

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 222.372 du 4 février 2013

G./A.207.649/VI-19.862

En cause : **la société anonyme ESCO BENELUX,**

ayant élu domicile chez
Mes Dirk LINDEMANS et
Jochen HONNAY, avocats,
boulevard de l'Empereur, n° 3,
1000 Bruxelles,

contre :

**la Société wallonne de financement complémentaire
des infrastructures, en abrégé SOFICO,**

ayant élu domicile chez
Mes France MAUSSION et
Olivier DI GIACOMO, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 11 janvier 2013, la société anonyme ESCO BENELUX sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

- " - la décision motivée du 28 décembre 2012 de la SOFICO, communiquée par courrier recommandé du 28 décembre 2012 à la partie requérante, par laquelle le marché public de fourniture de 50.000 tonnes de fondants chimiques en vrac, a été attribué à l'association momentanée FAM International nv – METRO International Trading bvba - FMP International GmbH (ci-après «A.M. FAM International»);
- la décision implicite du 28 décembre 2012 de la SOFICO, communiquée par courrier recommandé du 28 décembre 2012 à la partie requérante, par laquelle le marché public de fourniture de 50.000 tonnes de fondants chimiques en vrac, n'a pas été attribué à la partie requérante."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 14 janvier 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 30 janvier 2013 à 10 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Natasha NOLET de BRAUWERE, loco Mes Dirk LINDEMANS et Jochen HONNAY, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me France MAUSSION, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis contraire.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

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

III. 1. Le 28 juin 2012, la partie adverse publie un avis dans le Bulletin des adjudications relatif à la passation, par adjudication publique, d'un marché public concernant la "fourniture de fondants chimiques destinés au traitement hivernal des routes et des autoroutes de la Région Wallonne". Un avis rectificatif est publié le 18 juillet 2012.

III. 2. Un avis est également publié dans le supplément au Journal officiel de l'Union européenne le 3 juillet 2012 et le 24 juillet 2012.

III. 3. L'ouverture des offres a lieu le 1^{er} août 2012. Six soumissions sont présentées, parmi lesquelles l'offre de l'association momentanée FAM International n.v. – METRO International Trading b.v.b.a. – F.M.P. International G.m.b.H. (ci-après désignée FAM international) et celle de la requérante.

III. 4. Dans le cadre de l'examen des offres, la partie adverse interroge notamment, les 20 et 22 août 2012, l'association momentanée FAM International ainsi que la requérante sur la régularité des prix figurant dans leurs soumissions.

III. 5. L'association momentanée précitée répond les 21 et 29 août 2012. La requérante répond le 31 août 2012.

III. 6. Le 6 septembre 2012, la requérante adresse un courrier à la société SOFICO pour lui faire part de ses doutes relatifs à la capacité technique et financière de l'association momentanée FAM International à exécuter le marché.

III. 7. Le 28 décembre 2012, la partie adverse attribue le marché public litigieux à l'association momentanée FAM International. Il s'agit du premier acte attaqué qui a été notifié à la requérante le même jour.

III. 8. Le 18 janvier 2013, la partie adverse entame une procédure négociée, fondée sur l'article 17, § 2, 1^o, c), de la loi du 24 décembre 1993, en vue d'acquérir en urgence 15.000 tonnes de fondants chimiques en vrac destinés au traitement hivernal des routes et des autoroutes de la Région wallonne.

III. 9. La société SOFICO invite, à cet effet, sept fournisseurs à remettre une offre pour le 21 janvier 2013.

III. 10. Le 22 janvier 2013, la partie adverse décide d'attribuer le marché portant sur la fourniture des 15.000 tonnes de sel à la requérante pour un montant de 733.500 euros hors taxe sur la valeur ajoutée, en abrégé H.T.V.A.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen pris "de la violation de l'article 110 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], des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence entre les soumissionnaires, de l'erreur manifeste d'appréciation et des principes de prudence et de diligence ainsi que des principes généraux de bonne administration".

Elle soutient que :

" 25. Le 22 août 2012, la SOFICO a interrogé la partie requérante, sur la base de l'article 110 § 3 de l'A.R. du 8 janvier 1996, sur le caractère apparemment bas du prix de son offre :

«Je porte à votre connaissance que le montant de l'offre que vous avez remise lors de l'adjudication du 01 août 2012 est inférieur de plus de 15 % à la moyenne des soumissions déposées, à l'exclusion de la plus basse et de la plus élevée».

Par ailleurs, la SOFICO a également interrogé la partie requérante sur le caractère estimé anormal du prix unitaire des lots 2 et 3 de son offre :

«En plus de la justification demandée ci-avant, vous voudrez me fournir dans les mêmes délais, une justifications détaillée des prix unitaires pour ces postes 2 et 3».

26. Par son courrier du 31 août 2012, la partie requérante a répondu de façon très détaillée à la demande de la SOFICO (voir ci-dessus pt. 10) et a justifié tant son prix global que les prix unitaires des lots 2 et 3.

27. Cependant, à la lecture de la décision d'attribution attaquée, l'on constate que le prix proposé par l'A.M. FAM International est également de loin inférieur à 15 % de la moyenne des prix remis (cette moyenne étant calculée à l'exclusion du prix le plus bas et du prix le plus élevé) :

Moyenne des prix : $2.880.000 + 3.810.000 + 3.894.000 + 3.150.000/4 = 3.433.500,00 \text{ €}$

15 % de 3.433.500 = 515.025 €

«Tout offre qui s'écarte d'au moins 15 % en dessous de la moyenne », c.à.d. tout offre située en dessous de 2.918.475 €.
--

28. Par conséquent, la SOFICO se devait d'interroger tant la partie requérante que l'A.M. FAM International sur le prix apparemment anormalement bas de leur soumission, ces deux offres mentionnant un prix en-deçà de 2.918.475 € (en l'espèce 2.807.500 € pour l'A.M. FAM International et 2.880.000 € pour la partie requérante).

Cependant, à la lecture de la décision d'attribution, il appert que la SOFICO s'est limitée à indiquer que «l'A.M. FAM International a remis l'offre régulière la plus basse; que ses prix sont acceptables».

Cette décision ne contient donc aucune référence à demande de justification des prix adressée à l'A.M. FAM International.

29. Or, eu égard au calcul qui précède, et même si l'article 110 § 3 ne contient pas d'obligation d'interroger le soumissionnaire dont le prix apparaît comme anormalement bas ou élevé (contrairement à l'hypothèse de l'article 110 § 4), le respect des principes de prudence et diligence devait inciter la SOFICO à interroger l'A.M. FAM International sur ses prix.

En effet, il est manifeste que tant l'offre de la partie requérante que celle de l'A.M. FAM International se situent loin en-deçà des 15 % de la moyenne des prix des offres remises (voir calcul ci-dessus), de sorte que la SOFICO aurait dû être attentive à cette différence, qui ne permet pas de considérer, sans justification, l'offre de la société momentanée FAM International comme régulière.

Cette différence de prix, approuvée ni plus ni moins par la SOFICO en ce qui concerne le prix de l'A.M. FAM International, est de nature à fausser la comparaison des offres, dès lors que l'offre de l'A.M. FAM International propose un prix manifestement plus bas que celui des autres soumissionnaires.

30. Face à ce constat, la partie requérante a interrogé la SOFICO sur le fait de savoir si une telle demande de justification des prix avait été adressée à l'A.M. FAM International.

Par sa télécopie du 10 janvier 2013, la SOFICO fournit un début de réponse à la partie requérante.

Elle a ainsi indiqué, concernant la justification des prix de l'A.M. FAM International que :

«Par courrier du 20 août 2012, le Service public de Wallonie, qui apporte son assistance technique à la SOFICO tant pour la passation de ce marché que pour son exécution, a invité l'association momentanée FAM INTERNATIONAL à justifier le montant global de son offre ainsi que le prix des postes n° 2 et 4 de celle-ci.

Le soumissionnaire a répondu en deux courriers, datés des 21 et 29 août 2012, revus dans le délai réglementaire de 12 jours de calendrier.

Pour ce qui concerne le poste n° 2 (location mensuelle pour la conservation des 40.000 tonnes de NaCl), le soumissionnaire a fourni le détail du calcul de son prix, basé sur le prix d'achat de son site de stockage à Marcinelle, tenant compte d'un amortissement en 20 ans ainsi que de l'impôt foncier.

En ce qui concerne le poste n° 4 (fourniture et livraison de NaCl aux communes), le soumissionnaire a fourni une décomposition détaillée de son prix de revient, tenant compte des éléments suivants: prix d'achat FOB, fret maritime, manutention port maritime, transports intérieurs, manutention à Marcinelle, fourniture et livraison vrac benne. Il indique que pour ces 10.000 tonnes de sel destinées aux communes, il sera capable d'assurer la livraison avec ses propres camions, ce qui lui permet de réduire les coûts de transport.

Au vu de ces justifications, le SPW a estimé que tant le prix global de l'offre de l'A.M. FAM INTERNATIONAL que le prix des deux postes considérés étaient acceptables.».

31. Cependant, la partie requérante est en possession d'informations qui démontrent que les prix pratiqués par l'A.M. FAM International sont économiquement intenable :

En effet, en prenant comme point de départ la différence de prix entre l'offre de la partie requérante et celle de l'A.M. FAM International (à savoir 72.500 €), l'on peut calculer le prix par tonne de sel de l'A.M. FAM International (à savoir 50,55 €/tonne).

De ce prix de 50,55 €/t., il faut déduire les coûts estimés des différentes opérations logistiques que doit supporter l'A.M. FAM International entre le moment où elle achète le sel (sur base FOB («free on bord», prix du sel chargé sur le bateau)) en port nord-africain et la livraison aux districts SPW/SOFICO ou aux communes.

32. La partie requérante a procédé à un calcul estimatif du coût des différentes opérations logistiques.

Si l'on déduit ces coûts du prix de 50,55 €/tonne, l'on aboutit à une estimation du prix d'achat du sel par l'A.M. FAM International en port d'Afrique du Nord qui diverge totalement des prix du marchés (4,87 €/t. FOB alors que ce prix oscille habituellement entre 20 et 30 € FOB, voire plus en période hivernale).

En outre, il faut savoir que l'A.M. FAM International a dû supporter des coûts importants de stockage de son sel dans des dépôts en Flandre, ce qui fortement augmenté ses coûts de stockage. Ce stockage intermédiaire ajoute évidemment des opérations onéreuses à la structure de coût présentée par l'A.M. FAM International à la SOFICO et au SPW.

33. En synthèse, du prix de 50,55€/t. doivent être déduits :

- 8 €/t. à titre de frais de transport par camion benne du dépôt de l'A.M. Fam International à Charleroi vers les districts;
- 3,06 €/t. à titre de frais de mise en stock et de chargement des camions benne au départ du stock;

- 8 €/t. à titre de coûts de transport payés par l'A.M. FAM International pour transporter le sel des dépôts intermédiaires vers le dépôt de Charleroi;
- 4,12 €/t. à titre de frais de mise en stock dans les stocks intermédiaires et de chargement des camions benne au départ du stock;
- 5,4 €/t. à titre de coût de stockage intermédiaire du sel (calcul basé sur 18 mois à 0,3 €/tonne/mois);
- 0,6 €/t. à titre de frais de frêt péniche du port de mer vers le dépôt de Genk;
- 1,5 €/t. à titre de transbordement direct entre le bateau de mer et la péniche;

Ce calcul n'inclut en outre aucune marge bénéficiaire pour l'A.M. FAM International.

Ce qui signifie que la rentabilité d'une telle opération de vente est inexistante.

Par ailleurs, même en prenant le cas de figure où l'A.M. FAM International n'aurait pas eu à devoir supporter des frais de dépôt, l'on constate que son prix FOB de 16,25 €/tonne se place toujours en totale contradiction avec les prix du marché.

34. Or, il ne ressort nullement de l'acte attaqué que la SOFICO a procédé à un examen approfondi des justifications produites par l'A.M. FAM International, alors qu'elle avait été avertie des faiblesses financières et techniques de cette société.

Il s'ensuit que la décision d'attribution repose sur une erreur manifeste d'appréciation et que la SOFICO a méconnu son obligation générale de prudence et de diligence en déclarant comme réguliers les prix de l'A.M. FAM International, alors que ces prix étaient manifestement anormaux".

B. Note d'observations

La partie adverse répond que :

" 15. Il y a, tout d'abord, lieu de constater que la partie requérante n'invoque, dans son premier moyen, la violation d'aucune disposition ayant trait à la motivation formelle de la décision attaquée.

Or, conformément à l'article 2 de l'Arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat et selon une jurisprudence constante de Votre Conseil, «l'exposé d'un moyen doit consister dans l'indication de la règle de droit violée» (C.E., 31 janvier 2012, n° 217.637, Anbergen).

Il convient d'en déduire que la requérante ne critique pas la motivation formelle de l'acte attaqué.

Tout grief qui porterait sur l'obligation de la SOFICO de motiver en la forme la décision querellée doit dès lors être considéré comme irrecevable et, partant, être rejeté.

16. Les seuls griefs auxquels Votre Conseil peut avoir égard sont ceux qui se rapportent aux dispositions et principes invoqués au moyen et qui portent sur les obligations du pouvoir adjudicateur en matière de contrôle des prix anormaux.

A cet égard, la requérante soutient que l'offre de FAM ne pouvait être considérée comme régulière au motif qu'elle était anormalement basse. Elle en conclut que la décision d'attribution «repose sur une erreur manifeste d'appréciation et que la SOFICO a méconnu son obligation générale de prudence et de diligence en déclarant comme réguliers les prix de l'A.M. FAM International, alors que ces prix étaient manifestement anormaux».

L'argumentation de la requérante ne saurait être suivie en aucun de ses points.

17. Le marché de fourniture dont l'attribution fait l'objet de la décision attaquée a été passé au terme d'une procédure d'adjudication publique. Selon l'article 15 de la

loi du 24 décembre 1993, la partie adverse avait à rechercher quelle était l'offre régulière la plus basse.

Il ressort du dossier administratif et, notamment, du rapport d'analyse des offres établi par la Direction de la coordination des districts routiers, que le pouvoir adjudicateur a procédé au contrôle des prix anormaux des trois offres les moins-disantes.

La SOFICO a en effet comparé le prix global de chaque offre à la moyenne des prix globaux des soumissions déposées, à l'exclusion de la plus basse et de la plus élevée.

Dans la mesure [où] les trois offres les moins-disantes sont inférieures de plus de 15 % par rapport à la moyenne susvisée, la partie adverse a décidé d'interroger, conformément à l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, FAM, ESCO et ZOUTMAN sur leur prix global.

La partie requérante et FAM ont ainsi été interrogés par des lettres datées respectivement des 20 et 22 août 2012.

Ces trois soumissionnaires ont, en outre, été interrogés sur les postes de l'inventaire présentant, *prima facie*, des prix apparemment anormalement bas ou élevés. Ces postes n'ont bien entendu pas été choisis au hasard.

La partie adverse a décidé d'interroger les trois soumissionnaires les moins-disants sur les postes de leur inventaire qui s'écartent à la hausse ou à la baisse de plus de 15 % par rapport à la moyenne des offres pour le poste considéré, à l'exclusion de la plus basse et de la plus élevée :

- FAM a été interrogée sur les postes n° 2 et 4;

- ESCO a été invitée à justifier les prix remis pour les postes n° 2 et 3.

Compte tenu de ce qui précède, il ne saurait être reproché à la partie adverse d'avoir mis en œuvre ses pouvoirs d'investigation en matière de prix en violation des principes d'égalité et de non-discrimination.

Les mêmes règles ont été appliquées aux trois soumissionnaires les moins disants et notamment à FAM et à ESCO. Il ne ressort nullement des pièces de la procédure que la SOFICO aurait mis en œuvre son contrôle de manière plus sévère à l'égard de l'un ou l'autre des trois soumissionnaires interrogés, ni qu'elle aurait fait preuve d'une mansuétude particulière à l'égard de l'un ou l'autre de ceux-ci.

Il ne saurait davantage être reproché à la partie adverse d'avoir manqué de diligence ou d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation en mettant en œuvre, comme elle l'a fait, la procédure de vérification des prix à l'égard des trois soumissionnaires les moins disants.

18. FAM a transmis les informations demandées les 21 et 29 août 2012. ESCO a répondu à la demande de la SOFICO par une lettre du 31 août 2012.

Compte tenu des explications données par FAM, la Direction de la coordination des districts routiers a relevé, dans son rapport d'analyse des offres complété le 26 septembre 2012 (pièce n° 17 du dossier administratif, partie non confidentielle), que :

«L'association momentanée FAM international, Metro, FMP international a répondu dans les temps. Ses justifications sont acceptables.

En date du 20 août 2012, l'association momentanée représentée par la société FAM a été questionnée quant au montant global de son offre. Dans ce même courrier il lui était demandé de justifier les postes 2 et 4, dont les montants étaient jugés anormaux.

Une première réponse, datée du 21 août 2012, apporte une explication quant aux montants du poste 2.

Le montant relativement faible de la location est ainsi justifié et peut être accepté.

Une seconde réponse, relative au poste 4 -livraison aux communes- est datée du 29 août 2012. Le montant global est détaillé. Cette réponse peut être retenue, elle semble acceptable.

Quant à la justification du prix bas global, elle n'apparaît pas clairement mais résulte des explications données pour les postes 2 et 4 qui, bien que bas, sont acceptables.».

Au regard de ces éléments, il ne saurait être reproché à la SOFICO d'avoir commis une erreur et, a fortiori, une erreur manifeste d'appréciation en considérant que, sur la base des justifications de prix de FAM et du rapport de l'administration, le prix global et les prix des postes 2 et 4 de FAM sont normaux.

19. L'on ne perdra de vue qu'en matière de contrôle des prix anormaux, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation (C.E., 6 juillet 2005, n° 147.377, s.a. Béton en Asfalt Constructie; 16 décembre 2005, n° 152.843, s.a. Modal Voice Networks).

Dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation, le Conseil d'Etat doit s'en tenir à un contrôle marginal visant uniquement à censurer ce qui est manifestement déraisonnable, sans s'immiscer dans l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative.

Ce contrôle revêt d'ailleurs un caractère encore plus marginal dans le cadre d'une demande de suspension d'extrême urgence. Le Conseil d'Etat a déjà considéré, à ce propos, que «le recours à la procédure d'extrême urgence, qui doit demeurer exceptionnel, réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause; que la procédure en référé d'extrême urgence ne peut pas être confondue avec la procédure en annulation ou avec la procédure en référé ordinaire qui donne lieu à l'établissement d'un rapport; que le choix d'une telle procédure a nécessairement un impact sur l'appréciation de la réunion des conditions 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» (C.E., 1^{er} avril 2009, n° 192.128, scrl. Quadra Architecture et Management et consorts).

En l'espèce, il n'apparaît nullement, et encore moins *prima facie*, que, compte tenu des justifications transmises par le soumissionnaire interrogé, la SOFICO aurait commis une erreur manifeste d'appréciation dans l'examen des éléments de justification avancés par FAM.

Il n'apparaît pas davantage que la SOFICO n'aurait pas examiné les justifications dans le respect du principe d'égalité ou aurait manqué, à cette occasion, aux «principes de prudence et de diligence» invoqués par la requérante.

20. Enfin, il ne saurait être donné quelque crédit à l'affirmation de la requérante selon laquelle «elle est en possession d'informations qui démontrent que les prix pratiqués par l'A.M. FAM International sont économiquement intenable».

a. D'une part, les justifications chiffrées qu'elle tente vainement de donner afin d'expliquer la différence de 72.500 EUR entre le montant HTVA de son offre et le montant HTVA de l'offre FAM ne sont que des conjectures fondées sur une hypothèse de départ totalement infondée.

Toute l'argumentation de la partie requérante repose sur un postulat inexact, à savoir que la différence de 72.500 EUR susvisée résulterait de la différence entre les prix remis par FAM et ceux remis par la partie requérante pour les seuls postes 1 et 3 de l'inventaire qui visent l'achat du sel à destination des voiries régionales, sa mise en dépôt chez le fournisseur et sa livraison en district en vrac benne.

ESCO indique, en se fondant sur les prix qu'elle a remis pour ces deux postes, que le montant HTVA par tonne de sel qu'elle a proposé à destination des districts régionaux est de 52 EUR par tonne (pièce n° 19 du dossier de pièces de la requérante).

Elle tente ensuite d'estimer le montant par tonne proposé par FAM pour ces mêmes voiries régionales. Pour ce faire, elle divise le montant de 72.500 EUR susvisé par 50.000 tonnes, ce qui donne un résultat de 1,45 EUR la tonne.

Elle en déduit que le montant proposé par FAM par tonne de sel à destination des districts régionaux serait de 50,55 EUR (soit 52 EUR - 1,45 EUR).

Le point de départ de pareil raisonnement est en parfaite contradiction avec la réalité du dossier :

- dans son raisonnement, la requérante ne prend en considération que les postes n° 1 et 3 de l'inventaire en faisant totalement abstraction des postes n°2 et 4 de l'inventaire;

il apparaît pourtant que c'est précisément pour ces deux postes que FAM a proposé des prix plus bas que ceux proposés par ESCO, ce qui lui permet de proposer in fine l'offre régulière la plus basse;

- si l'on prend en considération uniquement les postes n° 1 et 3 de l'inventaire de FAM, l'on constate que celle-ci propose, pour ces deux postes cumulés, un montant supérieur à celui proposé par ESCO (qui est de 52 EUR);

la requérante est dès lors bien malvenue de critiquer le caractère anormalement bas des prix proposés par FAM pour l'achat du sel à destination des voiries régionales, sa mise en dépôt chez le fournisseur et sa livraison en district en vrac benne (cf. postes n° 1 et 3 de l'inventaire) alors que ses prix, pour ces deux postes réunis, sont plus bas !

b. D'autre part, il est illusoire pour la partie requérante de prétendre pouvoir énumérer les différentes catégories de frais (et le montant de ceux-ci) que FAM doit supporter pour l'exécution des postes 1 et 3 de l'inventaire.

De même, ESCO n'est nullement en mesure de connaître le prix FOB par tonne auquel FAM se fournit auprès de ses fournisseurs.

Le raisonnement pour le moins fantaisiste développé par ESCO aux points 31 à 33 de sa requête est par conséquent erroné et doit être rejeté.

Il découle de tout ce qui précède que le premier moyen de la requête est dépourvu de tout caractère sérieux."

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Contrairement à ce que soutient la requérante, il ressort du dossier administratif que la partie adverse a interrogé, le 20 août 2012, l'association momentanée FAM International sur la régularité des prix figurant dans son offre et que celle-ci a apporté les justifications demandées en répondant à la partie adverse les 21 et 29 août 2012.

Bien qu'il ne soit pas fait état de cette vérification des prix dans la motivation de l'acte attaqué, la requérante n'invoque pas, dans le présent moyen, la violation des normes imposant une obligation de motivation formelle à la partie adverse.

Quant aux critiques formulées par la requérante au sujet des justifications avancées par l'association momentanée précitée, il y a lieu de rappeler que la procédure de suspension d'extrême urgence, prévue par l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, inséré par l'article 2 de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, présente un caractère spécifique.

En effet, le législateur a justifié sa volonté d'imposer le recours à une telle procédure d'extrême urgence et d'exclure celui à une procédure de suspension ordinaire en précisant que "le maintien d'un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service public ont conduit à se limiter à trouver une issue pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et ne souffrent pas de délais de procédure plus longs" (Doc. Parl. Ch., sess. 2009-2010, n° 52, 2276/01, p. 31).

Eu égard à cette volonté du législateur de prescrire une telle procédure, à mener dans des délais réduits et limitée à des irrégularités manifestes, un moyen ne peut être qualifié de sérieux que si l'illégalité dénoncée revêt un caractère suffisamment évident. En l'espèce, les critiques de la requérante relatives à la régularité des prix de l'attributaire du marché impliquent une analyse détaillée et complexe du calcul de ces prix de telle sorte qu'elles ne revêtent nullement un caractère manifeste.

En outre, ces critiques apparaissent basées sur des affirmations dont l'exactitude n'est pas démontrée. Le premier moyen n'est donc pas sérieux.

V. SECOND MOYEN

V. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante soulève un second moyen pris "de la violation des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relatif[ve] aux marchés publics [et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services], des articles 2 et 3 [de] la loi du 29 juillet 1991 [relative à la motivation formelle des actes administratifs], du cahier spécial des charges (ci-après CSC), des articles 44 et 45 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] et des principes de prudence et de diligence".

Elle soutient que :

- " 36. Le CSC précise en ce qui concerne les critères de sélection qualitative que les soumissionnaires produisent :
- Une déclaration sur l'honneur qu'ils ne se trouvent pas dans une des situations visées à l'article 43 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.
 - Une justification du paiement des cotisations de sécurité sociale : cette vérification sera faite par le pouvoir adjudicateur via l'application informatique

«DIGIFLOW» qui lui donne un accès sécurisé aux bases de données fédérales en matière de sécurité sociale.

- Une déclaration concernant le chiffre d'affaires global réalisé par l'entreprise au cours des trois derniers exercices : avoir réalisé, au cours des 3 dernières années, un chiffre d'affaires global d'au moins 250.000 € par an.
- Une liste des principales livraisons de fondants chimiques effectuées pendant les trois dernières années dont au min. 3 livraisons de NaCl vrac de plus de 15.000 tonnes chacune au cours des 3 dernières années.
- Une description de l'équipement technique qui comprend le relevé des lieux de stockage du soumissionnaire (avec les capacités, les moyens de protections nécessaires : halls couverts, bâches...), pour la quantité de 40.000 tonnes garantie à la seule destination du pouvoir et des moyens qu'il compte mettre en œuvre pour assurer les approvisionnements nécessaires vers les Districts ou lieux de stockage de l'Administration.
- Des échantillons conformes au CSC.
- Des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité, reconnus compétents et attestant la conformité du produit proposé par des références aux spécifications et/ou normes précisées ci-après, à l'article additionnel n° 2 «Caractéristiques techniques des produits».

37. Cependant, dans sa décision d'attribution du 28 décembre 2012, la SOFICO se borne à indiquer que l'A.M. FAM International satisfait aux conditions fixées pour la sélection qualitative, sans indiquer en quoi elle a rempli ces conditions :

«[FAM International satisfait aux conditions, à savoir] :

- 1° ne pas se trouver pas dans une situation d'exclusion au sens de l'article 43 de l'A.R. du 8 janvier 1996;
- 2° avoir réalisé, au cours des 3 dernières années, un chiffre d'affaires global d'au moins 250.000 € par an;
- 3° concernant la capacité technique :
 - avoir, au cours des 3 dernières années, réalisé au moins 3 livraisons de fondants chimiques de plus de 15.000 tonnes chacune;
 - disposer de l'équipement technique permettant d'assurer l'exécution du marché, notamment le stockage des 40.000 tonnes de sels destinées au réseau routier régional et l'approvisionnement des districts territoriaux dans les conditions prévues au C.S.C.;
 - proposer un produit satisfaisant aux prescriptions techniques du C.S.C.».

38. Ce faisant, alors que la SOFICO était en possession d'indications pouvant mettre en cause la capacité technique et financière de ce soumissionnaire, elle ne fournit dans sa décision d'attribution aucun élément permettant de vérifier in concreto que l'A.M. FAM International satisfait effectivement aux critères de sélection qualitative.

Ainsi, la décision d'attribution ne mentionne nullement

- si l'A.M. FAM International a fourni une déclaration sur l'honneur étayant qu'elle ne se trouve pas dans une des situations visées à l'article 43 de l'A.R. du 8 janvier 1996;
- si les données présentes via l'application informatique «DIGIFLOW» confirment que cette société est en règle du point de vue du paiement des cotisations de sécurité sociale;
- si elle a fourni une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et si l'on peut être assuré de la solidité financière de cette association momentanée;
- si elle a fourni une liste des principales livraisons de fondants chimiques dont au min. 3 livraisons de NaCl vrac de plus de 15.000 tonnes chacune au cours des 3 dernières années et si ces livraisons ont été correctement effectués;
- si elle dispose d'un équipement technique permettant d'assurer l'exécution du marché; et
- si elle a déposé des échantillons conformes au CSC et produit les certificats attestant de cette conformité.

39. La simple indication que «l'A.M. FAM INTERNATIONAL satisfait aux conditions fixées pour la sélection qualitative», sans indiquer en quoi ces critères sont dûment remplis, ne constitue pas une motivation suffisante de la décision d'attribution face aux informations mettant en doute le respect de ces critères par ce soumissionnaire.

40. Par sa télécopie du 10 janvier 2013, la SOFICO a tenté d'apporter des justifications supplémentaires.

Ces motifs supplémentaires, outre le fait qu'une motivation a posteriori de la décision attaquée ne peut se faire, ne convainquent toutefois pas.

1) En ce qui concerne la motivation générale de la décision attaquée quant au respect des critères de sélection qualitative

41. La SOFICO indique ainsi que «l'A.M. FAM International a fourni les documents et certificats requis et [qu']il est ressorti de l'examen de ceux-ci que le soumissionnaire satisfait aux exigences prévues en matière de capacité» et que «dans le cadre d'une procédure ouverte, lorsqu'il est constaté, à l'examen des documents, certificats et échantillons demandés dans les documents du marché et fournis par le soumissionnaire, que celui-ci remplit les conditions imposées pour la sélection qualitative, il doit être sélectionné».

Cependant, ces indications supplémentaires ne fournissent aucune autre précision à ce qui avait déjà été mis dans la décision attaquée, à savoir que «l'A.M. FAM INTERNATIONAL satisfait aux conditions fixées pour la sélection qualitative». L'acte attaqué demeure donc vicié par son défaut de motivation suffisante puisque l'autorité n'y démontre pas que les éléments pouvant mettre en doute le respect de ces critères de sélection qualitative, peuvent être écartés et que le soumissionnaire satisfait pleinement à ces critères.

Or, au vu des principes de prudence et de diligence, la SOFICO devait, vu qu'elle était en possession d'indications mettant en cause la capacité technique et financière de l'A.M. FAM International, redoubler de prudence et effectuer des recherches plus minutieuses et en indiquer le résultat dans la décision attaquée.

2) En ce qui concerne les références produites par l'A.M. FAM International

42. Dans son courrier du 6 septembre 2012 adressé à la SOFICO, la partie requérante a souligné à son intention que la participation de la société FMP à l'association momentanée ne semblait l'être que dans l'unique but de fournir à l'A.M. les références nécessaires. Par ailleurs, la société FMP a fait défaut lors de la livraison de sel à l'Etat allemand et à deux Etats fédéraux allemands, de sorte que la partie requérante a dû intervenir pour livrer 30.000 tonnes de sel supplémentaire.

43. Dans sa télécopie du 10 janvier 2013, la SOFICO s'est bornée à répondre face à cette critique que «l'A.M. FAM International a produit des certificats émanant des autorités allemandes, établissant que les fournitures ont été exécutées» et que «l'article 45, alinéa 1^{er}, 1^o de l'A.R. du 8 janvier 1996 n'exige pas que les certificats de fournitures attestent de la bonne exécution des fournitures, mais seulement de leur exécution effective».

Or, il ne suffit pas que les fournitures accomplies l'aient effectivement été, encore faut-il qu'elles l'aient bien été : la doctrine éminente est unanime à cet égard : «Bien que le texte ne le précise pas, il est évident que, tout comme pour les travaux, ces certificats ont pour objet de constater que des livraisons ont été exécutées, et ce à la satisfaction des clients».

En l'espèce, la SOFICO devait redoubler de prudence face aux références fournies par l'A.M. FAM International, et ce d'autant plus que la partie requérante l'avait avertie des problèmes d'exécution rencontrés par d'autres autorités publiques avec cette société.

3) En ce qui concerne l'obligation de constituer un dépôt de 50.000t. de NaCl

44. La CSC et les clauses administratives du CSC précisent quant à l'obligation de constituer un dépôt de 40.000 t. de Na Cl : «à la date du 15 octobre 2012, l'adjudicataire devra tenir en dépôt 40.000 tonnes de Na Cl à destination de l'administration».

En outre, l'adjudicataire doit tenir à la disposition des communes une réserve de 10.000 tonnes de sel, dans des conditions de stockage identiques à ce qui est précisé ci-avant, sous réserve que le stock doit être physiquement séparé des 40.000 tonnes.

D'après les indications de la SOFICO, relatées dans sa télécopie du 10 janvier 2013, les considérations de la partie requérante sur l'incapacité de l'A.M. FAM International à constituer ce dépôt dans le délai prescrit, seraient purement spéculatives.

Or, la partie requérante a de sérieux doutes sur le respect de cette obligation du CSC par l'A.M. FAM International. En effet, il semblerait que l'A.M. FAM International n'avait toujours pas constitué le stock à la date du 15 octobre 2012, ce qui est corroboré par les éléments suivants :

- La SOFICO a mis plus de 5 mois, à compter de l'ouverture des offres (01/08/2012), pour rendre une décision d'attribution (28/12/2012), ce qui a permis à FAM International de constituer son dépôt de sel;

- L'A.M. FAM International, n'opérait pas de dépôts en Wallonie lors du dépôt de son offre. Or, vu le délai de 40 jours après attribution du marché pour constituer le stock de 50.000 tonnes, l'on peut avoir des doutes sur la capacité de l'A.M. FAM International à approvisionner son stock dans ce délai étant donné qu'elle devait encore, au moment de l'ouverture des offres, se faire livrer le sel depuis l'étranger.

- La SOFICO indique elle-même dans son courrier que «le pouvoir adjudicateur a, bien entendu, vérifié ce point, s'assurant notamment que le soumissionnaire disposerait bien d'un lieu de stockage couvert en Wallonie». L'utilisation du «conditionnel» laisse le doute entier quant au respect par l'A.M. FAM International des prescriptions du CSC quant à l'obligation précitée.

CONCLUSION

45. Eu égard à l'ensemble des éléments qui précèdent, il est évident qu'en vertu des principes de prudence et de diligence, la SOFICO se devait de vérifier scrupuleusement les critères de sélection qualitative et de justifier en quoi l'A.M. FAM International présentait toutes les garanties requises pour honorer le marché en cause.

Il appartient en effet à l'autorité publique de s'informer et de récolter les éléments pertinents, et ce d'autant plus lorsqu'elle est en possession d'indications faisant planer un doute, avant de prendre une décision.

Or, à la lecture de l'acte attaqué, il ne ressort pas qu'une telle investigation minutieuse ait eu lieu.

Aucune motivation en ce sens ne ressort de la décision attaquée, de sorte qu'il plane un sérieux doute sur la conformité de l'offre de l'A.M. Fam International aux prescriptions du CSC en particulier et sur sa capacité technique et financière en général.

De plus, en n'effectuant pas de recherches approfondies, alors que la partie requérante avait attiré l'attention de la SOFICO sur ces points, cette dernière a méconnu son obligation générale de prudence, de diligence et de minutie."

B. Note d'observations

La partie adverse répond que :

- " 22. L'article 47 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dispose notamment que :

«1. La justification de la capacité économique et financière de l'opérateur économique peut, en règle générale, être constituée par une ou plusieurs des références suivantes :

[...]

4. Les pouvoirs adjudicateurs précisent, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à soumissionner, celle ou celles des références visées au paragraphe 1 qu'ils ont choisies ainsi que les autres références probantes qui doivent être produites.

[...]

Quant à l'article 48 de cette même directive, il précise que :

«1. Les capacités techniques et/ou professionnelles des opérateurs économiques sont évaluées et vérifiées conformément aux paragraphes 2 et 3.

2. Les capacités techniques des opérateurs économiques peuvent être justifiées d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des travaux, des fournitures ou des services :

[...]

6. Le pouvoir adjudicateur précise, dans l'avis ou dans l'invitation à soumissionner, celles des références visées au paragraphe 2 qu'il entend obtenir.»

Conformément à ces deux dispositions, il revient dès lors au pouvoir adjudicateur de préciser dans l'avis de marché ceux des moyens de preuve de la capacité technique, économique et financière qu'il entend obtenir.

23. Les dispositions de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne disent pas autre chose :

- l'article 42, al. 1^{er} prévoit que :

«En cas d'adjudication publique et d'appel d'offres général, le pouvoir adjudicateur procède à la sélection qualitative des soumissionnaires, sur la base des renseignements concernant la situation personnelle de chaque fournisseur, ainsi que des renseignements et documents nécessaires à l'évaluation des conditions minimales de caractère financier, économique et technique, requis en vertu des articles 43 à 46bis du présent arrêté».

- les articles 44 et 45 prévoient, en outre, notamment, que

«La capacité financière et économique du fournisseur peut, en règle générale, être justifiée par l'une ou plusieurs des références suivantes :

[...]

Le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre celles des références citées aux 1^o, 2^o et 3^o qu'il a choisies ainsi que les autres références probantes qu'il entend obtenir.

[...]

«La capacité technique du fournisseur peut être justifiée d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité et l'utilisation des produits à fournir :

[...]

Le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis ou dans l'invitation à présenter une offre celles des références citées qu'il entend obtenir.

[...]

24. Il ressort des dispositions qui précèdent que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation dans le choix des moyens de preuve de la capacité technique, économique et financière qu'il entend obtenir.

S'agissant de l'article 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le Conseil d'Etat a d'ailleurs considéré qu'«il ressort de cette disposition que la capacité technique d'un soumissionnaire, au regard de son savoir-faire, de son efficacité, de son expérience et de sa fiabilité, peut être justifiée par l'une ou plusieurs des différentes références ainsi énumérées, qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de choisir à la faveur de son appréciation discrétionnaire» (C.E., 30 novembre 2012, n° 221.600, S.A. Artbel).

25. Au titre de la sélection qualitative, la SOFICO recourt, tout d'abord, conformément à la circulaire du gouvernement wallon du 10 mai 2007, au régime de la déclaration sur l'honneur implicite.

Par ailleurs, un certain nombre de documents sont exigés pour démontrer la capacité technique, économique et financière des soumissionnaires.

- au titre de la capacité économique et financière, est demandée une déclaration concernant le chiffre d'affaires global au cours des trois dernières années, lequel doit être de 250.000 EUR minimum par an;
- en ce qui concerne la capacité technique, outre des références, sont exigés une description de l'équipement technique, des échantillons et des certificats.

Il n'apparaît nullement, en l'espèce, que la SOFICO aurait violé une des dispositions ou un des principes visés au moyen ou commis une erreur manifeste d'appréciation dans le choix des moyens de preuve lui permettant de se rassurer sur la fiabilité de son futur partenaire et de vérifier la solidité économique, financière et la capacité technique de celui-ci.

26. La partie adverse a, par ailleurs, vérifié si les trois soumissionnaires les moins disants (FAM, ESCO et ZOUTMAN) répondaient aux conditions de sélection qualitative fixées par les documents du marché et a constaté que c'était bien le cas. Il n'apparaît pas des pièces du dossier administratif qu'elle aurait manqué, ce faisant, aux dispositions et principes visés au moyen ou commis une erreur manifeste d'appréciation.

Elle s'en est expliquée comme suit dans la décision d'attribution du 28 décembre 2012 :

«Qu'il ressort de leur dossier tel que complété ou précisé que:

○ l'A.M. FAM INTERNATIONAL et la société ESCO BENELUX satisfont aux conditions fixées pour la sélection qualitative, à savoir :

1° ne pas se trouver pas dans une situation d'exclusion au sens de l'article 43 de l'A.R. du 8 janvier 1996;

2° avoir réalisé, au cours des 3 dernières années, un chiffre d'affaires global d'au moins 250.000 € par an;

3° concernant la capacité technique :

- avoir, au cours des 3 dernières années, réalisé au moins 3 livraisons de fondants chimiques de plus de 15.000 tonnes chacune;
- disposer de l'équipement technique permettant d'assurer l'exécution du marché, notamment le stockage des 40.000 tonnes de sels destinées au réseau routier régional et l'approvisionnement des districts territoriaux dans les conditions prévues au C.S.C.;
- proposer un produit satisfaisant aux prescriptions techniques du C.S.C.

[...]

Considérant en conséquence qu'il y a lieu de sélectionner l'A.M. FAM INTERNATIONAL et la S.A. ESCO BENELUX, mais de ne pas sélectionner la S.A. ZOUTMAN;»

L'acte attaqué, en ce qu'il décide de sélectionner FAM et ESCO, satisfait ainsi parfaitement à l'obligation de motivation formelle visée à l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ainsi qu'à l'article 65/5 de loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics.

La partie adverse indique clairement les conditions de sélection qualitative qui sont fixées par l'avis de marché. Elle indique ensuite que ces conditions sont satisfaites par les sociétés FAM et ESCO.

La motivation de la SOFICO est, en outre, adéquate puisqu'elle fait apparaître de manière non équivoque le raisonnement qui l'a conduite à sélectionner la requérante et l'attributaire du marché.

Contrairement à ce que soutient la requérante au point 38 de sa requête, il ressort très clairement de l'acte querellé que FAM a fourni les moyens de preuve requis par l'avis de marché et le cahier spécial des charges.

Exiger plus, comme le fait à tort la partie requérante, reviendrait à exiger les motifs des motifs de la décision attaqué, ce qui excéderait la portée de l'exigence de motivation formelle visée par les dispositions visées au moyen.

La décision querellée respecte ainsi parfaitement le prescrit des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 et les articles 65/4 et 65/5 de la loi sur les marchés publics.

27. Les autres reproches évoqués par la partie requérante tant dans son courrier électronique du 6 septembre 2012 qu'en termes de requête ne sauraient par ailleurs être suivis.

1° En ce qui concerne les comptes annuels des trois membres de l'A.M. FAM :

28. La partie adverse n'a pas estimé devoir exiger, dans son avis de marché, la production des comptes annuels des soumissionnaires. Il ne lui appartenait pas, comme le soutient à tort la partie requérante, de les exiger ensuite de l'attributaire du marché ou d'écarter celle-ci sur la base d'un moyen de preuve non exigé dans les documents du marché.

Si le pouvoir adjudicateur ne peut sélectionner un soumissionnaire qui n'aurait pas remis l'ensemble des documents requis à cette fin, la sélection ne peut pas davantage être refusée en raison de l'absence d'un document non demandé (C.E., 8 octobre 2002, n° 111.141, n.v. North Sea Traders Corporation). Une telle manière de procéder violerait manifestement les dispositions pertinentes de la réglementation sur les marchés publics.

La jurisprudence de Votre Conseil est d'ailleurs fixée en ce sens qu'il n'est pas permis de remplacer un moyen de preuve de la capacité technique, économique ou financière exigé par le pouvoir adjudicateur par un autre moyen de preuve (C.E., 21 juin 2006, n° 160.374, S.A. Collignon Eng). En autorisant ou en imposant pareille substitution, le pouvoir adjudicateur violerait le principe d'égalité entre soumissionnaires. Certaines sociétés n'ont, en effet, peut-être pas participé à l'adjudication précisément parce qu'elles ne disposaient pas des «références» demandées (liste de livraisons effectuées, chiffre d'affaires global...).

L'on rappellera la jurisprudence stricte du Conseil d'Etat en la matière selon laquelle «en vertu de l'article 16, alinéa 1^{er}, 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, en cas d'adjudication publique comme en l'espèce, il appartient au pouvoir adjudicateur de procéder à la sélection qualitative des soumissionnaires sur la base des renseignements et documents prévus aux articles 17 à 19 du même arrêté royal; que ledit article 19, après avoir dressé l'inventaire des références susceptibles de justifier la capacité technique de l'entrepreneur, prévoit que "le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché (...) celles des références qu'il entend obtenir"; qu'il ressort de ces dispositions que la question de savoir si l'omission de l'une ou l'autre de ces références est substantielle ou non, est sans pertinence et que, parce que le pouvoir adjudicateur a "entendu" les obtenir en le précisant dans l'avis de marché, elles doivent être fournies à peine de fausser l'appréciation à porter quant à la capacité technique des soumissionnaires et de violer le principe d'égalité dans le traitement qui doit leur être réservé; [...]» (C.E., 29 juin 2001, n° 97.319, s.a. Entreprise P. Rousseaux. Voy. aussi : C.E., 21 juin 2006, n° 160.374, s.a. Collignon Eng.).

Par conséquent, tous les documents, mais seuls les documents exigés par l'avis de marché doivent être examinés en vue de la sélection qualitative des soumissionnaires.

Comme le relève la décision attaquée, le seul document requis par le pouvoir adjudicateur en vue de démontrer la capacité économique et financière des soumissionnaires, à savoir la déclaration de son chiffre d'affaires des trois dernières années, a bien été produite par FAM dans son offre (pièce n° 1 du dossier administratif, partie confidentielle)

2° En ce qui concerne les références de FAM :

29. La partie requérante indique à plusieurs reprises que «la participation de la société FMP à l'association momentanée ne semblait l'être que dans l'unique but de fournir à l'A.M. les références nécessaires».

Cette critique est dénuée de pertinence. Toute personne physique ou morale a le droit, conformément à l'article 93 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, de former avec une ou plusieurs autres personnes physiques ou morales une association sans personnalité juridique en vue de la remise d'une offre.

Les missions et tâches que les associés s'assignent entre eux en vue de l'exécution du marché ne regardent en rien le pouvoir adjudicateur. L'essentiel pour ce dernier

est que ceux-ci s'engagent solidairement vis-à-vis du pouvoir adjudicateur et peuvent donc tous voir leur responsabilité contractuelle mise en cause en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution du marché.

Un pouvoir adjudicateur ne pourrait donc pas considérer que la société momentanée ayant remis offre ne répond pas à la condition de sélection qualitative relative à la production de références au motif que ces références n'émaneraient pas de l'associé destiné à assumer une part plus active dans l'exécution du marché. Soulignons encore que les articles 44 et 45, al. 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 prévoient qu'un «candidat ou un soumissionnaire peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition du fournisseur».

Le pouvoir adjudicateur ne pourrait pas davantage refuser de sélectionner un soumissionnaire au motif que ses références émaneraient d'une entité tierce et pas du soumissionnaire amené à exécuter le marché.

30. L'article 45, al. 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 prévoit, parmi les moyens de preuve de la capacité technique, que le pouvoir adjudicateur peut exiger des soumissionnaires, une «liste des principales livraisons effectuées pendant les trois dernières années, leur montant, leur date et leurs destinataires publics ou privés :

- s'il s'agit de fournitures à une autorité publique, les livraisons sont prouvées par des certificats établis ou visés par l'autorité compétente;
- s'il s'agit de fournitures à des personnes privées, les certificats sont établis par l'acheteur; à défaut, une simple déclaration du fournisseur est admise;»

En l'espèce, comme cela est d'ailleurs relevé par la décision attaquée, FAM a joint à son offre plusieurs certificats dont il ressort qu'elle a déjà procédé, dans les trois dernières années, à minimum trois livraisons de fondants chimiques portant sur des quantités de sel supérieures à 15.000 tonnes.

Ces références sont prouvées, tel que cela est expressément exigé par la disposition susvisée, par des certificats établis par l'autorité qui a acheté le sel. Par la remise de ces certificats, les autorités ont attesté que ces livraisons ont effectivement eu lieu. Ces attestations ne font état par ailleurs d'aucune réserve.

Il n'incombait dès lors nullement à la SOFICO, sur la base des «informations» transmises par la partie requérante dans son e-mail du 6 septembre 2012, d'interroger ces autorités sur la manière dont ces livraisons ont été exécutées.

La production de ces certificats établis sans réserve suffit à attester que FAM a bien procédé à au-moins trois livraisons de 15.000 tonnes de sel dans les trois dernières années.

La SOFICO n'a dès lors violé aucune des dispositions ou aucun des principes visés au moyen en considérant que FAM a satisfait aux conditions de capacité technique fixées par l'avis de marché.

3^o En ce qui concerne le dépôt de 50.000 tonnes de sel :

31. La partie requérante se fourvoie manifestement lorsqu'elle soutient que FAM devait avoir constitué son stock pour le 15 octobre 2012.

Elle semble perdre de vue que, conformément à l'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, «la conclusion du marché a lieu par la notification à l'adjudicataire de l'approbation de son offre». Or, à ce jour, le marché litigieux – qui prévoit, en sa première phase, la constitution d'un stock de sel – n'a pas encore été conclu.

Ni FAM, ni aucun autre soumissionnaire n'avait, par l'hypothèse, l'obligation de constituer le dépôt de sel de 40.000 tonnes pour le 15 octobre 2012. Le respect de cette date n'aurait été une obligation dans le chef de l'adjudicataire que si la décision du marché lui avait été notifiée au moins 40 jours auparavant.

La date du 15 octobre 2012 visée dans la description de l'objet du marché (page 6 sur 32 du cahier spécial des charges) n'est qu'une date estimative, laquelle n'a finalement pas pu être tenue en raison d'une instruction prolongée du dossier (vérification des prix...).

Dans le cas où le marché est passé moins de 40 jours avant le 15 octobre 2012 ou après cette date, le point 4.1 du cahier spécial des charges prévoit cependant que «l'adjudicataire devra tenir en dépôt les 40.000 tonnes de NaCl sans que le délai d'exécution de cette phase ne soit inférieur à 40 jours à partir de la conclusion du marché».

L'adjudicataire a donc un délai de 40 jours à dater de la conclusion du marché pour constituer ce stock. Or, par hypothèse, ce délai de 40 jours n'a pas encore commencé à courir.

Par ailleurs, même si le marché avait été conclu 40 jours avec la date du 15 octobre 2012, rien ne permet d'affirmer que FAM n'aurait pas été en mesure de constituer, pour cette date, son stock de 40.000 tonnes de sel dans son entrepôt à Marcinelle. Au contraire, il ressort de son offre qu'elle disposait, à la date de remise de son offre, de quantités de sel entreposées en Belgique supérieures aux 40.000 tonnes exigées par le cahier spécial des charges (voir pièce n° 1 du dossier administratif, partie confidentielle, page 29 sur 126).

32. La critique de la partie requérante selon laquelle FAM «n'opérait pas de dépôts en Wallonie lors du dépôt de son offre» est sans aucune pertinence.

Il n'était, en effet, pas exigé des soumissionnaires qu'ils prouvent «opérer» un dépôt de sel en Wallonie à la date de la remise de l'offre.

33. Les doutes émis par la partie requérante sur «la capacité de l'A.M. FAM International à approvisionner son stock» dans un délai de «40 jours après attribution du marché» ne sont que pure spéculation.

Un pouvoir adjudicateur ne saurait décider d'écarter un soumissionnaire – qui a joint par ailleurs dans son offre les éléments demandés pour démontrer sa capacité technique à réaliser un marché de cette ampleur – sur la base d'un «doute» d'un de ses concurrents.

34. Enfin, comme la partie adverse l'a indiqué dans son courrier du 10 janvier 2013, elle s'est assurée, au stade de la sélection qualitative (capacité technique), que FAM dispose bien d'un dépôt répondant aux conditions fixées dans le cahier spécial des charges.

L'utilisation, en l'espèce, du conditionnel ne laisse planer aucun doute sur le fait que cette vérification a bien été faite. Cette critique de la partie requérante est fantaisiste.

35. Des développements qui précèdent, il ressort donc que le deuxième moyen est également dépourvu de caractère sérieux et doit être rejeté."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort du dossier administratif ainsi que de la motivation du premier acte attaqué que la partie adverse a vérifié de façon effective si l'attributaire du marché répondait aux exigences de sélection qualitative et qu'elle a exposé les raisons pour lesquelles elle estimait qu'il y satisfaisait.

Les motifs exprimés apparaissent suffisants. Prima facie, les normes, invoquées par la requérante, n'imposaient pas à la partie adverse de répondre en outre, dans la motivation de la décision litigieuse, aux critiques que la requérante lui avaient adressées, en dehors de toute procédure organisée pour la formulation de tels griefs, au sujet de la capacité d'un de ses concurrents à exécuter valablement le marché.

La partie adverse n'était pas davantage tenue de procéder à des investigations exceptionnelles concernant la capacité de l'association momentanée FAM international en raison des simples doutes qui avaient été émis par la requérante et dont l'exactitude n'était pas démontrée.

Par ailleurs, il ressort du dossier administratif que la partie adverse a procédé avec prudence, diligence et minutie aux vérifications requises tout en respectant les limites qu'elle s'était imposée dans le cahier spécial des charges.

De la sorte, en ce qui concerne la liste des principales livraisons effectuées durant les trois dernières années, l'attributaire du marché a fourni les certificats requis par l'article 10.3. du cahier spécial des charges. Cette disposition ne requérait pas que les certificats concernés attestassent, outre l'exécution effective de ces livraisons, le fait qu'elles avaient satisfait les clients concernés. En conséquence, la partie adverse ne pouvait légalement exiger que les certificats, fournis par l'association momentanée précitée, comportassent des mentions que le cahier spécial des charges n'imposait pas.

De même, la partie adverse ne pouvait exiger que les soumissionnaires établissent la constitution d'un stock de fondants chimiques pour le 15 octobre 2012 en vertu du cahier spécial des charges. Il en ressort en effet (pages 6 et 16 du cahier spécial des charges) que l'obligation de constitution de ces stocks était adressée à l'adjudicataire et qu'elle ne s'appliquait donc qu'après la conclusion du marché. Il s'agissait d'une condition d'exécution du marché public.

La date du 15 octobre 2012 n'apparaît avoir été mentionnée qu'en raison de la volonté initiale de la partie adverse de conclure le contrat avant cette date. Toutefois, celle-ci ne revêtait pas de caractère contraignant et le retard pris par la partie adverse pour attribuer le marché public a privé cette mention de toute portée.

A cet égard, le retard pris pour l'attribution du présent marché et la passation d'un contrat, selon une procédure négociée justifiée par l'urgence à obtenir la fourniture de fondants chimiques, ne suffisent pas à attester la volonté qu'aurait eu la partie adverse de privilégier l'association momentanée. En outre, la requérante ne produit aucune preuve de nature à établir l'existence d'une telle volonté.

Enfin, l'attributaire du marché public a communiqué, comme le requérait l'article 10.3. du cahier spécial des charges, une description de l'équipement technique comprenant un relevé des lieux de stockage dont l'un est situé sur le territoire de la Région wallonne, comme l'imposait la partie adverse. L'association a

également transmis une promesse de vente et d'achat concernant ce lieu de stockage ainsi qu'un compromis de vente à passer.

Au regard de ces documents, la société SOFICO a pu raisonnablement considérer, sans méconnaître les normes invoquées par la requérante, que cette association établissait à suffisance la disposition d'un lieu de stockage en Région wallonne dont la propriété n'avait certes pas encore été transférée mais dont le processus d'acquisition était certain et presque finalisé.

En outre, il apparaît, *prima facie*, que les modalités juridiques (propriété ou location) selon lesquelles la disposition des lieux d'entreposage s'opérait, n'étaient prévues par le cahier spécial des charges (point 4.1., p. 6) que pour l'adjudicataire et non pour les soumissionnaires. Le transfert de propriété ne devait donc pas nécessairement intervenir avant la conclusion du contrat.

De la sorte, la partie adverse n'a pas traité inégalement les soumissionnaires dès lors qu'à la différence de l'association momentanée attributaire du marché, la société ZOUTMAN, qui a été écartée de la procédure litigieuse, n'avait pas mentionné de lieu de stockage à sa disposition en Région wallonne et n'avait pas établi l'adoption de mesures lui permettant d'en disposer.

Le moyen n'est donc pas sérieux.

VI. CONFIDENTIALITE

VI. 1. Arguments des parties

La partie adverse indique que :

" 12. Le 23 janvier 2013, la partie adverse a interrogé FAM sur le caractère confidentiel ou non de son offre ainsi que de ses courriers des 21 et 29 août 2012 adressés à l'administration (pièce n° 20 du dossier administratif, partie non confidentielle).

FAM a répondu, par un courrier électronique du même jour, qu'elle s'opposait à la communication de ces pièces à la partie requérante pour des motifs tenant au secret des affaires (pièce n° 21 du dossier administratif, partie non confidentielle).

En application de l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la SOFICO considère dès lors devoir conserver la confidentialité de l'offre de FAM ainsi que de ses lettres des 21 et 29 août 2012.

Ces pièces n'ont donc pas été communiquées à la requérante et ne doivent pas pouvoir être consultées dans le dossier de pièces déposé au greffe du Conseil d'Etat.

13. Pour les mêmes raisons, la SOFICO a versé dans la partie confidentielle de son dossier administratif, l'offre de la partie requérante.

Par contre, les courriers des 24 et 31 août 2012 de la requérante ont été produites dans la partie non confidentielle du dossier administratif dans la mesure où la requérante elle-même les a versées dans son dossier de pièces (voir pièces n°5 et 7), sans aucune réserve quant à leur consultation au greffe."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat, à un autre stade de la procédure, sur la nécessité éventuelle de porter à la connaissance des parties les offres, reçues par la partie adverse dans le cadre du marché public litigieux, ainsi que les lettres des 21 et 29 août 2012 adressées à la partie adverse par l'association momentanée FAM International n.v. – METRO International Trading b.v.b.a. - FMP International G.m.b.H., il convient, à ce stade, de les soustraire à leur consultation afin de préserver le secret des affaires.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les offres, reçues par la partie adverse dans le cadre du marché public litigieux, ainsi que les lettres des 21 et 29 août 2012 adressées à la partie adverse par l'association momentanée FAM International n.v. – METRO International Trading b.v.b.a. – F.M.P. International G.m.b.H., sont soustraites, à ce stade de la procédure, à la connaissance des parties.

Article 3.

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 4.

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
quatre février deux mille treize par :

M.	Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Yves HOUYET.