

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° 81.418 du 29 juin 1999
A. 43.975/XII-123

En cause : la SPRL Maesservice,
ayant élu domicile chez
Me M. BALLON, avocat,
ayant son cabinet à ANVERS,
Justitiestraat 77

contre :

1. le centre public d'aide sociale de Termonde,
2. l'ASBL Algemeen Ziekenhuis Onze Lieve Vrouw van Troost.

LE CONSEIL D'ÉTAT, XII^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 13 mars 1991 par laquelle la SPRL Maesservice demande l'annulation de la décision "attribuant à la SPRL STALLO de Kalken, pour la somme de 14.957.549 francs, le marché relatif à l'exécution du lot 33 - installation d'une chaufferie au Gewestelijk Ziekenhuis de Termonde";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

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

Vu l'ordonnance du 16 avril 1996 ordonnant le dépôt au greffe du rapport et du dossier;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires de la partie requérante et de la première partie défenderesse;

Vu l'ordonnance du 11 mars 1999 fixant l'affaire à l'audience du 20 avril 1999, date à laquelle elle a été remise à l'audience du 25 mai 1999;

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

Entendu, en leurs observations, Mes M. BALLON et A. JANSSENS, avocats, loco Me M. BALLON, avocat, qui comparaissent pour la partie requérante, Me P. SEYMOENS, avocat, loco Mes G. LENSSENS et P. VAN LEMBERGEN, avocats, qui comparaît pour la première partie défenderesse, et Mes E. DESAIR et C. DE WOLF, avocats, loco Me P. DE KOSTER, avocat, qui comparaissent pour la deuxième partie défenderesse;

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

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État;

1. Des éléments de la cause

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

1.1. Une adjudication publique est organisée pour l'exécution du lot 33 - installation d'une chaufferie au Gewestelijk Ziekenhuis de Termonde.

1.2. Le cahier spécial des charges applicable prévoit l'application de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services ainsi que de l'arrêté d'exécution du 22 avril 1977.

Sont désignés comme administrations adjudicatrices l'ASBL Algemeen Ziekenhuis O.L. Vrouw van Troost - ci-après : l'OLVT - et le centre public d'aide sociale - ci-après : CPAS - de Termonde.

En ce qui concerne le paiement des travaux, il est prévu que l'OLVT prend à sa charge 76,4% du prix de revient tandis que le CPAS intervient à concurrence de 23,6 %.

Les auteurs du projet sont la SA ABETEC et les architectes H. VAN ACKER et O. VAN SEVEREN. Le bureau de coordination SA R. DE BROCK est chargé de la coordination.

1.3. Au total 10 offres sont déposées.

La partie requérante dépose le 26 juin 1989 une offre pour un montant de 15.580.624 francs (hors T.V.A.).

La SPRL STALLO de Kalken dépose le 27 juin 1989 une offre pour un montant de 15.622.049 francs (hors T.V.A.) et mentionne sur la dernière page de son métré récapitulatif ce qui suit :

“VARIANTE
avec chaudières ‘FERROLI’
type PREX 2500 (2.500.00 kcal/h)
3 unités :
réduction : 705.00 francs au total”.

1.4. L’ouverture des soumissions a lieu le 28 juin 1989.

1.5. Il ressort du rapport d’adjudication du 4 juillet 1989 rédigé par les auteurs du projet et le coordinateur qu’au moment de l’ouverture, la soumission de la SPRL THIRE GEBR. est l’offre la plus basse, celle de la partie requérante la deuxième offre la plus basse et celle de la SPRL STALLO la troisième offre la plus basse.

La soumission de la SPRL THIRE GEBR. est jugée irrégulière.

En outre, ce rapport mentionne à propos de la SPRL Stallo :

“Étant donné que les chaudières 'Ferroli du type Prex 2500' répondent aux conditions fixées dans le cahier spécial des charges, la réduction s’élève à 705.000 francs.
Le nouveau total est de 15.662.549 francs (montant rectifié) - 705.000 = 14.957.549 francs”.

La SPRL STALLO est classée première dans l’ordre définitivement établi et la partie requérante deuxième.

1.6. Le 5 juillet 1989, l’administration de l’ASBL Algemeen Ziekenhuis O.L. Vrouw van Troost décide d’adjuger le marché à la SPRL STALLO.

1.7. Le 12 juillet 1989, le conseil de l'aide sociale de Termonde décide d'adjuger le marché à la SPRL STALLO pour le prix de 14.957.549 francs, dont 23,6 % à la charge du CPAS.

En outre, il est décidé de soumettre le dossier à l'approbation du ministre communautaire compétent.

1.8. Par lettre du 22 septembre 1989, la partie requérante s'informe auprès du bureau d'études SA ABETEC de l'état d'avancement du dossier.

Par lettre du 26 septembre 1989, le bureau de coordination SA R. DE BROCK, ci-après dénommé "le bureau de coordination", répond que la SPRL STALLO a été proposée à l'approbation du ministre.

1.9. Le 21 novembre 1989, le conseil de la partie requérante fait part de ses griefs aux deux parties défenderesses.

Par lettre du 30 novembre 1989, le bureau de coordination répond notamment que le marché a été attribué à la SPRL STALLO, que l'on attend l'approbation du ministre communautaire compétent et que le lot devra probablement faire l'objet d'une remise en adjudication compte tenu du fait que cette approbation n'est pas attendue avant le milieu de 1990.

1.10. Par lettre du 22 février 1990, l'approbation du marché est notifiée à la SPRL STALLO.

1.11. Par lettre du 15 novembre 1990, le conseil de la partie requérante demande si l'adjudication a déjà fait l'objet d'une approbation.

Le dossier administratif contient la copie d'une lettre datée du 23 novembre 1990 dans laquelle le bureau de coordination répond que le lot a été adjugé le 22 février 1990 à la SPRL STALLO.

1.12. Par lettre du 18 janvier 1991, le conseil de la requérante rappelle sa lettre du 15 novembre 1990 qui est restée sans réponse.

Le 24 janvier 1991, le bureau de coordination se réfère à sa lettre du 23 novembre 1990 jointe en annexe.

Par lettre du 28 janvier 1991, le conseil de la partie requérante communique au bureau de coordination ce qui suit :

“Votre prétendue lettre du 23 novembre 1990 m’est complètement inconnue et ne m’a pas non plus été transmise. Je me dois donc de désapprouver fermement votre manière de procéder et je proteste énergiquement contre de telles pratiques qui sont intolérables et qui, après concertation avec ma cliente, recevront les suites voulues”;

2. De la compétence du Conseil d’État

2.1. Considérant que la deuxième partie défenderesse soutient en premier lieu que la législation relative aux marchés publics ne lui est pas applicable; qu’elle estime qu’en tant qu’association sans but lucratif dont aucune administration publique n’est membre, elle n’appartient à aucune des catégories de personnes morales visées à l’article 1^{er} de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services; qu’elle fait valoir, en outre, que même si le Conseil d’État devait juger qu’elle relève néanmoins du champ d’application de la loi, le Conseil n’est de toute manière pas compétent en ce qui la concerne puisqu’elle n’est pas une autorité administrative;

2.2. Considérant que dans son mémoire en réplique, la partie requérante rétorque que la loi relative aux marchés publics s’applique, en revanche, à la deuxième partie défenderesse, dès lors que pour exercer ses activités, elle assume la gestion d’un service public et accomplit une mission d’utilité publique et que la première et la deuxième partie défenderesse ont agi conjointement comme une seule administration adjudicatrice et ont à ce titre attribué le marché à la SPRL STALLO; qu’en outre, elle affirme dans son dernier mémoire que le marché attaqué a été passé dans le cadre de l’accord de coopération conclu entre les parties défenderesses le 9 juin 1975, qu’en d’autres termes, les parties défenderesses ont passé ce marché alors qu’elles formaient une association de fait; qu’elle en conclut que, dès lors que les deux parties défenderesses ont agi en tant qu’administration adjudicatrice, le Conseil d’État est bel et bien compétent à l’égard de la deuxième partie défenderesse;

2.3.1. Considérant que la question de savoir si la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics et ses arrêtés d’exécution s’appliquent à la présente adjudication publique dans la mesure où la deuxième partie défenderesse agit comme maître de l’ouvrage est sans rapport avec la compétence du Conseil d’État pour contrôler la légalité de cette intervention; qu’en effet, cette législation s’applique de toute façon, parce que le cahier spécial des charges le prévoit et, ensuite, parce que l’incompétence éventuelle du Conseil d’État à l’égard de la deuxième partie

défenderesse n'empêche pas, en ce qui la concerne, le contrôle à la lumière de cette législation par le juge ordinaire; que le Conseil d'État n'est compétent que pour annuler les actes juridiques unilatéraux des autorités administratives;

2.3.2. Considérant qu'aucun élément du dossier ne permet de conclure que la deuxième partie défenderesse serait en réalité une autorité administrative; que même si elle intervient dans des missions d'utilité publique, cela n'enlève toutefois rien à la constatation qu'elle n'a pas été constituée par une autorité publique et qu'elle n'est ni administrée, ni contrôlée par une telle autorité; que les deux conditions doivent être remplies pour pouvoir qualifier une personne morale d'autorité publique;

2.3.3. Considérant que l'article 16 de la loi du 14 juillet 1976 disposant que l'exécution conjointe de travaux pour le compte de personnes de droit public différentes peut faire l'objet d'un marché unique ne s'appliquait pas en l'espèce puisque l'un des maîtres de l'ouvrage agissant conjointement n'est pas une personne de droit public au sens de la loi;

2.3.4. Considérant qu'il ressort des éléments fournis au Conseil d'État que la première et la deuxième partie défenderesse ont constitué une association de fait en vue de l'attribution du marché et qu'elles ont convenu, dans ce cadre, de supporter les coûts de la construction selon une clé de répartition qui s'avère finalement être de 23,6 % pour le CPAS - 76,4 pour l'OLVT; que la constitution d'une telle association de fait ne peut pas avoir pour conséquence de devoir considérer la deuxième partie défenderesse comme une autorité administrative, d'autant qu'il ressort du cahier spécial des charges que si les deux parties concernées agissent conjointement en tant que maître de l'ouvrage, elles agissent néanmoins comme deux entités et non comme une seule;

2.3.5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le Conseil d'État n'est compétent qu'à l'égard de la décision attaquée du CPAS de Termonde, en d'autres termes, pour une part de 23,6 % du marché;

3. De la recevabilité du recours

3.1. Considérant que la première partie défenderesse soutient que le recours est tardif puisque c'est par lettre du 30 novembre 1989 que le bureau de coordination a informé la partie requérante de la décision d'attribution à la SPRL STALLO;

3.2. Considérant que vu le caractère conditionnel et incertain de la communication faite dans la lettre du 30 novembre 1989, celle-ci ne peut être tenue pour une notification valable; que la circonstance que la partie requérante s'avéra savoir, à un moment donné, qu'elle avait déposé la deuxième soumission la plus basse ne démontre pas qu'elle avait également connaissance de l'attribution du marché au soumissionnaire régulier le moins-disant; qu'en outre, la première partie défenderesse ne démontre pas que la lettre datée du 23 novembre 1990, mentionné au point 1.11 ci-dessus, dans laquelle le bureau de coordination répond que le lot a été adjugé le 22 février 1990 à la SPRL STALLO, a effectivement été envoyée et qu'elle a été reçue par la partie requérante; qu'en l'espèce, il y a lieu d'appliquer le principe selon lequel celui qui fait une notification d'une manière incertaine doit apporter la preuve que cette notification a effectivement eu lieu; que l'on ne peut, dès lors, accueillir l'exception de tardiveté;

4. Du bien-fondé du recours

4.1. Considérant que la partie requérante prend un premier moyen de la violation de l'article 12, § 1^{er}, de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services; qu'elle soutient qu'elle a déposé la soumission régulière la plus basse et que l'administration adjudicatrice n'était pas autorisée à modifier d'une manière ou d'une autre les soumissions déposées régulièrement et dans les délais; qu'elle prend un deuxième moyen de la violation des articles 4, § 3, et 34, 1/, de l'arrêté d'exécution du 22 avril 1977, à savoir l'application illégale d'une variante, et souligne, à cet égard, que le cahier spécial des charges de l'adjudication publique ne permet ni n'impose de variante; que dans un dernier moyen, elle affirme que la soumission de la SPRL STALLO ne répond pas aux conditions prévues dans le cahier spécial des charges;

4.2. Considérant que la première partie défenderesse répond que l'administration adjudicatrice n'a pas modifié elle-même la soumission de la SPRL STALLO, dès lors que celle-ci avait fait mention dans sa soumission même

d'une variante prévoyant une réduction de 705.000 francs; qu'elle déclare en outre que la SPRL STALLO a utilisé erronément le terme "variante" puisqu'il est apparu que les chaudières dont fait état la variante étaient parfaitement conformes au cahier spécial des charges; qu'en ce qui concerne la conformité avec le cahier spécial des charges, elle renvoie à une pièce du dossier, à savoir une télécopie du 29 mai 1991 de la SA ABETEC transmise au bureau de coordination; qu'elle conclut que la soumission de la SPRL STALLO pour le prix de 14.957.549 francs était parfaitement conforme au cahier des charges;

4.3. Considérant que dans son mémoire en réplique, la partie requérante fait valoir, en outre, qu'au moment de l'attribution du marché, l'administration adjudicatrice a accepté un type de chaudière dont la conformité avec le cahier spécial des charges n'était pas établie ou ne pouvait l'être avec la certitude voulue; qu'elle estime que la télécopie de la SA ABETEC du 29 mai 1991 est significative à cet égard; qu'en effet, cette télécopie transmise au bureau de coordination communiquait ce qui suit :

"... La documentation générale ne portant pas sur tous les aspects du cahier spécial des charges, elle ne permettait pas, à l'époque, de déterminer si la chaudière était conforme ou non.";

que la partie requérante en conclut que c'est seulement cette télécopie qui a confirmé la conformité avec les conditions du cahier spécial des charges nonobstant le fait que, de toute évidence, l'adjudication date des 4 et 12 juillet 1989 et que les travaux avaient déjà commencé le 1^{er} avril 1990;

4.4. Considérant que dans son dernier mémoire, la première partie défenderesse expose que la conformité des chaudières Ferroli avec le cahier spécial des charges était déjà établie préalablement à la décision d'attribution; qu'elle se réfère à cet égard à la rubrique 5.3 du rapport d'adjudication qui indique que : "Étant donné que les chaudières Ferroli du type Prex 2500 répondent aux conditions fixées dans le cahier spécial des charges, la réduction s'élève à 705.000 francs"; qu'elle en déduit que la décision d'attribution n'est nullement fondée sur une quelconque "variante" au sens de l'article 4, § 3, de l'arrêté d'exécution du 22 avril 1977 mais qu'elle est basée, au contraire, sur la conformité technique absolue des chaudières Ferroli qui n'ont été mentionnées dans une rubrique "variante" que par suite d'une erreur matérielle et probablement par inadvertance;

4.5.1. Considérant qu'à la page 9 des conditions techniques relatives aux chaudières à basse température, il est notamment prévu :

“Chaudière formée d'une plaque d'acier soudée électriquement, adaptée au chauffage au mazout et au gaz, en circuits de chauffage fermés avec des températures d'alimentation de 110 / maximum.

La chaudière est conçue pour fonctionner avec une température d'eau de chaudière variable et réduite.

...

La chaudière comporte une face avant refroidie par eau ou isolée et une isolation importante à la laine de verre d'une épaisseur d'au moins 12 cm sur la superficie extérieure totale. ...

Puissance nominale : 2.900 kW

...”;

que le poste c1.1. du métré récapitulatif est libellé comme suit :

“Chaudière à basse température 2.900 kW comportant tous les accessoires”;

4.5.2. Considérant que le prix unitaire de la partie requérante s'élevait pour ce poste à 1.088.000 francs et celui de la SPRL STALLO à 917.280 francs; qu'ainsi qu'il est indiqué au point 1.3, celle-ci avait prévu une variante donnant lieu à une réduction de 705.000 francs pour les trois chaudières, soit 235.000 francs par chaudière, de sorte que le prix unitaire pour ce poste s'établissait à 682.280 francs;

4.5.3. Considérant qu'en matière de marchés publics, on entend par “variante” une offre qui s'écarte de l'objet de la demande; que pour prouver que la conformité avait été respectée et qu'il ne s'agissait pas d'une variante, la première partie défenderesse se réfère dans son mémoire en réponse à une télécopie du 29 mai 1991 de la SA ABETEC transmise au bureau de coordination et libellée comme suit :

“Le soumissionnaire, la société STALLO, avait donc déposé une deuxième offre basée sur des chaudières Ferroli.

La documentation générale ne portant pas sur tous les aspects du cahier spécial des charges, elle ne permettait pas, à l'époque, de déterminer si la chaudière était conforme ou non.

Des informations complémentaires ont, dès lors, été demandées puisqu'il s'agissait d'une offre financièrement intéressante pour l'administration.

Ces informations complémentaires ont permis de confirmer que la chaudière est parfaitement conforme”;

Considérant que dès lors que la date de cette pièce est postérieure de deux ans à la décision attaquée, elle ne permet pas de démontrer par elle-même que la “variante” avait été jugée conforme au cahier des charges préalablement à l’attribution du marché; que toutefois, le “rapport relatif à l’examen des résultats de l’adjudication”, daté du 4 juillet 1989, dont un exemplaire original a été produit, mentionne sous la rubrique “contrôle technique, 5.3. SPRL STALLO” :

“Étant donné que les chaudières 'Ferroli du type Prex 2500' répondent aux conditions fixées dans le cahier spécial des charges, la réduction s’élève à 705.000 francs. Le nouveau total est de 15.662.549 - 705.000 = 14.957.549 francs”;

Considérant que les pièces constituant la “documentation générale” et les “informations complémentaires” qui devraient attester de la conformité de la chaudière Ferroli proposée n’ont pas été produites; que compte tenu notamment des termes succincts dans lesquels il a été conclu à la conformité de la chaudière en question, il ne peut être admis qu’à l’époque celle-ci était apparue adéquate; que le premier et le deuxième moyen sont par conséquent fondés,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision du 12 juillet 1989 du conseil de l’aide sociale de Termonde attribuant à la SPRL STALLO de Kalken 23,6 % du marché relatif à l’exécution du lot 33 - installation d’une chaufferie au Gewestelijk Ziekenhuis de Termonde.

Article 2.

Le recours est rejeté pour le surplus.

Article 2.

Les dépens du recours, liquidés à la somme de quatre mille francs, sont mis à la charge de la première partie défenderesse.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le vingt-neuf juin
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,

S. DOMS

Le président,

J. DE BRABANDERE

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