

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 140.849 du 18 février 2005

A.55.560/VI-13.940

En cause : **1. LA SOCIETE ANONYME ERICSSON
BUSINESS COMMUNICATIONS,**
2. LA SOCIETE ANONYME FABRICOM,
 ayant élu domicile chez
 Me Marc UYTENDAELE, avocat,
 rue Capitaine Crespel, n° 2-4,
 1050 Bruxelles,

contre :

L'ETAT BELGE, représenté par
le Ministre de la Défense.

Partie intervenante :

**LA SOCIETE ANONYME BELL
TELEPHONE MANUFACTURING COMPANY,**

ayant élu domicile chez
Me David D'HOOGE, avocat,
rue H. Wafelaerts, n° 47-51,
1060 Bruxelles.

A.57.594/VI-13.941

En cause : **LA SOCIETE ANONYME MATRA
COMMUNICATION-EGT,**

rue de la Grenouillette, n° 2B,
1130 Bruxelles,

contre :

L'ETAT BELGE, représenté par
le Ministre de la Défense.

Partie intervenante :

**LA SOCIETE ANONYME BELL
TELEPHONE MANUFACTURING COMPANY,**

ayant élu domicile chez
Me David D'HOOGE, avocat,
rue H. Wafelaerts, n° 47-51,
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la demande introduite le 5 janvier 1994 par la société anonyme ERICSSON BUSINESS COMMUNICATIONS et la société anonyme FABRICOM, qui tend à la suspension de l'exécution de "la décision de la partie adverse (Etat belge - Ministre de la Défense Nationale) par laquelle celle-ci a attribué à la société BELL-ALCATEL le marché relatif à la fourniture, l'installation, le raccordement, le test et la mise en service de centraux téléphoniques dans divers quartiers en Belgique au profit des Forces Armées (cahier spécial des charges 3NT311)";

Vu la demande de mesures provisoires introduite le même jour par les mêmes requérantes;

Vu l'arrêt n° 45.635 du 5 janvier 1994 accordant la suspension provisoire de l'exécution de l'acte attaqué et interdisant de procéder à la notification de l'acte attaqué;

Vu l'arrêt n° 45.719 du 24 janvier 1994 ne confirmant pas la suspension provisoire de l'exécution de l'acte attaqué et levant l'interdiction de notifier l'acte attaqué;

Vu la requête introduite le 22 février 1994 par la société anonyme ERICSSON BUSINESS COMMUNICATIONS et la société anonyme FABRICOM qui demandent l'annulation de "la décision de la partie adverse du 24 décembre 1993 par laquelle celle-ci a attribué à la société BELL-ALCATEL le marché public relatif à la fourniture, l'installation, le raccordement, le test et la mise en service de centraux téléphoniques dans divers quartiers en Belgique au profit des Forces Armées (cahier spécial des charges 3NT311)" (Affaire A.55.560/VI-13.940);

Vu la requête introduite le 1^{er} avril 1994 par la S.A. BELL TELEPHONE MANUFACTURING COMPANY qui demande à intervenir dans la procédure en annulation introduite par la S.A. ERICSSON BUSINESS COMMUNICATIONS et par la S.A. FABRICOM contre "la décision du 24 décembre 1993 du Ministre de la Défense nationale",

Vu l'ordonnance du 20 avril 1994 accueillant cette demande d'intervention de la S.A. BELL TELEPHONE MANUFACTURING COMPANY;

Vu la requête introduite le 5 avril 1994 par la S.A. MATRA COMMUNICATION - EGT qui demande l'annulation de "la décision d'attribution à la société BELL-ALCATEL du marché public relatif à la fourniture, l'installation, le raccordement, le test et la mise en service de centraux téléphoniques automatiques dans divers quartiers en Belgique au profit des Forces Armées (cahier spécial des charges 3/N/T311)", "décision notifiée à la requérante le 8 février 1994", (Affaire A.57.594/VI-13.941),

Vu la requête introduite le 5 juillet 1994 par la S.A. BELL TELEPHONE MANUFACTURING COMPANY qui demande à intervenir dans la procédure en annulation introduite par la S.A. MATRA COMMUNICATION - EGT contre "la décision du 24 décembre 1993 du Ministre de la Défense nationale";

Vu l'ordonnance du 11 juillet 1994 accueillant cette demande d'intervention;

Vu l'ordonnance du 3 février 1995 joignant les causes;

Vu l'arrêt n° 73.497 du 6 mai 1998 rouvrant les débats;

Vu le rapport de M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

Vu la lettre adressée le 16 août 2004 au Conseil d'Etat par la S.A. BELL TELEPHONE MANUFACTURING COMPANY qui indique qu'elle n'a plus d'intérêt à poursuivre son intervention dans ces affaires, confirmée par une nouvelle lettre du 6 janvier 2005, en sorte qu'elle ne sera pas représentée lors de l'audience du 26 janvier 2005;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la partie adverse;

Vu l'ordonnance du 21 décembre 2004, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 26 janvier 2005;

Entendu, en son rapport, M. HANSE, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Maya MARESCHAL, loco Me Marc UYTTENDAELE, avocat, comparaissant pour la requérante et Me. OFFERMANS, conseiller, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur;

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

Considérant que, si, apparemment, la partie adverse a pris deux décisions, l'une le 24 décembre 1993, l'autre le 4 février 1994, l'examen de l'ensemble du dossier montre qu'une seule décision a été effectivement prise, celle du 24 décembre 1993; que, le 4 février 1994, cette décision n'a nullement été remise en question, seule la motivation antérieure ayant été revue et explicitée, tandis que le nouveau dispositif ne fait que prévoir une modalité différente de l'exécution du marché litigieux; que, malgré l'ambiguïté des recours, il y a lieu de considérer que ceux-ci visent la décision du 24 décembre 1993, cette ambiguïté n'étant imputable qu'à la partie adverse;

Considérant que la requérante S.A. MATRA COMMUNICATION - EGT prend un moyen, le cinquième de sa requête, "de la violation de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, plus particulièrement de son article 14, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, du principe de bonne administration, de motifs inexacts et illégitimes, de l'erreur dans les motifs, de l'excès et du détournement de pouvoirs"; qu'elle reproche à la partie adverse d'avoir déclaré son offre, pourtant régulière et la plus intéressante, non conforme au motif que la requérante ne disposait pas de l'agrément requise; qu'elle se prévaut d'avoir indiqué dans son offre, en son titre D "Renseignements relatifs à l'agrément", sous le littéra c.2, page 4: "La présente offre constitue également demande de dérogation nécessaire. Tous les renseignements utiles pour permettre éventuellement l'examen de cette demande par la commission d'agrément seront fournis, sans délai, sur simple demande.";

Considérant que la partie adverse répond que, "la société MATRA ne possédant pas l'agrément nécessaire, ne l'ayant pas obtenue avant la notification du marché et ne remplissant pas les conditions permettant de justifier d'une équivalence d'agrément, son offre ne pouvait être étudiée au point de vue technique"; qu'elle souligne que "la requérante n'a pas joint, en application de l'article 6 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux et de l'article 8 de l'arrêté

royal du 18 octobre 1991 (lire sans doute "26 septembre 1991"), les pièces justifiant que seraient remplies les conditions d'agr  ation vis  es    l'article 6    1 de la loi vis  e ci-dessus"; qu'elle estime qu'"il n'y avait pas lieu pour l'administration d'examiner la demande de d  rogation de la requ  rante d  s lors qu'en raison d'une classe d'agr  ation insuffisante, le march   ne pouvait lui   tre attribu  ", et d  s lors que le seul cas de figure qui peut faire l'objet d'une d  rogation est celui o   "un soumissionnaire d  passerait le montant maximal autoris   des travaux pouvant   tre ex  cut  s simultan  ment";

Consid  rant que, en r  plique, la requ  rante souligne que, en ne r  pondant pas    sa demande de d  rogation, la partie adverse a viol   manifestement les dispositions vis  es au moyen; qu'elle ajoute,    titre subsidiaire, que, s'il fallait consid  rer qu'elle a remis une offre non conforme malgr   la demande de d  rogation qui y   tait incluse, encore y aurait-il lieu de tenir ce d  faut d'agr  ation pour une irr  gularit   non substantielle au sens de l'article 25, alin  a 1  r, de l'arr  t   royal du 22 avril 1977;

Consid  rant que, dans son dernier m  moire, la requ  rante rappelle qu'elle a joint    sa soumission des documents tendant    attester du caract  re non fantaisiste de sa soumission et    assurer    l'Administration les garanties optima de bonne ex  cution des travaux, et que sa soci  t   m  re, MATRA COMMUNICATION FRANCE, a fourni en son temps    la partie adverse une s  rie de garanties de bonne ex  cution des travaux, forte de son exp  rience dans la mise en oeuvre de r  seaux similaires    ceux faisant l'objet du march   litigieux pour la Direction G  n  rale de l'Armement en France; qu'elle estime qu'   tout le moins, l'autorit   comp  tente aurait d   examiner la possibilit   d'accorder    la requ  rante une d  rogation, sans lui faire croire que son offre pourrait   tre retenue; que, selon elle, il n'est pas contestable que son offre   tait "susceptible d'  tre retenue", d  s lors que son prix   tait inf  rieur aux autres, et en veut pour preuve que, le 20 d  cembre 1993, soit 4 jours avant la d  cision d'attribution du march  , l'Administration lui demandait encore par courrier des pr  cisions compl  mentaires concernant son offre; qu'elle reproche encore    la partie adverse d'avoir n  glig   de transmettre sa demande de d  rogation    la Commission d'agr  ation;

Consid  rant que, dans son dernier m  moire dat   du 31 mai 1995, la partie adverse maintient que "la loi du 20 mars 1991 ne pr  voit pas de possibilit   de d  rogation en ce qui concerne le niveau insuffisant de la classe agr   e poss  d  e par une entreprise", et que "la d  rogation envisag  e au point D.c.II,2 du formulaire de soumission ne concerne que le montant maximal des travaux ex  cut  s simultan  ment"; qu'elle ajoute que les deux documents joints par la requ  rante    sa soumission ne r  pondaient en rien aux dispositions des articles 3,    1, et 4,    1, de la loi du 20 mars

1991, 10 et 11 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991, et 1^{er}, § 1, de l'arrêté ministériel du 27 septembre 1991 relatif aux documents à produire lors des demandes d'agrément, en sorte qu'ils n'étaient pas de nature à justifier qu'en fait la requérante satisfaisait aux conditions d'agrément requises, et que, dès lors, elle n'était pas tenue de transmettre à la commission d'agrément le dossier communiqué par la requérante;

Considérant que, dans son dernier mémoire introduit le 26 juillet 2004, la partie adverse précise son point de vue comme suit :

- " La demande de dérogation introduite par la requérante sous le point D, littera c, 2, du formulaire de soumission concerne le montant maximal des travaux susceptibles d'être exécutés simultanément, et non une quelconque demande de dérogation à une insuffisance, un manque ou un défaut de classe d'agrément requise. Une telle «dérogation» en matière d'agrément n'existe pas.

(...)

A supposer même que la demande puisse concerner une «dérogation» - c.à.d. un moyen de preuve alternatif - à la classe d'agrément, quod non, telle demande n'était pas accompagnée des documents de nature à apporter la preuve que la requérante remplissait les conditions pour pouvoir bénéficier d'une agrément en classe 8, documents énumérés dans l'arrêté ministériel du 27 septembre 1991 définissant le classement des travaux selon leur nature en catégories et sous-catégories relativement à l'agrément des entrepreneurs.

A supposer en outre que l'on aurait examiné la demande de dérogation sollicitée quant au montant total des travaux - ce qui n'a pas été fait, mais n'aurait servi à rien, étant inutile -, cela n'aurait pas eu pour effet d'attribuer à la requérante la classe d'agrément 8.

Il n'y avait pas lieu de faire application en l'occurrence de l'article 21 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, et de l'article 17, 1°, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de cette loi.

En effet, ces dispositions ne sont susceptibles d'être appliquées que dans le cas où la concurrence est jugée insuffisante, ce qui n'était pas le cas en l'espèce au vu de la liste des entreprises agréées en catégorie P1 et S1 et en classe 8 (voir document ci-joint, Liste des entreprises agréées le 30 juin 1993 et le 30 juin 1994), soit près d'une trentaine d'entreprises.

A noter aussi que la demande de dérogation dont question à l'article 17, dernier alinéa, se rapporte exclusivement au point 4° de cet article 17, et non à la dérogation générale et préalable (et donc annoncée dans les documents du marché) à la mise en concurrence du marché, à l'initiative de l'Administration, visée au point 1° de ce même article 17 (voir à cet égard, réponse de la Commission d'agrément des entrepreneurs du 14 avril 1992 en réponse à une question posée par le Ministère de la Région wallonne; copie jointe).";

Considérant que la partie adverse comprend mal la portée de l'article 17 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 précité et de l'article 21 de la loi du 20 mars 1991 précitée, lorsqu'elle soutient que la seule hypothèse où une dérogation peut être accordée en matière d'agrément, est celle où "un soumissionnaire dépasserait le

montant maximal autorisé des travaux pouvant être exécutés simultanément"; qu'en effet, l'article 21 de la loi du 20 mars 1991 précitée prévoit "la dérogation aux conditions prévues aux articles 3 et 11", c'est-à-dire, en ce qui concerne l'article 3, § 1^{er}, être titulaire de l'agrément adéquate, ou avoir fourni la preuve que l'on remplit les conditions fixées par ladite loi ou en vertu de celle-ci; qu'ainsi, un entrepreneur peut se voir attribuer un marché de travaux visé à l'article 3, § 1^{er}, de ladite loi du 20 mars 1991 dans trois hypothèses: soit il dispose de l'agrément requise, soit il a fourni la preuve qu'il remplissait les conditions pour obtenir cette agrément et l'autorité compétente l'a admis, soit l'autorité adjudicatrice lui a accordé la dérogation prévue par l'article 17 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 précité;

Considérant que l'article 17 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 précité restreint la possibilité de dérogation aux quatre cas qu'il énumère et non à la seule hypothèse du 4° de son alinéa 1^{er};

Considérant qu'en toutes hypothèses, en vertu de l'article 17, alinéa 2, dudit arrêté royal du 26 septembre 1991, l'autorité compétente ne peut statuer sur la demande de dérogation, dans n'importe lequel des quatre cas prévus à l'alinéa 1^{er} du même article, qu'après l'avoir communiquée à la Commission d'agrément;

Considérant surtout que c'est au moment de l'attribution du marché que l'entrepreneur doit se trouver dans l'une des trois hypothèses prévues aux articles 3, § 1^{er}, et 21 de la loi du 20 mars 1991 précitée,;

Considérant qu'en l'espèce, force est de constater que le formulaire de soumission que la requérante, la S.A. MATRA, a dû utiliser pour introduire son offre, a été conçu sur la base de cette erreur de compréhension de la portée de la loi, puisque ce formulaire paraît bien n'avoir prévu de "demande de dérogation nécessaire" que dans l'hypothèse d'un dépassement du montant maximal des travaux exécutés simultanément;

Considérant, toutefois, qu'un tel formulaire ne saurait prévaloir sur la loi et que l'erreur commise par la partie adverse ne peut porter préjudice à la requérante; qu'il y a lieu de considérer que celle-ci, consciente de n'être pas agréée dans la classe requise, a joint à sa soumission une demande de dérogation; que cette demande laissait à la requérante une chance de satisfaire à la condition d'agrément au moment de l'attribution du marché;

Considérant que, conformément à l'article 17, alinéa 2, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 précité, il n'appartenait pas à la partie adverse de statuer, sans avis préalable de la Commission d'agrément, sur la demande de dérogation jointe par la requérante à son offre, dès lors qu'elle ne conteste pas que cette offre était susceptible d'être retenue, puisqu'elle reconnaît que "l'Administration n'a jamais songé à contester que si la requérante avait pu justifier de son agrément en classe 8 à tout moment précédant l'attribution du marché, elle aurait été tenue de prendre son offre en considération" (dernier mémoire du 31 mai 1995, page 3);

Considérant qu'ainsi, au moment de la comparaison des offres, la partie adverse ne pouvait, pour ce seul motif tiré d'une agrément insuffisante mais en présence d'une demande de dérogation, déjà considérer que l'offre de la requérante était irrégulière et s'abstenir de la comparer aux autres; qu'elle devait, en toutes hypothèses, communiquer la demande de dérogation à la Commission d'agrément, ce qu'elle s'est abstenue de faire;

Considérant que les motifs de la décision du 23 décembre 1993 et notamment le tableau qui y est annexé, révèlent, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté, que la partie adverse s'est abstenue de comparer l'offre de la requérante aux autres offres, parce que jugée irrégulière faute de satisfaire à l'exigence d'agrément portée par le cahier spécial des charges; que, ce faisant, elle a violé les dispositions visées au moyen; que celui-ci est fondé;

Considérant que l'examen des autres moyens, communs aux deux recours, n'est pas de nature à conduire à une annulation aux effets plus étendus;

Considérant que la sécurité juridique commande d'annuler les "décisions" des 24 décembre 1993 et 4 février 1994,

D E C I D E :

Article 1^{er} .

Il est donné acte à la S.A. BELL TELEPHONE MANUFACTURING COMPANY de son désistement.

Article 2.

Sont annulées les "décisions" prises les 24 décembre 1993 et 4 février 1994 par le Ministre de la Défense Nationale attribuant à la S.A. ALCATEL BELL TELEPHONE MANUFACTURING COMPANY à Anvers le marché relatif à la fourniture, l'installation, le raccordement, le test et la mise en service de centraux téléphoniques dans divers quartiers en Belgique au profit des Forces Armées (cahier spécial des charges 3NT311).

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 446,22 euros, sont mis à charge de la partie adverse à concurrence de 297,48 euros et à charge de la partie intervenante à concurrence de 148,74 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-huit février deux mille cinq par :

MM. ANDERSEN,	Président du Conseil d'Etat,
HANSE,	Conseiller d'Etat,
LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
HARMEL,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

P. HARMEL.

R. ANDERSEN.