

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 200.245 du 29 janvier 2010

G./A.166.132/VI-17.004

En cause : **1. la société anonyme DELTA THERMIC,**
2. la société anonyme DRUART,
formant ensemble une association momentanée,

ayant élu domicile chez
Me Jean-Marie RIKKERS, avocat,
rue Denis Lecocq, n° 35,
4031 Angleur,

contre :

**la société anonyme Société Wallonne
des Aéroports,**

ayant élu domicile chez
Mes Eric GILLET et
Patrick THIEL, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 19 septembre 2005 par la société anonyme DELTA THERMIC et la société anonyme DRUART, formant ensemble une association momentanée, qui demandent l'annulation de la décision prise le 14 juillet 2005 par la société anonyme SOCIETE WALLONNE DES AEROPORTS d'attribuer à la société anonyme CEGELEC le lot B2 (HVAC-Installations sanitaires-Protection incendie) du marché public de travaux relatif à la nouvelle aérogare de l'aéroport de Charleroi-Bruxelles-Sud;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

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

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

Vu l'ordonnance du 15 décembre 2009, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 13 janvier 2010;

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

Entendu, en leurs observations, Me Jean-Luc TEHEUX, loco Me Jean-Marie RIKKERS, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. HOUYET, 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 14 juin 2005, cinq soumissionnaires ont déposé une offre pour l'attribution du lot B2 (HVAC-Installations sanitaires-Protection incendie) du marché public de travaux relatif à la nouvelle aérogare de l'aéroport de Charleroi-Bruxelles-Sud.

Les requérantes ont présenté une offre en tant qu'association momentanée.

2. Les offres ont fait l'objet d'un rapport d'évaluation dont il ressort que celle de la S.A. CEGELEC a obtenu 88,29 points, celle de la S.A. CLOSE 85,72 points, celle de AXIMA 83,36 points, celle des requérantes 83,35 points et l'offre de la S.A. IMTECH PROJECTS 81,99 points.

3. Le 14 juillet 2005, la partie adverse a approuvé le rapport d'analyse des offres et décidé d'attribuer à la S.A. CEGELEC le lot B2 (HVAC-Installations sanitaires-Protection incendie) du marché public de travaux relatif à la nouvelle aérogare de l'aéroport de Charleroi-Bruxelles-Sud. Il s'agit de l'acte attaqué.

4. Le 14 juillet 2005, la partie adverse a adressé des courriers pour informer les quatre soumissionnaires dont l'offre n'avait pas été retenue.

La partie adverse a transmis, en annexe à ces lettres, une copie de la décision d'attribution du marché public ainsi que du rapport d'évaluation des offres.

Elle a informé ces soumissionnaires de la possibilité de former un recours "dans le cadre d'une procédure en référé d'extrême urgence devant un juge judiciaire" (sic), dans un délai de dix jours.

5. Le courrier, transmis aux requérantes, a été renvoyé par la poste à la partie adverse l'adresse mentionnée sur la missive étant inexacte.

La partie adverse a procédé à un nouvel envoi le 20 juillet 2005. Celui-ci a été réceptionné le 26 juillet 2005.

6. Le 29 juillet 2005, la partie adverse a notifié à la S.A. CEGELEC sa décision de lui attribuer le lot B2 (HVAC-Installations sanitaires-Protection incendie) du marché public de travaux relatif à la nouvelle aérogare de l'aéroport de Charleroi-Bruxelles-Sud.

7. Le 2 août 2005, les requérantes ont adressé à la partie adverse un courrier dans lequel elles contestaient la décision d'attribuer le marché public à la S.A. CEGELEC et par lequel elles faisaient part de leur intention de former un recours en référé devant le président du tribunal de première instance de Namur ainsi qu'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat.

8. Le 4 août 2005, les requérantes ont adressé une requête unilatérale au président du tribunal de première instance de Namur qui a rendu, le même jour, une ordonnance interdisant à la partie adverse, sous peine d'astreinte, de poser un acte susceptible de conduire à l'attribution du marché public litigieux jusqu'à ce que soient tranchés les recours juridictionnels qui seraient introduits par les requérantes dans un délai de soixante jours.

9. Le 14 octobre 2005, à la suite d'une tierce opposition formée par la partie adverse et une citation contradictoire effectuée par les requérantes devant le tribunal de première instance de Namur, celui-ci a pris une nouvelle ordonnance constatant que, à la suite de la notification de la décision d'attribution du marché public, intervenue le 29 juillet 2005, l'ordonnance du 4 août 2005 n'avait plus de raison d'être. Le tribunal de première instance de Namur a déclaré également tardive la demande des requérantes visant à empêcher l'attribution du marché public.

La Cour d'appel de Liège s'est prononcée le 24 avril 2006 en déclarant l'action non fondée;

I - Quant à la compétence du Conseil d'Etat

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse soulève une première exception fondée sur l'incompétence du Conseil d'Etat pour connaître du recours; qu'elle allègue que la SOCIETE WALLONNE DES AEROPORTS (SOWAER) n'est pas une autorité administrative, que "la jurisprudence récente de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat est fixée en ce sens que constituent en principe des autorités administratives les personnes morales dont le fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics et qui peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers", que, même si elle a été créée par une autorité administrative et si elle est soumise au contrôle des pouvoirs publics, une société anonyme qui ne peut pas prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers ne perd pas son caractère de droit privé, que le fait qu'une mission d'intérêt général lui soit confiée est, à cet égard, dénué de pertinence, que la puissance publique est définie par le Conseil d'Etat comme le pouvoir exorbitant d'imposer à d'autres dans le commerce juridique, en vue de la réalisation de certains objectifs d'intérêt général, des obligations unilatérales, notamment en déterminant de manière unilatérale soit ses propres obligations envers d'autres, soit les obligations de ces autres, obligations qui peuvent consister à devoir reconnaître ou subir des pouvoirs ou des droits que l'organe doté de la puissance publique confère à des tiers, que la SOWAER est une société anonyme créée par la Société régionale d'investissement de la Wallonie, sous la forme de société spécialisée d'intérêt public, que de l'examen de ses statuts, il ressort qu'elle ne peut adopter unilatéralement des décisions obligatoires à l'égard des tiers, qu'elle ne dispose notamment pas du pouvoir d'exproprier, qu'elle ne peut pas établir des taxes, qu'aucun des arrêtés du Gouvernement wallon relatif à l'exercice de missions déléguées spécifiques confiées à la SOWAER ne lui confère la prérogative de prendre unilatéralement des décisions obligatoires à l'égard des tiers, en manière telle que la requête en annulation est irrecevable;

Considérant que l'article 22 de la loi du 2 avril 1962 constituant une société nationale d'investissement et des sociétés régionales d'investissement, tel que remplacé par l'article 1^{er} du décret régional wallon du 6 mai 1999, est rédigé dans les termes suivants :

" Art. 22. § 1^{er}. En vue de favoriser le développement économique de la Région, le Gouvernement peut créer, seul ou avec d'autres personnes de droit public ou privé, en vue d'organiser les synergies nécessaires, des sociétés spécialisées, ci-après dénommées «sociétés spécialisées», dont la Région détient la majorité des titres représentatifs du capital. La création d'une société spécialisée fait l'objet d'une information du Conseil régional wallon de la part du Gouvernement.

La Région peut également détenir des titres représentatifs du capital des sociétés spécialisées par la voie d'une mission déléguée à une société spécialisée. Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, la Région détient la totalité des titres représentatifs du capital de la S.A. «Société pour la Gestion de participations de la Région dans des sociétés commerciales», et de la S.A. «Société wallonne pour la Sidérurgie».

Toutefois, la SWS et la SOWAGEP peuvent s'associer sous toutes formes selon des modalités acceptées par le Gouvernement.

L'objet social des sociétés spécialisées est de réaliser les missions qui leur sont déléguées par décret ou par arrêté du Gouvernement en vue de contribuer à la mise en oeuvre de la politique économique de la Région, ainsi que des missions pour compte propre dans le domaine sidérurgique aux conditions déterminées par le Gouvernement;

[...]"

que l'article 23 de la même loi prévoit que :

" Art. 23. Les filiales spécialisées et les sociétés spécialisées sont des sociétés d'intérêt public constituées sous la forme de société anonyme. Pour tout ce qui n'est pas réglé par ou en vertu du présent décret ou par leurs statuts, les règles relatives aux sociétés commerciales leur sont applicables et leurs actes sont réputés commerciaux";

que les articles 27, 28 et 29 de la même loi disposent que :

" Art. 27. § 1^{er}. Pour accomplir les missions décrites aux articles 21 et 22, la S.R.I.W., ses filiales spécialisées et les sociétés spécialisées peuvent notamment :

1/ faire partie de toute association, groupe ou syndicat, ou y prendre des intérêts;

2/ acquérir une participation dans le capital d'une société par voie d'apport, de fusion, de cession, de souscription de parts lors d'une augmentation de capital ou par tous autres moyens;

3/ souscrire des emprunts obligataires, octroyer des prêts;

4/ prendre toutes garanties et sûretés personnelles ou réelles et notamment le gage sur fonds de commerce;

5/ d'une manière générale, faire toute opération se rapportant directement ou indirectement à leurs missions ou de nature à en favoriser la réalisation.

§ 2. La S.R.I.W., ses filiales spécialisées et les sociétés spécialisées veillent à conclure des conventions avec les parties concernées en vue de participer à la gestion industrielle, financière et commerciale des entreprises à la création desquelles elles ont contribué ou dans lesquelles elles ont des intérêts.

§ 3. La S.R.I.W., ses filiales spécialisées et les sociétés spécialisées peuvent recourir aux services de tiers et les charger de toute mission utile à la réalisation de leur objet.

Art. 28. Lorsqu'il met en oeuvre des missions déléguées visées à l'article 22, le Conseil d'administration de la filiale spécialisée ou de la société spécialisée concernée exécute strictement et fidèlement les missions confiées par décret ou par arrêté du Gouvernement, conformément aux modalités définies par le Gouvernement.

La Région procure aux filiales spécialisées et aux sociétés spécialisées les ressources financières nécessaires à l'accomplissement de ces missions. Les opérations effectuées par les filiales et les sociétés spécialisées dans le cadre de ces missions sont présentées de façon distincte dans leurs comptes.

Art. 29. § 1^{er}. Le contrôle de la situation financière, des comptes annuels et de la régularité des opérations à constater dans les comptes annuels de la S.R.I.W., de ses filiales spécialisées et des sociétés spécialisées, est confié à un ou plusieurs commissaires-réviseurs nommés par l'Assemblée générale conformément aux lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

Pour les missions déléguées visées à l'article 22, l'Inspection des Finances est associée en tant qu'observateur extérieur à ce contrôle. Elle informe le Gouvernement de l'évolution et des résultats du contrôle et le conseille sur toutes questions en rapport avec ce contrôle.

§ 2. Le contrôle de l'exécution des missions déléguées définies à l'article 22 s'effectue par deux commissaires que le Gouvernement désigne et qu'il peut révoquer.

Ces commissaires veillent à ce que les mesures prises dans le cadre des missions déléguées ne violent pas les lois, les décrets, les arrêtés, les statuts ou les clauses contractuelles relatives aux missions déléguées.

Ils ont le droit de prendre connaissance de toutes les décisions de l'Assemblée générale, du Conseil d'administration et, le cas échéant, de l'organe chargé de la gestion journalière, de procéder à toutes les vérifications nécessaires et de se faire produire tous les renseignements et documents utiles à cet effet.

Ils ont le droit d'assister, avec voix consultative, aux réunions du Conseil d'administration qui concernent l'exécution des missions déléguées.

Les commissaires du Gouvernement suspendent et dénoncent conjointement au Gouvernement toute décision du Conseil d'administration méconnaissant les lois, les décrets, les arrêtés, les statuts ou les clauses contractuelles relatives aux missions déléguées. A cet effet, ils disposent d'un délai de quatre jours francs; ce délai court à partir du jour de la réunion à laquelle la décision a été prise, pour autant que les commissaires du Gouvernement y aient été régulièrement convoqués et, dans le cas contraire, à partir du jour où ils en ont reçu connaissance.

Si le Gouvernement n'a pas statué dans les huit jours de la suspension, la décision peut être exécutée.

La rémunération des commissaires du Gouvernement est fixée par le Gouvernement et payée par la société";

que, selon l'annexe au Moniteur belge du 20 juillet 2001, la société anonyme dénommée SOCIETE WALLONNE DES AEROPORTS a été créée par la Région wallonne, sur la base du décret régional wallon du 6 mai 1999; qu'elle a pour objet :

" Y de mettre à disposition, à titre onéreux, des sociétés gestionnaires des aéroports et sous quelque forme juridique que ce soit, des terrains et des infrastructures dont elle assure l'entretien et le développement, ainsi que de créer toutes zones d'activités industrielles, économiques ou mixtes dont le développement peut être favorisé par la proximité de l'un de ses aéroports;

Y de prendre aux termes des missions déléguées particulières qui lui seront confiées, par le Gouvernement et pour compte de la Région, toutes participations financières dans les sociétés qu'il désignera; dans le même cadre légal, d'assurer la gestion des programmes environnementaux décidés par la Région.

En vue de la réalisation de son objet, la société peut, seule ou en partenariat, accomplir toutes opérations commerciales, industrielles, financières ou de gestion immobilières ou mobilières, nécessaires ou utiles à la réalisation de son objet et notamment celles visées à l'article 27 du Décret du 6 mai 1999";

Considérant que la SOCIETE WALLONNE DES AEROPORTS (SOWAER) est une société spécialisée, créée par la Région wallonne, le 28 juin 2001, sur la base de l'article 22, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 2 avril 1962 précitée; qu'il s'agit d'une société d'intérêt public constituée sous la forme d'une société anonyme; que le Gouvernement de la Région wallonne lui a délégué des missions par un arrêté du 29

novembre 2001; que, selon les articles 1^{er} et 2 de cet arrêté, la SOWAER est chargée de la mise en oeuvre, du suivi et du financement des mesures adoptées par le Gouvernement et le Ministre en exécution de l'article 1^{er}bis de la loi du 18 juillet 1973 relative à la lutte contre le bruit, qu'à cette fin elle intervient, entre autres, dans l'octroi de primes à l'isolation des habitations situées dans les zones du plan d'exposition au bruit, dans l'octroi de primes de déménagement au titulaire d'un bail de résidence principale et dans l'octroi de primes pour troubles commerciaux et professionnels, qu'elle est chargée encore de la réalisation et de la valorisation d'études mettant en évidence la contribution des aéroports au développement économique de la Région wallonne et de participer au financement de projets visant à inscrire les aéroports dans un système de management environnemental; que le contrôle de la SOWAER, en tant que société spécialisée, est exercé par le Gouvernement de la Région wallonne, selon les modalités fixées par les articles 28 et 29 de la loi du 2 avril 1962, précités;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse entend s'appuyer essentiellement sur l'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 1999 (Pas. 1999, I, p. 452) pour dénier à la SOWAER la qualité d'autorité administrative;

Considérant que par l'arrêt du 10 septembre 1999, la Cour de cassation a cassé l'arrêt du Conseil d'Etat n° 71.754 du 11 février 1998 en ce qu'il reconnaissait à la société anonyme BRUSSELS AIRPORT TERMINAL COMPANY (B.A.T.C.) le caractère d'une autorité administrative;

Considérant qu'en cette espèce, il est apparu, notamment, qu'un arrêté royal du 10 décembre 1987 avait autorisé la Régie des Voies Aériennes à participer à la société anonyme à constituer sous la dénomination "N.V. BRUSSELS AIRPORT TERMINAL COMPANY S.A.", en abrégé B.A.T.C.; qu'il ressortait du rapport au Roi que B.A.T.C. serait une "société de droit privé [...] à laquelle la Régie participera en détenant plus de 25 % des actions ce qui constitue une minorité de blocage", que B.A.T.C. aurait pour objet social "la gestion et l'exploitation de l'aérogare passagers en ce compris le bâtiment parking, les voies d'accès et les extensions futures, ainsi que la réalisation en phases et leur financement, avec des capitaux en provenance exclusive du secteur privé, des travaux d'extension, d'amélioration et de modernisation nécessaires"; que, pour permettre à B.A.T.C. de réaliser sa mission, la Régie effectuerait l'apport en nature de son activité entière se rapportant aux passagers dans l'aérogare passagers, à l'exclusion de la fouille des passagers et de leur bagage à main, et que, pour permettre à B.A.T.C. d'exécuter les obligations liées à cet apport, celle-ci obtiendrait le droit de percevoir les redevances d'embarquement et celles dues pour

l'utilisation des passerelles à l'usage des passagers, redevances fixées par l'arrêté royal du 17 janvier 1977; qu'un arrêté royal du 10 décembre 1987 a modifié l'arrêté royal du 17 janvier 1977, précité, en complétant son article 1^{er} par la disposition suivante : "Toutefois, la société anonyme «N.V. BRUSSELS AIRPORT TERMINAL COMPANY S.A.» (B.A.T.C.) est autorisée, à partir de sa constitution, à percevoir, aux conditions du présent arrêté et conformément au chapitre III, les redevances dues pour l'usage des installations aménagées à l'intention des passagers à l'aérogare passagers de l'Aéroport national"; que les arrêtés royaux précités ne permettaient pas de conclure que B.A.T.C. avait été constituée par les pouvoirs publics fédéraux, mais seulement que ceux-ci avaient participé à sa constitution en personne morale de droit privé; que ces différences obligent à rejeter l'analogie alléguée par la partie adverse entre la présente espèce et celle dont la Cour de cassation a eu à connaître par son arrêt du 10 septembre 1999;

Considérant en effet que la SOWAER a été créée en vertu de la loi, à l'initiative de la seule Région wallonne; qu'aux termes de ses statuts, elle est une société spécialisée d'intérêt public constituée pour une durée illimitée, que son capital est de 75 millions (75.000.000 euros) d'euros, représenté par sept mille cinq cents (7.500) actions sans désignation de valeur nominale représentant chacune un sept mille cinq centièmes ($1/7.500^{\text{ème}}$) de l'avoir social que la Région wallonne a souscrites (dans leur intégralité) et qui ont été libérées à concurrence de 25 %, soit dix-huit millions sept cent cinquante mille euros (18.750.000 euros), par apport en numéraire, qu'elle exerce des missions déléguées, définies par les articles 1^{er} et 2 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 29 novembre 2001, dans le cadre desquelles, par l'intermédiaire de commissaires qu'il désigne et qu'il peut révoquer, le Gouvernement wallon peut s'opposer à toute décision du conseil d'administration qui violerait les lois, les décrets, les arrêtés, les statuts ou les clauses contractuelles relatives aux missions déléguées; que, sans qu'il y ait lieu de rechercher si, dans l'exercice de ses missions, la SOWAER dispose ou non de la compétence de prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers, et sans qu'y fasse obstacle sa forme de droit privé, elle apparaît, tant du point de vue organique que fonctionnel, comme une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973; qu'au demeurant, par un arrêt du 10 septembre 2009, la Cour de cassation, juge des conflits d'attributions, a jugé qu'une institution créée par la loi, chargée d'une mission d'intérêt général, qui exerce cette mission à la place d'une autorité administrative et qui fait ainsi partie intégrante de l'administration est une autorité administrative, et que peu importe dès lors qu'elle puisse ou non prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers; que l'exception d'incompétence ne peut être accueillie;

II - Quant à la recevabilité de la requête

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse soulevait une seconde exception tirée du défaut d'intérêt des requérantes; qu'elle a toutefois déclaré à l'audience quelle renonçait à cette exception;

III - Quant aux moyens

Considérant que les requérantes prennent un premier moyen "de la violation des prescriptions essentielles du cahier spécial des charges; violation de l'article 98, § 1^{er} et 2 et de l'article 77 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996; violation du principe d'égalité des soumissionnaires"; qu'elles affirment qu'en décidant d'attribuer le marché à la S.A. CEGELEC et d'écarter les autres offres, dont celles des requérantes, alors que les offres qui avaient obtenu plus de points étaient toutes irrégulières, la partie adverse n'a respecté ni les dispositions essentielles du cahier spécial des charges, ni l'article 98, § 1^{er}, et 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, ni le principe d'égalité des soumissionnaires, que le rapport d'analyse des offres fait ressortir qu'en ce qui concerne les plafonds rayonnants, les offres des sociétés CEGELEC, CLOSE et AXIMA s'écartent des prescriptions du cahier spécial des charges, alors que l'offre des requérantes y répond, sous réserve de la largeur des lamelles et de celle des luminaires, que, cependant, les offres des sociétés CEGELEC, CLOSE et AXIMA ont obtenu, sur la base des critères d'attribution, plus de points que celle des requérantes et ont respectivement été placées en première, deuxième et troisième positions, l'offre des requérantes étant classée en quatrième position, qu'en décidant d'attribuer le marché à l'offre ayant obtenu le plus de points, celle déposée par la S.A. CEGELEC, nonobstant le fait que cette offre ne répondait pas, quant aux plafonds rayonnants, aux prescriptions du cahier spécial des charges, la partie adverse a violé les dispositions de celui-ci qui prévoient que les soumissionnaires sont impérativement tenus de remettre prix pour le projet conforme aux plans et aux prescriptions du cahier spécial des charges et que les soumissionnaires non conformes sont éliminés et ne participent pas au classement, que la partie adverse ne pouvait, légalement, attribuer le marché à un soumissionnaire ayant déposé une offre qui n'était pas conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges, d'autant plus que le cahier spécial des charges prévoyait lui-même la sanction de cette non-conformité, à savoir l'élimination et l'exclusion de la participation au classement, qu'en application de l'article 98, § 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, la partie adverse devait considérer comme nulle l'offre de la S.A. CEGELEC et, le cas échéant, celles des

sociétés CLOSE et AXIMA en ce que les conditions techniques de l'offre constituent des conditions essentielles du marché comme le stipule l'article 77 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996; qu'en attribuant le marché au soumissionnaire qui avait déposé une offre non conforme, en l'occurrence la S.A. CEGELEC, la partie adverse a également violé le principe d'égalité des soumissionnaires;

Considérant que, dans leur mémoire en réplique, les requérantes réaffirment, en substance, que l'analyse des offres démontre que l'offre de la S.A. CEGELEC est contraire aux prescriptions essentielles, soit les conditions techniques, du cahier spécial des charges puisque tant le matériau que le diamètre des tuyaux diffèrent des prescriptions du cahier spécial des charges, que l'offre de la S.A. CEGELEC, telle que formulée pour les plafonds rayonnants, ne respecte pas les prescriptions du cahier spécial des charges, que le plafond en polyéthylène, tel que proposé par la S.A. CEGELEC, s'écarte des matériaux proposés, qu'il ne pourra jamais garantir les performances imposées, soit 87 W/m^2 puisqu'il n'atteint qu'une performance de 78 W/m^2 , performance maximale pour ce type de matériau, que dans la mesure où le diamètre des tubes diffère de ce qui est prescrit, le régime d'écoulement du fluide caloporteur est également modifié; que ce régime ne correspond plus à la description du cahier spécial des charges et plus spécifiquement au régime d'écoulement du fluide qui est afférent à des diamètres de 4,3 mm, soit le diamètre prévu, que les distinctions auxquelles se livre la partie adverse quant au caractère substantiel ou non des irrégularités de l'offre de la S.A. CEGELEC ne résultent pas des dispositions applicables, que l'article 77 de l'arrêté royal range les conditions techniques parmi les conditions essentielles du marché, que l'article 98 ne contient pas la distinction entre les irrégularités substantielles et celles qui ne le sont pas, que la distinction aboutit à réduire l'application de la nullité à la violation de certaines prescriptions essentielles, à savoir celles qui seraient substantielles, ce qui est beaucoup plus restrictif, qu'en tout état de cause, l'offre de la S.A. CEGELEC est affectée d'une irrégularité substantielle, que l'intention de l'auteur du cahier spécial des charges est clairement exprimée à l'article 5, § 5, de ce cahier aux termes duquel "Les soumissions non conformes sont éliminées et ne participent pas au classement déterminé ci-après", que la sanction d'écartement qui frappe une telle soumission est bien une sanction de nullité, que la partie adverse elle-même a, par conséquent, considéré que la violation d'une condition technique était une irrégularité substantielle puisqu'une disposition expresse du cahier spécial des charges le précise, que le caractère essentiel et substantiel des irrégularités de l'offre de la S.A. CEGELEC, sanctionnées par une nullité absolue, prive de toute pertinence le classement des offres, que l'offre de la S.A. CEGELEC n'atteint pas et n'atteindra jamais les performances imposées par le cahier

spécial des charges, que l'on se place tant au moment de l'attribution du marché que de son exécution, qu'il est vain de transposer des dispositions applicables au niveau de l'exécution en latitude qui serait laissée au soumissionnaire au stade de son offre, que la réglementation sur les marchés publics ne permet pas de régulariser une offre non conforme par des modifications apportées lors de son exécution, qu'une telle pratique violerait le principe d'égalité entre les soumissionnaires, que c'est indûment que la partie adverse allègue que les requérantes "adhéraient" à son avis puisqu'elles ont proposé le même produit que la S.A. CEGELEC en variante, que cette proposition n'a aucune incidence sur l'irrégularité dont est affectée l'offre de la S.A. CEGELEC, que la partie adverse se méprend sur la notion même de variante libre, laquelle est une proposition émanant d'un soumissionnaire visant à apporter des modifications d'ordre technique tant à la conception qu'à l'exécution du projet établi par le pouvoir adjudicateur, que la variante libre permet de s'écarter des prescriptions techniques du cahier spécial des charges, que l'analyse des offres ne s'est pas faite dans le respect du principe d'égalité, que le prix des plafonds en polyéthylène est moins élevé que ceux en polypropylène de telle sorte que la S.A. CEGELEC a pu remettre une offre avec un prix réduit, contrairement aux soumissionnaires qui ont respecté le cahier spécial des charges, que la conséquence de l'irrégularité de l'offre de la S.A. CEGELEC n'a pas seulement une incidence quant aux critères d'attribution relatifs à la valeur technique de l'offre mais également quant aux critères d'attribution relatifs au montant du prix de cette offre, que la S.A. CEGELEC ayant proposé un matériel moins cher a pu obtenir plus de points pour le critère d'attribution relatif au montant de l'offre, qu'en l'espèce, ce critère était le plus important dans la mesure où il était noté sur 70 points, que les trois offres les mieux classées proposaient des matériaux en polyéthylène et non en polypropylène et que dans ces conditions, le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires a été méconnu; qu'elles affirment encore que l'analyse des offres établie par le bureau d'études est pour le moins étonnante, qu'elles obtiennent une note de 7/10 pour les plafonds rayonnants qu'elles proposent, soit des plafonds EUROPLEX alors que le soumissionnaire IMTECH obtient 10/10 en proposant également des plafonds EUROPLEX, et que cette différence ne se justifie absolument pas; qu'elles concluent que leur offre est tout à fait conforme au cahier spécial des charges, que si tel n'était pas le cas, la partie adverse ne pouvait de toute façon pas désigner un autre soumissionnaire dont l'offre était également irrégulière mais qu'elle aurait dû, dans cette hypothèse, recommencer la procédure;

Considérant que, dans leur dernier mémoire, les requérantes affirment que deux régimes de nullité doivent être distingués, un régime de nullité absolue pour les offres qui violent les prescriptions essentielles du cahier spécial des charges et un

régime de nullité relative pour les offres qui ne violent pas ces prescriptions essentielles, que la différence entre ces deux régimes réside dans les limites du pouvoir d'appréciation de l'irrégularité de l'offre par le pouvoir adjudicateur, que, s'agissant d'une offre qui viole les prescriptions essentielles, dont font partie les conditions techniques du cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur n'a pas de pouvoir d'appréciation et doit écarter l'offre irrégulière, qu'en l'espèce, les offres déposées par la S.A. CEGELEC violent une condition technique et dès lors une prescription essentielle du cahier spécial des charges, qu'elle a proposé en effet l'installation de tubes capillaires en polyéthylène alors que le cahier spécial des charges prévoyait des tubes capillaires en polypropylène, que le pouvoir adjudicateur n'avait donc aucune latitude quant à l'appréciation de cette offre, que le cahier spécial des charges exige une remise de prix pour un projet conforme au plan de prescriptions, que le pouvoir adjudicateur ne s'est réservé aucune latitude quant à l'appréciation des irrégularités, que la description constructive des plafonds rayonnants prescrits par le bureau d'études, associé à un régime de température spécifiée (15/18) impose indirectement une puissance frigorifique de 87 W/m² alors que les plafonds en polyéthylène proposés par CEGELEC s'écartent des matériaux proposés et ne pourront garantir ces performances puisqu'ils n'atteignent que 78 W/m², soit une différence de plus de 10 % de la puissance exigée, qu'il n'est pas démontré que leur offre était entachée d'une ou de plusieurs irrégularités pouvant justifier qu'elle fût écartée et qu'elle conclut que ses moyens "constituent un faisceau de présomption suffisant et démonstratif de la violation par la partie adverse du principe d'égalité de traitement";

Considérant que l'article 98, § 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 distingue deux régimes de traitement des irrégularités d'une offre; qu'il établit le principe de la nullité absolue des offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, à savoir celles énumérées à l'article 77 du même arrêté royal et celles reconnues comme telles dans le cahier spécial des charges; qu'en-dehors de ces prescriptions essentielles, il prévoit un régime de nullité relative, le pouvoir adjudicateur disposant d'un large pouvoir d'appréciation en la matière; qu'en effet, le pouvoir adjudicateur est libre de retenir ou d'écarter des offres qui contiennent des dérogations aux autres clauses contractuelles pour autant qu'il respecte le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et que la qualification retenue ne soit pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation; qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer sa propre appréciation de la gravité d'une non-conformité aux prescriptions non essentielles du cahier spécial des charges à celle du pouvoir adjudicateur;

Considérant que la requérante soutient qu'en l'espèce, c'est à tort que la partie adverse a déclaré "Après un examen détaillé, chacune des offres des soumissionnaires a été déclarée conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges"; qu'elle se prévaut, dans ses différents écrits de procédure, de la violation, par la S.A. CEGELEC, de prescriptions, qu'elle qualifie d'essentielles du cahier spécial des charges, tout en restant en défaut de préciser quelles sont exactement ces prescriptions; qu'elle se borne à tirer argument de mentions du rapport d'analyse des offres, qui se réfèrent, sans de plus amples précisions, au cahier spécial des charges; qu'en admettant que les dispositions en cause correspondent à celles qui figurent dans les Clauses techniques, II, 2, Installations de chauffage, ventilation et conditionnement d'air du cahier spécial des charges, relatives aux plafonds rayonnants et à la tuyauterie, encore incombait-il à la requérante d'en établir le caractère essentiel et de démontrer que l'offre de la S.A. CEGELEC y dérogeait; que la requérante soutient que ces dispositions sont essentielles, parce qu'elles figurent parmi les clauses techniques du cahier spécial des charges; qu'elle engage, sur cette base, une comparaison entre sa propre offre, dont elle affirme la conformité, et celle de la S.A. CEGELEC, qu'elle prétend non conforme; qu'elle axe son argumentation sur le matériel proposé et ses caractéristiques, plus particulièrement en ce qui concerne la réalisation de plafonds rayonnants, parties actives et tuyauterie;

Considérant que le rapport d'analyse des offres fait apparaître que, pour la variante 2, Plafonds rayonnants, la S.A. CEGELEC obtient 1/10 points, soit une note très faible, alors que les variantes 2 et 3 correspondantes de la requérante obtiennent respectivement une note de 1/10 et de 3/10, soit une note très faible et une note faible; qu'en ce qui concerne les plafonds rayonnants, dans l'offre de base, la proposition de la requérante est considérée dans le rapport d'analyse comme répondant aux impositions du cahier des charges, réserve faite de la largeur des lamelles et celles des luminaires et obtient une note de 7/10; que celle de la S.A. CEGELEC, fait l'objet, dans le même rapport d'analyse, de l'avis suivant :

" Le matériau proposé diffère des prescriptions du cahier spécial des charges pour les motifs suivants: la base est prévue avec des tuyaux de $\varnothing 4,3$ mm en nappes de polypropylène (PPr), ici proposée en polyéthylène PEx $\varnothing 14$ mm x 1. Les émissions annoncées (78 W/m^2) sont inférieures à celle du produit de base (87 W/m^2) pour 10°C de $\Delta \text{Température}$ suivant DIN4715 et EN 14 240). Réserves émises dans l'offre (jets non motorisés pour lounges GP 2-3-8-9, ainsi que nombre de sondes prévues de 6 pièces)";

qu'elle obtient une note de 3/10;

Considérant qu'en admettant même que, dans ces conditions, la requérante ait un intérêt au moyen, elle ne peut être suivie en ce qu'elle soutient que l'offre de base de la S.A. CEGELEC s'écarterait, par opposition à la sienne, des clauses techniques du cahier spécial des charges et qu'en application des articles 77, alinéa 2 et 98, § 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, elle aurait dû être qualifiée de nulle par la partie adverse; que l'analyse des offres porte, en termes exprès, que "Après un examen détaillé, chacune des offres des soumissionnaires a été déclarée conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges"; qu'en déclarant que l'offre de base de la S.A. CEGELEC diffère des prescriptions du cahier spécial des charges pour les motifs précités, tout en tenant son offre pour conforme, la partie adverse a formulé une appréciation de caractère exclusivement technique, sur laquelle le Conseil d'Etat ne peut exercer qu'un contrôle marginal; qu'il ne pourrait censurer, dans l'exercice de ce contrôle, qu'une erreur manifeste, que la requérante reste en défaut d'établir; que, s'agissant de l'inégalité de traitement entre les soumissionnaires, dénoncée par les requérantes, celle-ci n'est pas davantage établie; que le premier moyen n'est pas fondé;

Considérant que les requérantes prennent un second moyen "de la violation de la directive 92/13 CEE du Conseil, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans le secteur de l'eau, l'énergie, le transport et les télécommunications ainsi que le principe de bonne administration [et] de sécurité juridique"; qu'elles affirment qu'en leur accordant un délai de dix jours pour introduire un recours devant les juridictions compétentes, qui ne commence à courir qu'à compter du lendemain du jour de l'envoi et en notifiant à la S.A. CEGELEC le 29 juillet 2005 l'attribution du marché à la suite de la soumission déposée par elle, cette notification intervenant avant l'expiration du délai qui leur avait été accordé, la partie adverse a violé les articles 1^{er} et 2 de la directive 92/13 CEE du Conseil ainsi que le principe de bonne administration et de sécurité juridique; qu'elles font valoir que cette directive n'a pas été transposée dans l'ordre juridique belge par le législateur, celui-ci s'étant contenté de la transposer dans le secteur classique des marchés publics (directive 89/665) et non dans celui des marchés relevant des secteurs spéciaux; que cependant, les dispositions de cette directive sont d'effet direct, qu'elles déterminent les droits du justiciable de manière claire, précise et inconditionnelle, que l'invocation de ces droits n'est subordonnée à aucune condition et que le délai de transposition de la directive est écoulé, que la législation nationale belge a déjà institué des instances de recours dont la fonction est d'examiner la légalité de la décision d'adjudication prise par une entité adjudicatrice, que l'article 41 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de

fournitures et de services prévoit que l'article 21bis, § 1^{er}, est applicable aux marchés relevant des secteurs spéciaux; qu'il appartenait à la S.A. SOWAER de s'y conformer et d'accorder un délai raisonnable aux requérantes pour introduire un recours devant les juridictions compétentes alors qu'en l'espèce, d'une part, le délai accordé par la S.A. SOWAER est manifestement court et, d'autre part, qu'il ne commence à courir qu'à partir du lendemain du jour de l'envoi de la notification, laquelle a, pour le surplus, été adressée pendant les congés légaux du bâtiment et reçue le 26 août 2005, soit cinq jours après la date d'envoi, que cette façon de procéder viole les dispositions de la directive précitée et le principe d'effectivité dégagé par la jurisprudence de la Cour de Justice et de la Cour d'arbitrage; qu'elles soutiennent encore que cette façon de procéder viole manifestement les principes de bonne administration et de sécurité juridique, lesquels s'imposent au respect de l'Administration au même titre que les normes de loi; que, dans leur mémoire en réplique et leur dernier mémoire, les requérantes affirment qu'"il y a lieu de se référer aux sanctions telles qu'inhérentes à la violation des principes généraux du droit [...] à savoir l'annulation et/ou la suspension de toute décision entachée d'illégalité";

Considérant, d'office, que les critiques élevées dans le moyen portent sur la brièveté du délai de dix jours prévu par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993, tel qu'introduit par l'article 302 de la loi-programme du 9 juillet 2004, en vigueur à la date de la décision attaquée, et sur ce qu'il commence à courir à compter du lendemain du jour de l'envoi des motifs; qu'à les supposer fondées, ces critiques ne concernent que la notification de la décision du 14 juillet 2005 par laquelle la partie adverse a avisé les requérantes de ce que leur offre n'avait pu être retenue; qu'elles restent étrangères à la légalité de la décision attaquée par laquelle la partie adverse a attribué le marché à la S.A. CEGELEC; que le moyen n'est pas fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge des requérantes, à concurrence de 175 euros chacune.

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

M ^{me} DAURMONT,	Président de chambre,
MM. LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
DETROUX,	Conseiller d'Etat,
M ^{me} LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

K. LAUVAU.

O. DAURMONT.