de 2.5 points, tandis que KRINKELS ne recevra aucun point.

De même, pour le sous-critère n°3, le rapport d’examen des offres renseigne, pour l’offre des ENTREPRISES MELIN :

“ En choisissant un rocher en pierre naturelle, le soumissionnaire s'assure d'une durabilité dans le temps par sa résistance aux intempéries et au vandalisme. La mise en œuvre par simple pose et découpe sur place selon les besoins du client. Aucune information n'est fournie sur l'entretien, mais compte tenu du matériau, les travaux d'entretien devraient être limités et la durabilité devrait être optimale. 1 point”.

Pour l’offre de KRINKELS, le rapport d’examen des offres, pour ce même sous-critère, indique :

“ Aucune information : 0 points”.

Alors que les deux offres sont des situations comparables, à savoir qu’aucun des deux soumissionnaires n’a fourni de renseignements quant aux garanties offertes concernant l’exécution, la durabilité, l’entretien pendant la période de garantie, celle des ENTREPRISES MELIN se verra gratifier du maximum de points, en raison de la non-conformité du matériau choisi, tandis que celle de KRINKELS se verra sanctionnée de 0 point.

Il y a nouveau, sur ce point, violation flagrante des règles interdisant la non-discrimination, ainsi qu’une violation manifeste par le pouvoir adjudicateur de son propre cahier spécial des charges.

Pour rappel, l’écart final entre les deux offres est de 1,68 points.

Il ressort de ce qui précède que, en contrariété avec les prescriptions du cahier spécial des charges, et en violation des règles de transparence et de non-discrimination, la partie adverse a accordé des points à une offre, en motivant cette attribution des points maximaux expressément en raison du non-respect des prescriptions du cahier des charges, et a sanctionné l’offre de KRINKELS du fait de son respect des exigences techniques reprises dans le cahier spécial des charges.

Ce faisant, la partie adverse a violé les dispositions visées au moyen, ce dernier devant être déclaré sérieux ».

B. Note d’observations

En réponse aux deux premiers moyens, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

« 2.1 Quant à la recevabilité

14. La partie requérante considère que l’offre de Melin aurait dû être écartée, en raison du fait qu’elle y a proposé un matériau non-conforme au CSC. Dans le

même temps, la requérante affirme qu'elle aurait, pour sa part, proposé un matériau conforme. Pourtant, le rapport d'examen des offres indique clairement que tel n'est pas le cas :

“ Le soumissionnaire propose la mise en œuvre d'agrès catalogue en polystyrène ou en plastique recyclé. Actuellement, il propose soit un agrès massif imitation roc soit la mise en œuvre de 3 petits éléments de type menhir d'esthétique très artificielle. Les gabarits correspondent aux demandes du CSC. Par contre, le CSC mentionne des 'éléments en béton résine à l'esthétique organique et pierreuse de couleur naturelle', ce qui n'est pas le cas ici. De plus, du fait que ce soit des éléments catalogue, aucune adaptation/flexibilité n'est possible. Aux vues du projet souhaité, on peut douter de l'intégration paysagère de ce genre d'éléments dans les aménagements” [...].

Ainsi, s'il faut admettre que, comme l'affirme la requérante, les documents du marché imposaient l'usage de blocs en béton résine à l'exclusion de tout autre matériau et que, en s'abstenant de respecter cette prescription, l'offre de Melin aurait dû être écartée, une conclusion corollaire s'impose aussi : l'offre de la requérante devait subir le même sort.

Ainsi, une réfection de l'acte attaqué sur la base du premier et/ou du deuxième moyen, en ce qu'ils soutiennent que l'offre de Melin aurait dû être écartée, n'offrirait aucune perspective à la requérante de se voir attribuer le marché. Dans cette mesure, la requérante n'a aucun intérêt au premier et/ou deuxième moyens.

La requérante ne peut trouver un intérêt dans le fait que, les premier et deuxième moyens jugés sérieux, les deux offres en lice devront être écartées, que la procédure devra donc être relancée et que, à l'occasion de cette relance, la requérante retrouvera une chance d'obtenir le marché.

En effet, l'arrêt 254.855 du Conseil d'Etat du 24 octobre 2022 fournit une définition actualisée de l'intérêt au moyen :

“ La préoccupation de ménager un équilibre entre les intérêts respectifs des opérateurs économiques et des autorités adjudicatrice qui sous-tend le système conçu par la directive précitée, ainsi qu'entre l'efficacité des recours et celle des procédures de passation, est utilement rencontrée par l'exigence d'intérêt au moyen, cet intérêt consistant – en vue de l'équilibre ainsi recherché – dans la lésion qu'a causée ou risqué de causer au requérant l'illégalité alléguée par celui-ci” [...].

Poursuivant son analyse après avoir posé cette prémisse, le Conseil d'Etat a décidé ce qui suit :

“ S'agissant de vérifier si l'exigence d'intérêt au moyen, ainsi entendue, est rencontrée dans le cas d'espèce, l'auditeur rapporteur conclut au défaut d'intérêt, sur la base des éléments suivants, dont il fait état dans le rapport qu'il a déposé en cette affaire, en application de l'article 12 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat :

‘ En l'occurrence, la partie requérante reproche à la partie adverse d'avoir retenu, pour l'évaluation du prix du véhicule, une méthode consistant à attribuer 15 points pour le prix le moins élevé et 10 points pour le second prix le moins élevé, alors que, d'une part, cette méthode a pour effet qu'“une faible différence sur le prix total du véhicule aboutit à une notation sans proportion avec cette différence” et alors que, d'autre part, elle a retenu une méthode différentes, par application de la règle de trois, pour les autres éléments du prix. Il se déduit de cette argumentation que la partie requérante estime que la méthode proportionnelle, par application de la règle de trois, aurait dû être choisie pour tous les éléments du prix.

La partie adverse démontre que l'application de la règle de trois, pour l'évaluation du prix du véhicule, n'aurait pas permis à la partie requérante de combler l'écart de points qui sépare son offre de celle de l'adjudicataire. La partie requérante affirme – mais ne démontre pas – qu'il existe des possibilités où la critique soulevée par la requérante pourrait se révéler déterminante sur le classement des offres'.

Si la même méthode avait été appliquée pour le prix des véhicules que pour les autres éléments du prix, la partie requérante aurait obtenu 14,44 points sur 15 au lieu de 10 points sur 15. Dès lors que le premier moyen est non fondé, ces 4,44 points sont insuffisants pour combler l'écart entre l'offre de la requérante et l'offre de l'adjudicataire'.

Le Conseil d'État n'aperçoit pas de raison de se départir de cette analyse, que les développements du dernier mémoire de la requérante ne permettent pas de remettre en cause. Il ne peut, en particulier, suivre l'argument selon lequel, la critique du moyen mettant en cause la légalité du cahier spécial des charges, elle vicierait – si elle était déclarée fondée – la procédure dans son ensemble et nul ne pourrait préjuger de ce qu'aurait été un cahier spécial des charges exempt d'illégalité. La perspective de voir invalider toute la procédure d'attribution et de la faire recommencer ab initio ne suffit pas à justifier d'un intérêt au moyen. Un tel argument, qui revient à évoquer une nouvelle chance d'obtenir le marché litigieux, ne permet pas, en soi, de démontrer concrètement les lésions qu'auraient causées à la requérante ou risqué de lui causer les violations alléguées au titre du second moyen. Celui-ci doit, en conséquence, être déclaré irrecevable" [...].

15. En ce qui concerne le sous-critère n°3 du deuxième critère relatif aux garanties offertes par le prestataire concernant la mise œuvre, la durabilité et la maintenance durant la période de garantie, le rapport d'examen des offres estime que le matériau proposé par Melin assure la durabilité dans le temps et que la mise en œuvre paraît simple. Sur cette base, il lui octroie 1 point, alors que l'offre de Krinkels obtient 0 point pour ce sous-critère, puisqu'elle ne fournit aucune information.

Le Conseil d'État juge de manière constante que lorsque la critique relative à la notation ne permet pas d'inverser le classement, l'intérêt est dénié.

A suivre le raisonnement de la partie requérante, étant donné que le sous-critère n°3 est noté sur 1 point et que les deux soumissionnaires n'ont pas fourni de renseignements, ils sont dans des situations comparables et devraient dès lors faire l'objet d'un traitement indifférencié. Selon la partie requérante, deux hypothèses sont dès lors envisageables : soit un point est attribué aux deux, soit les deux obtiennent 0 points. Dans les deux cas, étant donné que l'écart final entre les deux offres est de 1,68 points, le grief n'a aucune incidence sur le classement des offres, de sorte que dans les deux hypothèses, Melin resterait premier dans le classement.

Ainsi, la partie requérante n'a pas intérêt au grief de la deuxième branche du premier moyen qui porte sur la façon dont les offres ont été évaluée au regard du sous-critère n°3.

16. Il convient de déclarer les premier et deuxième moyens irrecevables à défaut d'intérêt.

2.2 Quant au fond

17. Le raisonnement de la partie requérante ne peut pas être suivi.

18. Il convient tout d'abord de rappeler que la partie adverse dispose d'un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la comparaison des offres au regard des critères d'attribution. A cet égard, le Conseil d'État juge que :

“ La comparaison des offres au regard de critères et de sous-critères définis dans le cahier spécial des charges et l'attribution de points en fonction d'une

pondération prédéfinie laissent au pouvoir adjudicateur un très vaste pouvoir d'appréciation (...)".

19. Les exigences techniques du cahier spécial des charges précisent que le rocher de grimpe "est artificiel et constitué d'un ou plusieurs bloc(s) de béton résine à l'esthétique organique et pierreuse de couleur naturelle. Il représente un véritable bloc de pierre naturelle de nos régions : porphyre, grès, calcaire, ..." [...].

Il ressort clairement de la formulation de cette exigence que la volonté première de la partie adverse relative au rocher de grimpe était de disposer d'une véritable pierre. Le recours au béton résine n'était qu'une solution de repli, acceptable en raison de la ressemblance de ce matériau avec la pierre naturelle.

20. Ainsi, lorsque Melin propose une pierre naturelle, elle rencontre l'objectif premier poursuivi par la partie adverse, tout en proposant un matériau meilleur, dépassant ainsi l'exigence minimale indiquée dans le CSC. A cet égard, le rapport d'examen des offres précise qu'"en proposant un rocher en pierre naturelle, nous estimons que l'entreprise fait une offre de qualité supérieure aux attentes du CSC".

Dans un tel contexte, il ne peut être considéré qu'en ce qu'elle propose un rocher de grimpe en pierre naturelle, l'offre de Melin serait affectée d'une irrégularité ni, a fortiori, d'une irrégularité substantielle. Pour les mêmes raisons, elle ne propose pas une variante interdite ni ne viole le CSC.

21. C'est à tort que la partie requérante estime que la partie adverse violerait le principe de non-discrimination au motif que l'acte attaqué récompenserait un soumissionnaire qui ne se conforme pas au CSC et sanctionnerait un soumissionnaire qui s'y conforme.

Tout d'abord, et comme rappelé ci-dessus, la partie requérante ne propose pas non plus des blocs de béton résine de sorte que, si l'offre de Melin n'est pas conforme au CSC, alors celle de la requérante ne l'est pas non plus. De ce point de vue, la critique de la requérante manque en fait.

Deuxièmement, vu le résultat recherché par le CSC, notamment d'avoir un rocher de grimpe qui s'apparente à une pierre naturelle, il n'est pas déraisonnable de la part de la partie adverse d'avoir estimé que la pierre naturelle proposée par Melin méritait une meilleure valorisation que les dispositifs en polystyrène ou en plastique recyclé proposés par la partie requérante. Les deux soumissionnaires ne sont pas dans des situations comparables, de sorte qu'il ne peut pas être soutenu que le principe d'égalité et de non-discrimination a été méconnue par la partie adverse.

22. Concernant le sous-critère n°3 du critère 2, c'est à tort de la partie requérante estime que "les deux offres sont dans des situations comparables, à savoir qu'aucun des deux soumissionnaires n'a fourni de renseignements quant aux garanties offertes concernant l'exécution, la durabilité, l'entretien pendant la période de garantie".

Ce sous-critère inclut trois éléments, dont la mise en œuvre du rocher de grimpe, la durabilité et la maintenance durant la période de garantie.

À l'égard de la mise en œuvre, l'offre de Melin précise que :

" Notre proposition technique et esthétique consiste à se rendre en compagnie du fonctionnaire dirigeant ou son délégué à la carrière du Bocq afin de choisir le brome qui correspond le mieux au souhait du Maître d'ouvrage. Une fois celui-ci choisi, il sera acheminé sur le chantier où la réalisation des prises sera

réalisé sur site par un tailleur de pierre professionnel en fonction des souhaits du client”.

Ce renseignement a été récompensé par la partie adverse, qui indique dans son rapport d'examen des offres ce qui suit : « Mise en œuvre par simple pose et sculpture sur site en fonction des besoins de BE ».

Il ne peut dès lors pas raisonnablement être soutenu que Melin n'a pas fourni de renseignements concernant le sous-critère n°3. Les deux offres ne sont pas comparables sur ce point.

23. En ce qui concerne l'obligation de motivation formelle, c'est à tort que la partie requérante considère que la partie adverse n'a pas vérifié la régularité des offres et que cette vérification ne figure pas dans la motivation formelle de l'acte attaqué.

A cet égard, le Conseil d'Etat juge que :

“ En énonçant dans la décision attaquée qu'en matière de conformité technique générale, l'examen préliminaire des offres n'a pas mis en évidence de non-conformité majeure motivant l'exclusion de l'une ou l'autre des offres, la partie adverse, se référant de la sorte au rapport d'analyse des offres sur ce point, a suffisamment et valablement motivé l'examen de la régularité des offres (...)”.

En l'espèce, il ressort du rapport d'examen des offres que la partie adverse a procédé à l'analyse de la régularité des offres, pour en conclure que les offres de Melin et de Krinkels étaient régulières. En outre, la décision d'attribution se réfère au rapport d'examen des offres, qui indique que la proposition d'attribution du marché est formulée “sur base de la sélection qualitative des soumissionnaires, de l'analyse de la régularité des offres et de la comparaison de celles-ci”.

24. Les deux premiers moyens ne sont pas sérieux ».

C. Requête en intervention

L'intervenante formule les observations suivantes :

« i) Irrecevabilité du premier moyen, en ses deux branches

9. Il ressort du rapport d'analyse des offres [...] que KRINKELS n'a pas proposé un rocher en béton-résine, comme stipulé dans le cahier des charges.

En effet, le rapport d'analyse des offres [...] stipule :

“ Le soumissionnaire propose la mise en œuvre d'agrès catalogue en polystyrène ou en plastique recyclé. Actuellement, il propose soit un agrès massif imitation roc soit la mise en œuvre de 3 petits éléments de type menhir d'esthétique très artificielle. Les gabarits correspondent aux demandes du CSC. Par contre, le CSC mentionne des 'éléments en béton résine à l'esthétique organique et pierreuse de couleur naturelle', ce qui n'est pas le cas ici.

De plus, du fait que ce soit des éléments catalogue, aucune adaptation/flexibilité n'est possible. Aux vues du projet souhaité, on peut douter de l'intégration paysagère de ce genre d'éléments dans les aménagements. Krinkels annonce que pour ce prix (75.000euros), il est possible d'avoir un produit différent, mais sans que cette alternative ne soit clairement définie dans le cadre de leur offre. Bruxelles Environnement n'a

donc, pour ce poste, aucunes garanties sur la qualité et la réussite future de cette mise en œuvre”.

Le “béton” est suivant le dictionnaire professionnel du BTP, aux éditions EYROLLES [...], un “Matériau composé d'un mélange de granulats et d'un liant hydraulique ou hydrocarboné. Utilisé seul, ce terme désigne en particulier le béton hydraulique qui est un mélange de sable, de gravier, de ciment et d'eau, avec éventuellement des adjuvants et/ou des produits d'addition”.

Quant au béton de résine, il s'agit d'un “Béton dont tout ou partie du liant est une résine de synthèse. Par rapport à un béton courant, il est caractérisé par une meilleure résistance mécanique, un durcissement plus rapide, un état de surface plus élaboré, une meilleure résistance à certains agents agressifs, la possibilité de réaliser des éléments minces performants mais un coût beaucoup plus élevé. Les principales utilisations sont les réparations d'ouvrages en béton armé ou précontraint et les revêtements de sols spéciaux”.

Or, KRINKELS a proposé des agrès en “polystyrène” ou en “plastique recyclé”. Le polystyrène est suivant la définition de Wikipédia [...], un polymère (ou plus communément plastique) dont l'application la plus connue est le polystyrène expansé (à savoir la “frigolite”).

KRINKELS ne répond donc pas à l'exigence technique d'un rocher en béton-résine, ce que l'auteur de projet reconnaît expressément dans son rapport [...].

S'il fallait considérer, comme le fait KRINKELS, que la proposition d'un rocher de grimpe dans un matériau différent de celui préconisé par le cahier des charges constituerait une “variante libre interdite” ou le “non-respect d'une prescription technique”, force est de constater que l'offre de KRINKELS devrait également être écartée par la partie adverse.

KRINKELS a d'ailleurs proposé, non pas un, mais trois types de matériaux différents pour le rocher de grimpe (à savoir : plastique, polystyrène et “un produit différent” non clairement défini), sur base d'un “catalogue”, ce qui constitue sans aucun doute – à suivre la thèse de KRINKELS – autant de variantes libres interdites.

La requérante n'a donc pas intérêt à son moyen, puisque s'il était admis, son offre devrait également être rejetée et ce moyen ne lui permettrait pas d'obtenir le marché.

Le premier moyen est irrecevable.

ii) Absence de sérieux du moyen

Le moyen manque en fait : rappel du contenu du cahier spécial des charges

10. Quoique KRINKELS laisse entendre dans sa requête, le cahier spécial des charges [...] utilise un vocabulaire technique fourni qui n'exclut pas la fourniture d'un rocher de grimpe en pierre naturelle.

Si le pouvoir adjudicateur a mentionné dans les annexes techniques du cahier spécial des charges [...] que le rocher de grimpe est artificiel et constitué de bloc de béton-résine, cette mention ne peut pas être interprétée comme une exigence de qualité technique maximale qui ne pouvait être améliorée, mais au contraire comme une norme de qualité minimale à respecter.

Le vocabulaire utilisé par le cahier des charges, à de très nombreuses reprises et dans un sens concordant, ne permet pas de considérer – comme le soutient

KRINKELS - que la fourniture d'un rocher en pierre naturelle aurait été contraire aux exigences du pouvoir adjudicateur.

Ainsi, le matériel litigieux est qualifié, à de nombreuses reprises, dans le cahier des charges [...]:

- de "rocher de grimpe" (CSC, p. 13 ; 14 ; 32 ; 280 ; 289 ; 290),
- de "rocher" (CSC, p. 289),
- de "monolithe" (CSC, p.289) ;
- d'"ensemble rocheux" (CSC, p. 289) ;
- de "mur" (CSC, p. 289).

De plus, le cahier des charges précise également [...] que son esthétique doit être "organique et pierreuse de couleur naturelle" et qu'"il représente un véritable bloc de pierre naturelle de nos régions : porphyre, grès, calcaire, ...".

Enfin, en page 289 du cahier spécial des charges, les illustrations qui servent de "références" pour la fourniture du rocher de grimpe, démontrent que l'effet recherché par le pouvoir adjudicateur est bien la fourniture d'un rocher ayant l'apparence d'une pierre naturelle :



Tout ceci démontre que l'interprétation de KRINKELS, suivant laquelle il aurait été interdit de proposer un rocher en pierre naturelle et qu'il aurait été obligatoire de proposer un rocher en matériau artificiel représentant pourtant "un véritable bloc de pierre naturelle", manque en fait.

11. MELIN souligne encore que le cahier des charges permettait au soumissionnaire de procéder à un choix du matériau dont serait composé le rocher de grimpe. Ainsi, le cahier spécial des charges [...] demandait aux soumissionnaires de transmettre à Bruxelles-Environnement, sur "base" du prescrit technique du cahier des charges, une "proposition d'exécution" avec "un descriptif technique tant sur les matériaux que sur la mise en œuvre".

Il n'y avait donc pas un seul type de matériau imposé, comme tente de le faire croire KRINKELS, mais bien une gamme de solutions diverses, étant entendu que le minimum requis était une pierre artificielle en béton-résine présentant un aspect naturel.

Cette interprétation est d'ailleurs confortée par le cahier spécial des charges lui-même, puisqu'en page 290 [...], celui-ci stipule que les seuls matériaux qui sont à proscrire sont "éléments composés de fibres de verre". Si de tels éléments entraînaient nécessairement une irrégularité substantielle de l'offre, la proposition d'autres matériaux, telle de la pierre naturelle, ne l'induisait pas.

De par son offre qui s'écartait également du prescrit technique de béton-résine, KRINKELS a également reconnu qu'une gamme de matériau pouvait être proposée pour le rocher de grimpe à Bruxelles-Environnement.

Absence de sérieux de la première branche du premier moyen :

12. Contrairement à ce que soutient KRINKELS, MELIN n'a pas introduit une variante libre avec son offre.

Suivant l'article 2.53° de la loi du 17 juin 2016, une variante est définie comme "un mode alternatif de conception ou d'exécution" du marché.

En l'occurrence, le cahier spécial des charges exige expressément, et à de très nombreuses reprises, la fourniture d'un « rocher de grimpe ». Ce rocher est également qualifié de monolithe, ensemble rocheux, pierre, ...

MELIN a bien proposé dans son offre un rocher de grimpe (et non un mur d'escalade, ou une araignée de cordes pour permettre aux enfants de grimper, etc).

Le fait que ce rocher soit en pierre naturelle, plutôt qu'en béton résine, n'implique ni un changement de conception, ni un changement d'exécution du marché.

Il ne s'agit donc pas d'une variante.

La première branche du premier moyen n'est pas sérieuse.

Absence de sérieux de la seconde branche du premier moyen :

13. Dans la seconde branche de son moyen, KRINKELS soutient que la proposition de MELIN pourrait également s'analyser comme le non-respect d'une prescription technique.

Comme indiqué *supra*, MELIN conteste cette analyse.

Le rocher de grimpe qu'elle a proposé ne constitue pas une "non-conformité" mais une "amélioration" technique de son offre, par rapport aux exigences du cahier spécial des charges.

L'article 78, al.1^{er}, c) de l'arrêté royal du 17 avril 2016 autorise expressément à un soumissionnaire d'introduire dans son offre des "améliorations, pour tout ou partie de l'offre".

Ces améliorations sont autorisées, sans condition, et se distinguent des améliorations visées au point d) de la même disposition, et qui s'appliquent en cas de regroupement de lots, en application de l'article 50 du même arrêté. Cette distinction est confirmée par le Rapport au Roi qui indique, pour l'article 78 de cet arrêté, ce qui suit : "Ces indications portent également sur les suppléments de prix, les rabais ou améliorations, ainsi que les rabais ou améliorations proposés en cas d'application de l'article 50 relatif aux marchés à lots et enfin toute autre donnée relative au prix qui est prévue dans les documents du marché".

Le rapport d'analyse des offres [...] qualifie d'ailleurs expressément la proposition de MELIN d'"offre de qualité supérieure aux attentes du cahier des charges".

MELIN n'a donc pas proposé une offre incluant une dérogation aux exigences minimales du marché ou une réserve par rapport aux exigences techniques des documents de marché. Ainsi, ce rocher de grimpe en pierre naturelle répond aux

éléments d'appréciation fixés par le pouvoir adjudicateur dans son cahier des charges [...]:

- est à destination de tous : enfants/ados/adultes ;
- est un élément sportif tout en gardant un aspect ludique ;
- s'intègre dans le paysage développé par le projet ;
- n'est pas décliné sous forme d'un "mur longitudinal" ;
- présente une esthétique organique et pierreuse de couleur naturelle et représente un véritable bloc de pierre naturelle de nos régions : porphyre, grès, calcaire, ...
- est antidérapant ;
- présente une surface en relief avec des parties concaves et convexes, des décrochements, renforcements et autres permettant de s'y agripper ;
- etc...

MELIN a donc offert mieux que ce qui était attendu par le pouvoir adjudicateur.

Le fait que les propositions des soumissionnaires divergent, en ce qui concerne un élément d'ouvrage soumis à un critère d'attribution qualitatif, n'a d'ailleurs rien d'étonnant. Au contraire, c'est l'essence même d'un tel critère d'attribution que d'amener les soumissionnaires à proposer un élément d'ouvrage (ici, un rocher de grimpe) le plus qualitatif possible, en dépassant les exigences minimales du cahier des charges.

Admettre une telle plus-value, n'entraîne pas non plus une discrimination entre les soumissionnaires puisque les exigences techniques minimales du cahier des charges sont respectées. D'ailleurs, fournir un rocher en pierre naturelle est plus coûteux qu'un rocher artificiel en béton-résine, de sorte que la comparaison des prix n'est pas négativement influencée par cette qualité supérieure, au détriment des autres soumissionnaires.

14. MELIN constate d'ailleurs que si KRINKELS critique sa proposition de rocher en pierre naturelle, la requérante ne démontre aucunement dans sa requête, par des exemples concrets et justifiés, en quoi le rocher proposé par MELIN ne permettrait pas de remplir les fonctions qui lui sont assignées ou ne répondrait pas aux attentes du pouvoir adjudicateur.

La prétendue non-conformité dénoncée par KRINKELS est donc strictement d'ordre théorique : matériau naturel plutôt qu'artificiel...

11. Enfin, c'est à tort que KRINKELS soutient que la partie adverse aurait violé son propre cahier spécial de charges, mais également le principe de non-discrimination, parce que la partie adverse aurait accordé des points à MELIN en raison du non-respect des prescriptions du cahier des charges, et aurait sanctionné l'offre de KRINKELS du fait de son respect des exigences techniques reprises dans le cahier spécial des charges.

Cette branche du moyen manque en fait.

Si MELIN a reçu plus de points pour le critère d'attribution litigieux, c'est au terme d'une comparaison des qualités intrinsèques des offres des deux soumissionnaires, dont il est apparu que l'offre de MELIN était qualitativement supérieure à celle de KRINKELS.

Ainsi, le rapport d'analyse des offres indique notamment, concernant l'offre de MELIN [...]:

“ Cette option garantit à BE la conformité du rocher par rapport aux exigences du CSC tant au niveau de son esthétique, de son gabarit et de son potentiel de

grimpe. Assurant donc à BE une intégration optimale dans le site et une corrélation avec le projet optimales”.

“ il offre un potentiel très important et une multitude de possibilités tant dans la variation du type de prises que de dans la difficulté de grimpe”.

“ Optant pour un roc de pierre naturelle, le soumissionnaire assure la durabilité dans le temps de part sa résistance aux intempéries et au vandalisme. Mise en œuvre par simple pose et sculpture sur site en fonction des besoins de BE. Pas d'informations fournies sur la maintenance, mais aux vues du matériau, les opérations de maintenance devraient être limitées et sa durabilité optimale”.

L’auteur de projet a donc bien analysé l’offre de MELIN au regard des différents éléments d’appréciation repris dans le critère d’attribution n°2 et a jugé que l’offre de MELIN était qualitative.

Au contraire, le rapport d’analyse des offres [...] indique notamment, concernant l’offre de KRINKELS :

“ Le soumissionnaire propose de fabriquer des produits de catalogue en polystyrène ou en plastique recyclé. Actuellement, il propose soit un dispositif solide, ressemblant à une pierre, soit 3 petits éléments de type menhir à l'apparence très artificielle. Les modèles correspondent aux demandes du cahier des charges. En revanche, le cahier des charges des ‘éléments en béton de résine avec une esthétique organique et pierreuse de couleur naturelle’, ce qui n'est pas le cas ici. Comme il s'agit d'éléments provenant d'un catalogue, aucune adaptation/flexibilité n'est possible. Au regard du projet souhaité, l'intégration paysagère de de tels éléments est discutable. KRINKELS informe que pour ce prix (75.000 €) un autre produit est possible, mais cette alternative n'est pas clairement définie dans leur offre. Bruxelles Environnement n'a donc aucune garantie sur la qualité et le succès futur de cette mise en œuvre.”

L’auteur de projet a donc également analysé l’offre de KRINKELS au regard des éléments d’appréciation du critère d’attribution n°2 et a constaté que cette offre proposait un rocher d’apparence très artificielle, avec un matériau ne répondant pas à l’exigence esthétique demandée et ne présentant ni flexibilité pour son adaptation, ni pour son intégration paysagère.

C’est donc à juste titre que l’offre de KRINKELS a été classée deuxième pour ce critère d’attribution.

15. Dans ces conditions, le premier moyen n’est pas sérieux ».

V.2. Appréciation du Conseil d’État

En sa deuxième branche, le moyen dénonce essentiellement une méconnaissance du cahier spécial des charges du marché litigieux, du principe *Patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que des principes de non-discrimination et de transparence, reprochant en substance à la partie adverse d’avoir accordé à l’offre des intervenantes de meilleures notes pour la proposition de son offre relative au « rocher de grimpe », en raison de ce qu’elles ont proposé un rocher en pierre naturelle, alors que – selon la requérante – le rocher de grimpe demandé devait être artificiel et constitué de blocs de résine. La requérante soutient que l’octroi de meilleures notes à l’offre des intervenantes, en raison de caractéristiques techniques

qui ne respectaient pas les prescriptions du marché implique une violation de celle-ci et des principes visés par le moyen.

Quant à la recevabilité du moyen

La partie adverse conteste la recevabilité du moyen, principalement au motif que la requérante y soutiendrait que l'offre des intervenantes aurait dû être écartée en raison de sa non-conformité à des prescriptions techniques, alors que sa propre offre est elle-même non conforme aux prescriptions relatives à la composition du rocher de grimpe. Accessoirement, elle fait valoir que, à la supposer digne d'être jugée sérieuse, la critique du moyen portant sur la mise en œuvre du sous-critère n° 3 du deuxième critère d'attribution ne pourrait conduire à un bouleversement du classement des offres, dès lors que l'évaluation des offres au regard de ce sous-critère ne représentait qu'une valeur d'un point et que l'écart, retenu par l'acte attaqué, entre les notes globales respectivement attribuées à la requérante et aux intervenantes est de 1,68 point.

Les intervenantes contestent également la recevabilité du premier moyen, en raison de ce que l'offre de la requérante ne répondrait pas à l'exigence technique d'un rocher en béton-résine, ce que l'auteur de projet reconnaît expressément dans son rapport.

À la thèse principale de la partie adverse, il doit être répondu qu'en sa deuxième branche, le moyen ne soutient pas que l'offre des intervenantes devait être écartée, mais bien qu'elle ne pouvait être récompensée pour des caractéristiques qui ne respectaient pas les prescriptions des documents du marché. Cette deuxième branche est étrangère aux aspects de l'acte attaqué relatifs à la régularité des offres, tant des intervenantes que de la requérante. Reposant sur une lecture erronée de la deuxième branche du moyen, cette thèse principale ne permet pas d'accueillir l'exception d'irrecevabilité en tant qu'elle concernerait cette branche.

La thèse accessoire de la partie adverse ne peut davantage prospérer, dès lors que la valorisation de l'offre des intervenantes, en raison de ce que celles-ci ont fait offre pour un rocher en pierre naturelle, s'est traduite dans l'octroi des notes pour les trois sous-critères du deuxième critère d'attribution, lesquels représentaient – pour ce qui concerne le rocher de grimpe – une valeur de 5 points, de sorte qu'à la supposer vérifiée l'illégalité de la valorisation de cette offre proposant un rocher de grimpe naturel pourrait bien avoir lésé la requérante, principalement au regard de la différence entre les notes globales respectivement obtenues par celle-ci, d'une part, et les intervenantes, d'autre part.

S'agissant enfin de l'exception soulevée par les intervenantes, il doit être relevé que la partie adverse n'a pas jugé irrégulière l'offre de la requérante (pas plus que celle des intervenantes), et ce quand bien même il devrait être considéré qu'une non-conformité de l'offre de la requérante aux prescriptions techniques serait constatée en fait par l'auteur de projet. Il n'appartient pas au Conseil d'État de déclarer cette offre irrégulière, alors que le pouvoir adjudicateur ne l'a lui-même pas qualifiée de la sorte au cours de la procédure d'attribution du marché litigieux. Reposant sur cette prétendue irrégularité de l'offre, qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de retenir dans ces circonstances, l'exception ne peut être accueillie.

Il suit de ces développements que les exceptions d'irrecevabilité opposées au moyen, en sa deuxième branche, ne peuvent être accueillies.

Quant au caractère sérieux du moyen

Il ressort du cahier spécial des charges que les exigences techniques étaient prescrites dans les termes suivants, pour le poste 204 « Fourniture et mise en œuvre de l'ensemble des éléments composant le "rocher de grimpe" » :

« Description

Le rocher de grimpe est à destination de tous : enfants/ados/adultes. Il fait le lien entre la zone de sport et celle de jeux.

Il se veut avant tout un élément sportif tout en gardant un aspect ludique.

Ce monolithe ou cet ensemble rocheux doit s'intégrer dans le paysage développé par le projet.

Une attention particulière sera donnée au maintien des vues entre les zones sportive et ludique, en aucun cas il ne pourra être décliné sous forme d'un "mur longitudinal".

Il est artificiel et constitué d'un ou plusieurs bloc(s) de béton résine à l'esthétique organique et pierreuse de couleur naturelle. Il représente un véritable bloc de pierre naturelle de nos régions : porphyre, grès, calcaire, ...

Il est antidérapant. Il présente une surface en relief avec des parties concaves et convexes, des décrochements, renforcements et autres permettant de s'y agripper.

L'accessibilité en hauteur doit être réduite pour les jeunes enfants. Des prises d'escalade couvriront une partie de sa surface afin de permettre la grimpe plus aisément tout en filtrant les accès vers le haut. Les prises seront disposées selon les normes en vigueur et en concertation avec la Fédération d'escalade.

Sur cette base, l'adjudicataire fera une proposition d'exécution à l'offre et y joindra un descriptif technique tant sur les matériaux que sur la mise en œuvre.

Les éléments composés de fibres de verre sont à proscrire. »

Ces prescriptions se comprennent en ce sens que le rocher de grimpe devait, entre autres, présenter cumulativement deux caractéristiques, à savoir être artificiel et représenter, par son esthétique, un véritable bloc de pierre naturelle. Il n'est, en revanche, pas question d'une seule exigence d'esthétique organique dans le respect de laquelle seraient soumises des offres de qualités différentes selon qu'elles reposaient, ou non, sur l'usage de pierre naturelle. Sauf à donner à ces exigences un sens contraire à celui que laissent clairement entendre les termes en lesquels elles sont libellées, ce qui imposerait alors de considérer qu'elles ont été définies en méconnaissance du principe de transparence, il ne peut *prima facie* être admis, à la suite de ce qui est soutenu dans la note d'observations, que « la volonté première de la partie adverse relative au rocher de grimpe était de disposer d'une véritable pierre » et que « le recours au béton résine n'était qu'une solution de repli, acceptable en raison de la ressemblance de ce matériau avec la pierre naturelle ». Il ne peut davantage – et toujours à la lecture des termes clairs de la prescription

litigieuse – être question de suivre les intervenantes lorsque celles-ci soutiennent que pouvait se concevoir « une gamme de solutions diverses, étant entendu que le minimum requis était une pierre artificielle en béton-résine présentant un aspect naturel ».

Il ressort de la motivation des notes attribuées au rocher de grimpe pour les trois sous-critères du deuxième critère, que l’offre des intervenantes a fait l’objet d’une appréciation plus favorable en raison de ce que celles-ci proposaient un rocher de grimpe en pierre naturelle.

En récompensant ainsi une offre pour laquelle les intervenantes avaient exercé une faculté de choix du matériau du rocher de grimpe que ne leur laissait pas la prescription litigieuse, telle que celle-ci doit être entendue à la lecture de ses termes clairs, ou en valorisant une « amélioration » (selon la conception défendue au point 13 de la requête en intervention) dont rien n’indiquait qu’une faculté était laissée aux soumissionnaires à ce sujet, la partie adverse a favorisé les intervenantes en méconnaissance des principes d’égalité et de non-discrimination, du cahier des charges et du principe *Patere legem quam ipse fecisti*. En tant qu’il le lui en fait le reproche, le moyen doit être déclaré sérieux en sa deuxième branche.

VI. Balance des intérêts

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

VII. Confidentialité

La partie requérante dépose son métré récapitulatif et les annexes de son offre relatives aux critères d’attribution à titre confidentiel. Il s’agit des pièces A1 et A2 déposées en annexes à sa requête.

La partie adverse demande, quant à elle, que les pièces 19 à 29, 51 à 54 et 57 à 59 du dossier administratif demeurent confidentielles.

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 requête en intervention introduite par la SA Les Entreprises Melin et la SRL Estate and Landscape Management est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision adoptée par Bruxelles-Environnement en date du 25 novembre 2022 d'attribuer le marché de travaux ayant pour objet « Aménagement du parc des colombophiles – Commune d'Anderlecht – Lot 1 : “Aménagements paysagers” » à la SA Les Entreprises Melin et à la SRL Estate and Landscape Management est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A1 et A2 déposées en annexes à la requête et les pièces 19 à 29, 51 à 54 et 57 à 59 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

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 31 mars 2023, par :

David De Roy,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy