

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 163.736 du 18 octobre 2006

G./A.116.136/VI-16.189

En cause : **la société anonyme VALOMAC,**

ayant élu domicile chez
Me Philippe COENRAETS, avocat,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles,

contre :

1. l'Agence régionale pour la propreté,

ayant élu domicile chez
Me Johan VANDEN EYNDE et
Jean-Marc WOLTER, avocats,
avenue de la Couronne, n° 340,
1050 Bruxelles,

2. la Région de Bruxelles-Capitale,
représentée par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me Philippe LEVERT, avocat,
avenue Louise, n° 149/22,
1050 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 28 janvier 2002 par la société anonyme VALOMAC qui demande l'annulation de "la décision de date inconnue, notifiée à la requérante par un courrier daté du 27 novembre 2001, prise par l'Agence Régionale pour la Propreté d'attribuer à la société HEROS un marché public relatif au transport et à l'élimination des mâchefers de l'usine d'incinération d'ordures ménagères de la Région de Bruxelles - Capitale, et pour autant que de besoin, la décision du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 15 novembre 2001 déterminant l'ordre de classement des différentes offres sur base des critères établis dans le cahier de charges BP 01/489";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. DELVAX, Auditeur adjoint au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 28 avril 2006 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 11 septembre 2006, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 11 octobre 2006;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Philippe COENRAETS, avocat, comparaisant pour la requérante, Me Jean-Marc WOLTER, avocat, comparaisant pour la première partie adverse et Me Frédéric MASSON, loco Me Philippe LEVERT, avocat, comparaisant pour la deuxième partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, 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 sont les suivants :

1. Le 6 juillet 2001, le Bulletin des adjudications publie un avis de marché relatif à un marché public de services, à passer selon le mode de l'appel d'offres général, ayant pour objet "le transport et l'élimination des mâchefers venant de l'usine d'incinération d'ordures ménagères située Quai Monnoyer, 8, à 1000 Bruxelles en Région de Bruxelles-Capitale".

Le marché a une durée de deux ans, renouvelable pour une période maximale d'un an par procédure négociée, et débute normalement le 12 janvier 2002.

2. Le cahier spécial des charges prévoit, en son article 8, relatif à la "Désignation de l'Entrepreneur", que:

- " L'Agence choisit l'offre régulière la plus intéressante ; elle se réserve le droit :
- de choisir l'offre régulière qu'elle juge la plus intéressante dans la solution retenue;

- de passer à la 2^{ème} offre régulière en cas de non obtention de l'autorisation pour le transport transfrontalier [...].

Les critères d'attribution du marché seront les suivants par ordre :

1/ Les prix total (élimination et transport à la tonne) (T.T.C. : 45 points)

2/ Les garanties de respect de l'environnement (25 points)

- mode de transport et distance

Le transport alternatif au transport routier (en 1^{ère} priorité par barge, en 2^{ème} priorité par train,...) au même prix que celui-ci est considéré comme un bonus.

Le nombre de kilomètres jusqu'au centre d'élimination sera comparé (à préciser dans l'offre). L'accessibilité du site sera décrite en détail mentionnant notamment les jours/heures d'ouverture.

- méthode de travail prévue au chargement, déchargement, traitement éventuel, transport et valorisation ou élimination, et ceci même pour des phases intermédiaires (p. ex. chargement de barge) ou ultérieures (p. ex. mode de transport du site de traitement vers les lieux d'élimination, si ces derniers se trouvent le long d'un cours d'eau).

- précautions particulières (la gestion lors du transport/transbordement éventuel, la gestion sur site, la garantie du respect scrupuleux des règles de protection de l'environnement lors du traitement et l'évacuation, la protection des personnes...)

3/ Le % des mâchefers bruts valorisés (15 points)

- le % estimé des mâchefers bruts valorisés (joindre raisonnement détaillé). La préférence est donnée à la valorisation «matière», puis à la valorisation «énergie», ensuite à l'enfouissement en décharge contrôlée. L'adjudicataire décrira pour chaque produit (mâchefer, métaux ferreux, métaux non ferreux, imbrûlé,...) quelle destination finale il compte réserver.

4/ Les garanties d'exécution du marché (15 points)

- contraintes physico-chimiques d'acceptation des mâchefers (légal, contraintes pour les applications en valorisation,...)

- capacité de stockage et d'élimination/traitement réservée au présent marché

- précautions particulières (gestion lors du transport, le transbordement, gestion sur le site,...)

- infrastructure

- mesures de protection du personnel et de la population [...].

Ce même cahier des charges énonce, en son article 12, relatif au "Prix", ce qui suit :

" Les prix sont énoncés dans l'offre en francs belges ou en €, sans et avec TVA, toute autre taxe comprise dans le prix de base. [...]

Le soumissionnaire est censé avoir inclus dans ses prix toutes les prestations du présent cahier spécial des charges comprenant aussi, et sans que la liste ci-après ait un caractère exhaustif :

- les frais d'emballages, de chargement, de transbordement et de déchargement intermédiaire, de transport, d'assurance et de dédouanement des mâchefers ;

- toutes les indemnités pour usage d'appareils brevetés et la prise en charge éventuelle d'un recours introduit par les détenteurs de brevets ;

- le chargement aux lieux de l'usine d'incinération ;

- le déchargement aux lieux d'élimination ;

- les frais de garantie ;
- les coûts d'analyses ;
- les frais administratifs inhérents à la procédure pour l'obtention des autorisations requises pour le transport transfrontalier ;
- tous droits, taxes et impositions quelconques et notamment la taxe environnementale [...]"

3. Le 3 septembre 2001, jour de l'ouverture des offres, trois soumissionnaires font offre : la société de droit néerlandais HEROS, la société de droit allemand STRABAG et la requérante, qui, outre une offre de base, propose deux variantes.

L'offre de la société HEROS contient les prix suivants en précisant que le taux de TVA applicable est de 19 % :

- 670 BEF/T HTVA, soit 797,3 BEF/T TVAC pour moins de 50.000 T/an;
- 660 BEF/T HTVA, soit 785,4 BEF/T TVAC, pour moins de 100.000 T/an;
- 650 BEF/T HTVA, soit 773,5 BEF/T TVAC, pour moins de 150.000 T/an.

La requérante propose dans son offre de base un prix unique de 640 BEF/T HTVA quelle que soit la quantité annuelle. Elle indique, à propos de la TVA, que "jusqu'à preuve du contraire, compte tenu de la réglementation TVA, le taux à appliquer sur ce marché est de 21 % sur les prix repris au bordereau des prix unitaires. Il est à noter que l'administration pourrait objecter que la TVA s'applique sur les prestations avant recette de vente des matières recyclables ; la TVA devrait alors être déterminée sur les montants correspondants. Ceci reviendrait à plus de 21 % calculés sur le prix proposé."

4. Le 25 octobre 2001, les services de l'Agence régionale pour la propreté établissent un rapport d'attribution aux termes duquel l'offre de la société HEROS est considérée comme la meilleure, l'offre de base de la requérante étant classée deuxième.

Ce rapport contient un projet de décision motivée, libellé comme suit :

" 3. Décision motivée

1/ Les prix total à la tonne (T.T.C. : 45 points)

L'offre de Heros est la moins chère (45), suivi par la variante 2 de Valomac (44), par l'offre de base de Valomac (42) et par Strabag (38).

Strabag considère qu'il n'y a pas de TVA à appliquer sur ce marché : faux et illégal : pour la comparaison des offres le taux de TVA de l'Allemagne (16 %) a été appliqué.

Valomac prend une précaution à propos de la TVA qu'il aurait appliquée avant recette des matériaux valorisables. Nous avons établi la comparaison en corrigeant son prix dans un «worst case» scénario : 4 % de ferreux et 0,8 % de non ferreux à 1.647 BEF/T et à 25.620 BEF/T respectivement. Ceci fait majorer le coût de Valomac de 7.678.314 BEF/an.

2/ Les garanties de respect de l'environnement (25 points)

- mode de transport :

En offre de base, toutes les sociétés sont accessibles par barges et nécessitent toutes une navette par route.

La variante 2 de Valomac propose un transport exclusivement par route.

- distance :

Valomac est le plus proche, suivi par Heros, Strabag est le plus lointain.

- accessibilité du site :

Valomac : 7h00 à 19h00

Heros et Strabag : 6h00 à 17h00

- méthode de travail prévue

Pour le chargement des barges, toutes les sociétés sont au même niveau. Pour le déchargement des barges, Valomac travaille avec des bandes transporteuses (conduits fermés), Heros décharge à l'aide d'une grue hydraulique avec un filet de récupération dans son rayon d'action et Strabag compte effectuer une navette par route (moins bien que les 2 autres).

- précautions particulières

Toutes les sociétés sont plus ou moins au même niveau (HEROS dispose d'un certificat KOMO de nos mâtchefs, Strabag est ISO 9001 et Valomac espère avoir l'ISO 14002 pour fin 2002). Comme Strabag n'a pas joint son permis d'environnement, les précautions particulières sur site ne peuvent pas être jugées, les 2 autres sociétés sont au même niveau.

Valomac en base a 22 points, suivi par Heros (20 points), par Strabag (18 points) et par Valomac variante 2 (9 points)

3/ Le % des mâtchefs bruts valorisés (15 points)

Compte tenu de l'impact important d'une non valorisation «matière» pour des raisons environnementales, techniques et politiques, 1/6 des points est pris en compte par %.

Heros valorise 100 % (15 points), Valomac 98 % (10 points) et Strabag 96,5 % (6,3 points).

4/ Les garanties d'exécution du marché (15 points)

[...]

Valomac a 15 points, Heros 14,9 points et Strabag 13,4 points.

Proposition :

Nous proposons de retenir l'offre de Heros pour une durée de 2 ans (montant estimé à 208 845 000 BEF), débutant normalement le 12/01/02, sous réserve de l'obtention de toutes les autorisations requises. Le marché étant du type répétitif, il pourrait être renouvelé par procédure négociée pour une période maximale d'un an.

TOTAL	
Heros Roosendaal	95
Heros Sluiskil	95
Strabag	76
Valomac	89
var 2	78".

En annexe à ce rapport, figure une note du 25 octobre 2001 qui, sous la forme de tableaux chiffrés, compare les différentes offres et détaille les points attribués par critère d'attribution. Cette note indique, pour le critère 2 "garanties de respect de l'environnement", une pondération des cinq sous-critères, à savoir 13 points pour le sous-critère relatif au mode de transport, 5 points pour le sous-critère relatif à la méthode de travail, et 2 points pour les sous-critères relatifs respectivement à la distance, à l'accessibilité du site et aux précautions particulières.

5. Le 15 novembre 2001, le Ministre bruxellois en charge de la Propreté publique adopte le rapport d'attribution et soumet au Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale une proposition de décision attribuant le marché "selon l'ordre suivant : la firme Heros (transport par barge) sous réserve de l'accord de l'IBGE et de l'IMA pour l'exportation des mâchefers aux Pays-Bas et pour un montant annuel de 104,43 MFB TTC; Valomac avec son offre de base (transport par barge) pour un montant de 112,22 MFB TTC".

6. Lors de sa séance du 15 novembre 2001, le Gouvernement décide de suivre cette proposition.

7. Le 27 novembre 2001, les services de l'Agence notifient à la société Heros l'acceptation de son offre et à la requérante la teneur de la décision du 15 novembre 2001.

8. A la suite de la demande du 10 décembre 2001 de la requérante, l'Agence lui communique le 21 décembre 2001, à titre de décision motivée, le rapport d'attribution et la note chiffrée établis par ses services le 25 octobre 2001.

En ce qui concerne le critère 1, cette note contient les chiffres suivants à propos du montant des offres de la société HEROS et de l'offre de base de la requérante :

"	T/an	prix HTVA BEF/T	prix TVAC BEF/T	prix total TTC BEF/an	T/an
Heros	< 50.000	670	797	39.865.000	50.000
	> 50.000	660	785	78.540.000	100.000
	> 100.000	650	774	104.422.500	135.000
Valomac	< 50.000	640	774	41.563.820	50.000
	> 50.000	640	774	83.127.640	100.000
	> 100.000	640	774	112.222.314	135.000".

En ce qui concerne le critère 2, la note contient le tableau suivant :

☐ mode de transport		
	mode	13
Heros	barge	13
Strabag	barge	13
Valomac	barge	13
var 2	camion	0
☐ distance	# km centre élimination	2
1/ barge		
Heros Roosendaël	122	0,15
Heros Sluiskil	115	0,16
Strabag	230	0,08
Valomac	9	2,00
2/ camion		
Heros Roosendaël	106	0,28
Heros Sluiskil	90	0,34
Strabag	230	0,13
Valomac	15	2,00
☐ accessibilité du site		2
Heros	6h00 - 17h00	1,8
Strabag	6h00 - 17h00	1,8

Valomac	7h00 - 19h00	2,0
☐ méthode de travail	(chargement UIOMB, barge, ...)	5
Heros	barge (comme actuellement)	3
	grue hydraulique avec filet	
Strabag	barge (comme actuellement)	2
	navette routière	
Valomac	barge (comme actuellement)	3
	bandes transporteuses	
var 2	camion	3
☐ précautions particulières		2
Heros	KOMO certificat	2
Strabag	ISO 9001, pas copie PE	1
Valomac	fin 2002 : ISO 14002	2
Heros Roosendaal		20
Heros Sluiskil		20
Strabag		18
Valomac		22
var 2		9

9. Une action visant à faire enjoindre à l'Agence de ne pas procéder à la mise à exécution du marché précité a été diligentée par la requérante devant le Président du Tribunal de première instance de Bruxelles siégeant en référé.

Par une ordonnance du 15 juillet 2002, le Président du Tribunal de première instance de Bruxelles, siégeant en référé, a déclaré cette action irrecevable en raison de la conclusion du contrat. La requérante n'a pas interjeté appel de cette décision;

Considérant, en ce qui concerne la désignation de la partie adverse, que l'article 3 de l'ordonnance du 19 juillet 1990 portant création de l'Agence régionale pour la propreté énonce, en son § 1^{er}, que "l'Agence est dotée de la personnalité juridique" et, en son § 2, qu'elle est inscrite à l'article 1^{er}, A, de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public; que l'article 8, alinéa 1^{er}, de la loi du 16 mars 1954 prévoit que "les organismes de la catégorie A sont soumis à l'autorité du Ministre dont ils relèvent ; à ce Ministre sont confiés les pouvoirs de gestion"; que

l'article 6 de l'ordonnance du 19 juillet 1990 précise que "La gestion journalière de l'Agence est assurée par un fonctionnaire dirigeant et un fonctionnaire dirigeant adjoint" et que "L'Exécutif détermine les délégations de compétence qui leur sont attribuées. Il arrête les cas dans lesquels leur signature conjointe n'est pas exigée.";

Considérant que si la décision attaquée a été prise le 15 novembre 2001 par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, ce dernier a, toutefois, agi en qualité d'organe de l'Agence régionale pour la propreté; que, s'agissant du recours dirigé contre la décision émanant d'un ministre ou d'un gouvernement agissant en qualité d'organe d'un organisme d'intérêt public, doté de la personnalité juridique, c'est cet organisme qui doit être désigné comme partie adverse, à l'exclusion du ministre ou du gouvernement lui-même; qu'il s'ensuit que la Région de Bruxelles-capitale doit être mise hors de cause;

Considérant que la société requérante prend un premier moyen de "la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics de travaux, fournitures et services, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 100 et 115 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, de la circulaire n° 88 du 15 décembre 1970, du principe d'égalité, du principe de bonne administration, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir"; qu'elle reproche à la partie adverse d'avoir mieux noté l'offre de l'adjudicataire que la sienne sur la base du critère "prix"; qu'elle soutient que le pouvoir adjudicateur était tenu de comparer les offres de prix soit en n'y intégrant pas le montant de la T.V.A, soit en n'y intégrant que le montant de la T.V.A. qui leur était légalement applicable, que la crainte qu'elle a formulée en page 9 de son offre à propos du taux de TVA à appliquer sur le marché n'était toutefois pas fondée dans la mesure où il ressort de la circulaire n° 88 du 15 décembre 1970 émanant du ministère des Finances qu'en égard aux particularités que présente le secteur économique couvrant le ramassage, la commercialisation et le conditionnement des matières et produits de récupération, l'administration autorise les personnes qui importent ou qui livrent dans le pays les matières et produits tels que les matières et produits de récupération visés par le marché litigieux à ne pas acquitter la taxe sur la valeur ajoutée en raison de ces opérations, que, néanmoins, la partie adverse note son offre en considérant la précaution émise relative au calcul de la TVA, ce qui revient à la pénaliser dans la mesure où la prise en compte de la TVA sur la globalité du prix majore le coût de son offre de manière substantielle alors qu'en réalité, la TVA sur les opérations relatives aux matières recyclables mises en vente ne devait pas être prise

en compte eu égard à l'exonération contenue dans la circulaire du 15 décembre 1970; qu'elle en conclut que le pouvoir adjudicateur a commis une erreur de droit puisqu'il se fonde sur une mauvaise application de la législation relative à la taxe sur la valeur ajoutée et le pouvoir adjudicateur devait opérer sa comparaison des offres en faisant abstraction de la T.V.A. sur les prix, ce qu'il n'a pourtant pas fait, pénalisant ainsi l'offre de la requérante et rompant l'égalité de traitement entre soumissionnaires;

Considérant que, dans son mémoire en réplique et dans son dernier mémoire, elle ajoute qu'elle n'a pas, contrairement à ce que soutient la partie adverse, opéré une correction du prix, mais a recalculé le montant de la T.V.A. en optant pour l'interprétation des dispositions du Code de la T.V.A. qui était la moins favorable aux opérations visées par le marché, étant l'application de la T.V.A. sur les prestations avant recettes de vente des matières recyclables, et non sur les prestations du marché, après avoir déduit de ce montant les recettes des ventes des matières recyclables, qu'elle a simplement rappelé au pouvoir adjudicateur que si cette seconde hypothèse ne devait pas être retenue, elle devrait lui calculer la T.V.A. sur le montant global des prestations du marché et non sur un montant réduit du fruit de la vente de ces matières recyclables, qu'il ne pouvait s'agir, en l'espèce, d'une correction du prix puisque, aux termes de l'article 100 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, les prix unitaires et globaux du marché ne comprennent pas le montant de la T.V.A. et que la rectification opérée par la requérante devait donc demeurer sans incidence sur le prix de l'offre et la comparaison entre les différents prix remis par les soumissionnaires; qu'elle expose par ailleurs ne pas être convaincue par la thèse de la partie adverse selon laquelle la rectification éventuelle du prix de sa soumission serait sans incidence sur le classement, son offre étant malgré tout plus chère que celle de sa concurrente HEROS; qu'elle souligne, tout d'abord, que les montants cités par la partie adverse, étant 104.544.000 BEF/an pour son offre et 104.422.500 BEF/an pour l'offre de l'adjudicataire, sont des montants T.V.A. incluse, alors qu'elle plaide, à l'inverse, que la comparaison devait se faire sur des montants hors T.V.A. puisque, selon l'article 100 précité, les prix unitaires et globaux ne doivent pas en intégrer le montant, qu'il y va aussi de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, laquelle implique que le pouvoir adjudicateur apprécie les offres au regard du critère d'attribution relatif au prix en faisant abstraction du montant de la T.V.A., et de la règle selon laquelle le taux de T.V.A. ne peut avoir une incidence sur les qualités intrinsèques d'une offre, que dès l'instant où le droit communautaire permet à chaque Etat membre de faire varier, dans certaines limites, les taux de T.V.A., l'intégration du montant de la T.V.A. dans le prix des offres soumis à comparaison aurait pour effet de rompre l'égalité qui doit exister entre les soumissionnaires quel que soit l'Etat dans lequel ils se sont établis, et qu'en l'espèce, il résulte de l'article 12 du cahier spécial des charges que toutes

les taxes ont été comprises dans le prix de base, à l'exception de la T.V.A. qui en a été exclue, de sorte que la comparaison des offres ne pouvait légalement se faire que dans le respect du cahier spécial des charges; qu'elle relève ensuite que la différence de prix devenant minime - soit 121.500 BEF/an -, la partie adverse ne peut raisonner comme si la procédure de passation était celle de l'adjudication avec attribution du marché au moins-disant, qu'elle ne peut perdre de vue que l'attribution des points liés au critère du prix s'est sans doute faite en application d'une clef de calcul assurant une certaine pondération et valorisant chaque offre en fonction de l'écart la séparant de la meilleure offre, que sachant que sur le critère du prix, trois points séparaient l'offre de base de la requérante de l'offre de l'adjudicataire, il est à supposer qu'en procédant à une comparaison des prix hors T.V.A. le résultat eût été tout différent, qu'il suffirait de considérer qu'en comparant les prix hors T.V.A., l'offre de l'adjudicataire devait recevoir 42 points et l'offre de la requérante 45 points pour que le rapport des forces soit immédiatement équilibré (soit $95 \text{ points} - 3 \text{ points} = 92 \text{ points}$, $89 \text{ points} + 3 \text{ points} = 92 \text{ points}$); qu'elle note, enfin, qu'elle ne s'est pas contentée de critiquer le mode de comparaison des prix, mais a également formulé des critiques relatives aux autres critères d'attribution, en manière telle que l'on ne saurait, comme le fait la partie adverse, saucissonner le dossier et raisonner critère par critère, en faisant abstraction de tout le reste;

Considérant, à ce stade de l'examen des moyens, que la circonstance que, au cas où le moyen serait jugé comme fondé, le prix proposé par l'attributaire resterait néanmoins plus intéressant que celui de la requérante ne permet pas de conclure au défaut d'intérêt du moyen; qu'en effet, d'une part, s'il devait ressortir de l'examen du moyen que la différence de prix entre les deux offres devait être inférieure à celle retenue par la partie adverse dans le classement des offres, il ne peut être exclu que la requérante se serait vue octroyer plus de points que ce qu'elle a reçu ou que l'attributaire s'en serait vu attribuer moins, et, par conséquent, que la différence finale entre les deux offres aurait été moins importante, voire inexistante; que, d'autre part, la requérante avance d'autres moyens à l'encontre d'autres critères d'attribution, moyens qui, combinés avec ce premier moyen, pourraient conduire à ce que son offre aurait dû être considérée comme la plus intéressante; que le moyen est recevable;

Considérant que la thèse de la requérante, selon laquelle les articles 8 et 12 du cahier spécial des charges doivent être interprétés comme imposant, pour la détermination du prix, de ne tenir compte que du prix hors T.V.A., ne peut être suivie; qu'en effet, l'article 8 relatif aux critères d'attribution retient, comme critère "prix", "Les prix total (élimination et transport à la tonne) (T.T.C. : 45 points)", soit le prix toutes

taxes comprises, en ce donc compris la TVA; que l'article 12, qui prévoit que le prix doit être "énoncé, sans et avec T.V.A., toute autre taxe comprise dans le prix de base", n'exclut pas que la partie adverse, lorsqu'elle compare le prix des différentes offres conformément à l'article 8, se fonde sur les prix majorés de la T.V.A., dès lors que cet article 12 a trait à la formulation des offres et non à l'énoncé des critères d'attribution; qu'il en va d'autant plus ainsi que le montant final à acquitter par le pouvoir adjudicateur comprend la T.V.A. que la partie adverse n'a pas la possibilité de déduire de sorte qu'il est tout à fait justifié que, lorsqu'elle examine les prix proposés par les soumissionnaires, elle compare les prix majorés de la T.V.A.; que la circonstance que le taux de T.V.A. puisse fluctuer d'un pays à l'autre n'énervé pas cette conclusion, dès lors qu'elle est inhérente à la libre prestation des services au sein de l'Union européenne et à l'absence d'harmonisation suffisante de la fiscalité indirecte et qu'une telle différence, qui est indépendante du soumissionnaire, est répercutée auprès du pouvoir adjudicateur, que le prix de l'offre retenue ait été calculé avec ou sans T.V.A.; que le principe d'égalité entre les soumissionnaires n'a pas été violé dès lors qu'en l'espèce, la partie adverse a comparé les offres déposées en tenant compte pour chacune d'entre elles du taux de T.V.A. applicable;

Considérant que la requérante soutient également que la partie adverse ne devait pas majorer le montant de son offre de 7.678.314 BEF, pour le motif que la précision contenue dans son offre, et sur la base de laquelle cette majoration a été opérée, n'était pas pertinente eu égard à la circulaire n° 88, ce que la partie adverse ne pouvait ignorer; que, toutefois, la partie adverse n'aurait pas régulièrement pu se fonder sur une circulaire administrative pour considérer que des opérations, normalement soumises à la T.V.A. en vertu de la législation applicable, ne l'étaient pas en vertu de cette circulaire; qu'en outre, dans son offre, la requérante ne faisait référence à aucune circulaire et insistait au contraire sur le fait que "jusqu'à preuve du contraire, compte tenu de la réglementation T.V.A., le taux à appliquer sur ce marché est de 21 % sur les prix repris au bordereau des prix unitaires", se contenant d'employer le conditionnel pour une éventuelle objection de l'administration des Finances; qu'au demeurant, la requérante s'est toujours abstenue de démontrer le bien-fondé de l'exonération de T.V.A. vantée, notamment par une note ou une décision en ce sens de l'administration compétente;

Considérant que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen de "la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de la directive 2000/76/CE, de l'article 16 de la loi

du 24 décembre 1993 précitée, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 précitée, de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, du principe d'égalité, du principe de bonne administration, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir"; qu'en ce qui concerne le troisième critère d'attribution, elle reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir accordé à son offre un nombre de points inférieurs à celui attribué à l'offre de HEROS, sans avoir procédé à une vérification de l'admissibilité technique des caractéristiques de l'offre de HEROS; qu'elle relève, tout d'abord, que, dans le cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur a prévu un taux d'imbrûlés dans les mâchefers à traiter de 2 à 5 % et avançait pour l'année 2000 le chiffre de 2,6 %, que son offre prévoit un taux d'imbrûlés dans les mâchefers de 2 %, lesquels auraient été retirés et valorisés énergétiquement dans l'incinérateur de Neder-Over-Hembeek, qu'elle s'est vu retirer 5 points parce qu'elle ne proposait pas une valorisation "matière" de 100 %, qu'une telle notation est anormale dès lors que la mise en oeuvre de son offre a pour effet de mettre en circuit des mâchefers les plus inertes possibles, qu'elle s'attache en effet à sortir le maximum d'imbrûlés des mâchefers et de les incinérer puisqu'elle entend les valoriser énergétiquement afin d'assurer une teneur d'imbrûlés ultime la plus infime possible, que les mâchefers produits au départ de ces imbrûlés ré-acheminés en incinération reviennent encore à la requérante de telle sorte qu'elle assure donc une valorisation maximale "in fine" puisqu'elle traite 98 % et 98 % de 2 % et 98 % de 98 % de 2 % etc ..., qu'en revanche, l'adjudicataire, qui s'est vu attribuer sur la base de ce critère la cote maximale de 15 points, affiche son intention de ne pas isoler les imbrûlés mais de les éliminer directement avec les mâchefers traités; qu'elle souligne ensuite qu'en page 8 du cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur précise que la préférence est donnée à la valorisation "matière", puis à la valorisation "énergie", ensuite à l'enfouissement en décharge contrôlée, que le pouvoir adjudicateur lui a retiré 2,5 points par pourcentage de mâchefers non revalorisés "matière", mais que la motivation de la décision litigieuse ne lui permet pas de comprendre pourquoi 5 points lui ont été retirés et n'est pas adéquate puisqu'est mieux cotée une offre qui ne garantit pas la plus haute qualité possible des matières secondaires produites au départ des mâchefers; qu'enfin, la requérante émet de sérieux doutes quant à l'admissibilité technique d'une valorisation "matière" à raison de 100 % alors même qu'en termes de cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur prévoyait un pourcentage de "perte au feu" de 2 à 5 % et avançait pour la fin 2000 un chiffre de 2,6 %;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante précise que son grief porte sur l'impossibilité technique qu'il y a, en l'état actuel des technologies disponibles, de procéder à une valorisation "matière" des mâchefers à hauteur de 100 %, que dès l'instant où un soumissionnaire avance un tel pourcentage, il ne paraît pas

déraisonnable d'exiger du pouvoir adjudicateur qu'il vérifie avec soin la faisabilité technique des offres, ce qu'a d'ailleurs fait la partie adverse pour écarter la variante 1 de la requérante, que les craintes éprouvées par la requérante quant au caractère irréaliste de l'offre de HEROS ont été confirmées, depuis lors, par des déclarations faites dans la presse spécialisée par les directeurs de cette société, que ce point avait été relevé, dès 1997, par l'autorité de la province hollandaise du Noord Brabant, compétente pour la délivrance des autorisations d'exploitation, que la partie adverse admet que les mâchefers comportent une fraction d'imbrûlés, fraction qui serait séparée du reste des mâchefers par une installation spécifique à l'incinérateur de la Région de Bruxelles-Capitale, reconnaissant ce faisant que les imbrûlés constituent une fraction des mâchefers, que l'objet du marché litigieux, tel que décrit au cahier spécial des charges, porte sur les mâchefers dans leur ensemble, en ce compris la fraction des imbrûlés, que, même à considérer que tel ne serait pas le cas, encore faudrait-il constater que les fractions des imbrûlés qui sont inférieures à 300 mm ne sont pas séparées du flux, de sorte que la persistance de ces fractions rend la valorisation matière à 100 % rigoureusement impossible, que, dans ces conditions, la pondération des points attribués à chaque offre dans le cadre de ce critère n'a pas été opérée sérieusement;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la partie requérante revient sur la notion de mâchefers; que, sur la base de l'article 8, 3, des clauses administratives et de l'article C 2 des clauses techniques du cahier spécial des charges, elle estime qu'il existe des mâchefers bruts et des mâchefers nets, que les mâchefers bruts constituent un ensemble formé, entre autres, de mâchefers, de matériaux ferreux, de métaux non ferreux, ainsi que d'imbrûlés, que, dans l'incinérateur en cause, les fractions de mâchefers bruts supérieures à 300 mm sont séparées du flux, ce qui permet de valoriser à hauteur de 100% les mâchefers restants, qu'il s'agit toutefois des mâchefers nets et non des bruts, la valorisation de ces derniers à hauteur de 100% étant par conséquent impossible;

Considérant, à ce stade de l'examen des moyens, que la circonstance que, au cas où le moyen serait jugé comme fondé, l'offre de l'attributaire du marché resterait néanmoins au total plus intéressante que celle de la requérante, ne permet pas de conclure au défaut d'intérêt du moyen; qu'en effet, d'une part, à la suite de l'examen du moyen, il ne peut être exclu que la requérante se serait vu octroyer plus de points que ce qu'elle a reçus ou que l'attributaire s'en serait vu attribuer moins, et, par conséquent, que la différence finale entre les deux offres aurait été moins importante, voire inexistante; que, d'autre part, la requérante avance un autre moyen à l'encontre d'un autre critère d'attribution, moyen qui, combiné avec ce deuxième moyen, pourrait

conduire à ce que son offre aurait dû être considérée comme la plus intéressante; que le moyen est recevable;

Considérant que le cahier spécial des charges énonce ce qui suit à propos du troisième critère d'attribution :

- " 3/ Le % des mâchefers bruts valorisés (15 points)
- le % estimé des mâchefers bruts valorisés (joindre raisonnement détaillé). La préférence est donnée à la valorisation «matière», puis à la valorisation «énergie», ensuite à l'enfouissement en décharge contrôlée. L'adjudicataire décrira pour chaque produit (mâchefer, métaux ferreux, métaux non ferreux, imbrûlé,...) quelle destination finale il compte réserver.";

Considérant que l'offre de la requérante énonce, en page 20, que 2 % des mâchefers sont valorisés énergétiquement; que l'offre déposée par la firme HEROS énonce les motifs sur lesquels elle se fonde pour avancer une valorisation "matière" à concurrence de 100 %; que, sur ce point, la décision attaquée est motivée comme suit :

- " Compte tenu de l'impact important d'une non valorisation «matière» pour des raisons environnementales, techniques et politiques, 1/6 des points est pris en compte par %.

Heros valorise 100 % (15 points), Valomac 98 % (10 points) et Strabag 96,5 % (6,3 points).";

que la décision attaquée mentionne expressément que chaque pour-cent non valorisé comme "matière" fait perdre un sixième des points de la note maximale, soit 2,5 points sur 15, et que la requérante ne propose de valorisation "matière" que pour 98 % des mâchefers, perdant de la sorte 5 points; qu'elle expose donc les motifs sur lesquels s'est fondée la partie adverse pour établir la note attribuée à la requérante pour ce critère;

Considérant que si la requérante estimait que le taux de mâchefers non valorisés comme "matière" était, en réalité, inférieur à 2 %, il lui incombait de l'indiquer dans son offre; qu'à défaut pour elle de l'avoir fait, il n'appartenait pas à la partie adverse d'en tenir compte pour comparer les offres; que le fait que le procédé de traitement proposé par la requérante est susceptible d'obtenir les déchets les plus inertes ne permet pas de conclure à l'irrégularité de l'acte attaqué étant donné que le cahier spécial des charges indiquait expressément que l'offre serait analysée sur le pourcentage de mâchefers valorisé comme matière et non sur la qualité des déchets; que, pour le surplus, les critiques de la requérante portent sur la préférence accordée par la partie adverse dans le cahier spécial des charges à la valorisation "matière", de telles critiques relevant de l'opportunité et échappant à la compétence du Conseil d'Etat;

Considérant que la requérante n'établit pas non plus en quoi l'offre de HEROS serait techniquement irréalisable, ni les raisons pour lesquelles la partie adverse aurait dû examiner spécialement ce point de l'offre de l'attributaire; que le fait que le cahier spécial des charges indique un taux d'imbrûlés de 2 à 5 % dans les mâchefers ne paraît, en effet, pas impliquer que cette partie n'est pas susceptible de faire l'objet d'une valorisation "matière" et n'étaye pas davantage l'argument selon lequel les résidus imbrûlés inférieurs à 300 mm doivent être incinérés par l'adjudicataire; que la différence, avancée par la requérante dans son dernier mémoire, entre des mâchefers bruts et des mâchefers nets n'est pas conforme au cahier spécial des charges; que l'article C 2 des clauses techniques prévoit en effet que :

" Les résidus des déchets incinérés sur grilles sont refroidis dans un extracteur. Les fractions supérieures à 300 mm sont séparées du flux. Les mâchefers sont déferailés par un tambour magnétique (...). En 1997, la production de mâchefers était de 123.953 Tonnes (hors mitraille tambour magnétique), pour une incinération de 515.412 Tonnes de déchets. La mitraille récupérée présentait un poids de 10.093 Tonnes. Cette mitraille ne fait pas partie du présent marché.";

qu'il s'ensuit que les mâchefers bruts à valoriser au terme du présent marché ne comprenaient pas ces résidus; qu'en retenant l'offre de HEROS qui proposait la valorisation pour l'intégralité des mâchefers hors mitraille, la partie adverse n'a méconnu ni le cahier spécial des charges ni les principes visés au moyen;

Considérant que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un troisième moyen de "la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 précitée, de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, du principe de proximité, du principe d'égalité, du principe de bonne administration, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir"; qu'elle relève qu'en ce qui concerne le critère relatif aux garanties de respect de l'environnement, son offre a été moins bien cotée que celle de HEROS alors qu'en vertu notamment du principe de proximité, il conviendrait de traiter et de valoriser les résidus d'incinération en un lieu le plus proche possible du lieu de leur production; qu'elle fait valoir qu'il ressort de la motivation de la décision litigieuse que 5 sous-critères ont été retenus par le pouvoir adjudicateur pour noter les offres sur la base de ce critère : le mode de transport, la distance, l'accessibilité du site, la méthode de travail prévue et les précautions particulières, que, pour les deux derniers critères, il est admis qu'elle et HEROS sont au même niveau et, par conséquent, remportent 5 points pour chacun des 2 critères, qu'en ce qui concerne le critère de l'accessibilité du site, la

requérante est en droit d'obtenir 5 points pour son offre de base dès lors que les tranches horaires prévues sont de 7 h à 19 h, alors que, les tranches horaires de HEROS étant de 6 h à 17 h, celle-ci devrait perdre un point, un point étant perdu par heure de non-accessibilité du site par rapport à l'accessibilité maximale, que les critères relatifs au mode de transport et à la distance doivent être combinés vu leur interconnectivité, qu'en effet, en fonction du mode de transport choisi et de la distance parcourue, la nuisance générée pour l'environnement est plus ou moins grande, que son centre de traitement est fort proche de l'incinérateur alors qu'en revanche, HEROS évacue ses mâchefers à Sluiskil, aux Pays-Bas, et les commercialise dans des grands travaux menés encore bien plus au Nord, que l'offre de base de la requérante qui équivaut à 10.607 TEP est la plus avantageuse sur le plan environnemental et doit se voir attribuer le total des 10 points cumulés des 2 critères, qu'à l'inverse, la solution de l'adjudicataire qui équivaut à 83.893 TEP doit être pénalisée en retirant des 10 points cumulés des 2 critères le rapport de 83.893/10.607, soit 7,9 points;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante souligne que les services de la partie adverse ont estimé opportun d'intégrer dans le critère relatif aux garanties de respect de l'environnement la notion de "distance", laquelle fait bien évidemment écho au principe de proximité, qu'il suit du rapport technique établi par l'administration que, pour quatre des cinq aspects envisagés, la requérante et l'adjudicataire sont placés à égalité, que c'est donc sur le seul aspect de la "distance" que la différence de points a été établie, qu'une différence de deux points seulement traduit mal l'écart géographique qui sépare l'usine de traitement de la requérante (localisée à Grimbergen) de celle de l'adjudicataire (située aux Pays-Bas), que la partie adverse a ainsi commis une erreur manifeste d'appréciation, en comptant pour quantité négligeable le facteur "distance", que la partie adverse concède elle-même que, du point de vue de la distance, l'offre de la requérante était de loin la meilleure, que le transport par barge ne reçoit une meilleure appréciation que dans la mesure où il s'effectue au même coût que le transport routier, ce qui, du point de vue strictement environnemental, démontre que les intérêts financiers priment en réalité sur la protection du milieu, que la partie adverse laisse sous-entendre que l'offre de l'adjudicataire serait, de ce point de vue, meilleure que celle de la requérante, que ce sous-entendu est démenti par les pièces du dossier administratif puisque le rapport de l'administration souligne que l'offre de base de la requérante - la mieux cotée dans le classement - propose, tout comme celle de l'adjudicataire, un acheminement par barge et une navette par route, que la différence de points entre les deux offres ne s'explique que par le critère de la distance, pour lequel la partie adverse doit bien concéder que l'offre de la requérante était de loin la meilleure, qu'une différence de deux points sur un total de vingt-cinq ne traduit pas cette différence

considérable de sorte que le rapport de l'administration repose sur une erreur manifeste d'appréciation; qu'elle précise que, à défaut de pondération entre eux, les cinq sous-critères regroupés sous le critère "Garanties de respect de l'environnement" sont censés avoir la même importance, soit cinq points pour chacun d'entre eux, que la sous-pondération que la partie adverse présente pour la première fois dans son mémoire en réponse n'est donc pas crédible et a été, sans doute, établie pour les besoins de la cause, qu'elle ne repose en tout cas sur aucun élément du dossier administratif, que, dès l'instant où pour les quatre autres sous-critères, les offres de base de l'adjudicataire et de la requérante reçoivent la même appréciation, et que, pour le sous-critère distance, l'offre de la requérante était de loin la meilleure, celle-ci aurait dû obtenir le maximum des points et non seulement vingt-deux sur vingt-cinq; qu'elle note, pour le reste, que la partie adverse n'apporte aucune réponse aux autres arguments qu'elle a invoqués;

Considérant que, dans son dernier mémoire, elle relève que faute d'avoir hiérarchisé ou pondéré les cinq sous-critères dans le cahier spécial des charges ou dans l'avis de marché, la partie adverse leur a attribué la même valeur; qu'elle souligne par ailleurs que la pondération retenue par la partie adverse est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, que le facteur relatif au mode de transport devait être pondéré en concordance avec le facteur relatif à la distance car "si, dans les principes, il est vrai que le transport fluvial est meilleur, à distances égales, sur le plan environnemental que le transport routier, il n'en est pas moins vrai que le transport fluvial de longue distance est une nuisance s'avérant supérieure au transport routier de courte distance";

Considérant que l'intérêt au moyen est lié au fondement de celui-ci;

Considérant que le cahier spécial des charges énonce ce qui suit à propos du deuxième critère d'attribution :

" 2/ Les garanties de respect de l'environnement (25 points)

- mode de transport et distance

Le transport alternatif au transport routier (en 1^{ère} priorité par barge, en 2^{ème} priorité par train,...) au même prix que celui-ci est considéré comme un bonus.

Le nombre de kilomètres jusqu'au centre d'élimination sera comparé (à préciser dans l'offre). L'accessibilité du site sera décrite en détail mentionnant notamment les jours/heures d'ouverture.

- méthode de travail prévue au chargement, déchargement, traitement éventuel, transport et valorisation ou élimination, et ceci même pour des phases intermédiaires (p. ex. chargement de barge) ou ultérieures (p. ex. mode de transport du site de traitement vers les lieux d'élimination, si ces derniers se trouvent le long d'un cours d'eau).

- précautions particulières (la gestion lors du transport/transbordement éventuel, la gestion sur site, la garantie du respect scrupuleux des règles de protection de l'environnement lors du traitement et l'évacuation, la protection des personnes...);

Considérant, tout d'abord, que, contrairement à ce que soutient la requérante, il ressort de la note chiffrée de trois pages qui porte la date du 25 octobre 2001 et qui est jointe à la décision attaquée que la pondération des cinq éléments composant ce critère a bien été établie au plus tard au moment de la comparaison des différentes offres et non lors de la rédaction des mémoires en réponse; qu'aux termes de la réglementation alors applicable au marché litigieux, la pondération des critères d'attribution, et a fortiori des sous-critères, ne devait pas figurer dans les documents du marché; que la requérante ne démontre pas, et le dossier ne l'établit pas, que la pondération opérée dans la note du 25 octobre 2001 a rompu le principe d'égalité entre les soumissionnaires ou a été inspirée par une volonté de manipuler la comparaison des offres, ni que, si elle avait été connue lors de la préparation des offres, elle aurait pu influencer le contenu de l'offre de la requérante sur le plan du mode de transport proposé - elle offre tant le transport routier que fluvial -, du site d'incinération - ses installations d'incinération sont situées à Grimbergen -, et de l'accessibilité du site;

Considérant, par ailleurs, qu'il résulte de cette même note que le sous-critère relatif au mode de transport se voit octroyer 13 points, celui relatif à la méthode de travail 5 points, et ceux relatifs à la distance, à l'accessibilité du site et aux précautions particulières respectivement 2 points; que la fixation de la pondération des sous-critères relève du pouvoir d'appréciation de la partie adverse; qu'eu égard aux arguments invoqués par la partie adverse à propos de la cohérence de la politique environnementale, à savoir l'exiguïté régionale, la difficulté de déplacement routier et l'augmentation de la pollution par voie routière en site urbain, le nombre de points accordé à chaque sous-critère paraît justifié au regard de l'objectif poursuivi par ce critère et, à tout le moins, exempt de toute erreur manifeste d'appréciation; que l'argumentation de la requérante qui repose sur l'octroi à chaque sous-critère de 5 points ne peut dès lors être retenue;

Considérant, ensuite, que la requérante estime que les sous-critères relatifs au mode de transport et à la distance doivent être combinés vu leur interconnexité et que l'appréciation chiffrée doit se faire sur la somme des points de ces deux sous-critères; que la requérante ne démontrant pas que la séparation entre les deux sous-critères précités est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, son argumentation revient en réalité à demander au Conseil d'Etat qu'il substitue un nouveau sous-critère d'attribution tenant compte des TEP à celui retenu par la partie adverse, ce qui excède sa compétence;

Considérant, enfin, que la requérante s'en prend à la notation du sous-critère "distance"; qu'elle s'est vu attribuer la note de 2 points sur 2 tandis que la firme HEROS n'a obtenu que 0,16 sur 2; qu'elle n'a dès lors pas intérêt à cet argument;

Considérant que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un quatrième moyen de "la violation de l'article 6 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, de l'incompétence de l'auteur de l'acte et de l'excès de pouvoir"; qu'elle expose que la décision d'attribuer le marché aurait été prise par le directeur général de la partie adverse, alors qu'aux termes de l'article 6 visé au moyen, elle aurait dû être prise par le Ministre ayant l'autorité hiérarchique sur la partie adverse; qu'elle fait valoir que du dossier connu au moment de l'introduction du recours en annulation, ne ressort qu'un arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 15 novembre 2001, classant les différentes offres, que cette décision, qui émane du reste d'un auteur incompétent, ne correspond pas à la décision d'attribuer le marché, et que classer les offres et attribuer un marché constituent deux actes administratifs distincts;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante ajoute que l'appartenance de la partie adverse, en raison de l'ordonnance du 19 juillet 1990, à la catégorie des organismes d'intérêt public de classe A au sens de la loi du 16 mars 1954 a pour conséquence de rendre applicables les dispositions de l'article 6 de la loi du 24 décembre 1993, que la partie adverse reconnaît que le marché concerné par le litige n'est pas de ceux pour lesquels une délégation de compétence aux fonctionnaires dirigeants de l'Agence aurait été organisée par l'arrêté du 23 mars 1995, que la partie adverse opère une confusion entre les autorités gouvernementale et ministérielle, que l'article 6 confère au seul Ministre exerçant son autorité hiérarchique sur les organismes d'intérêt public, et non au Gouvernement tout entier, la compétence de prendre les décisions relatives à la passation et à l'exécution des marchés relatifs à ces organismes, et qu'il n'existe aucun arrêté ministériel par lequel le Ministre de l'Environnement opérerait délégation des compétences à lui attribuées par l'article 6, précité, au bénéfice du Gouvernement tout entier; qu'elle relève qu'en l'espèce, la note au Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale n'est qu'une proposition ministérielle de décision et non une décision en soi, que ce document ne peut être assimilé à la décision que le Ministre eût pu prendre en vertu de l'article 6, que cette assimilation ne peut pas plus être retenue en ce qui concerne le fait, pour le Gouvernement, de charger le Ministre de l'exécution de la décision prise le 15 novembre 2001, de sorte que le marché a été attribué sans que ne soit prise de décision d'attribution du marché par la seule autorité légalement

compétente, étant le Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale ayant l'environnement dans ses attributions; qu'elle expose également que l'article 36 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, combiné avec l'article 69 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, déterminant le mode de répartition des compétences du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, ne sont pas en mesure de déroger à la législation fédérale sur les marchés publics, puisque cette matière a été expressément réservée à la compétence fédérale par l'article 6, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980, de sorte que l'article 6 de la loi du 24 décembre 1993 ne méconnaît pas le principe des articles 36 et 69 précités puisque ces dispositions ne sont pas applicables dans une matière demeurée fédérale;

Considérant que la décision attaquée a été prise par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale agissant en qualité d'organe de l'Agence régionale pour la propreté;

Considérant, d'une part, que l'article 6 de la loi du 24 décembre 1993 précitée prévoit que:

" Chaque ministre est, dans les limites de ses attributions, compétent pour prendre les décisions relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'Etat et des organismes qui relèvent de son autorité hiérarchique.
Pour les autres personnes de droit public que celles visées à l'alinéa 1^{er}, les pouvoirs attribués au ministre pour la passation et l'exécution des marchés visés audit alinéa sont exercés par les autorités et organes compétents, en vertu des dispositions d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'une disposition réglementaire ou statutaire les régissant.
Les pouvoirs conférés en vertu des alinéas 1^{er} et 2 du présent article peuvent, pour les autorités et organes compétents visés auxdits alinéas et relevant de l'Etat, être délégués dans les limites fixées par le Roi, sauf lorsqu'une disposition légale particulière règle cette délégation.";

que, dans son avis sur l'avant-projet de loi devenu la loi du 24 décembre 1993, la section de législation du Conseil d'Etat a observé, à propos de l'article 6, qu' "il est à remarquer, si besoin en est, que l'article (6) ne peut évidemment s'appliquer qu'au Gouvernement national" (Doc. parl., Sénat, sess. 1992-1993, n° 656/1, p. 131); que le commentaire de l'article 6 du projet de loi indique que "pour les marchés des départements ministériels nationaux, cette disposition confirme, à l'alinéa 1^{er}, la compétence du ministre. Il en va de même pour les marchés publics des organismes relevant de l'autorité hiérarchique de l'un de ces ministres. (...) Pour les autres personnes de droit public, le texte renvoie aux dispositions de la loi, du décret, de l'ordonnance, de la disposition réglementaire ou statutaire les régissant" (Doc. parl., Sénat, sess. 1992-1993, n° 656/1, p. 17); qu'en Commission du Sénat, il a été précisé qu' "il ressort clairement de la discussion que le

premier alinéa ne vise que les ministres nationaux" et que "le deuxième alinéa de cet article vise notamment les Exécutifs, les communes, ..." (Doc. parl., Sénat, sess. 1992-1993, n° 656/2, p. 44); qu'il s'ensuit que cette disposition ne vise que les ministères fédéraux et les organismes décentralisés fédéraux soumis à l'autorité hiérarchique d'un ministre fédéral, et non les organismes publics relevant de l'autorité hiérarchique d'un ministre régional; que le moyen manque en droit sur ce point;

Considérant, d'autre part, que l'article 3, § 2, de l'ordonnance du 19 juillet 1990 énonce que l'Agence régionale pour la propreté est inscrite à l'article 1^{er}, A, de la loi du 16 mars 1954; que cette ordonnance ne précise pas l'organe ou l'autorité investie du pouvoir de gestion de l'Agence, si ce n'est en ce qui concerne la gestion journalière de l'Agence qui, selon l'article 6 de l'ordonnance, "est assurée par un fonctionnaire dirigeant et un fonctionnaire dirigeant adjoint"; que l'article 8, alinéa 1^{er}, de la loi du 16 mars 1954 prévoit que "les organismes de la catégorie A sont soumis à l'autorité du Ministre dont ils relèvent ; à ce Ministre sont confiés les pouvoirs de gestion"; que l'article 83, § 3, de la loi du 8 août 1980 précitée, auquel renvoie l'article 38 de la loi du 12 janvier 1989, dispose que "les compétences attribuées à un Ministre par la loi, par décret ou par arrêté royal, sont exercées par le Gouvernement, chaque fois qu'il s'agit d'une affaire relevant de la compétence de ce dernier"; qu'il s'ensuit que le pouvoir de gestion de l'Agence, lequel comprend l'adoption de la décision attaquée, relève du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale; que l'arrêté du 18 juillet 2000 du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale portant règlement de son fonctionnement et réglant la signature des actes du Gouvernement prévoit, en son article 5, f, 1), une délégation de compétences au Ministre compétent pour les marchés publics "dont le montant estimé, hors taxe sur la valeur ajoutée, est inférieur à : - 100 millions de francs pour les marchés à passer par adjudication publique ou appel d'offres général"; que tel n'est pas le cas du marché public querellé dont le montant est de 208,86 MBEF TVAC;

Considérant que le moyen n'est pas fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La Région de Bruxelles-Capitale est mise hors de cause.

Article 2.

La requête est rejetée.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-huit octobre deux mille six par :

M^{me} WILLOT-THOMAS,
MM. LEWALLE,
NIHOUL,
M^{me} MOREL,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

C. MOREL.

M.-L. WILLOT-THOMAS.