

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 70.057 du 5 décembre 1997

A.54.128/VI-11.501

En cause : **la Société anonyme PROTECTION INTEGRALE,**
ayant élu domicile chez
Mes Daniel LIBIN et
Eric LEMMENS, avocats,
rue du Parc 79
4020 Liège,

contre :

l'Etat belge, représenté par

1. le Ministre de l'Intérieur,
ayant élu domicile chez
Mes France MAUSSION et
Martine REGOUT, avocats,
rue Henri Wafelaerts 47-51
1060 Bruxelles,
2. le Ministre des Transports,
ayant élu domicile chez
Me Nathan WEINSTOCK, avocat,
avenue Defré 19
1180 Bruxelles.

Partie intervenante :

la Société anonyme DRÄGER BALLINGS,
ayant élu domicile chez
Me Philippe GERARD,
avocat à la Cour de cassation,
et Jean-Luc FAGNART, avocat,
avenue Louise 523
1050 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 22 octobre 1993 par la société anonyme PROTECTION INTEGRALE qui demande l'annulation "des actes administratifs suivants :

1. Une décision prise par Monsieur le Ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique, de date inconnue, et désignant en qualité d'adjudicataire pour la fourniture de casques d'incendie pour le personnel des services d'incendie la S.A. DRÄGER-BALLINGS, Heide, 10, à 1870 Wemmel;
2. La circulaire de Monsieur le Ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique, du 16 septembre 1993, informant les divers services d'incendie du pays de la désignation de la S.A. DRÄGER mieux identifiée ci-dessus en qualité d'adjudicataire, portant à leur connaissance la description technique du casque d'incendie retenu, et invitant les divers services à renvoyer à ses services la fiche technique complétée et signée, accompagnée des bons de commande";

Vu l'arrêt n° 44.766 du 27 octobre 1993 rejetant la demande de suspension d'extrême urgence de l'exécution des actes précités;

Vu la requête introduite le 30 décembre 1993 par laquelle la société anonyme DRÄGER BALLINGS demande à être reçue en qualité de partie intervenante;

Vu l'ordonnance du 4 janvier 1994 accueillant cette intervention;

Vu la requête introduite le 3 janvier 1994 par laquelle le Ministre des Communications demande à être reçu en qualité de partie intervenante;

Vu l'ordonnance du 11 janvier 1994 n'accueillant pas cette intervention et désignant le Ministre des Communications comme seconde partie adverse;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le mémoire de la partie intervenante;

Vu le rapport de M. FORTPIED, premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 8 février 1995 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 14 novembre 1995, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 13 décembre 1995;

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

Entendu, en leurs observations, Me D. LIBIN, avocat, comparaissant pour la requérante, Me F. MAUSSION, avocat, comparaissant pour la première partie adverse, Me N. WEINSTOCK, avocat, comparaissant pour la seconde partie adverse et Me Ph. GERARD, avocat à la Cour de cassation, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. FORTPIED, premier auditeur;

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 se présentent comme suit :

1. Par cahier spécial des charges n° 5/351-002 approuvé le 22 mai 1991, le Ministère des Communications et de l'Infrastructure, Office central des fournitures, lance un appel d'offres général en vue de la fourniture d'une

quantité présumée de 2.000 casques d'incendie par an et pour un an, le marché étant toutefois susceptible d'être "prolongé pour une période de deux fois un an". Il prévoit qu'il sera procédé à l'ouverture des offres le 7 août 1991.

2. Le 2 août 1991, la requérante dépose une offre.

3. Le 12 mai 1992, le Vice-Premier Ministre et Ministre des Communications et des Entreprises publiques, considérant qu'aucun des trois casques proposés ne donne satisfaction mais qu'ils pourraient le faire moyennant des adaptations que les soumissionnaires sont d'accord de leur apporter, décide de ne pas donner suite à l'appel d'offres général et de traiter de gré à gré avec les trois soumissionnaires.

Cette décision est portée à la connaissance de la requérante par lettre du 29 mai 1992.

4. Le 14 septembre 1992, le Ministre décide d'acquérir auprès de chacun des trois soumissionnaires neuf casques afin de leur faire subir les tests de laboratoire prescrits. Ces tests seront confiés à LABORELEC CV, au service technique de la Force terrestre à Peutie et à l'Institut belge pour la sécurité routière.

5. Le 16 juin 1993, une note au Ministre rapporte notamment, quant aux résultats de ces tests de laboratoire, que le casque RÖMER, proposé par la requérante, ne satisfait pas à deux critères très importants : la résistance à la flamme et l'amortissement des chocs après exposition au rayonnement. Se fondant en outre sur la proposition unanime d'une "Commission II", réunie le 11 juin 1993 et composée de techniciens du Ministère de l'Intérieur et de l'Office central des fournitures, outre de pompiers utilisateurs, elle propose l'acceptation de l'offre de la firme DRÄGER, soit le casque GALLET.

6. En juin 1993, la requérante prend contact avec le service technique de la Force terrestre en vue de faire exécuter sur le casque, objet de son offre, des tests de résistance à la flamme.

7. Le 12 juillet 1993, le Ministre des Communications et des Entreprises publiques marque son accord sur la proposition d'accepter l'offre DRÄGER et le casque GALLET.

Il prend la "décision motivée" libellée comme suit :

" Gemotiveerde beslissing.

Bijzonder bestek nr 5/351-002 betreffende levering van brandweerhelmen voor het personeel van de brandweerdiensten.

Op 7 augustus 1991 werden de inschrijvingen voor de algemene offerteaanvraag 5/351-002 geopend.

Na uitsluiting van de onregelmatige offertes werden conform de conventie van 19 november 1987 tussen de heer Minister van Binnenlandse Zaken et de heer Minister van Openbare Werken, op 30 oktober 1991 de overige offertes onderzocht door de in de conventie voorziene commissie II. Uit dit onderzoek bleek dat geen enkele helm volledig beantwoordde aan alle voorwaarden van de technische nota 3401/89, gevoegd bij het bijzonder bestek.

Het C.B.B. werd bij ministeriële beslissing van 12 mei 1992 gemachtigd om op grond van artikel 15 par 1 van de wet van 14 juli 1976 geen gevolg te geven aan de algemene offerteaanvraag en om op grond van artikel 17 par 2 - 5° van diezelfde wet te onderhandelen met de firma's VANDEPUTTE, DRÄGER en PROTECTION INTEGRALE met het oog op het afsluiten van een onderhandse overeenkomst.

Het C.B.B. werd bij ministeriële beslissing van 14 september 1992 gemachtigd om bij toepassing van artikel 17 par 2 - 5° van de wet van 14 juli 1976 bij de firma VANDEPUTTE 9 helmen type SCHUBERTH, bij de firma DRÄGER 9 HELMEN TYPE GALLET en bij de firma PROTECTION INTEGRALE 9 helmen type RÖMER aan te kopen voor het uitvoeren van de in de technische nota 3401/89, punt VII beschreven laboratoriumtesten;

Op 11 juni 1993 werden de resultaten van deze laboratoriumtesten onderzocht door hogervermelde Commissie II : uit de resultaten van deze laboratoriumtesten blijkt dat

de helm RÖMER niet voldoet en dat de helm GALLET meer voordelen biedt dan de helm SCHUBERTH, onder meer wat de schokdemping bij de valproef met plat voorwerp, de vorm zelf en de afwerking van de helm betreft; daarenboven werd de aandacht gevestigd op de jarenlange positieve ervaring die brandweerkorpsen over de hele wereld hebben met de helm GALLET.

De Commissie II drukte zijn voorkeur uit voor de aankoop van de helm GALLET en stelde voor dat bij aankoop aan de gemeenten de keuze zou gelaten worden qua kleur van het buitenvizier, de vorm van de nekbescherming en de kleur van de helm.

Derhalve heb ik besloten om :

1° in toepassing van artikel 12 par 2, inzonderheid 2° van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten van aanneming van werken, leveringen en diensten bovenvermelde opdracht te gunnen aan :

de N.V. DRÄGER uit WEMMEL voor de helm GALLET.

volgens de basisofferte van 5 augustus 1991 en de precisering van 8 juli 1993.

2° in toepassing van artikel 12 par 2, 9° van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten van aanneming van werken, leveringen en diensten de gemeenten de keuze te laten voor volgende opties :

- buitenvizier : doorschijnend of goudkleuring;
- vorm nekbescherming : standaard of groot model;
- kleur : wit of fosforescent".

Il s'agit du premier acte attaqué.

8. Le 15 juillet 1993, l'Office central des fournitures notifie à la firme DRÄGER BALLINGS l'acceptation de son offre.

9. Le 16 août 1993, le rapport des tests que la requérante a demandés au service technique de la Force terrestre, lui est adressé. Il conclut comme suit :

" Les casques RÖMER ne continuent pas à brûler après 5s et respectent donc la norme S 21-048 Par 4.3.

Notons cependant que la couche extérieure du casque est endommagée par la chaleur et présente des fissures sur la partie supérieure et frontale du casque.

Dans ces conditions, la résistance à la pénétration après le test de résistance aux flammes n'a pas été testée. Celle-ci ne peut dès lors être correctement évaluée".

10. Le 16 septembre 1993, le Ministère de l'Intérieur porte à la connaissance de tous les services concernés par l'achat de casques de pompiers, que l'adjudicataire auprès duquel l'Office central des fournitures procédera aux achats est la S.A. DRÄGER.

Cette lettre circulaire constitue le second acte attaqué;

Considérant que le Ministre de l'Intérieur demande à être mis hors de cause en ce qui concerne le premier acte attaqué; qu'il souligne que ce n'est pas lui qui a pris cet acte, qu'il n'a pas davantage procédé aux tests de laboratoire, que ce n'est pas lui qui passe les commandes auprès de l'attributaire du marché et qu'il se borne à contrôler les demandes de subsides;

Considérant que le Ministre de l'Intérieur est étranger à la décision attaquée du 12 juillet 1993; qu'il mérite d'être mis hors de cause en tant que le recours vise cette décision du 12 juillet 1993;

Considérant que le Ministre de l'Intérieur déduit une exception d'irrecevabilité du recours en tant qu'il vise la circulaire du 16 septembre 1993; qu'il relève que cette circulaire se borne à informer les services concernés de la décision prise par le Ministre des Communications, à leur communiquer toutes précisions quant au modèle de casque choisi et à son prix, et à leur rappeler les conditions d'octroi des subsides; qu'il souligne que cette lettre ne produit aucun effet juridique par elle-même;

Considérant que, effectivement, la lettre circulaire du 16 septembre 1993 ne comporte en elle-même aucun effet juridique et n'est qu'une mesure d'exécution de la décision du 12 juillet 1993; que, partant, elle n'est pas susceptible de recours et que l'exception doit être accueillie;

Considérant que le Vice-Premier Ministre, Ministre des Communications et des Entreprises publiques soulève une exception d'irrecevabilité du recours en tant que celui-ci attaque la décision d'attribution du marché du 12 juillet 1993, exception déduite de sa tardiveté; qu'il se prévaut à cet égard d'un courrier que la requérante a adressé le 23 août 1993 au Ministère de l'Intérieur, à l'intention de Monsieur LEONARD;

Considérant que, en admettant que ce courrier établisse que, le 23 août 1993, la requérante avait une connaissance suffisante de la décision du 12 juillet 1993, encore convient-il d'observer que le recours a été introduit le soixantième jour suivant, soit dans le délai prescrit; que l'exception ne peut être accueillie;

Considérant que la requérante prend un premier moyen "de l'erreur quant aux faits ayant déterminé la passation du marché"; que, selon elle, le rapport du test de ses casques RÖMER qu'elle avait demandé au STFT/CE de Peutie d'établir, comporte une conclusion erronée, et que la décision d'attribution du marché, fondée sur cette conclusion, est "nécessairement affectée d'un vice qui doit conduire à son annulation";

Considérant que la décision attaquée du 12 juillet 1993 ne se fonde pas sur les conclusions prétendument erronées d'un rapport de test du 16 août 1993; que le moyen manque en fait;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen "de l'irrélevance d'un des motifs qui semble avoir été allégué pour justifier la passation du marché par Monsieur le Ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique"; qu'elle indique que le motif selon lequel la S.A. DRÄGER-BALLINGS était la seule à avoir fourni des casques de pompiers utilisés par les services d'incendie, "ne peut constituer un motif légalement admissible (...), cette circonstance étant totalement indépendante du prix et de la qualité des produits offerts par les divers soumissionnaires, et de l'intérêt public auquel doit veiller la partie adverse dans l'exécution de sa mission";

Considérant que, dès lors que son offre a été écartée comme non conforme, parce que ne satisfaisant pas à deux critères très importants, la résistance à la flamme et l'amortissement des chocs après exposition au rayonnement, la requérante est sans intérêt à critiquer l'un des motifs qui ont départagé les deux autres offres; que le moyen n'est pas recevable;

Considérant que la requérante prend un troisième moyen "du défaut de comparaison entre les qualités respectives des diverses soumissions, et, subsidiairement, (de) l'erreur d'appréciation portée sur la qualité des diverses offres, si la comparaison a été réalisée"; qu'elle indique que "même lorsque le marché peut être passé de gré à gré, il appartient à l'autorité publique de comparer à la fois les qualités intrinsèques du produit offert par chacun des soumissionnaires, mais encore le prix dudit produit"; qu'elle souligne l'importante différence de prix entre son offre et celle de l'attributaire du marché, différence qu'elle évalue globalement à 32.000.000 de francs; qu'elle laisse ainsi entendre que le fait que cette différence de prix n'a pas été décisive montre soit que les offres n'ont pas été comparées, soit qu'une erreur manifeste d'appréciation a été commise;

Considérant que le dossier administratif montre que les offres des différents soumissionnaires ont été soigneusement comparées; que ce sont précisément les tests de laboratoire qui ont conduit au refus du casque proposé par la requérante; que ce refus repose si peu sur une erreur d'appréciation que les tests auxquels a fait procéder unilatéralement la requérante, ont confirmé ultérieurement la non-conformité relevée par les tests demandés par l'administration; que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante, dans son mémoire en réplique déposé le 16 mars 1994, prend un "premier moyen nouveau" de "la violation de l'article 44, alinéa 7, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 et de la loi du 29 juillet 1991 sur l'obligation de motivation formelle des actes administratifs"; que, dans une première branche, elle soutient qu'en vertu des dispositions visées au moyen, la décision aurait dû être communiquée à la requérante qui s'en inquiétait; que, dans une seconde branche, elle estime que la décision du 12 juillet 1993 est insuffisamment motivée;

Considérant que ce moyen nouveau, qui n'a pu être invoqué par la requérante qu'après consultation du dossier administratif, est recevable;

Considérant, sur la première branche, que l'article 44, alinéa 7, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, n'est applicable qu'à la procédure de l'appel d'offres, et non à la procédure de gré à gré; que, pour le surplus, la requérante n'établit pas avoir demandé communication de la décision motivée; que, notamment, dans sa lettre précitée du 23 août 1993, si elle demande "une révision de cette décision", elle n'en demande nullement une copie; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant, sur la seconde branche, que, comme le relève la requérante elle-même, la décision du 12 juillet 1993 "constat(e) que les résultats des tests de laboratoire analysés par la Commission II concluent au fait que le casque de la requérante ne résiste pas au feu et que le casque GALLET est supérieur au casque SCHUBERTH, tandis que le casque GALLET a déjà été utilisé par d'autres corps de pompiers"; qu'une telle motivation satisfait à l'obligation légale, même si elle ne porte pas expressément en annexe les documents sur lesquels elle s'appuie, dès lors que le dossier administratif comporte ces documents; qu'en cette branche, le moyen n'est pas mieux fondé;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante prend un second moyen nouveau "de l'excès ou du détournement de pouvoir et, subsidiairement, de l'absence d'identité entre les caractéristiques techniques du casque GALLET et les spécifications techniques des normes sur base desquelles l'attribution du marché devait être décidée"; que la requérante indique avoir pu prendre connaissance, "en cours de procédure", du document intitulé "Historique de la nouvelle norme pour casques" rédigé par le lieutenant PLOPER, document qu'elle joint à son dossier; que, selon elle, ce document révèle, d'une part, que "l'ensemble des Commissions et Comités chargés d'examiner les diverses offres et d'émettre un avis n'ont pas été informés du résultat de l'ensemble des travaux techniques et concertations qui ont été menés", et d'autre part, que "la rédaction du cahier des charges, de même que ses modifications, ont été orientées en manière telle que le cahier des charges corresponde d'aussi près que possible aux qualités techniques remplies par le casque de la partie intervenante, qui a été en définitive choisi";

Considérant que ce moyen nouveau repose essentiellement sur un document rédigé par le lieutenant PLOPER, document ne figurant pas dans le dossier administratif des

parties adverses; que ce n'est donc pas la consultation de ces dossiers administratifs qui a permis à la requérante de prendre connaissance de ce document; que si la requérante le joint à son mémoire en réplique en indiquant qu'elle en a pris connaissance "en cours de procédure", il convient d'observer que le document ainsi produit porte les mentions d'une transmission par télécopieur le 17 août 1993, soit dès avant l'introduction du présent recours; qu'il apparaît ainsi que ce moyen aurait pu être invoqué dans la requête introductive d'instance; que, invoqué tardivement, le moyen n'est pas recevable,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Le Ministre de l'Intérieur est mis hors de cause.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 7.000 francs, sont mis à charge de la requérante à concurrence de 4.000 francs et à charge de la partie intervenante à concurrence de 3.000 francs.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le cinq décembre 1900 nonante-sept par :

MM. HANOTIAU, président de chambre,

LEROY, conseiller d'Etat,
 HANSE, conseiller d'Etat,
M^{me} MALCORPS, greffier.

Le Greffier,

Le Président,

M. -Chr. MALCORPS.

M. HANOTIAU.