

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LA PRÉSIDENTE DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

n° 260.489 du 12 août 2024

A. 242.577/VI-23.085

En cause :

1. **la société anonyme MODAL INSTALLATION,**
2. **la société anonyme CONSTRUCTEL BELGIUM,**
ayant toutes deux élu domicile chez
M^e Nathalie TISON, avocat,
rue Jules Destrée 72
6001 Marcinelle,

contre :

1. **la société anonyme RESA Innovation et Technologie,**
2. **la société anonyme RESA,**
ayant toutes deux élu domicile chez
M^{es} Christophe DUBOIS, Isabelle VAN KRUCHTEN et
Baptiste CONVERSANO, avocats,
chaussée de La Hulpe 185
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 26 juillet 2024, les parties requérantes demandent, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision du collège de direction de la société anonyme (SA) RESA Innovation et Technologie du 10 juillet 2024 ayant pour objet, notamment, de ne pas sélectionner leur candidature au marché public de travaux dans les secteurs spéciaux pour le « déploiement en masse de compteurs communicants » (« cahier des charges n° 2024038-T relatif au marché "MP conjoint entre RESA et ORES : Déploiement en masse des compteurs communicants" ») et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 29 juillet 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 9 août 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.

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

M^e Nathalie Tison, avocate, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Baptiste Conversano, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Esther Rombaux, auditeur 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 donnent les parties adverses, les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme il suit :

- « 1. Les parties adverses ont publié le 2 mai 2024 un avis de marché de travaux conjoint lancé avec ORES ayant pour objet le déploiement en masse des compteurs communicants.

Le marché est lancé par procédure négociée avec publication préalable d'un appel à la concurrence.

2. L'objet du marché est décrit de la manière suivante :

Dans le cadre de ce marché, le Pouvoir adjudicateur RESA Innovation et Technologie SA en son nom et pour compte de RESA SA Intercommunale, agit au nom et pour compte d'ORES. Contexte : Le déploiement des compteurs communicants en Wallonie est encadré par le décret du 12/04/2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité modifié par le décret du 18/07/2018. Ce décret devrait prochainement être modifié pour acter l'accélération de ce déploiement en vue d'atteindre 100 % de compteurs communicants à l'horizon de fin 2029. RESA et ORES souhaitent se préparer à cette accélération du déploiement et prévoient de faire appel à la sous-traitance pour les assister dans ce déploiement. Les volumes de compteurs en électricité potentiellement confiés à des sous-traitants sont les suivants :
• 400.000 compteurs pour RESA • entre 700.000 et 900.000 compteurs pour ORES. Le marché inclut également la prise en charge du parcours client et l'échange automatisé de données entre les systèmes informatiques du soumissionnaire et ceux de RESA et ORES.

3. Cet avis fixe notamment les critères de sélection, et notamment le critère suivant :

Capacité technique et professionnelle

Le Pouvoir adjudicateur accorde une importance capitale à la sécurité de ses réseaux. En accord avec la manière dont le candidat compte exécuter le marché, il devra apporter la preuve qu'il a une certification de type VCA (* ou **) ou de type ISO 45001:2018 ou toute autre certification équivalente qui sera soumise à [...] l'analyse du pouvoir adjudicateur. Si le candidat est certifié VCA et qu'il entend recourir à la sous-traitance, il [...] devra impérativement être certifié VCA**, sauf pour certaines opérations spécifiques (ex : transport) validée[s] par le pouvoir adjudicateur. Le sous-traitant du candidat devra être au minimum certifié VCA* ou ISO 45001:2018 ou toute autre certification équivalente, sauf dans le cadre d'opérations spécifiques (ex : transport) validées par le pouvoir adjudicateur. Documents à transmettre si le soumissionnaire compte recourir à la sous-traitance, pour tout ou partie du marché : - le nom ou la liste des sous-traitants (coordonnées, mails, n° de TVA) ; - la partie du marché à sous-traiter ; - l'engagement écrit de tous les sous-traitants à exécuter tout ou partie du marché ; - le DUME ; - la preuve que le sous-traitant est au minimum certifié de type VCA* ou certifié de type ISO 45001:2018 ou toute autre certification équivalente. Cependant sont dispensés les sous-traitants repris dans le cadre de certaines opérations spécifiques (ex. transport, ...) validées par le pouvoir adjudicateur. - l'agrégation P1 si la partie sous-traitée le nécessite.

4. 6 candidatures sont déposées pour les 3 lots. Les parties requérantes déposent offre pour tous les lots.

5. Après examen des candidatures, un rapport de sélection est rédigé. Sur cette base, la décision attaquée est adoptée le 10 juillet 2024.

6. Le 15 juillet 2024, les parties adverses informent les requérantes que le Collège de Direction a décidé de ne pas retenir leur candidature pour les trois lots. Elle précise qu'elles ne satisfont pas aux exigences techniques minimales et communique aux requérantes les motifs de leur non-sélection conformément à la loi du 17 juin 2013, à savoir :

Pour les sociétés Modal et Constructel formant la SM Constructel, aucun VCA n'a été fourni pour Modal et le VCA de Constructel porte un objet qui n'est pas en lien avec l'objet du marché et avec la nature des travaux.

7. Le 19 juillet 2024, les parties requérantes sollicitent par le biais de leur conseil la copie du dossier administratif.

8. Le 22 juillet 2024, les parties adverses communiquent au conseil des requérantes la décision d'approbation de la sélection qualitative et l'avis de marché.

La décision d'approbation de la sélection qualitative constitue un des actes attaqués ».

IV. Irrecevabilité de la demande de suspension

IV.1. Thèses des parties

Les parties requérantes exposent qu'elles ont déposé leur candidature en vue de se voir attribuer le marché et, partant, ont un intérêt à l'obtenir. Elles ajoutent qu'elles ont été lésées par les violations alléguées – à savoir l'erreur quant à la prétendue absence de respect des exigences techniques minimales et l'absence de motivation y relative – au motif que, sans celles-ci, leur candidature aurait été retenue. Elles font ainsi valoir que la suspension de l'exécution de l'acte attaqué leur permettrait de disposer « d'une nouvelle chance de voir leur candidature retenue et, par la suite, de se voir attribuer le marché, en manière telle qu'elles justifient d'un intérêt au présent recours ».

Les parties adverses soulèvent une exception d'irrecevabilité de la demande pour défaut d'intérêt dans le chef des parties requérantes, celles-ci n'ayant pas contesté un des deux motifs de non-sélection. Elles soutiennent que la demande de suspension est irrecevable dès lors qu'elle ne satisfait pas à la condition de soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risquant de léser les requérantes. Elles rappellent le contenu de 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' en indiquant qu'il est à lire en combinaison avec l'article 15 de la même loi. Elles font valoir que l'intérêt au recours n'est pas démontré à suffisance par le fait que les requérantes ont eu un intérêt à obtenir le marché litigieux et que, pour être recevable, le recours doit, en outre, soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé les requérantes ou risquant de les léser.

Elles relèvent qu'en l'espèce, la motivation de l'acte attaqué fait apparaître deux motifs de non-sélection, chacun se suffisant à lui seul pour conclure à la non-satisfaction du critère de sélection, à savoir, d'une part, le fait qu'aucun VCA n'a été fourni pour Modal et, d'autre part, le fait que le VCA de Constructel porte sur un objet qui n'est pas en lien avec l'objet du marché et avec la nature des travaux. Or, elles constatent que les requérantes s'abstiennent de critiquer et ne contestent d'ailleurs pas que Modal ne dispose d'aucune certification de type VCA ou équivalente.

Elles considèrent qu'à défaut d'avoir contesté un motif déterminant qui suffit, à lui seul, à fonder l'acte attaqué, l'irrégularité soulevée par les requérantes – qui concerne la satisfaction au critère de sélection de la certification – ne les a pas lésées ni risqué de les léser, puisque la décision de ne pas retenir leur candidature peut se fonder sur le seul motif – non contesté – qu'elles n'ont pas produit de certification pour Modal. Jurisprudence à l'appui, elles en infèrent que le recours doit être déclaré irrecevable à défaut d'intérêt dans le chef des requérantes.

À titre complémentaire, elles formulent les observations suivantes :

- La motivation reprend expressément qu'aucun VCA n'a été fourni par Modal et la conjonction « et » ne fait aucun doute sur le double motif : si les parties requérantes devaient soulever un nouveau moyen à cet égard en suite de la réception de la note d'observations, celui-ci serait tardif parce que connu au moment de l'introduction de la demande en suspension et devrait être rejeté ;
- Tous les membres des « autres » groupements ayant déposé une candidature ont satisfait à ce critère de sélection et, partant, le principe d'égalité de traitement est respecté ;
- Selon la jurisprudence, l'exigence de certification de type VCA dans le chef de chaque membre du groupement amené à exécuter le marché est justifiée au vu de l'importance capitale apportée par les parties adverses à la sécurité, de l'intervention des deux parties requérantes dans des proportions égales et de manière identique dans l'exécution du marché et de l'avis de marché qui insiste sur le fait que chaque entité, en ce compris leur sous-traitant, doit disposer d'une telle certification (ou équivalente).

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

1. L'article 15 de loi du 17 juin 2013 dispose que l'instance de recours peut ordonner la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 de la même loi, c'est-à-dire pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, 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.

2. En l'espèce, l'intérêt au recours n'est pas établi par le seul fait que les sociétés requérantes ont ou ont eu un intérêt à obtenir le marché parce qu'elles ont déposé offre. La perspective de disposer « d'une nouvelle chance de voir leur candidature retenue et, par la suite, de se voir attribuer le marché » ne permet pas, en soi, de justifier d'un intérêt à agir.

Pour que le recours soit recevable, les violations alléguées au moyen unique et qui sont dirigées contre le motif de non-sélection relatif à la certification VCA de la société momentanée candidate au marché doivent léser ou risquer de léser les requérantes.

Au titre de critère de sélection qualitative relatif à la capacité technique et professionnelle, l'avis de marché exigeait, notamment la production d'une certification de type VCA ou de type ISO 45001:2018 ou toute autre certification équivalente, sauf pour certaines opérations spécifiques (ex : transport) validées par le pouvoir adjudicateur.

Bien que cela ne soit pas mentionné explicitement dans l'avis précité, il ressort de la logique même de cette exigence et d'une lecture globale de cet avis que toute personne susceptible de participer à l'exécution du marché doit être titulaire de la certification. Il en est *a fortiori* ainsi de chaque opérateur économique associé qui compose la société momentanée candidate au marché et qui, conformément à l'article 1^{er} du contrat de société momentanée intégrée, s'oblige à poursuivre la réalisation de l'objet de la société qui porte notamment sur l'exécution du marché.

Cette conclusion est confirmée par les mentions, dans l'avis de marché, de l'importance capitale que le pouvoir adjudicateur donne à la sécurité des réseaux et de l'exigence de cette certification dans le chef de tout sous-traitant ainsi que par la mention expresse, dans celui-ci, que, pour d'autres critères de sélection, l'exigence imposée ne doit être respectée que par un des membres de l'association momentanée. Ainsi, par exemple, pour le critère de la possession d'une expérience prouvée dans le déploiement de compteurs d'électricité avec un volume minimal de 25.000 compteurs, il est précisé qu'« [e]n cas d'association momentanée, ce nombre vaut pour l'ensemble des membres et il suffit qu'un des membres ait l'expérience », mention inexistante pour le critère de la certification VCA.

Il ne peut en outre être tiré argument de la fusion prochaine des deux opérateurs économiques associés de la société momentanée candidate au marché, puisque cette fusion n'était encore qu'au stade de projet au moment de l'adoption de l'acte attaqué – et n'est d'ailleurs toujours pas actée au jour de l'audience – et qu'il ne peut être reproché à un pouvoir adjudicateur attentif à la sécurité de se prononcer sur la base de la situation juridique en vigueur au moment où il statue.

3. La décision de ne pas retenir la candidature des requérantes est motivée comme suit :

« Pour les sociétés Modal et Construc[t]el formant la SM Construc[t]el, aucun VCA n'a été fourni pour Modal et le VCA de Construc[t]el porte un objet qui n'est pas en lien avec l'objet du marché et avec la nature des travaux ».

Le moyen unique soulevé dans la requête porte exclusivement sur l'erreur quant à la prétendue absence de respect des exigences techniques minimales et l'absence de motivation y relative dans le chef de la candidature de la seconde

requérante pour laquelle le VCA « porte sur un objet qui n'est pas en lien avec l'objet du marché et avec la nature des travaux ». Les parties requérantes ne critiquent, nulle part dans leur requête, le motif de la non-sélection de la première requérante relatif au défaut de production d'un VCA. À l'audience, elles admettent d'ailleurs que celle-ci n'est pas titulaire de la certification exigée. Or, comme le relèvent les parties adverses, il s'agit d'un motif déterminant qui suffit, à lui seul, à fonder la décision de ne pas sélectionner les requérantes.

Dès lors, les irrégularités, invoquées à l'appui du moyen unique de la requête, qui concernent la seule certification de la seconde requérante ne suffisent pas, à elles seules, à justifier d'une lésion ou d'un risque de lésion dans le chef des requérantes puisque l'acte attaqué peut se fonder sur le seul motif qu'elles n'ont pas produit de certification pour la première requérante.

Prima facie, les parties requérantes ne justifient pas d'un intérêt au recours et la demande de suspension est irrecevable.

VI. Confidentialité

Les parties adverses déposent, à titre confidentiel et à l'attention unique du Conseil d'État, les candidatures des soumissionnaires de manière à ne pas nuire au secret des affaires, à la procédure de passation du marché actuellement en cours et au principe de concurrence. Il s'agit des « pièces confidentielles » A à G du dossier administratif.

Ces dépôts n'étant pas contestés, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées et, dans la même logique, d'étendre cette confidentialité à la candidature des parties requérantes, soit la pièce n° 7 annexée à la requête.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces « confidentielles » A à G du dossier administratif et la pièce n° 7 annexée à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 12 août 2024, par la VI^e chambre des vacations du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Laure Demez,	conseillère d'État, présidente f.f.,
Florence Van Hove,	greffière.

La Greffière,

La Présidente,

Florence Van Hove

Laure Demez