CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 181.351 du 19 mars 2008

G./A.132.477/VI-16.438

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

ayant élu domicile chez
Me François van der MENSBRUGGHE, avocat,
avenue Franklin Roosevelt, n° 82, bte 8,
1050 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
le Centre hospitalier PELTZER-LA TOURELLE,**

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue Docteur Haibe, n° 10,
5002 Saint-Servais.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e^ CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 29 janvier 2003 par la société anonyme DALKIA qui poursuit l'annulation de la décision prise le 7 novembre 2002 par le Centre hospitalier PELTZER-LA TOURELLE attribuant à la société anonyme AXIMA SERVICES le marché public de travaux comportant deux lots indivisibles et relatif à l'installation, l'exploitation et la gestion d'une unité de production et de distribution de chaleur nécessaire au chauffage des bâtiments, à la production d'eau chaude sanitaire et à la fourniture de vapeur;

Vu l'arrêt n° 124.677 du 27 octobre 2003 rejetant la demande de suspension;

Vu la demande de poursuite de la procédure introduite le 28 novembre 2003 par la partie requérante;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

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

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la partie adverse;

Vu l'ordonnance du 12 février 2008, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 12 mars 2008;

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

Entendu, en ses observations, Me François van der MENSBRUGGHE, avocat, comparaissant pour la partie requérante;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Auditeur;

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 Centre hospitalier PELTZER-LA TOURELLE est une intercommunale constituée sous la forme d'une société civile coopérative à responsabilité limitée.

2. Le 18 avril 2002, la partie adverse a décidé d'organiser une procédure d'appel d'offres restreint en vue de l'attribution d'un marché public divisé en deux lots indissociables et ayant pour objet :

" - Lot 1 : La fourniture et la mise en service d'une unité de production et de distribution de chaleur nécessaire au chauffage des bâtiments, à la production d'eau chaude sanitaire et à la fourniture de vapeur pour les cuisines et les autoclaves de stérilisation des deux sites (La Tourelle et Peltzer) du CHPLT.

- Lot 2 : L'exploitation et la gestion (entretien, conduite, surveillance et garantie totale) de ces installations et des installations techniques HVAC existantes.

L'établissement et le respect du quota de combustible nécessaire au chauffage des bâtiments, à la production de vapeur pour les cuisines et les autoclaves de stérilisation ainsi qu'à la production d'eau chaude sanitaire, le Maître de l'Ouvrage étant responsable de la mise à disposition du combustible nécessaire à l'exploitation.".

Ce marché visait à fournir une solution de remplacement à la suite de la décision d'ELECTRABEL de mettre fin à l'exploitation du réseau de distribution de vapeur qui existait sur le territoire de la ville de VERVIERS.

3. Le 13 juin 2002, le cahier spécial des charges du marché a été approuvé par le bureau permanent du conseil d'administration de la partie adverse.

Les critères d'attribution sont les suivants (art. 2.20) :

" 2.20.1. Valeur technique et qualité de l'offre : 45 pts

A titre exemplaire, les moyens techniques mis en oeuvre, la présence éventuelle d'un dispatching capable d'effectuer une surveillance à distance, le nombre d'heures qui sera réellement presté par le personnel, le niveau de compétence du personnel, etc ... sont des critères pris en considération dans l'évaluation technique et qualitative de l'offre.

2.20.2. Prix total : 30 pts

2.20.3. Variantes libres : 25 pts

Celles-ci doivent avoir pour but d'améliorer l'offre de base et donc d'obtenir un meilleur rendement des installations en vue de diminuer les coûts d'exploitation.".

En ce qui concerne les variantes libres, le cahier spécial des charges précise que :

" Sous peine de nullité :
- (...)
- les présentations autorisées de variantes générales peuvent être établies sur des formules libres, ces formules reprenant obligatoirement tous les renseignements généraux figurant sur la formule de soumission annexée (...)".

4. A une date inconnue, le bureau permanent a sélectionné trois entreprises, à savoir ASEA BROWN BOVERI, DALKIA et AXIMA SERVICES, et les a invitées, par lettre recommandée du 3 juillet 2002, à soumissionner.

5. Le 6 septembre 2002, lors de la séance d'ouverture des offres, deux offres ont été recueillies, à savoir celle de la partie requérante et celle de la société anonyme AXIMA SERVICES.

6. Le 3 novembre 2002, un rapport d'analyse des offres a été établi par le bureau d'études PIERRE BERGER. Ce rapport, qui contient 16 pages de comparaison et 10 pages sous la forme de tableaux, propose in fine l'attribution du marché public à la société anonyme AXIMA SERVICES dont l'offre est notée 85,5/100, l'offre de la requérante obtenant 77/100.

7. Le 4 novembre 2002, les services de la partie adverse ont établi un rapport à l'attention du bureau permanent, rapport qui se présente comme suit :

" NOTE POUR LE BUREAU PERMANENT DU 7 NOVEMBRE 2002

Concerne : Reconversion énergétique.
Fourniture et mise en service d'unité de production de chaleur et exploitation et gestion des installations techniques HVAC.
Désignation de l'adjudicataire.

Suite à la publication de l'appel d'offres restreint (autorisée par décision du B.P. du 18 avril 2002), 5 sociétés ont fait acte de candidature, à savoir:

- s.a. ASEA BROWN BOVERI (A.B.B.) - 1930 ZAVENTEM
- AXIMA Services sa. - 1000 BRUXELLES
- s.a. CLOSE - 4920 AYWAILLE
- DALKIA s.a. - 1070 BRUXELLES
- Technical Equipment Maintenance s.a. - 1190 BRUXELLES

Au terme de la procédure de sélection qualitative des candidats, trois des cinq candidats ont été invités à soumissionner sur base du Cahier Spécial des Charges approuvé par le B.P. du 13 juin 2002 : ABB, AXIMA Services et DALKIA, les deux autres n'ayant pas pu être retenus pour raison de non-respect des conditions d'agréation et d'effectifs du personnel.

La candidature de la AXIMA Services s.a. a été retenue mais subordonnée à la condition expresse que sa société soeur, AXIMA Contracting s.a., soit explicitement et exclusivement désignée dans sa soumission comme responsable de l'exécution des travaux de fourniture et de mise en service des installations. Cette condition a été imposée pour des raisons de niveau d'agréation,

Seuls deux des trois candidats invités à soumissionner ont remis offre : AXIMA Services et DALKIA, ABB n'ayant plus donné suite.

Il a été procédé à l'ouverture publique des offres le 6 septembre 2002 sans proclamation de prix.

Les deux soumissionnaires ont rentré des offres très élaborées et complètes avec de multiples variantes jusqu'à et y compris une variante portant sur l'installation et l'exploitation en annexe d'un système complet de co-génération.

Les offres ont été analysées de façon très approfondie et conjointement par le mandataire du Bureau d'Etudes Pierre BERGER s.a., M. MARCHAL, et par l'Ingénieur Responsable des Services Techniques et de Maintenance du C.H.P.L.T., C. JUNGERS. Cet examen a entraîné un certain nombre de questions destinées à préciser certains points ou à lever des ambiguïtés apparentes, dont la liste a été adressée par écrit aux deux soumissionnaires, respectivement pour ce qui les concernait.

MM. MARCHAL et JUNGERS ont ensemble rédigé le rapport d'examen des offres et procédé à la cotation de celles-ci, selon la pondération annoncée dans le Cahier Spécial des Charges pour les trois critères d'attribution du marché, à savoir:

- Valeur technique et qualité de l'offre:	45 points
- Prix total:	30 points
- Variantes libres	25 points
Total :	100 points

Ce rapport est à la disposition des membres du B.P. pour consultation auprès des Services Techniques.

Les approches des deux soumissionnaires n'étaient pas toujours identiques, l'un intégrant dans son offre de base des propositions que l'autre proposait en variante et inversement, de sorte que pour rendre les deux offres comparables, il a été nécessaire de prendre pour point de départ l'offre relative aux besoins de base du C.H.P.L.T., puis d'ajouter l'une après l'autre les diverses variantes considérées comme nécessaires pour prendre en compte les besoins futurs prévisibles de l'Institution ainsi que celles qui apportaient une économie nette sur une période de dix ans d'exploitation.

Une fois le classement des deux offres établi sur cette base, le problème du financement par tiers investisseur fut intégré, mais ne donna pas lieu à une modification du classement puisque le taux d'intérêt est de prime rate + 1,25 % chez DALKIA et de prime rate + 1,35 % ou 1,40 % chez AXIMA.

En résumé, la situation peut se présenter comme suit:

	AXIMA	DALKIA
Besoins de base	€ 1.014.318.-	€ 1.089.000.-
Variante de prise en compte besoins futurs	Compris dans base	€ 102.405.-
Variante de modification du système de régulation	€ 125.000.- (générant une économie de combustible de € 469.607.- sur 10 ans - voir infra*)	Non proposée
Variante d'isolation tuyaux sous-station B	Compris dans base	€ 7.878.- (générant des économies de combustible - voir infra***)
Variante de télégestion des comptages	€ 10.200.- (générant des économies de maintenance - voir infra**)	
Montant de l'investissement à financer	€ 1.149.518.-	€ 1.199.283.-
Maintenance Coût sur 10 ans	€ 980.180.- **	€ 1.070.750.-
Garantie totale Coût sur 10 ans	€ 487.396.-	€ 337.750.-
	€ 1.467.576.-	€ 1.408.500.-
Coût total sur 10 ans	€ 2.617.094.-	€ 2.607.783.-
Consommation gaz pour chauffage/E.C.S./ valeur sur 10 ans à prix constants	€ 3.393.314.-	€ 3.497.916.-
	€ 469.607.-	€ 87.770.-

Economies réalisées par investissements	€ 2.923.707.-	€ 3.410.146.-
Coût total sur 10 ans	€ 5.540.801.-	€ 6.017.929.-
Différence : € 477.128.-		

Le document final, sur base des trois critères d'attribution, est le suivant:

CRITERES	Points maxima	AXIMA	DALKIA
Critère1 - Qualités techniques	45	40,0	44,0
Critère 2 - Prix total	30	30,0	26,0
Critère 3 - Variantes	25		
Variantes diverses		0,5	2,5
Variantes chauffage		15,0	0
Variante co-génération		0	0
Variante fourniture de chaleur		0	4,5
Variante fourniture de chaleur et d'électricité		0	0
Total critères 1 à 3	100	85,5	77

En ce qui concerne la co-génération, nous estimons avoir toutes les raisons de reporter l'investissement et d'attendre le moment propice. En effet, les mesures d'aide vont évoluer, les producteurs d'énergie seront intéressés par le système pour disposer des certificats «verts» vu les quotas de certificats qui leur seront imposés par les autorités suite aux normes environnementales. De plus, le profil électrique et thermique de l'Institution évolue mais cette évolution devrait se stabiliser d'ici deux à trois ans, ce qui entraîne une imprécision actuelle importante pour l'optimalisation du dimensionnement de l'installation et donc ne permet pas d'assurer les rendements environnementaux et l'obtention des certificats verts qui sont indispensables pour que l'opération puisse être rentable pour le C.H.P.L.T. Il est donc opportun de postposer cette opération.

Les conséquences financières favorables résultant de la reconversion sont illustrées dans les tableaux ci-annexés. A remarquer que cette opération est doublement rentable puisque malgré une technicité croissante dans le domaine HVAC, due aux investissements des dernières années, nos coûts HVAC sont en diminution.

RECOMMANDATION

Il est recommandé par les soussignés que le Bureau Permanent désigne l'entreprise AXIMA Services s.a. en tant qu'adjudicataire du marché et que ce dernier soit limité aux besoins de base du C.H.P.L.T. en matière de reconversion énergétique, augmenté des variantes
- «prise en compte des besoins futurs de l'Institution»,
- «modification du système de régulation - remplacement du matériel actuel Honeywell par du matériel plus performant Siemens»,
- «isolation de la tuyauterie de la sous-station B», et
- «télégestion des «comptages»,

pour un prix d'investissement de € 1.149.518.- HTVA.

A cela s'ajoutent l'exploitation et la gestion des installations techniques HVAC assorties de la maintenance et de la garantie totale pour une période de 10 ans.

Enfin, il est recommandé d'avoir recours à la formule du tiers investisseur, à un taux fixe base sur le «prime rate » (BIBOR) du jour de la commande augmenté d'un intérêt compris entre 1,25 et 1,40 % (à négocier), soit un total compris entre 6,60 et 6,75 % par an.".

8. Le 7 novembre 2002, le bureau permanent a pris la décision suivante, qui constitue l'acte attaqué :

" 13.2. Reconversion énergétique : Fourniture et mise en service d'unité de production de chaleur et exploitation et gestion des installations techniques HVAC.
Désignation de l'adjudicataire.

M. DOPPAGNE confirme à M. CHARLIER, Administrateur-Délégué, que la nouvelle structure a été prise en compte dans les perspectives de la reconversion énergétique.

DECISION :
Vu la publication de l'appel d'offres restreint autorisé par le Bureau Permanent en sa séance du 18 avril 2002,
Vu l'analyse effectuée par le mandataire du Bureau d'Etudes Pierre Berger et par l'Ingénieur Responsable des Services Technique et de Maintenance du CHPLT,
Considérant que l'offre de l'entreprise AXIMA est jugée la plus intéressante en tenant compte de l'offre relative aux besoins de base du CHPLT et aux variantes considérées comme nécessaires pour prendre en compte les besoins futurs prévisibles de l'institution ainsi que celles qui apportaient une économie nette sur une période de 10 ans d'exploitation,
Qu'en effet, selon la pondération annoncée dans le cahier des charges pour les 3 critères d'attribution du marché, AXIMA a obtenu 85,5 points (40 pour les qualités techniques, 30 pour le prix total et 15,5 pour les variantes) alors que DALKIA a obtenu 77 points (44 pour les qualités techniques, 26 pour le prix total, et 7 pour les variantes),

A l'unanimité des membres présents, le Bureau Permanent désigne l'entreprise AXIMA en tant qu'adjudicataire du marché limité aux besoins de base du CHPLT, en matière de reconversion énergétique, augmenté des variantes :
- «prise en compte des besoins futurs de l'Institution »,
- «modification du système de régulation»,
- «isolation de la tuyauterie de la sous-station B », et
- «télégestion des comptages »,
pour un prix d'investissement de € 1.149.518.- HTVA.

A cela s'ajoutent l'exploitation et la gestion des installations techniques HVAC assorties de la maintenance et de la garantie totale pour une période de 10 ans.

Il sera recouru à la formule du tiers investisseur, à un taux fixe basé sur le «prime rate» (BIBOR) du jour de la commande augmenté d'un intérêt compris entre 1,25 et 1,40 % (à négocier), soit un total compris entre 6,60 et 6,75 % par an.".

9. Le 27 novembre 2002, la partie requérante, indiquant avoir appris son éviction, a demandé à la partie adverse "de bien vouloir (lui) communiquer le rapport de décision motivée, ainsi que le rapport d'attribution complet et détaillé".

Le 4 décembre 2002, la partie requérante a exposé à la partie adverse que, à la suite d'un entretien avec ses services à propos d'une éventuelle interprétation des chiffres remis relatifs à la consommation garantie, aucune interprétation n'était possible au vu des dispositions du cahier spécial des charges.

Le 5 décembre 2002, la partie requérante a demandé à la partie adverse de revoir les éléments d'attribution du marché public querellé.

Le 6 décembre 2002, les services de la partie adverse ont envoyé à la partie requérante "les motifs de la non attribution du marché à votre société, tels que précisés dans la décision du Bureau Permanent du 7 novembre 2002". A cet envoi, est annexée la décision attaquée du 7 novembre 2002 du bureau permanent sans qu'il soit établi que d'autres annexes étaient jointes.

Le 16 décembre 2002, la requérante a sollicité la partie adverse en ces termes :

" Nous souhaitons recevoir les éléments pris en considération pour la cotation des différents points, à savoir :
- valeur technique
- prix pour la fourniture d'une unité de production de chaleur
- prix pour l'entretien et la garantie totale
- autres éléments qui seraient intervenus dans la composante du prix.

En ce qui concerne la cotation des variantes, pouvez-vous nous énumérer les variantes retenues, ainsi que les points attribués à chacune de ces variantes.".

10. Le 26 novembre 2002, la partie adverse a notifié l'attribution du marché à la société anonyme AXIMA SERVICES.

Le 9 décembre 2002, la société anonyme AXIMA SERVICES a retourné ladite notification dûment signée pour accord.

Le 30 décembre 2002, la partie adverse a donné à cette société l'ordre de commencer les travaux;

Considérant que dans une première exception, la partie adverse excipe de l'irrecevabilité ratione temporis du recours au motif qu'il ressort du dossier administratif que la partie requérante "avait une connaissance acquise de la décision d'attribution dès le 27 novembre 2002" en telle sorte que la requête en annulation, signée le 28 janvier 2003, est tardive, le délai de recours expirant le 27 janvier 2003;

Considérant que le marché public querellé est un marché de travaux passé selon la procédure d'appel d'offres restreint; que l'article 25, § 2, 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 est rédigé comme suit :

" Art. 25. § 2. En adjudication restreinte, en appel d'offres restreint et en procédure négociée avec publicité lors du lancement de la procédure au sens de l'article 17, § 3, de la loi, les candidats non sélectionnés sont informés de cette décision par le pouvoir adjudicateur dans les moindres délais et au plus tard lors de l'envoi de l'invitation à remettre offre. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur communique les motifs de sa non-sélection à tout candidat non sélectionné, dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande écrite.

Les soumissionnaires, dont l'offre a été jugée irrégulière ou n'a pas été choisie, en sont informés par le pouvoir adjudicateur dans les moindres délais.

Le pouvoir adjudicateur communique dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande écrite :

1° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction;
2° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et à l'adjudicataire, la décision motivée d'attribution du marché.";

Considérant qu'indépendamment de l'application ou non en l'espèce de l'article 19 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, il suffit de constater que la requérante a eu connaissance en novembre 2002 de ce que son offre n'avait pas été choisie, qu'elle a demandé, par des lettres des 27 novembre et 5 décembre 2002, de disposer des motifs de la décision attaquée et qu'elle a reçu, par une lettre du 6 décembre 2002, la délibération du 7 novembre 2002 du bureau permanent; qu'il s'ensuit que les motifs de la décision d'attribution ne lui ont été communiqués, en même temps que la décision d'attribution, que le 6 décembre 2002; que le délai de recours n'ayant pris cours que le 7 décembre 2002, la requête introduite le 29 janvier 2003 est recevable ratione temporis; qu'en effet, le délai de recours commence à courir lorsque la requérante prend connaissance de la décision attaquée et de ses motifs dès lors qu'ayant été informée de son éviction, elle demande, dans un délai raisonnable de quinze jours, communication de ces motifs; que l'exception ne peut être accueillie;

Considérant que dans une deuxième exception d'irrecevabilité, la partie adverse expose qu'il se déduit de la consultation de l'inventaire du dossier de la partie requérante, des prises de contact que celle-ci aurait eues avec les membres du centre hospitalier et de la possession d'informations lui permettant de comprendre parfaitement le choix litigieux que le recours "n'est intenté qu'en vue de recevoir des informations confidentielles sur l'offre de la société AXIMA", qu'il en va d'autant plus ainsi que "en dépit des conditions clairement énoncées par le règlement de procédure et les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la partie n'a déposé aucune pièce de nature à justifier le dommage que l'exécution immédiate de l'acte lui cause", de sorte que son intérêt est illégitime;

Considérant que dès lors qu'une entreprise a participé à la procédure d'attribution d'un marché public, a été sélectionnée et a déposé une soumission, elle justifie d'un intérêt légitime à introduire un recours en annulation de la décision attribuant ce marché à un concurrent; que par ailleurs, en l'espèce, les affirmations de la partie adverse ne sont étayées par aucune pièce de la procédure; que l'argumentation de la partie adverse relative au dommage causé par l'exécution immédiate de l'acte attaqué n'est pas pertinente dès lors qu'elle a trait à la preuve du risque de préjudice grave difficilement réparable, qui est une condition propre au référé administratif; que l'exception manque totalement tant en droit qu'en fait;

Considérant que dans une troisième exception, la partie adverse soulève l'incompétence du Conseil d'Etat à un double titre; qu'elle relève tout d'abord que le Conseil d'Etat est incompétent pour formuler des injonctions à l'égard de l'administration et que selon les termes de la requête, il n'est pas demandé au Conseil d'Etat de prononcer l'annulation de l'acte attaqué, "ce pour quoi il est bien naturellement compétent"; qu'elle soutient ensuite que, "dans le contexte actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité extra-contractuelle des pouvoirs publics, la théorie de l'objet véritable du recours nous semble devoir impliquer dans le présent contexte l'incompétence du Conseil d'Etat dès que le marché est conclu"; qu'elle affirme ce qui suit :

" i. En effet, une annulation de ce que (le Conseil d'Etat a) pu considérer comme une décision administrative dans un temps par pure opportunité, ne peut avoir aucune conséquence juridique, ni sur le contrat conclu, ni sur la décision d'attribution PARCE QUE LE CONTRAT EST CONCLU.

ii. Cette «décision», qui n'est que l'expression de consentement de la partie publique, une fois le contrat conclu, a vidé ses effets, en se coulant en quelque sorte, dans un acte juridique bilatéral, dont une partie n'est pas une autorité administrative.

iii. A partir de ce moment, l'objet véritable d'un litige ne peut porter que, soit sur la validité du contrat, soit une responsabilité extra-contractuelle de l'administration ou de l'autre partie au contrat ou d'un soumissionnaire qui aurait commis une faute dans le cadre de la conclusion d'un marché.

iv. En Belgique, la jurisprudence et la doctrine majoritaire, reconnaissent aux soumissionnaires, le droit d'obtenir la réparation d'un préjudice causé par une administration, soit des dommages et intérêts, qui ne peuvent être accordés que par les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, selon une jurisprudence constante de la cour de cassation.

Dès lors, le détour par Votre Conseil est inutile, dès que le contrat est conclu, accroît l'arriéré de cette juridiction et ne peut emporter aucune conséquence juridique, puisque l'expression du consentement de la partie publique a été en quelque sorte absorbée par un contrat. Le contentieux extra-contractuelle, de la puissance publique et des participants aux procédures de passation des marchés publics, est de la compétence exclusive des cours et tribunaux judiciaires en application des articles 144 et 145 de la Constitution, seule compétente pour se prononcer sur les conditions d'application de l'article 1382 du Code civil, tout comme le serait un hypothétique contentieux relatif à la validité du contrat soulevé par un tiers dans l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation.

La partie adverse demande expressément que le déclinatoire de compétence soit tranché par la Cour de cassation en application de l'article 158 de la Constitution et des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.";

Considérant, quant au premier argument, que le recours introduit par la requérante s'intitule "recours en annulation"; que, s'il est exact qu'à la première page de la requête, la requérante invite le Conseil d'Etat à ordonner l'annulation de l'acte attaqué, elle demande, dans son dispositif, d'annuler cet acte; que l'argument ne peut être accueilli;

Considérant, quant au second argument, que l'acte attaqué, qui a pour objet l'attribution d'un marché public, est un acte administratif unilatéral détachable du contrat qui s'est noué par la suite entre la partie adverse et l'attributaire du marché; que la circonstance que la décision unilatérale d'attribution du marché ait été suivie de la conclusion d'un contrat n'a pas pour effet de soustraire l'acte attaqué à la compétence du Conseil d'Etat; qu'en effet, l'acte attaqué ne fait pas naître de rapports contractuels entre l'autorité et la requérante et ne concerne pas les rapports contractuels entre l'autorité et la société attributaire du marché; qu'il s'ensuit que le recours n'a pas pour objet la validité du contrat noué à la suite de l'acte détachable; que, par ailleurs, le présent recours est étranger au contentieux de la responsabilité extra-contractuelle des pouvoirs publics, la requérante n'invoquant pas son droit à une indemnisation du chef d'une éventuelle faute du pouvoir adjudicateur; que le Conseil d'Etat a le pouvoir d'annuler les actes des autorités administratives lorsque ceux-ci peuvent faire l'objet d'un recours objectif, par opposition au recours dont l'objet véritable et direct est de

faire consacrer l'existence d'un droit subjectif, civil ou politique, ou de faire assurer le respect d'un tel droit; que le recours en annulation de la société requérante, tiers à la convention qui a suivi l'acte attaqué, ne porte pas sur la méconnaissance d'un droit subjectif mais vise au respect de la légalité, en raison du grief que, selon elle, lui cause l'acte attaqué dans la mesure où il la prive de la possibilité d'obtenir le marché querellé; que l'exception doit être rejetée;

Considérant que la société requérante prend un moyen, le deuxième de la requête, de "l'absence de motivation adéquate"; qu'elle expose que la décision qui lui a été notifiée ne permet pas de savoir pourquoi l'un des soumissionnaires mérite plus de points que l'autre, spécialement en ce qui concerne le critère prix total, qu'un début de réponse se trouve dans la note du 4 novembre 2002, que "l'intervention de deux facteurs inconnus, soit une première modification unilatérale de la valeur proposée par la requérante et une conversion des unités de chauffe en coût total, ont pour conséquence qu'il est impossible de vérifier la manière dont les points ont été attribués aux soumissionnaires respectifs pour ce poste" de sorte que l'acte attaqué n'est pas motivé à suffisance;

Considérant que la partie adverse répond de manière générale qu' "un marché «performanciel» et une grande liberté accordée aux soumissionnaires impliquent ensuite dans le chef du pouvoir adjudicateur une certaine souplesse dans l'interprétation des réponses remises par les entreprises afin de permettre l'attribution effective de pareil marché complexe"; qu'elle soutient par ailleurs que le secret des affaires doit intervenir dans les exigences de la motivation formelle de l'acte attaqué et produit une pièce complémentaire, soit le rapport de comparaison des offres, mais expurgé des mentions considérées par l'adjudicataire du marché comme relevant du secret d'entreprise; qu'elle expose ensuite que l'absence de motivation formelle ne peut être tenue pour fondée sur le vu de la reconnaissance, par la requérante, de ses contacts téléphoniques et de ses voies d'informations privilégiées et sur le vu de la requête en annulation qui démontre que la partie requérante a parfaitement eu connaissance et compris les motifs de droit et de fait qui ont conduit le pouvoir adjudicateur à attribuer le marché puisqu'elle n'en conteste pas l'existence mais bien la pertinence, que seul le contenu de l'offre de l'attributaire n'est pas encore connu, que cela n'est pas requis au titre de la motivation formelle de la décision d'attribution, que "l'article 139 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 offre une base juridique pour défendre une interprétation plus restrictive de l'obligation de motivation formelle des actes administratifs dans le cadre de la passation des marchés publics en raison des informations sensibles sur le plan des affaires qui sont régulièrement communiquées aux pouvoirs adjudicateurs";

Considérant que dans son dernier mémoire, la partie adverse ajoute que :

" D'une part, elle (la conclusion du rapport de l'auditeur) fait totalement abstraction des circonstances précises de la passation de ce marché et singulièrement du caractère sensible des informations contenues dans les offres. La partie requérante a d'ailleurs refusé de répondre à certaines questions posées par la partie adverse en cours de passation au nom du secret des affaires. Le conseil de l'adjudicataire du marché a interdit de manière expresse la divulgation des informations contenues dans son offre au nom du même secret des affaires.

D'autre part, le rapport de l'auditeur reste extrêmement imprécis sur les éléments qui figureraient dans le rapport et non dans les documents communiqués, éléments qui ne seraient pas couverts par le secret des affaires, et qui auraient dus être communiqués avec la décision d'attribution.

Enfin, le rapport de l'auditeur n'indique pas si les informations qu'il estime manquantes figurent dans le rapport de comparaison des offres produit avec le mémoire en réponse (c'est-à-dire avec des mentions biffées) ou dans le rapport de comparaison intégral communiqué au Conseil d'Etat à titre confidentiel ultérieurement sous le bénéfice de la jurisprudence de la cour d'arbitrage (CA.2007/118).

(...)

Pour finir, si le Conseil d'Etat n'adapte pas ses exigences en matière de motivation formelle des décisions d'attribution avec la solution de l'arrêt de la cour d'arbitrage 118/2007 du 19 septembre 2007. En effet, à partir du moment où des documents sont communiqués avec une réserve de confidentialité, cela implique nécessairement que les éléments couverts par la confidentialité ne peuvent être requis au titre de la motivation formelle de la décision d'attribution.";

Considérant que le moyen met en cause l'insuffisance de la motivation formelle de la décision attaquée; que l'exigence de motivation formelle d'un acte administratif est proportionnelle au caractère discrétionnaire du pouvoir d'appréciation de l'auteur de cet acte; que plus ce pouvoir est large, plus la motivation se doit d'être précise et doit refléter et justifier les étapes du raisonnement de l'autorité; qu'ainsi, dans la matière des marchés publics, la motivation formelle de la décision d'attribution qui clôt la procédure d'adjudication consiste la plupart du temps en une simple comparaison du prix des offres régulières et sélectionnées; que dans une procédure d'appel d'offres, la motivation formelle de la décision d'attribution est fonction du caractère plus ou moins ouvert des critères d'attribution et des exigences du cahier spécial des charges;

Considérant qu'en l'espèce, le marché public querellé a été attribué au terme d'une procédure d'appel d'offres restreint; qu'en outre, il s'agissait, comme le souligne la partie adverse, d'un marché complexe de conception-réalisation-exploitation et d'un marché "sur performance"; que les critères d'attribution retenus étaient particulièrement ouverts; que des variantes libres étaient autorisées, leur notation

représentant 25 % des points; que la difficulté bien réelle pour un pouvoir adjudicateur de comparer les offres dans un tel cadre doit d'autant s'accompagner d'une justification précise et claire des éléments de comparaison et de leur appréciation, notamment sous la forme d'une notation; qu'à cet égard, conférer une note à un élément ne suffit pas en soi à le justifier ni à l'objectiver; qu'exiger une telle motivation ne revient pas à s'immiscer dans l'exercice du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur mais ne fait que correspondre au voeu du législateur et a pour but de rendre transparentes et intelligibles les décisions prises par une autorité administrative, laquelle ne peut se réfugier derrière un langage technique ou chiffré difficilement compréhensible ou derrière l'assistance d'hommes de l'art;

Considérant que le 6 décembre 2002, la partie adverse a transmis à la société requérante une copie de la décision attaquée du 7 novembre 2002 du bureau permanent sans y joindre d'annexes; que le texte de cette décision se contente de désigner l'offre qui est jugée la plus intéressante et d'énoncer les points obtenus par les deux soumissionnaires au regard des trois critères d'attribution et les variantes libres retenues ainsi qu'une formule de financement; qu'il n'y a pas lieu d'avoir égard à la note du 4 novembre 2002 des services de la partie adverse au bureau permanent (voir point 7 de l'exposé des faits) parvenue certes à la requérante mais sans que cela n'émane officiellement de la partie adverse;

Considérant que l'acte attaqué fait référence au rapport d'examen des offres; que, toutefois, la société requérante n'a pas eu connaissance de ce rapport du 3 novembre 2002 établi par le bureau d'études PIERRE BERGER; que la motivation formelle par référence d'un acte administratif est admissible pour autant que ce à quoi il est référé dans l'acte attaqué soit connu du destinataire de l'acte, que ce soit préalablement ou simultanément à la notification de l'acte attaqué mais non postérieurement à celle-ci; que tel n'est pas le cas en l'espèce pour le rapport précité du 3 novembre 2002;

Considérant que les informations contenues dans la décision litigieuse ne suffisent pas pour comprendre les raisons concrètes qui ont déterminé le choix de l'autorité en faveur de l'offre concurrente; qu'ainsi, aucune explication n'est donnée ni quant aux notations attribuées aux deux offres en lice pour le critère 1 "Qualités techniques", ni quant à la répartition des 25 points prévus pour le critère 3 "Variantes" entre les différentes variantes proposées, ni quant à l'attribution ou non de points à certaines variantes en-dehors de la neutralisation de la variante "cogénération"; que c'est dans le rapport d'analyse des offres que figurent les éléments permettant de

comprendre les notations des variantes ou leur neutralisation ainsi que les notations des qualités techniques;

Considérant que l'on n'aperçoit pas en quoi l'article 139 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité peut déroger à l'obligation légale de motivation formelle et aurait permis au pouvoir adjudicateur de ne pas commenter ou de ne pas matérialiser des notations dont lui seul connaît le fondement; que la confidentialité de certaines pièces avancée par l'attributaire du marché n'a pas empêché la partie adverse de déposer, en annexe de son mémoire en réponse, ledit rapport d'analyse des offres amputé des passages qualifiés comme tels et, dès lors, de le soumettre à la contradiction des parties;

Considérant qu'il s'ensuit que la décision d'attribution du marché n'est pas motivée à suffisance; que le deuxième moyen est fondé,

D E C I D E :

Article 1er.

Est annulée la décision prise le 7 novembre 2002 par le Centre hospitalier PELTZER-LA TOURELLE attribuant à la société anonyme AXIMA SERVICES le marché public de travaux comportant deux lots indivisibles et relatif à l'installation, l'exploitation et la gestion d'une unité de production et de distribution de chaleur nécessaire au chauffage des bâtiments, à la production d'eau chaude sanitaire et à la fourniture de vapeur.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

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

M^me^	WILLOT-THOMAS,	Président de chambre,
MM.	LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
	NIHOUL,	Conseiller d'Etat,
M^me^	SCHMITZ,	Greffier.

Le Greffier, Le Président,

V. SCHMITZ. M.-L. WILLOT-THOMAS.