

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 217.772 du 7 février 2012

G./A.203.266/VI-19.434

En cause : **1. la société anonyme de droit belge ENERGYS,**
2. la société anonyme de droit luxembourgeois ENERGYS,
ayant formé ensemble une société momentanée,

ayant élu domicile chez
Me Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories, n° 2,
4020 Liège,

contre :

**l'Association hospitalière de Bruxelles - Centre hospitalier
universitaire Saint-Pierre,**

ayant élu domicile chez
Mes France MAUSSION et
Olivier DI GIACOMO, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme IMTECH BELGIUM,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA DEMANDE

Par une demande introduite le 16 janvier 2012, la société anonyme de droit belge ENERGYS et la société anonyme de droit luxembourgeois ENERGYS tendent, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision prise par le conseil d'administration de l'Association hospitalière de Bruxelles - Centre hospitalier universitaire Saint-Pierre le 25 octobre 2011, attribuant à la société IMTECH BELGIUM le marché public portant sur les extensions C.H.U. et Laboratoires, ailes 500/550, lot 6 H.V.A.C.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 18 janvier 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 3 février 2012 à 10 heures.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

Par une requête introduite le 1^{er} février 2012, la société anonyme IMTECH BELGIUM demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, Me Olivier DI GIACOMO, loco Me France MAUSSION, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me André DELVAUX, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Selon un avis de marché publié au Bulletin des adjudications le 24 mai 2011 et au Journal officiel de l'Union européenne du 27 mai 2011, l'Association hospitalière de Bruxelles - Centre hospitalier universitaire Saint-Pierre, ci-après le C.H.U. Saint-Pierre, a lancé un appel à la concurrence concernant le marché de l'extension du C.H.U. et des laboratoires, ailes 500/550, lot 6 (H.V.A.C.).

Le marché est régi par le cahier spécial des charges 35/11 du 23 mai 2011.

Le mode de passation est l'appel d'offre général.

III. 2. Selon le cahier spécial des charges, l'offre régulière la plus intéressante se détermine au regard de deux critères :

- le montant de l'offre : 60 points;
- la qualité technique de l'offre : 40 points.

Ce second critère est subdivisé en plusieurs sous-critères :

- b.1. : informations sur le matériel proposé : 10 points ;
- b.2. : caractéristiques des refroidisseurs de liquide devant alimenter le laboratoire : 15 points;
- b.3 : gestion de la climatisation des laboratoires : 15 points.

Les sous-critères b.2 et b.3 sont eux-mêmes subdivisés en plusieurs sous-sous-critères.

III. 3. En société momentanée, la société anonyme de droit luxembourgeois ENERGYS et la société anonyme de droit belge ENERGYS ont remis une offre pour un montant de 5.408.244,27 euros après rectification par le C.H.U. Saint-Pierre.

Cette offre a obtenu soixante points au regard du critère du prix.

La société anonyme IMTECH BELGIUM, proposant un prix rectifié de 5.629.613,90 euros, soit 221.369,63 euros plus élevé que l'offre des sociétés ENERGYS, a reçu 57,64 points.

III. 4. Par décision de son conseil d'administration du 25 octobre 2011, le C.H.U. Saint-Pierre a décidé d'attribuer le marché à la société IMTECH BELGIUM, son offre étant jugée la plus intéressante.

Il s'agit de l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée.

Il a été notifié par courrier recommandé du 2 janvier 2012.

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 1^{er} février 2012, la société anonyme IMTECH BELGIUM demande à intervenir dans la procédure en référé. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Rien ne s'oppose à ce que sa requête soit accueillie.

V. QUANT A LA CONFIDENTIALITE DE L'OFFRE DE L'INTERVENANTE

La partie adverse indique que la deuxième partie du dossier administratif "contient des données confidentielles couvertes par le droit des affaires".

Il s'agit uniquement de l'offre de la société IMTECH BELGIUM, partie intervenante.

Interrogée à l'audience, celle-ci a affirmé qu'elle entendait que son offre reste confidentielle.

En application de l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, les pièces de l'offre de la partie intervenantes doivent être traitées comme confidentielles.

VI. QUANT A L'EXTREME URGENCE

VI. 1. Arguments des parties requérantes

Les requérantes font valoir que l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, impose d'introduire le présent recours selon la procédure d'extrême urgence et que l'article 65/23 de la même loi dispose qu'un tel recours doit être introduit dans un délai de quinze jours prenant cours à dater du lendemain de la notification de la décision attaquée.

La notification ayant été réalisée le 2 janvier 2012, elles affirment que ce délai a, en l'espèce, été respecté.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

La décision attaquée a été notifiée aux requérantes le 2 janvier 2012.

La présente requête a été introduite le 16 janvier 2012, soit dans le délai de quinze jours prévu par l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993.

On peut admettre que, dans ces conditions, l'urgence est suffisamment établie.

VII. RECEVABILITE

VII. 1. Arguments de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la partie adverse, rejointe par la partie intervenante, fait valoir qu'en application de l'article 3, 4°, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat et de l'article 8, in fine, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, la requérante doit joindre à sa requête "dans les cas où [elle] est une personne morale, une copie des statuts en vigueur et de l'acte de désignation de ses organes ainsi que la preuve que l'organe habilité a décidé d'agir en justice".

La partie adverse constate qu'en l'espèce, la requête en suspension d'extrême urgence a été introduite par la société momentanée constituée des sociétés anonymes de droit belge et luxembourgeois ENERGYS et que, dans ce cas, il est requis que tous les membres de la société momentanée agissent conjointement et régulièrement en justice.

Elle soutient que tel n'est pas le cas de la société anonyme de droit luxembourgeois ENERGYS, que l'acte de désignation de José et Pol CLOSE et de Thérèse FRANCAERT laisse apparaître que le mandat d'administrateur de ces personnes a pris fin "à l'assemblée générale statuant sur l'exercice de l'an 2009", que Jean CLOSE et Marc LARDINOIS ont été nommés administrateurs lors de l'assemblée générale extraordinaire du 31 octobre 2005 et que, conformément à l'article 10 des statuts de la société de droit luxembourgeois ENERGYS, les administrateurs sont nommés pour une durée qui ne peut dépasser six ans.

Elle affirme que les pièces du dossier des requérantes n'établissent pas que la décision d'introduire un recours en suspension d'extrême urgence au nom de la société de droit luxembourgeois ENERGYS a été prise par un conseil d'administration valablement composé.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

C'est à juste titre que la partie adverse fait observer que, selon l'article 10 des statuts de la société de droit luxembourgeois ENERGYS, les administrateurs de celle-ci sont nommés par l'assemblée générale des actionnaires pour une durée qui ne peut dépasser six ans.

Il ressort de la copie des statuts de la seconde requérante précitée, tels que publiés au Mémorial, Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, Recueil des sociétés et associations, que lors d'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires, tenue le 24 septembre 2004, José CLOSE, Pol CLOSE et Thérèse FRANCART ont été appelés aux fonctions d'administrateur de la société précitée à partir de cette date.

Il ressort encore de la copie du procès-verbal d'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la même requérante, tenue le 31 octobre 2005, qu'ont été désignés en qualité d'administrateur, le nombre de ceux-ci étant alors fixé à cinq, Jean CLOSE et Marc LARDINOIS.

La seconde requérante a joint aux pièces de la procédure la copie du procès-verbal de la délibération prise par son conseil d'administration le 14 janvier 2012 visant à introduire le présent recours.

Il en ressort que cette décision a été prise par Jean CLOSE, Pol CLOSE et Marc LARDINOIS.

De surcroît, la décision du conseil d'administration a été signée par Jean CLOSE, Pol CLOSE, José CLOSE, Thérèse FRANCART et Marc LARDINOIS.

Les mandats d'administrateur de ces personnes étaient communément venus à échéance à cette date.

Toutefois, ainsi que les requérantes l'ont fait valoir à l'audience, si l'article 10 des statuts de la société de droit luxembourgeois ENERGYS prévoit que les administrateurs sont nommés pour une durée qui ne peut pas dépasser six ans, il ajoute que "ils resteront en fonction jusqu'à ce que leurs successeurs seront élus".

Les requérantes ont fait valoir encore à l'audience que la société de droit luxembourgeois ENERGYS est régie par le droit en vigueur au Grand-Duché de Luxembourg et qu'il ressort d'un arrêt prononcé par la Cour d'appel de Luxembourg le 5 novembre 2003 que la durée du mandat de l'administrateur est limitée afin de protéger les actionnaires et l'assemblée générale vis-à-vis de la puissance des administrateurs, que cette protection doit jouer à l'intérieur de la société et que cette limitation n'a pas d'effet vis-à-vis des tiers à l'égard desquels le mandat d'administrateur perdure au-delà de la durée légale de six ans tant que l'administrateur n'a pas déposé et publié sa démission.

On peut admettre que, dans ces conditions, c'est dans une composition qui peut être tenue pour régulière que le conseil d'administration de la société de droit luxembourgeois ENERGYS a décidé d'introduire le présent recours.

L'exception ne peut être accueillie.

VIII. PREMIER MOYEN

VIII. 1. Arguments des parties

Les requérantes prennent un premier moyen "de la violation de :

- l'article 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services;
- les articles 83 bis § 2 et 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fourniture et de services et aux concessions de travaux publics;
- le principe général d'appel effectif à la concurrence."

Elles développent ce moyen en ces termes :

- " 9. - Les clauses techniques du cahier spécial des charges sont soit une copie conforme, soit directement inspirées des fiches techniques établies par différents fabricants :
- en ce qui concerne les armoires de conditionnement des salles informatiques, les spécifications du cahier spécial des charges sont identiques à celles de la fiche technique du fabricant Carrier;
 - en ce qui concerne la machine frigo principale (machine de 490 KW), les prescriptions techniques sont directement inspirées de celle du même fabricant Carrier :
- En mode de fonctionnement avec compresseurs (mechanical mode) : La nouvelle sélection est calculée avec une différence de température entre l'entrée et la sortie d'eau (delta T) de 7/12° tandis que dans le cahier des charges, les températures de 6/11° ont été choisies : les chiffres sont donc légèrement différents ... mais la machine décrite est identique;
 - En mode free cooling (sans compresseurs) (cooling mode), les températures d'entrée et de sortie d'eau choisies pour la sélection sont les mêmes dans l'offre et dans le CSCh : tous les chiffres sont alors identiques;
 - Données acoustiques : Les données sont identiques. Le dessin présent dans le CSCh est un copier coller des documents commerciaux de Carrier;
 - En ce qui concerne la machine GP/GE 5.1., les spécifications sont inspirées du fabricant Munters (la comparaison des autres machines aboutit aux mêmes conclusions). Les documents sont extrêmement proches mais pas identiques à 100 % : entre le moment de l'adoption du cahier spécial des charges et la soumission, le fournisseur Toussaint –Nyssenne a été racheté par Munters : Les documents commerciaux ont évolué, de même que les produits.
10. - En raison de ces exigences, la partie adverse imposait, de facto, des fabricants déterminés. Pour ce motif, tous les soumissionnaires ont remis un matériel identique ou très comparable, de manière telle que tous les critères censés permettre d'apprécier les performances du matériel proposé ont donné lieu à une cotation identique.
- Or, cette imposition ne résulte pas de l'objet du marché.

11. - La partie adverse a donc, par le biais des spécifications techniques, restreint hors de toutes proportions la faculté de soumissionner en proposant un matériel s'écartant des prescriptions techniques calquées sur celles de fabricants déterminés.

En dépit du libellé de l'article 65/14 de la loi du 24 décembre 1993, précitée, l'illégalité du cahier spécial des charges peut être invoquée de manière recevable contre la décision finale attribuant le marché.

[...]"

Dans sa note d'observations, la partie adverse oppose que les clauses techniques du cahier spécial des charges qui définissent les caractéristiques du matériel H.V.A.C. à fournir ne font référence à aucune marque commerciale ou industrielle en particulier, qu'il est inexact de soutenir que les spécifications techniques sont définies de manière tellement précise que les soumissionnaires ne pouvaient proposer que du matériel identique de même marque, que, pour le conditionneur d'air autonome à eau glacée dans la salle informatique, il était possible de proposer une armoire d'une autre marque que celle de la marque CARRIER, ce qu'ont fait les soumissionnaires, que toutes ces machines ont été déclarées conformes au cahier spécial des charges, en sorte que les requérantes ne peuvent soutenir que seule une machine de marque CARRIER pouvait être proposée.

La partie intervenante affirme notamment que les exigences de la partie adverse étaient telles qu'effectivement seuls certains fabricants répondaient aux performances demandées pour divers produits et matériels, que plus le niveau de qualité requis est élevé, moins le nombre de fabricants est grand, qu'ainsi, pour la production d'eau glacée, les soumissionnaires ont consulté le même fabricant américain, que les exigences de la partie adverse sont apparues justifiées et proportionnées compte tenu de la qualité des soins et de l'hébergement qu'elle entend dispenser ainsi que de son souhait, souvent constaté dans le chef d'un centre hospitalier, de disposer d'une installation complémentaire nouvelle s'intégrant à celle qui existe, répondant au même échelon de qualité et permettant une exploitation, un suivi et un entretien unifiés dans le souci de la meilleure gestion sur les plans technique, fonctionnel et financier.

L'intervenante soutient encore que les requérantes ont compris le cahier spécial des charges comme elle-même en proposant un matériel identique ou très comparable, selon les termes de la requête et en tout cas conforme.

Elles n'ont donc pas été désavantagées.

L'intervenante conclut que les requérantes sont sans intérêt au moyen.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort des articles 83bis, § 2, et 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité que :

" Art. 83bis [...]

§ 2. Les spécifications techniques doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence.

Le pouvoir adjudicateur inclut les spécifications techniques dans les documents du marché. Chaque fois que possible, ces spécifications techniques sont établies de manière à prendre en considération les critères d'accessibilité pour tenir compte des besoins de tous les utilisateurs, y compris les personnes handicapées.

[...].

Art. 85. A moins que de telles spécifications ne soient justifiées par l'objet du marché, il est interdit d'introduire dans les clauses contractuelles propres à un marché déterminé, des spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des procédés particuliers qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises.

Est notamment interdite l'indication de marques commerciales ou industrielles, de brevets ou de types, ou celle d'une origine ou d'une production déterminée. A titre exceptionnel, une telle indication accompagnée de la mention «ou équivalent» est toutefois autorisée lorsqu'il n'est pas possible de donner une description de l'objet du marché au moyen de spécifications suffisamment précises et intelligibles pour tous les intéressés".

En l'espèce, les requérantes paraissent établir :

- sur la base des pièces B1 et B2 annexées à la requête, que les armoires type A3 de la salle informatique requises par le cahier spécial des charges correspondent aux armoires de précision dowflow Cyberair 2 du fabricant CARRIER.
- sur la base des pièces B3 et B4 annexées à la requête, que les caractéristiques techniques unitaires des machines en fonctionnement mécanique par compresseurs ainsi que les caractéristiques techniques des machines en régime free cooling avec l'option bas niveau sonore requises par le cahier spécial des charges correspondent au "Mechanical Cooling Mode Information" et au "Free Cooling Mode Information" du fabricant CARRIER.
- sur la base des pièces B5 et B6 annexées à la requête, que les caractéristiques de la centrale de traitement d'air GE/GP 5.1 requises par le cahier spécial des charges correspondent à l'offre du fabricant MUNTERS.

Toutefois, prima facie, ces constatations ne paraissent pas suffire à établir que ces clauses techniques du cahier spécial des charges méconnaissent les dispositions précitées de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

S'il paraît se vérifier que certaines de ces clauses techniques correspondent aux caractéristiques d'appareils de marque CARRIER ou MUNTERS, leur examen en extrême urgence ne permet pas d'y reconnaître "des spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée", ou "des procédés particuliers qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises", au sens de l'article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Les requérantes n'établissent ni que les clauses critiquées étaient injustifiées ni qu'elles auraient conduit à éliminer certaines entreprises et, ainsi, à restreindre la concurrence.

Comme le soutient l'intervenante, les exigences de la partie adverse pouvaient apparaître justifiées et proportionnées compte tenu de la qualité des soins et de l'hébergement que, comme centre hospitalier universitaire, elle entend dispenser.

Le premier moyen ne paraît pas sérieux.

IX. DEUXIEME MOYEN

IX. 1. Arguments des parties

Les requérantes prennent un deuxième moyen "de la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 [...], de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 [...] et des principes généraux d'égalité, de transparence et de libre concurrence".

En une première branche, elles font valoir que le sous-critère b.1 est mentionné en ces termes par le cahier spécial des charges :

" Le soumissionnaire qui joint à son offre le document technique minimal exigé sous le point a) se verra octroyer zéro point au regard de ce sous-critère.

Le soumissionnaire qui joint à son offre une documentation technique plus importante et détaillée (informations supplémentaires dans les fiches techniques, notices d'installation, schémas électriques, etc.) que le document minimal exigé sous le point a) se verra octroyer une cote entre zéro et dix points, en fonction du nombre et de l'utilité des informations transmises".

Elle font valoir que le marché litigieux est un marché de travaux portant sur l'équipement H.V.A.C. des bâtiments 500 et 550 du C.H.U. Saint-Pierre, qu'il n'a pas pour objet de procurer à la partie adverse une connaissance du matériel H.V.A.C. proposé, que, certes, la partie adverse peut déterminer, avec un très large pouvoir

d'appréciation les critères et sous-critères à mettre en œuvre en vue de lui permettre de choisir l'offre la plus intéressante mais que ce critère ou sous-critère doit être en rapport avec l'objet du marché.

Elles considèrent qu'en l'occurrence, il ne s'agit pas d'un marché visant à procurer la documentation la plus abondante ou la plus utile sur le matériel H.V.A.C. proposé, qu'il en va d'autant plus ainsi que la partie adverse connaît parfaitement ce matériel, pour l'avoir imposé par le truchement de ses prescriptions techniques très détaillées, et que la double circonstance que ce matériel répond aux spécifications du cahier spécial des charges et que tous les sous-critères permettant de juger de la qualité et des performances du matériel n'ont pu se révéler discriminants démontre que le matériel proposé par les requérantes et celui la société IMTECH BELGIUM sont tout à fait comparables, sinon identiques.

Les requérantes soutiennent qu'à prix supérieur et à qualité égale, le matériel de la société IMTECH BELGIUM ne pouvait être considéré comme formant l'offre la plus intéressante et que seule l'application d'un critère sans rapport suffisant avec l'objet du marché a pu inverser ce constat.

En une seconde branche, les requérantes affirment que le critère d'attribution ne peut avoir pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché, ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis, qu'en l'espèce, le sous-critère "informations sur le matériel proposé" est vague, aléatoire et imprécis en ce que le nombre de points attribués dépend "du nombre et de l'utilité des informations transmises", que l'attribution de points ne peut se mesurer au nombre d'informations transmises, fussent-elles inutiles ou sans pertinence et qu'un soumissionnaire ne peut, à l'avance, déterminer ce que le pouvoir adjudicateur considère comme une information utile alors que le cahier spécial des charges comporte des spécifications techniques très précises sur le matériel qui, seul, est de nature à répondre aux exigences du marché.

Dans sa note d'observations, la partie adverse affirme que le choix des critères d'attribution, leur pondération et leur système d'évaluation relèvent du pouvoir d'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur, que ces critères doivent, toutefois, viser à identifier l'offre "économiquement la plus avantageuse", soit, en droit belge, l'offre "la plus intéressante", qu'ils doivent donc être liés à l'objet du marché, qu'un critère d'attribution ne peut pas avoir pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché, ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis, que les critères choisis doivent respecter le principe de non-discrimination, ce qui implique qu'ils soient objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres, qu'en l'espèce, elle a

décidé de valoriser les informations techniques transmises par les soumissionnaires en annexe à leur offre, le système consistant à exiger des soumissionnaires qu'ils joignent à leur offre une fiche technique pour chacun des équipements mentionnés dans la première colonne d'un tableau reprenant le matériel le plus important du marché figurant à la page 10 des clauses administratives du cahier spécial des charges.

Selon la partie adverse, chacune des fiches techniques devait contenir un nombre minimum d'informations figurant dans la deuxième colonne du tableau. L'absence ou le caractère incomplet de l'une de ces fiches était de nature à entraîner l'irrégularité de l'offre et donc son rejet. Le soumissionnaire qui se contentait de joindre à son offre l'information technique minimale exigée au titre de la régularité de l'offre obtenait 0 point. Par contre, celui qui joignait à son offre une documentation technique plus détaillée (notice d'installation, schéma électrique etc.) pouvait obtenir une note entre 0 et 10 en fonction du nombre et de l'utilité des informations transmises.

La partie adverse affirme que ce critère est en lien évident avec l'objet du marché, que ces informations sont indispensables pour apprécier la qualité du matériel proposé et permettre les adaptations ultérieures de celui-ci, que le critère n'est aucunement vague, aléatoire ou imprécis et que les pages 10 et 11 des clauses administratives du cahier spécial des charges établissent que les soumissionnaires disposaient des informations nécessaires pour préparer leur offre en connaissance de cause.

Elle ajoute qu'elle a pu considérer que même à prix supérieur, l'offre de la société IMTECH BELGIUM était la plus intéressante en fonction du sous-critère b.1.

La partie intervenante soutient notamment que c'est en vue de disposer d'un engagement des soumissionnaires le plus complet et précis quant à sa portée que le cahier spécial des charges a annoncé que serait valorisée la jonction d'une documentation technique plus importante et détaillée, que ce sous-critère d'attribution a été porté à la connaissance de tous les soumissionnaires en termes clairs et précis, tant quant aux attentes de la partie adverse que quant aux règles d'évaluation en fonction du nombre et de l'utilité des informations transmises, conformément à une mise en concurrence dans le respect de l'égalité entre soumissionnaires, que le sous-critère b.1 porte sur l'ensemble du matériel proposé pour le marché comportant d'une part, un matériel spécifique faisant l'objet des sous-critères b.2 "Caractéristiques des refroidisseurs de liquides devant alimenter le laboratoire" et b.3 "Gestion de la climatisation des laboratoires" et, d'autre part, du matériel non spécifique, qu'elle s'est attachée à constituer un dossier le plus complet possible, qui a

fait l'objet de la partie 17 "Documentation technique de son offre", qu'elle a présenté un ensemble de documentation technique détaillée portant sur le matériel spécifique et sur le matériel non spécifique, que pour le matériel spécifique, elle a fourni des informations très étoffées qui vont au-delà de la liste des informations visées au tableau I col 2 du littera a du cahier spécial des charges en page 10/40, que sur les 38 fiches détaillées remises, les codes couleurs établissent de manière précise d'une part, au minimum, leur parfaite conformité avec le cahier spécial des charges et, d'autre part, le niveau de performance et de qualité supérieures aux prescriptions de celui-ci, qu'ainsi, elle s'est clairement engagée par rapport aux fiches techniques produites, au contraire de tout soumissionnaire qui ne produit pas de fiche et qui, ainsi, se met en position de tenter de renégocier l'étendue et la portée de son engagement lors de l'exécution, par exemple en tentant d'y apporter des modifications impliquant des majorations de prix ou en réduisant le prix de revient en cherchant à installer du matériel moins performant.

IX. 2. Décision du Conseil d'Etat

En appel d'offres, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation très étendu lui permettant de fixer le ou les critères selon lesquels il déterminera l'offre la plus intéressante.

Ces critères doivent cependant être liés à l'objet du marché, suffisamment précis et respectueux du principe de non discrimination.

S'agissant, en l'espèce, d'un marché portant sur l'extension d'un centre hospitalier universitaire et de laboratoires, exigeant un équipement très spécifique, la partie adverse a pu décider que l'étendue et la pertinence de la documentation communiquée par les soumissionnaires pouvaient figurer parmi les critères de nature à guider son choix.

Ce faisant, elle n'a pas, *prima facie*, recouru à un élément aléatoire, imprécis, discriminatoire ou étranger à l'objet du marché.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

X. TROISIEME MOYEN

X. 1. Arguments des parties

Les requérantes prennent un troisième moyen "de l'absence de motifs pertinents et légalement admissibles; de l'existence d'une erreur de fait ou, à tout le

moins, d'une appréciation manifestement déraisonnable; de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; de la violation des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 [...]; de la violation de l'article 3 (critères d'attribution), 2 (qualité technique), b.1 (informations sur le matériel proposé) des clauses administratives du cahier spécial des charges".

Elles font valoir que le sous-critère "information sur le matériel proposé" est à tout le moins un critère "ouvert", laissant un large pouvoir d'appréciation à l'autorité.

Elles soutiennent que plus ce pouvoir est étendu, et plus important est le devoir de motivation, qu'en l'espèce, pour justifier l'attribution de la cote de 9/10 à la société IMTECH BELGIUM, la partie adverse s'est exprimée comme suit :

" Que la société IMTECH a rendu l'offre la mieux détaillée; qu'elle a détaillé l'équipement décrit dans 38 articles en plus que le minimum imposé; que chaque fiche technique est précédée d'un tableau reprenant les spécifications du cahier spécial des charges et dans quelle mesure le matériel proposé y répond ; que tout le matériel proposé satisfait aux prescriptions du cahier spécial des charges; que la société IMTECH reçoit donc une note de 9 points",

qu'il découle de cette motivation que la documentation supplémentaire fournie par la société IMTECH BELGIUM a eu pour seul effet de justifier la conformité du matériel proposé par rapport aux prescriptions du cahier spécial des charges, que ces informations complémentaires ne présentaient dès lors aucune utilité au sens de l'article 3, 2, b.1) du cahier spécial des charges, la conformité du matériel par rapport aux prescriptions de ce cahier étant requise en toutes hypothèses et ayant déjà été jugée positivement lors de l'examen de la régularité des offres, à un stade antérieur du processus décisionnel.

Les requérantes concluent que les informations de la société IMTECH BELGIUM ne justifient en rien une note proche du maximum, soit 9/10, que cette notation révèle une erreur manifeste d'appréciation, que la motivation de la décision attaquée ne peut être considérée comme adéquate, justifiant un écart entre la note attribuée aux requérantes (3/10) et celle de la société IMTECH BELGIUM.

Dans sa note d'observations, la partie adverse oppose que la décision attaquée doit être lue en combinaison avec le rapport d'attribution établi par le bureau d'études ELLYPS auquel elle s'est référée, qu'il en ressort que la société IMTECH BELGIUM a reçu la note de 9 points sur 10 parce qu'elle a fourni des informations sur 38 équipements en plus du minimum demandé et parce que les fiches fournies par cette société contenaient des informations utiles sur le rendement des groupes de ventilation, sur la sélection des silencieux, le mode de pose de ceux-ci et les

performances des machines installées tandis que les requérantes ont reçu une note de 3 points sur 10 parce qu'elles ont détaillé l'équipement décrit dans un article en plus du minimum demandé.

La partie adverse admet que lors de la notification de la décision attaquée, elle a omis de joindre le rapport établi par le bureau d'études ELLYPS qui en faisait cependant partie intégrante, mais soutient que les requérantes ont omis d'en demander copie et que cette omission ne les a pas empêchées d'avoir connaissance des motifs déterminants de la décision attaquée, de comprendre pourquoi une note de 3 points sur 10 était attribuée à leur offre et une note de 9 points sur 10 à celle de la société IMTECH BELGIUM et d'introduire un recours en temps utile.

La partie intervenante énonce que les requérantes mettent vainement en cause la motivation de l'appréciation qu'a faite la partie adverse de son offre, spécialement en page 11, premier alinéa, de la décision attaquée.

Elle affirme que la note de 9 points qui lui a été accordée est dûment justifiée par :

- " - le détail de l'équipement décrit dans 38 articles en plus que le minimum demandé;
- le fait que chaque fiche technique est précédée d'un tableau reprenant les spécifications du cahier spécial des charges;
- le fait que ledit tableau énonce dans quelle mesure le matériel proposé répond au cahier spécial des charges et dépasse les exigences énoncées.
- outre le fait que la matériel proposé satisfait aux prescriptions du cahier spécial des charges".

Elle soutient que l'examen de son offre, en particulier des 38 articles en plus que le minimum demandé et de chaque fiche technique avec indication de la mesure dans laquelle le matériel proposé répond aux prescriptions du cahier spécial des charges et les dépassent, comme l'indiquent les codes couleurs sur les tableaux récapitulatifs relatifs aux fiches techniques, établit qu'est assurément mesurée, adaptée et dès lors fondée, l'appréciation faite et telle que libellée au premier alinéa de la page 11 de la décision attaquée.

Elle présente comme exemple la fiche technique n° 2 régulation des unités terminales dans les zones labo, fiche n° 14 Airotherme.

L'intervenante fait valoir que l'appréciation est explicitée dans le rapport d'examen des offres pris en compte par la partie adverse lors de la décision d'attribution, qu'il s'agit d'une appréciation d'ordre technique, que les requérantes n'établissent aucune erreur manifeste dans l'exercice du pouvoir d'appréciation et

qu'elles ne demandent pas l'avis d'un expert qui, seul, serait en mesure de vérifier une quelconque critique dans le domaine technique.

X. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort de l'examen du deuxième moyen que la partie adverse a pu retenir comme critère d'appréciation le degré d'information apporté quant à son offre par un soumissionnaire.

La décision attaquée précise, à la page 11, quant aux informations sur le matériel proposé :

" [...] Que la société IMTECH a rendu l'offre la mieux détaillée; qu'elle a détaillé l'équipement décrit dans 38 articles en plus que le minimum demandé; que chaque fiche technique est précédée d'un tableau reprenant les spécifications du cahier spécial des charges et dans quelle mesure le matériel proposé y répond; que tout le matériel proposé satisfait aux prescriptions du cahier des charges; que la société IMTECH reçoit donc une note de 9 points; Que la société ENERGYS détaille l'équipement décrit dans 1 article en plus que le minimum demandé ; qu'elle reçoit la note de 3 points. [...]"

Force est de constater que la motivation de la décision attaquée ainsi reproduite n'énonce qu'une justification sommaire de la portée et de la pertinence des 38 articles qui valent à l'offre de l'intervenante d'avoir obtenu une note, déterminante en l'espèce du classement des offres des requérantes et de l'intervenante, de 9 points sur 10.

La motivation de la décision attaquée ne comporte aucune indication sur la teneur de l'article en plus que le minimum demandé qui vaut à l'offre des requérantes une note de 3 points sur 10.

Les explications énoncées par la partie adverse dans sa note d'observations et celles avancées par la partie intervenante, quelle que puisse en être la pertinence, ne peuvent suffire à réparer le vice de forme de la décision attaquée.

C'est vainement que la partie adverse, rejointe par la partie intervenante, affirme que la décision attaquée doit être lue en combinaison avec le rapport d'attribution établi par le bureau d'études ELLYPS, la partie adverse admettant elle-même qu'elle a omis de joindre ce rapport lors de la notification de la décision attaquée.

Dans la mesure où il est pris de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 et des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993, le moyen apparaît sérieux.

XI. QUANT A LA BALANCE DES INTERETS

XI. 1. Argument de la partie adverse

La partie adverse fait observer notamment que l'éventuelle suspension de l'exécution de la décision attaquée ne manquerait pas de perturber le calendrier des travaux qu'elle entend entreprendre sur deux sites, Porte de Hal et César de Paepe, et que le dépassement des délais entraînerait la perte des subsides qui lui sont indispensables.

XI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les objectifs que poursuit la partie adverse en sa qualité de centre hospitalier universitaire ne paraissent pas devoir être gravement menacés par la suspension de l'exécution de la décision attaquée prononcée sur la base d'un seul moyen reconnu sérieux, tiré d'une irrégularité de forme.

En principe, une telle irrégularité est de nature à être réparée en peu de temps.

Les intérêts de la partie adverse et ceux de la partie intervenante ne paraissent dès lors pas compromis.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme IMTECH BELGIUM dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision du conseil d'administration de l'Association hospitalière de Bruxelles - Centre hospitalier universitaire Saint-Pierre du 25 octobre 2011, attribuant à la société anonyme IMTECH BELGIUM le marché public portant sur les extensions C.H.U. et Laboratoires, ailes 500/550, lot 6 H.V.A.C.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le sept février deux mille douze par :

MM. Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Paul LEWALLE.