

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 226.612 du 5 mars 2014

211.589/VI-20.144

En cause :

la s.a. Air Liquide Benelux,

ayant élu domicile chez
Me H. DECKERS, avocat,
square des Conduites d'eau 9-10
4020 Liège,

contre :

l'Université de Liège,

ayant élu domicile chez
Mes A. DELVAUX et R. SIMAR, avocats,
place des Nations-Unies 7
4020 Liège.

Partie intervenante :

la s.a. Air Products,

ayant élu domicile chez
Mes St. CALLENS et M. COËFFÉ, avocats,
avenue de Tervueren 40
1040 Bruxelles.

LE PRÉSIDENT DE LA XV^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ,

Vu la demande introduite selon la procédure d'extrême urgence le 7 février 2014 par la s.a. Air Liquide Benelux, qui tend à la suspension de l'exécution de la décision du conseil d'administration de l'Université de Liège du 22 janvier 2014, d'attribuer le marché public pluriannuel de fournitures d'approvisionnement en azote liquide du Centre Spatial Liège à la s.a. Air Products;

Vu l'ordonnance du 10 février 2014 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 4 mars 2014 à 9 heures 30;

Vu le dossier administratif;

Vu la requête introduite le 21 février 2014 par la s.a. Air Products qui demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure;

Entendu, en son rapport, M. M. LEROY, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me H. DECKERS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me R. SIMAR, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me M. COËFFÉ (également *loco* Me St. CALLENS), avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, Mme N. VAN LAER, auditeur au Conseil d'État;

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

Faits

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours se présentent comme suit:

Par un avis publié au *Bulletin des adjudications* du 6 septembre 2013 et au *J.O.U.E.* du 11 septembre, l'Université de Liège a lancé une procédure d'appel d'offres général pour la fourniture d'azote liquide au centre spatial de Liège. Trois soumissionnaires ont déposé une offre, dont la s.a. Air Liquide Benelux, requérante (426.000 € HTVA) et la s.a. Air Products (328.900 € HTVA); une troisième offre a été écartée comme irrégulière. Le 5 novembre, la partie adverse a demandé des explications à ces deux sociétés, qui ont répondu dans les jours suivants. Le 27 novembre, elle a attribué le marché à la s.a. Air Products. Cette décision a fait l'objet d'un recours en suspension au Conseil d'État et son exécution a été suspendue par l'arrêt n° 226.098 du 15 janvier 2014. Le seul argument reconnu comme moyen sérieux est une insuffisance de motivation, la décision attaquée n'indiquant pas les raisons qui avaient conduit la partie adverse à estimer que le prix proposé par Air Products n'était pas anormalement bas.

Le 22 janvier 2014, la partie adverse retire sa décision du 27 novembre 2013, et attribue à nouveau le marché à Air Products, par une décision du bureau exécutif de son conseil d'administration, rédigée comme suit:

«Le Bureau exécutif,

Vu la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et ses modifications ultérieures, notamment l'article 25,

Vu 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,

Vu l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et ses modifications ultérieures,

Vu l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et ses modifications ultérieures, notamment l'article 5, § 2,

Considérant le cahier spécial des charges N° 1351F relatif au marché "Marché pluriannuel organisé en accord-cadre avec un seul attributaire, pour l'approvisionnement en azote liquide du Centre Spatial de Liège" établi par le Service des Marchés pour les clauses administratives et le Centre Spatial de Liège pour les clauses techniques,

Vu la décision du Bureau exécutif du 4 septembre 2013 approuvant les conditions et le mode de passation (appel d'offres ouvert avec publicité européenne) de ce marché,

Vu l'avis de marché 2013-519604 paru le 6 septembre 2013 au niveau national et l'avis de marché 2013/S 176-303367 paru le 11 septembre 2013 au Journal Officiel de l'Union Européenne,

Vu les trois offres recueillies en date du 27 août 2013 provenant de:

- AIR LIQUIDE BENELUX s.a., quai des Vennes 8 à 4020 Liège (426.000,- € hors TVA ou 515.460,- €, 21 % TVA comprise);

- AIR PRODUCTS, J-F. Willemstraat 2 à 1800 Vilvoorde (328.900,- € hors TVA ou 397.969,- €, 21 % TVA comprise);

- PRAXAIR n.v., Metropoolstraat 17 à 2900 Schoten (426.250,- € hors TVA ou 515.762,50 €, 21 % TVA comprise),

Vu le rapport d'analyse administrative des offres rédigé par le Service des Marchés, daté du 29 octobre 2013,

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 n.v. 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 s.a. et AIR PRODUCTS sont déclarées régulières et recevables administrativement,

Vu le rapport d'analyse technique des soumissions rédigé par le CSL, daté du 22 novembre 2013,

Vu le recours en suspension d'extrême urgence introduit le 13 décembre 2013 par AIR LIQUIDE BENELUX s.a.,

Vu l'arrêt prononcé le 15 janvier 2014 par la VI^{ème} chambre du Conseil d'État ordonnant la suspension de l'exécution de la décision prise le 27 novembre 2013 par le Conseil d'administration,

Considérant qu'au terme de cet arrêt, seule la deuxième branche du premier moyen présente un caractère sérieux et qu'il convient dès lors de revoir la motivation de cette décision,

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 la réponse reçue de la part d'AIR PRODUCTS, en date du 8 novembre 2013, son analyse, figurant au rapport technique du CSL, conclut que:

– AIR PRODUCTS a confirmé qu’aucun coût additionnel n’est prévu et ne sera à charge du CSL, leur prix est confirmé “all inclusive”;

– AIR PRODUCTS justifie son offre par un procédé de fabrication permettant de présenter le prix favorable proposé:

- par la mise en fonction d’une nouvelle (quatrième) unité de séparation d’air en Belgique, de très grande capacité, c’est la raison pour laquelle il leur est nécessaire de proposer à leurs clients des prix compétitifs de manière à augmenter leur volume de production et optimiser leurs rendements;

- la productivité importante permet d’optimiser les frais de production, notamment l’achat d’énergie;

– en outre:

- AIR PRODUCTS n’a pas intégré, dans son prix, de coût supplémentaire pour les livraisons en urgence, en raison de la mise en place d’un *Service Level Agreement* (SLA) spécifique au CSL, anticipant de la sorte les approvisionnements nécessaires;

- la loi belge ne prévoit pas de prix minimal, ni maximal pour l’industrie des gaz et AIR PRODUCTS mentionne que d’autres marchés pour la fourniture d’azote liquide ont été attribués à des prix similaires;

- AIR PRODUCTS confirme ne pas vendre “avec une marge négative” et que le prix remis est bien “all inclusive”;

– l’offre de prix d’AIR PRODUCTS est jugée régulière.

Considérant la réponse reçue de la part d’AIR LIQUIDE BENELUX s.a. en date du 14 novembre 2013, son analyse figurant au rapport technique du CSL, conclut que:

– dans sa réponse, 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 x 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 sont acceptées et l’offre jugée régulière;

Considérant les critères d’attribution du marché prescrits à l’article 1.10 du cahier spécial des charges, à savoir:

1. Le critère économique (40 points) sera 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. 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. Le critère de qualité technique (34 points) sera 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. Le critère de délai (26 points) sera 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 et 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 /40 points	Critère technique /34 points	Critère de délais /26 points	Total
1. AIR PRODUCTS	40,0	31,0	20,1	91,1
2. AIR LIQUIDE BENELUX s.a.	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 PRODUCTS, J-F. Willemstraat 2 à 1800 Vilvoorde et est conforme aux clauses techniques du cahier spécial des charges,

DÉCIDE

1) De faire sien les rapports d'analyse des offres du Service des Marchés et du CSL et leurs annexes respectives, en ce compris notamment les réponses apportées par AIR PRODUCTS le 8 novembre 2013 et par AIR LIQUIDE BENELUX s.a. le 14 novembre 2013;

2) De sélectionner les soumissionnaires AIR LIQUIDE BENELUX s.a., AIR PRODUCTS et PRAXAIR n.v. pour avoir joint toutes les pièces exigées par la sélection qualitative;

3) De considérer l'offre de PRAXAIR n.v. comme irrégulière;

4) De considérer les offres d'AIR LIQUIDE BENELUX s.a. et d'AIR PRODUCTS comme complètes et régulières;

5) De retirer la décision prise par le Bureau exécutif lors de sa séance du 27 novembre 2013;

6) D'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit AIR PRODUCTS, J-F. Willemstraat 2 à 1800 Vilvoorde, aux prix unitaires mentionnés dans son offre;

7) De charger le CSL d'assurer l'exécution et le suivi technique du marché;

8) De charger le Service des Engagements de présenter la notification d'attribution de ce marché au visa du Commissaire du Gouvernement et à la signature des Autorités.»

Cette décision a été notifiée le 24 janvier à tous les soumissionnaires par courrier recommandé et par courriel.

Recevabilité

Considérant que la partie adverse conteste la recevabilité du recours au motif qu'il se heurterait à l'autorité provisoire de la chose jugée par l'arrêt n° 226.098, qui a rejeté le moyen pris de l'erreur manifeste d'appréciation dans

l'analyse de l'éventuelle anormalité du prix de la société Air Products et de la violation du devoir de minutie; qu'elle observe que le moyen unique développé dans la présente requête est tiré de dispositions identiques;

Considérant que l'arrêt n° 226.098 a statué sur une demande de suspension dirigée contre la décision de la partie adverse du 27 novembre 2013; que la présente demande de suspension est formée à l'encontre d'une décision du 22 janvier 2014; qu'en raison de cette différence d'objet, aucune exception de chose jugée ne peut être déduite de l'arrêt n° 226.098 à l'encontre de la présente requête, quand bien même les deux décisions attaquées ont la même portée; que l'exception ne peut être retenue;

Considérant que la partie adverse conteste que la requérante ait intérêt à agir au motif qu'elle ne critique que l'un des motifs de la décision attaquée alors que celle-ci est aussi motivée par d'autres considérations qui ne sont pas critiquées et qui suffisent à la justifier;

Considérant que les différents motifs invoqués au préambule de la décision attaquée apparaissent liés; qu'il apparaît de plus que le motif lié à la mise en service d'une quatrième unité de production, seul critiqué par la requête, est déterminant; que la requête est recevable;

Intervention

Considérant que la s.a. Air Products demande à intervenir dans la procédure en référé; qu'elle est la bénéficiaire de la décision attaquée; qu'il y a lieu d'accueillir cette demande;

Fond

Considérant que la requérante prend un moyen unique 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, 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 des articles 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, 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 ce que la partie adverse n'a pas respecté le principe du devoir de minutie lors de la vérification du prix anormalement bas proposé par Air Products et a, en conséquence, commis une erreur manifeste d'appréciation;

alors que si la partie adverse avait procédé à une vérification sérieuse et minutieuse du prix proposé par Air Products, elle aurait dû conclure à l'irrégularité de son offre et partant, octroyer le marché public en cause à la partie requérante;

que, dans les développements du moyen, elle expose en substance que l'intervenante, invitée par la partie adverse à justifier le prix – nettement plus bas que celui des deux autres offres – qu'elle proposait, a exposé qu'elle disposait de la possibilité de présenter ce prix «par la mise en fonction d'une nouvelle (quatrième) unité de séparation d'air en Belgique, d'une très grande capacité, d'où la nécessité de proposer à leurs clients des prix compétitifs de manière à augmenter leur volume de production et optimiser leurs rendements» et que «cette productivité importante permet d'optimiser les frais de production, notamment l'achat d'énergie»; qu'elle conteste que l'intervenante dispose d'une quatrième unité de production, en se référant à un communiqué publié sur le site de l'intervenante en 2010, par lequel elle annonçait la construction d'une «troisième» unité de production à Gand, à mettre en service en 2012; qu'elle reproche à la partie adverse de n'avoir pas vérifié ce qu'il en était, ce qui l'aurait amenée à constater que l'intervenante ne dispose que de trois unités de séparation d'air;

Considérant que le «principe de minutie» n'est pas en soi une règle de droit positif, mais seulement une ligne de conduite à suivre en vue d'éviter de commettre des illégalités, qui, elles, sont la violation de règles de droit; qu'en tant qu'il est pris de la violation de ce principe, le moyen n'est pas recevable;

Considérant que la requête n'indique pas en quoi les articles 10 (égalité devant la loi) et 11 (interdiction des discriminations) de la Constitution auraient été violés; qu'en tant qu'il est pris de la violation de ces articles, le moyen n'est pas recevable;

Considérant que l'article 21, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques n'autorise le pouvoir adjudicateur à faire effectuer le contrôle sur place de l'exactitude des indications fournies dans le cadre de la vérification des prix que «si les documents du marché le prévoient»; qu'il n'est pas allégué qu'une clause du cahier spécial des

charges l'aurait prévu, de sorte qu'il ne peut être reproché à la partie adverse de n'avoir pas vérifié quelles étaient les installations dont l'intervenante disposait;

Considérant que la soumission déposée par l'intervenante fait état de quatre unités de production situées à Gand; qu'à la suite de la demande de justification que lui a adressée la partie adverse, l'intervenante a précisé que la «troisième» unité de production dont la mise en service avait été annoncée pour 2012 n'est en réalité devenue opérationnelle qu'en mai 2013, et qu'elle s'insère dans un ensemble composé de trois unités implantées à Gand («ASU2», «ASU3» et «ASU4») et une quatrième (en fait la plus ancienne, «ASU1», dont le dossier indique qu'elle sera prochainement mise hors service) qui est située à Terneuzen, aux Pays-Bas, mais qui est reliée par des pipe-lines aux trois autres, de sorte que ces quatre unités ne forment qu'un seul complexe industriel; que si l'acte attaqué, reproduisant sur ce point la lettre de l'intervenante du 8 novembre 2013, est rédigé d'une manière équivoque en ce qu'il peut laisser entendre que les quatre unités seraient en Belgique, il ne l'indique pas expressément non plus, ne situant explicitement en Belgique que la quatrième unité; que, de toute manière, dès lors que les quatre unités font partie du même complexe qui est en sa majeure partie implanté à Gand, il est sans importance qu'une des composantes de ce complexe soit sise aux Pays-Bas; que l'offre de prix de l'intervenante a été justifiée par la très grande capacité de production de cette nouvelle unité, et par l'optimisation des frais de production qu'elle permet; que rien n'indique que la pertinence de cette justification pourrait être affectée par la fermeture annoncée de l'unité située à Terneuzen;

Considérant que le moyen n'est pas sérieux;

Considérant qu'une des conditions requises pour que le Conseil d'État puisse suspendre l'exécution de l'acte attaqué n'est pas remplie; que la demande de suspension ne peut être accueillie;

D É C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la s.a. Air Products dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Le présent arrêt sera notifié par télécopie.

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre siégeant en référé, le cinq mars deux mille quatorze, par :

M. M. LEROY,	président de chambre,
M. R. GHODS,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,	Le Président,
---------------------	---------------

R. GHODS

M. LEROY