

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 237.097 du 19 janvier 2017

A.220.987/VI-20.926

En cause : **la société privée à responsabilité
limitée VR CONTENEUR,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Marie VASTMANS et
Cyrille DONY, avocats,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité
limitée Association Intercommunale
de Traitement des Déchets Liégeois,**
en abrégé INTRADEL,

ayant élu domicile chez
M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne 62
5000 Namur.

I. Objet du recours

Par une requête introduite le 19 décembre 2016, la société privée à responsabilité limitée VR CONTENEUR sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, et l'annulation de "la décision du 1^{er} décembre 2016 du Comité de direction d'INTRADEL, pouvoir adjudicateur, de ne pas sélectionner son offre dans le cadre du marché de fournitures de conteneurs métalliques grands volumes (cahier spécial des charges n° 16/22/INT), d'une part, et, vraisemblablement, d'attribuer ce marché, d'autre part".

II. Procédure

Par une ordonnance du 20 décembre 2016, l'affaire a été fixée à l'audience du 10 janvier 2017 à 10 heures 30.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

Par un courrier du 4 janvier 2017, la partie requérante a développé un moyen nouveau suite à la prise de connaissance du dossier administratif.

La partie adverse a déposé une nouvelle version de sa note d'observations répondant à ce moyen nouveau.

M. le Président de chambre, Jacques JAUMOTTE, a exposé son rapport.

M^e Cyrille DONY, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'État, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme au présent arrêt.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

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

Le 3 octobre 2016, un avis de marché est publié au bulletin des adjudications par la partie adverse concernant un marché public ayant pour objet la fourniture de conteneurs métalliques ouverts destinés à recevoir des matériaux de différentes natures (métaux, déchets verts, encombrants ménagers, bois, terres et briques ...) déposés par les utilisateurs des recyparcs exploités par la partie adverse. Le marché est passé par procédure négociée directe avec publicité. Il porte sur la fabrication et la livraison de 32 conteneurs métalliques ouverts d'un volume de 30 m³ et de 10 conteneurs métalliques ouverts d'un volume de 10 m³.

En termes de sélection qualitative, le cahier spécial des charges précise ce qui suit en ce qui concerne les exigences techniques :

" Article 67 – Sélection qualitative – Capacité financière et économique

La capacité financière et économique du soumissionnaire est prouvée par une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché, pour au maximum les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création ou du début d'activités du soumissionnaire, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles.

Un chiffre d'affaires global minimum de 10.000.000 euros/an est exigé.

Article 71 – Sélection qualitative – Capacité technique

Pour l'appréciation de la capacité technique du soumissionnaire, les références suivantes sont requises :

- une liste des principales livraisons effectuées au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Un minimum de 3 contrats portant sur la livraison de minimum 30 conteneurs grands volumes (au moins 10 m³);
 - + s'il s'agit de fournitures à une autorité publique, les livraisons sont prouvées par des attestations émises ou contresignées;
 - + s'il s'agit de fournitures à des personnes privées, les attestations sont établies par l'acheteur, à défaut, une simple déclaration du fournisseur est admise;
- une description de l'équipement technique. L'équipement minimum suivant est exigé : cabine de sablage, cabine de peinture, poste à souder semi-automatique, robot soudeur, cintruse, découpeuse (longueur minimum 7 m), plieuse (longueur minimum 7 m), cisailleuse, presse, scie à ruban, pont roulant et chariot élévateur, soit l'outillage indispensable pour assurer la maîtrise de l'entièreté de la fabrication. Un modèle de déclaration relative à l'équipement du soumissionnaire est jointe en annexe du présent cahier spécial des charges, cette déclaration mentionne notamment les coordonnées du ou des atelier(s) où ces équipements sont installés. Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de visiter ce(s) lieu(x) de production avant l'attribution du marché afin de s'assurer des capacités de production conformément à l'ensemble des exigences techniques énoncées dans la quatrième partie du présent cahier spécial des charges, et de l'équipement déclaré;
- en ce qui concerne les produits à fournir, par des échantillons, description et/ou photographies dont l'authenticité doit pouvoir être certifiée à la demande du pouvoir adjudicateur. A cette fin, le pouvoir adjudicateur demande que soit annexée à l'offre, la liste des sites (de production ou autres) où des conteneurs grand volume (minimum 10 m³) fabriqués par le soumissionnaire sont visibles. Le pouvoir adjudicateur se réserve la faculté de se rendre sur site afin d'examiner les échantillons".

La requérante remet une offre, pour un montant total de 197.964,00 euros, hors taxe sur la valeur ajoutée, pour la fourniture des 42 conteneurs prévus par les documents du marché et son chiffre d'affaires global s'élevait à 4.527.491,00 euros pour les trois derniers exercices.

Le 1^{er} décembre 2016, le Comité de direction de la partie adverse prend la décision de ne pas sélectionner la requérante, et ce pour les motifs suivants :

- " Déclaration du chiffre d'affaires pour les 3 derniers exercices (art. 67).
Min CA global : 10.000.000€/an.
Nok
Est largement en-dessous du seuil fixé par le CSCh.

Equipement technique (art.71)

Min : cabine de sablage, cabine de peinture, poste à souder semi-automatique, robot soudeur, cintreuse, découpeuse (longueur minimum 7 m), plieuse (longueur minimum 7 m), cisailleuse, presse, scie à ruban, pont roulant et chariot élévateur.

Nok

Ne possède pas de robot soudeur".

Il s'agit de la décision attaquée.

IV. Premier moyen

IV.1. Thèses des parties

IV.1.A. Thèse de la requérante

Le premier moyen est pris de la violation des articles 5 et 26, § 2, de la loi du 15 juin relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des principes généraux du droit – plus particulièrement du principe de bonne administration, du devoir de minutie, du principe de non-discrimination, du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et du principe de mise en concurrence –, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Après avoir rappelé les principes qui illustrent la portée des normes de droit qu'elle invoque à l'appui de son moyen, la requérante développe deux branches.

Dans une première branche, elle estime que le chiffre d'affaires minimum de 10 millions d'euros exigé en terme de capacité financière et économique constitue une entrave sérieuse et injustifiée à la concurrence et qui n'est, en outre, aucunement liée et proportionnée à l'objet du marché litigieux. Elle développe cette branche comme suit :

" [...] Dans ses arrêts n^{os} 213.343 et 217.010, Votre Conseil a considéré que l'exigence de disposer d'un chiffre d'affaires cinq fois supérieur au montant estimé du marché pouvait être considérée comme admissible afin de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de ce que le soumissionnaire dispose des capacités et ressources nécessaires pour supporter la charge de travail supplémentaire représentée par le marché (C.E., arrêt n° 213.343 du 19 mai 2011, NV TDS ; C.E., arrêt n° 217.010 du 23 décembre 2011, bvba oneliner language & ebusiness solutions).

En l'espèce, le rapport entre le chiffre d'affaires exigé et le montant du marché est sans commune mesure avec les cas ayant fait l'objet des arrêts susvisés dans la mesure où le chiffre d'affaires imposé représente plus de 50 fois le montant du marché.

Un tel chiffre d'affaires constitue un montant particulièrement important qui n'est aucunement lié et proportionné à l'objet du marché litigieux.

Dans la mesure où la sélection qualitative doit permettre de vérifier si les soumissionnaires disposent d'une capacité suffisante pour exécuter un marché, la partie adverse ne pouvait raisonnablement exiger des soumissionnaires qu'ils disposent d'un chiffre d'affaires plus de 50 fois supérieur au montant du marché pour démontrer leur capacité à exécuter le marché litigieux.

A cet égard, il a déjà été jugé que :

- un pouvoir adjudicateur néerlandais ne pouvait exiger un chiffre d'affaires moyen pour les trois derniers exercices d'au moins dix fois le montant du marché (Raad van Arbitrage, 28 avril 1994, Bouwrecht, 1994, p. 710);
- s'agissant d'un appel d'offres pour la construction de deux ponts sur La Loire, estimés à 81 et 96 millions de francs français, l'exigence d'un chiffre d'affaires minimum de 300 millions pour un pont et 500 millions pour deux ponts est manifestement hors de proportion avec le montant du projet (Tribunal administratif de Nantes, 6 avril 1995, Mon. T.P., 5 mai 1995, p. 35);
- lorsqu'un marché public de travaux porte sur un projet de 9 millions d'euros et que les candidats devaient présenter un chiffre d'affaires de 45 millions d'euros, la Cour administrative d'appel de Nantes considère que le chiffre d'affaires requis est excessif (C.A.A. Nantes, 22 décembre 1999, req. n° 95NT00738).

Une proposition de loi a également été déposée en 2015 afin de prévoir que le chiffre d'affaires annuel minimal que les candidats sont tenus de réaliser ne dépasse pas le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures (Doc. parl., Chambre, 2014-2015, 1196/01, p. 11).

Au vu de ce qui précède, l'obligation de disposer d'un chiffre d'affaires plus de 50 fois supérieur au montant du marché litigieux constitue dès lors une exigence totalement disproportionnée et sans aucun lien avec l'objet réel du marché.

[...] Pour les trois derniers exercices, le chiffre d'affaires global de la requérante s'élève à 4.527.491,00 EUR – soit environ 22 fois le montant du marché –, ce qui tend à démontrer que la capacité économique et financière de la requérante est adaptée à l'importance du marché litigieux en ce qu'elle permet de démontrer que la requérante dispose d'une assise économique et financière suffisante pour mener à bien l'exécution de ce marché.

A cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de juger que : «Les articles 44, paragraphe 2, et 47, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doivent être interprétés en ce sens qu'un pouvoir adjudicateur est autorisé à exiger un niveau minimal de capacité économique et financière par référence à un ou à plusieurs éléments particuliers du bilan, pour autant que ceux-ci soient objectivement propres à renseigner sur cette capacité dans le chef d'un opérateur économique et que ce niveau soit adapté à l'importance du marché concerné en ce sens qu'il constitue objectivement un indice positif de l'existence d'une assise économique et financière suffisante pour mener à bien l'exécution de ce marché, sans toutefois aller au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire à cette fin. L'exigence d'un niveau minimal de capacité économique et financière ne saurait, en principe, être écartée pour la seule raison que ce niveau porte sur un élément du bilan à propos duquel des divergences peuvent exister entre les législations des différents États membres» (C.J.U.E., 18 octobre 2012, C-218/11, Edukövizig et Hochtief Solutions).

[...] Si les références pouvant être exigées pour apprécier la capacité financière et économique sont énumérées de manière non limitative par l'article 47, § 1^{er}, de la

directive 2004/18/CE et par l'article 67 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le choix du pouvoir adjudicateur est toutefois balisé par les conditions suivantes :

- les références exigées doivent permettre une vérification effective de la capacité économique et financière tout en respectant le principe d'égalité de traitement du candidat ou du soumissionnaire;
- les données exigées ne peuvent couvrir une période plus longue que les trois derniers exercices prescrits par les articles précités;
- le pouvoir adjudicateur peut justifier le recours à de tels critères au regard des exigences spécifiques du marché considéré (Y. CABUY et R. DE PESSEMIER, «Les pouvoirs locaux bruxellois face à la sélection qualitative», in *Chronique des marchés publics*, 2008-2009, Bruxelles, EBP Publishers, 2009, p. 610).

En l'espèce, la partie adverse ne fournit cependant aucune justification qui serait de nature à démontrer la nécessité de disposer d'un chiffre d'affaires de 10 millions EUR pour un marché dont le montant s'élève à environ 200.000 EUR seulement.

[...] Or, rien ne justifie qu'un chiffre d'affaires de 10 millions EUR soit exigé pour permettre de démontrer que les soumissionnaires disposaient d'une assise économique et financière suffisante pour mener à bien l'exécution du marché litigieux.

En prévoyant une telle exigence, la partie adverse a manifestement été au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire dès lors qu'en considérant le montant de l'offre de la requérante, ce chiffre d'affaires est plus de 50 fois supérieur au montant proposé.

En imposant un tel critère de sélection des soumissionnaires, la partie adverse a donc fixé un niveau minimal d'exigence sans lien et hors de proportion avec l'objet du marché litigieux.

[...] Le critère relatif au chiffre d'affaires empêche au demeurant une concurrence effective et constitue une entrave grave à la concurrence sans qu'aucune raison particulière et objective ne permette de le justifier.

Pour rappel, le principe de concurrence doit notamment donner la garantie que le plus grand nombre de personnes auront accès au plus grand nombre de commandes publiques.

En l'espèce, la partie adverse a exigé, sans la moindre justification, un chiffre d'affaires particulièrement important, ce qui empêche la plupart des opérateurs économiques de participer au marché litigieux ou, à tout le moins, de se le voir confier.

Ainsi, l'offre de la requérante n'est, par exemple, pas sélectionnée au motif qu'elle ne démontrerait pas une capacité économique et financière suffisante pour exécuter le marché litigieux alors que son chiffre d'affaires global des trois derniers exercices est largement supérieur au montant du marché (chiffre d'affaires global de plus de 4,5 millions EUR pour un marché dont le montant est inférieur à 200.000 EUR HTVA); qu'elle est pourtant spécialisée dans l'étude, la conception et la réalisation de conteneurs de bennes et de bacs destinés à la récupération de déchets et qu'elle dispose d'une expérience de 25 ans dans ce domaine.

Par ailleurs, il y a lieu de préciser qu'en 2015, la requérante s'est vu attribuer un marché public relativement similaire par la partie adverse (pièce n° 4). En effet, ce marché portait sur la fourniture de 40 conteneurs (30 conteneurs métalliques de 30 m³ et 10 conteneurs métalliques de 10 m³) et a été attribué pour un montant de 188.650,00 EUR (HTVA) alors que le marché litigieux concerne la fourniture de 42 conteneurs (32 conteneurs métalliques de 30 m³ et 10 conteneurs métalliques de 10 m³) pour lequel la requérante a remis un prix de 197.964,00 EUR (HTVA).

Dans la mesure où le marché passé en 2015 a été exécuté à l'entière satisfaction de la partie adverse, rien ne permet de comprendre et de justifier le fait d'avoir prévu des conditions plus contraignantes dans le cadre du marché litigieux dès lors que la requérante a d'ores et déjà démontré sa capacité à pouvoir exécuter un marché similaire pour le compte de la partie adverse.

En prévoyant une telle exigence au niveau du chiffre d'affaires, la partie adverse empêche ainsi les spécialistes du milieu de prendre part ou, à tout le moins, d'obtenir le marché litigieux sans que rien ne puisse toutefois le justifier.

[...] Au vu de ce qui précède, la première branche du premier moyen est sérieuse".

Dans une seconde branche, la requérante relève que la partie adverse a exigé, dans le cadre de la sélection qualitative, que chaque soumissionnaire dispose d'un robot soudeur afin de démontrer sa capacité technique, alors que cette exigence constitue une entrave sérieuse et sans lien proportionné avec le marché litigieux. Elle développe cette branche comme suit :

" [...] Force est de constater que cette exigence n'est aucunement liée et proportionnée à l'objet du marché.

Tout d'abord, des soudures peuvent évidemment toujours être réalisées manuellement sans différence de qualité de sorte que rien ne permet de justifier et *a fortiori* de comprendre pour quelles raisons la partie adverse a imposé que les soumissionnaires disposent d'un robot soudeur.

Par ailleurs, lors de la fabrication de conteneurs, le temps consacré aux opérations de soudure n'est pas important. Partant, une entreprise qui ferait usage d'un robot soudeur passera plus de temps à procéder au réglage du robot qu'à effectuer le travail manuellement. Il paraît dès lors parfaitement inutile d'imposer aux soumissionnaires de disposer d'un robot soudeur en vue de démontrer leur capacité technique à pouvoir exécuter le marché litigieux dans la mesure où, selon toute vraisemblance, ce type de machine ne sera pas utilisé lors de la fabrication des conteneurs.

Enfin, l'assemblage et les soudures de finition se feront nécessairement de façon manuelle en l'espèce. Compte tenu du temps nécessaire pour procéder au réglage d'un robot soudeur, celui-ci n'aura en effet une utilité que dans l'hypothèse de conteneurs ayant toujours les mêmes caractéristiques, ce qui n'est pas le cas en l'espèce dès lors que la partie adverse passe commande pour plusieurs modèles de conteneurs différents.

Dit autrement, le fait d'utiliser un robot soudeur en l'espèce n'aurait aucun sens et serait contreproductif dès lors que le recours à ce type de machine prendra plus de temps qu'en effectuant le travail manuellement.

Par voie de conséquence, rien ne justifie qu'un robot soudeur soit exigé pour permettre de démontrer que les soumissionnaires disposent d'une capacité technique suffisante pour mener à bien l'exécution du marché litigieux dans la mesure où les finitions de soudure peuvent tout à fait être réalisées manuellement, d'une part, et qu'un tel équipement ne sera vraisemblablement pas utilisé lors de l'exécution du marché litigieux, d'autre part.

[...] En prévoyant une telle exigence, la partie adverse a manifestement été au-delà de ce qui était raisonnablement nécessaire dès lors qu'elle impose un

matériel qui n'est pas indispensable mais qui, surtout, ne sera pas utilisé lors de l'exécution du marché litigieux.

En imposant un tel critère de sélection, la partie adverse a donc fixé un niveau minimal d'exigence sans lien et hors de proportion avec l'objet du marché litigieux.

[...] Le fait d'exiger un robot soudeur empêche également une concurrence effective et constitue une entrave grave à la concurrence sans qu'aucune raison particulière et objective ne permette de le justifier.

Pour rappel, le principe de concurrence doit notamment donner la garantie que le plus grand nombre de personnes auront accès au plus grand nombre de commandes publiques.

En l'espèce, la partie adverse a exigé, sans la moindre justification, un équipement non nécessaire et qui ne paraît pas devoir être utilisé pour réaliser le marché litigieux, ce qui empêche dès lors de nombreux opérateurs économiques de participer au marché litigieux ou, à tout le moins, de se le voir confier.

Ainsi, l'offre de la requérante n'est, par exemple, pas sélectionnée au motif qu'elle ne démontrerait pas une capacité technique suffisante pour exécuter le marché litigieux alors qu'elle réalise pourtant quotidiennement et depuis 25 ans des conteneurs en effectuant manuellement les soudures de ceux-ci.

En imposant la possession d'un robot soudeur, la partie adverse empêche ainsi à certains spécialistes du milieu de prendre part ou, à tout le moins, d'obtenir le marché litigieux sans que rien ne puisse toutefois le justifier.

[...] Au vu de ce qui précède, la deuxième branche du premier moyen est sérieuse".

IV.I.B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse souligne tout d'abord que le marché exécuté en 2015 par la requérante ne l'a nullement été à son entière satisfaction. Elle fait en effet valoir, photos à l'appui, que les conteneurs livrés par la requérante dans ce cadre présentent d'importantes traces de corrosion, un an à peine après leur livraison. Elle déclare qu'elle prend actuellement les mesures qui s'imposent à ce propos et qu'elle entend bien faire jouer la responsabilité contractuelle de la requérante.

En ce qui concerne la première branche du moyen, la partie adverse fait valoir que le niveau du chiffre d'affaires global requis pour la sélection qualitative dans le cadre du marché litigieux a été fixé à un minimum de 10.000.000 d'euros par an parce que la déclaration bancaire (dont le modèle est annexé à l'arrêté royal du 15 juillet 2011) a été jugé insuffisante pour vérifier la capacité financière des soumissionnaires. Elle s'est en l'occurrence basée pour la fixation de ce niveau du chiffre d'affaires global sur des marchés similaires lancés par elle. Elle a, en outre, vérifié sur le site de la centrale des bilans (Banque nationale) si les entreprises du secteur atteignaient ce niveau minimum, ce qui était le cas, à l'exception de la requérante. Celle-ci ne préciserait pas son chiffre d'affaires dans ses comptes annuels, manifestement parce qu'elle ne dépose que des comptes sous schéma abrégé, et non

sous schéma complet. L'exclusion de la requérante n'a donc pas été délibérée dans le chef de la partie adverse, du fait que celle-ci n'a fait qu'user de son pouvoir discrétionnaire dans la fixation du critère de sélection qualitative contesté.

La partie adverse fait, en tout état de cause, valoir que la requérante n'a pas d'intérêt à cette branche, étant donné que la seconde branche n'est, elle-même, pas sérieuse, alors que le motif critiqué dans cette branche suffit, à lui seul, à justifier la décision de ne pas sélectionner la requérante.

La partie adverse considère par ailleurs que la seconde branche du moyen n'est pas sérieuse, et ce sur la base des considérations suivantes :

" Il est faux de prétendre, comme le fait la requérante, que des soudures peuvent «toujours être réalisées manuellement» : en certains endroits (longerons latéraux, crochets de préhension, rouleaux, etc.), il est impossible d'obtenir manuellement une soudure de qualité.

[...] Un robot soudeur permet en outre de réaliser des soudures uniformes, avec un pourcentage de matière identique sur toute la longueur – ce qu'exige précisément le cahier spécial des charges : «Tous les assemblages sont réalisés par des soudures en continu, de 5 mm d'épaisseur minimum, en ce compris pour les raidisseurs de fond» [...].

Une soudure réalisée par un robot soudeur l'est partout avec la même intensité, la même température, le même débit d'apport de matière, etc. Tout cela est indispensable pour prévenir les problèmes de corrosion et de points de rupture.

En guise de contre-exemple, INTRADEL se permet d'attirer l'attention de votre Conseil sur la photo d'un conteneur «type» livré par la S.P.R.L. VR CONTENEUR, où l'on peut voir les points de reprise/rupture (et donc de fragilité) marqués par des flèches (Photo des points de rupture – [...]). Ces zones de fragilité sont manifestement à l'origine des problèmes de corrosion évoqués ci-dessus [...].

[...] Il est également faux de soutenir, comme le fait la requérante, que le robot soudeur ne génère aucun gain de temps.

Tout d'abord, le marché litigieux ne porte que sur deux (2) types de conteneurs : un de 30 m³ et un de 10 m³ [...].

Par ailleurs, pour ces deux types de conteneurs, les soudures se font aux mêmes endroits, seule la hauteur change d'un type à l'autre.

Enfin, une fois le réglage du robot soudeur effectué (ce qui est rapide), le gain de temps est évident pour des conteneurs produits en nombre – ce qui est le cas ici, puisque le marché litigieux porte sur la commande de 32 conteneurs de 30 m³ et de 10 conteneurs de 10 m³ [...].

Si la requérante ne disposait pas d'un robot soudeur, il lui était loisible de recourir à celui d'un tiers, en application de l'article 74 de l'A.R. du 15 juillet 2011.

Cette faculté expressément réservée à la requérante par la réglementation applicable démontre l'inanité de son grief touchant au caractère prétendument disproportionné du critère de capacité technique.

[...] Il s'ensuit qu'INTRADEL n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en exigeant que le soumissionnaire dispose, pour l'exécution du marché litigieux, d'un robot soudeur.

La deuxième branche du premier moyen n'est donc pas sérieuse.

Dans ces conditions, il s'impose de conclure à l'absence d'intérêt de la requérante au premier moyen dans son ensemble. En effet, à supposer même que la première branche soit sérieuse, *quod non*, celle-ci ne permettra pas à la requérante de faire invalider sa non-sélection (ni donc de recouvrer une chance de remporter le marché), puisqu'elle reconnaît expressément ne pas disposer de robot soudeur et dès lors ne pas remplir ce critère de capacité technique : «En ce qui concerne la requérante, celle-ci ne dispose certes pas d'un robot soudeur ...» [...]"

IV.1.C. Débats à l'audience

S'agissant de la première branche, la requérante observe que la partie adverse n'apporte aucune réponse satisfaisante quant à la nécessité de prévoir un tel montant pour le chiffre d'affaires global des soumissionnaires. En effet, pratiquement aucun acteur du secteur du marché des conteneurs n'atteint un tel chiffre d'affaires, la moyenne étant de l'ordre de plus ou moins quatre millions d'euros. Elle fait également valoir que cette exigence n'a pas été formulée pour le marché public qu'elle a décroché en 2015.

En ce qui concerne la seconde branche, elle maintient qu'il n'est clairement pas indispensable de devoir disposer d'un robot soudeur pour ce type de marché, que du contraire. Contrairement à ce que fait valoir la partie adverse, elle estime qu'il n'y a jamais eu de critiques formulées par la partie adverse concernant l'exécution du marché précédant et que les photos produites par la partie adverse ne sont à cet égard pas pertinentes : certaines concernent des conteneurs localisés en République tchèque avant leur passage au traitement antirouille; les autres montrent clairement que les dégâts occasionnés aux conteneurs sont en réalité dus à un mauvais usage des conteneurs par les services de la partie adverse. Un robot soudeur coûte par ailleurs très cher (de l'ordre de deux millions par machine), alors qu'il en faudrait plusieurs pour réaliser un conteneur de qualité et qu'aucun acteur du secteur n'en a, contrairement à ce qu'a soutenu l'adjudicataire à l'appui de sa soumission. La requérante explique enfin la technique qu'elle utilise pour réaliser des soudures manuelles de qualité et tient à mettre l'accent sur ce que les soudures manuelles de pointe sont justement utilisées dans des situations extrêmes, ce qui montre bien leur meilleure efficacité par rapport à des soudures réalisées par un robot soudeur.

La partie adverse rappelle tout d'abord les problèmes qu'elle a rencontrés lors de l'exécution du marché public passé avec la requérante en 2015 et fait valoir que le litige est toujours en cours de discussion, même si aucune mesure d'office n'a encore été décidée à ce jour.

S'agissant de la première branche, elle observe par ailleurs que tout est lié et qu'une différence très nette doit être établie entre le chiffre d'affaires brut du marché public à attribuer et l'exigence, au titre de capacité technique, d'un chiffre d'affaires annuel global élevé qui permette de garantir la capacité financière des soumissionnaires de pouvoir réaliser de manière adéquate le marché, notamment par l'acquisition et l'utilisation d'un robot soudeur. La fixation d'un tel chiffre d'affaires n'est donc pas déraisonnable.

Au sujet de la seconde branche, la partie adverse observe qu'en règle, tout ce qui est de précision dans différents secteurs se réalise précisément par des robots, qu'il n'est donc pas déraisonnable d'avoir exigé d'être en la possession d'une telle machine et qu'elle a pu, à cet égard, se fonder sur la déclaration sur l'honneur produite par l'adjudicataire et attestant de ce qu'il dispose bien d'un tel équipement. La partie adverse conteste par ailleurs qu'un technicien de la requérante puisse, sans qu'elle en ait été préalablement avertie, intervenir à l'audience afin d'apporter, entre autres, diverses explications concernant la meilleure qualité des soudures manuelles et la nécessité de devoir posséder au moins sept à huit robots soudeurs, et ce pour pouvoir souder un seul conteneur. Elle sollicite de manière expresse que, si ces explications devaient être prises en compte par le Conseil d'Etat dans son arrêt à intervenir, elle soit elle-même autorisée à produire le témoignage de techniciens, et ce à la suite d'une réouverture des débats dans le cadre de la procédure en suspension d'extrême urgence.

IV.2. Décision

S'agissant de la seconde branche du premier moyen, il convient d'observer ce qui suit.

Ainsi que rappelé dans l'exposé des faits, l'article 71 du cahier spécial des charges précise clairement que tout soumissionnaire doit pouvoir utiliser un robot soudeur pour la réalisation des soudures des conteneurs à fabriquer et doit compléter, afin d'attester qu'il dispose de l'équipement technique requis, une "déclaration relative à l'équipement technique", dont le modèle est joint en annexe. Dans ce modèle, le soumissionnaire est en effet invité à déclarer sur l'honneur qu'il dispose au minimum des équipements suivants dans la cadre de la réalisation du marché à attribuer : "[...]; robot soudeur; [...], soit l'outillage indispensable pour assurer la maîtrise de l'entièreté de la fabrication". Il est également précisé dans ce même article que "Tous les assemblages sont réalisés par des soudures en continu, de 5mm d'épaisseur minimum, en ce compris pour les raidisseurs de fond". Enfin, tant dans cet article 71 du cahier spécial des charges que dans le modèle de déclaration y annexé, il est encore précisé que "le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de visiter le(s) lieu(x) de production

indiqués par les soumissionnaires avant l'attribution du marché afin de s'assurer des capacités de production, conformément à l'ensemble des exigences techniques énoncées dans la quatrième partie du présent cahier spécial des charges, et de l'équipement déclaré".

La partie adverse justifie l'exigence de posséder un robot soudeur par le fait qu'elle a constaté que des problèmes de corrosion sont survenus sur des conteneurs réalisés au moyen de soudures manuelles et ce, aux points de rupture-reprise des soudures ainsi réalisées. En conséquence, elle a estimé nécessaire d'exiger, dans le cadre du présent marché, d'une part, que tous les assemblages des conteneurs soient réalisés par des soudures en continu de 5mm d'épaisseur minimum sur toute la longueur des soudures et, d'autre part, que, en raison de cette exigence, les soudures soient effectuées au moyen d'un robot soudeur. Elle affirme en effet que seule une soudure réalisée avec un robot soudeur permet de garantir que la soudure est réalisée partout avec la même intensité, la même température et le même débit d'apport de matière.

Il est vrai que la requérante conteste que le recours à un robot soudeur soit la seule manière qui permette d'éviter l'apparition de corrosion au niveau des soudures des conteneurs et qu'elle estime qu'il n'est pas nécessaire que les soudures présentent partout la même épaisseur minimum, mais dès lors que la raison pour laquelle la partie adverse a prévu cette exigence technique n'apparaît pas *prima facie* procéder d'une erreur manifeste d'appréciation, il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'en décider autrement dans le cadre d'une procédure de suspension introduite sous le bénéfice de l'extrême urgence. Il n'apparaît en effet pas à la lumière des arguments avancés par les parties dans leurs écrits de procédure et à l'audience que la partie adverse aurait manifestement outrepassé le pouvoir d'appréciation qui lui appartient au stade de la fixation des exigences de capacité technique lors de la sélection qualitative des soumissionnaires en exigeant que ceux-ci disposent d'un robot soudeur pour réaliser les soudures lors de l'assemblage des conteneurs.

Par ailleurs, la requérante ne conteste pas qu'elle ne dispose pas d'un robot soudeur, avec cette conséquence que la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, considérer qu'elle ne répondait pas à cette exigence de capacité technique, ce que la requérante a par ailleurs expressément déclaré dans son offre, et que son offre ne pouvait être sélectionnée.

Par contre, l'adjudicataire a bien déclaré sur l'honneur qu'il possédait un robot soudeur Panasonic TL 2000 et que le pouvoir adjudicateur pouvait venir constater sur place le processus de production et recevoir sur demande les fiches techniques qu'il désirait, outre celles déjà annexées à l'offre concernant certains

produits utilisés lors de la fabrication des conteneurs. En ce qui concerne les soudures, l'adjudicataire a aussi déclaré de manière expresse, dans chacune des fiches techniques relatives aux deux types de conteneurs à fabriquer et à livrer, que toutes les soudures étaient réalisées en continu, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du conteneur (côtés, portes, face avant). Dans ces conditions, la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation et sans qu'il puisse *prima facie* lui être reproché de ne pas avoir poussé plus en avant son contrôle sur ce point, considérer que l'adjudicataire répondait à cette exigence de capacité technique.

Il s'ensuit que la seconde branche du premier moyen ne peut être considérée comme sérieuse et de nature à justifier que soit ordonnée la suspension d'extrême urgence de l'exécution de la décision attaquée.

En conséquence, il n'y a pas lieu d'examiner, en outre, le caractère sérieux ou non de la première branche, dès lors que la seule circonstance que la requérante ne répond pas à l'exigence de capacité technique prévue par l'article 71 du cahier spécial des charges, du fait qu'elle ne dispose pas de robot soudeur, suffit à justifier, à elle seule, la non sélection de son offre.

Il n'y a, dès lors, pas lieu d'ordonner la suspension d'extrême urgence de la décision attaquée sur la base du premier moyen.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèses des parties

V.1.A. Thèse de la requérante

Après avoir à nouveau rappelé les principes qui illustrent la portée des diverses normes de droit invoquées à l'appui du moyen, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir imposé aux soumissionnaires de disposer d'un outillage précis afin que ceux-ci démontrent leur capacité technique, alors que le pouvoir adjudicateur ne peut imposer aux soumissionnaires de disposer d'un matériel propre à l'exécution du marché mis en concurrence, à moins que cet équipement ne s'avère absolument indispensable à l'exécution de ce marché.

Elle développe sa critique de la manière suivante :

" [...] L'article 71 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 permet au pouvoir adjudicateur de solliciter, entre autres, la production, par les soumissionnaires, d'une description de leur équipement technique. Cette disposition permet ainsi au pouvoir adjudicateur de vérifier et de s'assurer que chaque soumissionnaire dispose bien d'un équipement technique permettant l'exécution du marché public concerné.

S'il est évidemment essentiel que les soumissionnaires démontrent qu'ils disposent d'un équipement technique suffisant pour exécuter le marché, le pouvoir adjudicateur ne saurait toutefois exiger des soumissionnaires qu'ils disposent d'un équipement spécifique, à moins que celui-ci ne soit tout à fait indispensable à la réalisation du marché.

Lorsqu'un marché peut être réalisé par divers procédés techniques, rien ne permettrait en effet de justifier que le pouvoir adjudicateur impose aux soumissionnaires de détenir tel équipement technique plutôt que tel autre.

A défaut de permettre à chaque soumissionnaire de démontrer sa capacité à exécuter un marché public donné en faisant usage de ses propres équipements techniques, le pouvoir adjudicateur méconnaîtrait gravement les principes d'égalité, de non-discrimination entre soumissionnaires et de mise en concurrence dès lors qu'il exigerait, sans réelle justification, un procédé technique spécifique alors que d'autres procédés permettraient également de réaliser le marché.

Votre Conseil ne s'y est d'ailleurs pas trompé lorsqu'il a considéré, dans son arrêt n° 194.625 précité du 24 juin 2009 qu'un pouvoir adjudicateur ne pouvait imposer aux soumissionnaires de disposer d'un matériel propre à l'exécution du marché mis en concurrence.

[...] En l'espèce, le cahier spécial des charges précise que l'équipement technique minimum dont doivent disposer les soumissionnaires pour l'exécution du marché litigieux est le suivant : «cabine de sablage, cabine de peinture, poste à souder semi-automatique, robot soudeur, cintreuse, découpeuse (longueur minimum 7 m), plieuse (longueur minimum 7 m), cisailleuse, presse, scie à ruban, pont roulant et chariot élévateur, soit l'outillage indispensable pour assurer la maîtrise de l'entièreté de la fabrication» [...].

La partie adverse considère ainsi que l'équipement susvisé constitue «l'outillage indispensable pour assurer la maîtrise de l'entièreté de la fabrication».

Contrairement à ce qu'indique le cahier spécial des charges, l'équipement technique minimum énuméré dans le cahier spécial des charges ne constitue aucunement un outillage indispensable pour procéder à la réalisation du marché litigieux. La partie adverse ne précise d'ailleurs pas en quoi les équipements énoncés dans le cahier spécial des charges seraient tout à fait nécessaires et essentiels en vue d'exécuter le marché litigieux.

En ce qui concerne la requérante, celle-ci ne dispose certes pas d'un robot soudeur mais cet équipement ne lui est toutefois pas nécessaire dès lors que, dans le cadre du marché litigieux, la requérante entend effectuer les soudures manuellement, comme elle l'a d'ailleurs toujours fait depuis 25 ans.

En considérant qu'un robot soudeur était absolument nécessaire pour l'exécution du marché litigieux, la partie adverse a ainsi imposé un équipement technique dont rien ne permet de démontrer le caractère indispensable, lequel est d'ailleurs contredit par la circonstance que la requérante est tout à fait capable de réaliser les conteneurs commandés par la partie adverse sans robot soudeur.

Par voie de conséquence, la partie adverse a méconnu les dispositions et principes visés au moyen et notamment l'article 71 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ainsi que les principes d'égalité, de non-discrimination entre soumissionnaires et de mise en concurrence.

[...] Partant, le deuxième moyen est sérieux".

V.1.B. Réplique de la partie adverse

La partie adverse considère qu'elle a démontré, dans sa réplique à la deuxième branche du premier moyen, que le robot soudeur était indispensable pour réaliser des soudures uniformes, avec un pourcentage de matière identique sur toute la longueur de ces soudures, ce qu'exige précisément le cahier spécial des charges.

V.2. Décision

Si la requérante fait valoir que la partie adverse ne précise pas en quoi, dans son cahier spécial des charges, les équipements qui y sont énoncés seraient tout à fait nécessaires et essentiels en vue d'exécuter le marché, il convient d'observer qu'elle n'indique, elle-même, pas en vertu de quelles dispositions de la réglementation des marchés publics une telle obligation s'imposerait à un pouvoir adjudicateur et que, si elle porte par ailleurs sa critique générale sur l'ensemble des équipements techniques, elle ne critique cependant pas de manière expresse l'exigence d'un robot soudeur. Elle se contente d'affirmer qu'un tel équipement ne lui est pas nécessaire, car elle "entend effectuer les soudures manuellement, comme elle l'a d'ailleurs toujours fait depuis 25 ans".

Si la requérante est bien évidemment libre de décider de ne pas recourir à la technique d'un robot soudeur, la partie adverse est, elle aussi, bien évidemment libre d'estimer, à moins que cela ne procède d'une erreur manifeste d'appréciation, que les soumissionnaires doivent disposer d'un robot soudeur afin que "Tous les assemblages [soient] réalisés par des soudures en continu, de 5mm d'épaisseur minimum, en ce compris pour les raidisseurs de fond". Or, il ressort de l'examen consacré à la deuxième branche du premier moyen qu'une telle exigence ne peut, au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, être considérée comme constitutive d'une erreur manifeste d'appréciation.

Le deuxième moyen de la requête n'est, en conséquence, pas sérieux.

VI. Troisième moyen

VI.1. Thèses des parties

VI.1.A. Thèse de la requérante

A l'appui de son troisième moyen, la requérante invoque l'incompétence de l'auteur de l'acte et l'excès de pouvoir, en ce que l'acte attaqué a été adopté par le

comité de direction de la partie adverse, alors qu'au vu de l'article 26 de ses statuts, l'organe compétent pour décider de l'attribution d'un marché public est le conseil d'administration, lequel possède les pouvoirs les plus étendus pour la réalisation de l'objet social. Il est vrai que, selon l'article 38, § 1^{er}, des statuts de la partie adverse, son conseil d'administration peut déléguer au comité de direction les pouvoirs nécessaires à la gestion courante et à la prise de décisions nécessaires pour préserver les intérêts de la partie adverse imposées par l'urgence. Mais la requérante considère à cet égard, qu'outre le fait qu'il n'est pas possible de déterminer si, en l'espèce, le comité de direction a bénéficié d'une délégation de pouvoirs l'autorisant à attribuer le marché litigieux, elle estime que la passation de ce marché n'est ni relative à la gestion courante de la partie adverse, ni justifiée par une urgence impérieuse, avec cette conséquence qu'il n'appartenait au comité de direction ni de se faire déléguer le pouvoir d'attribuer le marché, ni de s'en emparer d'initiative. L'acte attaqué a donc été adopté par un organe de la partie adverse qui était incompétent.

VI.1.B. Réplique de la partie adverse

La partie adverse répond comme suit :

" [...] S'agissant de la passation des marchés publics, le conseil d'administration d'INTRADEL a délégué au comité de direction toutes les décisions en la matière sauf «la passation de marchés publics de travaux, de fournitures ou de services portant sur un montant supérieur aux seuils fixés par la législation relative aux marchés publics [...] rendant obligatoire le recours à une publicité européenne» (Publication aux annexes du Moniteur belge du 20 juin 2012 – [...]). Cette délégation de pouvoirs est opposable à la requérante depuis sa publication aux annexes du Moniteur belge, par application des articles 74 et 76 du Code des sociétés. Le marché litigieux porte sur un montant inférieur au seuil de la publicité européenne applicable. C'est d'ailleurs pour cela qu'il a été passé en procédure négociée directe avec publicité.

[...] Le troisième moyen n'est donc pas sérieux".

VI.2. Décision

Il ressort d'une décision du conseil d'administration de la partie adverse publiée aux annexes du Moniteur belge du 20 juin 2012 que ce conseil, en application des articles 38 et 39 des statuts de la partie adverse, a décidé de déléguer au comité de direction les pouvoirs nécessaires à la gestion des affaires courantes de la partie adverse et de prendre toutes les décisions nécessaires pour préserver ses intérêts imposées par l'urgence, sauf certaines exceptions dont, notamment, "la passation de marchés publics de travaux, de fournitures ou de services portant sur un montant supérieur aux seuils fixés par la législation relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services rendant obligatoire le recours à une publicité européenne". En application de l'article 38, § 1^{er}, des statuts de la partie adverse, son conseil

d'administration peut, en effet, déléguer au comité de direction les pouvoirs nécessaires à la gestion courante et à la prise de décisions nécessaires pour préserver les intérêts de la partie adverse imposées par l'urgence.

La partie adverse fait valoir que la décision attaquée ne relève pas de la gestion de ses affaires courantes. Elle ne justifie cependant d'aucune façon une telle affirmation, alors même que le Conseil d'Etat n'aperçoit pas en quoi l'attribution d'un marché public d'un montant de l'ordre de 190.000 euros, hors taxe sur la valeur ajoutée, ne relèverait nécessairement pas de la gestion courante de la partie adverse. Il en va d'autant plus ainsi que l'article 38, § 2, des statuts de la partie adverse n'a expressément exclu de la faculté conférée au conseil d'administration de déléguer certaines décisions au comité de direction que la décision de passer les marchés publics de travaux, de fournitures ou de services portant sur un montant supérieur aux seuils fixés par la législation relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services rendant obligatoire le recours à une publicité européenne, ce qui n'est manifestement pas le cas du marché public concerné.

Le troisième moyen de la requête n'est, en conséquence, pas sérieux.

VII. Quatrième moyen nouveau

VII.1. Thèses des parties

VII.1.A. Thèse de la requérante

La requérante, par un courrier du 4 janvier 2017, invoque un quatrième moyen qu'elle estime recevable du fait qu'elle affirme n'avoir pu le formuler qu'après consultation du dossier administratif et, plus particulièrement, du rapport d'analyse des offres.

Elle fonde ce quatrième moyen sur la violation des articles 5 et 26, § 2, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 58, 67 et 71 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'obligation de motivation matérielle, telle que prévue à l'article 4, 8°, 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 et aux articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de bonne administration, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du devoir de minutie, du principe de non-discrimination, du principe d'égalité de traitement entre

les soumissionnaires et du principe de mise en concurrence, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Elle fait valoir, dans une première branche, que la partie adverse a exigé, dans le cadre de la sélection qualitative, que chaque soumissionnaire dispose d'un chiffre d'affaires global minimum de 10 millions d'euros afin de démontrer sa capacité économique et financière, alors que l'adjudicataire du marché litigieux a été sélectionné à l'issue de la phase de sélection qualitative bien qu'il ne dispose pourtant pas du chiffre d'affaires requis, et, dans une seconde branche, que la partie adverse a exigé, dans le cadre de la sélection qualitative, que chaque soumissionnaire dispose d'un équipement minimum afin de démontrer sa capacité technique, alors que l'adjudicataire du marché litigieux a été sélectionné à l'issue de la phase de sélection qualitative bien qu'il ne dispose pourtant pas de l'ensemble de l'équipement minimum requis.

Elle développe ces deux branches comme suit :

" A. Développement de la première branche du moyen

[...] Pour rappel, la partie adverse a exigé, dans le cadre de la sélection qualitative du marché litigieux, que chaque soumissionnaire dispose d'un chiffre d'affaires global minimum de 10 millions EUR par an pour les trois derniers exercices disponibles afin de démontrer sa capacité économique et financière [...].

En l'espèce, le chiffre d'affaires de l'adjudicataire du marché litigieux, NV ANG, n'atteint absolument pas le chiffre d'affaires minimum exigé.

En effet, pour les exercices 2013 et 2014, le chiffre d'affaires annuel de cette société était respectivement de 4.400.983 EUR et 4.815.408 EUR [...]. Pour l'exercice 2015, le chiffre d'affaires de la NV ANG n'a vraisemblablement pas augmenté de manière significative vu le faible écart entre les comptes annuels de 2014 et de 2015 [...].

Contrairement à ce qu'indique le rapport d'analyse des offres [...], la NV ANG ne dispose dès lors pas d'un chiffre d'affaires global de minimum 10 millions EUR par an.

Par voie de conséquence, la NV ANG ne satisfait pas aux exigences imposées par la partie adverse en termes de capacité économique et financière de sorte qu'elle ne pouvait se voir attribuer le marché litigieux.

[...] En outre, la partie adverse ne précise pas pour quelles raisons elle a estimé pouvoir sélectionner l'offre de la NV ANG – laquelle disposait d'un chiffre d'affaires annuel moyen de 4.608.195,50 EUR pour les exercices 2013 et 2014 – et ne pas pouvoir sélectionner l'offre de la requérante alors que son chiffre d'affaires annuel global s'élève, quant à lui, à 4.527.491,00 EUR pour les trois derniers exercices.

Vu la différence minime entre le chiffre d'affaires global de ces deux sociétés (1,75 %), rien ne permet en effet de comprendre pour quels motifs la partie adverse a considéré que seule la NV ANG disposait d'un chiffre d'affaires satisfaisant.

[...] Au vu de ce qui précède, la première branche du moyen est sérieuse.

B. Développement de la deuxième branche du moyen

[...] Concernant la capacité technique des soumissionnaires, la partie adverse a exigé que chaque soumissionnaire dispose de l'équipement minimum suivant : une cabine de sablage, une cabine de peinture, un poste à souder semi-automatique,

un robot soudeur, une cintreuse, une découpeuse (longueur minimum 7 m), une plieuse (longueur minimum 7 m), une cisailleuse, une presse, scie à ruban, un pont roulant et un chariot élévateur [...].

Selon la partie adverse, cet outillage serait indispensable pour assurer la maîtrise de l'entièreté de la fabrication.

Dans le rapport d'analyse des offres [...], la partie adverse a considéré que la NV ANG disposait bien de l'équipement minimum exigé.

[...] Selon les informations de la requérante, la NV ANG ne dispose pas de l'ensemble de l'équipement technique exigé et, notamment, d'une plieuse de 7 m, d'une cisailleuse et d'un robot soudeur.

La NV ANG sous-traite en effet la réalisation et la production des conteneurs qu'elle fournit à la société anonyme de droit polonais LIGNA (<http://lignapl.webhosting.be>), laquelle ne possède pas de plieuse de 7 m, de cisailleuse et de robot soudeur.

Sur le site internet de la SA LIGNA – qui constitue la stricte reproduction du site internet de la NV ANG (<http://ang.be>) –, une description de l'équipement technique est présentée, laquelle n'évoque pas la présence d'une plieuse de 7 m, d'une cisailleuse et d'un robot soudeur [...].

Contrairement à ce qu'indique le rapport d'analyse des offres [...], la NV ANG ne dispose dès lors pas de l'équipement minimum requis.

Par conséquent, la NV ANG ne satisfait pas aux exigences imposées par la partie adverse en termes de capacité technique de sorte qu'elle ne pouvait se voir attribuer le marché litigieux.

[...] En outre, la partie adverse ne précise pas pour quelles raisons elle a estimé pouvoir sélectionner l'offre de la NV ANG – laquelle ne possède pas l'équipement minimum exigé – et ne pas pouvoir sélectionner l'offre de la requérante alors que cette dernière dispose de l'ensemble de l'équipement requis à l'exception du robot soudeur, dont elle a d'ailleurs démontré l'absence de nécessité.

Dans la mesure où la NV ANG ne dispose pas de l'équipement minimum exigé, rien ne permet en effet de comprendre pour quels motifs la partie adverse a considéré que cette société disposait d'une capacité technique satisfaisante.

[...] Au vu de ce qui précède, la deuxième branche du moyen est sérieuse".

VII.1.B. Réplique de la partie adverse

La partie adverse fait valoir que la première branche du moyen nouveau n'est pas sérieuse, et ce sur la base des considérations suivantes :

" [...] Les documents du marché précisent ce qui suit : "[...]".

[...] Dans la déclaration sur l'honneur relative à son chiffre d'affaires, jointe à son offre, la S.A. ANG précise ce qui suit :

«Chiffre d'affaires global du groupe ANG:

[...]

- 2013-2014 : € 10.300.571,30 TVA excl;
- 2014-2015 : €10.950.776,88 TVA excl.
- 2015-2016 : € 11.867.411,41 TVA excl.

Chiffre d'affaires conteneurs ANG SA:

- 2013-2014 : € 4.333.867,54 TVA excl.
- 2014-2015 : € 4.522.572,63 TVA excl.
- 2015-2016 : € 4.935.687,51 TVA excl.» [...].

Conformément à l'article 74 de l'A.R. du 15 juillet 2011, un «candidat ou un soumissionnaire peut, pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités».

Interrogée par INTRADEL le 10 novembre 2016 [conformément à l'art. 59, 1°, de l'A.R. du 15 juillet 2011], la S.A. ANG a précisé le 15 novembre 2016 que le chiffre d'affaires «du groupe ANG» évoqué ci-dessus comprenait le sien et celui de sa filiale polonaise, détenue par elle à 100 % et dirigée par le même gérant qu'elle. A cette occasion, la S.A. ANG a par ailleurs fourni l'engagement de sa filiale de mettre sa capacité à la disposition de la S.A. ANG, comme requis par l'article 74 de l'A.R. du 15 juillet 2011 [...].

La S.A. ANG était donc fondée à faire valoir son chiffre d'affaires consolidé, en y incluant celui de sa filiale polonaise. Ce chiffre d'affaires consolidé atteint le seuil requis par les documents du marché.

[...] La première branche du moyen nouveau manque donc en fait et n'est pas sérieuse".

De même, la partie adverse considère que la seconde branche du moyen nouveau, relatif à l'équipement de l'attributaire manque de sérieux, et ce en raison du raisonnement suivant:

" [...] Les documents du marché précisent ce qui suit : [...].

[...] Dans la déclaration sur l'honneur relative à l'équipement, jointe à son offre, la S.A. ANG atteste qu'elle dispose de l'équipement requis.

En vertu des documents du marché, INTRADEL devait uniquement prendre en compte la déclaration précitée. INTRADEL n'a d'ailleurs aucun motif de mettre la véracité de cette déclaration en cause.

Celle-ci prime au demeurant les informations disponibles sur les sites internet de l'attributaire, qui peuvent ne pas être à jour ou être incomplets.

Par conséquent, INTRADEL n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en se fiant à la déclaration précitée.

[...] La deuxième branche du moyen nouveau n'est pas sérieuse non plus".

VII.2. Décision

Dès lors que la requérante fonde son moyen nouveau sur ce qu'elle n'a pu le formuler qu'après avoir pris connaissance du dossier administratif, ce que ne conteste par ailleurs pas la partie adverse, ce moyen est effectivement recevable.

En ce qui concerne la première branche, relative au chiffre d'affaires global exigé par la partie adverse, il convient de relever que l'adjudicataire a expressément mis en évidence dans son offre, d'une part, son chiffre d'affaires concernant la fabrication des conteneurs (plus ou moins 4.500.000 d'euros par an hors taxe sur la valeur ajoutée) et, d'autre part, le chiffre d'affaires global du groupe ANG, comprenant la filiale polonaise (plus ou moins 11.000.000 d'euros par an hors taxe sur la valeur ajoutée). Il ressort par ailleurs du dossier administratif que l'adjudicataire, sur invitation de la partie adverse, a, d'une part, précisé, que le chiffre d'affaires du

groupe ANG comprend le sien et celui de sa filiale polonaise détenue à 100 % par elle-même et dirigée par le même gérant qu'elle et, d'autre part, produit un engagement de sa filiale polonaise de mettre sa capacité à sa disposition.

Ces considérations, qui sont effectivement établies au regard des pièces du dossier administratif, permettent de considérer que l'offre remise par l'adjudicataire a pu effectivement être déclarée sélectionnable par la partie adverse en application de l'article 74 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, lequel dispose en effet comme suit : "un candidat ou un soumissionnaire peut, pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités".

La première branche du moyen nouveau n'est, en conséquence, pas sérieuse.

En ce qui concerne la seconde branche, il est tout d'abord renvoyé à ce qui a été exposé ci-avant pour conclure à l'absence de caractère sérieux de la seconde branche du premier moyen et du deuxième moyen, et ce pour ce qui concerne l'exigence d'un robot soudeur.

Par ailleurs, il n'apparaît pas, au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, que la partie adverse aurait, *prima facie*, commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que l'offre de l'adjudicataire pouvait être sélectionnée au regard de l'exigence de capacité technique formulée par l'article 71 du cahier spécial des charges. La partie adverse a, *prima facie*, en effet pu se fonder tant sur la déclaration sur l'honneur annexée par l'adjudicataire à son offre et selon laquelle il dispose bien de l'équipement technique requis par le cahier spécial des charges que sur certaines précisions apportées par l'adjudicataire à son offre, dont la déclaration qu'il dispose bien d'un robot soudeur, à savoir un robot soudeur de type Panasonic TL 2000. Il en va d'autant plus ainsi que l'adjudicataire a expressément précisé dans son offre qu'une visite des sites de production pourrait effectivement être organisée sur simple demande de la partie adverse et que les fiches techniques relatives aux différents équipements repris pouvaient être fournies sur simple demande.

La seconde branche du moyen nouveau n'est, en conséquence, pas sérieuse.

Il ressort des considérations qui précèdent que le moyen nouveau est dépourvu de sérieux, en chacune de ses branches.

VII. Demande de confidentialité

VII.1. Demandes des parties

La requérante demande que son offre soit tenue confidentielle.

La partie adverse formule la même demande et l'étend par ailleurs à l'offre remise par l'adjudicataire.

VII.2. Décision

Au stade actuel de l'examen du recours, il y a lieu de faire droit aux demandes des parties et de maintenir la confidentialité tant de l'offre de la requérante que de celle de l'adjudicataire.

VIII. Indemnité de procédure et dépens

La requérante poursuivant, par sa requête, tant la suspension que l'annulation de la décision attaquée, il y a lieu de réserver les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

La pièce A du dossier de pièces de la partie requérante et les pièces A et B du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le dix-neuf janvier deux mille dix-sept par :

MM. Jacques JAUMOTTE, président de chambre.,
Vincent DURIEUX, greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Jacques JAUMOTTE.