CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 222.982 du 26 mars 2013

G./A.208.160/VI-19.921

En cause : **la société anonyme SANIMA,**

ayant élu domicile chez
Me Jean-Marc RIGAUX, avocat,
boulevard d'Avroy, n° 270,
4000 Liège,

contre :

la ville de Liège,

ayant élu domicile chez
Mes Michel FRANCHIMONT,
Jean-Dominique FRANCHIMONT et
Hélène GERMAIN, avocats,
rue Beeckman, n° 25,
4000 Liège.

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 8 mars 2013, la société anonyme SANIMA sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la délibération du collège communal de la ville de Liège, adoptée en sa séance du 11 janvier 2013, qui pour les lots 1, 2 et 3 du marché relatif à la fourniture de matériel destiné au service plomberie des installations intérieures décide de ne pas sélectionner la requérante et d'attribuer le marché à la société anonyme MASSART DISTRIBUTION.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 11 mars 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 19 mars 2013 à 10 heures 30.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Jean-Marc RIGAUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Hélène GERMAIN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

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 de la demande peuvent être exposés comme suit :

III. 1. Le 25 juin 2012, le conseil communal de la ville de Liège a décidé de passer un marché "stock" par adjudication publique, relatif à la fourniture de matériel destiné au service plomberie des installations intérieures structuré en quatre lots distincts, à savoir :

- lot 1 : matériel sanitaire;
- lot 2 : pièces de rechange pour appareils alimentés au gaz naturel;
- lot 3 : matériel de chauffage;
- lot 4 : matériel énergies nouvelles.

Lors de la même séance, le conseil communal a adopté le cahier spécial des charges appelé à régir le marché, prévoyant notamment la conclusion d'un marché d'une durée déterminée de quarante-huit mois, de date à date, prenant cours le jour de la notification, au fournisseur adjudicataire, de l'approbation de son offre. Dans cette délibération, le conseil communal fixe également les critères de sélection qualitative destinés à apprécier la capacité financière, économique et technique des fournisseurs. Au titre de la capacité technique, un critère de sélection est libellé comme suit :

" La capacité technique des soumissionnaires sera appréciée sur la base de la liste établie sur l'honneur des fournitures similaires à celles faisant l'objet du marché effectuées au cours des trois dernières années, dont au moins trois références d'une valeur minimum de 3.000,00 EUR HTVA.

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

III. 2. L'avis de marché n° 2012.S133-221183 a été publié au supplément du journal officiel de l'Union européenne le 13 juillet 2012 et l'avis n° 2012-515559 a été publié au Bulletin des adjudications du Moniteur Belge le 10 juillet 2012.

III. 3. L'ouverture des offres avec proclamation des prix a eu lieu le 3 septembre 2012 et n'a pas fait l'objet d'observations particulières des parties représentées. Il apparait que la société MASSART DISTRIBUTION et la société SANIMA ont remis prix pour les trois premiers lots et que seule la société MASSART DISTRIBUTION a remis prix pour le quatrième lot.

III. 4. L'offre de la requérante, datée du 1er septembre 2012 et reçue le jour de l'ouverture des offres, ne mentionnait rien pour ce qui concerne les capacités financière et technique. Par un courrier du 3 septembre 2012, la partie adverse lui a demandé de compléter son offre sur différents points et a sollicité diverses informations complémentaires.

Manquaient ainsi :

- les catalogues prévus dans l'option obligatoire en vertu de l'article 3 CAG du cahier spécial des charges;
- les éléments permettant de vérifier la capacité financière et économique en vertu de l'article 44 AR du cahier spécial des charges;
- les éléments permettant de vérifier la capacité technique en vertu de l'article 45 AR du cahier spécial des charges;
- la déclaration ONSS;
- les statuts.

La requérante a alors envoyé un nouveau modèle d'offre. Dans ce nouveau document, elle justifiait sa capacité technique par des montants globaux répartis sur une période de trois ans. Dès lors que ces éléments ne lui permettaient pas de constater que la requérante avait fourni des livraisons d'une valeur minimum de 3.000 euros H.T.V.A., la partie adverse lui a adressé, le 1er octobre 2012, un nouveau courrier réclamant une nouvelle fois les éléments qui devaient lui permettre de vérifier sa capacité financière et économique en vertu de l'article 44 AR du cahier spécial des charges, ainsi que les éléments permettant de vérifier sa capacité technique en vertu de l'article 45 AR de ce même cahier.

La requérante a répondu par un courrier du 5 octobre 2012 en envoyant l'état de compte de la ville de Huy et de la commune d'Amay. Ces états ne mentionnaient pas le type de fournitures livrées, ce qui laissait la partie adverse dans l'impossibilité de vérifier si les livraisons mentionnées correspondaient aux lots en question.

Par courrier du 19 octobre 2012, la partie adverse a demandé à la requérante de ventiler certaines livraisons de fournitures effectuées pour le compte de la ville de Huy. La requérante a répondu en envoyant, le 26 octobre 2012, la ventilation des fournitures sans prix, ce qui ne permettait toujours pas à la partie adverse de vérifier le montant des livraisons pour chaque lot.

C'est pourquoi, par un courrier du 29 octobre 2012, la partie adverse a demandé à la requérante la communication des prix unitaires. Il a été donné suite à cette demande, en mentionnant des montants globaux sans faire état des prix unitaires.

III. 5. Les rapports relatifs à l'attribution du marché pour les lots 1, 2 et 3 relèvent que la requérante n'apporte pas la preuve qu'elle dispose d'une capacité suffisante au plan technique et ne peut dès lors être sélectionnée.

III. 6. Par une délibération du 11 janvier 2013, le collège communal de la partie adverse a désigné la société MASSART DISTRIBUTION en qualité d'adjudicataire des lots 1, 2, 3 et 4 du marché relatif à la fourniture de matériel destiné au service plomberie des installations intérieures.

Cette délibération, en tant qu'elle attribue les lots 1, 2 et 3, constitue l'acte attaqué.

III. 7. Par un courrier du 15 février 2013, le Ministre des Pouvoirs locaux et de la Ville a informé le collège communal de la ville de Liège que sa délibération du 11 janvier 2013 n'appelait aucune mesure de tutelle.

III. 8. La requérante a été informée de la délibération du collège communal du 11 janvier 2013 par courrier recommandé du 21 février 2013 et par courrier électronique du 25 février 2013.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un premier moyen pris de la violation des principes généraux de droit et d'égalité des soumissionnaires, de proportionnalité, de bonne administration, de transparence, 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 et de l'article 45 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures, de services et aux concessions de travaux publics. Elle le formule comme suit :

" Première branche : Tirée de la violation du cahier spécial des charges

Le cahier spécial des charges précise que la capacité technique doit être appréciée sur base des éléments suivants :

«La liste établie sur l'honneur des fournitures similaires à celles faisant l'objet du marché effectuées au cours des 3 dernières années, dont au moins trois références d'une valeur minimum de 3.000,00 EUR HTVA chacune et pour chacun des lots.
- s'il s'agit de livraisons à une autorité publique, les livraisons sont prouvées par des certificats établis ou visés par l'autorité compétente;
- s'il s'agit de livraisons à des personnes privées, les certificats sont établis par l'acheteur ; à défaut, une simple déclaration du soumissionnaire est admise.»;

L'examen du modèle d'offre démontre que cette condition était remplie puisque la requérante a, sur l'honneur, déclaré qu'elle avait fourni pour plus de 3.000,00 € à six sociétés privées, des livraisons pour chacun des lots;

Lorsque la Ville de Liège a sollicité des documents complémentaires, elle s'est bornée à reproduire, tant le 3 septembre 2012 que le 1er octobre 2012, la disposition précitée du cahier spécial des charges;

La requérante a fourni, outre les références qu'elle avait déjà fournies, une attestation émanant d'une autorité publique;

Elle signale simplement qu'elle n'a pas eu le temps d'en obtenir d'autres eu égard aux délais;

Cependant, la requérante estimait qu'il n'y avait aucune difficulté puisqu'elle avait effectivement affirmé sur l'honneur qu'elle avait bien livré pour plus de 3.000,00 €, à trois reprises, pour chacun des lots, à différentes sociétés privées;

La Ville de Liège va estimer que ce qui a été déclaré dans l'offre constitue des livraisons échelonnées dans le temps, du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2011, à plusieurs opérateurs, sans que soit mentionné le montant des livraisons «uniques»;

Elle ajoute : «C'est pourquoi des précisions complémentaires ont été demandées.»;

Elle précise que les factures fournies ne permettent d'attester que d'une seule livraison de plus de 3.000,00 €;

La Ville de Liège ne définit pas exactement ni au cahier spécial des charges, ni dans sa motivation à fortiori, ce qu'elle entend par livraison ou livraison «unique»;

Il est clair que les pièces qui sont fournies par des entreprises telles que la requérante n'atteignent jamais le montant de 3.000,00 € pour une seule pièce (il s'agit de pièces de rechange);

De la même manière, de très nombreuses pièces de rechange peuvent être fournies pour un seul acheteur mais elles ne sont pas nécessairement toutes facturées ou livrées en même temps;

Cela est même assez exceptionnel;

La Ville de Liège semble dès lors ajouter une condition qui ne se trouve pas dans le cahier spécial des charges, à savoir que les livraisons de pièces devraient figurer sur une seule et unique facture;

Cette condition, outre qu'elle ne figure pas dans le cahier spécial des charges, est très artificielle car selon que le client demande une facturation unique après un certain nombre de livraison ou demande une facture au fur et à mesure des livraisons successives, cela revient strictement au même au niveau de la capacité technique;

En effet, si différentes pièces de plomberie d'une valeur de 100,00 € sont livrées à 30 reprises sur deux mois et donnent lieu à 30 facturations au fur et à mesure de leurs livraisons ou à une seule facturation après deux mois, la capacité technique est strictement identique;

Le cahier spécial des charges n'impose pas l'exigence que croit déceler la Ville de Liège de par sa motivation;

Le terme livraison «unique» ne figure pas dans le cahier spécial des charges;

On peut donc entendre le fait que chaque livraison doit être de 3.000,00 € pour chacun des lots à l'encontre d'un seul et unique client;

Interpréter le cahier spécial des charges autrement constituerait indiscutablement une atteinte à l'égalité des soumissionnaires car en effet, il suffit de facturer ensemble un nombre de pièces livrées sur un certain laps de temps pour remplir la condition exigée alors qu'un concurrent ayant effectué le même travail et ayant livré le même nombre de pièces à l'égard de la même personne ne serait pas sélectionné au motif que la facturation n'aurait pas été faite en une seule fois;

Or, l'article 45 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 vise ce type de situation sans exigence particulière;

S'il fallait ajouter une condition spécifique comme la «livraison unique», non seulement elle devrait figurer expressis verbis au cahier spécial des charges mais encore devrait être motivée par rapport à la bonne exécution du marché;

Il apparaît effectivement indispensable que les références qui sont fournies doivent être utiles pour apprécier la capacité du fournisseur;

C'est ainsi que le professeur FLAMME dans son ouvrage, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, Tome I, A, p. 717, précise :

«Par contre, peut être critiquée l'exigence posée par la Ville d'Alès dans le cadre d'une fourniture d'ordinateurs et autres équipements informatiques, d'une liste de références pour les prestations similaires réalisées pour le compte de collectivités locales. En effet, à priori, aucun élément ne permet de conclure que seules de telles références sont utiles pour apprécier la capacité du fournisseur. Il en va de même pour la fourniture de produits alimentaires. La Caisse des Ecoles de la Ville de Montrouge impose des références récentes de divers établissements d'Etat ou

collectivités territoriales, ce qui exclut indument les références de fournitures à des entreprises ou collectivités privées.»;

Il est à noter en l'espèce que les déclarations sur l'honneur faites par la S.A. SANIMA ne sont pas en soi critiquées;

Seul le terme «livraison unique» (soit facturation «unique») semble être visé dans la motivation pour écarter l'offre de la requérante;

Les trois décisions en cause violent les dispositions visées au premier moyen;

La première branche du premier moyen est fondée;

Deuxième branche : Traitement inégal des soumissionnaires

Il apparaît indiscutablement de la motivation des actes attaqués que des justifications ont été sollicitées auprès de la requérante alors que ne l'ont pas été auprès de la S.A. MASSART;

En effet, on peut lire dans la motivation :

«A l'examen des offres, il apparaît que la S.A. MASSART Distribution fournit les chiffres et références démontrant une capacité technique suffisante.»;

Rien n'établit que la situation de la S.A. MASSART n'est pas équivalente à celle de la S.A. SANIMA relativement aux livraisons «uniques»;

Il est à noter que les précisions demandées à la requérante n'en sont pas vraiment, comme on le lira plus loin puisque la partie adverse s'est contentée de reproduire l'article 45 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et la mention relative au cahier spécial des charges, dans ses courriers des 3 septembre et 1er octobre 2012 […];

En quoi les chiffres et références fournis par la S.A. MASSART peuvent-ils être approuvés par une déclaration sur l'honneur alors que ceux de la requérante ne le seraient pas et ce, en tenant compte du fait qu'une simple déclaration sur l'honneur est exigée par le cahier spécial des charges, se référant à l'article 45 précité;

Il y a indiscutablement une différence de traitement entre les deux soumissionnaires;

La deuxième branche du premier moyen est fondée;

Troisième branche : Absence de clarté du cahier spécial des charges

A supposer que le pouvoir adjudicateur estimait utile de prévoir des factures uniques de plus 3.000,00 € de petites pièces de rechange à un seul et unique client, à trois reprises pour chacun des lots, il aurait alors fallu le préciser plus clairement et surtout donner une motivation spécifique en expliquant en quoi le fait que ces pièces soient livrées et facturées en une fois apporte un plus au niveau de la capacité technique permettant de retenir l'offre de la S.A. MASSART;

Si la Ville de Liège a besoin d'une même pièce, à plusieurs reprises, pour des montants supérieurs à 3.000,00 € et cherche un fournisseur capable de pouvoir procéder à cette fourniture, il fallait alors le préciser et l'indiquer;

Ces précisions n'ont évidemment aucun sens puisque cela n'arrive pas, même pour des pouvoirs publics qui ont beaucoup de chaudières à gérer;

En effet, cela voudrait dire que pour un même client disposant de plusieurs chaudières du même type, la même pièce de ces chaudières tomberait en panne, en

même temps, sur plusieurs appareils et devrait être remplacée simultanément sur chaque appareil;

Ce qui compte, c'est la capacité de pouvoir fournir de manière régulière, toutes les pièces qui tombent en panne quitte à ce que des montants importants à l'égard d'un client sur une certaine période puissent constituer une référence relativement à la capacité technique, ce que la requérante a fourni en donnant les chiffres de livraison requis par le cahier spécial des charges, à un client, sur une période donnée;

La troisième branche du premier moyen est fondée;

Le première moyen est fondé;"

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

" Première branche : tirée de la violation du cahier spécial des charges.

1. Le cahier spécial des charges prévoit que la capacité technique du fournisseur sera appréciée sur la base des éléments suivants :

«La capacité technique des soumissionnaires sera appréciée sur la base de la liste établie sur l'honneur des fournitures similaires à celles faisant l'objet du marché effectuées au cours des trois dernières années, dont au moins trois références d'une valeur minimum de 3.000 € hors TVA.
- s'il s'agit de fournitures à une autorité publique, les livraisons seront prouvées par des certificats établis ou visés par l'autorité compétente;
- s'il s'agit de fournitures à des personnes privées, les certificats seront établis par l'acheteur; à défaut, une simple déclaration du fournisseur est admise»;

La partie requérante affirme que l'examen de son offre démontre que cette condition était remplie puisqu'elle a déclaré sur l'honneur avoir fourni pour plus de 3.000 € à six sociétés privées des livraisons pour chacun des lots.

Cette affirmation est inexacte.

2. La partie adverse renvoie à l'exposé des faits ci-dessus duquel il ressort que l'offre de la partie requérante datée du 1/9/2012 et reçue le jour de l'ouverture des offres ne mentionnait rien au niveau de la capacité économique et technique […].

Suite à la demande qui lui a été adressée par la partie adverse […], la partie requérante a justifié ses capacités techniques par des montants globaux répartis sur une période de 3 ans (par exemple : 10.702,50 € à la SPRL Moreau pour la période allant du 1/1/2009 au 31/12/2011).

Ces éléments ne permettaient pas à la partie adverse de constater que la SA Sanima avait fourni des livraisons de 3.000 € hors TVA minimum.

La partie adverse souligne qu'elle commande en une fois de manière régulière pour plus de 20.000 € hors TVA de marchandises. Le seuil de 3.000 € hors TVA a été fixé au minimum pour permettre d'avoir une concurrence accrue, mais il s'agit évidemment d'un seuil minimum requis.

Par conséquent, la Ville de Liège a, à nouveau, réclamé les documents permettant de voir si la SA Sanima avait la capacité technique en date du 1/10/2012 […].

La réponse en date du 5/10/2012 de la SA Sanima fut l'envoi de l'état de comptes des communes de Huy et d'Amay […]. Ces états ne mentionnaient pas le type de fournitures livrées; par conséquent, la Ville de Liège était dans l'impossibilité de

vérifier si les livraisons mentionnées correspondaient aux lots en question. La partie adverse rappelle que la SA Sanima se prévaut de fournitures à des autorités publiques qui doivent en outre être prouvées par des certificats établis ou visés par l'autorité compétente, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Par courrier du 19/10/2012, la partie adverse a sollicité de la SA Sanima la ventilation des fournitures […].

La partie requérante y a répondu le 26/10/2012 en envoyant la ventilation des fournitures sans prix, ce qui ne permettait toujours pas à la Ville de Liège de vérifier le montant des livraisons pour chaque lot […].

C'est pourquoi en date du 29/10/2012, la Ville de Liège a demandé lesdits montants […].

La requérante y a répondu en mentionnant des montants globaux sans mentionner les prix unitaires […]. Ces prix ne permettaient pas de ventiler par lot.

3. Comme le mentionnent les rapports relatifs à l'attribution des différents lots du marché, la méthodologie d'analyse a été la suivante :

«Pour la capacité technique, la SA Sanima déclare avoir effectué des livraisons échelonnées dans le temps (du 1/1/2009 au 31/12/2011) à plusieurs opérateurs sans mentionner le montant des livraisons "uniques".
C'est pourquoi une demande de précisions complémentaires concernant les livraisons a été introduite.
La SA Sanima a fourni les factures relatives à ces livraisons.
L'analyse visant à savoir si la SA Sanima a fourni des livraisons de produits similaires (au minimum 3) du lot en question de minimum 3.000 € hors TVA chacune.
La méthodologie de l'analyse était :

1. pour les factures de moins de 3.000 € hors TVA : elles sont écartées car elles ne peuvent démontrer une livraison supérieure à 3.000 € hors TVA;
2. pour les factures de plus de 3.000 € hors TVA (celles-ci comprennent plusieurs livraisons) :
a) rassembler les dates de livraisons pour le même opérateur,
b) voir si le montant de 3.000 € hors TVA par livraison est atteint, nous avons réparti les éléments compris dans celles-ci entre les trois lots où la SA Sanima a remis prix (lot 1 : matériel sanitaire, lot 2 : pièces de rechange pour appareils alimentés au gaz naturel et lot 3 : matériel de chauffage).

NB : Quand une pièce pouvait relever de plusieurs lots, elle a été reprise pour chacun des lots en question».

Cette opération a permis de vérifier le nombre de livraisons de plus de 3.000 € hors TVA effectuées par lot par la SA Sanima.

Cette analyse a conclu que la SA Sanima n'a pas livré dans la période définie de livraisons suffisantes, soit pour plus de 3.000 € hors TVA, du matériel correspondant à chaque lot pour pouvoir prétendre à une capacité technique suffisante en vertu du cahier spécial des charges.

4. Il ressort de ces différents éléments que la Ville de Liège a permis à la partie requérante de prouver sa capacité technique à de très nombreuses reprises. Il est d'ailleurs surprenant que la partie requérante soutienne dans sa requête qu'elle n'aurait pas eu le temps d'obtenir d'autres attestations eu égard aux délais, alors que l'avis de marché a été publié le 10/7/2012, que l'ouverture des offres a eu lieu le 3/9/2012 et que des précisions et des compléments ont été réclamés à la partie requérante jusqu'au 29/10/2012.

C'est de manière tout à fait irrelevante que la partie requérante fait valoir que les pièces fournies n'atteignent jamais le montant de 3.000 € pour une seule pièce. Cette exigence n'a jamais été formulée par la partie adverse.

De même, c'est de manière erronée que la partie requérante soutient que les livraisons de pièces devraient figurer sur une seule et unique facture. En effet, la seule exigence est que le soumissionnaire prouve qu'il peut livrer pour 3.000 € hors TVA de matériel défini en une seule fois.

Interpréter autrement l'exigence quant à la capacité technique figurant au cahier spécial des charges n'aurait évidemment aucun sens. Il est clair que n'importe quelle entreprise livre pour plus de 3.000 € sur une période de 3 ans.

La partie requérante a, par ailleurs, parfaitement compris l'exigence du cahier spécial des charges puisqu'elle écrit elle-même dans sa requête :

«On peut donc entendre le fait que chaque livraison doit être de 3.000 € pour chacun des lots à l'encontre d'un seul et unique client» […].

La partie adverse n'a nullement violé l'article 45 de l'Arrêté Royal du 8/1/1996 qui ne peut également que faire référence à la notion de «livraison unique» puisqu'ainsi doit notamment être mentionnée la date de livraison.

Le modèle d'offre stipulait également expressément :

«Capacité technique : références constituées par la liste des principales livraisons effectuées pendant les 3 dernières années. Ces livraisons doivent se rapporter à des produits similaires à ceux faisant l'objet du lot en question (3.000 € hors TVA minimum chacune et pour chacun des lots)».

Un tableau suivait dans lequel devaient être mentionnés le montant hors TVA, la date de livraison et l'identité du destinataire.

Deuxième branche : traitement inégal des soumissionnaires.

La partie requérante invoque une différence de traitement entre les deux soumissionnaires, à savoir elle et la SA Massart, en ce que rien n'établirait que la situation de la SA Massart ne serait pas équivalente à la sienne.

La partie requérante n'appuie son argumentation sur aucun élément.

La partie adverse dépose les attestations de bonne exécution de livraisons jointes pour chaque lot à l'offre de la SA Massart […]. A ces attestations étaient jointes les factures inhérentes à celles-ci, démontrant qu'il s'agissait de livraisons "uniques" (voir la date de livraison sur les factures).

Il n'y a donc eu aucun traitement inégal en défaveur de la requérante.

Troisième branche : absence de clarté du cahier spécial des charges.

L'on ne voit pas ce que la partie adverse aurait pu préciser de plus dans son cahier spécial des charges. Celui-ci est de plus à lire en relation avec l'AR du 8/1/1996.

La partie adverse avait annoncé une estimation de commandes de 128.558,28 € hors TVA par lot sur les 4 ans, soit 32.139,57 € hors TVA par lot, par an.

Dans ces conditions, contrairement à ce que soutient la partie requérante, le montant de 3.000 € minimum par référence est évidemment un strict minimum.

La partie adverse ne commande évidemment pas pièce par pièce mais en livraison globale pour équiper ses régies et doit donc s'assurer que le fournisseur désigné pourra l'approvisionner pour ses commandes dans les délais impartis au cahier spécial des charges.

Enfin, la partie requérante pouvait, si elle l'estimait nécessaire, demander des compléments d'information à la partie adverse quant aux documents devant être fournis pour démontrer sa capacité technique, ce qu'elle n'a jamais fait.

Le premier moyen invoqué par la partie requérante n'est ni sérieux, ni fondé."

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Quant à la première branche

En ses pages 12 et 13, le cahier spécial des charges du marché litigieux définit comme suit le critère de sélection qualitative relatif à l'appréciation de la capacité technique des soumissionnaires:

" La capacité technique des soumissionnaires sera appréciée sur la base de la liste établie sur l'honneur des fournitures similaires à celles faisant l'objet du marché effectuées au cours des trois dernières années, dont au moins trois références d'une valeur minimum de 3.000,00 EUR HTVA.

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

Cette clause ne peut être interprétée qu'en ce sens que les trois références d'une valeur minimum de 3.000 euros H.T.V.A. concernaient, pour chacune d'entre elles, des livraisons uniques effectuées au cours des trois dernières années et estimées, chacune, à une valeur minimum de 3.000 euros H.T.V.A., mais non un ensemble de livraisons échelonnées sur une période de trois ans, et dont les valeurs cumulées atteignent le seuil ainsi précisé.

Donner une autre interprétation à cette disposition du cahier spécial des charges ne permettrait pas d'établir la capacité technique du soumissionnaire dans le contexte particulier de l'espèce, où il apparaît, notamment à la lecture de l'article 10 CAG du cahier spécial des charges, que la partie adverse n'envisage pas de s'approvisionner "à la pièce", mais bien de passer des commandes établies au montant minimum de 2.000 euros, T.V.A. non comprise.

Pour soutenir que la condition de livraison unique ne figure pas dans le cahier spécial des charges et que la partie adverse qui s'en prévaut dans l'acte attaqué méconnaît, en conséquence, ledit cahier spécial, la requérante doit prendre appui sur

une interprétation de cette exigence de sélection qualitative, autre que la seule qui puisse raisonnablement être donnée de la clause édictant cette exigence.

Il s'impose, par ailleurs, de constater que les développements du moyen relatifs à une prétendue exigence aux termes de laquelle "les livraisons de pièces devraient figurer sur une seule et unique facture" reposent sur une lecture erronée tant de l'acte attaqué que du cahier spécial des charges, l'exigence de facturation unique ne pouvant se déduire ni de l'un ni de l'autre.

Il suit de ces considérations que le moyen n'est pas sérieux en sa première branche.

Quant à la deuxième branche

La circonstance que des justifications n'ont pas été sollicitées auprès du concurrent de la requérante ne suffit pas à établir la violation du principe d'égalité de traitement.

Par ailleurs, et au terme d'un examen effectué en extrême urgence, il ressort du dossier administratif que l'attributaire a déposé des documents permettant de conclure à la satisfaction de la condition de sélection qualitative, de sorte que sa situation et celle de la requérante ne sont, prima facie, pas comparables.

Il s'ensuit que le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa deuxième branche.

Quant à la troisième branche

Ainsi qu'il ressort de la réponse à la première branche du moyen, aucune exigence de facturation unique de fournitures pour un montant minimum de 3.000 euros H.T.V.A. n'a été imposée par la partie adverse.

Le moyen, qui, en sa troisième branche, repose sur cette affirmation non vérifiée, ne peut être déclaré sérieux.

V. SECOND MOYEN

V. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un second moyen, "pris de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs,

des articles 65/4.5° et 65/5.7° de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et du principe de bonne administration". Elle le formule comme suit:

" Il est à noter que les trois décisions sont affectées d'inexactitudes dans leurs motivations;

En premier lieu, il est inexact de préciser :

«C'est pourquoi des précisions complémentaires concernant les livraisons ont été demandées.»;

Il est inexact que des précisions complémentaires ont été demandées;

L'article 45 précité a simplement été reproduit, sans autre explication ni précision complémentaire et notamment quant au caractère relatif au montant des livraisons «uniques» car rien ne dit que si la requérante avait été au courant de la volonté du pouvoir adjudicateur, elle n'aurait pas pu fournir en temps utile les factures sollicitées en ce compris d'autres factures que celles qui ont été délivrées au pouvoir adjudicateur;

En outre, la motivation estime qu'il était nécessaire de disposer de ces factures alors que le cahier spécial des charges et l'article 45 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'imposent qu'une déclaration sur l'honneur;

Il en résulte que la déclaration sur l'honneur de la S.A. SANIMA n'est pas nécessairement fausse et qu'il n'y a pas lieu de présumer qu'elle est fausse même si certaines factures ont été fournies et ne remplissent pas la condition présumée du cahier spécial des charges;

Il est également inexact que la S.A. SANIMA ne démontre pas, à la même occasion, sa capacité technique;

Enfin, il est inexact de considérer dans la motivation que les livraisons «uniques» sont conformes aux exigences du cahier spécial des charges;

Le second moyen est fondé;"

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

" Il est surprenant que la partie requérante soutienne que des précisions complémentaires concernant sa capacité technique ne lui auraient pas été demandées alors que le dossier administratif révèle que pas moins de 4 courriers ont été adressés à la partie requérante en ce sens […].

C'est également de manière erronée que la partie requérante soutient que la motivation estime qu'il était nécessaire de disposer des factures. Cet élément n'apparaît nullement dans la décision du 11 [janvier] 2013 ni d'ailleurs dans les rapports relatifs à l'attribution des différents lots du marché. La partie adverse n'a jamais exigé de présentation de factures. Elle s'est bornée à exiger des attestations correspondant à ce qui était exigé par le cahier spécial des charges.

C'est la requérante qui a alors déclaré des montants de livraison globale par période. Elle a ensuite fourni des bons de livraison à des autorités publiques qui entraînent l'obligation de fournir des certificats émis par lesdites autorités qu'elle n'a jamais fournis. C'est la partie requérante elle-même qui a déposé des factures afin de démontrer sa capacité technique, factures que la partie adverse a donc

utilisées pour voir si les conditions quant à la capacité technique de la requérante étaient remplies ou non.

L'analyse des documents fournis par la partie requérante montre que la partie requérante ne remplit pas les conditions pour démontrer sa capacité technique.

La partie requérante le reconnaît d'ailleurs elle-même en termes de requête puisqu'elle écrit que c'est assez exceptionnel qu'elle livre en même temps de nombreuses pièces de rechange (page 6 de la requête).

La décision de la partie adverse du 11 [janvier] 2013 est donc correctement motivée.

Le deuxième moyen n'est ni sérieux, ni fondé."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

On n'aperçoit pas, particulièrement à la lecture des courriers adressés par la partie adverse à la requérante les 3 septembre, 1er, 19 et 29 octobre 2012, en quoi il serait inexact d'affirmer que des précisions ont été demandées.

Par ailleurs, en constatant que les factures produites par la requérante n'attestent pas que trois livraisons pour un montant minimum de 3.000 euros H.T.V.A. ont été effectuées au cours des trois dernières années, la partie adverse n'a pas estimé qu'il était nécessaire de disposer de ces factures.

Enfin, il ressort de la réponse au premier moyen que la requérante ne peut être suivie lorsqu'elle soutient qu'il est inexact de considérer dans la motivation que les livraisons "uniques" sont conformes aux exigences du cahier spécial des charges.

Il suit de ces considérations que le moyen, qui fait grief à l'acte attaqué de reposer sur une motivation inexacte, ne peut être déclaré sérieux.

Dès lors que la demande de suspension doit être rejetée à défaut de moyens sérieux, il n'est pas nécessaire de statuer, en outre, dans le cadre de la présente procédure en extrême urgence, sur d'autres causes éventuelles d'irrecevabilité.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 VIe chambre, le vingt-six mars deux mille treize par :

MM. David DE ROY, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX, Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX. David DE ROY.