

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

n^o 256.537 du 16 mai 2023

A. 238.861/VI-22.548

En cause : **la société anonyme JACOPS**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Bernard de COCQUÉAU et
François PAULUS, avocats,
place des Nations Unies 7
4020 Liège,

contre :

la Région wallonne,
représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^e Anne FEYT, avocat,
rue de la Source, 68
1060 Bruxelles

Requérantes en intervention :

1. la société anonyme FABRICOM,
2. la société de droit néerlandais
SENSYS GATSO NETHERLANDS,
formant ensemble la société
momentanée « FlashRadar2Wal »,
ayant élu domicile chez
M^{es} Patrick THIEL et Baptiste
CONVERSANO, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 avril 2023, la société anonyme Jacops demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision adoptée à une date inconnue, dont elle a été informée par courrier recommandé et mail du 5 avril 2023, par laquelle la Région wallonne a décidé d'écarter l'offre de la SA JACOPS et d'attribuer à la société simple momentanée "FlashRadar2Wal" le lot 3 concernant la fourniture et l'installation de systèmes de détection de franchissement de feux rouges dans le cadre du marché public relatif à une centrale d'achat pour la fourniture et l'installation de

cinémomètres sur le réseau routier wallon (CSC n° MI-08.03.03-21-3358) » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 17 avril 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 mai 2023.

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

Par une requête introduite le 2 mai 2023, la société anonyme Fabricom et la société de droit néerlandais Sensys Gatso Netherlands demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

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

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

M^e François Paulus, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Nathan Mouraux, *loco* M^e Anne Feyt, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Patrick Thiel et Baptiste Conversano, avocats, comparaissant pour les requérantes en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Esther Rombaux, auditeur adjoint au Conseil d'État, a été entendue 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 adverse, les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme il suit :

« 1. Le 29 mars 2022, l'avis relatif au marché public relatif à une centrale d'achat pour la fourniture et l'installation de cinémomètres sur le réseau routier wallon, marché de fournitures réparti en trois lots, est publié au Bulletin des adjudications [...].

La date limite de dépôt des offres est le 3 mai 2022.

Trois avis rectificatifs ayant principalement pour objet de reporter la date limite de dépôt des offres seront ensuite publiés [...]. Finalement la date limite de dépôt des offres sera fixée au 3 juin 2022.

2. La requérante et deux autres soumissionnaires ont remis offre pour le lot 3 [...].

3. Le 15 juin 2022, en application du point I.17 du Cahier spécial des charges – “Tests préalables à l’attribution du marché”, tous les soumissionnaires sont invités à la présentation technique en temps réel de leur logiciel de gestion devant le comité d’analyse des offres composé de 9 personnes [...].

4. Les membres du comité d’analyse des offres ont adopté et signé, pour chaque lot, un rapport d’analyse motivé des offres au regard des critères d’attribution -B Fourniture du logiciel de gestion (10 points/100) et -C Qualité technique (50 points/100) [...].

5. Le 18 août 2022, les rapports d’analyse des offres pour chaque lot sont finalisés par la Direction des Systèmes de Transports Intelligents et transmis à la Ministre avec des propositions d’attribution [...].

6. La Ministre de la Fonction publique, de l’Informatique, de la Simplification administrative, en charge des allocations familiales, du Tourisme, du Patrimoine et de la Sécurité routière a adopté les décisions d’attribution des trois lots faisant l’objet du présent recours [...].

Ces décisions sont notifiées aux soumissionnaires par des mails du 14 septembre 2022 et des courriers recommandés du 16 septembre 2022.

7. Le 12 octobre 2022, la Ministre de la Fonction publique, de l’Informatique, de la Simplification administrative, en charge des allocations familiales, du Tourisme, du Patrimoine et de la Sécurité routière retire la décision d’attribution du lot 3 [...]. Cette décision a été notifiée aux soumissionnaires par recommandé le 13 octobre 2022 [...].

8. Le 5 avril 2023, la Ministre de la Fonction publique, de l’Informatique, de la Simplification administrative, en charge des allocations familiales, du Tourisme, du Patrimoine et de la Sécurité routière décide que l’offre de la requérante est affectée d’une irrégularité substantielle et attribue le lot 3 à la société simple momentanée “FlashRadar2Wal” [...].

Cette décision fait l’objet du présent recours.

La décision de déclarer l’offre de la requérante irrégulière en raison d’une irrégularité substantielle est motivée comme suit :

“ Considérant que l’offre du soumissionnaire Société Anonyme JACOPS SA/NV ne respecte pas les prescriptions techniques du cahier spécial des charges car le matériel présenté est de type monobloc sous forme d’un ‘poteau-boîtier’ qui nécessite l’utilisation d’une échelle pour accéder à la ‘partie cinémomètre’ de l’installation et ne répond donc pas au § V.3.8. du cahier spécial des charges qui autorise uniquement l’utilisation d’un poteau de type basculant ou télescopique permettant l’accès à cette partie au niveau du sol (voir annexe 2 à la présente décision) ;
Considérant que l’offre est dès lors affectée d’une irrégularité considérée comme substantielle par le pouvoir adjudicateur en vertu de l’article de 76 de l’A.R. du 18/04/17 car le non-respect du critère technique donné au § V.3.8.

du cahier des charges entraîne une distorsion de concurrence et empêche la comparaison aux autres offres”.

Elle a été notifiée aux soumissionnaires par des mails et courriers recommandés du 5 avril 2023 [...] ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 2 mai 2023, la société anonyme Fabricom et la société de droit néerlandais Sensys Gatso Netherlands demandent à intervenir dans la procédure en référé d’extrême urgence.

En tant que bénéficiaires du lot 3 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

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de « la violation de l’article 76, §§ 1^{er} et 3, de l’arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l’article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles V.3.2 et V.3.8 du cahier spécial des charges, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du principe de bonne administration, de l’égalité de traitement entre les soumissionnaires et de l’erreur manifeste d’appréciation, ainsi que de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des articles 4, 8°, et 5, 8°, 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 ».

Après avoir rappelé le contenu de l’article 76, § 1^{er}, de l’arrêté royal du 18 avril 2017 précité, du principe *patere legem quam ipse fecisti* et du principe d’égalité de traitement entre les soumissionnaires, la requérante conteste le motif de l’acte attaqué qui retient que l’offre qu’elle a déposée pour le lot 3 du marché est affectée d’une irrégularité substantielle. Elle expose que le point V.3.8 du cahier spécial des charges que l’acte attaqué lui reproche de ne pas respecter ne s’applique que « si le soumissionnaire propose un système comprenant un poteau support » – ce qui n’est pas le cas de son offre –, que le point V.3.2 du cahier spécial des charges ainsi que l’inventaire – qui prévoit, pour le lot 3, un seul bloc pour le radar et le support – confirment la possibilité de ne pas prévoir de « poteau support », que la

solution qu'elle propose pour ce lot « consiste en un “radar monobloc”, et non en un “poteau support” », que « le radar est ainsi fixé sur un socle/mât tel que prévu à l'article V.3.2 du cahier spécial des charges, sans qu'il soit besoin d'un “poteau support” », qu' « il est donc tout à fait erroné d'affirmer qu'en ne proposant pas de poteau basculant ou télescopique, l'offre de la SA Jacops serait affectée d'une irrégularité substantielle au sens de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 dès lors que les documents du marché n'exigeaient nullement la mise en place d'un poteau support pour le lot 3 » et qu' « aucune dérogation au cahier spécial des charges ne peut ainsi être retenue ». Elle ajoute ce qui suit :

« Par voie de corollaire, en décidant d'écarter l'offre de la SA JACOPS sous prétexte qu'elle ne serait pas conforme aux exigences fixées à l'article V.3.8 du cahier spécial des charges, la Région wallonne a notamment commis une erreur manifeste d'appréciation, a porté atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et a violé les articles V.3.2 et V.3.8 du cahier spécial des charges.

La motivation de la décision d'écartement ne paraît, en outre, pas adéquate au regard de l'article V.3.8 du cahier spécial des charges, dont les exigences ne s'appliquent que lorsque le soumissionnaire propose un système comprenant un poteau support (*quod non*).

[...] Plus globalement, concernant les radars “feux rouges”, la SA JACOPS entend souligner le fait que ceux-ci sont en permanence en utilisation et il ne s'agit pas, pour les policiers, de déplacer ou de réutiliser les équipements pour un autre carrefour, comme c'est le cas pour le lot 1 relatif aux radars “fixes” ».

Ceci est corroboré par l'inventaire du lot 3 qui, au contraire du lot 1, prévoit un seul poste pour le support et le radar (*cf. supra*).

Chaque radar “feux rouges” est, en réalité, programmé au regard d'une configuration routière particulière. Les réglages sont ainsi propres à chacun des carrefours.

Lorsque des interventions sur ces équipements sont nécessaires, elles ne sont pas réalisées par des policiers, mais par des techniciens agréés qui disposent d'un élévateur ou d'une échelle. Au contraire, concernant le lot 1 et les radars de vitesse, la Région wallonne ne met pas ses moyens techniques à disposition. Il s'agit alors, dans cette hypothèse, d'avoir un système qui permet d'atteindre facilement les boîtiers. »

À l'audience, la requérante fait valoir que le radar monobloc qu'elle propose pour le lot 3 du marché consiste en un boîtier perché sur un mât fixe et unique « sous la forme d'un seul tenant », que ce radar a été homologué par la Région wallonne, elle-même, le 22 septembre 2022, et qu'il ne constitue ni un poteau télescopique ni un poteau basculant, ce qu'elle a bien mentionné dans son offre. Elle ajoute que, contrairement à ce qu'indique la note d'observations, la partie adverse connaissait l'existence de ce radar monobloc puisque la version 5 de celui-ci a, avant le lancement du marché litigieux, été transmise par un de ses fournisseurs à la personne chargée du suivi et de la gestion de ce marché. Elle relève que, contrairement à ce que soutiennent les parties intervenantes, l'acte attaqué ne conteste pas que le produit proposé est bien un radar monobloc, lequel comprend le cinémomètre (partie supérieure) et une tourelle uniforme. Elle répète que le cahier

des charges n'exclut pas la possibilité de proposer un radar monobloc ni n'impose de « poteau support » pour le lot 3. Elle considère toutefois que s'il fallait interpréter le cahier des charges comme excluant les radars de type monobloc, une telle exclusion constituerait une restriction injustifiée à la concurrence et violerait les articles 5 et 53 de la loi du 17 juin 2016 ainsi que le principe d'égalité et de non-discrimination. Elle insiste sur le fait que le radar monobloc qu'elle propose dispose de capacités techniques évoluées en ce qu'il permet la détection de différentes infractions et répète que les interventions à partir du sol ne sont pas fréquentes dès lors que chaque radar est paramétré pour chaque carrefour, que, contrairement aux autres lots, le radar n'a pas vocation à être déplacé, mais à rester au même endroit, et que, pour les entretiens et les réparations, il est toujours possible d'accéder au boîtier par une échelle ou un escabeau automatique.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La requérante conteste, dans sa requête, que le « radar monobloc » qu'elle propose dans son offre pour le lot 3 du marché soit constitué d'un « poteau support » et en déduit qu'il ne peut lui être reproché de ne pas satisfaire aux exigences prévues par le cahier spécial des charges pour ce type de poteau.

La cinquième partie du cahier spécial des charges contient les « clauses et prescriptions techniques » du marché litigieux. S'agissant du lot 3 du marché, il y est notamment prévu ce qui suit :

V.3.1. - Définitions

Le système de détection de **Franchissement de Feux Rouges (FFR)** est caractérisé par :

-) Une partie fixe (PF) ou boîtier qui contient tous les éléments du système de détection, est placée sur un poteau de manière définitive en dehors et à proximité de la chaussée et qui contient tout le système de détection.
-) Une éventuelle armoire de terrain qui est incluse dans les postes relatifs à la PF, y compris pour la mise en place et les raccordements nécessaire au bon fonctionnement. Cette armoire est indépendante de l'armoire de raccordement électrique au réseau du SPW ou du GRD.

V.3.2. - Généralités

L'équipement est constitué des éléments suivants assemblés :

-) Le système de détection de franchissement de feux rouges et de mesure de la vitesse instantanée,
-) Son support de fixation si nécessaire,
-) Tous les éléments nécessaires pour le bon fonctionnement du matériel (programme de gestion, câblage, armoire de terrain, ...).

NB : La procédure choisie pour ce marché étant la procédure ouverte sur base de plusieurs critères d'attribution, les soumissionnaires doivent respecter au minimum les spécifications techniques décrites ci-après ; toute innovation technologique utile et respectant ces dernières sera éventuellement valorisée lors de l'appréciation de l'offre au regard du critère d'attribution « qualité technique » (voir partie 3 – Procédure de Passation du présent cahier spécial des charges).

[...]

Idéalement, l'entièreté des composants constituant le système de franchissement de feux rouges et de contrôle de la vitesse se trouve dans un même boîtier se situant sur un mat en amont des tricolores et du contrôleur de trafic qui seront surveillés. Dans le cas contraire, le soumissionnaire motive son choix.

[...]

V.3.8. - Poteau Support

Si le soumissionnaire propose un système comprenant un poteau support, celui-ci doit satisfaire à la norme NBN-EN-40 et correspondre aux exigences minimales ci-dessous (selon le type de poteau proposé). Le poteau support doit être également conçu pour recevoir un boîtier indépendant destiné à recevoir une caméra ANPR et une caméra de contexte (hors présent marché).

V.3.8.1. - Poteau basculant

La partie dans le sol (longueur minimale de 1 m) est bitumée du côté intérieur et du côté extérieur. Dans le pied du poteau se trouve un portillon derrière lequel se trouve le rail de connexion des câbles et les fusibles. Ce portillon ne peut s'ouvrir que grâce au système d'ouverture décrit au point suivant.

La partie supérieure du poteau basculant peut basculer au niveau d'une charnière de manière à permettre au boîtier à partir du sol. La partie supérieure du poteau, lors du basculement, aboutit sur une butée suffisamment large pour que le boîtier ne subisse aucun dommage.

Le point de basculement est choisi de sorte que le boîtier ne touche jamais le sol et que toutes les interventions sur ou dans le boîtier peuvent se réaliser à une hauteur située entre 0,80 m et 1,60 m au-dessus du niveau du sol. La partie amovible du poteau est munie d'un contrepoids permettant à la personne qui relève le poteau de ne pas devoir exercer une force supérieure à 200 N. Cette force est transmise au moyen d'une corde suffisamment solide.

Les jeux sont limités au maximum et ne peuvent entraîner de dégâts au boîtier et au système qu'il contient. L'utilisation de la charnière ne peut être utilisée qu'après déclenchement du système d'ouverture. Les charnières autour desquelles le poteau bascule, sont noyées dans la masse. De plus, les charnières sont cachées et infraudables avec des outils classiques.

Toute solution innovante utile sera considérée comme un avantage pour l'application du critère d'attribution « qualité technique » (voir partie 3 – Procédure de Passation du présent cahier spécial des charges).

V.3.8.1. - Poteau télescopique

La partie supérieure du poteau télescopique peut coulisser dans la partie inférieure du poteau pour permettre les interventions sur ou dans le boîtier à partir du sol.

Des fins de courses doivent permettre l'utilisation du poteau télescopique sans risque de dégâts de la PF et de la PA. La force exercée pour le coulisserment du poteau télescopique ne doit pas excéder les 200N.

Les jeux sont limités au maximum et ne peuvent entraîner de dégâts au boîtier et au système qu'il contient. Le poteau télescopique est conçu de manière à permettre les interventions sur ou dans le boîtier à partir du sol (à une hauteur située entre 0,8 m et 1,6 m au-dessus du niveau du sol). Le coulisserment ne peut être effectué qu'après déclenchement du système d'ouverture.

Toute solution innovante utile sera considérée comme un avantage pour l'application du critère d'attribution « qualité technique » (voir partie 3 – Procédure de Passation du présent cahier spécial des charges).

[...]

V.3.10. - Sécurisation et protection des instruments

Afin d'éviter des dégradations, le soumissionnaire propose une installation protégeant le matériel (boîtier, poteau, Armoire(s) de terrain, ...) des actes de vandalisme (détérioration armoire et boîtier, bris fenêtre, ouverture boîtier, ...), des rigueurs climatiques normales et des risques liés à la proximité de la circulation automobile (rouille, projections, salissures, ...).

[...]

V.3.11. - Protection en cas d'accident routier

La forme du poteau ne peut en aucun cas présenter d'éléments pointus ou tranchant.

Même en cas d'endommagement sérieux, le poteau ne peut pas présenter de pertes électriques importantes et ce également en temps de pluie. Idéalement, le poteau doit être équipée d'une protection électrique qui coupe l'alimentation électrique en cas de courant de fuite vers la terre.

Le cahier spécial des charges ne définit pas le concept de « poteau support ». Il ressort cependant de l'ensemble des prescriptions du point V du cahier des charges qu'il s'agit d'un poteau (ou d'un mât) sur lequel est fixé de manière définitive un boîtier qui contient tous les éléments du système de détection.

Les termes « si le soumissionnaire propose un système comprenant un poteau support » qui, selon la requérante, suggèrent que d'autres solutions techniques sont possibles, reproduisent, semble-t-il maladroitement, les prescriptions relatives au lot 1 du marché, qui envisagent, pour ce lot, plusieurs systèmes de fixation du boîtier (partie fixe) prévu pour contenir le cinémomètre. Trois alternatives sont ainsi envisagées : le placement du boîtier à même le sol, sur une structure existante ou sur un « poteau support dédié ». Pour ce qui concerne le lot 3, le cahier des charges n'envisage aucune autre alternative que celle du « poteau support ». La même lecture paraît pouvoir être faite de la description de l'équipement reprise au point V.3.2 qui s'inspire du point V.1.2 relatif au lot 1 du marché. Quant aux différences entre les inventaires des lots 1 et 3 du marché, elles tiennent au fait que, pour le lot 1, le cinémomètre (partie amovible) doit pouvoir être

placé et déplacé dans un ou plusieurs boîtiers fixés soit à même le sol, soit sur une structure existante, soit sur un « poteau support dédié », tandis que, pour le lot 3, il est uniquement prévu que le boîtier qui contient tous les éléments du système de détection soit fixé sur un « poteau support ». Le terme « idéalement » qui figure au point V.3.2 du cahier ne paraît pas non plus déterminant : la prescription en cause ne porte pas spécifiquement sur la nécessité ou non de prévoir un « poteau support », mais indique seulement les préférences du pouvoir adjudicateur, notamment quant au rassemblement de toutes les composantes du système de détection dans un même boîtier et au placement du matériel en amont des feux tricolores.

La requérante expose que le « radar monobloc » qu'elle propose est composé d'un « mât » (ou d'une « tourelle ») sur lequel est fixé un boîtier qui contient tout le système de détection (radar).

Dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, la partie adverse a pu estimer que le « mât » ou la « tourelle » – dont fait état la requérante – devait être qualifié de « poteau support », dès lors que cette composante du « radar monobloc » proposé remplit les fonctions du « poteau support » visé au point V du cahier spécial des charges. Elle a ensuite pu constater que ce matériel ne satisfaisait pas aux exigences minimales du cahier des charges, qui commandent que les poteaux soient de type basculant ou télescopique, pour permettre des interventions sur ou dans le boîtier à partir du sol (à une hauteur située entre 0,8 m et 1,6 m au-dessus du niveau du sol). *Prima facie*, c'est l'absence de respect de ces exigences en particulier – et non la forme du radar en tant que telle – que sanctionne l'acte attaqué.

Le fait que les interventions sur les équipements du lot 3 du marché seraient moins fréquentes que pour les cinémomètres à « vitesse instantanée » visés au lot 1 du même marché ou que le boîtier du « radar monobloc » est accessible *via* une échelle ou un élévateur ne suffit pas à valider le matériel proposé. Les prescriptions relatives aux poteaux basculants ou télescopiques sont qualifiées d'« exigences minimales » par le cahier spécial des charges. De telles exigences doivent être respectées et l'offre qui n'y satisfait pas doit être écartée pour irrégularité substantielle.

Prima facie, la partie adverse motive adéquatement la décision d'écarter l'offre de la requérante au motif qu'elle « ne respecte pas les prescriptions du cahier spécial des charges, car le matériel présenté est de type monobloc sous forme d'un “poteau-boîtier” qui nécessite l'utilisation d'une échelle pour accéder à la “partie cinémomètre” de l'installation et ne répond donc pas au § V.3.8 du cahier des

charges qui autorise uniquement l'utilisation d'un poteau de type basculant ou télescopique permettant l'accès à cette partie au niveau du sol [...] » et que « l'offre est dès lors affectée d'une irrégularité considérée comme substantielle [...] en vertu de l'article 76 de l'A.R. du 18/04/2017, car le non-respect du critère technique donné au § V.3.8 du cahier des charges entraîne une distorsion de concurrence et empêche la comparaison [avec les] autres offres ».

La requérante ne démontre pas qu'une telle décision procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation, qu'elle méconnaîtrait le principe d'égalité entre soumissionnaires ou qu'elle violerait les points V.3.2 et V.3.8 du cahier spécial des charges.

La requérante n'établit pas non plus que le cahier des charges exclurait, dans son principe, les radars de type monobloc. Il exige seulement que le poteau ou le mât sur lequel est fixé le boîtier contenant le système de détection soit de type basculant ou télescopique, pour permettre des interventions sur et dans le boîtier à partir du sol. La requérante n'explique pas ni ne démontre concrètement en quoi un radar de type monobloc ne pourrait pas proposer l'une ou l'autre de ces fonctionnalités. En toute hypothèse, de tels griefs, soulevés tardivement à l'audience, sont irrecevables.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèses des parties

1. Thèse de la requérante

La requérante prend un deuxième moyen de « la violation de l'article 76, §§ 1^{er} et 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classique, des articles 4 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles I.17 et II.9 du cahier spécial des charges, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du principe de bonne administration, de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des articles 4, 8°, et 5, 9°, 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 ».

Dans une première branche, la requérante rappelle la portée de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, du devoir de motivation formelle qui s'impose au pouvoir adjudicateur qui constate des dérogations aux prescriptions du cahier spécial des charges ainsi que le contenu du principe *patere legem quam ipse fecisti* et du principe d'égalité entre les soumissionnaires. Elle indique qu'il résulte des dispositions du cahier spécial des charges et, en particulier, du point III.3 de ce cahier, que les soumissionnaires devaient, à titre d'exigence minimale, proposer une présentation technique en temps réel du logiciel de gestion et qu'à défaut d'une telle présentation, l'offre « ne pouvait être comparée aux autres offres dès lors qu'une telle présentation forme un critère d'attribution » et devait, par conséquent, être déclarée nulle. Elle fait valoir qu'il ressort de la décision motivée d'attribution et du document intitulé « rapport d'analyse motivé des offres au regard des critères d'attribution “– B. Fourniture du logiciel de gestion (10 points/100) et – C. Qualité technique des offres (50 points/100)” », en particulier des remarques ajoutées par les représentants de la police intégrée, que les parties intervenantes n'ont pas réalisé de présentation en temps réel pour le logiciel M³, ce qui aurait dû impliquer l'écartement de leur offre pour ce lot. La requérante ajoute que, malgré le défaut de présentation, « la décision attaquée ne contient aucune motivation quant à cette irrégularité [...] qui permettrait de justifier, dans le chef de la Région wallonne, l'absence d'écartement de l'offre », en sorte que « la motivation paraît, à cet égard, totalement insuffisante ».

Dans une deuxième branche, elle rappelle les règles qui s'imposent au pouvoir adjudicateur en matière d'évaluation des offres, en précisant que la méthode d'évaluation appliquée doit être équitable, soigneuse et raisonnable, qu'elle ne peut être arbitraire ou incohérente, dénaturer les critères d'attribution, qu'elle doit être appliquée de la même manière à l'ensemble des offres et se comprendre à la lecture de la motivation de la décision d'attribution. Elle estime qu'à défaut de présentation en temps réel du logiciel de gestion, l'offre proposée par les parties intervenantes « ne pouvait recevoir une cote égale ou supérieure à 6/10 pour le critère d'attribution B et aurait dès lors dû être écartée conformément à l'article III.3 du cahier spécial des charges ». Selon elle, « une telle analyse est corroborée par le rapport d'analyse motivé des offres au regard des critères d'attribution [B et C] selon lequel une note maximale de 4/10 pouvait être octroyée ». Elle conclut qu'« en donnant à l'offre de la société simple momentanée “FlashRadar2Wal” une cote de 6/10 pour le critère B, sans nullement justifier celle-ci malgré l'absence de présentation du logiciel en temps réel, la Région wallonne a commis une erreur manifeste d'appréciation ».

À l'audience, la requérante relève que, pour ce qui concerne son offre, le « rapport d'analyse motivé des offres au regard des critères d'attribution – B. Fourniture du logiciel de gestion (10 points/100) et – C. Qualité technique des offres (50 points/100) » établit que, contrairement aux parties intervenantes, elle a bien réalisé la présentation en temps réel exigée par le cahier spécial des charges, que le logiciel qu'elle a présenté « répond en tous points aux attentes du pouvoir adjudicateur » et que la cote reçue pour ce critère « n'est nullement de 6, mais de 8 ». Elle ajoute, quant à la deuxième branche du moyen, ne pas comprendre comment la cote de 6/10 a pu être attribuée aux parties intervenantes, alors qu'il n'y a aucune explication sur les raisons qui justifient de s'écarter de la cote de 4/10 qui figure dans le rapport d'analyse motivé des offres au regard des critères d'attribution B et C et que la partie adverse reconnaît que les parties intervenantes n'ont réalisé qu'une présentation partielle en temps réel.

2. Thèse de la partie adverse

Quant à la première branche, la partie adverse conteste que les parties intervenantes n'aient pas réalisé de présentation en temps réel de leur logiciel de gestion. Elle fait valoir qu'il ressort de la décision motivée d'attribution que la présentation n'a pas eu lieu exclusivement au moyen d'un PowerPoint, mais qu'elle a été réalisée partiellement en temps réel et que « seuls les éléments présentés en temps réel ont été pris en considération et appréciés par la partie adverse ».

Quant à la deuxième branche, la partie adverse explique qu'elle « n'a pas tenu compte de la remarque émise par les représentants de la police intégrée, membres du comité d'examen des offres » et répète qu'elle « a pris en compte et évalué la partie de la présentation en temps réel du logiciel de "FlashRadar2Wal" ». Elle estime ne pas avoir commis d'erreur manifeste d'appréciation et ajoute qu'elle n'a pas « non plus violé ses obligations en matière de motivation formelle puisqu'il ressort clairement des motifs précités de la décision querellée, d'une part, que la présentation du logiciel de "FlashRadar2Wal" s'est faite en partie avec un PowerPoint plutôt qu'en temps réel et, d'autre part, quels sont les éléments de la présentation partielle en temps réel qui sont entrés en ligne de compte pour la cotation ».

À l'audience, la partie adverse insiste sur le fait que la remarque qui figure dans le rapport d'analyse motivé des offres au regard des critères d'attribution B et C n'est que l'avis donné par un membre du comité d'examen des offres et répète qu'elle a estimé ne pas devoir prendre en compte cet élément.

3. Thèse des parties intervenantes

Les parties intervenantes confirment que « si un PowerPoint a été utilisé, une présentation a également été faite en temps réel » et que celle-ci a « bien eu lieu lors de la démonstration réalisée [...] entre le logiciel M³ et un équipement de marque et de constructeur différent ». Elle ajoute ce qui suit :

« Le fait qu'une partie de la présentation ait eu lieu sur base d'un PowerPoint a été sanctionné par le retrait de 4 points pour ce critère d'attribution. Il n'était pas tenu de suivre l'appréciation faite par une partie des examinateurs, selon qui une note de 4/10 aurait dû être allouée. L'adjudicateur dispose, en termes de cotation, d'une large compétence discrétionnaire qui ne peut être censurée qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation :

Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour évaluer les offres, les comparer et désigner l'offre économiquement la plus avantageuse, au regard de chacun des critères d'attribution définis dans le cahier des charges et dans le respect des dispositions de ce cahier. Le contrôle du Conseil d'État est marginal et limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Il appartient à la partie requérante d'apporter la preuve d'une telle erreur dans le chef de l'autorité.

Par ailleurs, la motivation formelle de la décision ne consiste pas à exposer les motifs des motifs.

Comme l'a régulièrement jugé le Conseil d'État, "la requérante peut comprendre les raisons concrètes de la décision du pouvoir adjudicateur, qu'exiger plus reviendrait à demander les motifs des motifs".

Enfin, l'on observe que si l'offre des requérantes n'avait pas été irrégulière, elle se serait vu coter de la même manière en raison d'une présentation partielle : 6/10 de sorte que le dossier administratif montre que l'adjudicateur a traité les concurrents sur un pied d'égalité. On lit en effet que la présentation de la requérante n'a pas porté sur l'ensemble du système, de sorte que – comme pour l'intervenante – elle ne fut pas complète :

Bien que l'interface existe et est bien intégrée au logiciel, la communication avec les installations du système de détection de franchissement de feux rouges n'a pu être réalisée, car le soumissionnaire ne possède pas, à ce jour, d'installations présentées dans son offre. »

À l'audience, les parties intervenantes indiquent avoir commis une erreur de plume dans leur requête en intervention en mentionnant que les deux soumissionnaires avaient reçu la même cote pour le critère d'attribution relatif à la présentation en temps réel du logiciel de gestion. Elles estiment toutefois qu'il ressort du rapport d'analyse motivé des offres au regard des critères d'attribution B et C que la requérante n'a pas non plus présenté un système complet fonctionnel.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État sur les deux branches réunies

Il ressort du cahier spécial des charges, en particulier, des points I.17 « Tests préalables à l'attribution du marché » et II.9.2 « Logiciel de gestion », que le soumissionnaire doit fournir et mettre à la disposition de l'administration un logiciel de gestion pendant et après la fin du marché. Le cahier des charges décrit les

exigences auxquelles ce logiciel doit satisfaire (gestion de groupes d'utilisateurs par un ou des administrateurs, accès sécurisé au logiciel par double authentification, activation et configuration de l'envoi automatique, de manière sécurisée et fiable, des fichiers infractionnels cryptés depuis le cinémomètre vers l'unité verbalisante, récupération des données statistiques des cinémomètres sous forme de fichiers structurés, programmation horaire des seuils de vitesse pour chaque instrument individuellement, paramétrage complet des affichages, données et informations des installations, vue globale de toutes les alarmes générées par les équipements de terrain avec la création, à la demande, de tickets pour chaque type d'alarme, etc.). Le soumissionnaire doit joindre à son offre « un descriptif détaillé et un manuel utilisateur du logiciel qu'il propose, complété avec des exemples concrets et vérifiables de réalisations ».

Les points précités du cahier prévoient aussi qu'après le dépôt des offres, les soumissionnaires réalisent « une présentation technique (*Proof Of Concept*) du logiciel de gestion en temps réel devant le comité d'analyse des offres » afin de tester le produit proposé dans leur offre. Ce test fait l'objet d'un critère d'attribution B (point III.3 du cahier spécial des charges) valant pour 10 points sur 100. Le cahier des charges précise que « sous peine d'écartement de l'offre, la cote pour ce critère doit être égale ou supérieure à 6/10 » :

-B) Fourniture du logiciel de gestion (10 points/100) pour tous les lots :

Présentation technique en temps réel (POC)	10
--	----

Sous peine d'écartement de l'offre, la cote pour ce critère doit être égale ou supérieure à 6/10.

La décision attaquée motive, comme il suit, la note de 6/10 attribuée à l'offre des parties intervenantes pour le critère d'attribution précité :

3.2. Présentation technique en temps réel (POC) – (10 points/100)

La présentation est essentiellement réalisée sur un Power Point, et non en temps réel. La présentation partielle en temps réel est basée sur le logiciel M³ développé par la société Macq et répondant à la norme ISO27001, ainsi qu'au RGPD; l'accès au logiciel se réalise par identifiant et mot de passe, la double identification est également possible mais non montrée. L'intégration du système de détection de franchissement de feux rouges présenté dans l'offre est en cours d'intégration dans M³ (Développement en cours). La démonstration des possibilités de gestion est faite sur base du logiciel propriétaire de la société qui fournit le radar et nullement au travers du logiciel M³. L'interface entre les tickets d'intervention suite à des alarmes et les plannings d'intervention est manuel.

6,00/10

Le document intitulé « rapport d'analyse motivé des offres au regard des critères d'attribution [B et C] » contient la même motivation, mais indique sous la mention « remarques » ce qui suit :

« Dans le strict respect du CSC, la cote devrait être de 4 pour la Police intégrée, car la présentation n'est pas en temps réel pour le logiciel M³, ce qui implique l'élimination [des parties intervenantes] pour ce lot. »

L'examen des motifs la décision attaquée comme des pièces du dossier révèlent des difficultés particulières qui imposaient une motivation circonstanciée. D'une part, le (ou les) représentant(s) de la police intégrée, membre(s) du comité d'analyse des offres ont fait remarquer que « la présentation n'est pas en temps réel pour le logiciel M³, ce qui implique l'élimination [des parties intervenantes] pour ce lot ». D'autre part, la décision d'attribution reconnaît que « la présentation est essentiellement réalisée sur un PowerPoint, et non en temps réel ». Elle ajoute, d'une manière qui semble contradictoire à défaut de donner plus d'explications, que « la présentation partielle en temps réel est basée sur le logiciel M³ développé par la société Macq », à savoir le logiciel proposé dans l'offre des parties intervenantes, tout en précisant que « l'intégration du système de détection de franchissement des feux rouges présenté dans l'offre » – qui fait l'objet du lot 3 du marché – « est en cours d'intégration dans M³ (développement en cours) » en sorte que « la présentation des possibilités de gestion est faite sur base du logiciel propriétaire de la société qui fournit le radar et nullement au travers du logiciel M³ ».

Sur le vu de la motivation de l'acte attaqué, il n'est pas possible au Conseil d'État de comprendre la note de 6/10 attribuée à l'offre des parties intervenantes pour ce critère d'attribution et de vérifier si une telle note est justifiée, alors que la présentation du logiciel M³ – qui est le logiciel proposé dans l'offre des parties intervenantes – s'est faite essentiellement à partir d'un *Powerpoint* et, pour le reste ou, à tout le moins, pour une partie apparemment substantielle du reliquat de la présentation, sur la base d'une démonstration réalisée sur le logiciel de la société qui fournit le radar « et nullement au travers du logiciel de gestion M³ ». Exiger davantage de précisions dans un tel contexte ne revient pas à obliger la partie adverse à expliciter les motifs des motifs, mais à exposer, compte tenu des difficultés précitées, les raisons qui ont justifié l'attribution d'une telle note.

L'attribution d'une note de 6/10 permet de justesse à la partie adverse de ne pas écarter l'offre des parties intervenantes pour irrégularité. Même si son offre a été déclarée irrégulière et que le premier moyen qui conteste l'écartement cette offre est jugé non sérieux, la requérante a intérêt à critiquer l'acte attaqué en tant qu'il ne déclare pas irrégulière l'offre de l'attributaire. L'irrégularité dénoncée dans le

deuxième moyen est de nature à causer grief à la requérante, dès lors qu'elle a pu conduire la partie adverse à attribuer le lot 3 du marché à un soumissionnaire qui, comme elle, a remis une offre irrégulière alors que l'offre de la requérante est la seule des deux offres à être écartée.

Les parties intervenantes ne peuvent être suivies lorsqu'elles affirment que la présentation en temps réel réalisée par la requérante est entachée des mêmes défauts que ceux qui affectent leur présentation. Il ressort du document intitulé « rapport d'analyse motivé des offres au regard des critères d'attribution [B et C] » que « l'entièreté de la présentation [de la requérante] est faite en temps réel », que « le logiciel présenté en temps réel répond en tous points aux attentes du pouvoir adjudicateur » et que « l'interface existe et est bien intégrée au logiciel », ce qui permet de distinguer assez clairement les deux offres, même si le rapport relève que « la communication avec les installations du système de détection de franchissement des feux rouges n'a pas pu être réalisée, car [la requérante] ne possède pas, à ce jour, d'installations présentées dans son offre ».

Dans cette mesure, le deuxième moyen est sérieux.

VII. 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'emporteraient sur ses avantages.

VIII. Confidentialité

La requérante demande que les offres qu'elle a déposées pour les lots 1 et 3 du marché soient tenues pour confidentielles, de manière à ne pas nuire au secret d'affaires et à maintenir une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit des « pièces confidentielles » 3 à 6 annexées à la requête.

La partie adverse formule la même demande pour les pièces confidentielles A et B (offres des parties intervenantes et de la requérante). Ces pièces n'ont toutefois pas été déposées dans le cadre de la présente procédure, mais dans le cadre de l'affaire A.237.358/VI-22.427.

Les parties intervenantes demandent que leur offre soit déposée à titre confidentielle par la partie adverse. Elles-mêmes ne déposent aucune pièce à titre confidentiel.

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 société anonyme Fabricom et la société de droit néerlandais Sensys Gatso Netherlands est accueillie dans la présente procédure.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision de date non précisée – communiquée par courriers recommandés et courriels datés du 5 avril 2023 – d'écarter l'offre de la SA Jacobs et d'attribuer, à la société simple momentanée « FlashRadar2Wal », le lot 3 du marché « relatif à une centrale d'achat pour la fourniture et l'installation de cinémomètres répressifs sur le réseau routier wallon » (CSC n° MI-O8.03.03-213358) est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 3 à 6 annexées à la requête 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 16 mai 2023, par :

Florence Piret,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Florence Piret