

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 213.294 du 17 mai 2011

G./A.200.031/VI-19.097

En cause : **la société anonyme I.B.V. & Cie,**

ayant élu domicile chez
Me Pierre RAMQUET, avocat,
Ilot Saint-Michel,
place Verte, n° 13,
4000 Liège,

contre :

l'Université de Liège,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Véronique BERTRAND, avocats,
place des Nations-Unies, n° 7,
4020 Liège.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la demande introduite le 2 mai 2011 par la société anonyme I.B.V. & Cie, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision du 13 avril 2011 par laquelle l'Université de Liège attribue à la société anonyme FORONEX le marché public relatif à la fourniture de produits biomasse pour les installations de cogénération de la chaufferie centrale du Sart-Tilman (bâtiment B 10) pour une durée de douze mois;

Vu l'ordonnance du 3 mai 2011, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 12 mai 2011 à 10 heures 30;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Entendu, en son rapport, M. Yves HOUYET, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me Elisabeth KIEHL, loco Me Pierre RAMQUET, avocat, comparissant pour la partie requérante et Mes André

DELVAUX et Véronique BERTRAND, avocats, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

1. Le 30 décembre 2010, la partie adverse publie dans le Bulletin des adjudications et dans le supplément au Journal officiel de l'Union européenne un avis relatif à la passation, par adjudication publique, du marché litigieux.

2. Le 21 février 2011, cinq soumissionnaires présentent une offre, parmi lesquels la requérante et l'adjudicataire.

3. Le 13 avril 2011, la partie adverse décide, d'une part, d'écarter l'offre de la requérante pour les motifs suivants :

" - Document officiel attestant que le soumissionnaire est capable de fournir des fournitures «DIN+ et DIN 51731» ou équivalent pour les deux : le soumissionnaire a fourni une attestation de certification DIN+. Aucun document joint à la soumission ne nous permet de nous assurer que le fournisseur est capable de fournir de la biomasse conforme aux caractéristiques de la norme DIN 51731, en ce qui concerne celles qui sont plus exigeantes que celles de la certification DIN+.
- Attestation reprenant les moyens de traçabilité des fournitures : fournie et conforme.

Conclusion : La société IBV & CIE sa a apporté les preuves qu'elle n'est pas dans un des cas d'exclusion cités à l'article 43 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et qu'elle possède la capacité économique et financière.

Cependant, le fait de posséder une certification DIN + est insuffisant pour attester que le fournisseur a la capacité technique pour fournir de la biomasse conforme aux spécifications techniques de la norme 51731 et donc pour répondre aux conditions techniques de ce marché."

et, d'autre part, d'attribuer le marché public concerné à la société anonyme FORONEX.

Il s'agit de l'acte attaqué;

Considérant que le recours à une procédure d'extrême urgence a nécessairement un impact sur l'appréciation de la réunion des exigences requises pour qu'une demande de suspension puisse être accueillie; qu'en effet, dans le bref délai qu'autorise une procédure de référé d'extrême urgence, cette appréciation procède par

essence d'un examen sommaire, et non d'un raisonnement approfondi, des arguments des parties; qu'il s'ensuit qu'une telle procédure, qui aboutit à une décision provisoire, ne peut se fonder, sous peine de ne pas atteindre le but d'efficacité qui lui est assigné, que sur ce qui se dégage à première vue et de manière évidente des écrits de procédure et du dossier administratif;

Considérant que la requérante soulève un moyen unique pris de la violation des articles 11, 15 et 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de la violation de l'article 2 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, de la violation des articles 42, 45 et 46bis de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, de l'illégalité du cahier spécial des charges et des erreurs substantielles qui l'affectent, de la violation des articles 1^{er} et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du défaut de motivation et de motifs pertinents, adéquats et légalement admissibles, de la violation des principes d'égalité et de non-discrimination, des principes de bonne administration et d'équitable procédure, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir; que, dans une première branche, elle expose qu'elle a produit une attestation de certification DIN+, délivrée par l'organisme de certification DIN CERTCO, mais que son offre a été écartée au motif qu'elle ne démontrerait pas que sa production rencontre également les critères plus restrictifs de la norme DIN 51731; qu'elle soutient que cette motivation est erronée; qu'elle indique que la norme DIN+ constitue l'association de deux normes, à savoir la norme allemande DIN 51731 et la norme autrichienne ONORM M 7135, et que son offre rencontrait par conséquent l'ensemble des conditions techniques du marché litigieux; qu'elle estime qu'il est techniquement impossible d'exiger d'un fournisseur qu'il remplisse à la fois les maxima prévus par la norme DIN 51731 et la norme DIN+ car chacune de ces normes repose sur un ensemble de variables propres; qu'elle précise que, contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, il ne suffisait donc pas de retenir la norme la plus restrictive étant donné que ces deux normes ne sont pas comparables; qu'elle considère que l'attestation de l'organisme de certification DIN CERTCO qu'elle a produite, confirme que la norme DIN+ a remplacé la norme DIN 51731; qu'elle fait valoir que la partie adverse ne pouvait en outre décider de panacher ses exigences en fonction des critères de la norme DIN 51731 et de la norme DIN+ lors de l'analyse des offres; qu'elle indique que le cahier spécial des charges exigeait la démonstration de deux normes techniquement incompatibles (DIN 51731 et DIN+) et que, confrontée à l'impossibilité d'appliquer ces deux exigences de manière simultanée, la partie adverse aurait dû écarter la norme la moins exigeante (DIN 51731) de manière à procéder à une analyse des offres cohérente et conforme aux principes d'égalité et de

non-discrimination ainsi qu'à l'article 11 de la loi du 24 décembre 1993 précitée; qu'elle expose que, constatant l'incompatibilité technique liée au cumul de ces exigences, elle a déposé une attestation de certificat DIN+, soit la norme la plus exigeante, mais que la partie adverse a ensuite décidé, au stade de l'analyse des offres, de panacher les exigences des deux critères, ce qui est techniquement incorrect et contraire aux dispositions reprises au moyen; qu'elle précise que le cahier spécial des charges ne se réfère pas aux minima respectifs des normes DIN+ et DIN 51731 mais à ces deux normes appréciées dans leur ensemble et que la méthode d'analyse des offres, appliquée ultérieurement et d'autorité par la partie adverse, ne correspond par conséquent pas aux critères annoncés dans le cahier spécial des charges; qu'elle en déduit que ce procédé a manifestement contribué à fausser les conditions normales de la concurrence; qu'elle fait également valoir que l'attestation du laboratoire LABORELEC, produite par la société anonyme FORONEX, ne suffit pas à démontrer que sa production rencontrerait les conditions techniques du marché litigieux; qu'elle ajoute que cette attestation certifie que la société FORONEX remplirait à la fois la norme DIN 51731 et la norme DIN+ alors que ceci est techniquement impossible; qu'elle précise que l'attestation du laboratoire privé LABORELEC ne constitue pas un document officiel suffisamment probant, que seul l'organisme de certification DIN CERTCO est compétent pour octroyer les attestations de certificat DIN+ et que le laboratoire LABORELEC n'est nullement agréé par l'organisme de certification DIN CERTCO; qu'elle estime que la motivation de l'acte attaqué ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a considéré que cette attestation suffisait à démontrer que la société FORONEX rencontrait la norme la plus exigeante pour chacun des critères; qu'elle considère que la partie adverse devait vérifier que la société FORONEX remplissait chacune des exigences avant de déclarer son offre recevable et juge que tel n'a pas été le cas; que, dans une seconde branche, la requérante soutient, à titre subsidiaire, que le cahier spécial des charges est entaché d'une illégalité substantielle car il impose une condition technique impossible à remplir étant donné qu'il ne peut être satisfait en même temps aux deux normes précitées; qu'elle en déduit que le marché litigieux ne pouvait être attribué à aucun des soumissionnaires et qu'il ne pouvait donc l'être à la société FORONEX;

Considérant qu'à l'audience, la requérante ajoute, après avoir pris connaissance du dossier administratif, que le document présenté par la société FORONEX n'atteste pas que son produit respecte toutes les exigences des deux normes concernées de telle sorte que son offre aurait également dû être écartée;

Considérant que la partie adverse répond, au sujet de la première branche, qu'elle a décidé de recourir à la cogénération aux granulés de bois et qu'à cet effet, elle a introduit une demande de permis unique qui a été accordé à la condition que les

normes DIN+ et DIN 51731 soient respectées; qu'elle précise qu'afin de se conformer aux exigences de ce permis, elle a demandé que les soumissionnaires fassent d'emblée la preuve qu'ils étaient capables de fournir des pellets répondant aux normes concernées; qu'elle indique qu'étant donné que la certification DIN+ fait référence à la norme européenne EN 14961-2 et que cette norme est différente de la norme DIN 51731 dont le respect était également exigé, elle a établi, lors de la vérification de la capacité technique des soumissionnaires, un tableau reprenant les exigences physico-chimiques les plus strictes des deux normes; qu'elle explique que la requérante a produit un certificat DIN+ attestant qu'elle était capable de fournir des pellets répondant à la norme européenne EN 14961-2 mais qu'elle n'a pas fourni le moindre élément démontrant que ses pellets satisfaisaient également à la norme DIN 51731; qu'elle en déduit qu'elle pouvait valablement écarter l'offre de la requérante au motif que celle-ci ne remplissait pas les conditions de sélection qualitative; qu'elle expose qu'en revanche, la société FORONEX a produit un certificat du laboratoire LABORELEC attestant le respect des normes concernées; qu'elle estime que, contrairement à ce que soutient la requérante, les pellets qui satisfont à la norme DIN+ ne satisfont pas nécessairement à la norme DIN 51731 et des pellets peuvent à la fois satisfaire à la norme DIN+ et à la norme DIN 51731; qu'elle précise que l'argumentation de la requérante selon laquelle, d'une part, les pellets certifiés DIN+ satisfont nécessairement à la norme DIN 51731 et, d'autre part, des pellets ne peuvent à la fois satisfaire à la norme DIN+ et à la norme DIN 51731 recèle une contradiction flagrante; qu'elle considère que si les exigences de la norme DIN 51731 sont incompatibles avec celles de la norme DIN+, il ne peut être affirmé que les pellets qui répondent à la seconde répondent nécessairement à la première; qu'elle ajoute que ces deux affirmations sont, par ailleurs, inexactes; qu'elle indique qu'il résulte du certificat DIN+ que les pellets sont conformes à la norme européenne EN 14961-2, en fait conçue pour les petites installations de chauffe; qu'elle fait valoir que la norme DIN 51731 concerne, par contre, toutes les installations; qu'elle soutient que si la norme EN 14961-2 est plus sévère, concernant certains points, que la norme DIN 51731, il en est d'autres pour lesquels cette dernière est plus stricte; qu'elle en déduit qu'il est donc inexact de prétendre que les pellets qui bénéficient de la certification DIN+ satisfont également nécessairement aux exigences de la norme DIN 51731; qu'elle considère qu'il est également erroné d'affirmer que les deux normes sont incompatibles; qu'elle explique qu'elle pouvait retenir la norme minimale la plus élevée et la norme maximale la plus basse selon la caractéristique en cause car, selon les principes mathématiques, la norme maximale la plus basse contient la norme maximale la plus élevée et la norme minimale la plus élevée contient la norme minimale la plus basse; qu'elle estime que si la requérante estimait qu'elle n'avait pas à démontrer qu'elle était capable de fournir des pellets conformes à la norme DIN 51731, il lui incombait de le faire observer et de le démontrer au pouvoir adjudicateur; qu'elle précise que les soumissionnaires sont tenus de remettre au pouvoir

adjudicateur une offre claire, permettant à celui-ci d'effectuer les appréciations nécessitées par le cahier spécial des charges; qu'elle fait valoir que la requérante n'a pas d'intérêt à critiquer le fait qu'elle ait cumulé les exigences des deux normes dès lors que son offre n'a pas été écartée parce que les pellets proposés ne répondaient pas à ces exigences mais bien parce qu'elle n'a joint à son offre aucune donnée permettant de s'assurer qu'elle était capable de fournir des pellets conformes à la norme DIN 51731; qu'elle estime qu'elle pouvait retenir les exigences les plus sévères des deux normes et que les principes d'égalité ainsi que de non-discrimination et l'article 11 de la loi du 24 décembre 1993 n'ont pas été violés dès lors qu'il n'est en aucun cas question d'entente en l'espèce et que tous les soumissionnaires se trouvant dans la même situation ont été traités de la même façon; qu'elle soutient que la société FORONEX a produit une attestation émanant du laboratoire LABORELEC, certifiant les caractéristiques de ses fournitures et qu'il est résulté de la confrontation de ces caractéristiques au tableau de synthèse qu'elles satisfaisaient de manière générale aux exigences des deux normes; qu'elle estime que le cahier spécial des charges permettait aux soumissionnaires de fournir l'équivalent d'un document officiel attestant la conformité aux normes DIN+ et DIN 51731, que les soumissionnaires n'étaient pas tenus, pour la certification DIN+, de fournir un document émanant d'un organisme officiel, et encore moins un document émanant de l'organisme DIN CERTCO ou d'un laboratoire agréé par cet organisme et que la solution préconisée par la requérante aurait eu pour effet de fermer abusivement le marché; qu'elle considère que le laboratoire LABORELEC est, par ailleurs, un centre de compétences techniques de très haut niveau qui a été agréé par l'Etat belge dans de nombreux domaines et qui détient une compétence certaine en matière de biomasse; qu'elle fait valoir que les motifs de l'acte attaqué permettent parfaitement de comprendre les raisons pour lesquelles elle a considéré que la société FORONEX remplissait la condition technique en cause de sorte que l'obligation de motivation est satisfaite; que, concernant la seconde branche, la partie adverse considère qu'elle a démontré qu'il était possible de satisfaire aux deux normes concernées et qu'en toute hypothèse, le respect de ces deux normes était exigé par le permis unique délivré par la Région wallonne auquel elle ne pouvait en aucun cas déroger; qu'elle en déduit que si cette branche du moyen était retenue, elle ne pourrait que renoncer définitivement à son achat et que la requérante n'y a donc pas intérêt;

Considérant, concernant la première branche, que le cahier spécial des charges imposait aux soumissionnaires, en vue de démontrer leur capacité technique, de produire un "document officiel attestant que la fourniture est «DIN+ et DIN 51731» ou équivalent pour les deux (cfr. Clauses techniques)"; qu'il ressort des pièces produites par les parties et notamment par la requérante que DIN+ n'est pas une norme mais un label, accordé par DIN CERTCO, pour les produits conformes à la norme EN 14961-2; qu'en vertu du cahier spécial des charges, les soumissionnaires

devaient donc produire un document officiel ou équivalent attestant que leur produit respectait les normes EN 14961-2 et DIN 51731; que la requérante n'a communiqué à la partie adverse qu'un certificat attestant qu'elle disposait du droit d'utiliser le label DIN+ pour son produit car celui-ci était conforme à la norme EN 14961-2; que, par contre, elle n'a transmis aucun document démontrant que son produit respectait la norme DIN 51731; que, par ailleurs, la requérante ne présente aucun élément probant attestant que les normes EN 14961-2 et DIN 51731 seraient incompatibles de telle sorte que, sur ce point, le bien-fondé de ses affirmations n'est pas avéré; qu'en établissant un tableau, reprenant les exigences les plus élevées des deux normes précitées, la partie adverse n'a pas méconnu les prescriptions du cahier spécial des charges; qu'en effet, dès lors que celui-ci imposait que les produits soient conformes à ces deux normes, la partie adverse devait s'assurer que tel était le cas; que la requérante ne conteste pas que les exigences de ces normes diffèrent et que si, sur certains points, la norme EN 14961-2 est plus stricte que la norme DIN 51731, cette dernière est plus sévère par rapport à d'autres aspects que la norme EN 14961-2; qu'en vérifiant si les produits satisfaisaient aux exigences les plus élevées des deux normes, la partie adverse pouvait dès lors s'assurer, conformément au cahier spécial des charges, qu'ils les respectaient toutes les deux; que le cahier spécial des charges n'imposait pas à la société FORONEX de produire un document officiel ou émanant de DIN CERTCO ou d'un organisme agréé par ce dernier; qu'il l'autorisait à présenter un document équivalent; que tel est le cas de l'attestation établie par le laboratoire LABORELEC; que la requérante ne produit aucun élément probant démontrant le bien-fondé de ses affirmations selon lesquelles la qualité du contrôle, opéré par ce laboratoire, ne suffirait pas à attester que le produit de la société FORONEX respectent les exigences des normes EN 14961-2 et DIN 51731; que, par ailleurs, la requérante n'expose pas, avec la précision nécessaire pour vérifier le bien-fondé de son grief, quelles sont les exigences prescrites par les normes EN 14961-2 et DIN 51731, dont le respect aurait dû être attesté par le rapport du laboratoire LABORELEC mais ne le serait pas; que, sur ce point, sa critique est irrecevable; que, s'agissant de la motivation de l'acte attaqué, la partie adverse y a exposé, à juste titre, que la requérante n'avait pas communiqué le document attestant que son produit était conforme à la norme DIN 51731 et qu'elle n'établissait donc pas sa capacité technique de la manière requise par le cahier spécial des charges; qu'elle a, en outre, expliqué que la société FORONEX avait produit le document exigé pour prouver sa capacité technique, qu'elle l'avait analysé et qu'il ressortait de cet examen que le produit de cette firme respectait les exigences des normes EN 14961-2 et DIN 51731; que cette motivation apparaît suffisante dès lors qu'elle permet à la requérante de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a adopté l'acte attaqué; que, concernant la seconde branche, comme cela a déjà été relevé, la requérante ne présente aucun élément probant attestant que les normes EN 14961-2 et DIN 51731 seraient incompatibles de telle sorte que, sur ce point, le bien-fondé de son

affirmation, selon laquelle le cahier spécial des charges prescrirait une condition impossible à remplir, n'est pas avéré; que le moyen n'apparaît donc pas sérieux,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-sept mai deux mille onze par :

MM. Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Yves HOUYET.