

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° 83.788 du 2 décembre 1999
A. 85.454/XII-2146**

En cause : la s.a. ARALCO,
 ayant élu domicile chez
 Mes D. D'HOOGHE et B. SCHUTYSER, avocats,
 ayant leur cabinet à BRUXELLES,
 rue Henri Wafelaerts 47-51

contre :

 la ville d'ANVERS.

LE PRÉSIDENT DE LA XII^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 15 juillet 1999 par laquelle la s.a. ARALCO demande la suspension de l'exécution :

- "- de la décision de la partie défenderesse du 20 mai 1999 par laquelle cette dernière revient sur sa décision du 30 décembre 1998 attribuant à la partie requérante le marché de fourniture et de distribution de deux lots de cinq millions de sacs LFJ chacun;
- de la décision (implicite) de la partie défenderesse de la même date de ne réserver aucune suite à ce marché;
- de la décision de la même date de procéder à une remise en adjudication.";

Vu la requête introduite simultanément par laquelle la même partie requérante demande l'annulation des mêmes décisions;

Vu la note de la partie défenderesse;

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

Vu la notification du rapport aux parties;

Vu l'ordonnance du 7 octobre 1999, fixant l'affaire à l'audience du 26 octobre 1999;

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

Entendu, en leurs observations, Me B. SCHUTYSER, avocat, qui comparaît pour la partie requérante, et Me Chr. COEN, avocat, qui comparaît pour la partie défenderesse;

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

Vu les articles 17 et 18 et le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

Des éléments de la cause

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

1.1. La partie défenderesse lance un appel d'offres général pour la fourniture et la distribution de 2 x 5 millions de sacs LFJ. Le marché est évalué à 71 millions de francs (hors TVA). Selon le cahier spécial des charges n° 1998/4260 approuvé le 25 juin 1998 par le collège des bourgmestre et échevins, les critères d'attribution sont les suivants :

- prix : 60 points
- qualité : 30
- fermeture : 10.

En outre, le cahier spécial des charges précise notamment :

"Les marques de conformité 'OK COMPOST' et 'VGS' doivent être apposées sur les sacs (...).

...

En fonction de leur utilisation, les sacs doivent satisfaire aux dernières versions des programmes de tests OK1, D9.

Ces programmes peuvent être obtenus auprès des services de :
AIB - Vinçotte Inter.

(...)

Les sacs sont de couleur vert clair uni sur toute la surface et sont suffisamment transparents (possibilité de contrôle visuel du contenu du sac sans devoir l'ouvrir).

Les sacs non utilisés ou fermés ne répandront pas d'odeurs désagréables".

1.2. Trois offres sont introduites. L'offre de la firme SP Metal Belgium n'est pas sélectionnée; il reste la requérante et la s.a. Fardem Belgium.

1.3. Le 30 décembre 1998, le collège des bourgmestre et échevins de la ville d'Anvers décide d'attribuer les deux lots à la requérante qui obtient chaque fois 98 points, pour un montant total de 81.031.500 francs (hors TVA).

1.4. Par télécopie du 13 janvier 1999, la s.a. Fardem Belgium communique qu'à ce jour elle est l'unique titulaire du certificat pour les sacs biodégradables de couleur vert clair.

1.5. Le 2 mars 1999, la partie défenderesse demande au gouverneur de la province d'approuver la décision du 30 décembre 1998.

1.6. Par courrier du 9 avril 1999, la partie requérante signale à la partie défenderesse qu'il lui a été communiqué que son produit ne serait pas adéquat, ce qui résulterait de "tests" qui auraient été effectués par des agents de l'administration. Elle fait référence à une réunion du 24 mars 1999 avec des représentants de la partie défenderesse et un représentant de la firme Novamont, sous-traitante de la requérante (Wentus Kunststoff est également un sous-traitant), pour examiner les réclamations et met la ville en demeure d'exécuter la décision du 30 décembre 1998.

1.7. Le collège des bourgmestre et échevins décide le 20 mai 1999 de revenir sur l'attribution du 30 décembre 1998 et de procéder à une remise en adjudication. Les motifs invoqués sont les suivants :

"Considérant qu'au cours de la suite de la procédure, l'administration communale a été confrontée à de profonds changements, tant en ce qui concerne l'expertise des sacs par A.I.B.-Vinçotte que la production des matières premières par les fabricants, modifications confirmées par A.I.B.-Vinçotte, dont il ressort que les principes qui sous-tendent la mention des marques de conformité 'OK Compost' et 'VGS' demandées dans le cahier spécial des charges, seront soumis à un nouvel examen minutieux consécutivement à des modifications techniques;

Considérant que les nouveaux sacs proposés pour la ville d'Anvers par la firme Aralco répandent une odeur très désagréable, ce qui est tout à fait contraire aux dispositions du cahier spécial des charges. La firme a proposé

de perforer l'emballage pour remédier à ce défaut. Cette solution est évidemment inacceptable;

Considérant qu'il ressort clairement de ce qui précède qu'au cours des derniers mois l'expertise et la production de sacs LFG ont subi de profonds changements dont on n'avait pas connaissance au moment de la passation du marché;

Considérant que ces nouveaux développements ont une incidence directe sur la qualité et le prix des sacs LFG et qu'en tant que tels ils ont un impact sur leur utilisation par la population et qu'il est indiqué, dès lors, de procéder à une remise en adjudication;"

1.8. Par courrier du 31 mai 1999, la requérante demande à la partie défenderesse de lui transmettre notamment la décision du 30 décembre 1998.

1.9. Sous pli recommandé à la poste du 4 juin 1999, la partie défenderesse communique à la requérante que le collège a décidé le 20 mai 1999 de revenir sur sa décision du 30 décembre 1998 et qu'il sera procédé à une remise en adjudication.

1.10. Par lettre du 17 juin 1999, la requérante demande à la partie défenderesse de lui transmettre la décision motivée du 20 mai 1999, ce que cette dernière fait le 24 juin 1999;

Du bien-fondé de la demande

2. Considérant que selon l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée qu'à la double condition que des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte attaqué soient invoqués et que l'exécution immédiate de l'acte risque de causer un préjudice grave difficilement réparable;

2.1. Considérant que la requérante prend principalement un premier moyen de la violation de l'interdiction de rapporter un acte administratif régulier et créateur de droit et de la violation des principes de bonne administration, notamment du principe de la sécurité juridique; qu'elle soutient que la décision du 30 décembre 1998 de lui attribuer le marché avait créé des droits à son égard et que le retrait de cette décision n'a été justifié par aucune irrégularité;

2.1.1. Considérant que selon l'article 18, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, l'accomplissement d'une procédure d'adjudication

n'implique pas l'obligation d'attribuer le marché et le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à passer le marché, soit refaire la procédure, au besoin suivant un autre mode; qu'il n'est évidemment possible de renoncer à passer le marché que tant qu'il n'a pas encore été exécuté; que selon l'article 117, alinéa 1^{er}, 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, le marché est conclu lorsque l'approbation de son offre est notifiée au soumissionnaire concerné; que, dès lors, l'autorité peut renoncer à passer le marché jusqu'à ce moment-là et donc également rapporter sa décision de l'attribuer sans méconnaître les droits du soumissionnaire concerné, dès lors qu'ils ne sont ouverts qu'à la notification; que, certes, sa décision de mettre un terme à la procédure devra être fondée sur des motifs admissibles en droit et en fait, ce dont il s'agit dans le deuxième moyen; que, dans ce cas, il n'est toutefois pas question de violation de l'interdiction de principe de rapporter un acte constitutif de droits; qu'en l'espèce le retrait a eu lieu avant que la décision d'attribution ait été notifiée à la requérante; que le moyen n'est pas sérieux;

2.2. Considérant que la requérante prend subsidiairement un deuxième moyen de la violation de l'article 18, alinéa 1^{er}, de la loi précitée du 24 décembre 1993, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'obligation de motivation matérielle et d'un certain nombre de principes de bonne administration; qu'après avoir rappelé que la décision de mettre fin à une procédure de passation doit reposer sur des motifs valables, elle déclare à l'appui de ce moyen ne pouvoir se rallier aux motifs invoqués en l'espèce par la partie défenderesse, à savoir, d'une part, les évolutions récentes en matière d'expertise et de production et, d'autre part, des tests qui auraient révélé quelques défauts des sacs devant être fournis;

Considérant qu'en ce qui concerne le premier motif, la requérante invoque que la simple perspective de la commercialisation de meilleurs sacs ne justifie pas le retrait d'un marché accordé dès lors que, comme dans quasi chaque secteur, la technologie progresse constamment et qu'ainsi il n'est pas tenu compte du motif pour lequel un nouvel appel d'offres a été lancé : la qualité défectueuse des sacs fournis actuellement par la s.a. Fardem Belgium; que selon elle, l'ajustement des méthodes d'expertise au terme de la procédure de passation ne peut pas non plus constituer un motif valable, dès lors qu'elles sont régulièrement revues et que les sacs de la requérante satisfaisaient à la dernière version des programmes de contrôle au moment où ils ont été testés; qu'enfin, en ce qui concerne ce motif, la requérante fait valoir que la partie défenderesse a mis récemment un marché en compétition pour la

fourniture de sachets, fabriqués avec le même matériau, servant au ramassage des excréments canins;

Considérant qu'en ce qui concerne les défauts révélés par les tests, la requérante fait avant tout observer qu'il était d'abord question de déchirures et ensuite d'une odeur désagréable; qu'elle conteste la nécessité et la contrôlabilité des tests qui ont manifestement été effectués a posteriori à l'instigation de la s.a. Fardem Belgium et fait valoir qu'il est normal qu'un sac biodégradable répande une odeur à l'usage qui peut être ressentie comme "désagréable" après un certain temps; qu'elle met en exergue que, selon les tests standardisés, les sacs satisfaisaient à toutes les exigences et sont d'ailleurs déjà utilisés par d'autres administrations;

2.2.1. Considérant que la décision attaquée s'appuie sur deux motifs qui, s'ils sont valables, peuvent chacun justifier distinctement la décision; qu'il n'appartient pas au Conseil d'État, à plus forte raison dans le cadre d'un référé administratif, de recommencer, à l'occasion du contrôle de ces motifs, l'évaluation réalisée par l'administration;

Considérant, en ce qui concerne le motif invoquant les nouveaux développements, que seuls peuvent être pris en compte la motivation de la décision proprement dite et les éléments sur lesquels elle s'appuie, tels que le courrier de AIB-Vinçotte adressé à la partie défenderesse, notamment celui du 12 février 1999; qu'il ressort effectivement de deux lettres en anglais - il peut par ailleurs s'agir en quelque sorte de circulaires qui peuvent même avoir été transmises par un concurrent - que des changements sont imminents en ce qui concerne l'expertise effectuée par cet organe et la production des matières premières; que les méthodes d'expertise améliorées et les nouvelles matières premières qui arriveront sur le marché dans un avenir proche peuvent constituer un motif valable de retrait d'une décision d'attribution pour 10 millions de sacs pour déchets ménagers, qui seront utilisés par la population; que la circonstance que le marché litigieux était déjà mis en compétition parce que les sacs de la fourniture précédente, qui n'était pas encore épuisée, ne donnaient pas satisfaction, n'enlève rien à cette constatation et, au contraire, renforce le motif; qu'autrement dit la motivation invoquée ne se résume pas au lieu commun selon lequel "la technologie progresse constamment"; que le premier motif de la décision attaquée paraît valable;

Considérant qu'en ce qui concerne le motif invoquant l'odeur désagréable, prétendre que les constatations défavorables faites au cours de la

procédure de passation ne peuvent nullement être prises en compte revient à ignorer l'article 18, alinéa 1^{er}, de la loi précitée du 24 décembre 1993; qu'il ressort d'une pièce complémentaire que cette odeur désagréable aurait été constatée lors d'une réunion du 24 mars 1999 au service central d'achats et de logistique avec des représentants de la partie requérante; que le fait proprement dit n'est pas contesté sérieusement et que la requérante a même proposé d'y remédier en perforant les sacs; qu'à première vue, le second motif paraît également valable; que, dès lors, le second moyen ne peut davantage être considéré comme sérieux;

2.3. Considérant que la constatation qu'aucun des moyens invoqués n'est sérieux suffit pour rejeter la demande,

D É C I D E :

Article 1er.

La demande de suspension est rejetée.

Article 2.

Les dépens relatifs à la demande de suspension sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le deux décembre 1900 nonante-neuf, par :

M.	J. DE BRABANDERE,	président de chambre,
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.