

Texte français (titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973).

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION D'ADMINISTRATION

A R R Ê T

n° 79.829 du 20 avril 1999
A. 43.600/XII-162

En cause : la SPRL "TR.EL",
établie à BRUXELLES,
rue Metsys 10

contre :

1. le centre public d'aide sociale d'ANVERS,
2. la Communauté flamande.

LE CONSEIL D'ÉTAT, XIIe CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 30 décembre 1990 par laquelle la SPRL TR.EL demande l'annulation des décisions des parties défenderesses "concernant la livraison, le placement et le raccordement des appareils d'éclairage de chevet destinés à l'Algemeen Ziekenhuis Stuivenberg (Bloc D), à savoir :

- 1) la décision écartant à tort l'offre de la requérante;
- 2) la décision attribuant à tort le marché à une autre entreprise;
- 3) la décision de l'autorité supérieure (Communauté flamande) approuvant à tort l'attribution définitive à une autre entreprise;
- 4) la décision de l'autorité supérieure (Communauté flamande) s'engageant à tort à subsidier l'acquisition, le placement et le raccordement de matériel irrégulier";

Vu l'arrêt n° 36.489 du 26 février 1991 rejetant la demande de suspension de l'exécution de la décision attaquée;

Vu les mémoires en réponse et en réplique;

Vu le rapport de M. J. STEVENS, auditeur;

Vu l'ordonnance du 27 juin 1996 ordonnant le dépôt du rapport et du dossier au greffe;

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

Vu l'ordonnance du 18 février 1999 fixant l'affaire à l'audience du 23 mars 1999;

Entendu, M. J. DE BRABANDERE, président de chambre, en son rapport;

Entendu, en leurs observations, Mes J. MESPREUVE en P. VERMIJLEN, avocats, qui comparaissent pour la partie requérante, et Me A. SWINNEN, avocat, loco Me STOLK, avocat, qui comparaît pour la première partie défenderesse;

Entendu, M. J. STEVENS, auditeur, en son avis conforme;

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

1. Des éléments de la cause

Considérant que les éléments de la cause peuvent être résumés comme suit :

1.1. Le Centre public d'aide sociale d'Anvers souhaite procéder à l'acquisition et à l'installation de nouveaux appareils d'éclairage de chevet pour son Algemeen Ziekenhuis Stuivenberg - bloc D, parcelle 5.

Le 28 avril 1989 un appel d'offres général est annoncé dans le Bulletin des adjudications et dans des revues spécialisées, telles que "De Bouwkroniek".

1.2. Sept offres sont introduites, dont la moins élevée est de 4.669.032 francs et la plus élevée de 10.684.100 francs.

Le Centre public d'aide sociale d'Anvers n'étant pas en mesure d'apprécier lui-même les aspects techniques des différentes offres, il est fait appel à un bureau d'étude spécialisé, la SPRL HERELIXKA.

1.3. Dans le rapport d'adjudication du 19 octobre 1989, ce bureau d'étude conclut que la soumission de la SPRL ELECTRO ENTREPRISE de Gullegem, pour un montant de 6.825.000 frank, est la proposition la plus intéressante.

Les motifs justifiant de ne pas contracter avec la SPRL TR.EL sont exposés dans ce rapport.

- 1.4. Par courrier du 7 novembre 1989, le bureau d'étude HERELIXKA informe notamment la partie requérante que l'appareillage qu'elle propose ne peut être retenu.
- 1.5. Par courrier du 10 novembre 1989, la partie requérante demande au bureau d'études de lui communiquer la décision motivée ainsi qu'une copie du rapport.
- 1.6. Le 17 novembre 1989, le Conseil de l'aide sociale d'Anvers attribue le marché à la SPRL ELECTRO ENTREPRISE, sous réserve de l'approbation de l'autorité de tutelle.
- 1.7. Le 20 novembre 1989, le dossier complet est dès lors transmis pour approbation au Ministère de la Communauté flamande, Services techniques généraux.
- 1.8. Par courrier du 28 novembre 1989 adressé au Centre public d'aide sociale d'Anvers, la partie requérante réitère sa demande visant à obtenir la décision motivée et une copie du rapport du bureau d'étude.
- 1.9. Le 13 décembre 1989, le Centre public d'aide sociale d'Anvers envoie le rapport du bureau d'études qui a donné lieu à la décision motivée.
- 1.10. Le 1^{er} mars 1990, la partie requérante communique par écrit au Centre public d'aide sociale ses objections concernant l'analyse du bureau d'études.
- 1.11. Par courrier du 7 juin 1990, les Services techniques généraux du Ministère de la Communauté flamande informent la partie requérante que le ministre communautaire compétent a demandé qu'on lui soumette le dossier pour approbation.
- 1.12. Par lettre du 15 juin 1990, l'autorité de tutelle approuve la décision d'attribution. Cette lettre comporte également un engagement ferme de subsidiation, à concurrence de 30 pour cent du coût des travaux, à mettre à charge du Fonds flamand de construction d'institutions hospitalières et médico-sociales.
- 1.13. Par lettre du 25 octobre 1990, le Centre public d'aide sociale d'Anvers informe la partie requérante que l'autorité supérieure a approuvé l'attribution définitive du marché à la firme ELECTRO ENTREPRISE pour le prix de 6.825.000 francs et qu'elle estime dès lors que l'affaire est close.

1.14. Le 18 septembre 1990, le Centre public d'aide sociale notifie à la SPRL ELECTRO ENTREPRISE l'approbation définitive de son offre;

2. De la recevabilité du recours

2.1. Considérant qu'il y a lieu de constater d'office que, dans la mesure où il est dirigé contre les première et quatrième décisions attaquées, le recours est irrecevable; qu'en ce qui concerne la première décision attaquée, l'irrecevabilité résulte du fait que lors d'un appel d'offres, le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation juridique d'attribuer le marché au soumissionnaire régulier le moins-disant;

qu'il est vrai que dans son dernier mémoire, la partie requérante soutient que les trois offres précédant la sienne selon le classement établi par le CPAS étaient irrégulières et que l'unique autre offre régulière a été classée après la sienne, de sorte que le marché devait lui être attribué;

que cependant, abstraction faite de la question de savoir si ce raisonnement peut être suivi en matière d'appel d'offres, la partie requérante a négligé d'invoquer cette deuxième irrégularité, dont elle avait connaissance avant l'introduction de son recours, en temps utile devant le Conseil d'État de sorte que cet argument ne peut être retenu;

en ce qui concerne la quatrième décision attaquée, la partie requérante n'a pas d'intérêt à attaquer la promesse de subside de la deuxième partie défenderesse à la première, promesse qui relève uniquement des relations juridiques entre ces deux parties;

2.2.1. Considérant que, dans leur mémoire en réponse, les deux parties défenderesses invoquent que le recours a été introduit hors délai; que la première partie défenderesse expose que la partie requérante savait déjà que son offre ne pouvait être prise en considération depuis le 13 décembre 1989, qu'à tout le moins le courrier du 25 octobre 1990 du CPAS d'Anvers doit être retenu comme point de départ du délai de recours; que la deuxième partie défenderesse est d'avis que le délai de recours a commencé à courir lorsque la partie requérante a reçu la lettre du 7 juin 1990 et que même si on considère que le point de départ du délai de recours est le 25 octobre 1990, le recours en annulation est de toute façon tardif dès lors qu'il n'est pas établi que la partie défenderesse n'aurait reçu cette lettre que le 5 novembre 1990; que la deuxième partie défenderesse souligne que le délai de recours ne commence pas à courir au moment où l'intéressé a connaissance de l'éventuelle irrégularité de l'acte juridique attaqué, mais au moment où elle a connaissance de l'existence de cet acte;

2.2.2. Considérant qu'en vertu de l'article 84, § 2, alinéa 3, de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale, en vigueur à l'époque, l'attribution de marchés subsidiés par l'État (lire actuellement : la Communauté) ou pour compte de l'État (lire actuellement : la Communauté), est soumise à l'approbation du ministre qui octroie le subside; que préalablement à cette approbation l'attribution n'est pas exécutoire et que le délai d'introduction d'un recours devant le Conseil d'État contre celle-ci ne peut dès lors commencer à courir; que la décision du Ministre flamand de la Santé publique approuvant l'attribution du marché à la SPRL ELECTRO ENTREPRISE est consignée dans sa lettre du 15 juin 1990 adressée à la première partie défenderesse; que la partie requérante en a eu connaissance par un courrier daté du 25 octobre 1990; que cette lettre n'a pas été envoyée sous pli recommandé; que la partie requérante déclare que, d'après le cachet de la poste, elle a été envoyée le 29 octobre 1990, et qu'elle l'a reçue le 5 novembre 1990; qu'il est vrai que la deuxième partie défenderesse conteste cette dernière déclaration, mais n'apporte cependant pas la preuve du contraire; qu'en outre, à supposer même que la partie requérante ait déjà reçu cette lettre le 30 octobre 1990, le présent recours, confié à la recommandation postale le 30 décembre 1990 a été introduit dans les délais; que les exceptions tirées de la tardiveté ne sont pas fondées;

2.3.1. Considérant que la deuxième partie défenderesse invoque également qu'elle n'a pas la qualité de partie adverse en ce qui concerne les première et deuxième décisions attaquées et que le recours visant les troisième et quatrième décisions est irrecevable à défaut d'intérêt direct et personnel de la partie requérante; qu'elle estime que l'annulation éventuelle de ces décisions n'affecterait ni l'existence, ni la validité des première et deuxième décisions attaquées;

2.3.2. Considérant que de tout ceci résulte que la troisième décision attaquée constitue une condition nécessaire pour que la décision d'attribution du marché soit exécutoire; que dès lors, la partie requérante a intérêt à l'attaquer, même si elle est affectée par la même irrégularité du seul fait qu'elle approuve une décision irrégulière d'une autorité inférieure; que comme déjà mentionné, le recours contre la quatrième décision attaquée est irrecevable; que la circonstance que la deuxième partie défenderesse n'est pas l'auteur des première et deuxième décisions attaquées est sans effet sur la recevabilité du recours;

3. Du bien-fondé du recours

3.1. Considérant que dans un premier moyen, la partie requérante invoque notamment la violation du principe d'égalité consacré par les articles 6 et 6bis - actuellement les articles 10 et 11 - de la Constitution; que comme le constate déjà l'arrêt

qui a rejeté la demande de suspension, ce moyen invoque en réalité la violation de l'article 14 de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, en vigueur à l'époque, et des articles 4, § 4, 25, 44 et 47 de l'arrêté royal du 22 avril 1977, qui était en vigueur à l'époque; que la partie requérante argumente que pour attribuer le marché, on a à tort pris en compte des critères d'attribution qui ne figuraient pas dans le cahier des charges et qui ont joué un rôle déterminant, alors que, en contradiction avec les dispositions légales et réglementaires, le bureau d'études n'a pas examiné tous les critères d'attribution du cahier des charges; que la partie requérante attire en particulier l'attention sur les critères suivants:

- "1) le critère 'esthétique', auquel le rapport attribue 10 points, n'est pas mentionné dans le cahier des charges et ne peut dès lors être pris en considération;
- 2) l'attribution de points en ordre décroissant en vue de respecter l'équilibre entre les critères d'attribution du marché retenus n'était pas davantage prévue dans le cahier des charges ; la répartition des points opérée par le rapport litigieux était arbitraire et ne pouvait être retenue.
- 3) le cahier des charges ne range pas au nombre des critères d'attribution du marché l'approbation par l'autorité supérieure, en l'occurrence la Communauté flamande, de l'offre retenue : la motivation fondée sur cette approbation (cf. la lettre du 25 octobre 1990 du CPAS) ne peut pas être admise;
- 4) en l'espèce, on se trouve en présence d'un appel d'offres simple et non pas d'un appel d'offres avec concours dès lors que cette dernière procédure ne figurait pas dans le cahier des charges et que la désignation du jury ne satisfait pas aux conditions d'indépendance prévues par la loi (article 47 de l'A.R. du 22 avril 1977).
Le jury désigné dans le rapport n'a par conséquent pas le pouvoir d'émettre un avis concernant l'attribution du contrat lui-même”;

3.2. Considérant que la première partie défenderesse répond que le bureau d'études a résumé les critères d'attribution du marché sous la forme de cinq points globaux comportant les critères essentiels d'attribution du marché, à savoir, le prix, les conditions techniques et le maniement, de sorte qu'il est à tout le moins satisfait à l'esprit de l'article 14 de la loi du 14 juillet 1976, tandis que l'esthétique est en revanche dûment rangée au nombre des critères d'attribution du marché sous le point 12, en tant qu'avantage complémentaire ou accessoire fourni en prime pour le même prix; que dans son dernier mémoire elle développe cette thèse plus concrètement, comme suit :

- "A. POSTE 1 : COÛT - 30 points
critère 01 - prix d'achat
- B. POSTE 2: QUALITÉ TECHNIQUE - 25 points
critères 03 - valeur technique +
critères 04 - qualité, solidité, durabilité
- C. POSTE 3 : SIMPLICITÉ D'UTILISATION ET D'ENTRETIEN - 20 points
critères 05 : simplicité d'utilisation
critères 07 : frais d'entretien

- D. POSTE 4 : CONFORMITÉ AU CC - 15 points,
comprend le critère 02 : contrôlabilité + documentation
critères 06 : conformité au cahier des charges et à la réglementation
critères 12 : avantages complémentaires et accessoires
- E. POSTE 5 : ESTHÉTIQUE - 10 points
critères 08 : références
critères 11 : avis de l'utilisateur

Au POSTE 5 : ESTHÉTIQUE, figurent les critères 08 et 11, en bonne conformité donc avec le cahier des charges.

Seuls deux critères n'ont pas été évalués distinctement en tant que tels, à savoir les délais de livraison et d'exécution, ainsi que le service après vente.

La raison en est que ces deux critères ont été clairement précisés et fixés dans le cahier des charges sous la rubrique 'Délai d'exécution + garanties' de sorte, qu'en l'espèce, une appréciation distincte ne s'imposait pas”;

qu'elle est, en cela, en grande partie suivie par la deuxième partie défenderesse qui, dans son dernier mémoire, ajoute que la partie requérante ne démontre pas que son offre aurait été mieux notée que celle du soumissionnaire qui a obtenu le marché si les critères d'attribution du marché avaient été appréciés conformément aux souhaits de la requérante;

3.3.1. Considérant que le cahier des charges applicable à l'appel d'offres concerné disposait ce qui suit :

"En application de l'art. 14 de la loi du 14.07.1976, les critères d'attribution du marché à prendre en considération par l'administration pour la proposition d'attribution sont, dans l'ordre décroissant d'importance :

- 01. Prix d'achat
- 02. Contrôlabilité de l'offre et documentation annexée
- 03. Valeur technique de l'offre
- 04. Qualité, solidité, durabilité
- 05. Simplicité d'utilisation
- 06. Conformité au cahier des charges et aux réglementations en vigueur
- 07. Frais d'entretien
- 08. Références dans le pays
- 09. Délais de livraison et d'exécution
- 10. Service après vente
- 11. Avis de l'utilisateur
- 12. Avantages complémentaires ou accessoires non demandés mais fournis en prime pour le même prix”;

3.3.2. Considérant que, dans son rapport d'adjudication du 19 octobre 1989, le bureau d'études SPRL Herelixka a émis, sur la base des critères d'attribution du marché, indiqués dans le cahier des charges, une appréciation rédigée comme suit :

1. Prix d'achat 30 pts
2. Qualité technique 25 pts
3. Simplicité d'utilisation et d'entretien 20 pts
4. Conformité au CC 15 pts
5. Esthétique 10 pts;

3.3.3. Considérant que sur la base de ces critères, la partie requérante a obtenu 67 points, ce qui lui a valu d'être classée en quatrième position sur cinq; que la décision du 17 novembre 1989 du Conseil de l'aide sociale se réfère au rapport précité pour attribuer le marché au soumissionnaire proposé;

3.3.4. Considérant que le caractère objectivement comparable des offres et l'égalité des soumissionnaires requièrent que lorsque le cahier des charges mentionne douze critères distincts d'attribution du marché, rangés en ordre décroissant d'importance, toutes les soumissions soient appréciées à la lumière de ces critères distincts sans que l'administration adjudicatrice puisse se laisser guider par d'autres critères; que, même si certains de ces critères sont, en l'espèce, dépourvus de sens, d'autres dispositions du cahier des charges faisant, en fait, obstacle à leur appréciation - c'est, par exemple, le cas du délai d'exécution -, tous les concurrents doivent recevoir une notation identique à cet égard, dès lors que l'ordre de priorité est également déterminant; qu'en outre, à supposer que certains des douze critères puissent être traités conjointement, il faut constater, également à la lumière de l'explication contenue dans les derniers mémoires, qu'une importance plus ou moins grande que celle prévue par le cahier des charges a été en partie accordée à certains critères de celui-ci, en ce qu'ils ont été appréciés conjointement avec des critères d'un ordre d'importance plus élevé ou moindre, ne se suivant pas même immédiatement, comme par exemple, les critères du cahier des charges 02, 06, 12; que d'ailleurs, l'interdépendance prétendue est souvent introuvable, comme par exemple dans le cas du critère du cahier des charges 07 considéré comme un élément du poste 3 "simplicité d'utilisation et d'entretien" alors qu'il devrait normalement relever du poste 1 "coût"; qu'il n'incombe pas à la partie requérante de démontrer que, si les critères d'attribution du marché avaient été correctement appliqués, le marché aurait dû lui revenir, laquelle preuve ne pouvait d'ailleurs être apportée dès lors qu'il n'a pas été attribué de points à ces critères distincts; que le moyen est fondé; que les autres moyens ne peuvent mener à une annulation plus large et ne doivent dès lors pas être examinés,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

Sont annulées :

- 1) la décision du 17 novembre 1989 du Conseil de l'aide sociale d'Anvers attribuant le marché de la livraison, du placement et du raccordement des éclairages de chevet pour l'Algemeen Ziekenhuis Stuivenberg (Bloc D) à la SPRL Electro Entreprise;
- 2) la décision du 15 juin 1990 du Ministre flamand des Travaux publics approuvant la décision mentionnée au point 1.

Article 2.

Le recours est rejeté pour le surplus.

Article 3.

Les dépens du recours, liquidés à la somme de quatre mille francs, sont mis à la charge des parties défenderesses, à concurrence de deux mille francs pour chacune d'elles.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le vingt avril 1900 nonante-neuf, par la XIIe chambre, composée de:

MM.	J. DE BRABANDERE,	président de chambre,
	A. VANDENDRIESSCHE,	conseiller d'État,
	J. BAERT,	conseiller d'État,
Mme	S. DOMS,	greffier.

Le greffier,

Le président,

S. DOMS

J. DE BRABANDERE

TRADUCTION ÉTABLIE CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 63,
ALINÉA 1er, DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT
COORDONNÉES LE 12 JANVIER 1973.