

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LA PRÉSIDENTE DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 261.361 du 19 novembre 2024

A. 243.310/VI-23.183

En cause : **la société anonyme SHAYP**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Cyrille DONY et
Mickaël DHEUR, avocats,
avenue des Mélèzes 31
1410 Waterloo,

contre :

la Société Digitale des Eaux de Wallonie,
ayant élu domicile chez
M^{es} Mathieu THOMAS et
Louis LEBOUTTE, avocats,
rue de la Régence 58/8
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 25 octobre 2024, la partie requérante demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la SOCIÉTÉ DIGITALE DES EAUX DE WALLONIE du 8 octobre 2024 d'attribuer à la SA OPINUM le marché public de fournitures ayant pour objet la fourniture "d'une plateforme utilisateur & administrateur dans le cadre d'un service de smart metering" (CSC n° MP_23.118_3860_Plateforme Easyconso) » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 28 octobre 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 novembre 2024.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M^{me} Michèle Belmessieri, conseillère d'État, présidente f.f., a exposé son rapport.

M^e Cyrille Dony, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Mathieu Thomas et Louis Leboutte, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits utiles à l'examen de la demande

La partie requérante relate les faits comme il suit :

« 1. La présente procédure est introduite à la suite de l'attribution, par la SOCIÉTÉ DIGITALE DES EAUX DE WALLONIE, partie adverse, du marché public de fournitures ayant pour objet la fourniture "d'une plateforme utilisateur & administrateur dans le cadre d'un service de smart metering" (CSC n° MP_23.118_3860_Plateforme Easyconso).

2. La SOCIÉTÉ DIGITALE DES EAUX DE WALLONIE a ainsi lancé un marché public de fournitures ayant pour objet la fourniture "d'une plateforme utilisateur & administrateur dans le cadre d'un service de smart metering".

Ledit marché est régi par le cahier spécial des charges n° MP_23.118_3860_Plateforme Easyconso et a été passé par procédure concurrentielle avec négociation (pièce n° 1).

A la suite du dépôt des demandes de participation et de leur analyse, la SOCIÉTÉ DIGITALE DES EAUX DE WALLONIE a invité les sociétés suivantes à déposer une offre :

- SA OPINUM
- SA SHAYP
- SRL TRINERGY
- SA APRICO CONSULTANTS
- SA HYDROKO
- SRL CENTRAN
- SRL DEUSE

3. A la date limite de dépôt des offres fixée le 25 avril 2024, les quatre sociétés suivantes ont déposé une offre :

- SA OPINUM
- SA SHAYP (pièce A)
- SRL TRINERGY
- SA APRICO CONSULTANTS

Après une phase de négociation, les sociétés précitées ont été invitées à présenter une “offre améliorée” pour le 8 juillet 2024 au plus tard.

4. La SOCIÉTÉ DIGITALE DES EAUX DE WALLONIE a établi un rapport d'examen des offres le 2 août 2024 (pièce n° 2).

Il en ressort qu'après examen et comparaison des offres au regard des critères d'attribution, les notes suivantes ont été attribuées aux soumissionnaires (pièce n° 2, pp. 3 à 5) :

N°	Nom	Motivation	Score
Critère d'attribution N° 1 : Prix <i>Appréciation sur 40 points</i> Règle de trois; Score offre = (prix de l'offre la plus basse / prix de l'offre) * pondération du critère prix			
OPINUM	40 * (360.521,50€ / 360.521,50€)		40.0
SHAYP	40 * (360.521,50€ / 496.670,00€)		29.0
TRINERGY	40 * (360.521,50€ / 504.204,50€)		28.6
APRICO CONSULTANTS	40 * (360.521,50€ / 679.534,00€)		21.2
Critère d'attribution N° 2 : Délai de mise en service <i>Appréciation sur 20 points</i> L'offre présentant une date de mise en service la plus rapide reçoit la cote maximale, les autres cotes sont attribuées au prorata de leur durée respective. La date de mise en service est : 3 mois après la notification. Il n'y aura pas de différence de point pour les délais inférieurs ou égaux à 3 mois après la notification d'attribution.			
OPINUM	< 3 mois		20
SHAYP	< 3 mois		20
TRINERGY	3 mois		20
APRICO CONSULTANTS	3 mois		20
Critère d'attribution N° 3 : Qualité de la solution logicielle <i>Appréciation sur 40 points</i> La couverture technique et le visuel de la solution seront évalués par rapport aux besoins techniques exprimés dans les exigences techniques. Le soumissionnaire devra obtenir la cote de minimum 60% à ce dernier critère. En-dessous de cette cotation, le soumissionnaire verra son offre non retenue			
OPINUM	Les points forts de la solution proposée sont : <ul style="list-style-type: none"> - L'intégration démontrée vers/de l'écosystème Shayp : l'interfaçage à déjà été réalisé pour d'autres clients - Expertise dans le domaine de la détection de fuites pour l'eau - La maîtrise des algorithmes de détection via la solution de SIA Partner fournie par l'écosystème Opinum (marketplace) - Continuité dans la précision des détections : la calibration du modèle sur base de l'historique actuel est prévue pendant le projet 		37

	<ul style="list-style-type: none"> - L'intégration facilitée de données provenant d'autres fluides et d'autres type de devices avec des références sérieuses dans ces deux cas d'applications. - Plateforme extrêmement modulable et paramétrable selon les besoins du client et sans développement informatique - Très importante base installée : volumétrie de données et performance démontrées - L'appartenance au sein du groupe Itinériss garanti la pérennité grâce à la taille du groupe <p>Les éléments pénalisant le score sont :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Alliance triple mais Opinum endosse la responsabilité et la gestion du projet (-1pt) : des latences internes peuvent découler de cette approche. - Le changement de solution pour le service easyCONSO (-2pts) nécessite une gestion du changement plus importante pour la SWDE 	
SHAYP	<p>Les points forts de la solution proposée sont :</p> <ul style="list-style-type: none"> - L'intégration native de l'écosystème des enregistreurs actuels (Shayp) - Grande expertise dans le domaine de la détection de fuites pour l'eau - La maîtrise et l'efficacité de l'algorithme de détection - Les investissements continus dans la R&D afin d'optimiser en permanence l'algorithme de détection des fuites et anomalies de consommations - Continuité dans la précision des détections de fuites et d'anomalies - Le déploiement immédiat de la solution et dans la continuité de ce qui existe déjà - L'utilisation de la plateforme très intuitive pour les clients finaux 	40
TRINERGY	<p>Les points forts de la solution proposée sont :</p> <ul style="list-style-type: none"> - L'intégration native de l'écosystème Shayp - La modularité de la solution. - Intégration PowerBI - Plateforme SaaS éprouvée - L'intégration facilitée de données provenant d'autres fluides et d'autres type de devices avec des références sérieuses dans ces deux cas d'applications. <p>Le soumissionnaire voit sa cote diminuée pour les raisons suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Le <i>core business</i> exprimé est moins orienté « détections de fuites pour le domaine de l'eau » que le suivi des consommations et de la facturation pour l'électricité et le gaz (-1pt). - L'algorithme de détection des fuites est élémentaire : maximum sur fenêtre glissante avec tolérance statique seulement (-6pts) - Pas d'évaluation factuelle de la précision de l'algorithme de détection et pas d'assurance de la continuité dans la fiabilité des détections par rapport au système actuel (-1pt) - Le développement « à façon » de l'interface client et de l'application sur mobile sous la forme de module Odoo (-2pts) - Pas de planning projet précis proposé pour le développement de l'UI client (-1pt) ni pour l'ensemble du projet - Le changement de solution pour le service easyCONSO (-2pts) nécessite une gestion du changement plus importante pour la SWDE 	27
APRICO CONSULTANTS	<p>Les éléments positifs:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Association de sociétés expertes dans leur domaine : best-of-breed dans les domaines du développement (APRICO), cloud (LUMINIS) et algorithmique générale (B12). - Particularisation exclusive pour la SWDE : permet de répondre exactement aux desideratas de la SWDE. <p>Les points défavorables sont :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Alliance triple mais Aprico endosse la responsabilité et la gestion du projet : des latences internes peuvent découler de cette approche (-1pt) 	24

	<ul style="list-style-type: none"> - Pas de solution existante, développement complet : la charge de travail de la SWDE dans le projet est beaucoup plus importante (-1pt) afin de suivre le développement. - Nous ne bénéficions pas du retour d'expérience sectoriel de la part du fournisseur pour la génération fine des détections : la charge de travail de la SWDE dans le projet est beaucoup plus importante et risque dans le transfert de connaissances/compréhension (-6 pts) - Risques planning important : le délai de 3 mois est court pour un développement complet et le modèle projet Agile participe à l'augmentation de ce risque (-6 pts). - Le changement de solution pour le service easyCONSO (-2pts) nécessite une gestion du changement plus importante pour la SWDE 	
--	--	--

Le classement final des offres est dès lors le suivant (pièce n° 2, p. 5) :

Classement final des offres régulières (classées d'après le score total)

N°	Nom	Critère 1	Critère 2	Critère 3	Score	Prix HTVA*
1	OPINUM	40	20	37	97.0	360.521,50€
2	SHAYP	29	20	40	89.0	496.670,00€
3	TRINERGY	28.6	20	27	75.6	504.204,50€
4	APRICO CONSULTANTS	21.2	20	24	65.2	679.534,00€

* Montants contrôlés

5. Aux termes de sa décision de date inconnue, la SOCIÉTÉ DIGITALE DES EAUX DE WALLONIE paraît dès lors avoir décidé d'attribuer le marché public à la SA OPINUM.

6. Par un courrier du 14 août 2024 adressé par voie électronique le même jour et le 19 août 2024 par voie recommandée, la SOCIÉTÉ DIGITALE DES EAUX DE WALLONIE a informé la SA SHAYP de ce que son offre n'a pas été retenue (pièce n° 3).

Il est précisé, dans ce courrier, qu'«une copie du rapport d'attribution peut vous être adressée sur demande écrite dans les 30 jours de la réception de la présente».

Par un courrier électronique du 14 août 2024, la SA SHAYP a ainsi demandé à la SOCIÉTÉ DIGITALE DES EAUX DE WALLONIE de lui communiquer une copie du rapport d'attribution (pièce n° 4).

Par un courrier électronique du 16 août 2024, la SOCIÉTÉ DIGITALE DES EAUX DE WALLONIE a finalement communiqué ledit rapport à la SA SHAYP (pièce n° 4).

7. Par une requête en annulation avec demande en suspension d'extrême urgence du 2 septembre 2024, la SA SHAYP a introduit un recours devant Votre Conseil à l'encontre de la décision motivée d'attribution de date inconnue.

Par une décision du 12 septembre 2024, la SOCIÉTÉ DIGITALE DES EAUX DE WALLONIE a ensuite retiré sa décision motivée d'attribution (pièce n° 6) [en note de bas de page : Lors de la prise de connaissance de la décision de retrait du 12 septembre 2024, la SA SHAYP a constaté que la première décision d'attribution du marché litigieux a été adoptée le 2 septembre 2024, soit près de trois semaines après la notification de la non-attribution du marché, laquelle est intervenue le 14 août 2024].

8. Par un courrier électronique du 11 octobre 2024, la SOCIÉTÉ DIGITALE DES EAUX DE WALLONIE a ensuite informé la SA SHAYP de ce que, à la suite d'une nouvelle attribution du marché, son offre n'a pas été retenue (pièce n° 7).

Elle a également transmis, en annexe, de ce courrier électronique, une nouvelle décision motivée d'attribution du 8 octobre 2024 ainsi qu'un nouveau rapport d'examen des offres daté du même jour auquel se réfère cette nouvelle décision motivée d'attribution (pièces n° 8 et 9).

La nouvelle décision d'attribution du 8 octobre 2024 constitue l'acte attaqué.

Il ressort encore qu'après examen et comparaison des offres au regard des critères d'attribution, les notes attribuées aux soumissionnaires ont été modifiées comme suit (pièce n° 9, pp. 7 à 9) :

Critère d'attribution N° 1 : Prix <i>Appréciation sur 40 points</i> Règle de trois; Score offre = (prix de l'offre la plus basse / prix de l'offre) * pondération du critère prix		
OPINUM	40 * (360.521,50€ / 360.521,50€)	40.0
SHAYP	40 * (360.521,50€ / 496.670,00€)	29.0
TRINERGY	40 * (360.521,50€ / 504.204,50€)	28.6
APRICO CONSULTANTS	40 * (360.521,50€ / 679.534,00€)	21.2
Critère d'attribution N° 2 : Délai de mise en service <i>Appréciation sur 20 points</i> L'offre présentant une date de mise en service la plus rapide reçoit la cote maximale, les autres cotes sont attribuées au <i>prorata</i> de leur durée respective. La date de mise en service est : 3 mois après la notification. Comme précisé en phase de négociations, il n'y aura pas de différence de points pour les délais inférieurs ou égaux à 3 mois après la notification d'attribution.		
OPINUM	< 3 mois	20
SHAYP	< 3 mois	20
TRINERGY	3 mois	20
APRICO CONSULTANTS	3 mois	20
Critère d'attribution N° 3 : Qualité de la solution logicielle (résumé de la matrice qualitative annexe §6) <i>Appréciation sur 40 points</i> La couverture technique et le visuel de la solution seront évalués par rapport aux besoins techniques exprimés dans les exigences techniques. Le soumissionnaire devra obtenir la cote de minimum 60% à ce dernier critère. En-dessous de cette cotation, le soumissionnaire verra son offre non retenue		
OPINUM	Voir annexe, chap. 6. Les points forts de la solution proposée sont : <ul style="list-style-type: none"> - L'intégration démontrée vers/de l'écosystème Shayp : l'interfaçage à déjà été réalisé pour d'autres clients - Expertise dans le domaine de la détection de fuites pour l'eau - La maîtrise des algorithmes de détection via la solution de SIA Partner fournie par l'écosystème Opinum (marketplace) - Continuité dans la précision des détections : la calibration du modèle sur base de l'historique actuel est prévue pendant le projet - L'intégration facilitée de données provenant d'autres fluides et d'autres type de devices avec des références sérieuses dans ces deux cas d'applications. - Plateforme extrêmement modulable et paramétrable selon les besoins du client et sans développement informatique - Très importante base installée : volumétrie de données et performance démontrées - L'appartenance au sein du groupe Itinériss garanti la pérennité grâce à la taille du groupe Le(s) critère(s) défavorable(s) retenu(s) sont : <ul style="list-style-type: none"> - Pas de détail précis sur la composition de l'équipe projet 	39

Critère d'attribution N° 3 (suite) : Qualité de la solution logicielle (résumé de la matrice qualitative annexe §6)
Appréciation sur 40 points

SHAYP	<p>Voir annexe, chap. 6.</p> <p>Les points forts de la solution proposée sont :</p> <ul style="list-style-type: none"> - L'intégration native de l'écosystème des enregistreurs actuels (Shayp) - Grande expertise dans le domaine de la détection de fuites pour l'eau - La maîtrise et l'efficacité de l'algorithme de détection - Les investissements continus dans la R&D afin d'optimiser en permanence l'algorithme de détection des fuites et anomalies de consommations - Continuité dans la précision des détections de fuites et d'anomalies - Le déploiement immédiat de la solution et dans la continuité de ce qui existe déjà - L'utilisation de la plateforme très intuitive pour les clients finaux <p>Le(s) critère(s) défavorable(s) retenu(s) sont :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Pas de personnalisation individuelle par les utilisateurs de leurs tableaux de bord. - L'approche de la détection n'est pas multi-algorithmique - Pas de détail précis sur la composition de l'équipe projet - Pas de mention d'audit cybersécurité par un tiers (pentest) 	36
TRINERGY	<p>Voir annexe, chap. 6.</p> <p>Les points forts de la solution proposée sont :</p> <ul style="list-style-type: none"> - L'intégration native de l'écosystème Shayp - La modularité de la solution. - Intégration PowerBI - Plateforme SaaS éprouvée - L'intégration facilitée de données provenant d'autres fluides et d'autres types de devices avec des références sérieuses dans ces deux cas d'applications. <p>Le(s) critère(s) défavorable(s) retenu(s) sont :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Maquette portail client basique et non visuellement représentés. Il n'est pas possible de se rendre compte de l'aspect « responsive » - Pas de détail sur l'algorithme de détection de fuites. - Pas de personnalisation des seuils d'alertes fuites - Manque de détail sur les données exportables - Pas de détails au sujet des niveaux d'accès, rôles et processus d'authentification. - Pas d'engagement sur la disponibilité no sur les SLA - Pas de processus de demandes de changement décrits - Pas de détail précis sur la composition de l'équipe projet 	27

Critère d'attribution N° 3 (suite) : Qualité de la solution logicielle (<u>résumé</u> de la matrice qualitative annexe §6) Appréciation sur 40 points		
APRICO CONSULTANTS	<p>Voir annexe, chap. 6.</p> <p>Les éléments positifs:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Association de sociétés expertes dans leur domaine : best-of-breed dans les domaines du développement (APRICO), cloud (LUMINIS) et algorithmique générale (B12). - Particularisation exclusive pour la SWDE : permet de répondre exactement aux desideratas de la SWDE. <p>Le(s) critère(s) défavorable(s) retenu(s) sont :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Utilisation d'un logiciel tiers pour les tableau de bord (Kibana) - Peu de détail sur l'approche multi-algorithmique proposée - Quoique garantie, il n'est pas possible de se rendre compte de l'aspect « responsive » de la proposition. - Pas de compétences propres au domaine de l'eau et de la recherche fuite - Détails limités au sujet de l'intégration avec SAP et autres. Pas d'intégration éprouvées à faire valoir (à développer) - Pas de mention d'audit cybersécurité par un tiers (pentest) 	31

Le classement final des offres est dès lors le suivant (pièce n° 9, p. 9) :

N°	Nom	Critère 1	Critère 2	Critère 3	Score	Prix HTVA*
1	OPINUM	40	20	39	99	360.521,50€
2	SHAYP	29	20	36	85	496.670,00€
3	TRINERGY	28.6	20	27	75.6	504.204,50€
4	APRICO CONSULTANTS	21.2	20	31	72.2	679.534,00€

9. Par un courrier électronique du 17 octobre, la SA SHAYP a sollicité de la part de la SOCIÉTÉ DIGITALE DES EAUX DE WALLONIE qu'elle lui transmette un tableau lisible relatif à l'appréciation du critère d'attribution n° 3 "Qualité de la solution logiciel" (pièce n° 10). En effet, les pages 11 et 12 du rapport d'examen des offres du 8 octobre 2024 reprenaient un tableau illisible relatif à l'appréciation de ce critère d'attribution.

10. Par un courrier électronique du 21 octobre 2024, la SOCIÉTÉ DIGITALE DES EAUX DE WALLONIE a transmis à la SA SHAYP ledit tableau en format Excel reprenant l'appréciation du critère d'attribution n° 3 "Qualité de la solution logiciel" (pièce n° 11). »

IV. Compétence du Conseil d'État

IV.1. Thèses des parties

A. Note d'observations

La partie adverse soulève un déclinatoire de compétence dans les termes suivants :

« 19. L'article 14, paragraphe 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat dispose que :

“ Si le contentieux n'est pas attribué par la loi à une autre juridiction, la section statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements :

1° des diverses autorités administratives ;

2° des assemblées législatives ou de leurs organes [...] ” [...].

Si l'entité qui prend un acte n'est pas une autorité administrative, alors la juridiction compétente pour connaître d'un recours contre un tel acte est le juge judiciaire.

La compétence du Conseil d'Etat pour connaître d'un recours (en suspension et en annulation) à l'égard de la décision d'attribution du marché public prise par Digit'Eaux dépend donc de sa qualité d'autorité administrative ou non.

20. Or, comme expliqué ci-après, Digit'Eaux n'est pas une autorité administrative.

De plus, Digit'Eaux n'agit pas dans le cadre d'un mandat spécifique qu'une autorité administrative (comme la SWDE) lui aurait confié pour l'organisation de la passation de ce marché.

Partant, le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître du recours formé par la SA Shayp par requête du 25 octobre 2024.

2.1 Digit'Eaux n'est pas une personne morale de droit public ou une autorité administrative

21. Afin de qualifier une personne morale d'autorité administrative, la jurisprudence opère une distinction entre les personnes morales de droit public et les personnes morales de droit privé :

- en ce qui concerne les personnes morales de droit public, elles sont toujours des autorités administratives. Il ressort en effet d'une jurisprudence constante que les critères détaillés ci-après ne sont pas pertinents concernant une personne morale de droit public [en note de bas de page : C.E., 14 août 2018, n° 242.216];

- en ce qui concerne les personnes morales de droit privé, elles constituent des autorités administratives lorsqu'elles rencontrent certaines conditions [en note de bas de page : Depuis C.E., 13 juillet 1949, arrêt Bonheure].

22. Tout d'abord, Digit'Eaux ne constitue pas un organisme qui a été créé en vertu d'une disposition législative qui en mentionne expressément le caractère public. Voir par exemple :

Arrêt du 1^{er} avril 2022, n° 253.452 :

“ Dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, il ne semble, en tout cas, pas qu'un tel raisonnement peut s'appliquer aux organismes que le législateur décide lui-même de qualifier de 'personnes morales de droit public', même s'il les contraint, dans le même temps, à adopter une forme déterminée empruntée au droit privé. Dans cette hypothèse, le caractère de droit public de ces personnes ne fait aucun doute et il n'est pas question de faire 'perdre son caractère de droit privé' à une personne qui, par

la loi, le décret ou l'ordonnance, est expressément qualifiée de personne de droit public" [...].

Arrêt du 12 octobre 2015, n° 232.528 :

“ Aux termes d'un arrêt prononcé par la Cour de cassation le 13 juin 2013, ‘même si elle a été créée par une autorité administrative et est soumise au contrôle des pouvoirs publics, une personne morale de droit privé n'acquiert le caractère d'une autorité administrative que dans la mesure où elle peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers’. Conformément à cet enseignement, le fait qu'une société anonyme de droit public puisse, ou non, prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers ne doit être pris en considération que si elle apparaît comme étant une personne morale de droit privé, ce qui - en toutes hypothèses - ne pourrait résulter de la seule circonstance qu'elle est constituée sous la forme d'une société anonyme. Dès lors que le décret du 5 décembre 2008 a porté création de la société anonyme de droit public ‘Le circuit de Spa-Francorchamps’, il s'ensuit que cette société est une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, sans qu'il y ait lieu de rechercher si, dans l'exercice de ses missions, elle dispose ou non de la compétence de prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers” [...].

23. Ensuite, Digit'Eaux ne remplit pas les autres critères permettant de lui faire revêtir la qualité de personne morale de droit public ou d'autorité administrative.

Selon la doctrine majoritaire, laquelle se base sur la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation, constituent notamment des personnes morales de droit public :

- les personnes morales qui sont “créées par les gouvernants, placées sous leur haute direction et soumises à un régime spécial destiné à leur permettre d'accomplir une mission de service public” [en note de bas de page : Rappr. Cass., 21 avril 1966, Pas., 1966, I., p. 1060. Voir également Avis du 13 novembre 2000 sur un avant-projet de décret “portant réforme de la Société wallonne des distributions d'eau et instituant une Société wallonne des eaux”, *Doc. parl.*, Parl. wal., 2000-2001, n° 171/1, p. 23];

- la personne “qui, créée par les pouvoirs publics et maîtrisée par eux en vue de gérer des intérêts publics, dispose à cette fin de prérogatives de puissance publique et est soumise aux sujétions correspondantes” [en note de bas de page : A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publique en Belgique*, Bruxelles, La Charte, p. 44].

- la personne qui est “créée par une personne publique territoriale et chargée d'accomplir, sous le contrôle de celle-ci, exclusivement une mission de service public et qui, à cette fin, se voit confier une parcelle de la puissance publique et est soumise à un régime juridique ressortissant principalement, voire exclusivement, au droit public” [en note de bas de page : P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 193].

Il en ressort que les personnes morales de droit public sont généralement : 1° “créées” par les pouvoirs publics ; 2° placées sous leur contrôle, leur direction ou leur surveillance ; 3° chargées exclusivement d'une mission de service public et 4° soumises à un régime spécial et disposent de prérogatives de puissance publique.

Ces critères rejoignent en partie ceux mis en évidence dans l'arrêt de la Cour de cassation Gimvindus [en note de bas de page : Cass., arrêt n° F-19970214-7

(C.96.0211.N du 14 février 1997]. Concrètement, la Cour de cassation a estimé à propos des personnes morales de droit privé que :

- les institutions créées ou agréées par les pouvoirs publics ;
- qui sont chargées d'un service public ;
- et ne font pas partie du pouvoir judiciaire ou législatif ;
- constituent en principe des autorités administratives, dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics ;
- et qu'elles peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers.

Il convient de préciser que ces critères constituent un faisceau d'indices. Par conséquent, aucun de ces éléments n'est, à lui seul, déterminant pour trancher la question.

Le Conseil d'Etat accorde cependant une importance particulière au dernier critère. Il a en effet jugé que :

“ Le fait qu'elle soit créée par une autorité administrative, qu'elle soit soumise à un contrôle important de la part des pouvoirs publics, que ses organes soient composés de mandataires qui émanent de la ville de Bruxelles et que des tâches d'intérêt général lui soient confiées ne suffit pas à lui faire perdre son caractère de droit privé, dès lors qu'il ne ressort pas de ses statuts qu'elle se serait vu confier l'exercice d'une parcelle de la puissance publique ou qu'elle disposerait de prérogatives exorbitantes du droit commun lui permettant de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers dans l'accomplissement de son objet social”[en note de bas de page : C.E., 2 avril 2021, n° 250.304] [...].

Dans ses arrêts récents, le Conseil d'Etat accorde une importance moindre aux premiers indices dans les cas où l'organisme ne prend de toute façon pas des décisions contraignantes à l'égard des tiers.

Dans un arrêt n° 210.776 du 28 janvier 2011, le Conseil d'Etat a jugé que :

“ Pour se voir reconnaître la qualité d'autorité administrative, Haute Ecole partie adverse, personne morale de droit privé qui assume, sous le contrôle de la Communauté française, une fonction de service public, doit encore remplir une condition supplémentaire, étant de prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers” [...].

La Cour de cassation accorde davantage encore d'importance à ce critère.

Il en est ainsi dans un arrêt du 30 mai 2011 où la Cour estime que :

“ Les institutions créées ou reconnues par l'autorité fédérale, par les communautés et les régions, les provinces ou les communes, qui sont chargées d'un service public et qui ne relèvent pas du pouvoir judiciaire ou législatif, constituent en principe des autorités administratives, dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par l'autorité et qu'elles peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers. Une association de droit privé, fût-elle créée ou agréée par une autorité administrative et fût-elle soumise au contrôle de l'autorité, qui ne peut pas prendre de décision obligatoire à l'égard des tiers, n'a pas la nature d'une autorité administrative. Le fait qu'une tâche d'intérêt général lui soit confiée est sans intérêt, à cet égard” [...].

Il en est de même dans un arrêt du 13 juin 2013 où la Cour de cassation estime que :

“ Même si elle a été créée par une autorité administrative et est soumise au contrôle des pouvoirs publics, une personne morale de droit privé n’acquiert le caractère d’une autorité administrative que dans la mesure où elle peut prendre des décisions obligatoires à l’égard des tiers” [...].

Cette jurisprudence est constante.

Les décisions dites obligatoires à l’égard des tiers sont celles par lesquelles une personne morale de droit privé “détermine [...] unilatéralement ses propres obligations vis-à-vis des tiers ou constate [...] unilatéralement les obligations de ces tiers” [en note de bas de page : Cass., 30 mai 2011, *A.P.T.*, 2011, p. 333, concl. Av. gén. G. Dubrulle ; *J.T.*, 2012].

Ainsi, il est communément admis que l’attribution d’un marché public et même la mise en œuvre de pouvoirs exorbitants dans l’exécution d’un contrat de marché public ne correspondent pas à un pouvoir de décision qui lie les tiers [en note de bas de page : C.E., arrêt s.a. E, n° 213.949 du 17 juin 2011, pp. 1489 et ss ; C.E. arrêt n° 214.772 du 8 août 2011 ; C. const., arrêt n°131/2012 du 30 octobre 2012, B.8.1 ; C.E., arrêt s.a. Decom, n° 229.444 du 2 décembre 2014, *Rev. Dr. Comm.*, 2015/2, pp. 44-46].

24. En l’espèce, Digit’Eaux ne remplit qu’une partie de ces critères.

Il est vrai que Digit’Eaux a été créée par des pouvoirs publics (notamment la SWDE et la SPGE) et que les coopérateurs sont exclusivement des pouvoirs publics (Pièce 2). Si la finalité de Digit’Eaux la met bel et bien en relation avec des personnes morales de droit public chargées de missions de service public, cela ne lui enlève toutefois en rien son propre caractère privé.

En outre, Digit’Eaux n’est pas chargée, ni exclusivement, ni même partiellement, d’une mission de service public. La société a pour objet “de satisfaire aux besoins et de développer les activités de ses coopérateurs et des producteurs et distributeurs d’eau potable, des organismes actifs dans l’assainissement des eaux usées, des organismes d’assainissement agréés, sur le plan des services informatiques en lien avec la production et la distribution d’eau, l’assainissement des eaux usées, la protection des ressources en eau et la réalisation de toute opération relative au cycle de l’eau” [...] (Pièce 2).

En tout état de cause, Digit’Eaux ne remplit pas le critère qui paraît le plus déterminant pour le Conseil d’Etat et la Cour de cassation, à savoir celui de bénéficier d’un régime spécial et de disposer de prérogatives de puissance publique. En effet, aucune disposition de ses statuts ne permet d’identifier de telles prérogatives.

25. Partant, Digit’Eaux ne saurait se voir reconnaître le pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l’égard des tiers, dans la mesure où l’affaire concerne en l’espèce une décision d’attribution d’un marché public.

En l’absence d’un tel pouvoir, Digit’Eaux ne peut pas être considérée comme une autorité administrative.

Cela est d’autant plus vrai que le pouvoir décisionnel contraignant est le critère le plus important utilisé par la jurisprudence, tant de la Cour de cassation que du Conseil d’Etat, pour qualifier une personne morale de droit privé d’autorité administrative.

26. La situation de Digit'Eaux peut être rapprochée de celle de l'asbl i-CITY qui a été analysée par le Conseil d'Etat dans son arrêt n° 250.304 :

“ En l'espèce, la première partie adverse [l'asbl i-CITY] ne peut être qualifiée d'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Elle est une personne morale de droit privé constituée sous la forme d'une association sans but lucratif. Il s'agit plus précisément d'une asbl communale (article 8 du cahier spécial des charges) créée en dehors de tout cadre légal spécifique, conformément aux articles 32 et suivants de l'ordonnance du 5 juillet 2018 relative aux modes spécifiques de gestion communale et à la coopération intercommunale. Son activité ne s'inscrit pas dans l'exécution de dispositions législatives ou réglementaires, mais est déterminée par ses statuts. Le fait qu'elle soit créée par une autorité administrative, qu'elle soit soumise à un contrôle important de la part des pouvoirs publics, que ses organes soient composés de mandataires qui émanent de la Ville de Bruxelles et que des tâches d'intérêt général lui soient confiées ne suffit pas à lui faire perdre son caractère de droit privé, dès lors qu'il ne ressort pas de ses statuts – produits en annexe de la requête – qu'elle se serait vu confier l'exercice d'une parcelle de la puissance publique ou qu'elle disposerait de prérogatives exorbitantes du droit commun lui permettant de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers dans l'accomplissement de son objet social. *Prima facie*, l'asbl i-CITY n'est pas une autorité administrative et le Conseil d'Etat n'est, en principe, pas compétent pour connaître d'un recours introduit à l'encontre de ses décisions”.

27. Il résulte de ce qui précède que Digit'Eaux n'est pas une autorité administrative, si bien que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour juger de la légalité des décisions qu'elle prend (comme en l'espèce, s'agissant de la décision d'attribution d'un marché public).

2.2 Digit'Eaux n'agit pas dans le cadre d'un mandat spécifique que la SWDE lui aurait confié

28. Si le marché s'inscrit dans le cadre du projet EasyConso lancé par la SWDE et que la SWDE bénéficie des services visés par le marché litigieux, la partie adverse n'agit toutefois pas dans le cadre d'un mandat que la SWDE lui aurait confié. Un mandat implique que le mandataire agisse “au nom et pour compte” du mandant, ce qui n'est pas le cas ici.

Le marché litigieux s'inscrit dans le cadre du contrat-cadre de prestation de services informatiques, conclu entre Digit'Eaux et la SWDE le 6 avril 2023, lequel est “institué dans le respect des articles 30 et 113 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (contrôle ‘in-house’)” (Pièce 1- confidentiel). Ce contrat a pour objet de régir les relations entre la SWDE et Digit'Eaux et de définir les modalités selon lesquelles Digit'Eaux réalisera les prestations visées dans les bons de commande futurs, et en particulier d'établir les services informatiques qui seront rendus par Digit'Eaux à la SWDE et de convenir des modalités de rémunération de ces services (art. 1). Une convention similaire a été signée avec la SPGE.

C'est bel et bien Digit'Eaux qui a lancé le présent marché de services pour l'acquisition, les développements opérationnels, l'implémentation et la maintenance de la plateforme utilisateur & administrateur pour le projet EasyConso. Digit'Eaux assure le suivi de la mise en œuvre de la solution, la coordination du business, les tests et le suivi opérationnel. Dans ce cadre, Digit'Eaux assure la maintenance et le support technique et dispose donc des accès “administrateur” (cf. art. 4.1.7 du CCCh). En outre, les services prestés dans le cadre du marché litigieux sont facturés à et payés par Digit'Eaux.

La SWDE, quant à elle, vend le service EasyConso à ses clients : enregistreurs hardware (SHAYP dans le cadre du lot 1) et l'accès aux tableaux de bord (ce marché).

Du reste, à ce stade, aucun bon de commande entre Digit'Eaux et la SWDE n'a encore été signé.

29. Par ailleurs, le cahier spécial des charges indique clairement que le pouvoir adjudicateur est la "Société Digitale des Eaux de Wallonie", tant sur sa première page qu'au point 3.1.

Enfin, et surtout, la partie requérante ne prétend à aucun moment dans sa requête que Digit'Eaux agit dans le cadre d'un mandat "au nom et pour compte" de la SWDE.

Partant, Digit'Eaux n'agit pas dans le cadre d'un mandat.

30. Ici aussi, un parallèle peut être tracé avec ce que le Conseil d'Etat a jugé dans son arrêt n° 250.304 du 2 avril 2021 à propos de l'asbl i-CITY :

“ Aucune trace de mandat ou de décisions prises par la Ville de Bruxelles – tendant à encadrer l'action de l'asbl i-CITY – ne figure au dossier. Tant la décision préalable d'approuver les conditions et le mode de passation du marché que celle d'attribuer celui-ci ont été prises par les organes d'administration de l'asbl i-CITY, sans l'intervention de la Ville de Bruxelles. L'asbl i-CITY est renseignée comme étant le seul pouvoir adjudicateur du marché principal dans tous les documents du marché (avis de marché et cahier spécial des charges). Quant aux marchés subséquents, leur conclusion et leur exécution sont uniquement prévues au bénéfice de l'asbl i-CITY et des adjudicateurs bénéficiaires de la centrale d'achat listés à l'article 12 du cahier spécial des charges et dont la Ville de Bruxelles ne fait pas partie. Au vu de ces éléments, il ne peut être considéré que l'asbl i-CITY aurait agi, au nom et pour le compte de la Ville de Bruxelles, dans le cadre d'un mandat spécifique pour l'organisation et la passation du présent marché. *Prima facie*, la Ville de Bruxelles ne peut, dès lors, se voir attribuer la qualité de pouvoir adjudicateur et donc la qualité de partie adverse. Il convient, en conséquence, de la mettre hors de cause.

Enfin, rien ne permet de considérer que l'asbl i-CITY pourrait devenir une autorité administrative □ par extension □ du seul fait que plusieurs bénéficiaires de la centrale ont la qualité d'autorité administrative. Les documents du marché identifient l'asbl i-CITY comme la centrale d'achat et le seul pouvoir adjudicateur de l'accord-cadre passé dans le cadre de cette activité. Ils mentionnent également que cette asbl agit 'en son nom et pour son compte', qu'elle pourra passer les marchés subséquents et pourvoir à leur exécution. Les actes adoptés pour passer le présent marché paraissent, dès lors, pouvoir être imputés à cette seule entité”.

31. Relevons encore que la partie requérante n'a pas attrait à la cause la SWDE, ce qui ne permettrait pas au Conseil d'Etat de statuer sur le recours s'il estimait que Digit'Eaux a agi dans le cadre d'un mandat (*quod non*) [en note de bas de page : Dans un arrêt n° 245.246 du 29 juillet 2019, la partie requérante avait désigné comme partie adverse la seule société ORES Assets, dont la qualité d'autorité administrative n'était pas contestée. ORES Assets soutenait devant le Conseil d'Etat que c'est la société ORES qui avait attribué le marché litigieux et qu'elle ne constituait pas une autorité administrative, de sorte que le Conseil d'Etat était incompétent pour connaître du recours. Le Conseil d'Etat a relevé que ORES Assets avait délégué ses pouvoirs en matière d'achats publics en-dessous d'un certain montant à la société ORES. Il a par conséquent estimé que : “Dans la mesure où la S.C.R.L. ORES agit “au nom et pour compte” de la S.C.R.L. ORES ASSETS, dont la qualité d'autorité administrative n'est pas contestée, elle en

constitue le mandataire et ne pose aucun acte pour son compte propre. L'acte attaqué est donc imputable à ladite autorité administrative de telle sorte que le Conseil d'État est compétent pour statuer sur le présent recours".]

2.3 Conclusion

32. Aucun élément ne permet donc de considérer Digit'Eaux comme une autorité administrative ».

B. Plaidoiries

À l'audience, la partie requérante indique qu'elle est surprise du déclinatoire de compétence puisque, d'une part, les documents du marché mentionnent expressément que le Conseil d'État est l'instance de recours compétente et, d'autre part, que la première décision d'attribution du marché avait fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'État dans le cadre duquel la compétence de cette juridiction n'avait pas été contestée. Elle observe que si la partie adverse a retiré cette première décision d'attribution, il y a eu, par la suite, un arrêt du Conseil d'État dans lequel celui-ci a constaté la perte d'objet du recours, sans toutefois se déclarer incompétent. Elle soutient que la partie adverse admet dans la note d'observations que la plupart des critères permettant de qualifier une entité d'autorité administrative sont remplis en l'espèce : la partie adverse a été créée par des pouvoirs publics, ses coopérateurs sont exclusivement des personnes morales de droit public, plus de 80 % de ses activités sont exercées au bénéfice de ses coopérateurs et elle est contrôlée par des pouvoirs publics. Elle considère, par ailleurs, que les articles 3.1 et 3.2 des statuts de la partie adverse confèrent à celle-ci des missions d'intérêt public ou d'intérêt général. À propos du critère selon lequel une entité doit prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers pour pouvoir être qualifiée d'autorité administrative, elle estime que la partie adverse entretient une confusion entre des entités créées à partir d'une initiative privée et celles nées d'une initiative publique. Ainsi, selon elle, la partie adverse n'est pas le fruit d'une initiative privée, puisqu'elle a été créée par des pouvoirs publics. Se référant à l'arrêt n° 234.859 du 25 mai 2016 (ECLI:BE:RVSCE:2016:ARR.234.859) et à l'article 5 des statuts de la partie adverse, elle observe qu'en l'espèce, il importe de constater que les entités publiques qui ont constitué la partie adverse disposent bel et bien de la majorité des voix au sein des organes de celle-ci. Elle avance enfin que conformément à l'article 3.2 de ses statuts, la partie adverse peut déterminer la tarification de ses services et, dès lors, prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers. Quant à la question de savoir si la partie adverse a reçu un mandat par une entité publique pour la passation et l'attribution du marché litigieux, elle déduit de plusieurs passages du cahier spécial des charges (3.3.1, 3.3.2, 4.12, etc.) que les activités de la partie adverse sont réalisées pour le compte ou à destination de la SWDE. Dès lors, selon elle, même si le cahier spécial des charges ne le mentionne

pas expressément, il est clair que la partie adverse a agi dans le cadre d'un mandat conféré par ses coopérateurs, principalement la SWDE.

Elle conclut que le Conseil d'État est compétent pour connaître du présent recours.

La partie adverse répond en termes de plaidoiries que le Conseil d'État avait rejeté la première demande de suspension d'extrême urgence parce qu'une des conditions devant être remplies pour accueillir la demande n'était pas remplie, sans que le Conseil d'État ne dût pour autant se prononcer sur la question de sa compétence. Elle concède que les documents du marché mentionnent que le Conseil d'État est l'instance de recours compétente, mais observe qu'en même temps le courrier de communication de la décision d'attribution du marché à la partie requérante indique bien que l'instance de recours est le tribunal d'entreprise de Liège. Elle précise qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation que le critère le plus important pour vérifier si une entité est une autorité administrative est celui du pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers. Or, selon elle, une décision d'attribution du marché n'est pas une telle décision. Elle soutient ensuite que le fait que 80 % de ses activités sont réalisées au bénéfice de ses coopérateurs n'est qu'une des conditions de la figure juridique du « *in-house* ». Elle avance, par ailleurs, que l'objet social de la partie adverse, qui consiste à satisfaire les besoins de ses coopérateurs, ne constitue pas une mission de service public. Elle soutient également que le fait que la partie adverse détermine les tarifs qu'elle applique pour la prestation des services qu'elle livre au profit de ses coopérateurs ne s'apparente pas à un pouvoir de fixer des redevances liant des tiers. Enfin, elle précise que la partie adverse n'agit pas dans le cadre d'un mandat spécifique délivré par la SWDE puisque un mandat implique non seulement que le mandataire agisse pour le compte du mandant mais également en son nom. Or, selon elle, ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce. En conséquence, elle estime qu'elle ne constitue pas une autorité administrative et que le Conseil d'État n'est pas compétent pour connaître du présent recours.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

En vertu de l'article 24, 1°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, l'instance de recours compétente pour annuler ou suspendre l'exécution d'une décision d'un pouvoir adjudicateur, telle une décision d'attribution d'un marché public, est la section du contentieux administratif du Conseil d'État, « lorsque

l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ».

L'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, confère à la section du contentieux administratif du Conseil d'État le pouvoir de statuer par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives.

Afin de déterminer s'il est compétent pour connaître du présent recours, le Conseil d'État doit dès lors vérifier si la partie adverse constitue ou non une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées précitées.

La partie adverse n'a pas été créée par voie décrétole. Elle est une société coopérative qui a été constituée, aux termes d'un acte notarié, le 8 décembre 2022 par (i) la société wallonne des eaux (en abrégé : SWDE) qui est une personne morale de droit public ayant pris la forme d'une société coopérative, (ii) la société publique de gestion de l'eau (en abrégé : SPGE) et (iii) l'Intercommunale de Développement Economique et d'Aménagement du Cœur du Hainaut (en abrégé : IDEA).

De ce fait, la partie adverse est une personne morale de droit privé entièrement soumise au Code des sociétés et des associations. La circonstance qu'elle a été constituée par des personnes morales de droit public est indifférente à cet égard.

Il ressort de la jurisprudence constante de la Cour de cassation qu'une personne morale de droit privé, même créée par des pouvoirs publics, soumise à leur contrôle, et investie d'une mission d'intérêt général, ne peut être qualifiée d'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées précitées que si elle peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers.

À titre d'exemple, la Cour de cassation a jugé par un arrêt du 13 juin 2014 (C. 14.0010.F), (ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20140613.2), à propos de l'association sans but lucratif « Gestion de l'informatique pour les administrations locales », créée par la ville de Bruxelles, le centre public d'action sociale de Bruxelles et la Région de Bruxelles-Capitale, ce qui suit :

« Les institutions créées ou reconnues par l'autorité fédérale, par les communautés et les régions, les provinces ou les communes, qui sont chargées d'un service public et qui ne relèvent pas du pouvoir judiciaire ou législatif, constituent en

principe des autorités administratives, dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par l'autorité et qu'elles peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers.

Une association sans but lucratif, fût-elle créée par une autorité administrative et fût-elle soumise à un contrôle important de la part des pouvoirs publics, qui ne peut pas prendre de décision obligatoire à l'égard des tiers, ne perd pas son caractère de droit privé. Le fait qu'une tâche d'intérêt général lui soit confiée est, à cet égard, sans intérêt ».

En l'espèce, aucune disposition des statuts de la partie adverse, de son règlement intérieur et du « contrat-cadre de prestations de services informatiques de Digit'eaux pour compte de la SWDE » ne fait apparaître que la partie adverse serait dotée d'un pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers.

La partie requérante plaide, en particulier, que l'article 3.2 des statuts de la partie adverse conférerait un tel pouvoir à celle-ci, en ce qu'il dispose qu'elle exerce ses activités à plus de 80 % au profit de ses coopérateurs conformément à la tarification des services arrêtée par son conseil d'administration.

L'article 3.2 des statuts définit la finalité coopérative et la « valeur » de la partie adverse comme il suit : « être le partenaire de confiance en Région wallonne pour ses coopérateurs et les tiers susmentionnés, de soutenir les convergences sectorielles et le partage d'informations, d'être vecteur d'innovation et moteur de la transformation numérique et de développer les économies d'échelle au niveau du secteur de l'eau. À cet effet, la société exerce ses activités à plus de 80 % (déterminés en fonction du chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié [...]) au profit de ses coopérateurs, conformément à la tarification des services arrêtée par le conseil d'administration qui tient compte des prix du marché et permettant un autofinancement des investissements ou la rémunération de manière proportionnée des apports de capitaux ».

La « tarification des services » visée par cette disposition statutaire ne révèle toutefois pas l'existence d'un pouvoir de prendre des décisions liant des tiers, par exemple le pouvoir de fixer des redevances. Elle vise uniquement la rémunération des services prestés au profit des coopérateurs de la partie adverse, notamment dans le cadre du contrat-cadre des prestations de services informatiques conclu avec la SWDE.

Par ailleurs, contrairement à ce que plaide la partie requérante par référence à l'arrêt n° 250.304 du 2 avril 2021(ECLI:BE:RVSCE:2021:ARR.250.304), les documents du marché ne permettent pas de considérer que la partie adverse aurait agi en tant que mandataire de ses coopérateurs, c'est-à-dire au nom et pour le compte de la SWDE, la SPGE ou

IDEA. Il apparaît plutôt *prima facie* qu'en attribuant le marché, la partie adverse, qui est renseignée dans le cahier des charges comme le seul pouvoir adjudicateur, a agi dans le cadre de son but statutaire.

Dès lors qu'elle n'est pas investie d'un *imperium*, la partie adverse ne constitue pas une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

En conséquence, le Conseil d'État n'est pas compétent pour connaître du présent recours.

V. Confidentialité

La partie requérante sollicite la confidentialité de son offre. Il s'agit de la pièce A, annexée à sa requête.

La partie adverse sollicite la confidentialité du contrat-cadre qui la lie à la SWDE pour la prestation de services informatiques, de la candidature de la SA Opinum, des offres des différents soumissionnaires ainsi que des questions et réponses concernant les prix de la requérante et de la SA Opinum. Il s'agit des pièces 1 à 10 du dossier administratif confidentiel.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

La pièce A, annexée à la requête ainsi que les pièces 1 à 10 du dossier administratif confidentiel sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 19 novembre 2024, par la VI^e chambre du
Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Michèle Belmessieri,	conseillère d'État, présidente f.f.,
Nathalie Roba,	greffière.

La Greffière,

La Présidente,

Nathalie Roba

Michèle Belmessieri