

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

n° 260.073 du 10 juin 2024

A. 241.799/VI-22.811

En cause : **la société à responsabilité limitée**
DEVILLERS,
ayant élu domicile chez
M^e Jean-François JAMINET, avocat,
rue Plumier 10/2A
4000 Liège,

contre :

1. **la société anonyme RESA**
INNOVATION ET TECHNOLOGIE,
2. **la société anonyme RESA,**
ayant toutes deux élu domicile chez
M^{es} Patrick THIEL, Isabelle VAN KRUCHTEN et
Hugo de GENNES, avocats,
chausée de La Hulpe 185
1170 Bruxelles.

Partie requérante en intervention :

la société à responsabilité limitée JARDIPARC,
ayant élu domicile chez
M^e David RENDERS, avocat,
rue du Concours 1
1170 Bruxelles,
également assistée et représentée par
M^{es} Emmanuelle GONTHIER et
Caroline DELFORGE, avocats.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 29 avril 2024, la partie requérante demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de RESA Innovation et Technologie (agissant en son nom et pour compte de RESA) du 3 avril 2024, notifiée par courrier recommandé daté du 3 avril 2024 et par courrier électronique du 12 avril 2024, par laquelle celle-ci a décidé d'arrêter la procédure d'attribution du marché "Entretien des espaces verts aux abords des postes 70/15 kv, cabines réseau (gaz et électricité)" - 4 lots (lot 1 zone 1 ; lot 2 zone

2 ; lot 3 zone 3 ; lot 4 zone 4) en vertu des articles 85 et 153 de la loi du 17 juin 2016 et de charger ses services de procéder à la rédaction de nouveaux documents de marché en vue d'une relance ultérieure du marché – 4 lots ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 30 avril 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 22 mai 2024.

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

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

Par une requête introduite le 17 mai 2024, la SRL Jardiparc demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

M^{me} Michèle Belmessieri, conseillère d'État, présidente f.f., a exposé son rapport.

M^e Hanna Bouzekri, *loco* M^e Jean-François Jaminet, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Patrick Thiel et Isabelle Van Kruchten, avocats, comparaissant pour les parties adverses, et M^e Caroline Delforge, avocat, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Faits utiles

1. Par un avis de marché publié le 25 novembre 2022 au Bulletin des adjudications et le 30 novembre 2022 au Journal officiel de l'Union européenne, RESA Innovation et Technologie SA, en son nom et pour compte de RESA SA Intercommunale (ci-après : les parties adverses), a lancé une procédure d'attribution d'un marché de services portant sur l'entretien des espaces verts aux abords des

postes 70/15 kv, cabines réseau (gaz et électricité), par le biais d’une procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

Le marché portait la référence 2022090-S.

2. Plusieurs opérateurs économiques ont déposé un dossier de candidature dans le délai imparti. Les sociétés suivantes ont été sélectionnées en date du 8 mars 2023, à savoir la SRL Jardiparc, la SA Krinkels, et la SRL Devillers.

Les trois candidats sélectionnés ont déposé ensuite une offre.

3. L’article I.6 des clauses administratives du cahier spécial des charges régissant ce marché indiquait ce qui suit :

« [...]

Visite des lieux

Sous peine de nullité de son offre, le soumissionnaire est tenu d’effectuer une visite des 100 sites listés dans les clauses techniques.

Le soumissionnaire devra visiter ces 100 sites et effectuera un rapport illustré de ses visites.

Ce rapport sera envoyé via son programme informatique (ce système sera coté dans les critères d’attribution) ».

Le second critère d’attribution, intitulé « Qualité » est libellé comme il suit :

2.	Qualité	30
	Le soumissionnaire établit une organisation de travail qui sera intégralement d’application durant le contrat	
	Le soumissionnaire détaillera les moyens proposés pour la validation qualitative et quantitative des prestations	
2.1.	Qualités de la plateforme informatique et des informations récoltées dans l’agenda concernant la planification des travaux	15
	(géolocalisation des équipes en temps réel, rapport de visites, suivi des chantiers (commune par commune), possibilité de rapports via fichiers Excel, importation de photos). Le soumissionnaire détaillera les moyens proposés pour la validation qualitative et quantitative des prestations	
2.2	Qualités des propositions d’amélioration non reprises au point 6 « plateforme informatique » des clauses techniques	15
	Le soumissionnaire détaillera les moyens proposés pour la validation qualitative et quantitative des prestations	

Le point 6 du chapitre introductif des clauses techniques du cahier spécial des charges précise que :

« 6. Plateforme informatique

Le soumissionnaire devra impérativement proposer une plateforme internet. Elle devra être opérationnelle au moment de la visite des sites (préalable à la remise d'offre). Les accès seront fournis au fonctionnaire dirigeant du marché (pierre.teheux@resa.be) avant la première visite.

Le soumissionnaire y placera au fur et à mesure de ses visites, les photos relatives à chaque site. Les différentes possibilités de cette plateforme seront cotées dans le critère d'attribution qualitatif.

Celle-ci reprendra un maximum d'informations concernant les différents éléments décrits dans ce cahier des charges (de la planification des travaux à la facturation).

Sous peine d'irrégularité de l'offre, elle devra répondre impérativement aux points repris ci-dessous :

- planification des travaux dans un agenda ;
- géolocalisation des équipes en temps réel ;
- rapport de visites ;
- suivi des chantiers (commune par commune) ;
- possibilité de rapports via fichiers Excel (listing des prestations, ...) ;
- photos datées (2).

Toutes autres propositions afin d'améliorer les résultats seront prises en compte dans la cotation qualitative ».

Le délai de remise des offres était fixé au 27 mars 2023.

4. Le 17 mars 2023, la partie requérante a adressé un courrier à la partie adverse rédigé comme il suit :

« Nous vous contactons dans le cadre du marché sous rubrique suite aux divers problèmes que nous avons relevés à la lecture du cahier spécial des charges que nous avons reçu via e-Notification en date du lundi 13 mars 2023, avec confirmation par e-mail de ce jeudi 16 mars.

En effet, nous lisons notamment ce qui suit :

- Article I.6 des clauses administratives :

Sous peine de nullité de son offre, le soumissionnaire est tenu d'effectuer une visite des 100 sites listés dans les clauses techniques.

Le soumissionnaire devra visiter ces 100 sites et effectuera un rapport illustré de ses visites.

Ce rapport sera envoyé via son programme informatique (ce système sera coté dans les critères d'attribution).

Ces 100 sites sont listés en annexe 5 des clauses techniques.

- Article

6. Plateforme informatique

Le soumissionnaire devra impérativement proposer une plateforme internet. Elle devra être opérationnelle au moment de la visite des sites (préalable à la remise d'offre). Les accès seront fournis au fonctionnaire dirigeant du marché (pierre.teheux@resa.be) avant la première visite.

Le soumissionnaire y placera au fur et à mesure de ses visites, les photos relatives à chaque site. Les différentes possibilités de cette plateforme seront cotées dans le critère d'attribution qualitatif.

Celle-ci reprendra un maximum d'informations concernant les différents éléments décrits dans ce cahier des charges (de la planification des travaux à la facturation).

Sous peine d'irrégularité de l'offre, elle devra répondre impérativement aux points repris ci-dessous :

- planification des travaux dans un agenda ;
- géolocalisation des équipes en temps réel ;
- rapport de visites ;
- suivi des chantiers (commune par commune) ;
- possibilité de rapports via fichiers Excel (listing des prestations, ...) ;
- photos datées (2).

Or, il est prévu que l'offre soit déposée pour le 27 mars 2023 à 16 heures au plus tard, soit 14 jours à compter de l'invitation à présenter une offre.

Comme vous le savez, la réglementation sur les marchés publics impose un délai minimal de réception des offres de 22 jours, qui peut être réduit de 5 jours en cas de dépôt électronique, étant entendu qu'il s'agit d'un délai minimal mais que les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de s'assurer que ces délais s'avèrent suffisants pour permettre aux opérateurs économiques de soumettre une offre bien élaborée, et ce, eu égard aux caractéristiques du marché. Cela n'est évidemment pas le cas en l'espèce, vu l'obligation de réaliser 100 visites en 14 jours, qui plus est sans que les candidats sélectionnés aient reçu les adresses précises (la plupart des adresses mentionnent uniquement la rue) et sans qu'il soit possible de recevoir des informations plus précises ni les clés des sites clôturés puisque la personne de contact RESA est en vacances.

Il est donc strictement impossible de respecter ce délai (inférieur au minimum prévu par la législation). Cet élément à lui seul impose déjà une prolongation du délai de remise des offres et donc un report de la date du 27 mars. À notre estime, un délai de 20 jours ouvrables serait raisonnablement nécessaire pour réaliser l'ensemble de ces visites.

Mais il y a plus. En effet, l'exigence de disposer d'une plateforme informatique adaptée à vos exigences et pleinement opérationnelle, non pas pour la date de remise des offres, mais pour les visites, est manifestement contraire à la réglementation sur les marchés publics.

En effet, il est admis qu'en règle, un pouvoir adjudicateur ne peut exiger que le service, la fourniture ou le moyen d'exécution existe au moment de l'offre, dès lors que cela restreint la concurrence d'une manière injustifiée et constitue donc une exigence discriminatoire. En effet, seul un opérateur qui disposerait déjà d'une plateforme conforme à vos exigences et, qui plus est, à laquelle vous pouvez vous connecter (puisque les rapports illustrés des visites obligatoires doivent vous être envoyée via cette plateforme !), pourrait soumissionner.

En outre, cela obligerait les candidats sélectionnés qui disposent bien d'une telle plateforme mais qui devrait être adaptée pour répondre à vos exigences, comme c'est notre cas, à la modifier avant même l'attribution de l'offre, ce qui représente un investissement en temps et en argent inutile à défaut d'obtention du marché. Cela est également de nature à restreindre la concurrence d'une manière totalement injustifiée.

La jurisprudence en la matière admet donc qu'il suffit pour le soumissionnaire de s'engager à disposer du moyen d'exécution qu'il propose dans son offre, en cas d'attribution du marché, au moment où l'exécution devrait être entamée.

Les exigences relatives à la plateforme informatique sont donc manifestement contraires au principe d'égalité de traitement, puisqu'elles avantagent (et même plus) l'opérateur déjà en place.

Nous vous invitons donc à modifier le cahier spécial des charges pour le rendre conforme aux exigences de la réglementation sur les marchés publics et des principes généraux de droit administratif, d'une part en prévoyant la remise des preuves de visite par un autre moyen et d'autre part, en supprimant l'exigence que la plateforme soit opérationnelle au moment des visites ou de la remise de l'offre.

De toute évidence, cette modification impose également la prolongation du délai de remise des offres et donc un report de la date du 27 mars.

Enfin, en vue de préparer les visites, nous avons été observés sur site certaines cabines et nous constatons par endroit qu'il existe deux cabines dans les rues mentionnées, ou au contraire, que la cabine est introuvable. Dès lors, pourriez-vous nous adresser par retour de courrier les coordonnées précises (coordonnées GPS, si possible dans un format importable) des cabines dont la visite est obligatoire ? ».

5. Les parties adverses ont répondu par un courrier du 21 mars 2023 rédigé en ces termes :

- Concernant la réglementation sur les marchés publics au sujet du délai minimum de réception des offres, l'article applicable est l'article 120 de la loi du 17 juin 2016 et non l'article 38 qui est l'article de référence applicable pour les secteurs classiques et non pour les secteurs spéciaux. Cet article prévoit que le délai de réception des offres, en l'absence d'accord entre l'entité adjudicatrice et les candidats sélectionnés, ne peut pas être inférieur à 10 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Le travail demandé, qui est de faire 10 photos de 100 cabines en 10 jours (délai initial pour la remise des offres), n'est qu'un échantillon de ce que représente le suivi de l'entretien de nos cabines et postes Resa. Le marché demandera à l'adjudicataire de gérer pas moins de 7500 espaces verts de cabines ou postes par an. Le fait de pouvoir mener à bien notre demande de photos pour la remise d'offres prouve également la capacité des soumissionnaires à supporter la charge future de ce marché conséquent.

Néanmoins, suite à votre demande, nous acceptons de prolonger le délai initial de 10 jours ouvrables et nous proposerons une nouvelle date de remise des offres au 11 avril 2023 à 14h.

- Concernant la plateforme : lors de l'ouverture des offres, Resa devra absolument pouvoir juger la qualité de la plateforme informatique proposée. Cette plateforme devra être jugée régulière et conforme au cahier des charges émis. Elle devra être

totallement opérationnelle pour le jour de l'ouverture des offres c'est-à-dire le 11 avril 2023 à 14h.

De plus, afin de pouvoir évaluer les offres de chacun, la géolocalisation des équipes de la société qui remet une offre doit être possible le jour de l'ouverture des offres, et ceci même s'il ne s'agit pas d'équipes Resa.

Resa se trouve dans une situation d'urgence par rapport à l'attribution de ce marché, ce qui explique les délais courts que nous devons imposer pour les différentes étapes de ce marché public. Dès lors, nous serons dans l'impossibilité d'attendre un développement futur d'une plateforme, qui serait développée à partir de la notification d'attribution. La mise en route de l'objet du marché devra être immédiate dès réception de la 1^{ère} commande.

- Concernant la localisation des 100 cabines à visiter : si vous éprouvez des difficultés à identifier l'emplacement d'une cabine, nous vous proposons de nous contacter via le forum au plus tard 7 jours avant la date de clôture de remise d'offres, soit le 4 avril 2023 à 14h. Nous vous répondrons sans délai via le forum avec les informations manquantes. Aucune autre forme de question ne pourra être prise en compte. Après discussion en interne, il a été décidé d'accepter un taux d'erreur maximum de 5%.

Aucun soumissionnaire ne possédera les clés des sites clôturés pour pouvoir effectuer les photos demandées. Nous comprendrons que chacun fera de son mieux pour prendre des photos aux abords des cabines sans pour autant pénétrer sur les sites au-delà de la clôture.

- Un erratum au cahier des charges, reprenant les modifications listées ci-dessus, va être édité et vous parviendra via etendering.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur Spineux, nos salutations distinguées.

6. Le 7 juin 2023, les parties adverses ont décidé d'arrêter la procédure et de la recommencer pour les motifs suivants :

« Considérant que le nombre de passages par cabine a été surévalué ;

Considérant que nous allons faire des modifications conséquentes au cahier spécial des charges actuel qu'il n'est pas possible de faire dans le cadre des négociations ;

Considérant que par souci d'économies budgétaires, Resa adapte certaines dépenses, ce qui sera également le cas dans ce cahier spécial des charges ».

7. À la suite de la notification de cette décision aux soumissionnaires, le conseil de la partie requérante a adressé, le 14 juin 2023, un courrier aux parties adverses concernant la décision d'arrêter la procédure de passation du marché.

« [...]

Ma cliente me transmet la copie de votre courrier électronique de ce 12 juin 2023 auquel était annexé le courrier daté du même jour et que vous annoncez être adressé par recommandé.

Par ce dernier, vous informez ma cliente de la décision du 7 juin 2023 de ne pas attribuer le marché sous rubrique, au motif que le nombre de passages par cabine aurait été surévalué. Vous annoncez par ailleurs des modifications conséquentes qui n'auraient pu être faites en cours de négociation, sans qu'il soit possible à la lecture de cette notification de savoir sur quoi porteraient ces modifications.

Ma cliente ne peut donc que supposer qu'une nouvelle procédure d'attribution sera prochainement relancée, sans que les éléments non problématiques de la procédure actuelle (et notamment les critères de sélection) ne soient modifiés.

Dans le contexte qui précède, ma cliente me demande de vous informer qu'elle s'abstiendrait d'introduire un recours contre la décision de non-attribution.

Néanmoins, elle tient à vous faire part de sa profonde contrariété à la lecture de votre décision, compte tenu des investissements exceptionnels qu'ont causés vos exigences quant au contenu des offres (au sujet desquelles je vous renvoie au courrier de ma cliente du 17 mars ainsi qu'à mon courrier du 19 avril).

En effet, la remise de l'offre a entraîné des frais conséquents qui peuvent être résumés comme suit :

- 9.000 EUR auprès du prestataire informatique EPIC pour l'évolution du système de suivi informatique et l'étude de la solution projetée et améliorée ;
- 15.000 EUR de frais interne (250 heures de travail) pour les 100 visites, les rapports, réunions ainsi que la rédaction complète de l'offre ;
- 1.500 EUR pour les frais juridiques, compte tenu des éléments relevés dans les courriers susmentionnés.

Or, si tant est que le motif de votre décision tient exclusivement dans la surévaluation du nombre de passages par cabine, cela aurait manifestement pu être facilement anticipé par vos soins.

Il va de soi que ma cliente suppose que ces frais ne seront pas exposés en pure perte et qu'elle pourra les "amortir" à l'occasion de la future procédure.

En tout état de cause, j'observe que l'article 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, impose la communication de la décision motivée de renoncer à passer un marché. La notification du 12 juin est donc insuffisante et, pour rappel, ne fait pas courir le délai de recours.

Dès lors, je vous invite, pour le bon ordre de mon dossier, à me communiquer par retour de courrier électronique, la copie intégrale de la décision de votre comité de direction, ainsi que des documents auxquels celle-ci se référerait.

[...] »

8. Par un avis de marché publié le 23 juin 2023 au Bulletin des adjudications et le 28 juin 2023 au Journal officiel de l'Union européenne, les parties adverses ont relancé le marché public de services portant sur l'entretien des

espaces verts aux abords des postes 70/15 kv, cabines réseau (gaz et électricité), par le biais d'une procédure négociée avec mise en concurrence préalable. Le marché portait la référence 2023096-S.

Le marché y était décrit comme il suit :

- « Objet des services : Entretien des espaces verts aux abords des postes 70/15 kv, cabines réseau (gaz et électricité).

Le marché est divisé en lots comme suit

Lot 1 "Entretien des espaces verts aux abords des cabines réseaux zone 1 "

Communes : Amay, Andenne, Awans, Berloz, Braives, Burdinne, Crisnée, Donceel, Faimés, Fexhe-LeHaut-Clocher, Flémalle, Geer, Grâce-Hollogne, Hannut, Héron, Lincent, Ohey, Oreye, Remicourt, SaintGeorges, Verlaine, Villers-Le-Bouillet, Wanze, Waremme, Wasseiges

Le lot peut être reconduit tacitement 4 fois 12 mois.

Lot 2 "Entretien des espaces verts aux abords des cabines réseaux zone 2"

Communes : Ans, Bassenge, Beyne-Heusay, Blegny, Dalhem, Herstal, Juprelle, Liège, Liège-périphérie, Oupeye, Saint-Nicolas, Visé

Le lot peut être reconduit tacitement 4 fois 12 mois.

Lot 3 "Entretien des espaces verts aux abords des cabines réseaux zone 3"

Communes : Anthisnes, Aywaille, Chaudfontaine, Comblain-au-Pont, Engis, Esneux, Huy, Nandrin, Neupré, Marchin, Modave, Seraing, Sprimont, Trooz

Le lot peut être reconduit tacitement 4 fois 12 mois.

Lot 4 "Entretien des espaces verts aux abords des cabines réseaux zone 4"

Communes : Aubel, Baelen, Clermont, Dison, Eupen, Fléron, Herve, Jalhay, Kelmis, Limbourg, Lontzen, Malmedy, Olne, Pepinster, Plombières, Soumagne, Raeren, Stavelot, Spa, Theux, Trois-Ponts, Verviers, Waimes, Welkenraedt

Le lot peut être reconduit tacitement 4 fois 12 mois ».

9. À la date limite du dépôt, cinq opérateurs économiques ont déposé une candidature.

10. Trois candidats ont été sélectionnés, à savoir la partie requérante, la partie intervenante et la SA Krinkels.

11. Dans le nouveau cahier spécial des charges, l'article I.6 des clauses administratives du cahier spécial des charges mentionne ce qui suit :

« [...]

Visite des lieux

Sous peine de nullité de son offre, le soumissionnaire est tenu d'effectuer une visite des lieux.

Le soumissionnaire devra visiter les cabines reprises en annexe 3 des clauses techniques concernant la zone géographique des lots pour laquelle une offre sera

remise et effectuera un rapport illustré de ses visites. La répartition des cabines par lot se trouve dans la colonne « Lot » de cette annexe 3.

Ce rapport illustré comprendra 2 photos de chaque cabine visitée faisant partie de l'offre., et sera envoyé via sa plateforme informatique si le soumissionnaire en possède une ou, en l'absence de plateforme, d'une autre manière électronique et structurée.

Remarque : les rapports illustrés transmis lors de la remise d'offre du marché 2022090-F (marché dont la procédure a été arrêtée) peuvent être réutilisés pour ce présent dossier.

[...] ».

Le point 6 du chapitre introductif des clauses techniques du cahier spécial des charges indique que :

« 6. Proposition de l'utilisation d'une éventuelle plateforme informatique

L'existence d'une plateforme est un plus dans la mesure où elle facilite les opérations de contrôles, suivis et optimisation des coûts. C'est la raison pour laquelle le pouvoir adjudicateur valorisera, à hauteur de 20 %, les fonctionnalités de cette plateforme.

Cependant elle n'est pas obligatoire, et en aucun cas, l'absence de proposition de plateforme ne constituera un critère d'irrégularité à une offre.

Les fonctionnalités valorisées à travers les critères d'attribution seront :

- planification des travaux dans un agenda
- Suivi de chantiers (commune par commune)
- rapports de visite incluant des photos avant et après travaux
- possibilité de rapports via fichiers structurés (Excel, csv,...) (listing des prestations, état d'avancement financier)
- géolocalisation des équipes en temps réel
- la possibilité d'encodage des plaintes riverains ou communes,

Le soumissionnaire pourra proposer une plateforme internet dans son dossier de soumission. Celle-ci devra dès lors, être opérationnelle au moment de la remise d'offre. Aucun développement futur ne sera pris en compte pour la cotation du critère d'attribution. La plateforme sera évaluée telle qu'elle existe au moment de la remise des offres

Les accès seront fournis au fonctionnaire dirigeant du marché (pierre.teheux@resa.be).

Le soumissionnaire y placera, conformément à l'article I.6 des clauses administratives s'il dispose d'une plateforme informatique, les photos relatives à chaque site et ce, pour chacun des lots pour lesquels sa candidature a été retenue ».

Les critères d'attribution du marché sont les suivants :

I.11 Critères d'attribution

Les critères suivants sont d'application lors de l'attribution du marché :
Ces critères d'attribution valent pour tous les lots :

N°	Description	Pondération
1	Prix	80
	<i>Règle de trois; Score offre = (prix de l'offre la plus basse / prix de l'offre) * pondération du critère prix</i>	
2	Qualité technique de l'offre au regard des exigences techniques du cahier des charges (proposition de l'utilisation d'une plateforme dans le dossier de soumission) : évaluation des fonctionnalités	20

P. 7

RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE SA EN SON NOM ET POUR COMPTE DE RESA SA
INTERCOMMUNALE Réf.: 2023096-S

2.1	Planification des travaux dans un agenda	4
	.	
2.2	Rapports de chantier incluant des photos datées avant (5) et après (5) les travaux	4
	.	
2.3	Suivi des chantiers (commune par commune)	2
	.	
2.4	Possibilité de rapports via fichiers structurés (Excel, csv,...) (listing des prestations, état d'avancement financier)	4
	.	
2.5	Géolocalisation des équipes en temps réel	4
	.	
2.6	Possibilité d'encodage de plaintes riverains ou des communes	2
	.	
Pondération totale des critères d'attribution :		100

Une certaine valeur a été attribuée à chaque critère. Sur la base de l'évaluation de tous ces critères, tenant compte de la valeur attribuée à chacun, le marché sera attribué au soumissionnaire présentant l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur.

12. Le dépôt des offres a été fixé au 20 novembre 2023. À cette date, les trois soumissionnaires sélectionnés ont déposé une offre.

À la suite du dépôt des offres initiales, des négociations ont eu lieu et il a été demandé aux soumissionnaires de déposer leur dernière meilleure offre pour le 13 décembre 2023 au plus tard.

13. Par une décision du conseil d'administration du 15 janvier 2024, notifiée en date du 19 janvier 2024 aux soumissionnaires, les parties adverses ont attribué le marché, en ses 4 lots, à la partie requérante.

14. À la suite de la notification de la décision d'attribution du 15 janvier 2024, les recours suivants ont été introduits devant le Conseil d'État par les deux soumissionnaires évincés :

- Recours en suspension d'extrême urgence (2 février 2024) et en annulation de la SRL Jardiparc (G/A 241.085/VI- 22.741) ;

- Recours en suspension d'extrême urgence (5 février 2024) et en annulation de la SA Krinkels (G/A 241.118/VI-22.747).

Un recours a également été introduit devant le Président du Tribunal de première instance de Liège par la SRL Jardiparc.

15. Par une décision du 7 février 2024, les parties adverses ont décidé de retirer la décision d'attribution du 15 janvier 2024.

Les motifs du retrait étaient les suivants :

« Considérant que, en date du 15 janvier 2024, par la décision du collège de direction de RESA Innovation et Technologie SA en son nom et pour compte de RESA SA Intercommunale, il a été décidé d'attribuer le marché à la société Devillers sprl, Rue de l'Expansion, 10, 4460 Grace-Hollogne ;

Considérant que la décision précitée du 15 janvier 2024 a été notifiée aux soumissionnaires évincés des différents lots par courtier recommande et courriel du 19 janvier 2024 ;

Considérant que le soumissionnaire JARDIPARC a interpellé le pouvoir adjudicateur par un courrier de ses conseils du 30 janvier 2024 ; que les soumissionnaires JARDIPARC et KRINKELS ont chacun introduit un recours en suspension d'extrême urgence pendant le délai de standstill ; que deux recours sont donc actuellement pendants devant le Conseil d'État à l'encontre de la décision d'attribution précitée; que, par ailleurs, le soumissionnaire JARDIPARC a également introduit une demande de suspension devant le Président du Tribunal de première instance de Liège ;

Considérant qu'à l'appui de leurs recours, les soumissionnaires invoquent différents moyens ; que parmi les moyens invoqués, est notamment critiquée la vérification des prix ; qu'après examen, il apparaît que la vérification des prix doit être davantage étayée, pour répondre au prescrit de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marches publics et a la jurisprudence du Conseil d'État ;

Considérant qu'au regard de ce qui précède, il convient par conséquent de procéder au retrait de la décision d'attribution du 15 janvier 2024 en ce qu'elle vise les 4 lots, et de procéder à *une nouvelle analyse du dossier* ».

16. Cette décision de retrait n'a fait l'objet d'aucun recours et est devenue définitive.

17. Le 3 avril 2024, les parties adverses ont décidé d'arrêter la procédure.

18. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 17 mai 2024, la SRL Jardiparc demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Elle justifie son intérêt à intervenir au regard de deux éléments. D'une part, elle fait valoir qu'elle est l'un des soumissionnaires ayant déposé une offre régulière pour le marché litigieux et ayant, par ailleurs, diligenté un recours en suspension en extrême urgence, doublé d'un recours en annulation, contre la décision de la SA Resa Innovation et Technologie du 15 janvier 2024 attribuant le marché litigieux à la partie requérante. D'autre part, elle soutient que le rejet de la requête en suspension d'extrême urgence introduite par la partie requérante lui procurera un avantage personnel puisqu'il permettra à la SA Resa Innovation et Technologie de relancer une procédure d'attribution de marché à laquelle la SRL Jardiparc pourra participer.

Ces éléments justifient à suffisance l'intérêt à intervenir de la SRL Jardiparc, de sorte qu'il y a lieu d'accueillir sa requête en intervention.

V. Recevabilité

V.1. Thèses des parties adverses

Dans leur note d'observations, les parties adverses contestent l'intérêt au recours de la partie requérante en faisant valoir ce qui suit :

« [...], la partie requérante fait grand cas du fait que les lots lui ont été initialement attribués. Elle oublie cependant que la décision initiale d'attribution a disparu de l'ordonnance juridique et que la seule chance de récupérer les différents lots si la procédure n'était pas arrêtée ne suffit pas à fonder son intérêt au cours. Il convient également qu'elle démontre qu'elle aurait été lésée par la violation invoquée. Or, cette condition n'est pas satisfaite, comme cela ressort de l'analyse du moyen unique auquel il est renvoyé ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 14 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 soumet la recevabilité du recours en annulation dirigé contre les décisions prises par les autorités adjudicatrices à deux conditions. D'une part, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir un marché déterminé. D'autre part,

il faut que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante. Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risquant de léser la partie requérante.

L'article 15 de la même loi rend les conditions précitées applicables au recours en suspension dirigé contre ces mêmes décisions.

En l'espèce, le moyen unique du recours est pris, en substance, d'une violation de la disposition conférant à un pouvoir adjudicateur le pouvoir, soit de renoncer à attribuer ou à conclure un marché, soit de recommencer la procédure, et d'une violation des dispositions imposant au pouvoir adjudicateur, s'il fait usage de ce pouvoir, une obligation de motivation.

Sans devoir se prononcer à ce stade sur le caractère sérieux ou non du moyen unique, il y a lieu de constater que les violations alléguées ont, à tout le moins, risqué de léser la partie requérante, qui avait introduit une offre régulière pour le marché litigieux et qui s'était vu attribuer le marché.

Dès lors, la partie requérante satisfait aux deux conditions précitées et justifie d'un intérêt au recours.

VI. Moyen unique

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

Le moyen unique est pris de la violation des articles 4, alinéa 1^{er}, 85 et 153 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4, 9°, et 5, 10°, 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, de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, notamment ses articles 1, 2 et 3, de l'erreur manifeste d'appréciation, des principes généraux d'égalité de traitement, de non-discrimination, de proportionnalité et de bonne administration et de l'excès de pouvoir.

La partie requérante estime que ces dispositions et principes sont violés, en ce que la partie adverse a décidé de renoncer à l'attribution des quatre lots du marché litigieux et de relancer une nouvelle procédure d'attribution du marché.

Dans une première branche, elle soutient que, dans le contexte particulier du marché, les motifs sur lesquels la partie adverse a fondé sa décision de renoncer à la passation du marché sont inexacts ou ne suffisent pas à justifier cette décision.

Dans une seconde branche, elle soutient que la décision de renoncer à la passation du marché et de relancer une nouvelle procédure de passation n'apporte aucun bénéfice aux parties adverses ou, si elle en apporte un (*quod non*), ces bénéfices sont largement inférieurs au préjudice causé à la partie requérante du fait de ne pas reprendre l'analyse du dossier (et procéder à la réfection de la décision d'attribution).

Elle en déduit que les parties adverses n'ont pas pu valablement renoncer à attribuer le marché et auraient dû reprendre l'analyse du dossier en l'état où la procédure se trouvait à la suite du retrait de la décision d'attribution du 15 janvier 2024, afin de procéder à la réfection de cette décision.

B. Note d'observations

La partie adverse répond que le moyen unique repose sur l'idée erronée selon laquelle tous les motifs invoqués par la partie adverse pour adopter sa décision seraient insuffisants, voire inexacts ou formulés pour les besoins de la présente cause.

Elle considère qu'en droit, l'adjudicateur dispose d'une appréciation discrétionnaire pour arrêter une procédure d'attribution et qu'en l'espèce, le pouvoir adjudicateur a formellement et valablement exposé les motifs de fait justifiant sa décision.

Elle relève que les considérations d'opportunité faites par la partie requérante sont insuffisantes à démontrer une prétendue erreur manifeste d'appréciation et à fonder la recevabilité du recours.

Elle soutient enfin que le moyen est irrecevable en ce qu'il invoque plusieurs dispositions légales, sans spécifiquement exposer en quoi celles-ci eussent été méconnues.

C. Requête en intervention

La partie intervenante relève qu'à de nombreuses reprises, la partie requérante évoque dans sa requête « un contexte particulier », des « circonstances

particulières » ou encore une « série d'éléments étonnants », dont il se déduirait que l'intention de la SA Resa Innovation et Technologie serait, pour le marché litigieux, « d'avantager d'autres soumissionnaires, et particulièrement la SRL Jardiparc ».

Elle observe aussi que la partie requérante met en cause « l'étanchéité du processus » et n'hésite pas à affirmer que la partie intervenante aurait bénéficié de « vents favorables lui ayant donné accès à certaines informations par nature confidentielle » pour introduire ses recours à l'encontre de la décision du 15 janvier 2024 de lui attribuer le marché. Elle estime que ces allégations sont péremptoires et contredites par les faits.

La partie intervenante rappelle ensuite l'historique de l'attribution du marché litigieux depuis 2012, c'est-à-dire à partir du moment où la partie requérante, selon ses propres termes, « s'est intéressée aux marchés publics lancés par Tecteo/RESA ».

Elle soutient aussi que la partie requérante manque de cohérence, puisque si elle considère réellement que les parties adverses ont, sous le couvert de l'acte attaqué, tenté d'avantager la partie intervenante, il lui appartient de soulever l'existence d'un détournement de pouvoir, en assumant les conséquences procédurales qui en découleront (*cf.* art. 17, § 9, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat), ce qu'elle ne fait toutefois pas.

Quant à la première branche en particulier, la partie intervenante affirme que, contrairement à ce que soutient la partie requérante, elle justifie bel et bien d'un intérêt à la critique de la régularité du critère de sélection, puisque, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, un soumissionnaire a toujours intérêt à soulever l'irrégularité d'un critère de sélection puisque « la méconnaissance de la réglementation applicable en matière de sélection qualitative est de nature à mettre en concurrence, dans le cadre de la comparaison des offres, une partie requérante avec d'autres entreprises indûment sélectionnées et de diminuer ainsi ses chances d'obtenir le marché » (C.E., arrêt n° 249.563 du 22 janvier 2021 ; C.E., arrêt n° 253.314 du 23 mars 2022).

Elle observe que la partie requérante ne remet pas en cause le constat selon lequel le critère de sélection litigieux était imprécis et, en conséquence, irrégulier. Elle demande d'en prendre acte.

Selon elle, il y a donc lieu de constater que le premier motif justifiant l'acte attaqué est bel et bien opérant et suffit, à lui seul, à fonder la décision de la partie adverse d'arrêter la procédure et d'en relancer une nouvelle.

Elle estime donc que la première branche du moyen n'est pas sérieuse.

Quant à la seconde branche du moyen, la partie intervenante soutient que la thèse de la partie requérante ne peut pas être suivie et met en exergue, à cet égard, deux éléments : premièrement, contrairement à ce qu'allègue la partie requérante, la partie adverse n'a pas « prolongé le marché actuellement confié à Jardiparc » et les supputations de la partie requérante à ce sujet sont sans fondement et erronées.

Deuxièmement, les montants que la partie requérante affirme avoir exposés à l'occasion des procédures lancées par la partie adverse sont particulièrement élevés et interpellant, *a fortiori* dès lors que ceux-ci sont sans commune mesure avec le prix extrêmement bas qu'elle a offert pour le marché litigieux. Elle précise, par ailleurs, que la partie requérante n'apporte aucune preuve de nature à étayer l'exactitude des montants dont elle se prévaut et estime que la partie requérante semble oublier que la participation au processus d'attribution d'un marché public implique le risque de supporter les frais d'établissement de l'offre dans le cas où il n'obtiendrait pas le marché.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à l'exception d'irrecevabilité partielle du moyen

Dans leur note d'observations, les parties adverses font valoir que « la partie requérante invoque la prétendue méconnaissance des articles 4, alinéa 1^{er} (principe d'égalité) et 85 – 153 (droit d'arrêter une procédure) de la loi du 17 juin 2016. Elle reste néanmoins en défaut de préciser, dans le corps de la requête, en quoi ces dispositions eussent été méconnues ».

Contrairement à ce que soutiennent les parties adverses, les développements de la requête ne se limitent pas à critiquer la motivation de l'acte attaqué. Ils mettent également en exergue en quoi, selon la partie requérante, les parties adverses auraient méconnu les limites de leur pouvoir de renoncer à attribuer un marché public et d'arrêter la procédure de passation. Par ailleurs, la requête comporte des développements, principalement dans la seconde branche du moyen, relatifs à une prétendue violation du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

L'exception d'irrecevabilité partielle est rejetée.

Quant à la première branche

L'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, que l'article 153 de la même loi rend applicable aux marchés publics passés dans les secteurs spéciaux, dispose que :

« L'accomplissement d'une procédure n'implique pas l'obligation d'attribuer ou de conclure le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit recommencer la procédure, au besoin d'une autre manière ».

L'article 4, 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 impose au pouvoir adjudicateur de rédiger une décision motivée lorsqu'il « renonce à la passation d'un marché et, le cas échéant, décide de lancer une nouvelle procédure de passation ». En vertu de l'article 5, 10°, de la même loi, la décision motivée comporte, dans cette hypothèse, « les motifs de droit et de fait pour lesquels l'autorité adjudicatrice a éventuellement renoncé à passer le marché et, le cas échéant, l'indication de la nouvelle procédure de passation suivie ».

Les articles précités de la loi du 17 juin 2013 sont une expression particulière, dans le contentieux des marchés publics, de l'obligation générale de motivation formelle des actes administratifs individuels, consacrée dans la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs.

Il ressort de l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 que la décision de renoncer à une procédure d'attribution d'un marché et d'éventuellement en recommencer une nouvelle relève du pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur qui fait ce choix en opportunité. Cette décision, pour qu'elle ne soit pas prise de façon arbitraire, doit toutefois être fondée sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, repris dans une motivation formelle.

L'obligation de motivation formelle, à laquelle le pouvoir adjudicateur est tenu, répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. Les motifs exprimés dans un acte administratif doivent être exacts et reposer sur les éléments du dossier administratif, celui-ci permettant de vérifier que les éléments retenus ne sont pas inexacts. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate

afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce. L'étendue nécessaire de la motivation dépend des circonstances dans lesquelles la décision est prise.

En l'espèce, l'acte attaqué intervient au terme d'une procédure de passation, jalonnée de plusieurs étapes et décisions prises par les parties adverses à savoir, le lancement d'une première procédure de passation de marché public par des avis de marché publiés les 25 et 30 novembre 2022, une décision de ne pas attribuer le marché du 7 juin 2023, le lancement d'une seconde procédure d'attribution d'un marché public par des avis de marché publiés les 23 et 28 juin 2023, une décision d'attribution du marché du 15 janvier 2024, une décision de retrait du 7 février 2024 et finalement la décision, attaquée, d'arrêter également la seconde procédure de passation de marché public.

La décision attaquée est formellement motivée comme il suit :

« Considérant que, en date du 15 janvier 2024, par la décision du collège de direction de RESA Innovation et Technologie SA en son nom et pour compte de RESA SA Intercommunale, il a été décidé d'attribuer les 4 lots du marché à la société Devillers sprl, Rue de l'Expansion, 10, 4460 Grâce-Hollogne.

Considérant qu'en suite de différents recours introduits pendant le délai de standstill par la sprl JARDIPARC et la nv KRINKELS, la décision précitée du 15 janvier 2024 a été retirée par une décision du 7 février 2024 pour les 4 lots, et il a été décidé de procéder à une nouvelle analyse du dossier ;

Considérant qu'en suite de cette analyse, il est apparu que le marché (en ce qu'il vise les 4 lots) aurait notamment gagné à être rédigé autrement pour satisfaire au besoin du pouvoir adjudicateur et que les conditions du marché auraient pu être davantage précisées.

Considérant qu'il est notamment apparu (i) qu'en ce qui concerne le critère de sélection relatif aux références de contrat d'entretien et d'aménagement d'espaces verts, ce dernier devrait être revu et être précisé en ce qui concerne le nombre exact de chantiers à démontrer par lot ; que la notion "cinquantaine" pourrait prêter à confusion et ne pas satisfaire à la précision requise par la réglementation des marchés publics en ce qui concerne l'exigence minimale ; qu'il s'agit, sur ce dernier point, d'une critique formulée par la sprl JARDIPARC dans ses recours ;

Considérant, en outre (ii), qu'en ce qui concerne le critère d'attribution lié à la "Qualité technique de l'offre au regard des exigences techniques du cahier des charges (proposition de l'utilisation d'une plateforme dans le dossier de soumission) : évaluation des fonctionnalités", tant la sprl JARDIPARC que la NV KRINKELS l'ont critiqué à l'appui de leur recours ; que ces recours ont mis en exergue l'ambiguïté éventuelle dans le libellé du critère ; que, cependant, il n'entraîne pas dans l'intention du pouvoir adjudicateur d'apprécier qualitativement chacune des fonctionnalités, mais bien d'octroyer des points si une fonctionnalité était proposée par le soumissionnaire, sans appréciation qualitative du contenu de la fonctionnalité proposée ; que le critère d'attribution tel que libellé et interprété par la sprl JARDIPARC et la NV KRINKELS ne correspond dès lors pas à la volonté du pouvoir adjudicateur ;

Considérant qu'enfin (iii), en ce qui concerne l'inventaire des prix, ce dernier devrait être modifié pour davantage refléter les besoins du pouvoir adjudicateur ; qu'en suite d'un réexamen du dossier, il est en effet apparu que les postes relatifs aux "travaux occasionnels" doivent être revus.

Considérant qu'il s'indique de revoir le programme des besoins et les documents du marché, notamment en ce qui concerne l'inventaire des prix et les critères de sélection et d'attribution ; qu'il n'est plus possible de modifier tous ces aspects à ce stade de la procédure ; qu'il s'indique dès lors d'arrêter la procédure en cours ;

Considérant qu'à titre surabondant, il convient de constater que le délai de validité des offres des 4 lots est dépassé ».

Quant au premier motif

Le premier motif sur lequel l'acte attaqué se fonde tient à l'imprécision d'un critère de sélection lié à la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires et, plus particulièrement, du critère relatif aux références de contrats d'entretien et d'aménagement d'espaces verts.

Ce critère de sélection est libellé dans l'avis de marché publié au Bulletin des Adjudications du 23 juin 2023 comme il suit :

« 5. Une liste de minimum 3 références de contrats d'entretien et d'aménagement d'espaces verts passés au cours des 5 dernières années. Chaque référence contractuelle doit compter au moins une cinquantaine de chantiers. Le dossier reprenant les références devra inclure les lieux de travail et les coordonnées des clients ».

La partie requérante soutient que les motifs sur lesquels repose l'acte attaqué sont inexacts ou ne suffisent pas à justifier la décision de renoncer à la passation du marché public et que le caractère sérieux des moyens pris en considération par les parties adverses pour arrêter la procédure est contestable. Concernant le premier motif en particulier, la partie requérante soutient que le moyen dirigé contre le critère de sélection susvisé, dans le recours que la partie intervenante a dirigé contre la décision d'attribution du marché du 15 janvier 2024, ne mettait pas sérieusement en danger la validité d'une nouvelle décision d'attribution du marché, puisque la partie intervenante n'avait pas d'intérêt au moyen. Les parties adverses estiment, d'une part, que l'adaptation d'un critère de sélection afin de le préciser constitue un motif admissible pour mettre un terme à une procédure de marché public et, d'autre part, qu'un soumissionnaire, même s'il a satisfait à un critère de sélection, a intérêt à critiquer la légalité de celui-ci, afin de s'assurer d'être mis en concurrence avec des opérateurs économiques capables d'exécuter le marché. La partie intervenante soutient qu'elle avait bien un intérêt à la critique. À l'audience, elle précise encore que la question pertinente n'est pas de savoir si elle avait intérêt au non à critiquer le critère de sélection dans le cadre de

son recours contre la décision d'attribution du marché, mais de savoir si le critère de sélection litigieux est régulier ou non, étant donné que les parties adverses ont une obligation de ne pas attribuer un marché public de manière irrégulière. Elle observe également que la partie requérante ne conteste pas que le critère de sélection est imprécis et donc irrégulier.

La réponse à la question de savoir si la partie intervenante disposait ou non d'un intérêt à critiquer la légalité du critère de sélection, dans le cadre du recours dirigé contre la décision d'attribution du marché du 15 janvier 2024, est sans pertinence - et ne doit pas être tranchée - pour déterminer si la partie adverse a légalement pu fonder l'acte attaqué sur un motif tenant à l'imprécision d'un critère de sélection. En effet, une décision d'arrêter une procédure de marché public peut, en soi, être fondée sur un motif lié à l'imprécision d'un critère de sélection, peu importe si l'attention du pouvoir adjudicateur quant à cette imprécision a été attirée par un candidat ou soumissionnaire qui avait ou non un intérêt à la critiquer.

Cela étant, la partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle avance que le critère de sélection en question se prête à une confusion telle qu'elle justifierait de mettre un terme à la procédure d'attribution du marché public en l'espèce. Le terme « cinquantaine » de chantiers que doit compter chacune des trois références exigées vise en effet un chiffre entre 50 à 59, ce qui n'est pas d'une imprécision telle qu'il en ressortirait une absence de niveau d'exigence approprié requis par l'article 65, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, rendu applicable aux secteurs spéciaux par l'article 70 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux. Dès lors, la prétendue imprécision du terme « cinquantaine » de chantiers que doit compter chacune des trois références, n'est pas un motif suffisamment pertinent pour fonder la décision, attaquée, d'arrêter la procédure d'attribution du marché.

Quant au deuxième motif

Le deuxième motif sur lequel se fonde l'acte attaqué concerne le critère d'attribution relatif à la « Qualité technique de l'offre au regard des exigences techniques du cahier des charges (proposition de l'utilisation d'une plateforme dans le dossier de soumission) : évaluation des fonctionnalités », pondéré à concurrence de 20 points.

Ce critère d'attribution est rédigé comme il suit dans le cahier spécial des charges régissant la seconde procédure d'attribution du marché (2023096-S) :

2	Qualité technique de l'offre au regard des exigences techniques du cahier des charges (proposition de l'utilisation d'une plateforme dans le dossier de soumission) : évaluation des fonctionnalités	20

P. 7

RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE SA EN SON NOM ET POUR COMPTE DE RESA SA
INTERCOMMUNALE Réf.: 2023096-S

2.1	Planification des travaux dans un agenda	4
	-	
2.2	Rapports de chantier incluant des photos datées avant (5) et après (5) les travaux	4
	-	
2.3	Suivi des chantiers (commune par commune)	2
	-	
2.4	Possibilité de rapports via fichiers structurés (Excel, csv,...) (listing des prestations, état d'avancement financier)	4
	-	
2.5	Géolocalisation des équipes en temps réel	4
	-	
2.6	Possibilité d'encodage de plaintes riverains ou des communes	2
	-	
Pondération totale des critères d'attribution :		100

Une certaine valeur a été attribuée à chaque critère. Sur la base de l'évaluation de tous ces critères, tenant compte de la valeur attribuée à chacun, le marché sera attribué au soumissionnaire présentant l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur.

Les clauses techniques du cahier spécial des charges précisent que la proposition d'une plateforme informatique est « un plus dans la mesure où elle facilite les opérations de contrôles, suivis et optimisation des coûts. C'est la raison pour laquelle le pouvoir adjudicateur valorisera, à hauteur de 20%, les fonctionnalités de cette plateforme » et que « les fonctionnalités valorisées à travers les critères d'attribution (lire : le critère d'attribution) seront :

- planification des travaux dans un agenda
- Suivi de chantiers (commune par commune)
- rapports de visite incluant des photos avant et après travaux
- possibilité de rapports via fichiers structurés (Excel, csv,...) (listing des prestations, état d'avancement financier)
- géolocalisation des équipes en temps réel
- la possibilité d'encodage des plaintes riverains ou communes » et « La plateforme sera évaluée telle qu'elle existe au moment de la remise des offres ».

Il ressort de la motivation formelle de la décision d'attribution du marché du 15 janvier 2024 que la partie adverse avait attribué, pour ce critère d'attribution, le même nombre de points aux trois offres introduites respectivement par la partie requérante, la SA Krinkels et la partie intervenante, à savoir 20/20. L'attribution des points était motivée, pour chacun des sous-critères et pour chacun des quatre lots, exactement de la même manière.

Concrètement, tant pour l'offre de la partie requérante que pour celle de la partie intervenante et celle de la SA Krinkels, la partie adverse a considéré, pour les quatre lots, que (1) « l'agenda proposé dans l'offre nous permet de constater la possibilité de planifier les travaux » (pour le premier sous-critère intitulé « Planification des travaux dans un agenda ») ; (2) qu'« il ressort de l'analyse technique que les rapports de chantier proposés correspondent totalement aux exigences de notre cahier des charges » (pour le deuxième sous-critère d'attribution intitulé « Rapports de chantier incluant des photos datées avant (5) et après (5) les travaux ») ; (3) que « nous constatons que le suivi des chantiers pourra bien être effectué commune par commune » (pour le troisième sous-critère intitulé « Suivi des chantiers (commune par commune) ») ; (4) que « nous retrouvons bien dans l'offre, la possibilité de rapports via certains fichiers structurés » (pour le quatrième sous-critère intitulé « Possibilité de rapports via fichiers structurés (Excel, csv,...) (listing des prestations, état d'avancement financier) ») ; (5) que « les équipes pourront bien être géolocalisées en temps réel » (pour le cinquième sous-critère intitulé « Géolocalisation des équipes en temps réel ») ; (6) et que « les plaintes des riverains ou des communes pourront être encodées comme exigées dans le document du marché » (pour le sixième sous-critère intitulé « Possibilité d'encodage de plaintes riverains ou des communes »)

Cette manière d'évaluer les offres a été critiquée par la partie intervenante et la SA Krinkels dans les recours en suspension d'extrême urgence qu'elles ont introduits contre la décision d'attribution du marché du 15 janvier 2024 (G/A 241.085/VI- 22.741) et (G/A 241.118/VI-22.747). Elles y ont soutenu que les parties adverses ont neutralisé le critère d'attribution et n'ont pas réellement procédé à une comparaison des offres.

Les parties adverses indiquent dans leur note d'observations et à l'audience que le critère d'attribution en question a été critiqué par la SA Krinkels et la partie intervenante dans leurs recours contre la décision d'attribution du 15 janvier 2024 et qu'en réalité, la volonté des parties adverses était d'octroyer des points à des soumissionnaires offrant les fonctionnalités décrites, mais sans opérer d'appréciation qualitative sur le contenu de ces fonctionnalités. Elles soutiennent dans leur note d'observations que « c'est précisément en raison de la précédente procédure que la partie adverse s'est rendu compte que ce qui pouvait constituer une plus-value dans l'exécution du marché était la mise à disposition d'une plateforme offrant certaines fonctionnalités identifiées par la partie adverse. La procédure étant ouverte à tout opérateur économique, d'autres opérateurs auraient pu être sélectionnés et déposer offre sans disposer d'une plateforme reprenant tout ou partie des fonctionnalités. Dans tous les cas, il n'entrait pas dans les intentions de la partie adverse de les

apprécier : c'est d'autant plus le cas qu'il aurait été compliqué pour la partie adverse de procéder à une telle évaluation ».

La nécessité de modifier ou d'améliorer les documents du marché peut en soi constituer un motif admissible pour fonder une décision de renoncer à l'attribution d'un marché public.

Au regard des circonstances du cas d'espèce toutefois, le motif selon lequel le critère d'attribution relatif à la plateforme informatique ne correspond pas à la volonté du pouvoir adjudicateur car ce dernier n'a, en réalité, pas voulu apprécier le contenu des fonctionnalités mais uniquement leur existence, ne permet pas de fonder adéquatement la décision attaquée.

Tout d'abord, les clauses techniques du cahier spécial des charges relatives à la plateforme informatique citées ci-dessus et le libellé du critère d'appréciation (qui fait expressément référence à une « évaluation des fonctionnalités ») font apparaître, sans équivoque, que la partie adverse avait l'intention de procéder à une « évaluation des fonctionnalités », évaluation qui doit impliquer, en toute logique, une évaluation non seulement de l'existence mais également du contenu de ces fonctionnalités. Par ailleurs, il ressort d'un examen effectué en urgence qu'aucun autre passage dans les documents du marché ne traduit une volonté du pouvoir adjudicateur d'évaluer uniquement l'existence des fonctionnalités de la plateforme et non pas leur contenu.

En outre, contrairement à ce qu'indiquent les parties adverses, la partie intervenante et la SA Krinkels n'ont pas critiqué, dans leurs recours contre la décision d'attribution du marché du 15 janvier 2024, le critère d'attribution du marché relatif à la plateforme informatique en tant que tel, mais ont critiqué uniquement la manière dont la partie adverse a évalué les trois offres au regard de ce critère. La clarté du critère n'a donc pas été mise en cause dans ces recours.

Plus fondamentalement, le fait que le critère d'attribution du marché litigieux ne correspondrait pas à la volonté réelle du pouvoir adjudicateur se trouve contredit (i) par la circonstance que les parties adverses ont procédé (et donc pu procéder) à l'attribution du marché public en cause – en évaluant d'ailleurs les caractéristiques et le contenu des fonctionnalités requises comme il ressort de la motivation de la décision d'attribution du marché du 15 janvier 2024 et (ii) par le fait que la prétendue inadéquation entre le critère d'attribution et la volonté réelle du pouvoir adjudicateur n'a pas constitué le motif qui a justifié le retrait de la décision d'attribution du marché, pourtant tout juste antérieur à l'adoption de l'acte attaqué. Le retrait de la décision d'attribution était fondé, comme indiqué dans l'exposé des

faits, uniquement sur un motif lié à une vérification des prix non suffisamment étayée.

Compte tenu de ces éléments, l'affirmation selon laquelle la volonté réelle des parties adverses n'était pas d'évaluer le contenu des fonctionnalités de la plateforme informatique proposées par les soumissionnaires, mais seulement l'existence de ces fonctionnalités, se trouve contredite par le dossier administratif. Le même constat s'impose pour le motif, exprimé dans l'acte attaqué, tiré de l'ambiguïté du critère d'attribution et de son inadéquation avec la volonté réelle du pouvoir adjudicateur.

L'examen du dossier administratif fait plutôt apparaître que ce motif a surgi pour la première fois au stade final de la procédure de passation.

À un tel stade, qui est au demeurant postérieur à l'ouverture des offres, un changement soudain de la volonté du pouvoir d'adjudicateur quant à la manière d'apprécier les offres doit faire l'objet d'une motivation renforcée et ne peut pas constituer, à lui seul, un motif pour fonder une décision d'arrêt d'une procédure d'attribution. Admettre le contraire reviendrait à permettre à un pouvoir adjudicateur de fonder une décision d'arrêter une procédure de passation sur un motif purement potestatif et donc potentiellement arbitraire.

En conséquence, le deuxième motif n'est pas suffisant pour fonder l'acte attaqué.

Quant au troisième motif

Le troisième motif sur lequel est fondé l'acte attaqué concerne le poste « travaux occasionnels » dans l'inventaire des prix.

Tel qu'il est exprimé dans la motivation formelle de l'acte attaqué, ce motif ne permet pas de comprendre pourquoi il serait justifié d'arrêter la procédure d'attribution du marché en l'espèce. En effet, les indications selon lesquelles l'inventaire des prix « devrait être modifié pour davantage refléter les besoins du pouvoir adjudicateur » et « les postes relatifs aux “travaux occasionnels” doivent être revus » ne sont pas suffisamment précises pour constituer un motif susceptible de fonder une décision de renoncer à un marché.

Dans la note d'observations et à l'audience, les parties adverses complètent *a posteriori* la motivation de l'acte attaqué en indiquant qu'il est « apparu que le poste relatif aux travaux occasionnels était surestimé et gonflé par

rapport à la réalité du besoin du pouvoir adjudicateur », que « le montant des travaux occasionnels représente en moyenne 27,19 % du montant total de l'inventaire des prix alors que, dans les faits, le montant de ces travaux est résiduel, ne correspondant qu'à 9,76 % et ne représente que 2 à 4 commandes par an (...) » et que « la décomposition actuelle de l'inventaire des travaux occasionnels est telle que la partie adverse serait confrontée, en exécution, à des difficultés de contrôle de la réalité des prestations effectuées par les opérateurs économiques ».

Comme il est dit ci-dessus, ces explications sont tardives puisqu'elles ne sont pas exprimées dans la motivation formelle de l'acte attaqué.

Au surplus, et en tout état de cause, il y a lieu d'observer que le marché public litigieux est un marché à bordaux de prix, défini par le cahier spécial des charges et l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux (article 2, 4°) comme le marché « dans lequel les prix unitaires des différents postes sont forfaitaires et les quantités, pour autant que des quantités soient déterminées pour les postes, sont présumées ou exprimées dans une fourchette. Les postes sont portés en compte sur la base des quantités effectivement commandées et mises en œuvre ». Ainsi, les quantités exprimées dans la « liste des travaux occasionnels » en annexe 4 du cahier spécial des charges sont des quantités présumées et les soumissionnaires étaient invités à remettre un prix unitaire et un prix annuel, pour chaque sous-poste de la liste des travaux occasionnels, sur la base de ces quantités présumées, ce qu'ils ont fait. Ces quantités présumées doivent être prises en compte pour la comparaison des offres. Pour l'exécution du marché, les postes portés en compte le sont sur la base des quantités effectivement commandées et mises en œuvre.

Il en résulte que les parties adverses demeuraient libres, au cours de l'exécution du marché, de ne commander pour le poste « travaux occasionnels » que les prestations qui correspondent effectivement à leurs besoins.

Les explications selon lesquelles ce poste serait « gonflé par rapport à la réalité du besoin du pouvoir adjudicateur » et que les parties adverses seront confrontées à des « difficultés de contrôle au cours de l'exécution du marché » sont donc non seulement tardives, mais encore inexactes.

Quant au motif « surabondant »

Le dernier motif sur lequel se fonde l'acte attaqué, qualifié de surabondant dans la motivation formelle de l'acte attaqué, tient au dépassement du délai de validité des offres pour les quatre lots.

Il ressort du cahier spécial des charges que les soumissionnaires sont liés par leurs offres pendant un délai de 90 jours calendrier à compter de la date limite de la réception des offres et que ce même délai est automatiquement reconduit pour une même durée à partir de la date de réception de chaque offre négociée.

L'article 8, § 2, 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 dispose que :

« La communication visée au § 1^{er} ne crée aucun engagement contractuel à l'égard du soumissionnaire retenu et suspend le délai durant lequel les soumissionnaires restent engagés par leur offre, pour autant qu'un tel délai et l'article 11 soient applicables.
Pour l'ensemble des offres introduites pour ce marché ou cette concession, la suspension de ce délai prend fin :
1° à défaut de demande de suspension visée à l'article 11, alinéa 2, à l'issue du dernier jour de la période visée à l'article 11, alinéa 1^{er} ;
2° en cas de demande de suspension visée à l'article 11, alinéa 2, au jour de la décision de l'instance de recours visée à l'article 15 ;
3° en tout cas au plus tard 45 jours après la communication visée au § 1^{er} ».

En l'espèce, la date limite pour le dépôt des offres initiales était fixée par le cahier spécial des charges au 20 novembre 2023. Cette date a été reportée pour les offres initiales au 27 novembre 2023. Les soumissionnaires ont été invitées ensuite à déposer une offre finale pour le 13 décembre 2023.

Le formulaire d'offre de l'offre finale de la partie requérante a été signé le 27 novembre 2023, mais la partie requérante indique, sans être contredite par les parties adverses, avoir déposée son offre finale le 13 décembre 2023. Les offres finales de la partie intervenante et de la SA Krinkels ont été signées le 13 décembre 2023, ce qui indique qu'elles ont été déposées le même jour. La validité de ces offres expirait donc en principe le 12 mars 2024.

La décision d'attribution du marché du 15 janvier 2024 a toutefois été communiquée par courrier recommandé et par courrier électronique le 19 janvier 2024, soit le 37^e jour du délai de validité des offres finales. Cette communication a eu pour effet de suspendre le délai de validité des offres pour une durée de 45 jours, soit jusqu'au 4 mars 2024 à minuit. Le délai de validité des offres restant (53 jours), qui a recommencé à courir le 5 mars pour expirer le 26 avril 2024 à minuit.

Or, la décision attaquée date du 3 avril 2024. Le motif tenant au dépassement du délai de validité des offres est donc inexact.

Surabondamment, il y a lieu de constater que le motif est peu pertinent pour fonder la décision attaquée puisque c'est précisément le pouvoir adjudicateur qui peut demander une prolongation du délai de validité des offres pour empêcher l'expiration de la validité de celles-ci.

Il suit de l'ensemble de ce qui précède que la première branche du premier moyen est sérieuse.

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'emporterait sur ses avantages.

VIII. Confidentialité

La partie requérante demande de garantir la confidentialité de ses offres (pièces 10, 14, 22 et 24 de son dossier de pièces) et des pièces contenant des détails financiers de son chiffre d'affaires et de ses prix (pièces 35 et 36).

Les parties adverses déposent à titre confidentiel les offres initiales et finales de la partie requérante, de la partie intervenante et de la SA Krinkels (pièces A à F du dossier administratif). Elles déposent également à titre confidentiel un tableau comparatif des offres, l'historique des commandes des années 2018 à 2022, des échanges de courriels concernant des problèmes d'exécution de la partie requérante et une nouvelle ébauche d'inventaire des prix (pièces G à J du dossier administratif).

La partie intervenante demande le respect de la confidentialité de ses offres initiale et finale qu'elle ne dépose pas.

Ces demandes n'étant pas contestées, il convient, 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 SRL Jardiparc est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision « de RESA Innovation et Technologie (agissant en son nom et pour compte de RESA) du 3 avril 2024, notifiée par courrier recommandé daté du 3 avril 2024 et par courrier électronique du 12 avril 2024, par laquelle celle-ci a décidé d'arrêter la procédure d'attribution du marché « Entretien des espaces verts aux abords des postes 70/15 kv, cabines réseau (gaz et électricité) » - 4 lots (lot 1 zone 1 ; lot 2 zone 2 ; lot 3 zone 3 ; lot 4 zone 4) en vertu des articles 85 et 153 de la loi du 17 juin 2016 et de charger ses services de procéder à la rédaction de nouveaux documents de marché en vue d'une relance ultérieure du marché – 4 lots » est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 10, 14, 22, 24, 35 et 36 du dossier de la requérante et les pièces A à J du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 10 juin 2024, par la VI^e chambre du
Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Michèle Belmessieri,	conseillère d'État, présidente f.f.,
Nathalie Roba,	greffière.

La greffière,

La Présidente,

Nathalie Roba

Michèle Belmessieri