

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 226.098 du 15 janvier 2014

G./A.211.024/VI-20.101

En cause : **la société anonyme AIR LIQUIDE BENELUX,**

ayant élu domicile chez
Me Hervé DECKERS, avocat,
square des conduites d'eau, n° 9,
4020 Liège,

contre :

l'Université de Liège, en abrégé l'Ulg,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
place des Nations Unies, n° 7,
4020 Liège,

Partie intervenante :

la société anonyme AIR PRODUCTS,

ayant élu domicile chez
Mes Stefaan CALLENS et
Mathilde COËFFÉ, avocats,
avenue de Tervuren, n° 40,
1040 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 13 décembre 2013, la société anonyme AIR LIQUIDE BENELUX sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du conseil d'administration de l'UNIVERSITÉ DE LIÈGE, datée du 27 novembre 2013, d'attribuer le marché public pluriannuel de fournitures «d'approvisionnement en azote liquide du Centre Spatial Liège» à la NV AIR PRODUCT".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 16 décembre 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 10 janvier 2014 à 10 heures.

La société anonyme AIR PRODUCTS a, par une requête introduite le 27 décembre 2013, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Mes Marie VASTMANS et Alice LEBOUTTE, loco Me Hervé DECKERS, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Renaud SIMAR, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Stefaan CALLENS et Mathilde COËFFÉ, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, 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

III. 1. L'Université de Liège a lancé une procédure d'appel d'offres général relative à un marché public dont l'objet est la fourniture d'azote liquide au centre spatial de Liège.

Un avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications du 6 septembre 2013 et au Journal officiel de l'Union européenne du 11 septembre 2013. Le marché est régi par le cahier spécial des charges UL.CSL/AOOE/1351F/AZOTE CSL 2.

III. 2. Trois soumissionnaires ont déposé une offre le 22 octobre 2013, soit:

- la société AIR LIQUIDE BENELUX, requérante, pour un montant de 426.000,00 euros hors taxe sur la valeur ajoutée, soit 515.460,00 euros taxe sur la valeur ajoutée comprise;
- la société AIR PRODUCTS, d'un montant de 328.900,00 euros hors taxe sur la valeur ajoutée, soit 397.969,00 euros taxe sur la valeur ajoutée comprise;
- la société PRAXAIR, d'un montant de 426.250,00 euros hors taxe sur la valeur ajoutée, soit 515.762,50 euros taxe sur la valeur ajoutée comprise.

III. 3. Le rapport administratif des offres, rédigé par le service marchés de la partie adverse, daté du 29 octobre 2013, a déclaré l'offre de la société PRAXAIR irrégulière au motif que "La pureté du gaz proposé par le soumissionnaire PRAXAIR ne répond pas aux exigences de pureté exigées par les clauses techniques du cahier des charges".

Les offres de la requérante et de la société AIR PRODUCTS ont été déclarées "régulière[s] et [satisfaisant] à la sélection qualitative".

III. 4. Par un courrier recommandé daté du 5 novembre 2013, la partie adverse a interrogé la requérante et la société AIR PRODUCTS, "des imprécisions ayant été constatées dans les deux offres régulières".

La requérante affirme avoir reçu cette demande le 12 novembre 2013.

Elle y a répondu par un courrier recommandé daté du 14 novembre 2013.

Elle déclare avoir justifié son prix en indiquant que ses prix relatifs aux postes 4 et 5 étaient intégrés dans le poste 7 relatif au prix de l'azote.

Elle demande que son courrier du 14 novembre 2013 soit déclaré confidentiel.

Il ressort de la décision d'attribution du marché prise par la partie adverse le 27 novembre 2013 que la société AIR PRODUCTS a répondu à la demande de précision le 8 novembre 2013 et que "les réponses reçues [...] ont été prises en compte dans la notation des critères d'attribution".

III. 5. Le 22 novembre 2013, le centre spatial de Liège a établi un rapport d'analyse des offres par lequel il propose au bureau exécutif de la partie adverse d'attribuer à la société AIR PRODUCTS le marché de fournitures d'azote pour une durée de cinq ans au motif que l'offre de celle-ci répond le mieux aux critères du cahier spécial des charges.

III. 6. Par une décision du 27 novembre 2013, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé d'approuver la proposition formulée dans le rapport d'analyse technique des soumissions du 22 novembre 2013 et d'attribuer le marché public de fournitures d'approvisionnement en azote liquide du centre spatial de Liège à la société AIR PRODUCTS.

Cette décision est rédigée dans les termes suivants :

" [...]
Considérant que les trois soumissionnaires satisfont au droit d'accès et à la sélection qualitative et sont sélectionnés,
Considérant que l'offre du soumissionnaire PRAXAIR nv est déclarée irrégulière du fait de la non-conformité technique du gaz proposé dont les caractéristiques de pureté ne correspondent pas au minimum exigé par les clauses techniques du cahier des charges,
Considérant que les offres des soumissionnaires AIR LIQUIDE BENELUX sa et AIR PRODUCT sont déclarées régulières et recevables administrativement,
Vu le rapport d'analyse technique des soumissions rédigé par le CSL, daté du 22 novembre 2013,
Considérant que des imprécisions ayant été constatées dans les deux offres régulières, le Service des Marchés a adressé par courrier recommandé en date du 5 novembre 2013, les demandes de justification aux points soulevés par le CSL,
Considérant que les réponses reçues de la part de AIR PRODUCT en date du 8 novembre 2013 et de la part de AIR LIQUIDE BENELUX sa en date du 14 novembre 2013 ont été prises en compte dans la notation des critères d'attribution,
Considérant les critères d'attribution du marché prescrits à l'article I.10 du cahier spécial des charges, à savoir :

1. Critère économique (40 points), jugé sur base du prix de l'offre de base exprimé sur la durée du marché et en fonction d'une consommation moyenne estimée conformément aux postes repris dans l'inventaire, dont la cote sera calculée de la façon suivante : maximum des points pour le soumissionnaire ayant remis le prix le plus bas et, pour les autres, application de la formule points attribués = 40 x (offre la plus basse / offre du soumissionnaire);
2. Critère de qualité technique (34 points), jugé sur base d'une note détaillant la fiabilité de la chaîne logistique (15 points), la télémétrie (14 points) et la fiabilité de la solution transitoire (5 points);
3. Critère de délais (26 points), jugé sur base des délais annoncés par le soumissionnaire, à savoir l'amélioration du délai d'intervention en cas de panne (13 points), l'amélioration du délai de livraison urgente (10 points) et l'amélioration des délais de livraison courante (3 points);

Considérant le détail et la motivation des points attribués par le CSL dans le rapport d'analyse technique faisant partie intégrante du rapport motivé d'attribution,
Considérant que le classement final des offres régulières et recevables sur base de la notation des critères d'attribution motivée dans le "rapport technique" faisant partie intégrante du présent document, s'établit comme suit :

Soumissionnaire	Critère prix /40pts	Critère technique /34 pts	Critère de délais /26 pts	Total
1. AIR PRODUCT	40,0	31,0	20,1	91,1
2. AIR LIQUIDE BENELUX sa	30,9	33,0	24,5	88,4

Considérant que l'offre la mieux classée sur base des critères d'attribution et correspondant au meilleur rapport qualité/prix provient de la société AIR PRODUCT, J.-F. Willemstraat 2 à 1800 Vilvoorde, et est conforme aux clauses techniques du cahier spécial des charges,

DECIDE

- 1) De faire sien les rapports d'analyse des offres du Service des Marchés et du CSL;
- 2) De sélectionner les soumissionnaires AIR LIQUIDE BENELUX sa, AIR PRODUCT et PRAXAIR nv pour avoir joint toutes les pièces exigées par la sélection qualitative;
- 3) De considérer l'offre de PRAXAIR nv comme irrégulière;
- 4) De considérer les offres de AIR LIQUIDE BENELUX sa, AIR PRODUCT comme complètes et régulières;
- 5) D'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit AIR PRODUCT, J.-F. Willemstraat 2 à 1800 Vilvoorde, aux prix unitaires mentionnés dans l'offre de ce candidat;
- 6) De charger le CSL d'assurer l'exécution et le suivi technique du marché;
- 7) De charger le Service des Engagements de présenter au visa du Commissaire du Gouvernement et à la signature des Autorités, la notification d'attribution de ce marché".

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. INTERVENTION

Par une requête introduite le 27 décembre 2013, la société anonyme AIR PRODUCTS a demandé à pouvoir intervenir dans la présente procédure.

Cette société étant l'attributaire du marché contesté, elle a un intérêt suffisant à se porter partie intervenante.

Rien ne s'oppose à ce que cette requête soit accueillie.

V. EXTREME URGENCE

La notification de la décision motivée à la requérante en suspension a été opérée, par courrier électronique et par courrier recommandé, le 28 novembre 2013.

Le délai de recours prévu à l'article 23, § 3, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information, et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services a commencé à courir le 29 novembre 2013 pour prendre fin le 13 décembre 2013.

La requête ayant été introduite à cette date, on peut admettre que l'extrême urgence est suffisamment établie.

VI. PREMIER MOYEN

VI.1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante prend un premier moyen de :

- "– de la violation des articles 5 et 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- de la violation des articles 21 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;
- de l'erreur manifeste d'appréciation;
- de la violation de l'article 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution;
- de la violation des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de l'obligation de motivation matérielle, du principe de comparaison effective des offres et du principe du devoir de minutie;
- et de l'excès de pouvoir".

En une première branche, la requérante affirme que la partie adverse n'a pas respecté "le principe du devoir de minutie lors de la vérification du prix anormalement bas proposé par la société AIR PRODUCT", qu'elle a, en conséquence, commis une erreur manifeste d'appréciation et que si elle avait procédé à une vérification sérieuse et minutieuse du prix proposé par cette société, elle aurait dû conclure à l'irrégularité de son offre et octroyer le marché public en cause à la requérante.

Elle fait valoir que le cahier spécial des charges énumère, en son point I.10, les critères d'attribution du marché, que le critère économique, noté sur 40 points, est apprécié "sur la base du prix de l'offre de base exprimé sur la durée du marché et en fonction d'une consommation moyenne estimée conformément aux postes repris dans l'inventaire, la note devant être calculée de la façon suivante :

- maximum des points pour le soumissionnaire ayant remis le prix le plus bas;
- pour les autres, application de la formule suivante :

Points attribués = 40 x (offre la plus basse / offre du soumissionnaire)".

Elle énonce que la décision attaquée fait apparaître que la société AIR PRODUCTS a proposé une offre d'un montant de 328.900,00 euros hors taxe sur la

valeur ajoutée, qu'elle-même a déposé une offre d'un montant de 426.000,00 euros hors taxe sur la valeur ajoutée et que la société PRAXAIR a proposé un prix de 426.250,00 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

Elle énonce encore qu'aux termes de la comparaison des offres, la société AIR PRODUCTS a obtenu le maximum pour ce critère, soit 40 points sur 40, contre 30,9 pour elle-même, qu'au regard de la différence substantielle entre le prix proposé, soit 97.100,00 euros, la partie adverse aurait interrogé, par un courrier recommandé daté du 5 novembre 2013, la société AIR PRODUCTS au sujet de son prix anormalement bas et que cette demande de justification aurait été prise en compte dans le cadre de la notation des critères d'attribution.

Elle rappelle que, conformément à l'article 21, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder à la vérification des prix pour prouver que les offres remises sont sérieuses, le but étant de rechercher d'éventuels prix anormaux en vertu du devoir de minutie que doit observer le pouvoir adjudicateur.

Elle rappelle encore que l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité prévoit que :

" [...] Lorsque le pouvoir adjudicateur constate, lors de la vérification des prix, qu'un prix paraissant anormalement bas ou élevé par rapport aux prestations à exécuter est remis, avant d'écarter pour cette raison l'offre en cause, il invite par lettre recommandée le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires sur la composition du prix concerné dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation ne prévoise un délai plus long.
[...] Les justifications concernent notamment:
1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
2° les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
4° le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
5° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.
Le pouvoir adjudicateur vérifie les justifications fournies et interroge à nouveau le soumissionnaire si nécessaire.
[...].

La requérante affirme que si le pouvoir adjudicateur dispose d'une large faculté d'appréciation en matière de détection de prix anormaux, il doit procéder à cette fin à un examen sérieux des offres et des justifications de prix, examen au cours

duquel il ne peut se contenter d'approximations et que le soumissionnaire doit de son côté "veiller à apporter une réponse adéquate, suffisamment précise, concrète, étayée et fondée sur des données chiffrées. Il ne peut en guise de justification se limiter à confirmer ses prix".

La requérante soutient qu'en l'espèce, le pouvoir adjudicateur prétend avoir vérifié la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments relatifs au prix proposé par la société AIR PRODUCTS sur la base des justifications qui auraient été fournies par celle-ci dans son courrier recommandé daté du 8 novembre 2013, que, dans son rapport d'analyse des offres du 22 novembre 2013, le centre spatial de Liège a considéré qu'il ne serait pas opportun d'écarter l'offre de la société AIR PRODUCTS au motif que celle-ci est "en ligne avec le cahier des charges et qu'il n'y aura pas de coût supplémentaire", que l'annexe I au rapport d'analyse des offres, censé mentionner les justifications de la société AIR PRODUCTS, n'est pas jointe au rapport, que la partie adverse a refusé, par un courrier électronique daté du 6 décembre 2013, de transmettre à la requérante le courrier recommandé de la société AIR PRODUCTS du 8 novembre 2013 de sorte que, jusqu'à preuve du contraire, il y a lieu de considérer que la société AIR PRODUCTS n'a pas répondu à la demande de justification du 5 novembre 2013 de la partie adverse, ce qui aurait dû amener celle-ci à déclarer son offre irrégulière, comme le prévoit l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

La requérante fait valoir encore qu'"à supposer que la N.V. AIR PRODUCT ait répondu à la demande de justification de la partie adverse, il ne ressort ni de la décision attaquée, ni du rapport d'analyse des offres du 22 novembre 2013 que la partie adverse ait, pour statuer en pleine connaissance de cause, procédé à une recherche minutieuse des faits, récolté les renseignements nécessaires à la prise de décision et pris en considération tous les éléments du dossier" conformément à son devoir de minutie, que l'acte attaqué ne comporte aucun motif démontrant que la partie adverse a examiné les justifications fournies par la société AIR PRODUCTS, que ces justifications seraient admissibles au regard de l'article 21, § 3, de l'arrêté royal précité et qu'elles seraient de nature à valablement justifier le prix très bas proposé par cette société.

La requérante soutient enfin que "dans l'optique du pouvoir adjudicateur, la mise en œuvre de la procédure de demande de justification de prix établit [...] vis-à-vis du soumissionnaire concerné une présomption de présence d'un prix anormal qui affecte de manière substantielle la régularité de l'offre. Il est donc impératif de ne pas demander la production de justification lorsque le pouvoir adjudicateur n'envisage pas d'écarter l'offre concernée en l'absence d'élément suffisamment probant d'anormalité du prix.

En une seconde branche de son premier moyen, la requérante soutient que la motivation de la décision est inadéquate et insuffisante en ce qui concerne le critère économique. Elle fait valoir que par la décision attaquée, la partie adverse se contente de reprendre le classement final des offres régulières sur la base de la notation des critères d'attribution motivée et de "faire sien les rapports d'analyse des offres du Service des Marchés et du Centre Spatial de Liège", que, dans son rapport d'analyse des offres du 22 novembre 2013, le centre spatial de Liège a estimé que la société AIR PRODUCTS a été interrogée par courrier daté du 5 novembre 2013 sur deux points, le prix anormalement bas par rapport à l'autre soumissionnaire et un certain nombre de coûts additionnels qui n'auraient pas été compris dans le prix "all inclusive", que, dans les deux cas, la société AIR PRODUCTS a confirmé dans sa réponse du 8 novembre 2013 "être en ligne avec le cahier des charges", qu'il n'y aurait pas de coût supplémentaire et que, pour cette raison, la société AIR PRODUCTS n'a pas été pénalisée sur ce plan.

La requérante fait valoir que, selon l'article 5, alinéa 1^{er}, 9°, de la loi du 17 juin 2013 précitée et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la décision motivée comporte les noms du soumissionnaire retenu et des soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue.

Se référant aux articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, elle affirme que, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, le choix du soumissionnaire doit faire l'objet d'une motivation particulière, indiquant clairement les raisons qui y ont conduit, qu'elle n'aperçoit pas celles qui ont amené la partie adverse à estimer que le prix proposé par la société AIR PRODUCTS n'est pas anormalement bas et, partant, à ne pas écarter son offre, qu'il lui est impossible de vérifier si la partie adverse a fait reposer sa décision sur des motifs exacts, pertinents et admissibles et si elle a procédé à un examen sérieux et raisonnable du caractère anormal du prix proposé par la société AIR PRODUCTS.

La requérante ajoute que le centre spatial de Liège se réfère, pour le surplus, à l'annexe I qui mentionne la justification de la société AIR PRODUCTS alors que cette annexe ne lui a jamais été communiquée "de sorte [qu'elle] est encore moins à même de comprendre les raisons qui ont conduit la partie adverse à attribuer le marché en cause à AIR PRODUCTS".

Elle tient enfin pour "extrêmement curieux" que la partie adverse ait éludé sa demande, communiquée par un courrier électronique daté 4 décembre 2013,

de lui transmettre d'urgence une copie du courrier recommandé du 8 novembre 2013 par lequel la société AIR PRODUCTS justifiait son prix anormalement bas, et que la partie adverse ait refusé de donner suite à cette demande par un courrier électronique du 6 décembre 2013 aux motifs que la décision du pouvoir adjudicateur est claire et répond au prescrit de la loi du 17 juin 2013.

Elle soutient que la partie adverse ne semble manifestement pas disposée à produire les justifications de la société AIR PRODUCTS et que "son comportement laisse porter à croire une tentative de dissimulation dudit document à la partie requérante".

B. Note d'observations

La partie adverse oppose à la première branche du premier moyen, sur la base des articles 21, § 3, et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, que, dans le cadre d'un marché de fournitures, le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation de mettre en œuvre la procédure de contrôle des prix anormaux, que, "en dehors de l'hypothèse visée par l'article 99, le pouvoir adjudicateur dispose d'une faculté d'appréciation particulièrement étendue dans l'application de l'article 21 l'arrêté royal du 15 juillet 2011, tant pour décider de mettre en œuvre la procédure de contrôle des prix unitaires apparemment anormaux que pour apprécier la pertinence des justifications fournies par le soumissionnaire", qu'en conséquence, la décision du pouvoir adjudicateur d'accepter les justifications données par un soumissionnaire et donc de ne pas écarter l'offre, ne peut être censurée que si elle résulte d'une erreur manifeste d'appréciation, que tel n'est pas le cas en l'espèce, que l'article 21, § 3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 autorise le pouvoir adjudicateur à tenir compte des conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou encore de l'économie de fabrication des produits, que le prix proposé par la société AIR PRODUCTS est adéquatement justifié par de telles circonstances, explicitées dans son courrier du 8 novembre 2013, que la requérante ne présente aucun élément probant de nature à démontrer que le prix proposé par l'attributaire du marché public était trop bas pour qu'il fût en mesure de fournir un produit de qualité à l'Université de Liège et que la seule différence entre les prix proposés par l'attributaire et par les autres soumissionnaires ne suffit pas à établir de manière manifeste qu'en l'espèce, le prix présenté par la société AIR PRODUCTS était anormalement bas.

Elle ajoute que la requérante soutient que sa réponse du 14 novembre 2013 à la demande de justification de prix doit être déclarée confidentielle et qu'elle ne peut, dès lors, reprocher à la partie adverse de ne pas lui avoir transmis copie du

courrier recommandé du 8 novembre 2013 de la société AIR PRODUCTS, qui détaille les raisons pour lesquelles elle est en mesure de livrer l'azote au prix proposé.

A la seconde branche du premier moyen, la partie adverse oppose que, dans le cadre d'un appel d'offres, "la décision d'attribution d'un marché public doit, pour être régulière quant à ses motifs, reposer sur une comparaison des offres. Elle peut se fonder sur un rapport d'analyse qui évalue deux offres concurrentes et qui, pour chaque élément de chacune d'elles correspondant aux critères d'attribution, en expose les points forts et les points faibles et souligne leurs différences ou leurs similitudes. Pour être régulièrement motivée, la décision d'attribution doit faire apparaître ces motifs et ceux-ci doivent être adéquats.

La partie adverse soutient qu'il ressort de la décision attaquée qu'elle a fait sien le rapport d'analyse technique du 22 novembre 2013 qui lui est annexé et que celui-ci mentionne ce qui suit :

- " Lors de l'analyse des soumissions, Air Products a été interrogé par courrier daté du 5/11/2013, sur deux points :
- Le prix anormalement bas par rapport à l'autre fournisseur
 - Un certains nombre de coûts additionnels qui n'auraient pas été compris dans le prix «all inclusive»
- Dans les deux cas Air Products a confirmé dans sa réponse du 8/11/2013, être en ligne avec le cahier des charges et qu'il n'y aura pas de coût supplémentaire pour le CSL.
- Pour cette raison, Air Products n'a pas été pénalisé sur ce plan.
- L'annexe I reprend la justification de Air Products.
- Le soumissionnaire Air Liquide a également été interrogé par courrier daté du 5/11/2013, sur deux points :
- Justification du prix «zéro» pour les postes : «Installation du système de stockage en début de marché» et «désinstallation du système de stockage en fin de marché».
 - Un certains nombre de coûts additionnels qui n'auraient pas été compris dans le prix «all inclusive»
- Dans sa réponse datée du 14/11/2013, le soumissionnaire mentionne que le prix sera bien «all inclusive» et qu'une annexe est à considérer comme nulle et non avenue.
- Les coûts réels de montage et démontage sont de 2 fois 10.000 € HTVA soit 20.000 € HTVA.
- Ces coûts ont été intégrés dans le prix de l'azote (poste 7) en tenant compte des volumes relatifs du marché. Malgré le fait que ces volumes sont présumés et qu'ils peuvent varier à la hausse comme à la baisse à la suite de commandes réelles ou de l'application éventuelle de l'article de résiliation du marché à tout moment, les justifications ont été acceptées."

La partie adverse soutient que l'annexe I (annexe 3 de la proposition de décision) qui contient la justification de la société attributaire du marché comporte notamment le courrier de celle-ci du 8 novembre 2013, dont elle demande la confidentialité, que "la décision d'attribution fait sien ce rapport d'analyse que contient, en annexe, les justifications de la SA AIR PRODUCTS. Partant, la décision

d'attribution est adéquatement motivée eu égard à l'ensemble de ces documents" et que la requérante ne peut sérieusement tirer argument de la non-communication de ce courrier dès lors qu'elle demande elle-même que sa réponse à la demande de justifications soit déclarée confidentielle.

Elle affirme que, même sans cette annexe I, la décision d'attribution est adéquatement et suffisamment motivée et rappelle que l'obligation de motivation formelle n'implique pas l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de donner les motifs de ses motifs.

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

Les pièces de la procédure font apparaître que la partie adverse a demandé des informations à la société AIR PRODUCTS au sujet de son offre de prix de 328.900 euros hors taxe sur la valeur ajoutée et qu'elle a tenu compte des justifications données à celui-ci par cette société dans son courrier du 8 novembre 2013.

Prima facie, sur le vu de ce courrier de la société AIR PRODUCTS, il n'apparaît pas que la partie adverse ait commis une erreur manifeste d'appréciation en ne concluant pas à l'anormalité de son prix. Celui-ci est certes sensiblement inférieur à celui offert par la requérante, d'un montant de 426.000 euros hors taxe sur la valeur ajoutée, et à celui offert par la société PRAXAIR, d'un montant de 426.250 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

Toutefois, les justifications de son prix apportées par la société AIR PRODUCTS dans son courrier du 8 novembre 2013 ont pu, prima facie, être considérées comme suffisantes par la partie adverse.

Il est vrai que la partie adverse a traité ce courrier du 8 novembre 2013 comme confidentiel, sur la demande de la société AIR PRODUCTS, et qu'elle a refusé, par un courrier électronique du 6 décembre 2013, de le communiquer à la requérante.

La requérante paraît toutefois mal fondée à le lui reprocher alors qu'elle requiert la même confidentialité pour ce qui concerne sa propre réponse du 14 novembre 2013.

Ceci ne paraît pas devoir faire obstacle à ce qu'il soit tenu compte de ces courriers au cours de la présente procédure, s'il est vrai que "l'instance responsable des recours doit nécessairement pouvoir disposer des informations requises pour être à

même de se prononcer en toute connaissance de cause, y compris les informations confidentielles et les secrets d'affaires" (C.J.U.E., 14 février 2008, Varec c/ Etat belge, aff. C-450/06, pt. 53).

Il apparaît dès lors, *prima facie*, que la requérante n'a pu inférer du refus de communication du courrier du 8 novembre 2013 que, jusqu'à preuve contraire, la société AIR PRODUCTS n'a pas répondu à la demande de justification que lui a adressée la partie adverse le 5 novembre 2013.

C'est encore en vain, *prima facie*, que la requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir "procédé à une recherche minutieuse des faits" et "récolté les renseignements nécessaires à la prise de décision", la requérante se bornant à des affirmations auxquelles la partie adverse oppose, à juste titre, qu'elle a pu prendre la décision attaquée sur la base du rapport d'analyse des offres du service des marchés et du centre spatial qu'elle fait siens et, plus précisément, en tenant compte des circonstances explicitées par la société AIR PRODUCTS dans son courrier du 8 novembre 2013.

Le moyen n'apparaît dès lors pas sérieux en sa première branche.

Par la seconde branche du premier moyen, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir insuffisamment motivé la décision attaquée, faute d'y faire apparaître les raisons qui l'ont conduite à estimer que le prix proposé par la société AIR PRODUCTS n'est pas anormalement bas et à ne pas écarter son offre.

Il apparaît que la partie adverse a motivé sa décision du 27 novembre 2013 attaquée par référence aux rapports d'analyse des offres du service des marchés et du centre spatial de Liège, lequel mentionne, en particulier, qu'interrogée le 5 novembre 2013 sur deux points, le prix anormalement bas par rapport à l'autre fournisseur et divers coûts additionnels qui n'auraient pas été compris dans le prix "all inclusive", dans les deux cas, la société AIR PRODUCTS a confirmé dans sa réponse du 8 novembre 2013 "être en ligne avec le cahier des charges et qu'il n'y aura pas de coûts supplémentaires pour le CSL. Pour cette raison, AIR PRODUCTS n'a pas été pénalisé sur ce plan".

On peut admettre que, se référant à la réponse du 8 novembre 2013 de la société AIR PRODUCTS reconnue confidentielle, la partie adverse ait adopté une motivation en termes brefs, en demeurant allusive sur les raisons l'ayant amenée à reconnaître la pertinence des justifications du prix.

En l'espèce cependant, force est de constater que le passage précité du "Rapport des analyses des offres pour la fourniture en azote liquide au Centre Spatial de Liège" est excessivement laconique. En ce qu'il sert à la motivation de la décision attaquée, il ne permet pas de vérifier que la partie adverse a analysé le document justificatif avec le soin requis.

La partie adverse ne donne en effet aucune indication quant aux circonstances qui lui ont permis d'admettre la justification avancée par la société AIR PRODUCTS.

Ces circonstances n'ont été évoquées que dans la note d'observations ainsi qu'à l'audience, ce qui ne suffit pas à remédier aux lacunes de la motivation de la décision attaquée elle-même.

Le moyen apparaît sérieux en sa seconde branche.

Il suffit à déterminer la suspension de l'exécution de la décision attaquée.

En l'espèce, il paraît nécessaire cependant d'examiner le second moyen, qui, s'il était reconnu sérieux, pourrait aboutir à une suspension aux effets plus étendus.

VII. SECOND MOYEN

VII.1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante prend un second moyen, qu'elle développe en quatre branches ;

- "- de la violation de l'article 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- de la violation des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution;
- de la violation des principes généraux du droit et, plus particulièrement, des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, d'obligation de

motivation matérielle, de comparaison effective des offres, de transparence, de libre concurrence et du principe «patere legem quam ipse fecisti»;

- de la violation du cahier spécial des charges;
- de l'erreur manifeste d'appréciation;
- et de l'excès de pouvoir".

En une première branche, la requérante soutient que la motivation de la décision attaquée fait apparaître que le sous-critère relatif à la "Fiabilité de la chaîne logistique" du critère relatif à la "Qualité technique", tel qu'il a été appliqué par la partie adverse, doit s'analyser comme une condition de régularité de l'offre et non comme un critère d'attribution parce qu'il ne permet pas d'apprécier les offres et de les classer au regard de ce critère, alors que les critères d'attribution doivent permettre une comparaison objective des offres sur la base d'un jugement de valeur.

Elle fait valoir que, selon l'article 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, les critères d'attribution doivent permettre une comparaison objective des offres sur la base d'un jugement de valeur et que la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse impose que les critères soient, par leur nature, aptes à être rencontrés à des degrés divers par les soumissionnaires.

Elle affirme qu'en l'espèce, l'application par la partie adverse du sous-critère relatif à la "Fiabilité de la chaîne logistique" n'a pas permis d'apprécier les offres de manière progressive et graduée et de les classer l'une par rapport à l'autre, que la partie adverse se limite à constater que les deux soumissionnaires démontrent qu'ils possèdent une organisation logistique permettant de répondre aux demandes d'approvisionnement du cahier spécial des charges et, partant, leur accorde la note maximale, à savoir 15 points sur 15, qu'ainsi, la partie adverse fait de ce sous-critère une condition de régularité des offres, ce qui revient à supprimer un des critères d'attribution prévu dans les documents du marché alors que "toutes les offres déposées [doivent être] évaluées au regard de tous les critères d'attribution figurant dans le cahier spécial des charges et uniquement en fonction de ceux-ci".

En une deuxième branche du second moyen, la requérante soutient que la partie adverse s'est fondée "sur trois sous-sous-critères du sous-critère relatif à la «Fiabilité de la chaîne logistique» du critère relatif à la «qualité technique» qui ne figuraient pas dans le cahier spécial des charges et qu'elle a arrêtés après le dépôt des offres, méconnaissant dès lors les critères d'attribution qu'elle avait préalablement fixés dans le cahier spécial des charges".

Elle rappelle que, selon l'article 25 de la loi du 15 juin précitée, dans le cadre d'un appel d'offres, le marché doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, tenant compte des critères d'attribution qui doivent être indiqués dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché.

Elle entend s'appuyer sur des précédents jurisprudentiels pour affirmer qu'un pouvoir adjudicateur ne peut appliquer des critères qui n'auraient pas été préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires, que toute précision, modification ou interprétation des critères d'attribution qui consisterait notamment à appliquer des sous-critères ou une pondération non annoncés, après l'ouverture des offres, est contraire aux principes fondamentaux applicables en droit des marchés publics et, plus particulièrement, au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires ainsi qu'à l'obligation de transparence et de publicité.

Elle énonce qu'en l'espèce, le cahier spécial des charges prévoit que le critère de la qualité technique de l'offre sera apprécié au regard du sous-critère relatif à la "Fiabilité de la chaîne logistique", sans fournir d'autre information, notamment sur les éléments qui seront pris en considération pour apprécier cette fiabilité de la chaîne logistique, que, cependant, le rapport d'attribution fait apparaître que la partie adverse, sans en avoir averti les soumissionnaires avant le dépôt de leur offre, a apprécié la "Fiabilité de la chaîne logistique" dans le cadre de la "qualité technique" des offres au regard des trois éléments suivants, 1) l'implantation de ses sites de production, 2) ses points de distribution, 3) le nombre et la capacité des camions sur les différents sites, que ces éléments d'appréciation ne figuraient pas dans le descriptif des critères d'attribution, qu'ils doivent s'analyser comme des sous-sous-critères d'attribution dans la mesure où la partie adverse a tenu compte de chacun d'eux pour apprécier chacune des offres déposées, que pareille manière de procéder aurait dû être portée à la connaissance des soumissionnaires avant le dépôt de leur offre dès lors qu'elle influence la compréhension de la portée de ce sous-critère et, par voie de conséquence, la préparation de l'offre.

La requérante conclut qu'en ne communiquant pas aux soumissionnaires les éléments d'appréciation qui seraient pris en considération pour l'examen de ce sous-critère, la partie adverse a méconnu les dispositions et principes visés au moyen.

En une troisième branche du second moyen, la requérante affirme que la décision attaquée n'est pas adéquatement motivée, que la partie adverse se limite à constater que "les deux soumissionnaires démontrent qu'ils possèdent une organisation logistique permettant de répondre aux demandes d'approvisionnement du CSL", alors qu'elle aurait dû motiver sa décision d'attribution de manière claire,

complète, précise et adéquate afin de permettre à la requérante de vérifier qu'elle avait été précédée d'un examen concret et exact des circonstances de l'espèce.

Elle énonce que selon l'article 5, 9°, de la loi du 15 juin 2006, la décision motivée comporte les noms du soumissionnaire retenu ou du ou des participants retenus dans l'accord-cadre et des participants et soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie ainsi que les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue et se réfère aux articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991.

Elle soutient qu'en l'espèce, "il ne ressort aucunement de la motivation de l'acte attaqué que la partie adverse aurait procédé à une véritable comparaison des offres au regard du sous-critère relatif à la «Fiabilité de la chaîne logistique» dans la mesure où elle s'est limitée à constater que «les deux soumissionnaires démontrent qu'ils possèdent une organisation logistique permettant de répondre aux demandes d'approvisionnement du CSL»" et que "cette justification est rédigée de manière succincte et pour le moins lacunaire de sorte que la requérante ne peut raisonnablement pas apprécier et vérifier «le fil conducteur entre la décision et les motifs retranscrits»".

En une quatrième branche du second moyen, la requérante affirme que le pouvoir adjudicateur a classé son offre en deuxième position et lui a attribué une note globale de 88,4 pour cent tandis que l'offre de la société AIR PRODUCTS est arrivée en première position avec une note de 91,1 pour cent que ce classement ne correspond pas à la valeur réelle des offres et, plus particulièrement, de celle de la requérante, que si la partie adverse avait procédé à un examen correct, équitable, complet et minutieux des offres, son offre aurait dû se voir créditer de plus de points et, partant, être classée en première position et qu'à défaut, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation.

Elle fait valoir qu'elle possède quatre sites de production en Belgique tandis que la société AIR PRODUCTS n'en possède qu'un seul, qu'elle dispose d'un site de production à Seraing, soit à moins de 10 kilomètres du site de la partie adverse, tandis que la société AIR PRODUCTS n'en possède pas à une aussi courte distance, qu'elle dispose d'un site de distribution à Milmort, soit à moins de 20 kilomètres du site de la partie adverse, tandis que la société AIR PRODUCTS n'en possède pas à une aussi courte distance, qu'elle dispose d'un service logistique en Belgique alors que celui de la société AIR PRODUCTS est situé en Espagne, qu'elle dispose d'une flotte de véhicules plus importante que celle de la société AIR PRODUCTS, "en raison notamment de la [présence] de son conseil d'administration du nombre de ses clients et des sites de production en Belgique".

Elle conclut qu'en octroyant la même note à elle-même et à la société AIR PRODUCTS, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et qu'elle n'a pas fait un examen correct, équitable, complet et minutieux des offres.

B. Note d'observations

La partie adverse observe, quant à la première branche du second moyen, que l'article I.10 du cahier spécial des charges annonce que le critère de la qualité technique sera analysé sur la base d'une note rédigée par le soumissionnaire, que ce critère est détaillé en trois sous-critères dans les termes suivants :

- " Critère de qualité technique: 34 points
jugé sur base d'une note détaillant :
 - la fiabilité de la chaîne logistique (15 pts)
 - la télémétrie (14 pts)
 - la fiabilité de la solution transitoire (5 pts)",

que, quant au sous-critère "la fiabilité de la chaîne logistique", l'article III.2.2 "Spécification d'approvisionnement en azote" précise que :

- " III.2.2.1 Objectif
L'objectif en matière d'approvisionnement est 0 rupture sur l'année.
Le soumissionnaire devra démontrer sa capacité logistique à tenir cet objectif et précisera la stratégie suivie afin de toujours être capable d'approvisionner le client.
Le soumissionnaire fournira une explication claire et précise de :
 - l'implantation de ses sites de production;
 - ses points de distribution;
 - le nombre et la capacité des camions sur les différents sites (nombre de véhicules sur le territoire belge ou pour le marché belge)",

que le soumissionnaire doit donc détailler, dans une note explicative, de quelle façon il met en œuvre ses moyens pour répondre aux besoins du centre spatial de Liège, compte tenu des particularités de son approvisionnement en azote, qu'il ne s'agit en aucun cas d'une simple énumération des capacités dont dispose le soumissionnaire ni, a fortiori, d'une exigence absolue qui s'assimile à une condition de régularité et que cette démarche et les propositions du soumissionnaire en matière de fiabilité de la chaîne logistique ont été appréciées par la partie adverse.

Elle fait valoir que la fiabilité de la chaîne logistique, compte tenu de la spécificité du marché de fourniture d'azote pour le centre spatial de Liège et vu l'objectif d'éviter toute rupture d'approvisionnement, est en lien évident avec l'objet du marché, qu'il s'agit donc d'un sous-critère d'attribution, que les mesures prises par les soumissionnaires quant à la fiabilité de la chaîne logistique sont indispensables pour apprécier la qualité technique de l'offre et qu'un pouvoir adjudicateur ne peut savoir à

l'avance quel sera le contenu des offres, ni a fortiori comment elles satisferont aux critères d'attribution.

Elle soutient qu'elle a pu constater que les soumissionnaires apportaient des solutions satisfaisantes en matière de fiabilité de l'approvisionnement et les noter de manière égale pour les motifs suivants, issus du rapport d'analyse technique des offres :

- " Le soumissionnaire Air Products décrit sa chaîne logistique au chapitre 9 de son dossier de soumission et le soumissionnaire Air liquide fait de même aux page 3 à 7 de son dossier de soumission.

Les deux soumissionnaires démontrent qu'ils possèdent une organisation logistique permettant de répondre aux demandes d'approvisionnement du CLS. Ils obtiennent tous les deux la même note.

Spécifications demandées	Valeur du critère	Air Products	Air Liquide
Fiabilité de la chaîne logistique	15	15	15

Elle affirme que si les deux soumissionnaires ont obtenu le maximum des points, cela n'induit pas que le sous-critère est inadéquat et qu'il ne permet pas de comparer les offres, que le choix de ce sous-critère "fiabilité de la chaîne logistique" et la notation égale donnée aux deux offres déposées n'en font pas une condition de régularité et que ce sous-critère n'est en aucun cas supprimé dans la mesure où elle a analysé les offres en fonction de celui-ci et que les points obtenus ont été pris en compte.

Quant à la deuxième branche du second moyen, la partie adverse conteste en premier lieu que la requérante en suspension y ait intérêt, ayant obtenu 15/15 pour le sous-critère "fiabilité de la chaîne logistique" tout comme la société AIR PRODUCTS.

Elle affirme en second lieu que cette seconde branche n'est pas fondée, que dans l'article I.10 du cahier spécial des charges, qui prévoit les différents critères d'attribution, celui qui porte sur la qualité technique est subdivisé en trois sous-critères qui sont :

- la fiabilité de la chaîne logistique (15 pts),
- la télémétrie (14 pts),
- la fiabilité de la solution transitoire (5 pts),

que dans le rapport d'analyse des offres, il est indiqué que la méthode d'analyse a été la suivante :

- " L'analyse de ce sous-critère est effectuée en prenant en compte les explications demandées par les clauses techniques du cahier des charges, à savoir pour le soumissionnaire :
- l'implantation de ses sites de production
 - ses points de distribution
 - le nombre et la capacité des camions sur les différents sites",

que ces trois points étaient énoncés à l'article III.2.2 "Spécification d'approvisionnement en azote" dans les termes suivants :

- " Le soumissionnaire devra démontrer sa capacité logistique à tenir cet objectif et précisera la stratégie suivie afin de toujours être capable d'approvisionner le client. Le soumissionnaire fournira une explication claire et précise de :
- l'implantation de ses sites de production;
 - ses points de distribution;
 - le nombre et la capacité des camions sur les différents sites (nombre de véhicules sur le territoire belge ou pour le marché belge)",

que ces trois points sont les trois éléments qui devaient être décrits par les soumissionnaires et qui feraient l'objet d'un examen sur la base du sous-critère d'attribution "la fiabilité de la chaîne logistique", qu'il ne s'agit donc pas de critères servant à analyser l'offre mais d'éléments devant être expliqués dans celle-ci, ce que rappelle le rapport d'analyse des offres et que ces éléments à décrire dans l'offre ne sont pas pondérés comme le seraient des sous-sous-critères.

La partie adverse fait valoir qu'en admettant qu'il s'agisse de sous-sous-critères, quod non, ceux-ci ne doivent pas être annoncés comme tels dans les documents du marché mais être prévisibles pour les soumissionnaires, que le recours à de tels sous-sous-critères d'attribution est autorisé dans la mesure où ils sont connus des soumissionnaires, ce qui est le cas en l'espèce puisque l'article III.2.2.1 du cahier spécial des charges annonce les trois éléments que la requérante identifie comme sous-sous-critères :

- " Le soumissionnaire fournira une explication claire et précise de :
- l'implantation de ses sites de production;
 - ses points de distribution;
 - le nombre et la capacité des camions sur les différents sites (nombre de véhicules sur le territoire belge ou pour le marché belge)",

que la requérante en suspension n'a pu être surprise de ce que ces éléments ont été examinés lors de l'analyse des offres puisqu'ils devaient être expliqués dans l'offre, qu'elle n'aurait pas pu préparer son offre autrement dès lors que ces éléments étaient requis dans l'offre par le cahier spécial des charges et que ces éléments ne modifient pas les critères d'attribution préalablement définis puisqu'ils étaient annoncés dans le cadre des attentes du pouvoir adjudicateur quant à la fiabilité de l'approvisionnement.

Quant à la troisième branche du second moyen, la partie adverse observe qu'elle a motivé la décision attaquée sur la base du rapport d'analyse technique des offres, tant par l'attribution de points que par une évaluation descriptive, qu'elle mentionne les éléments qui ont été évalués, quelles parties de l'offre des soumissionnaires contiennent les informations pertinentes, ainsi que l'appréciation qui a été la sienne quant à la fiabilité de la chaîne logistique prévue par les deux offres et qu'ainsi, elle insiste sur les points forts des deux offres, qui justifient la note obtenue par celles-ci.

Enfin, concernant la quatrième branche du second moyen, la partie adverse énonce que le sous-critère "fiabilité de la chaîne logistique" s'évalue, selon le cahier spécial des charges, sur la base d'une note (article I.10) dans laquelle le soumissionnaire doit démontrer sa capacité à éviter les ruptures d'approvisionnement et expliquer les moyens dont il dispose :

- " L'objectif en matière d'approvisionnement est 0 rupture sur l'année.
Le soumissionnaire devra démontrer sa capacité logistique à tenir cet objectif et précisera la stratégie suivie afin de toujours être capable d'approvisionner le client.
Le soumissionnaire fournira une explication claire et précise de :
- l'implantation de ses sites de production;
 - ses points de distribution;
 - le nombre et la capacité des camions sur les différents sites (nombre de véhicules sur le territoire belge ou pour le marché belge)",

qu'aucune exigence n'est formulée en terme de nombre de sites de production ou de distribution ou de localisation de ceux-ci ou encore en terme de nombre de véhicules, ce qui serait d'ailleurs problématique au regard des règles en matière de marchés publics, que ce sous-critère vise à évaluer la capacité du soumissionnaire à assurer l'approvisionnement compte tenu de l'implantation de ses sites de production et de distribution et du nombre de ses camions, que la requérante se trompe lorsqu'elle suppose que la société AIR PRODUCTS n'a qu'une unité de production en Belgique et qu'il a pu être constaté que les deux soumissionnaires répondaient à cet impératif de capacité d'approvisionnement compte tenu des moyens dont ils disposent.

VII.2. Décision du Conseil d'Etat

La requérante ne paraît pas pouvoir être suivie en ce qu'elle soutient que le sous-critère "Fiabilité de la chaîne logistique" du critère relatif à la "Qualité technique" n'est pas un critère d'attribution mais une condition de régularité des offres au motif qu'il ne permettrait pas de les apprécier et de les classer, la preuve en étant que la partie adverse a accordé la même note maximale de 15 points à la requérante et à la société AIR PRODUCTS.

Prima facie, la partie adverse a pu recourir à ce sous-critère dans le cahier spécial des charges, dans le but de s'assurer que l'offre retenue garantira la continuité d'approvisionnement en azote du centre spatial de Liège.

On n'aperçoit pas ce qui, en l'espèce, l'aurait empêchée de constater que les deux soumissionnaires apportaient des solutions également satisfaisantes sur ce plan et de les noter de manière identique.

Le moyen n'apparaît pas sérieux en sa première branche.

Par la deuxième branche du second moyen, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir apprécié le sous-critère "Fiabilité de la chaîne logistique" par rapport à trois éléments, étant l'implantation de ses sites de production, ses points de distribution et le nombre et la capacité des camions sur les différents sites.

Selon la requérante, ces trois éléments seraient des "sous-sous-critères d'attribution", qui ne figuraient pas dans le cahier spécial des charges et qui dès lors, comme en atteste une jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, seraient contraires aux principes fondamentaux applicables en droit des marchés publics faute d'avoir été portés préalablement à la connaissance des soumissionnaires.

Cette interprétation ne paraît pas pouvoir être retenue en l'espèce, dès lors que, ainsi que le rappelle la partie adverse dans sa note d'observations, l'article III.2.2 du cahier spécial des charges "Spécification d'approvisionnement en azote" prévoit que le soumissionnaire devra démontrer sa capacité logistique en fournissant une

" explication claire et précise de :
-l'implantation de ses sites de production;
-ses points de distribution;
-le nombre et la capacité des camions sur les différents sites (nombre de véhicules sur le territoire belge ou pour le marché belge".

On peut admettre, prima facie, que, dans ces conditions, les soumissionnaires étaient suffisamment informés de ces exigences, qui apparaissent plus comme des composantes du sous-critère "Fiabilité de la chaîne logistique" que comme des "sous-sous-critères" qui n'auraient pas été annoncés.

Le moyen n'apparaît pas sérieux dans sa deuxième branche.

Par la troisième branche du second moyen, la requérante soutient que la décision attaquée n'est pas adéquatement motivée en ce qu'elle se limite à constater que les deux soumissionnaires démontrent qu'ils possèdent une organisation

logistique permettant de répondre aux demandes d'approvisionnement du cahier spécial des charges.

Prima facie, c'est à juste titre que la partie adverse fait valoir que, dans le rapport d'analyse qui sert à la motivation par référence de la décision attaquée, elle mentionne, à propos du sous-critère Fiabilité de la chaîne logistique, les passages des offres qui décrivent la chaîne logistique, qu'elle déclare que les deux soumissionnaires démontrent qu'ils possèdent une organisation logistique permettant de répondre aux demandes d'approvisionnement du centre spatial et qu'ils obtiennent dès lors tous les deux la même note.

Dans ces conditions, le moyen n'apparaît pas sérieux en sa troisième branche.

Par la quatrième branche du second moyen, la requérante conteste le classement opéré par la partie adverse en ce qu'il ne correspondrait pas à la valeur réelle des offres, affirmant que si la partie adverse avait procédé à un examen correct de celles-ci, son offre aurait dû obtenir plus de points.

La requérante entend s'appuyer particulièrement sur les avantages que présente son offre du point de vue logistique.

Ces avantages relevaient de l'appréciation de la partie adverse, laquelle observe, à juste titre, qu'aucune exigence ne figure dans le cahier spécial des charges en termes de nombre de sites de production, de distribution ou de localisation de ceux-ci ou encore de nombre de véhicules, ce qui lui a permis de constater que les deux soumissionnaires répondaient à l'impératif de capacité d'approvisionnement compte tenu des moyens dont ils disposent.

La requérante reste en défaut d'établir qu'en lui attribuant la même note qu'à la société AIR PRODUCTS, la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.

Le moyen n'apparaît pas sérieux dans sa quatrième branche.

VIII. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

La partie adverse déclare dans sa note d'observations qu'elle dépose les offres des trois soumissionnaires à titre confidentiel, conformément aux articles 10 § 2 et 26 de la loi du 17 juin 2013 ainsi qu'à l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août

1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat.

Elle entend, à la demande de la société AIR LIQUIDE BENELUX et de la société AIR PRODUCTS, que les réponses, respectivement du 14 novembre 2013 et du 8 novembre 2013, au courrier recommandé du 5 novembre 2013, soient également déclarées confidentielles.

Dans sa requête en intervention, la société AIR PRODUCTS joint à cette demande de confidentialité la lettre de la partie adverse du 5 novembre 2013 et son courrier du 8 novembre 2013.

Il n'y a pas lieu de lever la confidentialité de ces diverses pièces.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme AIR PRODUCTS dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision prise le 27 novembre 2013 par le conseil d'administration de l'Université de Liège d'attribuer le marché pluriannuel de fournitures d'approvisionnement en azote liquide du Centre Spatial de Liège à la société anonyme AIR PRODUCTS.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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 5.

Les offres déposées par la société anonyme AIR LIQUIDE BENELUX, par la société anonyme AIR PRODUCTS et par la société PRAXAIR, de même que les courriers de ces deux premières sociétés du 14 novembre 2013 et du 8 novembre 2013 demeureront confidentiels.

Article 6.

Les dépens sont réservés

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le quinze janvier deux mille quatorze par :

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

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Paul LEWALLE.