

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 224.930 du 2 octobre 2013

G./A.209.922/VI-20.042

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

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

contre :

1. la Région wallonne, représentée par
son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me Emmanuelle BERTRAND, avocat,
avenue de l'Observatoire, n° 10,
4000 Liège,

**2. 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.

Parties intervenantes :

**1. la société anonyme FAM INTERNATIONAL,
2. la société privée à responsabilité limitée METRO
INTERNATIONAL TRADING,
formant ensemble une association momentanée FAM
INTERNATIONAL N.V.,**

ayant élu domicile chez
Me Peter FLAMEY et
Joost BOSQUET, avocats,
Jan Van Rijswijcklaan, n° 16,
2018 Anvers

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 27 août 2013, la société anonyme ESCO BENELUX sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

- " - La décision du 7 août 2013 adoptée apparemment conjointement par le Ministre des travaux publics, de l'Agriculture, de la Ruralité, de la Nature, de la Forêt et du patrimoine et par la Société Wallonne de Financement complémentaire des Infrastructures (SOFICO), d'attribuer le marché de fournitures de 40.000 tonnes de fondants chimiques (NaCl) destinés au traitement hivernal des routes et des autoroutes de la Région wallonne (CSC n° 01.01.03-13C13) à l'association momentanée FAM International NV – METRO International Trading bvba."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société anonyme FAM INTERNATIONAL et la société privée à responsabilité limitée METRO INTERNATIONAL TRADING, formant ensemble une association momentanée FAM INTERNATIONAL N.V., ont, par une requête introduite le 20 septembre 2013, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 3 septembre 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 26 septembre 2013 à 10 heures 30.

Les parties adverses ont fait parvenir des notes d'observations et les dossiers administratifs.

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Me Aurélien VANDEBURIE, avocat, et M. Fabrice BOEDT, administrateur-délégué, comparaissant pour la partie requérante, Me Emmanuelle BERTRAND, avocat, comparaissant pour la première partie adverse, Mes France MAUSSION et Olivier DI GIACOMO, avocats, comparaissant pour seconde partie adverse, et Me Jean-François DE BOCK, loco Mes Peter FLAMEY et Joost BOSQUET, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue 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

Le marché de fournitures litigieux a fait l'objet d'une publication au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne.

La procédure d'attribution de ce marché est celle de l'adjudication publique.

Six offres ont été déposées.

La décision attaquée du 7 août 2013 attribue ledit marché à l'association momentanée FAM INTERNATIONAL N.V. – METRO INTERNATIONAL TRADING B.V.B.A.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 20 septembre 2013, la société anonyme FAM INTERNATIONAL et la société privée à responsabilité limitée METRO INTERNATIONAL TRADING, formant ensemble une association momentanée FAM INTERNATIONAL N.V. demandent à intervenir dans la procédure en référé.

Il est à observer que les parties désignent cette dernière par les termes "S.M. (ou S.A.) FAM – METRO". La décision attaquée attribue le marché à la S.M. FAM-METRO. A ce stade de la procédure, c'est cette dernière dénomination qui sera utilisée ci-après.

En tant qu'attributaires du marché public litigieux, elles ont un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. MISE HORS DE CAUSE

A ce stade de la procédure, il apparaît prima facie du dossier qu'il y a lieu de mettre hors de cause la société wallonne de financement complémentaire des infrastructures, en abrégé SOFICO.

VI. CONFIDENTIALITE

A ce stade de la procédure, il y a lieu de faire droit à la demande, faite par la Région wallonne, de confidentialité des offres de la société momentanée FAM-METRO et de la société anonyme ESCO BENELUX. Cette demande couvre celles des parties requérante et intervenante.

VII. CINQUIEME MOYEN

VII. 1. Thèses des parties

A. Requête

Le cinquième moyen est pris de la violation :

- " - des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- de l'article 15 et de l'article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services;
- des principes généraux de bonne administration, en particulier le principe général de droit de motivation interne et externe des actes administratifs;
- des articles 42, 45 et 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- du point 9.3 du cahier spécial des charges (p. 8/30);
- du principe général de droit *patere legem quam ipse fecisti*;
- de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation."

Il est divisé en deux branches.

Dans la seconde branche, la partie requérante fait valoir ce qui suit :

- " b. Seconde branche : la S.A. FAM-METRO ne satisfait pas aux exigences de sélection qualitative

44. Le point 9.3. du cahier spécial des charges, intitulé «conditions de capacité technique (AR. 8/01/1996 Art. 45, 1°, 2° 4°, 5°)» s'énonce comme suit :

«La capacité technique du soumissionnaire doit être justifiée par :

- la liste des principales livraisons de fondants chimiques effectuées pendant les trois dernières années, leurs dates (périodes) 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 de l'adjudicataire est admise;

- le soumissionnaire doit avoir réalisé au moins 3 livraisons de NaCl vrac de plus de 15.000 tonnes chacune au cours des 3 dernières années.

La 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 adjudicateur et des moyens qu'il compte mettre en oeuvre pour assurer les approvisionnements nécessaires vers les Districts ou lieux de stockage de l'Administration;

- la conformité au présent csc des échantillons déposés en annexe à son offre;

- 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».

Force est toutefois de constater que dans la copie de l'offre communiquée à la partie requérante, aucun liste de livraisons de fondants chimiques n'est fournie.

S'il devait se confirmer que cette liste fait bien défaut ou qu'elle ne satisfait pas aux exigences visées au cahier spécial des charges, alors faudrait-il constater que les parties adverses ne pouvaient pas sélectionner la S.A. FAM-METRO.

En agissant de la sorte, elles violent les dispositions visées au moyen."

B. Note d'observations

La Région wallonne réfute comme suite cette argumentation :

" 43. L'offre de la société momentanée FAM-METRO était bien accompagnée d'attestations de bonne exécution, dont le pouvoir adjudicateur a pu déduire la capacité technique de cette société momentanée à réaliser le marché.

La seconde branche du moyen est donc non-fondée."

C. Requête en intervention

Quant à la partie intervenante, elle s'exprime en ces termes :

" 34. Wat betreft het tweede onderdeel van het vijfde middel verwijzen verzoekende partijen tot tussenkomst naar de attesten van goede uitvoering betreffende gelijkaardige opdrachten die de laatste drie jaar werden uitgevoerd betreffende de levering in bulk van grote hoeveelheden strooizout.

De omstandigheid dat deze attesten betreffende de referenties van verzoekende partijen tot tussenkomst niet werden meegedeeld aan verzoekende partij teneinde opnieuw de vertrouwelijke bedrijfsinformatie te beschermen in de zin van art. 65/10 W. 24.12.1993, verhindert niet dat deze attesten werden gevoegd en door het bestuur binnen de appreciatiemarge die zij heeft als afdoende werden bevonden in het licht van de door het bestek gestelde vereiste.

De kwantitatieve vereiste betreffende de referenties waarbij over de laatste drie jaar diende te worden aangetoond dat minstens drie leveringen in bulk van telkens 15.000 ton werden uitgevoerd van het beoogde strooizout, werd door de bij de

offerte gevoegde attesten ruimschoots gehaald. De attesten van uitvoering bevestigen immers de vereiste ervaring van verzoekende partijen tot tussenkomst met leveringen van grote hoeveelheden in bulk, waarbij over de laatste drie jaren een totaal van 106.643,34 ton aan strooizout werd beleverd. Eén attest betreft overigens een gelijkaardige levering aan de diensten van het Waals Gewest (SPW), een ander attest een levering aan Sofico, en een derde attest een levering aan de GmbH FMP International.

35. Bij de beoordeling van het adequaat karakter van de bij de offerte gevoegde referenties dient een evenwicht te worden gevonden tussen enerzijds de in het bestek opgenomen prestatie-eisen waaraan de inschrijver dient te voldoen betreffende de aan te tonen ervaring, doch dient tevens het normdoel in acht te worden genomen. In deze strekt het vereisen van een bewijsmiddel tot voorlegging van drie attesten van goede uitvoering van gelijkaardige opdrachten van levering in bulk van een aanzienlijk tonnage van telkens 15.000 ton tot het nazicht van een afdoende ervaring met dergelijke grootschalige leveringen. Bij het nazicht van deze ervaring kan het bestuur niet afzien van de prestatie-eis waarbij over de laatste drie jaar minstens drie dergelijke leveringen dienen te zijn geschied, waarbij een aanzienlijk tonnage van meer dan 15.000 ton dient te zijn beleverd. Zij kan echter weldegelijk de referenties beoordelen in het licht van de totaliteit van de aangetoonde capaciteit, waarbij attesten inzake volumineuze leveringen die de drempel ver overschrijden, het dienstig karakter kunnen aantonen van leveringen die deze prestatie-eis benaderen.

Het nazicht van de bekwaamheid van de inschrijvers in de fase van de kwalitatieve selectie dient zich in die zin niet te herleiden tot een mathematisch nazicht van aantal referenties en volumes, van zodra de prestatie-eisen in globo en over de drie referenties samen meer dan voldoende het gestelde niveau aantonen. Anders dan bij de objectivering van de inhoudelijke beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria, brengt de beoordeling van een technische bekwaamheid als onderdeel van de hoedanigheid van de inschrijver telkens een grotere mate van subjectiviteit met zich mee, waaromtrent een grotere beoordelingsmarge dient te worden afgeleid voor de aanbestedende dienst dan deze die in de gunningsfase wordt toegestaan."

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Au titre de la sélection qualitative, en son article 9.3., le cahier spécial des charges impose notamment que "le soumissionnaire [ait] réalisé au moins 3 livraisons de NaCl vrac de plus de 15.000 tonnes chacune au cours des 3 dernières années".

Cette disposition est claire et précise. Elle ne souffre pas d'interprétation et exclut que l'adjudicateur valide la capacité technique d'un soumissionnaire sur la base du volume global des livraisons en cours des trois dernières années, tienne compte de livraisons de moins de 15.000 tonnes ou encore admettre des références plus anciennes.

En l'espèce, l'une des attestations produites par la S.M. FRAM-METRO porte sur une livraison de moins de 15.000 tonnes. Elle ne pouvait donc pas être prise en compte par l'adjudicateur.

Le cinquième moyen est sérieux en sa seconde branche.

VIII. BALANCE DES INTERETS

VIII. 1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante fait valoir ce qui suit :

- " 50. Suivant l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993, dans sa décision, Votre Conseil doit tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

En l'espèce, l'on n'aperçoit pas pour quels motifs les éventuelles conséquences négatives résultant d'un arrêt de suspension devraient l'emporter sur ses avantages pour la requérante.

51. Un arrêt de suspension permettrait à la partie requérante de recouvrer une chance de se voir attribuer le marché et de faire respecter le principe de légalité.

52. La partie adverse ne pourrait prétendre que la suspension de l'exécution de l'acte attaqué l'empêcherait d'assurer la sécurité du réseau (auto)-routier pour lequel est destiné le marché.

Le point 3.3. du cahier spécial des charges prévoit que l'adjudicataire devra tenir en dépôt les 40.000 tonnes de NaCl faisant l'objet du marché à la date du 14 octobre 2013.

Or, d'ici là, les parties adverses auront le temps de retirer l'acte attaqué et d'adopter une nouvelle décision conforme à la réglementation applicable. Le marché peut en effet être valablement attribué à la requérante au terme d'une modification de la motivation de la décision attaquée, sans réexamen des offres.

Le ou les moyens qui pourraient être reconnus comme sérieux ne sont en effet pas de nature à amener le pouvoir adjudicateur à devoir recommencer la procédure d'attribution du marché ab initio, mais seulement à revoir la décision d'attribution en considérant que le marché doit être attribuée à l'offre régulière la moins-disante, à savoir, en réalité, celle de la requérante.

A supposer qu'une nouvelle décision d'attribution ne puisse pas être adoptée avant le 14 octobre 2013, encore faudrait-il constater que ce retard à attribuer le marché ne paraît pas de nature à mettre en péril la continuité du service public que doivent assurer les parties adverses. Les soumissionnaires pourront être prêts à la date du 14 octobre, dès lors que cette obligation leur incombait déjà dans le cahier spécial des charges.

Dans une procédure précédente, la seconde partie adverse avait affirmé qu'il était nécessaire de saler les routes en période de températures négatives, mais également jusqu'à une température de 3°.

Or, la température minimale moyenne ne descend en dessous de 3° qu'à partir du mois de décembre dans les districts concernés par l'objet du marché.

Il s'ensuit qu'à supposer même que la ré-attribution du marché excède la date du 14 octobre 2013, encore faudrait-il constater que la continuité du service public ne sera pas réellement mise en péril sur l'ensemble du réseau (auto)-routier faisant l'objet du marché.

En toute hypothèse, la partie adverse pouvait s'attendre au dépassement de ce délai, compte tenu de l'existence de voies de recours. Elle ne peut dès lors tirer argument de cette date du 14 octobre pour échapper à la censure de votre Conseil, sans quoi il lui serait aisé à l'avenir de se soustraire à tout recours en suspension.

Il s'ensuit que les éventuelles conséquences négatives résultant d'un arrêt de suspension ne doivent pas l'emporter sur ses avantages."

B. Requête en intervention

La partie intervenante énonce ce qui suit :

- " 43. Krachtens art. 65/15 W. 24.12.1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten kan Uw Raad bij haar oordeel betreffende het al dan niet schorsen van de gunningsbeslissing een belangenafweging maken en de disproportionele gevolgen van een eventuele schorsing in overweging nemen.

In deze bestaat het reële gevaar bij schorsing van de gunningsbeslissing dat niet op tijdige wijze de vereiste stock voor de verdeling naar de wegbeheerders van 40.000 ton kan worden opgebouwd, zodat bij de eerste winterprik adequaat kan worden overgegaan tot de levering vanuit de stockageplaatsen naar de leveringspunten. De aangevoerde middelen zijn anders dan verzoekende partij beweert weldegelijk van aard dat een volledig nieuwe besluitvorming dient te worden getroffen (met andere invulling van het regelmatigheidsonderzoek en de selectie), en dit aan de vooravond van de datum waarop de reserve aan strooizout dient te zijn aangelegd, zijnde 15 oktober 2013 teneinde de verdere operationaliteit van de wegen bij een vroege winterprik te garanderen.

Voorhouden zoals verzoekende partijen doen dat meestal slechts ten vroegste vanaf november dient te worden gestrooid, wordt weerlegd door de ervaring met de vroege winterse neerslag en sneeuwbuien in 2011-2012 waar aanbestedende diensten werden geconfronteerd met een gebrek aan voldoende stock, en een gebrek aan normale berijdbaarheid van de wegen.

Het behoort dan ook in het geval één van de middelen onmogelijkerwijze als ernstig zou worden beschouwd, de belangenafweging te laten leiden tot de verwerping van de vordering tot schorsing in het belang van de veiligheid en de bereikbaarheid van de wegen in het Waalse Gewest."

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 3.3. du cahier spécial des charges prévoit ce qui suit en ce qui concerne l'exécution du marché et la constitution d'un stock :

- " 3.3. L'exécution du présente marché comporte deux phases;

La première phase consiste en la constitution d'un stock de 40.000 tonnes de sel dans un lieu ou plusieurs lieux d'entreposage appartenant à l'adjudicataire ou loué par celui-ci.

A la date du 14 octobre 2013, 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 45 jours à partir de la conclusion du marché.

La seconde phase consiste en l'approvisionnement des districts routiers et autoroutier à partir du stock de sel entreposé dans le ou les lieux visés ci-dessus. Cet approvisionnement doit :

- être exécuté en fonction des ordres de livraison notifiés par l'Administration;
- être exécuté par vrac benne pour silos horizontaux;
- débuter au plus tôt le 15 octobre 2013."

Il suit de ce texte, d'une part que la seconde phase doit "débuter au plus tôt le 15 octobre 2013".

D'autre part et préalablement, lors de la première phase, l'adjudicataire devra tenir en dépôt le stock imposé "sans que le délai d'exécution de cette phase ne soit inférieur à 45 jours à partir de la conclusion du marché".

La suspension de l'exécution de l'attribution du marché n'a pas pour effet d'empêcher la S.M. FRAM-METRO de constituer le stock demandé sauf si celle-ci renonce au marché. Si elle peut néanmoins présenter des inconvénients pour la partie requérante, non invoqués cependant par elle, la partie adverse en revanche n'expose aucun argument de nature à établir le risque d'atteinte à la continuité du service public.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme FAM INTERNATIONAL et la société privée à responsabilité limitée METRO INTERNATIONAL TRADING, formant ensemble une association momentanée FAM INTERNATIONAL N.V. dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La société wallonne de financement complémentaire des infrastructures, en abrégé SOFICO, est mise hors de cause.

Article 3.

Est suspendue l'exécution de "la décision du 7 août 2013 adoptée apparemment conjointement par le Ministre des travaux publics, de l'Agriculture, de la Ruralité, de la Nature, de la Forêt et du patrimoine et par la Société Wallonne de Financement complémentaire des Infrastructures (SOFICO), d'attribuer le marché de fournitures de 40.000 tonnes de fondants chimiques (NaCl) destinés au traitement hivernal des routes et des autoroutes de la Région wallonne (CSC n° 01.01.03-13C13) à l'association momentanée FAM International NV – METRO International Trading bvba."

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Les offres de la société momentanée FAM-METRO et de la société anonyme ESCO BENELUX, demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 6.

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 7.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le deux octobre deux mille treize par :

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
M. Charles-Henri VAN HOVE,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Charles-Henri VAN HOVE.

Odile DAURMONT.