

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 128.507 du 25 février 2004

A. 82.593/VI-14.974

A. 82.829/VI-14.992

En cause :

- 1 LA SOCIETE ANONYME ESPACE TRIANON,**
- 2. LA SOCIETE ANONYME SOCIETE WALLONNE DE LOCATION-FINANCEMENT (en abrégé "SOFIBAIL"),**

ayant élu domicile chez
Me Philippe COENRAETS, avocat,
avenue Franklin Roosevelt, 84, bte 3,
1050 Bruxelles,

contre :

**L'OFFICE COMMUNAUTAIRE ET REGIONAL
DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE ET
DE L'EMPLOI (en abrégé FOREM),**

ayant élu domicile chez
Mes Marc UYTENDAELE et
Maya MARESCHAL, avocats,
rue Capitaine Crespel, 2-4,
1050 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 19 février 1999 par la Société anonyme ESPACE TRIANON et la Société anonyme SOCIETE WALLONNE DE LOCATION-FINANCEMENT, en abrégé "SOFIBAIL", qui demandent l'annulation de "la décision du 22 décembre 1998 par laquelle le comité de gestion de la partie adverse (l'Office Communautaire et Régional de la Formation professionnelle et de l'Emploi, en abrégé FOREM) attribue un marché portant sur la conception, la réalisation et le financement d'un immeuble d'environ 6.500 m² net hors sol, à l'usage des services administratifs du FOREM, direction régionale de Liège, à l'association momentanée C.I.D.P.-B.P.C." (A. 82.593/VI-14.974);

Vu la requête introduite le 8 mars 1999 par les mêmes requérantes qui demandent l'annulation de "la décision du 8 janvier 1999 par laquelle le comité de gestion de la partie adverse confirme la décision d'attribution d'un marché portant sur

la conception, la réalisation et le financement d'un immeuble d'environ 6.500 m² net hors sol, à l'usage des services administratifs du FOREM., direction régionale de Liège, du 22 décembre 1998, à l'association momentanée C.I.D.P.-B.P.C." (A. 82.829/VI-14.992);

Vu les arrêts n^{os} 114.117 et 114.118 du 23 décembre 2002 rouvrant les débats;

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

Vu les ordonnances du 12 juin 2003 ordonnant le dépôt au greffe des dossiers et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu les ordonnances du 19 décembre 2003, notifiée aux parties, fixant les affaires à l'audience du 21 janvier 2004;

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

Entendu, en leurs observations, Me Philippe COENRAETS, avocat, comparaisant pour les requérants et Maya MARECHAL, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

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

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen des requêtes se présentent comme suit :

1. En mai 1997, le bureau de consultance I.B.H. établit, au profit de la partie adverse, un cahier spécial des charges CL/97/311/006 ayant pour objet un "marché de promotion pour un immeuble de bureaux à Liège, destiné à l'hébergement des services de la division subrégionale de Liège du FOREM - Appel d'offres général".

L'article 1.1.1. du cahier spécial des charges est rédigé comme suit :

" 1.1.1.1. Introduction

Le présent marché a pour objet de charger le Promoteur, selon les clauses et conditions fixées par le Cahier Spécial des Charges (CSCh), du financement, de l'étude et de la réalisation des travaux relatifs à la construction d'un immeuble de bureaux à Liège (ci-après dénommé «l'immeuble» ou «l'ouvrage»), destiné à l'implantation des services de la division subrégionale de Liège du FOREM, et pourvu d'un parking souterrain ainsi que de surfaces de réserve comme requis par le programme de construction fixé par le CSCh.

1.1.1.2. Terrain

L'immeuble sera sur un terrain dont le Promoteur, adjudicataire du marché, doit être propriétaire.

Le Soumissionnaire devra donc disposer soit des droits de propriété sur ledit terrain, soit d'une (ou de) promesse(s) de vente associée(s) à un délai engageant le Soumissionnaire dès le moment où il serait déclaré adjudicataire du marché et qui permettent de transférer le terrain et l'immeuble en pleine propriété au FOREM, pouvoir adjudicateur, dès l'achèvement des travaux de construction.

Le terrain doit être situé dans le centre de la ville de Liège, à l'intérieur de la zone postale 4000 (approximativement).

1.1.1.3. Exclusion d'une copropriété

Le marché vise la mise à disposition d'un immeuble (ou d'un complexe immobilier) destiné dans sa totalité au FOREM, sans que le Soumissionnaire puisse proposer que l'immeuble en tout ou en partie soit en copropriété."

L'article 1.1.4.3. "Etablissement de l'offre" du cahier spécial des charges indique que l'offre doit être accompagnée notamment du "métré récapitulatif des postes pour l'exécution des travaux de constructions", d'un "jeu complet de plans du projet de construction à l'échelle 1/100", du "permis de bâtir ou (d'un) certificat d'urbanisme relatif au projet de construction proposé", d'un "programme général des travaux de construction" et d'un "métré des surfaces brutes construites et nettes par service ainsi qu'un comparatif de celles-ci avec les surfaces exigées par le programme de construction".

Les critères d'attribution du marché sont définis à l'article 1.1.4.5. du cahier spécial des charges de la manière suivante :

" Après vérification de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché, c'est-à-dire après avoir contrôlé que les soumissionnaires respectent les critères de sélection repris à l'article 1.1.3. ci-avant, le FOREM choisit l'offre régulière la plus intéressante sur base des critères d'attribution suivants, soit par ordre d'importance décroissant :

I. La valeur technique de l'ouvrage :

- fonctionnalité du projet
(réponse au programme technique des besoins: surface et liaison fonctionnelle)

- qualités techniques de construction
(matériaux, gros-oeuvre, techniques spéciales et parachèvements)
- qualité architecturale de l'ouvrage
(intégration dans l'environnement, façades, conception intérieure, adaptabilité des espaces)
- localisation de l'immeuble
(facilités d'accès pour le personnel et les visiteurs)
- utilisation et entretien
(confort d'utilisation, frais d'entretien et consommation d'énergie)

II. La valeur économique de l'ouvrage :

a) le montant de l'investissement

- la valeur du terrain
- le coût de construction
 - gros-oeuvre
 - parachèvements et sanitaires
 - techniques spéciales
 - raccordements
- les frais d'études, d'assurances et de coordination
 - honoraires architectes et ingénieurs
 - organismes de contrôle et assurances
 - autres frais du promoteur
- la T.V.A.
- les intérêts intercalaires

b) les annuités de paiement

- taux d'intérêts
- mode de calcul des annuités

III. Le délai de construction :

- délai de mise à disposition de l'ouvrage

IV. Les possibilités d'extension future".

Parmi les clauses administratives, l'article 1.1.5. relatif à la détermination des prix indique, en son alinéa 2, que "pour les postes relatifs aux travaux de construction, chaque poste du métré récapitulatif doit stipuler une quantité totale et un prix unitaire", l'article 1.2.3. que "le promoteur est obligatoirement propriétaire du (des) terrain(s) servant d'assiette à l'ouvrage jusqu'à l'achèvement des travaux de construction", l'article 1.3.4. (révision des prix) que le montant de l'investissement tient compte de l'évolution des coûts de construction de l'immeuble, que mensuellement, le promoteur et le fonctionnaire dirigeant établiront la valorisation de l'avancement des

travaux de construction sur la base des prix de l'offre pour les postes relatifs aux travaux de construction, que la réception provisoire des travaux de construction aura différentes conséquences quant au calcul des intérêts intercalaires, l'article 1.3.5. (paiements) que le montant de l'investissement comprend notamment le montant total des travaux de construction et l'article 1.3.10. (assurances) que les frais relatifs aux assurances sont à la charge exclusive du promoteur de même que les coûts éventuels entraînés par l'intervention de l'organisme de contrôle sur les travaux de construction.

Parmi ces mêmes clauses, l'article 2.1.1. dispose que les chapitres 2.2. à 2.5. déterminent les prescriptions techniques applicables à la conception des travaux de construction, le chapitre 2.2. fixant les besoins du FOREM quant au programme de construction, l'article 2.1.2. que le soumissionnaire doit annexer à son offre un mémoire des travaux de construction, le chapitre 2.2. définit le programme de construction, l'article 2.2.6. que l'offre sera conforme à l'arrêté royal du 7 juillet 1994 fixant les normes de base en matière de prévention contre l'incendie et l'explosion, l'article 2.2.7. que le soumissionnaire doit présenter un projet de construction dont les surfaces respectent le programme de l'annexe 3, reprenant, par service, les surfaces requises par le FOREM, soit, 5.925 M² de surfaces nettes pour les services, 636 M² de surfaces nettes pour les locaux de services et les annexes ainsi que 139 emplacements de parcage, un comparatif des surfaces nettes requises (et des parkings) avec celles découlant du projet devant être annexé à l'offre.

Le chapitre 2.3. porte sur les conditions relatives aux ouvrages de génie civil et, dans sa section A "Généralités", impose différentes contraintes quant aux fondations (essais de sol, terrassements, qualité du sol), aux ouvrages en béton, aux maçonneries, aux éléments de structures en acier. Dans sa section B "Travaux préliminaires", un article 2.3.6. "Démolitions" (suivi de deux articles relatifs aux déblais et aux remblais) est rédigé comme suit :

" Voir article 2.4.5.

Pour les travaux de transformation ou de démolition des immeubles, toutes les précautions nécessaires doivent être prises quant à la stabilité des immeubles à transformer et, le cas échéant, des immeubles voisins, notamment par étréssillonement des planchers, des baies de fenêtres et de portes et étançonnement des murs mitoyens et autres dont la stabilité risque d'être affectée par les travaux".

L'article 2.4.5. est rédigé comme suit :

"Travaux préalables

12.1. Protection des végétations.

Mesurage : Forfait (Fr)

12.2. Clôture provisoire du chantier.

(...)

12.3. Etat des lieux voisins.

(...)

12.4. Enlèvement des végétations.

(...)

12.5. Démolitions.

Références : (...)

Mesurage : Forfait (Ff) suivant les regroupements opérés au mètre.".

La troisième partie du cahier spécial des charges, relative aux documents de soumission, comporte un acte d'engagement mentionnant que le marché a pour objet la construction d'un immeuble (art. 2.A.3.), que les soumissionnaires déclarent que la construction des installations ou les travaux de construction sont ou non confiés en tout ou en partie à des sous-traitants (art. 2.B.1. et 2.) et que le délai de construction atteint tel nombre de mois (art. 2.B.3.). Dans cette partie, figure aussi une annexe à l'acte d'engagement relative au montant de l'investissement obligeant les soumissionnaires à préciser le "coût de construction de l'immeuble", dans lequel figurent, sous la rubrique "travaux préparatoires", les postes 2.3.6. et 2.4.5., mentionnés ci-dessus intitulés "travaux préalables".

2. Le 30 septembre 1997, le J.O.C.E. publie l'avis de marché en indiquant l'objet de la manière suivante: "la conception, la réalisation et le financement d'un immeuble d'environ 6.500 m² (nets) hors sol à l'usage des services administratifs de l'Office régional de l'emploi (direction régionale de Liège)" et en précisant que les variantes libres sont autorisées. Quatre avis rectificatifs seront ensuite publiés.

3. Le 20 février 1998, a lieu l'ouverture des offres. Cinq offres ont été déposées dont celles des requérantes et de l'association momentanée C.I.D.P.-B.P.C..

Cette dernière indique que sa soumission "propose au FOREM, pour sa nouvelle division subrégionale de Liège, la rénovation de l'Institut de Mathématiques du Val-Benoit", que "s'agissant d'une rénovation, les travaux de gros-oeuvre seront peu importants et par conséquent rapides, ce qui constitue un avantage indiscutable, tant au niveau des coûts que des délais d'exécution", que "les parkings demandés seront logés

dans un immeuble neuf à construire", qu'il s'agit "d'un parking couvert", avec "couverture légère de type métallique sur structure en bois lamellé collé" sur l'ancienne pelouse située au Nord du bâtiment DI, que "la distance à couvrir à pied jusqu'à l'entrée du bâtiment principal est de quelques dizaines de mètres" et propose deux fois une "variante du parking couvert".

4. Le 24 février 1998, le bureau de consultance I.B.H. propose à la partie adverse deux possibilités pour déterminer les poids relatifs des critères d'attribution en indiquant se référer à une suggestion antérieure à la réception des offres. La première des suggestions semble avoir été retenue via un "griffonnage" émanant d'un inconnu en face de la colonne.

Cette pondération des critères d'attribution est la suivante :

Valeur technique de l'ouvrage	400 points
Valeur économique de l'ouvrage	350 points
Délai de construction	150 points
Possibilités d'extension future	100 points
Total	1000 points.

Le bureau I.B.H. indique également que "la subdivision de ces «poids» par critère en poids élémentaires par sous-critères pourrait être déterminée ultérieurement par le Comité d'examen des offres sur base de la décomposition figurant dans le plan d'analyse des offres (Cf. Note I.B.H./24.02.98 : Phase 3/Synthèse de l'analyse des offres) que nous avons examiné ensemble ce jour."

5. Après un premier rapport relatif à la "recevabilité et à la conformité des offres" proposant d'en écarter deux pour de prétendues irrégularités relatives aux taux d'intérêt proposés, un second rapport portant sur "la comparaison générale des offres" sélectionnées est établi en avril 1998, dont on retiendra que le bureau I.B.H. indique que l'offre C.I.D.P.-B.P.C. concerne un bâtiment existant où "l'intégration du programme du FOREM est donc limitée aux possibilités d'aménagement de ce bâtiment" et que le projet C.I.D.P.-B.P.C. est implanté près de Cointe (Val-Benoît) alors que les autres projets le sont dans le centre de la ville de Liège.

6. En juin 1998, le bureau de consultance procède, dans un rapport final, à la comparaison de trois offres au regard des critères définis au cahier spécial des

charges, ventilés selon des sous-critères proposés par le bureau I.B.H. à la partie adverse sans toutefois qu'existe une pièce du dossier administratif montrant l'approbation par le comité de gestion de cette pondération des sous-critères.

Ce rapport final relève que, pour la "valeur technique de l'ouvrage" - "Fonctionnalité du projet", l'offre C.I.D.P.-B.P.C. propose une surface inférieure de 4% à celle requise par le cahier spécial des charges mais que ce point pourrait être réglé facilement par "l'incorporation dans le bâtiment parking" ou par la construction d'un bâtiment d'un coût de 2,5 millions sur le terrain restant libre sans que le déficit rende impossible l'implantation du programme du FOREM, que le parking de l'offre C.I.D.P.-B.P.C. atteint 138 places "dont la couverture, à partir du moment où le bâtiment est séparé du bâtiment principal et ne permet pas de gagner le lieu de travail au sec, (lui) paraît d'un intérêt très limité", la solution d'un parking à ciel ouvert proposé en variante paraissant plus intéressante si elle est autorisée par la ville et que l'offre C.I.D.P.-B.P.C. présente un léger déficit de surface pour $\pm 40\%$ des surfaces, le magasin-dépôt logistique ayant été oublié.

7. Le 30 juin 1998, le comité de gestion de la partie adverse est informé de l'évolution du dossier et réclame une note décisionnelle pour le 7 juillet suivant.

8. Le 7 juillet 1998, l'administrateur général du FOREM présente une note au comité de gestion relative au marché querellé dans laquelle il expose en substance que, pour ce qui concerne l'offre C.I.D.P.-B.P.C., l'analyse de sa conformité aux prescriptions de l'arrêté royal du 7 juillet 1994 fixant les normes de base en matière de prévention contre l'incendie et l'explosion doit s'effectuer, non pas comme le bureau I.B.H. le préconise, mais s'agissant d'une prescription essentielle du cahier spécial des charges, en termes de régularité de l'offre, que le projet ne présentant aucune modification des éléments structuraux échappe à l'arrêté royal précité alors qu'indépendamment de l'année de construction, le cahier spécial des charges exige le respect de cet arrêté royal auquel l'immeuble ne répond pas pour les raisons décrites par I.B.H., en sorte qu'il n'existe qu'une seule offre régulière, étant celle des requérantes, l'autre offre en lice présentant d'autres irrégularités.

9. Le même jour, après examen de la note de l'administrateur général, le comité de gestion décide d'examiner à nouveau la question lors de la réunion du 14 juillet 1998 et qu'un nouveau document sera préparé en vue de répondre à ses questions.

10. Le 14 juillet 1998, l'administrateur général du FOREM présente au comité de gestion un nouveau document relatif au marché querellé dont il appert en substance que l'administration considère l'offre C.I.D.P.-B.P.C. non conforme au regard de l'objet du marché (construction) et au regard de l'exigence essentielle en matière de protection contre l'incendie (applicabilité de l'arrêté royal du 7 juillet 1994 précité), qu'elle doit être écartée "en application de l'article 110 de l'A.R. du 08/01/96. En effet, la nature des travaux proposés n'est pas compatible avec le cahier spécial des charges, en ce qu'il prescrit, notamment au titre de l'objet du marché, que celui-ci concerne le financement, l'étude et la réalisation de travaux relatifs à la construction d'un immeuble et qu'il doit répondre aux normes de base, en matière de prévention contre l'incendie et l'explosion," et que, "en termes d'incompatibilité avec le cahier spécial des charges, on relève également la contrainte énoncée dans l'objet du marché, à propos de parkings souterrains, contrainte que ne peut respecter l'offre C.I.D.P.-B.P.C..".

Lors de la réunion du comité de gestion, l'administrateur général propose de demander aux soumissionnaires la prolongation de la durée de leurs offres. Cette proposition est retenue par le comité de gestion.

11. Le 22 septembre 1998, l'administrateur général dépose au comité de gestion un nouveau dossier relatif au marché querellé dans lequel il indique qu'à la suite d'une consultation d'un tiers notamment sur la régularité de l'offre C.I.D.P.-B.P.C. au regard de l'objet du marché et de l'exigence de respect des normes de sécurité "incendie", l'administration considère que l'offre C.I.D.P.-B.P.C. est régulière pour ce qui concerne ces normes mais que l'offre des parties requérantes est supérieure lorsque les critères et sous-critères d'attribution sont appliqués.

En synthèse, il évalue les offres de la manière suivante :

" CRITÈRES	POINTS	TRIANON-SOFIBAIL	CIDP-BPC
Valeur technique	400	278	196
Valeur économique	350	202	245
Délai de construction	150	120	134
Possibilités d'extensions futures	100	83	83
TOTAL	1000	683	658 "

Le comité de gestion, après débats, reporte l'examen de l'affaire au 29 septembre 1998, avec, toutefois, une séance spéciale le 22 septembre 1998.

12. Le 22 septembre 1998, lors de la séance du comité de gestion, l'administrateur général précise que M. THIRY ne présidera pas la séance du jour étant donné qu'il est professeur à l'université de Liège et qu'il ne tient plus à répondre personnellement aux questions du comité de gestion concernant le dossier relatif au marché querellé. À la question d'un représentant des travailleurs à propos de l'élaboration du tableau des cotations, l'administration répond que les critères et sous-critères proviennent du cahier spécial des charges et qu'elle a donné la pondération en se basant sur le rapport d'I.B.H.. Le comité de gestion reporte finalement l'examen du dossier au 29 septembre suivant.

13. Le 29 septembre 1998, le comité de gestion de la partie adverse se réunit dans une première séance et deux membres désirent ne pas prendre part au débat (MM. THIRY et VANDERSMISSEN). Un rapport d'attribution préparé par l'administration est déposé dans lequel, après qu'il a été indiqué que l'avis d'un spécialiste des marchés publics concluait à la régularité de l'offre C.I.D.P.-B.P.C. au regard de l'objet du marché, l'attribution du marché aux requérantes est proposé. Après un échange de vue, un vote est organisé. Il conduit à un ex-aequo, six votes étant exprimés en faveur de l'offre C.I.D.P.-B.P.C., six autres en faveur de l'offre des requérantes. Une deuxième séance est organisée le jour même et débouche sur le même résultat.

14. Le 20 octobre 1998, le comité de gestion décide de confier au "Bureau-Conseil I.B.H. le soin d'établir un tableau de cotation motivé avec une analyse détaillée des points relatifs au prix et à la sécurité".

15. Le 22 octobre 1998, l'administrateur général de la partie adverse indique au bureau I.B.H. que le comité de gestion souhaite que "certains critères d'attribution soient affinés de façon à objectiver la cotation" en mentionnant les éléments à analyser.

16. En décembre 1998, I.B.H. dépose un "rapport relatif à la cotation des offres". Ce rapport indique, en introduction, que, "pour l'établissement de la cotation, le comité de gestion a émis le souhait que certains critères d'attribution soient affinés de façon à objectiver la cotation :

" Pour ce qui concerne la valeur technique, il convient également d'aborder: l'aspect de sécurité des bâtiments au regard des rapports des pompiers, les incertitudes relatives à la structure du bâtiment Val Benoît,

Pour ce qui concerne la valeur économique, le comité de gestion souhaite disposer: de la valeur de revente de chacun des bâtiments, des prix que l'on peut observer sur le marché immobilier liégeois, en fonction de la situation des projets dans la ville (...)".

Sous une rubrique "Objectivation de la cotation", le rapport I.B.H. indique qu'afin de donner suite à la demande du comité de gestion, la liste des sous-critères déterminés avec le FOREM en février 1998 a été complétée, sans modifier aucunement les critères d'attribution du marché mentionnés au cahier spécial des charges, et qu'un tableau de cotation dûment adapté a été transmis par I.B.H. au FOREM le 5 novembre 1998 pour avaliser les points maxima alloués à chaque critère.

La notation, sur 1000, du bureau d'études I.B.H. est la suivante :

" Offre BEMAT-MOURY-SOLICO	758 points
Offre CIDP-BPC	755 points
Offre TRIANON-SOFIBAIL	659 points".

17. Le 15 décembre 1998, l'administrateur général transmet au comité de gestion le rapport I.B.H. en lui laissant le soin de prendre attitude sur le dossier en considération de ce rapport.

18. Le 22 décembre 1998 , le comité de gestion se réunit. Après un exposé relatif aux convergences et aux divergences, l'administration conclut de la manière suivante :

" La conclusion d'I.B.H. ne fait pas apparaître la difficulté majeure de cotation apparue dans ce marché.

Les deux projets qui restent en lice sont difficilement comparables :

- l'un procède de la réhabilitation d'un bâtiment existant, ce qui présuppose un délai et un coût plus avantageux qu'une construction mais qui fait apparaître une valeur technique (premier critère par ordre d'importance) qui n'atteint pas la moitié des points (179/400);
- l'autre procède d'une nouvelle construction, handicapé par un coût et un délai moins avantageux.

En clair, soit le choix se tourne vers un projet moins onéreux, mais qui ne présente pas la valeur technique requise, soit il se tourne vers un projet de qualité supérieure, mais plus cher.

3.2. La décision d'attribution du marché est un acte administratif à portée individuelle qui doit faire l'objet d'une motivation formelle. La motivation consiste en l'indication, dans le corps même de l'acte, des considérations de droit et de fait qui servent de fondement à la décision.

Dès lors, la prise de la décision doit être accompagnée de l'indication, par le Comité de gestion, des fondements de sa décision, au moment où il prend sa décision. Il y a lieu d'insister spécifiquement sur ce point à titre de précaution, compte tenu du courrier reçu ce jour.

Le Comité de gestion peut procéder par voie de référence à tel document, pour asseoir sa motivation.

Compte tenu des travaux déjà menés jusqu'à présent, s'il ne souhaite pas faire état, dans sa motivation, des documents établis par l'Administration, il serait prudent qu'il en indique les raisons.

S'il souhaite se référer au document d'I.B.H., il faut être attentif au fait que ce document ne porte de motivation que par rapport au choix qu'il préconise, à savoir le projet Bemat-Solico-Moury du boulevard Piercot, pour lequel le soumissionnaire a déclaré forfait.

La simple référence au projet classé en deuxième lieu ne paraît pas suffisante dans la mesure où le rapport précise que «l'appel d'offres ayant défini comme critère d'attribution principal la valeur technique de l'ouvrage, la prééminence du dossier 1 sur le dossier 2 se retrouve également dans le dossier 3 par rapport au 2».

Si le Comité de gestion souhaitait axer sa motivation sur la valeur économique de l'ouvrage, cette motivation serait donc inadéquate, car, d'une part, l'appel d'offres oblige de prendre en considération tous les critères d'attribution et, d'autre part, la valeur technique a été classée en première importance".

Au cours de la discussion, un représentant des employeurs demande si le cahier spécial des charges précisait qu'il fallait un parking souterrain et l'administration le confirme.

Après un vote d'où aucune majorité ne se dégage à propos de l'application de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, un vote secret est ensuite organisé pour l'attribution du marché.

Le procès-verbal du comité de gestion énonce ce qui suit :

- " 7.13. Un vote secret est ensuite organisé pour l'attribution du marché. Deux candidats sont en lice: l'association momentanée CIDP-BPC et l'association momentanée Trianon-Sofibail.
L'observateur de la Région wallonne est scrutateur. Le résultat du vote est le suivant :
- l'association momentanée CIDP-BPC: 6 voix
 - l'association momentanée Trianon-Sofibail: 4 voix.

Le marché est par conséquent attribué à l'association momentanée CIDP-BPC.

7.14. L'Administrateur général demande au Comité de gestion de motiver son choix.

7.15. Plusieurs représentants des travailleurs estiment que c'est à l'Administration à préparer la motivation sur base des procès-verbaux des différents débats qui ont eu lieu tant au niveau de la Cellule technique qu'au niveau du Comité de gestion.

7.16. L'Administrateur général ne peut garantir que la motivation ainsi établie ne laissera aucune possibilité de recours.

Une proposition de motivation sera faxée le plus rapidement possible aux membres du Comité de gestion pour des réactions éventuelles.

L'Administrateur général rappelle que le marché doit être notifié avant le 31 décembre.

7.17. Un représentant des employeurs, relayé par un représentant des travailleurs, plaide pour que chacun adopte une attitude de réserve à l'égard de la presse.

Considérant les rapports déposés par le bureau d'études IBH en juin et en décembre 1998;

Considérant l'irrégularité substantielle affectant les offres émanant de la société BOUYGUES Belgium SA et de la société CGER Banque en raison de ce qu'elles ne comportent pas d'engagement ferme et définitif sur un taux fixe en intérêts intercalaires et en intérêts de financement, alors que le cahier spécial des charges l'exigeait;

Considérant que par courrier du 14/12/98, l'association momentanée BEMAT-SOLICO-MOURY s'est désistée en raison de ce que le permis d'urbanisme lui a été refusé par le Collège des Bourgmestre et Echevins de la Ville de LIEGE en date du 10/09/98 pour des raisons de fond;

Considérant dès lors que restent en lice deux projets, à savoir celui émanant de l'association momentanée CIDP-BPC et celui émanant de l'association momentanée TRIANON-SOFIBAIL;

Considérant que ces deux soumissionnaires présentent des offres régulières; qu'à cet égard, les analyses techniques et juridiques effectuées au sujet des deux projets n'ont pas mis en évidence de vice ou d'anomalie et témoignent de ce que ces offres présentent toutes les garanties de respect des prescriptions imposées par le cahier spécial des charges en matière de sécurité et protection contre l'incendie telles que contenues dans l'AR du 07/07/94;

Considérant que le soumissionnaire CIDP-BPC s'est inconditionnellement engagé à intégrer dans son prix forfaitaire toutes les impositions découlant de cet AR que le FOREM souhaiterait voir respecter, outre le contenu de l'offre et l'avis du service incendie;

Considérant le classement opéré par le Bureau d'études IBH dans son rapport de décembre 1998, situant le projet CIDP-BPC en deuxième position après le projet BEMAT-SOLICO-MOURY;

Considérant que la pondération et la cotation opérées par ce bureau d'études sont gages d'objectivité;

Considérant que nonobstant la valeur technique du projet CIDP-BPC, pour les autres critères d'attribution, principalement la valeur économique - en ce compris la valeur de revente du bâtiment -, le projet CIDP-BPC est le mieux classé et que l'avantage technique du projet TRIANON n'explique pas certains coûts particulièrement élevés de ce projet, notamment pour les postes "coûts de construction, frais d'études, d'assurance et intérêts intercalaires";

Considérant que l'avantage économique présenté par le projet CIDP-BPC, de même que les délais de construction et les possibilités d'extension future - représentant ensemble 600 points sur 1000 - compensent son moins bon score au niveau de la valeur technique;

Considérant qu'en cas d'appel d'offres, l'offre la plus intéressante doit se dégager après avoir pris en considération tous les critères d'attribution et que tel est le cas;

Le Comité de gestion, après avoir opté pour le vote par scrutin secret en application de l'article 13 du Règlement d'ordre intérieur, décide d'attribuer le marché à l'association momentanée CIDP-BPC, par six voix pour et quatre voix contre".

Il s'agit de l'acte attaqué dans l'affaire G/A. 82.593/VI-14.974.

19. Le 23 décembre 1998, le Président du Tribunal de première instance de Charleroi, siégeant en référé, enjoint à la partie adverse de ne pas notifier sa décision à l'association momentanée adjudicataire, les requérantes justifiant une apparence de droit suffisante, l'offre à laquelle elles ont répondu portant sur la construction d'un immeuble dans le centre de Liège avec parking souterrain alors que l'offre retenue aurait trait à un réaménagement d'un immeuble à l'extérieur de la ville avec parking non couvert.

20. Le 8 janvier 1999, le comité de gestion de la partie adverse "approuve la décision motivée telle que prise en séance du 22/12/98".

Il s'agit de l'acte attaqué dans l'affaire G/A. 82.829/VI-14.992.

21. Le 25 janvier 1999, la décision d'attribution est notifiée aux requérantes.

22. Le 21 avril 1999, le Président du Tribunal de première instance de Charleroi déclare la tierce opposition de la partie adverse fondée et annule l'ordonnance du 23 décembre 1998, "la clause 2.3.6. (faisant) expressément mention de travaux de transformation et de précautions devant être prises quant à la stabilité des immeubles à transformer; que, dans ce contexte, l'emploi des termes «construction d'un immeuble de bureaux» en la clause «1.1.1.1 Introduction» ne peut être interprétée comme excluant nécessairement des travaux du type proposé par (CIDP-BPC)", "que les divers éléments vantés ne sont pas révélateurs, au stade de l'appréciation des apparences de droit auxquelles doit se limiter le magistrat statuant en référé, d'une erreur manifeste d'appréciation, en ce compris en ce qui concerne les critères d'attribution" et "qu'il appartiendra au Conseil d'Etat de se prononcer quant aux moyens longuement développés par les (requérantes)".

23. Le 26 avril 1999, la décision d'attribution est notifiée à l'association momentanée C.I.D.P.-B.P.C..

Considérant qu'il y a lieu de joindre comme connexes les causes A. 82.593/VI-14.974 et A. 82.829/VI-14.992;

Considérant, quant à la recevabilité des recours que la S.A. ESPACE TRIANON, dans son dernier mémoire introduit le 18 août 2003, soutient que la disposition de ses statuts, en vertu de laquelle "tous actes engageant la société, autres que ceux de la gestion journalière et spécialement ceux auxquels un fonctionnaire public ou officier ministériel prête son concours, ne sont valables que s'ils sont signés par un administrateur du groupe «A» et un administrateur du groupe «B», qui n'auront pas à justifier d'une autorisation préalable du conseil d'administration.", habilitait deux de ses administrateurs, Messieurs LOIX (groupe «A») et BACQUELAINE (groupe «B»), à prendre conjointement la décision d'introduire les présents recours; qu'elle souligne que cette décision "est précisément un de ces actes «autres que ceux de la gestion journalière et ceux auxquels un fonctionnaire public ou officier ministériel prête son concours»";

Considérant que la partie adverse, dans son dernier mémoire introduit le 28 septembre 2003, soutient, en revanche, que cette disposition des statuts de la S.A. ESPACE TRIANON "règle la question de l'opposabilité d'un acte engageant la société, mais non celle de la décision d'ester proprement dite"; qu'elle observe qu'à suivre la position de la partie requérante, cette disposition "contiendrait une délégation de compétence à deux administrateurs (...) pour prendre «tous les actes engageant la société, autres que ceux de la gestion journalière et spécialement ceux auxquels un fonctionnaire public ou officier ministériel prête son concours»", et qu'"une telle interprétation (...) viderait le conseil d'administration de toutes ses compétences", soulignant que "les statuts ne (peuvent) enlever au conseil d'administration les pouvoirs que la loi lui réserve exclusivement", et qu'"il est interdit au conseil d'administration de déléguer de manière générale ses pouvoirs exclusifs"; qu'elle en conclut qu'"il n'existe en l'espèce aucune délégation spéciale concernant la représentation de la société en justice, ni de décision d'ester en justice du conseil d'administration", et que, dès lors, "les requêtes émanant de la S.A. ESPACE TRIANON sont irrecevables";

Considérant qu'il résulte des statuts de la S.A. ESPACE TRIANON, reçus par le notaire de CLIPPELE le 14 septembre 1993, notamment que :

- " - La société est administrée par un conseil composé de quatre membres au moins, à savoir deux administrateurs désignés par les actionnaires du groupe «A» et deux administrateurs désignés par les actionnaires du groupe «B».

(...)

- Le conseil d'administration a les pouvoirs les plus étendus pour l'administration et la gestion de la société. Il peut faire tous actes nécessaires à la réalisation de son objet social, à la seule exception de ceux expressément réservés par la loi ou les statuts à l'assemblée générale.
- Le conseil d'administration peut choisir parmi ses membres un ou plusieurs administrateurs-délégués, auxquels il pourra conférer la gestion journalière de la société.

(...)

Le conseil ne peut délibérer valablement que si la majorité absolue de ses membres est présente ou représentée. Ses décisions sont prises à l'unanimité des membres présents ou représentés. Elles sont constatées dans des procès-verbaux signés par les administrateurs présents.

- Sauf délégation spéciale du conseil d'administration prise par au moins un administrateur de chaque groupe d'actions, tous actes engageant la société, autres que ceux de la gestion journalière et spécialement ceux auxquels un fonctionnaire public ou officier ministériel prête son concours, ne sont valables que s'ils sont signés par un administrateur du groupe «A» et un administrateur du groupe «B», qui n'auront pas à justifier d'une autorisation préalable du conseil d'administration. Il en va de même pour tous actes de gestion journalière, tant que celle-ci n'est pas déléguée par le conseil d'administration.";

Considérant que les décisions d'ester ont été prises les 11 février 1999 et 4 mars 1999 par Georges LOIX et Yves BACQUELAINE, administrateurs de la S.A. ESPACE TRIANON;

Considérant que la décision d'introduire un recours auprès du Conseil d'Etat n'est pas un acte de gestion journalière; qu'elle devait être prise par le conseil d'administration;

Considérant que c'est en vain que la S.A. ESPACE TRIANON se prévaut du pouvoir conféré conjointement à deux administrateurs représentant l'un le groupe "A" et l'autre le groupe "B" pour signer les actes engageant la société, autres que ceux de la gestion journalière et spécialement ceux auxquels un fonctionnaire public ou officier ministériel prête son concours sans qu'ils aient à justifier d'une autorisation préalable du conseil d'administration; qu'il ne s'agit en effet là que d'une délégation de signature qui n'implique nullement une délégation du pouvoir de décider l'introduction d'un pareil recours;

Considérant que, faute d'avoir été prise par son conseil d'administration conformément à ses statuts, les décisions d'ester prises au nom de la S.A. ESPACE TRIANON sont irrégulières;

Considérant, par ailleurs, que les décisions de la S.A. SOCIETE WALLONNE DE LOCATION FINANCEMENT, en abrégé "SOFIBAIL", d'introduire les mêmes recours ont été prises le 11 février 1999 et en mars 1999 par Jean-Claude DEHOVRE, président, et Bernard MARCHAND, administrateur, conformément à la clause des statuts aux termes de laquelle "la société est valablement représentée dans tous actes autres que ceux de la gestion journalière, sans qu'ils aient à justifier à l'égard des tiers d'une décision du conseil d'administration, par deux administrateurs", la dernière nomination de ces administrateurs, valable "jusqu'à l'assemblée générale ordinaire de l'an 2001", ayant été publiée aux annexes du Moniteur belge du 11 juillet 1995; que ces décisions d'ester sont régulières;

Considérant que, comme indiqué dans l'arrêt n° 114.117 du 23 décembre 2002, les requérantes ont déposé leur offre du 20 février 1998 au nom de l'association momentanée ESPACE TRIANON - SOFIBAIL; que, dès lors que la décision d'ester prise au nom de la S.A. ESPACE TRIANON est irrégulière, il y a lieu d'examiner quelles doivent être les conséquences de cette irrégularité sur la recevabilité des présents recours;

Considérant, à cet égard, que les requérantes font valoir "qu'à supposer (...) que le recours introduit par la S.A. ESPACE TRIANON soit irrecevable, il n'en demeure pas moins que le recours introduit par la S.A. SOFIBAIL demeure recevable dans le chef de cette dernière"; que, selon elles, "en décider autrement procéderait d'une analyse manifestement déraisonnable puisque l'inertie (volontaire ou non) d'une composante d'une association momentanée priverait les autres composantes de celle-ci de la possibilité d'agir au contentieux de l'excès de pouvoir"; qu'à titre subsidiaire, elles demandent que soit posée à la Cour de justice des Communautés européennes la question préjudicielle qui suit :

« L'article 1^{er} de la directive 86/665/CEE (lire 89/665/CEE) du Conseil du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux qui prévoit notamment que les Etats membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application des directives 71/305/CEE (remplacée par la Directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux), les mesures nécessaires pour assurer que les décisions prises par les pouvoirs

adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces, peut-il être interprété comme permettant d'exclure d'un recours juridictionnel présenté conjointement, un soumissionnaire ayant déposé en association momentanée avec un autre soumissionnaire une offre quand le recours juridictionnel, en tant qu'il émane de ce deuxième soumissionnaire, est irrecevable pour des motifs tenant à la décision d'ester de ce deuxième soumissionnaire ?»;

Considérant que la partie adverse, dans son dernier mémoire, souligne qu'en l'espèce, le soumissionnaire fut l'association momentanée ESPACE TRIANON - SOFIBAIL, que c'est elle qui a été évincée du marché public et qui a donc un intérêt direct à agir, par l'intermédiaire de ses membres, en annulation contre la décision du pouvoir adjudicateur, et que la S.A. SOFIBAIL, individuellement, ne peut être considérée comme un soumissionnaire évincé, puisqu'elle n'a déposé aucun projet en son seul nom; qu'elle en conclut que le recours doit être considéré comme émanant de l'association momentanée et qu'il doit être déclaré irrecevable; que, pour le surplus, elle estime qu'il n'y a pas lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes; que, s'appuyant sur divers arrêts déjà prononcés par ladite Cour de justice, elle énonce le principe selon lequel "l'exigence d'établir un recours efficace contenue dans l'article premier de la directive 89/665/CEE ne pourrait empêcher les Etats membres d'instaurer des règles de procédure en vue d'organiser ces recours et, plus particulièrement, des règles relatives à l'intérêt à agir dès lors qu'elles ne rendent pas impossible ou excessivement difficile l'introduction d'un recours"; qu'elle soutient que "l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat respecte le prescrit de la directive 89/665 en ce qu'il est interprété de manière telle que seuls les soumissionnaires évincés ont intérêt à agir contre la décision du pouvoir adjudicateur", en sorte que "un membre d'une association momentanée soumissionnaire agissant seul en annulation contre la décision du pouvoir adjudicateur, sans les autres membres de ladite association, n'a pas intérêt à agir dès lors qu'il n'a pas, individuellement, soumis une offre dans le cadre de la procédure de marché public"; que, selon elle, "l'irrecevabilité du présent recours ne résulte pas de l'application d'une règle rendant tout recours des membres d'une association momentanée soumissionnaire impossible ou excessivement difficile";

Considérant qu'en vertu de l'article 234, alinéa 3, CE, le Conseil est tenu de saisir la Cour de justice des Communautés européennes et de lui demander de statuer sur la question préjudicielle; qu'il y a lieu toutefois de reformuler celle-ci et de poser à la Cour de justice les questions supplémentaires comme il est prévu au dispositif du présent arrêt;

D E C I D E :

Article 1^{er} :

Les causes A. 82.593/VI-14.974 et A. 82.829/VI-14.992 sont jointes.

Article 2 :

Sont posées à la Cour de justice des Communautés européennes les questions préjudicielles qui suivent :

- “1. L’article 1^{er} de la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l’application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, fait-il obstacle à une disposition d’une législation nationale telle que l’article 19, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d’Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, interprétée comme obligeant les membres d’une association momentanée ne disposant pas de la personnalité juridique qui, en tant que telle, a participé à une procédure d’attribution d’un marché public et ne s’est pas vu attribuer ledit marché, à agir tous ensemble, en leur qualité d’associé ou en leur nom propre, pour exercer un recours contre la décision d’attribution dudit marché ?
2. La réponse à la question serait-elle différente dans l’hypothèse où les membres de l’association momentanée auraient agi tous ensemble, mais où l’action de l’un de ses membres serait irrecevable ?
3. L’article 1^{er} de la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l’application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, fait-il obstacle à une disposition d’une législation nationale telle que l’article 19, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d’Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, interprétée comme interdisant à un membre d’une telle association momentanée d’exercer à titre individuel, soit en sa qualité d’associé, soit en son nom propre, un recours contre la décision d’attribution ?”

Article 3 :

Sur le vu des réponses apportées aux questions préjudicielles libellées ci-avant, l’auditeur à désigner par Monsieur l’Auditeur général est chargé d’établir un rapport complémentaire.

Chacune des parties disposera d'un délai de un mois à dater de la notification qui lui aura été faite de ce rapport complémentaire pour adresser au Conseil d'Etat un dernier mémoire.

Article 4 :

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-cinq février deux mille quatre par :

M. ANDERSEN,	Président du Conseil d'Etat,
M. HANSE,	Conseiller d'Etat,
M. NIHOUL,	Conseiller d'Etat,
M. HARMEL,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

P. HARMEL.

R. ANDERSEN.