

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 69.850 du 26 novembre 1997

A. 45.184/VI-10.313

- En cause :
1. **la société de droit français
"Société de construction de
lignes électriques",**
 2. **la société privée à
responsabilité limitée
"Alex SNACKEN",**
 3. **la société anonyme
"ENGEMA-FERBECO",**

formant ensemble :

**l'association momentanée
"S.C.L.E. - SNACKEN-ENGEMA-FERBECO",**

ayant élu domicile chez
Me Marc SENELLE, avocat,
chaussée de La Hulpe 110
1050 Bruxelles,

contre :

la Régie des Voies aériennes.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 18 octobre 1991 par la société de droit français "Société de construction de lignes électriques", la société privée à responsabilité limitée "Alex SNACKEN" et la société anonyme "ENGEMA-FERBECO", formant ensemble l'association momentanée "S.C.L.E. - SNACKEN - ENGEMA-FERBECO" qui demandent l'annulation de "la décision du 6 août 1991, notifiée aux requérantes le 20 septembre 1991, par laquelle Monsieur le Ministre J.-L. DEHAENE a attribué le marché relatif à la

fourniture et à l'installation du matériel de balisage à l'aéroport de Bruxelles-National - C.S.C. TW/5-1990, appel d'offres général du 8 mars 1991, à l'association momentanée ABAY TS-GAZEL-PUTMAN";

Vu l'arrêt n° 38.386 du 20 décembre 1991 rejetant la demande de suspension de l'exécution de la même décision;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. THIBAUT, auditeur adjoint au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 23 mai 1997 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 17 septembre 1997, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 8 octobre 1997 date à laquelle l'affaire a été remise à l'audience du 29 octobre 1997;

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

Entendu, en leurs observations, Me SENELLE, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et M. ENCH FAMENNE F., conseiller juridique adjoint, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, premier auditeur au Conseil d'Etat;

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. Dans le bulletin des adjudications du 18 janvier 1991, sous le n° 211, la Régie des voies aériennes lance un appel d'offres général, suivant cahier spécial des charges TW/5 - 1990, ayant pour objet "des travaux compren(ant) la fourniture du matériel de balisage pour l'extension de l'aéroport de Bruxelles-National".

2. Le 8 mars 1991, lors de l'ouverture des soumissions, cinq offres sont recueillies, dont celle de l'association momentanée formée par les requérantes d'un montant de 223.807.996 francs, et celle de l'association momentanée ABAY TS - GAZEL - PUTMAN, d'un montant de 260.353.577 francs. Chacune de ces deux associations présente également une offre optionnelle.

3. Le 18 avril 1991, la S.A. BEVAC, chargée de l'analyse des soumissions, établit un rapport aux termes duquel :

- seules les balises présentées en option par les deux associations momentanées répondent aux exigences de qualité du cahier spécial des charges;
- l'association momentanée formée par les requérantes ne dispose pas de l'agrération requise;
- un avis dubitatif est émis quant au critère "garanties d'approvisionnements" et "localisation du service après-vente" en ce qui concerne l'offre optionnelle des requérantes;
- la proposition est faite d'attribuer le marché à l'association momentanée ABAY TS - GAZEL - PUTMAN pour sa solution optionnelle.

4. Le 22 avril 1991, le service "Electricité" de l'aéroport de Zaventem (direction infrastructure des la Régie des voies aériennes) se déclare d'accord avec la conclusion de la S.A. BEVAC et propose également l'attribution du marché à l'association momentanée ABAY TS - GAZEL - PUTMAN pour son offre optionnelle.

5. Le 24 mai 1991, le directeur général du département infrastructure et gestion des aéroports demande à la S.A. S.C.L.E. de fournir, conformément à l'article 17 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et dans les quinze jours, les "renseignements probants et certificats ou garanties", d'une part, destinés à réaliser l'assimilation de cette entreprise à la catégorie P2 de la classe 8 et, d'autre part, en vue d'éclairer le critère d'attribution relatif aux garanties d'approvisionnements et à la localisation du service après vente.

6. Le 14 juin 1991, en réponse à cette demande, la S.A. S.C.L.E. transmet une série de données relatives à sa situation économique et sociale (problème de l'assimilation à l'agrération requise). Elle indique en outre, en ce qui concerne les garanties d'approvisionnements et la localisation du service après-vente, que le stock et le service après-vente seront assurés par le fournisseur installé à Zaventem pour les balises, et chez les associés belges pour les autres pièces.

7. Le 3 juillet 1991, le président de la Commission d'agrération des entrepreneurs (Ministère des Communications et de l'Infrastructure) informe la S.A. ENGEMAFERBECO que la Commission a émis un avis favorable à son agrération notamment dans la classe 8 et pour la sous-catégorie P2.

8. Le 23 juillet 1991, l'administrateur général de la Régie des voies aériennes établit un dossier d'attribution à l'attention du Ministre des Communications. Il y considère que la S.A. S.C.L.E. offre les mêmes garanties que celles exigées en Belgique. Il propose dès lors l'attribution du marché à l'association momentanée S.C.L.E. - SNACKEN - ENGEMA-FERBECO pour son offre optionnelle en raison tant des critères d'attribution que des garanties offertes par la S.A. S.C.L.E., après avoir constaté que cette offre est inférieure de plus de 32 millions de francs à celle de l'association momentanée ABAY TS - GAZEL - PUTMAN.

9. Le 29 juillet 1991, le Ministère des Communications et de l'Infrastructure agréé la S.A. ENGEMA-FERBECO dans la classe 8 pour notamment la sous-catégorie P2. Il s'agit de l'agrération requise pour l'attribution du marché litigieux.

10. Le 6 août 1991, l'inspecteur des Finances, après avoir émis de nombreuses critiques relatives au rapport d'attribution qu'il juge sommaire, émet un avis positif à l'attribution du marché à l'association momentanée S.C.L.E. - SNACKEN - ENGEMA-FERBECO. En ce qui concerne la question de l'agrération, il fait remarquer que la S.A. ENGEMA-FERBECO aurait obtenu l'agrération et que cela suffirait à rendre l'offre conforme.

11. Le même 6 août 1991, le Ministre des Communications et des Réformes institutionnelles décide d'attribuer le marché à l'association momentanée ABAY TS - GAZEL - PUTMAN.

Cette décision est libellée comme suit :

" Nota voor de Heer Administrateur van de Regie der Luchtwezen.

Betreft:

Leveren en plaatsen van bebakeningsmateriaal op de luchthaven Brussel-Nationaal.

Uw nota EX/I/WA/W/01.6.19/16 dd. 23.07.91

Hierbij deel ik de Regie der Luchtweegen mede dat ik,

- gelet op het negatief advies van de Erkenningscommissie van Openbare Werken;
- gelet op het feit dat, op het ogenblik van de offerteaanvraag, geen enkele van de Belgische firma's van de voorgestelde tijdelijke vereniging erkend was of het bewijs had geleverd een erkenningsaanvraag te hebben ingediend (zie K.B. dd. 9.08.82 - hfst.5 art.10, par.3 en M.B. van 13.08.82, hfst. 2, art.6, par.1), voor de uitvoering van werken van de specialisatie en belang, zoals deze die het voorwerp hebben uitgemaakt van de algemene offerteaanvraag en dat deelneming van een Europese onderneming, zelfs als deze verondersteld wordt aan deze criteria te beantwoorden, deze toestand niet kan valideren;
- gelet op het feit dat de RLW geen melding maakt van de andere gunningscriteria, die evenwel op gelijke voet staan als de prijs;
- overwegende dat inderdaad uit het "Verslag bij de aanbesteding" van het studiebureau BEVAC blijkt dat o.m. voor de voorgestelde inschrijver geen duidelijke beoordeling kan gegeven worden inzake het gunningscriterium "Lokalisatie naverkoop"; dat dit verslag volledig werd onderschreven door de Dienst Electriciteit op de luchthaven, waaruit duidelijk kan worden afgeleid dat voormeld criterium m.b.t. de naverkoop voor het later onderhoud van groot belang is;

beslist heb de werken voor het leveren en plaatsen van bebakeningsmateriaal op de luchthaven Brussel-Nationaal toe te kennen, overeenkomstig het voorstel van het studiebureau, aan de T.V. ABAY TS - GAZEL - PUTMAN "oplossing optie" tegen de prijs van 302.842.100,- BEF (excl. BTW)".

Il s'agit de la décision attaquée;

Considérant que les requérantes prennent un premier moyen de la "violation de l'article 14 de la loi du 14 juillet 1976 et de l'article 44 de l'A.R. du 22 avril 1977 relatifs aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services"; qu'elles soutiennent que les motifs d'éviction de leur offre, tels qu'ils apparaissent

de la décision motivée du 6 août 1991, sont mal et donc non fondés; que, dans une première branche et quant à la question de l'agrégation, elles soulignent que c'est au moment de l'attribution du marché que l'agrégation est requise et non au moment de la remise des offres; qu'elles rappellent que, le 29 juillet 1991, la S.A. ENGEMA-FERBECO s'est vu attribuer l'agrégation requise; que, dans une seconde branche et quant au critère relatif à la garantie d'approvisionnements et à la localisation du service après-vente, elles rappellent avoir joint à leur offre «un organigramme en entête duquel il était clairement indiqué "Direction Siège, Rue de Venise, 76 à 1050 Bruxelles" et sous lequel le texte suivant était repris: "Durant la période de garantie, une équipe complète se tiendra à disposition de l'installation, afin de pouvoir répondre et intervenir endéans les 60 minutes d'un appel"»; qu'elles soulignent encore que la S.C.L.E., en réponse à une lettre du 24 mai 1991 de l'administration, précisa à celle-ci dans une lettre du 14 juin: "l'approvisionnement et le service après-vente seront assurés avec un stock de pièces de rechange par nos associés belges en ce qui concerne l'offre de base. Si votre choix se porte sur la variante, le stock et le service après-vente seront assurés par notre fournisseur installé à Zaventem"; qu'elles insistent enfin "sur le fait que cela fait plus de 15 ans que la société SNACKEN est active, avec succès, sur le site de Zaventem", et qu'elles l'ont rappelé à l'administration dans leur courrier du 3 juin 1991;

Considérant que la partie adverse répond, quant à la première branche, en citant les explications qu'elle fut amenée à donner sur ce point aux Communautés européennes qui l'interrogeaient quant à l'attribution du marché en cause; qu'elle écrivait notamment ce qui suit :

" La décision intervenue en cette affaire résulte d'une comparaison approfondie des offres, sur la base des critères mentionnés dans le cahier spécial des charges - critères tous d'une valeur équivalente - et ce, indépendamment du problème soulevé par la Commission

quant à l'exigence en matière d'agrément. En l'espèce, c'est le critère relatif au service après-vente qui a été décisif; il est à peine besoin de souligner l'importance des exigences en la matière pour un marché portant sur des équipements de sécurité de cette nature. L'association momentanée susvisée (celle des requérantes) n'avait fourni, dans son offre, aucune donnée relative à ce critère, ce qui ne pouvait être complété ou rectifié après coup.

L'exigence de capacités techniques, dans le chef des associés belges, se justifiait du fait qu'il s'agissait bien d'un marché de travaux et non d'un marché de fournitures, la mise en oeuvre proprement dite du matériel revêtant en l'espèce un caractère essentiel et non accessoire. L'offre de l'association momentanée en cause eût-elle été admissible quant au critère "après-vente", il n'était pas exclu que, pour la société française, des preuves alternatives eussent pu être prises en compte (...);

Considérant que, sur la seconde branche, la partie adverse répond que les requérantes ne satisfaisaient pas au critère "garantie d'approvisionnement et localisation du service après-vente"; qu'elle fait valoir à cet égard que "la mention de la direction du siège (à 1050 Bruxelles) n'implique nullement une localisation adéquate du service après-vente", et que "l'offre ne contenait qu'une indication relative à la période de garantie", ce qui "ne correspondait pas du tout aux exigences minimales d'un service après-vente adéquat"; qu'elle soutient qu'elle ne pouvait pas tenir compte des "précisions" apportées par les requérantes dans leur lettre du 14 juin 1991, cette lettre ne précisant pas la teneur de l'offre au sens de l'article 44 de l'arrêté royal du 22 avril 1977, mais ajoutant bel et bien un élément non compris dans l'offre et qui, comme tel, devait être écarté; qu'elle ajoute que, en eût-elle tenu compte, la réponse apportée par ces "précisions" demeurerait insuffisante, "le fournisseur installé à Zaventem (ADB) n'intervenant pas pour les transformateurs et régulateurs de tension, ce qui était le cas, en revanche, pour l'offre de l'adjudicataire";

Considérant que le moyen critique la motivation de l'acte attaqué; que la décision motivée du 6 août 1991

énonce deux griefs relatifs, l'un au problème de l'agrée-
tion, l'autre à celui de la localisation du service après-
vente; qu'il y échet de relever qu'elle ne précise pas le
ou les soumissionnaires à l'encontre desquels elle retient
ces griefs: celui tenant à l'agréeation est retenu à
l'encontre de "l'association momentanée précitée" ("de
voorgestelde tijdelijke vereniging"), et celui tenant à la
localisation du service après-vente est retenu à l'encon-
tre du "soumissionnaire précité" ("de voorgestelde
inschrijver"), alors que plusieurs associations momenta-
nées avaient soumissionné, et que la décision motivée n'en
cite aucune avant de se référer à "l'association momenta-
née précitée"; qu'en énonçant certains griefs à l'encontre
d'un soumissionnaire mal déterminé, la décision motivée ne
satisfait pas au prescrit de l'article 44 de l'arrêté
royal du 22 avril 1977 visé au moyen;

Considérant encore que le grief tenant à la
localisation du service après-vente est retenu à l'encon-
tre "entre autres du soumissionnaire précité" ("o.m. voor
de voorgestelde inschrijver"), sans cependant que ces
autres soumissionnaires ne soient désignés; qu'à supposer
que "le soumissionnaire précité" désigne l'association
momentanée formée par les requérantes, la décision motivée
laisse entendre ("O.M.") que d'autres soumissionnaires ne
satisfaisaient pas non plus à ce critère d'attribution;
qu'en ne désignant pas ces autres soumissionnaires et en
ne constatant pas que l'attributaire du marché, l'associa-
tion momentanée ABAY TS - GAZEL - PUTMAN, satisfaisait à
ce critère, la décision motivée ne respectait pas le pres-
crit de l'article 44 de l'arrêté royal du 22 avril 1977
visé au moyen;

Considérant, en outre et sur la première branche,
que la réponse apportée par la partie adverse à ce moyen
est critiquable à plus d'un titre; que, tout d'abord, il
est contraire à la réalité de laisser entendre que la
question de l'agréeation des requérantes ne fut pas déter-

minante de la décision attaquée, le critère relatif au service après-vente ayant été en réalité "décisif"; qu'en effet, cette question de l'agrégation constitue l'un des deux motifs énoncés par la décision motivée du 6 août 1991; que, par ailleurs, il est contradictoire d'énoncer, d'une part dans ladite décision motivée, que "la participation d'une entreprise européenne, même si celle-ci est supposée répondre à ces critères, ne peut valider cette situation", et d'autre part dans la réponse aux Communautés européennes, que "l'offre (des requérantes) eût-elle été admissible quant au critère "après-vente", il n'était pas exclu que, pour la société française, des preuves alternatives eussent pu être prises en compte (...)" ;

Considérant, sur le fond de la première branche du moyen, qu'il résulte des termes de l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agrégation des entrepreneurs, de même que du rapport au Régent le précédant, que l'agrégation n'est requise qu'au moment de la passation du marché et non au moment de l'appel d'offres; qu'il est constant que, au moment de la passation du marché, l'une des requérantes, la S.A. ENGEMA-FERBECO, disposait de l'agrégation requise, puisqu'elle lui avait été attribuée le 29 juillet 1991 par le Ministère des Communications et de l'Infrastructure; que cette agrégation d'un seul des associés de l'association momentanée, agrégation que la partie adverse ne pouvait ignorer, ne serait-ce que parce que le rapport du 6 août 1991 de l'inspection des Finances l'évoquait, suffisait à anéantir le grief tiré de son absence, conformément à l'article 7 de l'arrêté-loi du 3 février 1947; qu'en cette première branche, le moyen est fondé;

Considérant, sur la seconde branche, que le critère prévu par le cahier spécial des charges était énoncé comme suit : "il sera tenu compte (...) des garanties d'approvisionnements et de la localisation du service "après-vente" "; que ce critère devait cependant

être compris à la lumière d'autres dispositions du même cahier spécial des charges :

- Point 12 de l'article 15 des clauses administratives (documents à annexer à la soumission)(page A-10 du cahier spécial des charges) :

" Un document reprenant les renseignements et références quant au personnel, aux moyens techniques dont dispose le soumissionnaire pour mener à bien le présent marché et assurer, pendant la période de garantie, l'entretien et le dépannage des équipements, etc... installés".

- Article 19, § 2, des clauses administratives (pages A-22 et A-23 du C.S.C.) :

" Durant la période de garantie, l'adjudicataire se charge de l'entretien et de la réparation de l'installation.

(...)

1. (...)

L'entrepreneur s'engage à prendre en charge, durant toute la période de garantie, tous les frais d'entretien et de réparation, de même que les frais de fourniture, montage, raccordement de pièces de rechange pour remplacer les composants d'équipement en panne ou normalement usés.

(...)

2. L'entrepreneur répondra, durant la période de garantie, à chaque appel de la R.V.A. pour des travaux de réparation.

(...)

5. Procédure d'intervention

Pendant la période de garantie, l'adjudicataire est immédiatement prévenu de l'apparition d'un incident dans les équipements.

(...)" ;

Considérant que, dans les "renseignements" joints à leur soumission, les requérantes ont indiqué sous un organigramme indiquant la direction du siège à 1050 Bruxelles, rue de Venise, 76, cette mention: "Durant la période de garantie, une équipe complète se tiendra à disposition de l'installation, afin de pouvoir répondre et intervenir endéans les soixante minutes d'un appel";

Considérant que, compte tenu des exigences particulières du cahier spécial des charges quant aux problèmes

d'entretien et de réparation pendant la période de garantie, et à défaut de toute autre précision du critère d'attribution, les requérantes pouvaient comprendre la portée du critère comme importante essentiellement pendant cette période de garantie, et dès lors insister sur les dispositions prises pour satisfaire aux obligations prévues par le cahier spécial des charges pendant cette période; que, dès lors, le reproche adressé à l'offre des requérantes de n'avoir contenu "qu'une indication relative à la période de garantie" n'est pas fondé; qu'en toute hypothèse, la partie adverse ne conteste pas avoir reçu les précisions utiles par la lettre des requérantes du 14 juin 1991; que, si elle estimait ne pas pouvoir tenir compte de ces précisions en raison d'un motif de droit, c'est dans la décision motivée du 6 août 1991 qu'elle devait l'indiquer, et non dans ses écrits de procédure devant le Conseil d'Etat; que, de même, si elle estimait ces précisions insuffisantes, le fournisseur du matériel ADB installé à Zaventem n'intervenant pas pour les transformateurs et régulateurs de tension, c'est dans la même décision motivée qu'elle devait l'indiquer et non dans ses seuls écrits de procédure; que, si l'on ne tient compte que des motifs énoncés dans la décision motivée, et l'on ne peut tenir compte que d'eux seuls, le moyen est également fondé en sa seconde branche,

D E C I D E :

Article 1er.

Est annulée la décision prise le 6 août 1991 par le Vice-Premier Ministre, Ministre des Communications et des Réformes institutionnelles, d'attribuer à l'association momentanée ABAY TS - GAZEL - PUTMAN le marché relatif à la fourniture et à l'installation du matériel de balisage de l'aéroport de Bruxelles-National (appel d'offres

général du 8 mars 1991 - Cahier spécial des charges TW/5-1990).

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de douze mille francs sont mis à charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique de la VIe chambre du Conseil d'Etat, le vingt-six novembre 1900 nonante-sept par :

MM. CLOSSET,	président de chambre,
HANSE,	conseiller d'Etat,
LEWALLE,	conseiller d'Etat,
Mme NOTEBAERT,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Ch. NOTEBAERT.

Ch. CLOSSET.