

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

n° 256.245 du 7 avril 2023

A. 238.609/VI-22.529

En cause :

**1. la société de droit néerlandais
LIGHTWELL B.V.,**
2. la société anonyme AXIOMA,
ayant toutes deux élu domicile chez
M^{es} Kris LEMMENS, Mathieu THOMAS et
Léa TREFON, avocats,
rue de la Régence 58 bte 8
1000 Bruxelles,

contre :

1. la société anonyme RESA Innovation et Technologie,
2. la société anonyme RESA Intercommunale,
ayant toutes deux élu domicile chez
M^{es} Renaud SIMAR et Pauline ABBA, avocats,
rue Jules Cockx 8-10
1160 Bruxelles.

Parties requérantes en intervention :

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

2. la société anonyme SCHREDER BE,
ayant élu domicile chez
M^{es} Bob MARTENS, Maëlle RIXHON et
Gauthier DRESSE, avocats,
rue aux Laines 70
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 9 mars 2023, la société de droit néerlandais Lightwell B.V. et la SA Axioma demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 17 février 2023 du Conseil d'Administration de la société anonyme RESA Innovation et Technologie de déclarer son offre substantiellement irrégulière pour le lot 1 "Fourniture de 40.000

luminaires pour l'obligation de service public (OSP 3)" et le lot 2 "Fourniture de 20.000 luminaires pour l'obligation de service public (OSP 3)" du marché public ayant pour objet la "Fourniture de 60.000 luminaires – OSP3 pour période du 06/2022 au 12/2025" et d'attribuer les lots 1 et 2 en question à un ou plusieurs autres soumissionnaires ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 10 mars 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 27 mars 2023.

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

Les parties adverses ont déposé une note d'observations et le dossier administratif.

Par deux requêtes distinctes introduites les 23 et 24 mars 2023, la SA Schreder BE et la SA Signify Belgium demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Mathieu Thomas, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, M^{es} Renaud Simar et Pauline Abba, avocats, comparaissant pour les parties adverses, M^e Nicolas Cariat, avocat, comparaissant pour la première requérante en intervention, et M^{es} Maëlle Rixhon et Gauthier Dresse, avocats, comparaissant pour la deuxième requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

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

« La société anonyme RESA Innovation et Technologie a lancé un marché public de fournitures ayant pour objet la “fourniture de 60.000 luminaires – OSP3 pour période du 06/2022 au 12/2025”.

Ce marché est divisé en deux lots :

- lot 1 : “Fourniture de 40.000 luminaires pour l’obligation de service public (OSP 3)” ;
- lot 2 : “Fourniture de 20.000 luminaires pour l’obligation de service public (OSP 3)”.

Les soumissionnaires pouvaient présenter une offre pour les deux lots, mais la partie adverse ne pouvait attribuer qu’un lot par soumissionnaire.

Un avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications le 23 décembre 2021 et au Journal officiel de l’Union européenne le 28 décembre 2021.

Le marché est passé dans les secteurs spéciaux selon la procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

L’avis de marché mentionne que le marché débutera le 1^{er} juin 2022 et se terminera le 31 décembre 2025.

Les parties requérantes comprennent que ce marché s’inscrit dans la continuité d’un marché public antérieur intitulé “Fourniture de 50 000 luminaires — OSP3 PR la période de janvier 2020 à juin 2022”, qui, conformément à l’avis publié au Journal officiel de l’Union européenne le 30 septembre 2019, a débuté le 2 janvier 2020 pour, normalement, se finir le 30 juin 2022.

En réponse à l’avis de marché, les parties requérantes ont déposé une demande de participation.

Le 25 mai 2022, le Conseil d’administration de la partie adverse a communiqué aux parties requérantes qu’elles étaient sélectionnées pour participer au marché litigieux, leur a transmis le cahier spécial des charges et les a invitées à déposer une offre.

Le cahier spécial des charges du marché litigieux a fait l’objet de deux rectifications.

Les premières offres des soumissionnaires pour les deux lots devaient initialement être remises par voie électronique le 8 juillet 2022 à 11 heures. Une nouvelle date a ensuite été prévue pour le dépôt des offres, à savoir le 1^{er} septembre 2022 à 16 heures.

Les parties requérantes ont déposé une première offre pour les deux lots.

Elles ont ensuite été invitées à déposer une BAFO.

Le Conseil d’administration de la partie adverse a adopté une première décision d’attribution des deux lots le 16 novembre 2022.

Les parties requérantes étaient classées premières pour les deux lots, mais, compte tenu de la règle empêchant l’attribution des deux lots à un seul soumissionnaire, le lot 1 lui a été attribué et le lot 2 a été attribué à un autre soumissionnaire (la société anonyme Schreder BE).

La décision d’attribution de la partie adverse a fait l’objet d’un recours en suspension, selon la procédure d’extrême urgence, devant le Conseil d’Etat. Ce

recours était introduit par la société anonyme Signify Belgium, classée troisième pour les deux lots.

Par un arrêt n° 255.378 du 23 décembre 2022, le Conseil d'Etat a ordonné la suspension de la décision du 16 novembre 2022 de la partie adverse d'attribuer le lot 1 et le lot 2 du marché litigieux.

Ensuite de la suspension de la décision du 16 novembre 2022, le Conseil d'administration de la société anonyme RESA Innovation et Technologie a adopté, le 11 janvier 2023, une décision ayant pour objet le retrait de l'attribution des lots 1 et 2 du marché litigieux.

Une nouvelle décision d'attribution de la partie adverse des lots 1 et 2 du marché litigieux a été adoptée le 17 février 2023. Un extrait de cette décision a été transmis aux parties requérantes par un courrier recommandé et par un e-mail portant la date du 22 février 2023.

Pour les lots 1 et 2, l'offre des parties requérantes est rejetée du chef de nullité, pour les motifs suivants :

*« L'article III.1 du CSC exige que le modèle du luminaire proposé soit homologué « 005 – Synergrid » avant attribution du marché.
L'article III.2.3 du CSC exige la certification Zhaga D4i des luminaires.*

Le luminaire Lightwell Luxis Small proposé est homologué « 005 – Synergrid » dans la version 2015 de l'homologation, avec des drivers ne répondant pas aux exigences Zhaga D4i requises par le CSC.

Pour répondre aux exigences du CSC, le soumissionnaire a proposé un autre modèle de drivers non couvert par l'homologation du Synergrid du luminaire.

Le luminaire tel que proposé par Lightwell ne répond pas à l'exigence d'homologation 005 telle que précisée dans le CSC.

Le soumissionnaire était par ailleurs au fait de cette situation de non-conformité, tel qu'en atteste le document du Synergrid qui lui a été remis, dont extrait :

"The luminaires with the characteristics listed in Table 1 are declared in conformity with the requirements of Synergrid technical specification C4/11.3 version before 01/07/2019.

The luminaire will be published on the "Old list of homologated luminaires"

Once drivers are certified DALI 2 by DiiA the applicant must request an homologation in conformity with specification C4/11.3 version applicable from 01/07/2019."

Cette nouvelle homologation n'ayant pas été obtenue par Lightwell, le luminaire Luxis Small, tel que présenté par le soumissionnaire pour répondre au présent marché, est déclaré non conforme « 005 – Synergrid ». (Position confirmée par le Synergrid)

Considérant l'urgence relative aux besoins des communes pour la fourniture des luminaires d'éclairage public, Resa ne peut attendre la dite certification auprès de Synergrid. Dès lors, Resa doit impérativement procéder à l'attribution immédiate du marché.»

Ces motifs sont identiques pour les lots 1 et 2.

Il s'agit de l'acte attaqué ».

IV. Intervention

Par deux requêtes distinctes introduites les 23 et 24 mars 2023, la SA Schreder BE et la SA Signify Belgium demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaires des lots 1 et 2 du marché litigieux, elles ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir ces requêtes.

V. Premier moyen

V.1. Thèse des parties requérantes

Les requérantes prennent un premier moyen de « la violation de l'adage “*patere legem quam ipse fecisti*” et du point III.1 “Remarques préliminaires” et du point III.2.3 “Préparation pour Télégestion – Télécontrôle” du cahier spécial des charges; des principes généraux de concurrence et de transparence; des articles 53 et 55 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; de l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux; des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, et plus particulièrement de l'article 5, 8°; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; de l'erreur, de l'inexactitude ou de l'inadéquation des motifs de droit et de fait ».

Elles contestent la décision de déclarer leur offre irrégulière pour les deux lots du marché. Elles reprochent, en substance, à la première partie adverse de ne pas avoir examiné si le luminaire proposé – bien que ne disposant pas formellement de l'homologation « 005 Synergrid » demandée – répondait matériellement aux normes et prescriptions de la spécification Synergrid C4/11.3 dont le respect permet d'obtenir l'homologation précitée. Elles affirment avoir démontré dans le dossier technique joint à leur offre que tous les documents permettent d'établir que le luminaire proposé satisfait à cette spécification. Elles ajoutent que la première partie adverse ne pouvait en tout cas pas conclure à la non-conformité du luminaire proposé au seul motif qu'il ne disposait pas de

l'homologation « 005 Synergrid », mais qu'elle devait, en outre, indiquer dans la décision d'attribution les raisons pour lesquelles « elle arrivait au constat, malgré le dossier technique de l'offre, de la non-équivalence du luminaire proposé par rapport aux normes et prescriptions figurant dans la spécification C4/11.3 ».

Elles développent leur argumentation comme il suit :

« 2.1. À TITRE LIMINAIRE : RAPPEL DES PRESCRIPTIONS TECHNIQUES CONTRACTUELLES

[...] Il y a tout d'abord lieu de bien distinguer les prescriptions techniques figurant dans les documents du marché, d'une part, et les exigences fixées par le Synergrid pour l'homologation des luminaires publics LED, d'autre part.

[...] Dans la partie III "Description des exigences techniques", les documents du marché reprennent (entre autres) deux prescriptions techniques :

- sous un point III.1 "Remarques préliminaires", la première est libellée de la manière suivante : "Le modèle du luminaire doit être homologué '005 – Synergrid', avant attribution"[...];
- sous un point III.2.3 "Préparation pour Télégestion – Télécontrôle", la seconde est libellée de la manière suivante : "Les armatures d'éclairage décrites dans le présent descriptif seront pré-équipées d'un connecteur physique (appelé soquet) appareillé d'usine. Les luminaires équipés de ce connecteur devront respecter la certification Zhaga D4i, et plus particulièrement les livres relatifs aux appareils d'éclairage extérieur (livres 13 et 18)" [...].

Synergrid, qui est la fédération des gestionnaires de réseaux belges, permet d'homologuer des luminaires publics suivants les normes et prescriptions techniques figurant dans la spécification C4/11.3 intitulée "Spécification technique 005 équipements d'éclairage public – Prescriptions relatives aux luminaires LED : exigences constructives et de maintenance". Il existe deux versions de la spécification C4/11.3, une version 2015 et une version 2019 (comme cela ressort des listes des luminaires LED agréés C4/11.3-A et C4/11.3-B).

Il est primordial de noter que les documents du marché n'exigent pas que le modèle de luminaire soit homologué dans une version plutôt qu'une autre, de sorte qu'un modèle de luminaire homologué dans la version de 2015 respecte l'exigence contractuelle de disposer d'une homologation "005 – Synergrid".

À côté de cette exigence d'homologation Synergrid, les documents du marché indiquent que les luminaires doivent être pré-équipés d'un connecteur physique respectant la certification Zhaga D4i. Ils ne lient pas cette prescription en matière de certification Zhaga D4i avec l'homologation Synergrid.

[...] La spécification technique C4/11.3 a été revue en 2019, pour, notamment, intégrer de nouvelles exigences en matière de certification DALI 2. Il importe d'insister sur le fait que la certification DALI 2 n'est pas totalement identique à la certification Zhaga D4i exigée par les documents du marché.

Si l'inscription du luminaire dans la liste 2019 du Synergrid permet donc de démontrer le respect de l'exigence DALI 2, il n'en reste pas moins que cette inscription sur la liste 2019 n'est pas exigée par les documents du marché. Si la partie adverse entendait imposer que le luminaire soit inscrit sur la liste 2019 du Synergrid, elle devait l'indiquer clairement en application du principe de transparence, ce qu'elle n'a toutefois pas fait.

La modification de la spécification technique C4/11.3 en 2019 est dès lors parfaitement indifférente pour vérifier la conformité des luminaires proposés par les soumissionnaires aux exigences fixées dans les documents du marché.

[...] De tout ceci, il convient de retenir, de manière très simple, que le modèle de luminaire doit, conformément aux documents du marché, être homologué “005 Synergrid” (peu importe la version 2015 ou 2019 de la spécification C4/11.3) et que le luminaire équipé d’un connecteur doit respecter la certification Zhaga D4i, et plus particulièrement les livres relatifs aux appareils d’éclairage extérieur (livres 13 et 18).

L’inscription du luminaire dans la liste 2019 du Synergrid n’est pas exigée par les documents du marché et une telle exigence ne pourrait pas être ajoutée par la partie adverse sous peine de méconnaître les documents du marché et l’adage “*patere legem quam ipse fecisti*”.

2.2. PRÉTENDUE NON-CONFORMITÉ DE L’OFFRE DES PARTIES REQUÉRANTES AUX PRESCRIPTIONS TECHNIQUES DES DOCUMENTS DU MARCHÉ

[...] La spécification technique C4/11.3 du Synergrid reprend un certain nombre de normes et de prescriptions techniques à respecter, en matière de source lumineuse LED, de photométrie, etc. Les luminaires qui sont homologués “005 Synergrid” répondent dès lors aux normes et aux prescriptions techniques figurant dans la spécification C4/11.3.

L’article 53 de la loi du 17 juin 2016 prévoit que, lorsque les spécifications techniques sont formulées par des instruments de normalisation, l’adjudicateur ne peut pas rejeter une offre au motif que la solution n’y est pas conforme, si le soumissionnaire prouve, par tout moyen approprié, comme un dossier technique du fabricant, que celle-ci satisfait de manière équivalente aux exigences fonctionnelles libellées dans les instruments en question.

L’article 55 de la loi du 17 juin 2016 prévoit également que, lorsque l’adjudicateur demande que des certificats d’organismes d’évaluation lui soient soumis, ce dernier est tenu d’accepter des certificats d’organismes équivalents ou d’autres moyens de preuve appropriés :

“ § 2. Le pouvoir adjudicateur accepte d’autres moyens de preuve appropriés que ceux visés au paragraphe 1^{er}, comme un dossier technique du fabricant lorsque l’opérateur économique concerné n’avait pas accès aux certificats ou aux rapports d’essai visés au paragraphe 1^{er} ni la possibilité de les obtenir dans les délais fixés, à condition que l’absence d’accès ne soit pas imputable à l’opérateur économique concerné et pour autant que celui-ci établisse ainsi que les travaux, fournitures ou services qu’il fournit satisfont aux exigences ou aux critères énoncés dans les spécifications techniques, les critères d’attribution ou les conditions d’exécution du marché” [...]

[...] En matière de motivation à cet égard, l’article 5, 8°, de la loi du 17 juin 2013 prévoit ce qui suit lorsqu’un adjudicateur déclare une offre irrégulière :

“ La décision motivée visée à l’article 4 comporte, selon la procédure de passation et le type de décision : (...) les noms des soumissionnaires dont l’offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction. Ces motifs sont notamment relatifs au caractère anormal des prix et, le cas échéant au constat de non-équivalence des solutions proposées par rapport aux spécifications techniques ou à leur non-satisfaction par rapport aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues” [...].

[...] Dans le cas d’espèce, la partie adverse se limite à constater, en matière de (non-)conformité, que le luminaire de l’offre ne dispose pas de l’homologation Synergrid demandée, au motif qu’il contient un *driver* différent de celui prévu dans le luminaire ayant obtenu l’homologation Synergrid. L’analyse de la partie adverse ne va pas plus loin que ce simple constat.

Or, disposer de l’homologation “Synergrid” n’est pas une fin en soi. Cette homologation ne sert qu’à démontrer qu’un modèle de luminaire respecte les normes et prescriptions techniques figurant dans la spécification C4/11.3. Le

soumissionnaire qui propose un luminaire homologué Synergrid est dispensé de démontrer dans son offre qu’il respecte les prescriptions techniques figurant dans la spécification en question.

Toutefois, la partie adverse restait tenue d’examiner si le luminaire proposé, bien que ne disposant pas formellement de l’homologation demandée, répondait ou non matériellement aux normes et prescriptions techniques figurant dans la spécification C4/11.3.

Cette obligation de vérification de la conformité du luminaire proposé avec les normes et prescriptions techniques figurant dans la spécification en question (en ne se limitant donc pas à la seule vérification de l’inscription ou non du luminaire proposé sur la liste Synergrid) n’est pas que purement théorique en l’espèce.

En effet, il n’est pas contesté que le modèle Luxis Small dispose de la certification Zhaga D4i (comme expliqué plus amplement ci-après).

Il n’est pas non plus contesté que le modèle Luxis Small (certes avec un driver différent) dispose de l’homologation Synergrid et que le *driver* proposé dans l’offre dispose, lui aussi, d’une homologation “005 – Synergrid” (même si distincte de l’homologation du modèle lui-même). Le driver Inventronics figurant dans le modèle Luxis Small de l’offre est en effet repris dans la liste C.4/10.B du Synergrid, laquelle est basée sur la spécification C4-10, mais qui porte également un numéro “005” et qui est intitulée “Spécification technique 005 équipements d’éclairage public - Prescriptions relatives aux auxiliaires pour sources lumineuses LED” :

1. Liste des LED-drivers agréés Update: 03/2022

Référence	Fabricant	Type du modèle	Numéro d'article	Alimenta tion en veille	Puissance de sortie dans la fenêtre de fonctionnement	Tension CC de sortie	Courant DC de sorti	Certification DALI Alliance	Accepté le	Validité
SYN_CE421031	Inventronics	EBS-040S045BT2		0,41	12 W - 40 W	44 V - 133 V	90 mA - 450 mA	D4i (Internal DALI)	15/11/2021	15/11/2026
SYN_CE421031	Inventronics	EBS-040S070BT2		0,45	12 W - 40 W	28 V - 89 V	130 mA - 700 mA	D4i (Internal DALI)	15/11/2021	15/11/2026
SYN_CE421031	Inventronics	EBS-040S105BT2		0,41	12 W - 40 W	19 V - 57 V	210 mA - 1050 mA	D4i (Internal DALI)	15/11/2021	15/11/2026
SYN_CE421031	Inventronics	EBS-080S070BT2		0,41	30 W - 80 W	57 V - 178 V	170 mA - 700 mA	D4i (Internal DALI)	15/11/2021	15/11/2026
SYN_CE421031	Inventronics	EBS-080S105BT2		0,38	30 W - 80 W	38 V - 114 V	260 mA - 1050 mA	D4i (Internal DALI)	15/11/2021	15/11/2026
SYN_CE421031	Inventronics	EBS-080S150BT2		0,45	30 W - 80 W	27 V - 76 V	390 mA - 1500 mA	D4i (Internal DALI)	15/11/2021	15/11/2026

Toutefois, la partie adverse n’indique pas dans sa décision quelle norme ou prescription technique de la spécification C4/11.3 relatif au luminaire public LED ne serait pas rencontrée par le Luxis Small tel que composé dans l’offre de la requérante (c’est-à-dire avec un driver, bien que différent de celui prévu dans le luminaire ayant obtenu l’homologation, mais disposant d’une homologation “005 – Synergrid”).

La partie adverse ne donne pas non plus dans sa décision les raisons pour lesquelles elle estime que les documents figurant dans l’offre ne démontrent pas le respect, par le luminaire de l’offre, des prescriptions techniques figurant dans la spécification C4/11.3. Or, la partie adverse notait, dans sa note d’observations du 9 décembre 2022 établie dans le cadre de la procédure l’opposant à Signify, que le dossier technique figurant dans l’offre des parties requérantes contenait les documents qui démontraient le respect des exigences techniques :

“ L’offre du GOE AXIOMA NV – LIGHTWELL BV contient des documents particulièrement clairs quant aux exigences techniques. L’offre contient notamment la liste des exigences du cahier spécial des charges, et la preuve qu’elles sont remplies. Le GOE AXIOMA NV – LIGHTWELL BV s’est d’ailleurs engagé sur l’ensemble des spécificités techniques du cahier des charges. La liste est suivie des preuves pertinentes, en ce compris les homologations et certifications.

L’annexe C est également particulièrement éclairante quant au fait que les exigences sont remplies”[...].

À cet égard, les parties requérantes avaient joint à leur offre, comme exigé dans le cahier spécial des charges au point III.2.8 “offre technique”, “les documents techniques permettant de valider toutes les impositions des paragraphes III.2.1 ‘Caractéristiques mécaniques’ et III.2.2. ‘Caractéristiques électriques’”. Le document intitulé “Liste de conformité” dans l’offre technique des parties requérantes [...] permettait ainsi facilement à la partie adverse de s’assurer que le luminaire de l’offre était conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges et de retrouver dans quel document cette conformité était établie.

La partie adverse n’a pas non plus demandé que des échantillons lui soient transmis, en application de l’article III.1 du cahier spécial des charges, pour procéder à la vérification du respect des normes et prescriptions techniques visées dans la spécification technique du Synergrid et/ou par rapport aux documents transmis avec les offres.

Les parties requérantes avaient donc versé dans leur offre tous les documents permettant d’établir que le luminaire proposé respectait, si pas formellement, à tout le moins matériellement, les spécifications techniques du marché, notamment les normes et prescriptions techniques figurant dans la spécification Synergrid.

Il apparaît que la partie adverse n’a pas tenu compte des documents figurant dans le dossier technique de l’offre, sans toutefois en expliquer les raisons, pour apprécier ou non le respect des spécifications techniques du marché, notamment les normes et prescriptions techniques figurant dans la spécification Synergrid.

[...] Par ailleurs, pour rassurer -si tant est que c’était nécessaire- la partie adverse quant à la conformité du produit proposé avec les spécifications du marché, les parties requérantes ont introduit très rapidement après l’arrêt du Conseil d’État une demande d’homologation auprès du Synergrid du luminaire Luxis Small de Lightwell avec le driver figurant dans l’offre [...]:

“ Geachte heer/mevrouw,

Graag wil ik onze Luxis Familie (SYN_CE420018) laten opnemen op de C4/11.3-B, met de volgende drivers:

SYN_CE421031 Inventronics EBS-040S105BT2

SYN_CE421031 Inventronics EBS-040S070BT2

SYN_CE421031 Inventronics EBS-080S150BT2

SYN_CE421031 Inventronics EBS-080S070BT2

SYN_CE421031 Inventronics EBS-080S105BT2 (...).”

Les parties requérantes ont informé la partie adverse le 9 février 2023 de l’état d’avancement de cette demande et de la date estimée à laquelle l’homologation de Synergrid lui parviendra [...]:

“ Chère Madame Piscart,

Pour votre bonne information, les tests établis par Laborelec pour Lightwell ont conduit à l’établissement des documents et rapports se rapportant à notre application.

Tous les points (documents et rapports) sont complets avec un élément d’action complémentaire pour Lightwell; le rapport de test de température.

Nous avons commandé ce test, de plusieurs jours, à Dekra.

Il sera effectué à partir du 17 février.

Le rapport de Dekra est prévu pour le 24 février, que nous fournirons à Laborelec.

L’inspection et le rapport de Laborelec seront établis endéans une période de deux semaines.

La publication par Synergrid prendra également deux semaines.

La planification finale nous permet d’estimer la validation Synergrid 2019, le 24 mars.

Je ne manquerai pas de vous tenir informée.”

Toutefois, la partie adverse n’a pas tenu compte de ces éléments et n’en explique pas les raisons, se bornant à indiquer qu’elle ne pouvait pas attendre l’homologation formelle. Or, ceci démontre que le luminaire de l’offre (c’est-à-

dire avec le *driver* de l'offre) est dans les conditions pour être homologué "005 – Synergrid", de sorte qu'il respecte les normes et prescriptions figurant dans la spécification du Synergrid.

[...] Il ressort de ce qui précède que la partie adverse n'a pas respecté les principes et dispositions visés au moyen, en rejetant l'offre pour non-conformité, alors que les parties requérantes avaient démontré dans leur dossier technique que le luminaire proposé respectait, si pas formellement l'homologation Synergrid demandée, à tout le moins les normes et prescriptions qu'elle contient.

Les parties requérantes avaient en effet versé dans leur offre tous les documents permettant d'établir que le luminaire de l'offre, bien que proposé avec un *driver* différent de celui prévu dans le luminaire ayant obtenu l'homologation Synergrid, respectait, si pas formellement (puisque l'homologation vaut pour le luminaire tel qu'assemblé), à tout le moins matériellement, les normes et prescriptions techniques figurant dans la spécification C4/11.3 du Synergrid.

À tout le moins, la partie adverse ne pouvait pas se limiter à considérer que l'absence d'homologation Synergrid pour le luminaire prévu dans l'offre impliquait une non-conformité. Elle devait au contraire indiquer dans la décision d'attribution pour quelle raison concrète elle arrivait au constat, malgré le dossier technique de l'offre, de la non-équivalence du luminaire proposé par rapport aux normes et prescriptions techniques figurant dans la spécification C4/11.3, ce qu'elle n'a toutefois pas fait. Il y a donc à tout le moins un défaut de motivation à cet égard.

[...] Le défaut de motivation est d'autant plus patent en l'espèce que la décision d'attribution se base sur des motifs inadéquats tant en fait qu'en droit pour justifier la prétendue non-conformité :

Le soumissionnaire était par ailleurs au fait de cette situation de non-conformité, tel qu'en atteste le document du Synergrid qui lui a été remis, dont extrait :

*"The luminaires with the characteristics listed in Table 1 are declared in conformity with the requirements of Synergrid technical specification C4/11.3 version before 01/07/2019.
The luminaire will be published on the "Old list of homologated luminaires"
Once drivers are certified DALI 2 by DiiA the applicant must request an homologation in conformity with specification C4/11.3 version applicable from 01/07/2019."*

Cette nouvelle homologation n'ayant pas été obtenue par Lightwell, le luminaire Luxis Small, tel que présenté par le soumissionnaire pour répondre au présent marché, est déclaré non conforme « 005 – Synergrid ». (Position confirmée par le Synergrid)

Comme cela ressort de ce qui précède, il est inexact que le luminaire tel que présenté dans l'offre n'est pas conforme à l'exigence Synergrid prévue dans les documents du marché, au motif que la "nouvelle homologation" (c'est-à-dire celle basée sur la version de 2019 de la spécification) n'a pas été obtenue pour le luminaire en question. Pour rappel, les documents du marché n'exigeaient pas une homologation sur la liste 2019 du Synergrid ou le respect de la version 2019 de la spécification technique. Seule une homologation "005 Synergrid" était exigée, peu importe la version 2015 ou 2019 de la spécification.

Il est tout aussi inexact, pour les mêmes raisons, que les parties requérantes étaient au fait de la situation de non-conformité du luminaire proposé avec les exigences du marché puisque la partie adverse confond dans sa décision d'attribution les prescriptions techniques des documents du marché et rappelées en préambule du moyen, d'une part, et les exigences en matière de certification Synergrid selon les versions 2015 et 2019 de la spécification technique, d'autre part.

[...] Le premier moyen est sérieux. »

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Le point III.1 du cahier spécial des charges, qui fait partie du point III intitulé « Description des exigences techniques », énonce, au titre de « Remarques préliminaires », notamment ce qui suit :

« Le modèle de luminaire doit être homologué "005- Synergrid", avant attribution du marché. »

La décision d'écarter l'offre des requérantes pour irrégularité substantielle est motivée de la manière suivante :

*« L'article III.1 du CSC exige que le modèle du luminaire proposé soit homologué « 005 – Synergrid » avant attribution du marché.
L'article III.2.3 du CSC exige la certification Zhaga D4i des luminaires.*

Le luminaire Lightwell Luxis Small proposé est homologué « 005 – Synergrid » dans la version 2015 de l'homologation, avec des drivers ne répondant pas aux exigences Zhaga D4i requises par le CSC.

Pour répondre aux exigences du CSC, le soumissionnaire a proposé un autre modèle de drivers non couvert par l'homologation du Synergrid du luminaire.

Le luminaire tel que proposé par Lightwell ne répond pas à l'exigence d'homologation 005 telle que précisée dans le CSC.

Le soumissionnaire était par ailleurs au fait de cette situation de non-conformité, tel qu'en atteste le document du Synergrid qui lui a été remis, dont extrait :

"The luminaires with the characteristics listed in Table 1 are declared in conformity with the requirements of Synergrid technical specification C4/11.3 version before 01/07/2019.

The luminaire will be published on the "Old list of homologated luminaires"

Once drivers are certified DALI 2 by DiiA the applicant must request an homologation in conformity with specification C4/11.3 version applicable from 01/07/2019."

Cette nouvelle homologation n'ayant pas été obtenue par Lightwell, le luminaire Luxis Small, tel que présenté par le soumissionnaire pour répondre au présent marché, est déclaré non conforme « 005 – Synergrid ». (Position confirmée par le Synergrid)

Considérant l'urgence relative aux besoins des communes pour la fourniture des luminaires d'éclairage public, Resa ne peut attendre la dite certification auprès de Synergrid. Dès lors, Resa doit impérativement procéder à l'attribution immédiate du marché.»

Les requérantes ne critiquent pas la disposition précitée du cahier spécial des charges ni l'exigence d'homologation qu'elle impose. Elles ne contestent pas non plus, dans leur requête, que le luminaire, tel que proposé dans leur offre, n'était

pas homologué « 005 Synergrid » au moment de l'adoption de la décision d'attribution attaquée par le présent recours. Elles reprochent toutefois à la première partie adverse de ne pas avoir vérifié, à la place de Synergrid, si le luminaire proposé répondait à la spécification C4/11.3 dont le respect permet d'obtenir l'homologation « Synergrid 005 ». Elles fondent leur argumentation sur l'affirmation qu'elles auraient joint à leur offre tous les documents permettant d'établir que leur luminaire respectait bien la spécification précitée.

Synergrid – qui est l'ASBL Fédération des gestionnaires de réseaux d'électricité et de gaz en Belgique – procède à l'homologation des luminaires publics qui respectent la spécification technique C4/11.3, qui s'applique aux luminaires équipés de la technologie LED. Cette spécification est établie par Synergrid lui-même. Comme le relèvent les requérantes, deux versions de cette spécification se sont succédé : une « version 2015 » puis une « version 2019 ». Les luminaires LED sont agréés C4/11.3-A (version 2015 – qui n'est plus complétée) ou C4/11.3-B (version 2019 – qui intègre les nouvelles exigences de *drivers* certifiés DALI 2 par Diia). Ces luminaires homologués « 005 Synergrid » répondent aux normes et prescriptions techniques figurant dans la spécification C4/11.3-A (version 2015) ou C4/11.3-B (version 2019). La spécification C4/11.3 décrit les normes de référence à respecter (IEC, NBN, etc.) ainsi que les exigences électriques, mécaniques et d'entretien que doivent remplir les luminaires publics pour être homologués « 005 Synergrid ». L'obtention de cette homologation est soumise à une procédure spécifique décrite dans le document Synergrid C4/8. Elle suppose que le demandeur dépose un dossier technique, qui doit notamment comprendre de nombreuses descriptions techniques, déclarations, certificats et rapports d'essais (essai de résistance au vent, essai de résistance aux vibrations, etc.). Lors de l'introduction du dossier, le demandeur doit également remettre un appareil témoin à Synergrid pour permettre la vérification de la conformité à certaines exigences « par examen visuel ».

Prima facie, les requérantes ne peuvent être suivies lorsqu'elles affirment que le dossier technique joint à leur offre devait amener la première partie adverse à vérifier, à la place de Synergrid, la conformité du luminaire proposé dans leur offre avec la spécification C4/11.3.

D'une part, ce dossier technique n'a pas été déposé pour démontrer que le luminaire proposé satisfaisait, fût-ce de manière équivalente, aux exigences de la spécification technique C4/11.3. Au contraire, dans leur offre, les requérantes sont parties du postulat – inexact en fait – que leur luminaire était formellement homologué « 005 Synergrid ». Elles n'indiquent nulle part dans leur offre que, par le

dossier technique qu'elles déposent, elles entendent prouver que le luminaire proposé répond effectivement à toutes les exigences de la spécification C4/11.3. Si elles avaient déposé un dossier technique pour établir que leur luminaire satisfaisait à cette spécification, elles auraient déjà dû préciser, à l'attention de la première partie adverse, à quelle version (2015 ou 2019) elles entendaient se référer, ce qu'elles n'ont pas fait.

D'autre part, la « liste de conformité » que les requérantes produisent dans leur offre – et dont la requête fait grand cas – portent sur le respect des diverses spécifications prévues par le cahier spécial des charges, non sur le respect de la spécification C4/11.3 en particulier. Contrairement à ce qu'elles semblent affirmer, les requérantes ne tentent pas de démontrer *via* cette « liste de conformité » que leur luminaire respecterait les exigences de la spécification technique précitée. S'agissant, par exemple, des essais de résistance au vent et aux vibrations, les requérantes ne produisent pas les rapports d'essais pourtant exigés par la spécification C4/11-3. Par ailleurs, dans le courriel du 9 février 2023 que les requérantes ont adressé aux parties adverses pour les informer de l'état d'avancement de leur demande d'homologation introduite le 23 décembre 2022 auprès de Synergrid, elles font état de plusieurs tests élaborés par « Laborelec pour Lightwell » qui ont conduit à l'établissement de « documents et rapports » ainsi que de la nécessité de réaliser une « action complémentaire » (test de température à effectuer par Dekra et rapport de Dekra à faire contrôler par Laborelec pour l'établissement d'un rapport supplémentaire). Ces différents documents et rapports établis ou à établir n'ont pas été communiqués à la première partie adverse avant l'adoption de la décision attaquée par le présent recours ni *a fortiori* au moment du dépôt des offres. C'est bien dire que les requérantes n'ont jamais eu l'intention de demander à la première partie adverse de contrôler, à la place de Synergrid, la conformité du luminaire proposé dans leur offre avec les exigences de la spécification C4/11.3.

Enfin, si les requérantes avaient voulu prouver, dans leur offre, que le luminaire proposé satisfaisait à la spécification C4/11-3, elles auraient dû fournir d'initiative à la première partie adverse un échantillon de ce luminaire, pour permettre la vérification, « par examen visuel » comme le prévoit la spécification précitée, de la conformité de certaines exigences, ce qu'elles n'ont pas fait non plus.

Au vu de ces différents éléments, la première partie adverse pouvait se limiter à constater que le luminaire proposé dans l'offre des requérantes ne disposait pas de l'homologation « 005 Synergrid » au motif qu'il contient un *driver* différent de celui prévu pour le luminaire ayant obtenu cette homologation, motif que les

requérantes ne contestent pas en tant que tel. Contrairement à ce qu'elles semblent soutenir, les requérantes n'ont pas déposé de dossier technique pour établir que leur luminaire satisfaisait – fût-ce de manière équivalente – aux exigences de la spécification C4/11-3. Ce constat suffit, à lui seul, à rejeter les arguments du premier moyen de la requête.

Quant à la référence faite dans la décision attaquée à la version 2019 de la spécification C4/11.3, elle n'est indiquée que pour confirmer que le luminaire proposé dans l'offre des requérantes ne pouvait, parce qu'il était équipé d'un *driver* certifié DALI 2 par Diia, être homologué « 005 Synergrid » (version 2015) et souligner que les requérantes étaient « au fait de cette situation de non-conformité » puisque le rapport de Laborelec établi à l'époque indiquait déjà que pour obtenir l'homologation pour un luminaire équipé de ce type de *driver*, les requérantes devaient introduire une nouvelle demande auprès de Synergrid et démontrer se conformer à la spécification C4/11.3-B (version 2019), ce qu'elles n'ont pas fait en temps utile.

Le premier moyen n'est pas sérieux, sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres causes éventuelles de rejet.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse des parties requérantes

Les requérantes prennent un deuxième moyen de « la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; de l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux; de l'adage *patere legem quam ipse fecisti* et du point III.2.3 "Préparation pour Télégestion - Télécontrôle" du cahier spécial des charges; des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; des principes généraux de concurrence, de transparence, d'égalité et de non-discrimination; de l'erreur, de l'inexactitude ou de l'inadéquation des motifs de droit et de fait ».

Dans une première branche, les requérantes font grief à la décision d'attribution attaquée de ne pas motiver les raisons pour lesquelles il est considéré que l'offre de la SA Signify Belgium respecte le livre Zhaga 13, comme l'exige le

cahier spécial des charges alors que « tout porte à croire que [...] le *driver* [...] proposé avec son luminaire est de la gamme Philips SR » et que « les fiches techniques des *drivers* de la gamme Philips SR ne contiennent aucune référence quant à la conformité de ceux-ci au livre Zhaga 13 ».

Elles développent leur argumentation comme il suit :

« [...] L'exigence relative à la certification Zhaga D4i est reprise à l'article III.2.3. "Préparation pour Télégestion – Télécontrôle" du cahier spécial des charges [...] :

III.2.3 Préparation pour Télégestion - Télécontrôle

Les armatures d'éclairage décrites dans le présent descriptif, seront pré-équipées d'un connecteur physique (appelé soquet) appareillé d'usine. Les luminaires équipés de ce connecteur devront respecter la certification Zhaga D4i, et plus particulièrement les livres relatifs aux appareils d'éclairage extérieur (livres 13 et 18).

Conformément à cette disposition, les luminaires devaient être certifiés Zhaga D4i et respecter les livres Zhaga 13 et 18. Le livre 13 en question reprend les aspects mécaniques et électriques des *drivers*[...].

[...] Il ressort des fiches techniques figurant dans le dossier technique de l'offre des parties requérantes que le luminaire est certifié Zhaga [...] et que le *driver* du luminaire respecte les exigences du livre Zhaga 13 [...].

[...] Tout porte à croire que Signify Belgium est l'un des attributaires du marché et a proposé un luminaire équipé d'un *driver* de la gamme Philips SR. Dans le cadre de la procédure précédente devant le Conseil d'État, ce soumissionnaire indiquait ceci :

“ C'est la gamme Philips SR, en particulier, qui a été développée suite à l'entrée en vigueur de la norme Zhaga D4i”.

Comme il ressort de la liste C4/10-B du Synergrid relative aux *drivers*, les *drivers* Philips SR ont un numéro d'article qui se termine par “06”.

Or, par exemple dans la “Datasheet” du *driver* Philips SR portant le numéro 9290 021 79006, il n'est nulle part indiqué que le *driver* est conforme au livre Zhaga 13 [...].

Or, si le *driver* Philips SR n'est pas conforme au livre Zhaga 13, la conclusion est que l'offre de Signify Belgium est affectée d'une non-conformité par rapport aux exigences du marché.

[...] Les parties requérantes ne disposent pas de l'intégralité de la décision motivée d'attribution de la partie adverse. Elles ne disposent en effet que de l'extrait de la décision de la partie adverse de déclarer leur offre irrégulière. Et il ressort simplement de celui-ci que, selon la partie adverse, l'offre de Signify Belgium ne contient ni irrégularité substantielle ni irrégularité non substantielle. Il découle pourtant de ce qui précède que la partie adverse n'a pas respecté ses obligations en matière de motivation, alors qu'elle était confrontée à une difficulté pour établir la conformité du luminaire de Signify avec les exigences du marché. La partie adverse avait non seulement l'obligation de vérifier que le *driver* proposé par Signify Belgium dans son offre était conforme à l'exigence susvisée, mais également de motiver, dans sa décision d'attribution, les raisons

pour lesquelles l'offre était conforme, alors que celle-ci suscitait une difficulté particulière, compte de l'insuffisance des documents de l'offre pour établir la conformité du *driver* avec livre Zhaga 13. À cet égard, le Conseil d'État juge de manière constante que, lorsqu'un adjudicateur a été confronté à une difficulté lors de l'analyse de l'offre d'un soumissionnaire, celui-ci est contraint d'explicitier dans sa décision d'attribution les raisons pour lesquelles il déclare cette offre régulière :

“ Si une décision positive qui constate la régularité d'une offre peut comporter une motivation plus succincte qu'une décision qui constate l'irrégularité d'une offre, c'est à la condition que l'examen de sa régularité n'ait suscité aucune difficulté. Dès que le pouvoir adjudicateur a été confronté à une difficulté, il est, à tout le moins, contraint d'explicitier les raisons pour lesquelles il a estimé que l'offre était régulière au regard de cette difficulté” [...]

Le Conseil d'État rappelle également que la motivation formelle doit être adéquate, ce qui signifie qu'elle doit reposer sur des éléments qui, au regard du dossier administratif, s'avèrent exacts et partant conformes à la réalité, pertinents pour la solution retenue et légalement admissibles.

[...] La première branche du deuxième moyen est sérieuse. »

Dans une deuxième branche, les requérantes soutiennent qu'elles ont été discriminées, leur offre ayant été rejetée pour irrégularité au motif qu'elle ne respectait pas une exigence technique « à savoir l'homologation “005 Synergrid” » tandis que l'offre de la SA Signify Belgium a, par contre, été retenue alors que « si le *driver* Philips SR n'est pas conforme au livre Zhaga 13 », cette offre n'est pas non plus conforme à une exigence technique du marché. Elles ajoutent que la décision d'attribution attaquée viole à tout le moins l'obligation de motivation formelle « en n'indiquant pas pour quelle raison elle a traité les deux situations de manière différente ».

Elles développent leur argumentation comme il suit :

« [...] L'alinéa 1^{er} de l'article 4 “Principe d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité” de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après, “loi du 17 juin 2016”) stipule, *inter alia*, que l'adjudicateur doit traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité :
“ Les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée.”

Ce principe figure également aux articles 10 et 11 de la Constitution.

[...] Le principe d'égalité impose de manière générale aux adjudicateurs de traiter les opérateurs économiques de manière objective et impartiale. En prohibant tout favoritisme ou toute attitude arbitraire, il vise à favoriser la concurrence la plus étendue possible et à garantir que l'ensemble des opérateurs économiques disposent de chances équivalentes de se voir attribuer un marché public en étant mis en mesure de déposer une offre et de voir celle-ci évaluée de manière impartiale par l'adjudicateur sur la base de paramètres objectifs et préalablement énoncés.

Le principe d'égalité de traitement signifie par ailleurs que les opérateurs économiques doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par l'adjudicateur.

[...] Dans le cas d'espèce, et comme développé plus longuement dans le premier moyen qui est tenu pour intégralement reproduit, la partie adverse a rejeté pour irrégularité l'offre des parties requérantes, au motif que le luminaire de l'offre ne disposait [pas] de l'homologation "005 – Synergrid".

Si le *driver* Philips SR n'est pas conforme au livre Zhaga 13, la conclusion est que l'offre de Signify Belgium est affectée d'une non-conformité par rapport aux exigences du marché. Toutefois, face à la non-conformité de l'offre de Signify Belgium par rapport à cette exigence technique, la partie adverse n'a pas rejeté l'offre en question.

La partie adverse a donc traité de manière différente Signify Belgium et les parties requérantes, alors qu'elles se trouvaient précisément dans la même situation, à savoir le non-respect d'une exigence technique. En procédant de la sorte, la partie adverse a donc méconnu le principe d'égalité développé ci-avant.

[...] À tout le moins, elle a méconnu son obligation de motivation formelle en n'indiquant pas pour quelle raison elle a traité les deux situations de manière différente.

[...] La seconde branche du deuxième moyen est sérieuse. »

Dans une troisième branche, les requérantes soutiennent qu'elles ont été discriminées, dès lors qu'alors qu'elles ont « démontré que le luminaire de leur offre respectait matériellement les normes et prescriptions que l'homologation "005 Synergrid" contient », la première partie adverse n'a pas eu égard aux documents produits tandis qu'elle a estimé que le *driver* de l'offre de la SA Signify Belgium était matériellement conforme au livre Zhaga 13 alors que les fiches techniques figurant dans cette offre ne mentionnent pas formellement la conformité du *driver* à ce livre.

Elles développent leur argumentation comme il suit :

« [...] Comme développé plus longuement dans le premier moyen qui est tenu pour intégralement reproduit, les parties requérantes avaient démontré que le luminaire de leur offre respectait matériellement les normes et prescriptions que l'homologation "005 – Synergrid" contient, mais la partie adverse n'a pas eu égard aux documents produits dans le dossier d'offre à ce propos et a rejeté l'offre des parties requérantes pour non-conformité.

S'il s'avère que la partie adverse a estimé que, bien que les fiches techniques figurant dans l'offre de Signify Belgium ne mentionnent pas clairement la conformité du *driver* avec le livre Zhaga 13, le *driver* de l'offre y est néanmoins conforme, elle a traité de manière différente deux soumissionnaires qui se trouvaient pourtant dans des situations identiques. La réalisation d'un tel examen doit se trouver dans les documents du dossier administratif précédant l'adoption de la décision d'attribution, sans quoi il serait établi que la partie adverse n'a pas procédé à cette vérification avant l'attribution du marché.

La partie adverse a, par conséquent, violé le principe d'égalité et de non-discrimination.

[...] À tout le moins, elle a méconnu son obligation de motivation formelle en n'indiquant pas pour quelle raison elle a traité les deux situations de manière différente. »

Dans un courriel adressé la veille de l'audience au Conseil d'État ainsi qu'aux conseils des autres parties, les requérantes annoncent qu'à l'audience, elles étendront les critiques contenues dans le deuxième moyen de la requête au luminaire proposé dans l'offre la SA Scherder BE. Elles affirment pouvoir soulever ce nouveau grief après avoir pris connaissance de la requête en intervention déposée par cette société.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à la première branche

Le point III.2.3 intitulé « Préparation pour Télégestion – Télécontrôle » du cahier spécial des charges prévoit ce qui suit :

« Les armatures d'éclairage décrites dans le présent descriptif seront pré-équipées d'un connecteur physique (appelé soquet) appareillé d'usine. Les luminaires équipés de ce connecteur devront respecter la certification Zhaga D4i, et plus particulièrement les livres relatifs aux appareils d'éclairage extérieurs (livres 13 et 18) [...] Les luminaires devront être certifiés Zhaga-D4i pour les livres indiqués ci-dessus dans un des laboratoires indépendants reconnus par le consortium Zhaga. Une preuve de la demande de certification doit être fournie. Une non-certification pourra entraîner une non-sélection du fournisseur.»

Au point I.6, il est précisé que « l'offre sera composée du modèle d'offre ainsi que de l'ensemble du dossier technique demandé au point “III.2.[8] Offre technique” ».

Dans leur requête, les requérantes reprochent, en substance, à la première partie adverse de ne pas motiver les raisons pour lesquelles elle considère que l'offre de la SA Signify Belgium respecte les exigences du livre Zhaga 13, requises par le cahier spécial des charges.

La décision d'attribution attaquée indique ce qui suit, concernant les offres des parties intervenantes pour les deux lots du marché : « irrégularités substantielles : Non », « irrégularités non substantielles : Non ». Elle ajoute que les offres de ces deux sociétés sont « considérées comme régulières » et « en ordre » pour les deux lots du marché.

Si une décision positive qui constate la régularité d'une offre peut comporter une motivation plus succincte qu'une décision qui constate l'irrégularité d'une offre, c'est à la condition qu'elle puisse se vérifier à la lecture des pièces du dossier et que celui-ci ne relève pas de difficultés particulières qui imposent une motivation plus circonstanciée. La motivation formelle doit être adéquate, ce qui

signifie qu'elle doit reposer sur des éléments qui, au regard du dossier administratif, s'avèrent exacts et partant conformes à la réalité, pertinents pour la solution retenue et légalement admissibles.

Dans leur note d'observations, les parties adverses expliquent qu'il n'existe pas de certificat de conformité Zhaga relatif au livre 13 et que le certificat de conformité Zhaga D4i – exigé par le cahier spécial des charges – a un autre objet, permettant notamment d'attester du respect du livre Zhaga 18. Elles ajoutent que la vérification de la conformité aux exigences du livre 13 ne nécessite aucun moyen particulier et qu'elle peut être effectuée directement par elles sur la base des documents techniques joints aux offres, ce contrôle n'exigeant pas d'essais particuliers, ni d'autres documents, à l'inverse de l'homologation « 005 Synergrid ». Ces affirmations ne sont pas contestées par les requérantes, celles-ci reconnaissant expressément à l'audience qu'il n'y a effectivement pas de certification Zhaga pour le livre 13. Dans leur requête, les requérantes reprochent seulement à la décision d'attribution attaquée de ne pas préciser les raisons pour lesquelles l'offre de la SA Signify Belgium a été considérée comme conforme, alors que, selon les requérantes, elle suscitait une « difficulté particulière », la *Datasheet* du *driver* Philips SR (portant le numéro 9290 021 79006) qui équipe le luminaire de cette société ne mentionnant nulle part que ce produit est conforme au livre Zhaga 13.

Il ressort des pièces du dossier administratif, en particulier de la pièce confidentielle XI intitulée « *checklist* des exigences et notes internes pour l'évaluation des prix » que la première partie adverse a procédé à la vérification de la « conformité » des luminaires proposés dans les offres avec le livre Zhaga 13. Contrairement aux affirmations des requérantes, il n'apparaît pas *prima facie* des pièces du dossier que la première partie adverse a, à l'occasion de ce contrôle, été confrontée à une « difficulté particulière ». En particulier, les requérantes ne démontrent pas que l'absence de mention formelle, dans la fiche technique du fabricant, de la « conformité » du produit avec le livre Zhaga 13 confronterait le l'entité adjudicatrice à pareille difficulté, puisque celle-ci peut vérifier elle-même le respect de ces exigences sur la base des différents documents techniques contenus dans les offres.

Du reste, les requérantes ne relèvent elles-mêmes concrètement, à propos du *driver* Philips SR, aucun problème de conformité avec le livre Zhaga 13, alors qu'elles connaissent parfaitement, d'une part, le produit en cause puisqu'elles ont demandé l'homologation « 005 Synergrid » du luminaire *Luxis Famille* (SYN_CE420018) équipé notamment de ce *driver* (voy. courrier du 23 décembre 2022 envoyé par la première requérante à Synergrid, pièce 16 annexée à la requête)

et, d'autre part, les exigences du livre Zhaga 13 (pièce 19 annexée à la requête). Les requérantes n'avancent aucun élément pertinent permettant au Conseil d'État de considérer *prima facie* que la première partie adverse a été confrontée à une difficulté particulière lors de la vérification de la conformité du luminaire proposé par la SA Signify Belgium avec les exigences du livre Zhaga 13.

En termes de plaidoiries, les requérantes étendent leur grief à l'offre de la SA Schreder BE. Comme le relèvent les parties adverses à l'audience, cette nouvelle critique aurait pu et dû être soulevée dès l'introduction de la requête. La requête en intervention ne fait, en effet, que confirmer qu'il n'existe pas de certificat de conformité Zhaga relatif au livre 13 et qu'il revenait donc à la première partie adverse de vérifier elle-même la conformité des produits proposés avec les exigences de ce livre, ce qui n'est pas contesté. En toute hypothèse, l'affirmation selon laquelle l'offre de la deuxième intervenante ne contiendrait pas de fiche technique du fabricant mentionnant formellement que le *driver* proposé est conforme aux exigences du livre Zhaga 13 est contredite par les pièces du dossier.

Le deuxième moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux, sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres causes éventuelles de rejet.

Quant aux deuxième et troisième branches

Les requérantes ne démontrent pas qu'elles auraient été discriminées.

L'offre des requérantes a été écartée parce que le luminaire proposé ne disposait pas de l'homologation « 005 Synergrid » exigée par le cahier spécial des charges. Or, elles ne démontrent pas que les offres des attributaires des lots 1 et 2 du marché seraient affectées de la même irrégularité ou que les luminaires proposés dans ces offres ne respecteraient pas d'autres prescriptions essentielles du cahier spécial des charges. *Prima facie*, la décision d'attribution attaquée ne devait pas être motivée autrement qu'en relevant qu'à la différence des offres de ses concurrents, l'offre des requérantes était affectée d'une irrégularité substantielle justifiant son écartement.

Par ailleurs, il ressort de l'examen du premier moyen de la requête que, contrairement à ce qu'elles affirment, les requérantes n'ont pas déposé de dossier technique pour établir que leur luminaire satisfaisait – fût-ce de manière équivalente – aux exigences de la spécification C4/11-3 permettant d'obtenir l'homologation « 005 Synergrid » exigée par le cahier spécial des charges. En revanche, il ressort de la pièce confidentielle XI du dossier administratif que la première partie adverse a

pu vérifier que les luminaires proposés dans toutes les offres – y compris celles des requérantes – étaient conformes au livre Zaghera 13. Les requérantes ne démontrent pas qu'elles auraient été discriminées sur ce point.

Le deuxième moyen, en ses deuxième et troisième branches, n'est pas sérieux, sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres causes éventuelles de rejet.

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèse des parties requérantes

Les requérantes prennent un troisième moyen de « la violation de l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux; de l'adage *patere legem quam ipse fecisti* et du point III.1 "Remarques préliminaires" du cahier spécial des charges; des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; des principes généraux de concurrence, de transparence, d'égalité et de non-discrimination; de l'erreur, de l'inexactitude ou de l'inadéquation des motifs de droit et de fait ».

Elles font grief à la décision attaquée de ne pas indiquer les raisons pour lesquelles l'absence d'homologation « 005 Synergrid » constitue une irrégularité substantielle entraînant le rejet de leur offre.

Après avoir rappelé le contenu de l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 précité ainsi que l'obligation pour l'entité adjudicatrice de motiver la décision de qualifier une irrégularité de substantielle ou de non substantielle sauf les cas où les documents du marché qualifient eux-mêmes l'exigence de minimale ou de substantielle, les requérantes exposent ce qui suit :

« [...] Dans le cas d'espèce, il ressort de la décision de la partie adverse que celle-ci déclare nulle l'offre des parties requérantes pour les lots 1 et 2 du marché litigieux, pour les motifs suivants :

Votre offre (Lot 1) a été déclarée nulle pour les motifs suivants :

*« L'article III.1 du CSC exige que le modèle du luminaire proposé soit homologué « 005 – Synergrid » avant attribution du marché.
L'article III.2.3 du CSC exige la certification Zhaga D4i des luminaires.*

Le luminaire Lightwell Luxis Small proposé est homologué « 005 – Synergrid » dans la version 2015 de l'homologation, avec des drivers ne répondant pas aux exigences Zhaga D4i requises par le CSC.

Pour répondre aux exigences du CSC, le soumissionnaire a proposé un autre modèle de drivers non couvert par l'homologation du Synergrid du luminaire.

Le luminaire tel que proposé par Lightwell ne répond pas à l'exigence d'homologation 005 telle que précisée dans le CSC.

Le soumissionnaire était par ailleurs au fait de cette situation de non-conformité, tel qu'en atteste le document du Synergrid qui lui a été remis, dont extrait :

"The luminaires with the characteristics listed in Table 1 are declared in conformity with the requirements of Synergrid technical specification C4/11.3 version before 01/07/2019.

The luminaire will be published on the "Old list of homologated luminaires"

Once drivers are certified DALI 2 by DiiA the applicant must request an homologation in conformity with specification C4/11.3 version applicable from 01/07/2019."

Cette nouvelle homologation n'ayant pas été obtenue par Lightwell, le luminaire Luxis Small, tel que présenté par le soumissionnaire pour répondre au présent marché, est déclaré non conforme « 005 – Synergrid ». (Position confirmée par le Synergrid)

Considérant l'urgence relative aux besoins des communes pour la fourniture des luminaires d'éclairage public, Resa ne peut attendre la dite certification auprès de Synergrid. Dès lors, Resa doit impérativement procéder à l'attribution immédiate du marché.»

La lecture de cet extrait et du rapport d'analyse des offres de la partie adverse appelle les observations suivantes.

[...] La partie adverse se limite à indiquer que l'offre des parties requérantes des lots 1 et 2 est nulle. Le tableau récapitulatif de l'analyse de la régularité des offres figurant dans le rapport d'examen des offres se borne également à indiquer, pour les parties requérantes, sous la colonne "Irrégularités substantielles ?", la mention "oui".

Toutefois, la partie adverse ne motive aucunement les raisons pour lesquelles elle qualifie l'irrégularité dont l'offre des parties requérantes serait affectée (c'est-à-dire le non-respect de l'homologation "005 – Synergrid") de substantielle. (Il est à noter que la décision d'attribution ne prétend pas que la certification Zhaga D4i prévue au point III.2.3. "Préparation pour Télégestion – Télécontrôle" ne serait pas rencontrée.)

Conformément à la jurisprudence du Conseil d'État soulevée ci-avant, la partie adverse était pourtant non seulement tenue de qualifier l'irrégularité de substantielle ou de non substantielle, mais également d'indiquer dans les motifs de sa décision les raisons concrètes pour lesquelles cette irrégularité devait être considérée comme substantielle au vu des circonstances de l'affaire.

Cette obligation de motivation est, en l'espèce, d'autant plus essentielle à respecter qu'il ne ressort pas expressément des documents du marché que l'exigence que les parties requérantes n'ont prétendument pas respectée constitue une exigence minimale ou substantielle.

La partie adverse n'entreprend pas non plus de démontrer que l'irrégularité aurait un des effets visés à l'article 74, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 juin 2017.

La partie adverse a dès lors méconnu les principes et dispositions visés au moyen, tels que rappelés par le Conseil d'État dans son arrêt n° 254.700, en matière de motivation des actes administratifs.

[...] Au surplus, et même si ce qui précède est suffisant en soi pour justifier l'illégalité de la décision attaquée, la violation de cette obligation de motivation formelle est loin d'être purement théorique ou abstraite.

Selon la doctrine autorisée, il ne suffit pas qu'une irrégularité porte sur les exigences techniques pour qu'elle soit considérée comme substantielle, car contraire à un élément essentiel du marché. Toute irrégularité matérielle peut en effet être en lien avec les exigences techniques. Par conséquent, le simple non-respect d'une exigence technique ne constitue pas, en soi, une irrégularité substantielle.

Et il est loin d'être évident que l'irrégularité en question serait substantielle.

Au contraire, plusieurs éléments militent pour arriver à la conclusion que la partie adverse n'a pas entendu faire de l'exigence d'homologation Synergrid reprise à l'article III.1. "Remarques préliminaires" une exigence substantielle.

[...] Le cahier spécial des charges prévoit ce qui suit à l'égard de l'homologation Synergrid [...] :

III.1 Remarques préliminaires

Le matériel repris au présent document est exclusivement équipé de sources lumineuses du type LED's. Le modèle du luminaire doit être homologué « 005 - Synergrid », avant attribution du marché.

L'homologation "005 – Synergrid" du luminaire proposé n'est aucunement qualifiée d'exigence minimale ou substantielle par la partie adverse dans son cahier spécial des charges. Elle ne précise en effet pas que cette exigence est "obligatoire", "essentielle", "impérative", prévue "à peine d'irrégularité" ou "à peine de nullité".

Relevons encore que le cahier spécial des charges n'exige pas, à l'égard de l'homologation "005 – Synergrid", que les luminaires proposés par les soumissionnaires doivent en disposer au moment du dépôt des offres. Il est au contraire prévu que "Le modèle du luminaire doit être homologué '005 – Synergrid', avant attribution du marché"[...]. Si la partie adverse entendait en faire une exigence substantielle, il aurait été logique d'imposer aux soumissionnaires qu'ils disposent de cette homologation non pas avant l'attribution du marché, mais bien au moment du dépôt de leurs offres. Il y a là une contradiction dans le raisonnement de la partie adverse.

Un indice supplémentaire permet d'arriver à la conclusion que l'irrégularité en cause n'est pas substantielle – ou à tout le moins que son caractère substantiel n'est nullement certain ou évident – est que la partie adverse a demandé aux parties requérantes une BAFO (portant sur le prix uniquement). Or, dans les procédures négociées au-dessus du seuil de publicité européenne, l'entité adjudicatrice doit déclarer nulle la première offre si elle est affectée d'une irrégularité substantielle (sauf clause contractuelle contraire). Ainsi, si l'irrégularité soulevée par la partie adverse constituait effectivement une irrégularité substantielle, celle-ci n'aurait pas dû négocier avec les parties requérantes la première offre qui prévoit le même luminaire que dans la BAFO. Elle aurait dû, avant les négociations, déclarer l'offre des parties requérantes substantiellement irrégulière, ce qu'elle n'a toutefois pas fait. Ce revirement d'attitude face à une offre identique sur le plan technique devait à tout le moins

être expliqué; il démontre, en tout état de cause, que le caractère substantiel de l'irrégularité consistant à ne pas disposer de l'homologation "005 – Synergrid" n'est pas établi et n'est pas évident.

[...] En conclusion, l'acte attaqué n'indique pas pour quelles raisons l'irrégularité qui entache(ra)it l'offre des parties requérantes est une irrégularité substantielle. Or, la partie adverse était tenue d'indiquer les motifs pour lesquels elle considérait que l'irrégularité qui a conduit à rejeter l'offre des parties requérantes pour nullité était substantielle.

Elle a dès lors méconnu ses obligations en matière de motivation.

[...] Le troisième moyen est sérieux. »

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

En exigeant, à titre de « Remarques préliminaires » du titre III intitulé « Description des exigences techniques », que le modèle de luminaire proposé dans les offres doit être homologué « 005 Synergrid » – « avant attribution du marché » –, le cahier spécial des charges indique clairement conditionner l'attribution du marché à l'obtention de cette homologation et fait dès lors lui-même de cette exigence une exigence minimale ou substantielle du marché. Les parties adverses pouvaient en effet craindre que l'absence d'homologation « avant attribution » du marché rendrait incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues, l'entité adjudicatrice ne pouvant alors être assurée de l'obtention de l'homologation exigée avant la livraison ou le placement des luminaires.

Dès lors que le cahier spécial des charges conditionne l'attribution du marché à l'obtention de l'homologation « 005 Synergrid », la première partie adverse devait logiquement qualifier d'« irrégularité substantielle » le fait de ne pas apporter, avant l'attribution du marché, la preuve de cette homologation, sans devoir motiver davantage la décision d'écarter l'offre affectée d'une telle irrégularité. Pour le reste, comme il a été exposé à l'occasion de l'examen du premier moyen, est adéquatement motivée la décision attaquée qui relève que les requérantes ont « proposé un [...] modèle de *drivers* non couvert par l'homologation du Synergrid du luminaire [...] telle que précisée dans le CSC », que ce soumissionnaire « était [...] au fait de cette situation de non-conformité », que le luminaire proposé n'a pas obtenu de nouvelle homologation et que pour ces raisons le produit proposé par les requérantes « est déclaré non conforme "005 – Synergrid" ».

La circonstance que les requérantes ont, dans le cours de la procédure de passation, été invitées à remettre une BAFO n'est pas pertinente. Si l'article 74, § 4,

de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux impose de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché, il n'interdit pas à l'entité adjudicatrice de constater, après l'entame des négociations, qu'une offre est entachée d'une telle irrégularité. Par ailleurs, l'invitation faite aux parties requérantes de déposer une BAFO est antérieure à l'arrêt n° 255.378 du 23 décembre 2022 ordonnant la suspension de l'exécution d'une première décision d'attribution des deux lots du marché litigieux. À la suite de cet arrêt, cette décision a fait l'objet d'un retrait. La nouvelle décision d'attribution qui fait suite à un nouvel examen des offres et constate la nullité de l'offre des requérantes ne prend plus en considération la BAFO qu'elles ont déposée, mais exclusivement les BAFO des deux parties intervenantes.

Le troisième moyen n'est pas sérieux, sans qu'il soit nécessairement d'examiner d'autres causes éventuelles de rejet.

VIII. Balance des intérêts

Les parties adverses et la deuxième intervenante sollicitent l'application de l'article 15, alinéa 3, 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, pour ne pas accorder la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, en invoquant l'urgence à conclure le marché. Les parties adverses se réfèrent au *planning* de pose des luminaires 2023-2025 qu'elles ont établi et exposent les conséquences négatives d'un retard dans l'exécution du marché.

Dès lors qu'aucun des moyens de la requête n'est jugé sérieux, il n'y a pas lieu d'examiner cette demande.

IX. Confidentialité

Les parties requérantes demandent que le dossier technique de leur offre et la *Datasheet* du *driver* Philips SR soient tenus pour confidentiels, de manière à ne pas nuire au secret d'affaires et à assurer une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit des pièces 10 et 18 annexées à la requête.

Les parties adverses formulent la même demande pour les demandes de participation et les offres déposées dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux ainsi que pour la « *checklist* des exigences techniques et notes internes pour l'évaluation des prix ». Il s'agit des pièces confidentielles I à IX et XI

du dossier administratif. La confidentialité de la pièce X du dossier administratif a été levée à l'audience, à la demande des parties requérantes.

La première intervenante sollicite du Conseil d'État qu'il maintienne la confidentialité de son offre, déposée par les parties adverses.

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

X. Indemnité de procédure

Les parties adverses sollicitent une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à leur demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Les requêtes en intervention introduites par la SA Signify Belgium et la SA Schreder BE sont accueillies.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces I à IX et XI du dossier administratif et les pièces 10 et 18 annexées à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Les parties requérantes supportent les dépens, à savoir les droits de rôle de 400 euros, la contribution de 24 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée aux parties adverses.

Les parties intervenantes supportent chacune le droit de 150 euros, lié à leur intervention.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 7 avril 2023, par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret