

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 167.034 du 24 janvier 2007

G./A.80.998/VI-14.780

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée
INTERNATIONAL TRADE CORPORATION,**

ayant élu domicile chez
Mes Pierre LEJEUNE et Isabelle SCHIPPERS, avocats,
rue des Fories, n° 2,
4020 Liège,

contre :

la ville de Liège,

ayant élu domicile chez
Me Manuel MERODIO, avocat,
rue des Fories, n° 2,
4020 Liège.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 8 janvier 1999 par la société coopérative à responsabilité limitée INTERNATIONAL TRADE CORPORATION (en abrégé, I.T.C.) qui poursuit l'annulation de "la délibération du collège des bourgmestre et échevins de la ville de Liège du 22 octobre 1998 relative au marché public F401-1998, portant sur la fourniture de sacs en polyéthylène haute densité destinés à l'évacuation des déchets ménagers, en tant que la délibération :

- décide d'écarter l'offre de la requérante au motif qu'elle serait entachée d'irrégularités substantielles (...);
- d'attribuer le marché à la S.A. DEMATEX";

Vu l'arrêt n° 76.878 du 10 novembre 1998 rejetant les demandes de suspension, de mesures provisoires et d'astreinte;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

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

Vu l'ordonnance du 16 août 2006 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 19 décembre 2006, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 17 janvier 2007;

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

Entendu, en leurs observations, Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me Firass ABU DALU, loco Me Manuel MERODIO, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

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

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

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête sont les suivants :

1. Par une délibération du 22 juin 1998, le conseil communal décide de lancer un marché public, à passer selon la procédure d'adjudication restreinte, portant sur la fourniture de sacs en polyéthylène haute densité destinés à l'évacuation des immondices, et adopte le cahier spécial des charges régissant le marché.

Le marché, à bordereau de prix, comporte trois types de sacs qui diffèrent selon la capacité (30 ou 60 l.) et les inscriptions portées sur ceux-ci (sacs payants ou non); les variantes libres sont interdites; il a une durée de cinq ans venant à échéance le 31 décembre 2003.

Les clauses techniques du marché prévoient notamment ce qui suit :

" ARTICLE 1 C.T. - TYPE DES SACS

Les sacs sont fabriqués suivant le procédé «WAVE TOP», c'est-à-dire qu'ils ne nécessitent l'usage d'aucun lien pour la fermeture qui se fait par la ligature, deux par deux, de larges ondulations constituées par le sommet du sac. Ils sont fabriqués à partir d'une gaine sans soudure, le fond seul étant soudé sur une longueur de 15 cm.

ARTICLE 2 C.T. - MATIERE ET EPAISSEUR

Les sacs sont en polyéthylène haute densité (PEHD). La matière utilisée pour la fabrication des sacs pourra contenir un pourcentage de matières recyclables qui n'excédera toutefois pas 35%. Les sacs ont une épaisseur de 30 µ (pour les postes n° 1 et n° 3) et de 25 µ (pour le poste n° 2). La qualité du PEHD et sa mise en oeuvre présentent les caractéristiques mécaniques suffisantes surtout en ce qui concerne la résistance au percement et à la traction. Les sacs doivent supporter, sans se déchirer, les efforts normaux et prévisibles de manutention. Ils ne peuvent comporter ni trou ni déchirure à la fourniture. Ils doivent résister à un poids de 20 kg.

(...)"

2. L'avis de marché portant appel aux candidatures est publié au J.O.C.E. du 7 juillet 1998 et au Bulletin des adjudications du 3 juillet 1998.

Le 14 août 1998, sept candidatures sont reçues, dont celle de la requérante.

3. Le 31 août 1998, le conseil communal approuve une modification de l'article 1^{er} précité des clauses techniques du cahier spécial des charges. La délibération énonce que :

" (...)Vu, de manière plus précise, les clauses techniques du cahier spécial des charges appelé à régir l'entreprise et plus particulièrement le 1^{er} alinéa relatif au type de sacs en polyéthylène (...)

Attendu que des informations communiquées à notre administration font apparaître que le procédé «WAVE TOP» est protégé par un brevet sous le numéro 0254256 et que seules deux firmes ont le droit de fabriquer et de vendre ce type de sac dans le Benelux;

Vu l'article 85 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996, relatif aux marchés publics, stipulant expressément les dispositions suivantes :

(...)

Considérant que, tel qu'il est rédigé, le premier alinéa des clauses techniques du cahier spécial des charges est susceptible de restreindre la concurrence; que dans un souci d'égalité vis-à-vis des soumissionnaires, il y a lieu de modifier le texte de cet alinéa;

Vu l'article 234, 1^{er} alinéa, de la nouvelle Loi communale;

Sur la proposition du Collège des Bourgmestre et Echevins (...),

APPROUVE

le cahier spécial des charges appelé à régir la fourniture de sacs en polyéthylène haute densité destinés à l'évacuation des immondices, modifié de la manière suivante :

Le 1^{er} alinéa des clauses techniques, relatif au type des sacs, est remplacé par le texte suivant :

«Les sacs seront fabriqués à partir d'une gaine sans soudure latérale, seul le fond étant soudé.
Ils seront pourvus d'un système de ligature intégré au sac, à l'exclusion de la ligature métalloplastique ou du fil en polypropylène.»".

4. Le 10 septembre 1998, après avoir examiné le dossier des sept firmes candidates, le collège des bourgmestre et échevins sélectionne cinq firmes invitées à faire offre, à savoir:

- S.A. JEMACO.
- SP METAL BELGIUM.
- S.C.R.L. I.T.C..
- S.A. DEMATEX.
- S.A. FARDEM BELGIUM.

Le même jour, le collège décide également de modifier à nouveau le cahier spécial des charges en réduisant, dans les articles 52 et 55, le délai relatif à la première livraison de sacs de 38 jours à 28 jours de calendrier, afin de disposer des sacs dans les points de vente dès le début du mois de décembre, le système des sacs payants débutant le 1^{er} janvier 1999.

5. Par lettre recommandée du 10 septembre 1998, les cinq firmes retenues sont averties de leur sélection et reçoivent le cahier spécial des charges.

Leur attention est attirée sur les éléments suivants :

- " 1° Le délai de livraison de la première commande a été ramené, dans le cahier spécial des charges, à 28 jours de calendrier en lieu et place de 38 jours de calendrier (comme indiqué dans l'avis de marché).
- 2° Le cahier spécial des charges régissant l'entreprise stipule que votre offre éventuelle devra être obligatoirement accompagnée :
- des caractéristiques précises et complètes de chacun des trois types de sacs proposés. Ce descriptif technique devra permettre au Pouvoir adjudicateur d'apprécier si les fournitures proposées sont intégralement conformes aux clauses et conditions du cahier spécial des charges.
 - d'un échantillon de chacun des trois types de sacs proposés, avec une impression exemplative.

L'absence de ces annexes dans l'offre, est susceptible d'entraîner le rejet de celle-ci."

6. Par lettre recommandée du 14 septembre 1998, la partie requérante se base sur l'article 98 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de

travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics pour signaler ce qu'elle estime être des "erreurs ou omissions du cahier spécial des charges qui rendent impossible l'établissement de son prix ou inopérante la comparaison des offres". En ce qui concerne l'article 1^{er} des clauses techniques, elle écrit ce qui suit :

- " Les sacs seront pourvus d'un système de ligature intégré. Vous excluez la ligature métalloplastique; le fil en polypropylène (dans le soufflet) ou dans un pli du sac (en coulisses), procédé qui nécessite d'ailleurs, de par sa fabrication, des soudures latérales...
Que nous reste-t-il si ce n'est un système de fermeture «wave-top» breveté, à notre humble connaissance, par la société FARDEM/DEMATEX (european patent n° 0251256)?".

Le 28 septembre 1998, la partie adverse répond ce qui suit à propos de la ligature intégrée :

- " La Ville de Liège a fait choix du sac équipé d'une ligature intégrée pour une raison purement objective à savoir que ce type de sac permet un remplissage optimal."

7. Le 20 octobre 1998, lors de l'ouverture des soumissions, cinq offres sont recueillies, dont celle de la requérante qui propose le prix le plus bas.

L'offre de la requérante est accompagnée d'une note contenant le descriptif technique des sacs proposés, note qui précise ce qui suit :

- " Système de fermeture :
Pour des raisons évoquées dans notre lettre du 17/08/98 à Mr Richard LAMBOTTE, et dont copie a été faxée à Monsieur TIMMERS, nous nous voyons dans l'obligation de vous proposer des sacs munis de fermetures coulissantes, logées dans un repli de 5 cm situé sur le bord supérieur du sac.

Ce procédé nécessitant des soudures latérales, certains vous avanceront peut-être, comme argument contraire, des problèmes de fiabilité. S'il est vrai que les soudures sont effectivement plus délicates en haute-densité qu'en basse-densité cette constatation s'appliquera également aux soudures de fond. Faut-il pour autant les exclure ! ? ! (...)"

8. Le 21 octobre 1998, le service de la Propreté urbaine adresse à l'échevin de l'Environnement son rapport relatif à l'examen des offres proposées.

9. Le 22 octobre 1998, le collège des bourgmestre et échevins décide d'écarter comme techniquement non conformes les offres de la partie requérante I.T.C. et de la firme JEMACO et de désigner en qualité d'adjudicataire la S.A. DEMATEX.

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, est motivée comme suit :

" (...)

Offres entachées de nullité absolue

Les offres des sociétés I.T.C. et JEMACO doivent être écartées car entachées d'irrégularité substantielle, les types de sacs proposés ne correspondant pas aux clauses techniques du cahier spécial des charges régissant l'entreprise.

(...)

Offre I.T.C.

Dans une annexe à son offre (datée du 20 octobre 1998), la Société I.T.C. précise qu'elle propose un sac à soudures latérales. Or, ce type de sac est en contradiction avec les stipulations du cahier spécial des charges qui imposent la fabrication à partir d'une gaine sans soudure latérale, seul le fond étant soudé.

De plus, les trois échantillons annexés à l'offre sont effectivement des sacs à soudure latérale qui présentent, par ailleurs, une épaisseur insuffisante (20 microns alors que le cahier spécial des charges exige 30 et 25 microns respectivement pour le sac de 60 litres et le sac de 30 litres).

Ces dérogations à des prescriptions techniques fondamentales du cahier spécial des charges rendent impossible la comparaison effective des offres.

(...)

Offres conformes

Les trois autres offres sont conformes aux clauses administratives et techniques du cahier spécial des charges régissant l'entreprise.

(...)

DECIDE

de désigner en qualité d'adjudicataire de la fourniture de sacs en polyéthylène haute densité destinés à l'évacuation des immondices, la S.A. DEMATEX (...).

La présente décision est prise pour la raison suivante :

la Société DEMATEX propose l'offre régulière la plus basse."

10. Par une lettre recommandée du 29 octobre 1998, le collège des bourgmestre et échevins notifie l'attribution du marché à l'adjudicataire DEMATEX.

Considérant que la partie requérante prend un moyen, le deuxième de la requête, de "la violation de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (précité) et de l'existence de motifs erronés sur lesquels repose l'acte attaqué"; qu'elle reproche à l'acte attaqué d'avoir déclaré son offre nulle, parce que dérogeant aux prescriptions

essentielles du cahier spécial des charges, au double motif que les sacs proposés comportaient une soudure latérale et que les échantillons annexés à l'offre présentaient une épaisseur insuffisante; que dans une première branche, elle fait valoir que la clause technique excluant les soudures latérales, laquelle est la conséquence immédiate du système de fermeture proposé, est une spécification technique irrégulière sur la base de laquelle son offre ne pouvait pas être écartée et que dans son offre, elle n'en a pas fait mystère puisqu'elle a indiqué qu'elle n'a d'autre alternative que de proposer des sacs munis de fermetures coulissantes, logées dans un repli de 5 cm situé sur le bord supérieur du sac, tout en prévenant que ce type de procédé nécessite des soudures latérales; que dans une seconde branche, elle ne conteste pas que l'épaisseur de ses échantillons est celle que rapporte la partie adverse mais soutient tout d'abord qu'il était financièrement déraisonnable de mettre en fabrication une série de trois sacs ayant l'épaisseur voulue par la partie adverse, ensuite que l'échantillon de chacun des trois sacs proposés, exigé comme seconde annexe de l'offre, avait pour finalité d'apprécier la qualité de l'impression et non les caractéristiques précises de chaque sac qui, elles, s'appréciaient en fonction du descriptif fourni en annexe 1, en outre que selon la partie adverse elle-même, la requérante dispose d'une bonne capacité technique, et enfin qu'elle avait expressément indiqué que la seule particularité de son offre était le système de fermeture à lien coulissant et ses implications (soudure latérale), "tous autres points restant parfaitement conformes à votre cahier général des charges";

Considérant que dans son dernier mémoire, la requérante indique qu'il n'apparaît pas du cahier spécial des charges que les annexes à joindre, spécialement les échantillons, étaient exigées à peine de nullité, le régime des nullités absolues au sens de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité étant dès lors inapplicable, que la finalité de chacune des annexes est décrite dans le cahier spécial des charges, le descriptif technique devant permettre la vérification de la conformité des sacs par rapport aux clauses du marché et les échantillons par rapport à la qualité de l'impression, qu'il aurait été physiquement impossible à la partie adverse de mesurer l'épaisseur des trois sacs échantillons si l'information quant à l'épaisseur n'avait été fournie par la requérante elle-même, qu'il ressort du rapport demandé à la société AIB-VINCOTTE par la requérante que la fourniture d'échantillons n'a pas pour finalité de vérifier la qualité des fournitures mais bien la capacité du soumissionnaire de fournir le produit demandé, et que la partie adverse n'a pas fait preuve de la même sévérité à l'égard de tous les candidats au marché, l'offre de la société SP METAL qui n'a remis qu'un seul échantillon et non trois ayant été toutefois déclarée régulière;

Considérant, en ce qui concerne la seconde branche, que la partie requérante ne conteste pas et reconnaît que les trois échantillons annexés à son offre présentaient une épaisseur inférieure à celle prescrite par l'article 2 des clauses techniques du cahier spécial des charges (20 microns au lieu des 30 et 25 microns exigés); que l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité prévoit "la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89", à savoir les prix, les délais et les conditions techniques; qu'en considérant que l'offre de la société requérante doit être écartée car elle est "entachée d'irrégularité substantielle", la partie adverse n'a pas violé l'article 110 précité; que considérer qu'il était financièrement déraisonnable de mettre en fabrication une série de trois sacs ayant l'épaisseur voulue par la partie adverse relève non du contrôle de légalité mais du jugement d'opportunité à propos de cette exigence du cahier spécial des charges; que la sélection qualitative de la requérante lors de l'examen de sa candidature implique seulement que sa capacité technique a été analysée, indépendamment de l'objet du marché, mais ne préjuge en rien de l'examen de son offre de fournitures, les deux phases étant distinctes et pouvant être confondues; qu'aucun document du marché n'établit que les échantillons qui devaient obligatoirement être joints à l'offre ne devaient pas servir à apprécier notamment la conformité de l'épaisseur du film plastique proposé et n'auraient eu comme seule utilité que de vérifier la qualité de l'impression; que l'engagement de la requérante dans le descriptif technique joint à son offre que les sacs fournis sont en tous points conformes aux exigences du cahier des charges constitue une déclaration rédigée en des termes tout à fait généraux, laquelle n'a pas pour effet de remédier à une non-conformité technique constatée sur les échantillons exigés; qu'il appartenait à la partie requérante d'indiquer dans le descriptif technique que malgré le fait que ses échantillons n'avaient pas l'épaisseur requise, elle s'engageait à fournir des sacs conformes si elle obtenait le marché; que l'absence de dépôt de deux des trois échantillons exigés en annexe de l'offre d'un autre soumissionnaire jugée néanmoins régulière est soulevée pour la première fois par la requérante dans son dernier mémoire alors qu'elle pouvait en prendre connaissance lors de la consultation du dossier administratif qui contenait toutes les offres déposées et l'invoquer dans son mémoire en réplique, un tel argument étant dès lors tardif; que la seconde branche du deuxième moyen n'est pas fondée;

Considérant que la première branche du deuxième moyen a trait à l'autre irrégularité de l'offre de la requérante retenue par la partie adverse, à savoir la non-conformité technique relative à la soudure présente sur les sacs; que le troisième moyen, qui invoque la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, estime

que l'offre de la société DEMATEX présentait un prix plus élevé que celui offert par la requérante; que dès lors qu'il suit de l'examen de la seconde branche du deuxième moyen que l'offre de la requérante a pu être considérée comme irrégulière par la partie adverse, il n'y a pas lieu d'examiner la première branche du deuxième moyen et le troisième moyen, ceux-ci ne pouvant aboutir à déclarer l'offre de la requérante régulière;

Considérant que subsiste la question de l'intérêt de la requérante au premier moyen; que celui-ci est pris de "la violation des articles 1 et 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 précitée et de l'article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité"; que la requérante y soutient que les clauses techniques du cahier spécial des charges exigeant simultanément des sacs constitués d'une gaine sans soudure latérale, comportant un maximum de 35% de matière recyclable, et pourvus d'un système de ligature intégré au sac, à l'exclusion de la ligature métalloplastique ou du fil en polypropylène, sont des spécifications techniques prohibées par l'article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, correspondant aux produits proposés par la firme DEMATEX, et non justifiées par l'objet du marché;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la requérante soutient que même si son offre devait être considérée comme irrégulière, cette circonstance n'aurait d'incidence que sur la recevabilité de la première branche du second moyen, mais non sur la recevabilité du premier moyen, que son recours a en effet pour objet la délibération de la partie adverse du 22 octobre 1998 non seulement en ce qu'elle déclare son offre irrégulière, mais également en ce qu'elle décide d'attribuer le marché à la société DEMATEX, et qu'elle a intérêt à obtenir l'annulation de la décision d'attribution du marché et donc intérêt au moyen permettant d'obtenir un tel résultat; qu'elle ajoute, à propos de la nature de l'illégalité invoquée dans le premier moyen, qu'étant active sur le marché de la fourniture de sacs pour déchets ménagers, elle a intérêt à faire constater l'illégalité des clauses d'un cahier spécial des charges favorisant sans nécessité un de ses concurrents, qu'ayant participé à la procédure d'adjudication, elle justifie d'un intérêt à soulever un moyen qui, s'il est accueilli, est de nature à rendre illégale toute cette procédure, que la partie adverse s'est appuyée sur le cahier spécial des charges pour déclarer régulière l'offre de DEMATEX de sorte que l'illégalité dénoncée au premier moyen n'est pas restée sans conséquence sur la décision finale d'attribution du marché et que sur le plan des principes, elle ne voit guère de différences entre l'offre jugée irrégulière et l'offre régulière mais non classée en ordre utile pour obtenir le marché, de sorte que son intérêt au premier moyen n'est pas tributaire de la régularité de son offre puisque l'illégalité dénoncée se situe à un stade antérieur à celui de l'examen de la régularité des offres et aboutit au constat d'illégalité de toute la procédure;

Considérant que, dans le cadre d'une adjudication ou d'un appel d'offres, un soumissionnaire dont l'offre a été jugée à juste titre irrégulière est en principe sans intérêt à demander l'annulation de la désignation de l'attributaire du marché; qu'il n'en va autrement, au nom du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, qu'à l'égard des moyens dans lesquels le soumissionnaire écarté conteste l'appréciation qui a abouti à déclarer son offre irrégulière et celle de l'adjudicataire régulière; que telle n'est pas la portée du premier moyen; qu'il s'ensuit que la requérante n'a pas d'intérêt au premier moyen,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 173,53 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-quatre janvier deux mille sept par :

M^{me} WILLOT-THOMAS,
MM. LEWALLE,
NIHOUL,
M^{me} SCHMITZ,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

V. SCHMITZ.

M.-L. WILLOT-THOMAS.