

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 167.381 du 1^{er} février 2007

G./A.180.384/VI-17.351

En cause :

**1. la société anonyme LES ENTREPRISES
GILLES MOURY,
2. la société anonyme REFORME,
3. la société privée à responsabilité limitée
ROOSE & PARTNERS ARCHITECTS,
4. la société privée à responsabilité limitée
AUPA,
5. la société privée à responsabilité limitée
DE GROO & PARTNERS,
6. la société anonyme ORDIGRAM,
formant la société momentanée TRIANGLE,**

ayant élu domicile chez
Mes Michel MERSCH et Jean-Marc SECRETIN, avocats,
rue Charles Morren, n° 4,
4000 Liège,

contre :

**la Société du Logement de la Région de Bruxelles-Capitale,
en abrégé S.L.R.B.,**

ayant élu domicile chez
Me Philippe COENRAETS, avocat,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles.

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

Vu la demande introduite le 19 janvier 2007 par la société anonyme LES ENTREPRISES GILLES MOURY, la société anonyme REFORME, la société privée à responsabilité limitée ROOSE & PARTNERS ARCHITECTS, la société privée à responsabilité limitée AUPA, la société privée à responsabilité limitée DE GROO & PARTNERS et la société anonyme ORDIGRAM, formant la société momentanée TRIANGLE, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision prise par le conseil d'administration de la Société du Logement de la Région Bruxelloise, en séance du 22 décembre 2006, d'attribuer à la

société momentanée Jacques DELENS/CEI-DE MEYER/BEAI/ARCHITECTES ASSOCIES, un marché de conception, de construction et, en option obligatoire, d'entretien d'un ensemble de 316 logements sociaux et moyens sur un terrain sis à Ixelles, rue de la Forêt, et concomitamment de ne pas retenir l'offre présentée pour ce marché par les requérantes", ainsi que de "l'acte préalable que constitue la décision prise par le conseil d'administration de la partie adverse, le 26 septembre 2006, de «refaire la procédure en suivant cette fois un autre mode de passation, à savoir la procédure négociée sans publicité préalable, suivant l'article 17, §2, 1°, d) de la loi du 24 décembre 1993»";

Vu l'ordonnance du 22 janvier 2007, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître à l'audience du 29 janvier 2007 à 11.00 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

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

Entendu, en leurs observations, Me Jean-Marc SECRETIN, avocat, comparaisant pour les parties requérantes et Me Christophe LEPINOIS, loco Me Philippe COENRAETS, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

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

I. QUANT AUX FAITS

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande sont les suivants :

1. Le 15 juillet 2005, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications un avis de marché de travaux, à attribuer selon la procédure d'appel d'offres général, consistant "pour le soumissionnaire à ériger suivant sa propre conception et à les entretenir, un nombre minimum de 234 logements sociaux et 80 logements moyens" à Ixelles, sur plusieurs terrains situés entre la chaussée de Boitsfort et l'avenue de la Forêt.

Pour diverses raisons qui n'offrent pas d'intérêt dans le cadre du présent recours, la partie adverse met fin à cette première procédure par une décision de non-attribution.

2. Le 23 février 2006, la partie adverse publie au Bulletin des Adjudications un nouvel avis de marché de travaux, dont l'objet est quasi-identique à l'avis initial précité, à savoir un marché consistant "pour le soumissionnaire à ériger suivant sa propre conception, et en cas de levée de l'option obligatoire à entretenir un nombre minimum de 234 logements sociaux et 80 logements moyens" à Ixelles, sur les mêmes terrains.

Le cahier spécial des charges relatif à ce marché de promotion de travaux précise notamment ce qui suit :

" 14) Choix de l'attributaire

La qualité finale de l'offre sera jugée par le pouvoir adjudicateur sur base d'une note de motivation élaborée par la commission technique.

Pour ce faire, la commission technique examine chacune des offres contenues dans les sous-enveloppes numérotées qui lui auront été remises conformément au point 12 (qui prévoit l'anonymat des documents) et elle établit un rapport opérant une comparaison des offres en tenant compte des différents critères d'attribution du marché.

(...)

16) Critères d'attribution

Le choix de l'attributaire du marché se fait sur base de critères objectifs, notamment d'évaluation chiffrée comparée.

- | | |
|--|-------------------|
| 1. la qualité de la conception | / 35 points (...) |
| 2. la qualité technique des bâtiments | / 25 points (...) |
| 3. les délais d'exécution | / 10 points (...) |
| 4. le prix du marché relatif à la conception et la réalisation
des constructions (prix hors option d'entretien) | / 30 points (...) |
| 5. la qualité des services et les délais des prestations d'entretien | / 10 points |
| 6. le prix des services d'entretien | / 10 points |

(...)

19) Prix

(...)

b) prix de référence

Le prix de référence, hors TVA, de l'ensemble du marché (hors option d'entretien) correspond à une estimation du prix des bâtiments contenant les logements à l'exclusion du prix des éventuels parkings intérieurs (point 2 uniquement de l'annexe

3 - tableau des coûts de construction) auquel se rajoute un pourcentage afin de couvrir les honoraires.

Il est estimé à 24.488.071,25 euros HTVA par le pouvoir adjudicateur.

Au-delà d'un montant de 31.834.492,625 HTVA correspondant à 130 pourcent de ce prix de référence, l'offre sera considérée comme irrégulière."

3. Les demanderessees, constituées en trois sociétés momentanées, se sont regroupées pour constituer la société momentanée TRIANGLE.

4. Le 12 mai 2006, le jour de l'ouverture des offres, cinq offres sont déposées, dont celle des demanderessees pour un montant hors variantes de 30.595.244 €, soit 28.756.678 € pour les "honoraires et bâtiments" et 1.838.566 € pour les "abords et autres".

5. Le 30 mai 2006, la commission technique établit son rapport.

En ce qui concerne la recevabilité des offres, ce rapport conclut à la non-sélection qualitative d'une offre et à l'irrégularité de deux autres offres (l'une étant une offre identifiable et l'autre excédant de plus de 30% le prix de référence) de sorte que seules deux offres, dont celle des demanderessees, sont considérées comme recevables et régulières.

Au terme de l'examen et de la comparaison de ces deux offres, la commission estime qu' "aucun des deux projets ne répond aux exigences minimales architecturales et urbanistiques". Les notes globales s'élèvent pour le projet n° 1 à 58,43/100 (35,30/60 pour les aspects qualitatifs et 23,13/40 pour les aspects quantitatifs) et pour le projet n° 2 à 48,71/100 (25,29/60 pour les aspects qualitatifs et 23,42/40 pour les aspects quantitatifs). Les prix sont respectivement de 28.756.678 €, soit 117,43% du prix de référence, et de 29.361.744,93 €, soit 119,90% du prix de référence.

6. Le 6 juin 2006, le conseil d'administration de la partie adverse se réunit pour décider de l'attribution du marché litigieux.

Un premier rapport des services de la partie adverse, "au vu (...) des conclusions de la Commission Technique, propose au Conseil d'Administration de décider de ne pas attribuer le marché".

Un second rapport se base sur un avis juridique relatif aux conséquences juridiques des conclusions de la commission technique sur l'attribution ou non du marché et sur la réfection de la procédure. Sur ce second point, la note indique ce qui suit :

" D'autre part, elles portent sur la question de la réfection de la procédure. Ces conclusions mènent-elles automatiquement à un abandon du marché ou permet-elle une réfection de la procédure, «moyennant éventuellement le choix d'un nouveau mode de passation».

Il apparaît à ce sujet que, tout autant que la médiocrité des offres, l'écart des prix remis avec le prix estimé mérite d'être examiné.

S'il n'existe pas à proprement parler de définition du «prix inacceptable», il n'en reste pas moins que plusieurs circulaires administratives parlent d'un écart de 10% au moins entre le prix estimé et celui figurant dans l'offre la plus basse pour qualifier un prix d'inacceptable. Le Conseil d'Etat se montre quant à lui plus sévère, fixant l'écart à 17%. Par ailleurs, «la circonstance qu'au-delà d'un certain écart, l'offre est déclarée automatiquement nulle ne prive pas le pouvoir adjudicateur de la faculté de mettre en oeuvre la notion précitée.».

Les offres 1 et 2 proposant pour leur part des écarts de 17,43% et 19,90% respectivement, leurs prix peuvent être qualifiés « d'inacceptables, au sens de l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993» par le pouvoir adjudicateur.

Dès lors, le Conseil d'Administration pourrait prendre la décision de ne pas attribuer le marché au motif de la médiocrité des offres recevable et régulière et du caractère inacceptable de leur prix, et de refaire la procédure en suivant cette fois un autre mode de passation, à savoir la procédure négociée sans publicité préalable, en invitant à négocier les seuls soumissionnaires ayant satisfait aux critères de la sélection qualitative.";

7. Le même jour, le conseil d'administration de la partie adverse prend la décision suivante :

" Décide :

- de ne pas attribuer le marché au vu du caractère médiocre des offres et du caractère inacceptable de leur prix;
- de refaire la procédure en suivant un autre mode de passation, à savoir la procédure négociée sans publicité préalable;
- d'inviter à négocier les seuls soumissionnaires ayant satisfait aux critères de la sélection qualitative, à savoir les soumissionnaires ayant déposé les offres n^{os} 1, 2, 4 et 5."

8. Le 5 juillet 2006, la partie adverse notifie cette décision aux cinq soumissionnaires.

9. Saisi le 13 juillet 2006 par la société momentanée qui n'est pas invitée à participer à la procédure négociée, son offre ayant été non sélectionnée, le président du Tribunal de première instance de Bruxelles, siégeant en référé, interdit à la partie

adverse, par une ordonnance du 25 août 2006, "de poursuivre la procédure d'attribution du marché (...) et ce, jusqu'au moment où le Conseil d'Etat se sera prononcé sur le recours en annulation de la décision notifiée le 5 juillet 2006".

10. Le 14 septembre 2006, le conseil d'administration retire sa décision du 6 juin 2006 et décide "de réunir la Commission Technique afin de procéder à l'examen qualitatif de l'offre écartée" et "de prendre une nouvelle décision sur base du nouveau rapport de la Commission Technique lorsque celui-ci sera connu".

11. Le 22 septembre 2006, la commission technique "constate la recevabilité de l'offre et procède à l'analyse de celle-ci". Au terme de son rapport, elle "maintient les conclusions auxquelles elle était parvenue lors de sa réunion précédente, à savoir qu'elle regrette qu'aucun des projets qui lui sont soumis ne réponde aux exigences minimales architecturales et urbanistiques".

12. En sa séance du 26 septembre 2006, le conseil d'administration de la partie adverse prend le second acte attaqué qui est libellé comme suit :

" Décide :

- de constater l'irrégularité de l'offre n° 5 du fait du défaut de décomposition du prix remis conformément au prescrit du cahier spécial des charges;
- de ne pas attribuer le marché au vu du caractère médiocre des offres et du caractère inacceptable de leur prix;
- de refaire la procédure en suivant cette fois un autre mode de passation, à savoir la procédure négociée sans publicité préalable, suivant l'article 17, §2, 1° d), de la loi du 24 décembre 1993;
- d'inviter par conséquent à négocier les soumissionnaires ayant satisfait aux critères de sélection qualitative (...)"

13. Par lettre recommandée du 12 octobre 2006, la partie adverse notifie cette décision aux cinq soumissionnaires et les invite à participer à la négociation.

En ce qui concerne les demanderesses, un avis est déposé à leur adresse par La Poste le 13 octobre 2006 en l'absence de réception du pli du 12 octobre 2006; celui-ci est retourné le 31 octobre 2006 à la partie adverse avec la mention "non réclamé". Sur interpellation des demanderesses, la partie adverse communique par télécopie du 7 novembre 2006 la copie du pli recommandé du 12 octobre 2006.

14. Dans le cadre de cette procédure négociée, deux réunions techniques ont lieu entre les représentants des demanderesses et les gestionnaires du dossier pour la partie adverse, les 24 octobre et 10 novembre 2006.

15. Le 24 novembre 2006, la partie adverse invite chacun des cinq soumissionnaires à une séance de présentation des projets devant la commission technique le 15 décembre 2006 et à compléter leur offre par certains documents pour le 8 décembre 2006.

16. Le 8 décembre 2006, les cinq soumissionnaires remettent leur nouvelle offre.

17. Le 15 décembre 2006, dans les locaux de la partie adverse, les cinq candidats consultés présentent à tour de rôle leur projet à la commission technique.

18. Le même jour, la commission technique procède à l'"analyse qualitative" des offres.

19. Le 18 décembre 2006, les cinq soumissionnaires remettent leur offre de prix définitive.

20. En vue de la séance du 22 décembre 2006 du conseil d'administration, les services de la partie adverse établissent un rapport qui examine les "aspects quantitatifs" des offres. Il contient les éléments suivants :

" Le tableau suivant donne, par projet, le coût proposé dans le cadre de la procédure négociée, le montant de l'offre avant négociations, l'effort consenti ainsi que le pourcentage du prix de référence que représentent les honoraires et constructions là ou cet élément que ces propositions représentent.

	Offre de base	% du Prix de réf.	Offre 18/12/06	% du prix de réf.	Evolution de l'offre	Cote actuelle
BEAI etc	36.213.181,82	147,88%	31.707.918,00	129,48%	- 12,44%	0,43
Archi + I etc.	31.741.700,00	129,62%	28.916.963,93	118,09%	-8,90%	9,93
Roose & partners etc	28.756.678	117,43%	30.877.129,29	126,09%	7,37%	3,26
Cooparch etc	29.361.744,93	119,90%	28.273.970,40	115,46%	-3,70%	12,12
Altiplan etc.	29.272.581,52	119,54%	27.867.502,22	113,80 %	-4,80%	13,50

".

Au terme du rapport, le classement des offres s'établit comme suit :

	Conception	Techniques	Abord, parkings, etc	Prix construction	Prix autres	Délais	Total
BEAI etc	27,43	21,38	4,56	0,43	0,6	10	64,40
Archi + I etc.	14,41	14,16	2,44	9,93	2,53	10	53,46
Roose & partners etc	14,44	14,06	2,81	3,26	2,5	10	47,07
Cooparch etc	10,61	12,13	2,06	12,12	5	10	51,91
Altiplan etc.	12,48	12,25	1,75	13,5	0,84	10	50,82

21. Le 22 décembre 2006, le conseil d'administration de la partie adverse prend le premier acte attaqué libellé comme suit :

" Après en avoir délibéré plus longuement et vu le rapport et les qualités soulignées par la Commission Technique au point a. du rapport, le Conseil d'administration décide de conclure les négociations avec le soumissionnaire le mieux classé, à savoir la SM Jacques DELENS-CEI De Meyer-BEAI-Architectes associés, pour un montant de 33.754.528 € HTVA. Le Conseil d'administration décide également de retenir l'option «terrasses» pour un montant de 372.500 €.".

22. Par pli recommandé du 9 janvier 2007, la partie adverse notifie aux soumissionnaires non retenus, dont les demanderesses, la décision du 22 décembre 2006 ainsi que la copie du rapport au conseil d'administration en indiquant les voies de recours ainsi que le délai d'attente prévu par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

II. QUANT A L'EXTRÊME URGENCE

Considérant que l'extrême urgence est établie à suffisance par l'imminence de la notification à l'attributaire de la décision d'attribution du marché eu égard au délai de dix jours prévu par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; que, comme les demanderesses le relèvent, cette notification qui emporte la conclusion du contrat aurait rendu vaine toute demande de suspension;

Considérant, par ailleurs, que le recours à la procédure d'extrême urgence, qui doit demeurer exceptionnel, réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause; que la procédure en référé d'extrême urgence ne peut pas être confondue avec la procédure en annulation ou avec la procédure en référé ordinaire qui donne lieu à l'établissement d'un rapport; que le choix d'une telle procédure

a nécessairement un impact sur l'appréciation de la réunion des conditions requises pour qu'une demande de suspension puisse être accueillie; qu'en effet, dans le bref délai qu'autorise une procédure de référé d'extrême urgence, cette appréciation procède par essence d'un examen sommaire, et non d'un raisonnement approfondi, des arguments des parties; qu'il s'ensuit qu'une telle procédure, qui aboutit à une décision provisoire, ne peut se fonder, sous peine de ne pas atteindre le but d'efficacité qui lui est assigné, que sur ce qui se dégage à première vue et de manière évidente des écrits de procédure et du dossier administratif;

III. QUANT A LA RECEVABILITÉ

Considérant, en ce qui concerne la capacité et la qualité à agir des demanderesses, que la partie adverse souligne que les conditions de recevabilité d'un recours doivent être vérifiées dans le chef de chacun des membres composant la société momentanée et qu'il appartient dès lors à chacune des demanderesses de produire la preuve de la décision d'agir prise par son organe compétent;

Considérant que les demanderesses produisent en annexe à leur demande, pour chacune d'entre elles, un extrait du procès-verbal de la réunion de leur conseil d'administration décidant d'engager le présent recours; que la première exception d'irrecevabilité ne peut être *prima facie* retenue;

Considérant, en ce qui concerne le premier acte attaqué, que la partie adverse soutient que "le recours est irrecevable en tant qu'il sollicite la suspension d'une décision de ne pas attribuer le marché aux parties (demanderesses), celles-ci ne disposant pas du droit à se voir attribuer le marché";

Considérant qu'en tant que la demande se donne pour objet la décision implicite de la partie adverse "de ne pas retenir l'offre présentée pour ce marché par les (demanderesses)", elle est irrecevable; qu'en appel d'offres ou en procédure négociée, la requérante n'est en effet pas recevable à poursuivre l'annulation de la décision implicite de refus de lui attribuer le marché, dès lors qu'elle ne peut se prévaloir d'aucune disposition législative ou réglementaire dont il ressortirait que la partie adverse aurait dû lui attribuer le marché; que la demande, en cet objet, tend en réalité à voir le Conseil d'Etat se substituer à l'administration active;

Considérant, en ce qui concerne le second acte attaqué, que la partie adverse estime que la demande est irrecevable *ratione temporis* dès lors que la décision du 26

septembre 2006 a été notifiée aux demanderessees plus de trois mois avant l'introduction du présent recours;

Considérant qu'il ressort du dossier que quelle que soit la date de notification de la décision du 26 septembre 2006 qui est retenue, soit celle du 12 octobre 2006, soit celle du 7 novembre 2006, la présente demande qui a été introduite le 19 janvier 2007 l'est bien au-delà du délai de recours de 60 jours qui expirait soit le 12 décembre 2006 soit le 8 janvier 2007; qu'à défaut pour les demanderessees d'avoir introduit à l'encontre du second acte attaqué un recours en annulation dans le délai contentieux, la présente demande est irrecevable en tant qu'elle est dirigée contre la décision du 26 septembre 2006 de la partie adverse;

Considérant qu'il s'ensuit que la demande est recevable en ce qui concerne la décision du 22 décembre 2006 de la partie adverse d'attribuer le marché litigieux à la société momentanée Jacques DELENS/CEI-DE MEYER/BEAI/ARCHITECTES ASSOCIES; qu'elle est irrecevable pour le surplus;

IV. QUANT AUX MOYENS

Considérant que les demanderessees prennent un moyen, le premier de la demande, de "la violation de l'article 1^{er}, § 1, de la loi du 24 décembre 1993 énonçant le principe de la mise en concurrence et du principe corollaire d'égalité entre les soumissionnaires et de non discrimination, de la violation de l'article 17, §2, 1^o, d), de la loi du 24.12.1993 relative aux marchés publics, de l'appréciation manifestement déraisonnable, de la violation du principe de bonne administration, du principe d'égalité consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du détournement de pouvoir au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat"; qu'elles font en substance grief à l'acte attaqué d'attribuer le marché concerné pour un prix qui, en définitive, est très largement supérieur au montant de l'offre qu'elles avaient initialement déposée dans le cadre de la deuxième procédure d'appel d'offres et qui avait été jugé inacceptable par le même pouvoir adjudicateur, trois mois plus tôt à peine; que, dans une première branche, elles soutiennent que "le premier acte attaqué est notamment adopté en application de l'article 17, §2, 1^o, d), de la loi du 24 décembre 1993", que, dans un tel contexte, pour que l'usage de la procédure négociée sans publicité soit admissible, il faut donc nécessairement que le caractère prétendument inacceptable du prix des offres reçues le soit aussi, que, bien qu'il n'y ait pas de définition légale de la notion de prix inacceptable, il ne paraît pas que l'administration puisse en faire une appréciation arbitraire, qu'en l'espèce, "l'appréciation selon laquelle l'offre initiale de la S.M.

TRIANGLE aurait présenté un prix inacceptable n'était manifestement pas raisonnable, la partie adverse ayant elle-même implicitement admis le contraire en adoptant l'acte attaqué", lequel retient une offre dont le prix est supérieur de plus de 12 % à celui remis par les demanderesses, de sorte que la décision du 26 septembre 2006 de recourir à la procédure négociée apparaît illégale; que, dans une seconde branche, elles exposent que le 26 septembre 2006, la partie adverse a considéré que leur prix de 30.595.244 € était inacceptable, que, moins de trois mois plus tard, "pour un même marché fondé sauf erreur sur un même cahier de charges", le même conseil d'administration, qui accepte une offre de 35.517.028 €, option comprise, juge un tel prix acceptable, que, "si dans l'intervalle, certains éléments spécifiques ont changé l'appréciation de la partie adverse quant aux contours de ce qu'elle considérait être un prix acceptable, il lui appartenait à tout le moins de motiver spécialement et soigneusement sa décision à cet égard", qu'il n'en est rien, que, "quant à la détermination de ce qu'elle considérait comme prix acceptable ou inacceptable, la partie adverse a manifestement appliqué deux poids et deux mesures", sans s'en justifier en aucune manière, rompant ainsi le principe d'égalité;

Considérant que la partie adverse répond, quant à la première branche, que si, comme le cahier des charges le précisait, une offre qui présente un prix correspondant à plus de 130% du prix de référence doit être déclarée automatiquement nulle, une offre régulière, comme celle des demanderesses, peut toutefois comporter un prix inacceptable, que "plusieurs circulaires administratives évoquent un écart de 10% au moins pour qualifier un prix d'inacceptable", que "votre Conseil se montre plus exigeant puisqu'il admet l'existence d'un tel prix lorsqu'un écart de 17% a été enregistré", qu'en l'espèce, les prix offerts de manière régulière s'écartant respectivement de 17,43 % et de 19,90 % du prix de référence, la partie adverse "a pu raisonnablement considérer que les prix proposés, même s'ils n'entraînaient pas la nullité des offres, pouvaient être qualifiés d'inacceptables au sens de l'article 17, §2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993; que la partie adverse fait valoir, à propos de la seconde branche, que dans le cadre de la procédure négociée, chacun des soumissionnaires a pu déposer une seconde offre ayant pu évoluer par rapport à la précédente, que "le caractère acceptable du prix proposé devait être apprécié au regard de l'offre telle que remaniée", que "compte tenu de la grande qualité du projet développé par la société momentanée (attributaire), le prix proposé - bien que supérieur au prix proposé précédemment - pouvait être parfaitement justifié et acceptable" et que les demanderesses "comparent deux choses non comparables, étant l'offre initiale déposée dans le cadre de l'appel d'offres, et l'offre telle qu'elle a évolué au terme de la procédure négociée";

Considérant que la première branche met en cause la légalité de la décision du 26 septembre 2006 de la partie adverse; que cette décision comprend deux éléments distincts, étant, d'une part, la décision "de ne pas attribuer le marché" et, d'autre part, la décision "de refaire la procédure en suivant cette fois un autre mode de passation, à savoir la procédure négociée sans publicité préalable, suivant l'article 17, §2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993"; que ces deux décisions reposent sur les deux mêmes motifs, étant, d'une part, le "caractère médiocre des offres" et, d'autre part, le "caractère inacceptable des prix"; que la branche est dirigée contre la décision du 26 septembre 2006 uniquement en tant qu'elle a pour objet "de refaire la procédure en suivant cette fois un autre mode de passation, à savoir la procédure négociée sans publicité préalable, suivant l'article 17, §2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993";

Considérant, en ce qui concerne la recevabilité de la branche, que l'irrecevabilité de la demande de suspension en tant qu'elle est dirigée contre cette décision ne fait pas obstacle à la recevabilité d'un moyen pris à l'encontre de cette décision; qu'en effet, la faculté pour un soumissionnaire d'introduire immédiatement un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision de recourir à la procédure négociée n'empêche pas que les irrégularités que ce soumissionnaire reproche à cette décision puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation; qu'à l'appui de son recours contre la décision d'attribution du marché, les demanderesses peuvent, dès lors, invoquer l'illégalité de la décision de recourir à la procédure négociée; que, par ailleurs, cette branche du moyen touche à l'ordre public; qu'en effet, la procédure négociée sans publicité est exceptionnelle, en ce qu'elle n'est autorisée que dans des cas limitativement énumérés à l'article 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, et déroge à un principe fondamental, celui de la concurrence, affirmé par l'article 1^{er} de la même loi; qu'il s'ensuit que la première branche est recevable;

Considérant, quant au caractère sérieux de la première branche, que l'article 17, § 2, 1°, d, de la loi du 24 décembre 1993 est rédigé comme suit:

" Art. 17. § 2. Il peut être traité par procédure négociée sans respecter de règle de publicité lors du lancement de la procédure, mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de service lorsque :

1° dans le cas d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services:

(...)

d) seules des offres irrégulières ont été déposées à la suite d'une adjudication ou d'un appel d'offres, ou qu'il n'a été proposé que des prix inacceptables, pour autant que:

- les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et que;
- le pouvoir adjudicateur consulte tous les soumissionnaires qui répondaient aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique déterminées par le Roi et qui ont déposé une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure;"

Considérant que cette disposition subordonne le recours à la procédure négociée sans publicité aux deux seules hypothèses qu'elle vise, à savoir des offres irrégulières ou des prix inacceptables; qu'en l'espèce, le motif tiré du "caractère médiocre des offres" qui figure dans la décision du 26 septembre 2006, s'il peut le cas échéant justifier l'abandon d'une procédure de marché public, ne peut être retenu à l'appui de la décision de recourir à la procédure négociée sans publicité sur la base de l'article 17, § 2, 1°, d) précité; qu'il s'ensuit que seul le motif tiré du "caractère inacceptable des prix" peut être légalement admis;

Considérant que le pouvoir adjudicateur choisit librement, entre les procédures déterminées par la loi, la procédure de passation à appliquer à un marché; qu'il n'en va pas de même de la procédure négociée sans publicité à laquelle il ne peut être recouru que dans les cas limitativement énumérés à l'article 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 et à l'article 31 de la directive 2004/18/CE; qu'en raison du fait que cette procédure déroge aux principes de concurrence et de publicité, les hypothèses autorisant à y recourir doivent faire l'objet d'une interprétation stricte, celles-ci ne pouvant être étendues, et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement;

Considérant qu'il ressort du rapport au conseil d'administration du 26 septembre 2006, qui contient les motifs de la décision de recourir à la procédure négociée sans publicité, que les prix offerts ont été qualifiés d' "inacceptables" en raison des écarts de 17,43% et de 19,90% qu'ils présentaient respectivement par rapport au prix de référence fixé dans le cahier spécial des charges, écarts comparés à "plusieurs circulaires administratives parl(a)nt d'un écart de 10%" et au "Conseil d'Etat (qui) se montre quant à lui plus sévère, fixant l'écart à 17%";

Considérant que la partie adverse ne produit pas lesdites circulaires; qu'elle ne cite pas non plus les arrêts du Conseil d'Etat qui fixeraient de manière automatique un seuil absolu, établi à 17%, au-delà duquel les prix peuvent être qualifiés d'inacceptables; qu'à ce propos, référence est faite dans la note d'observations à un écrit doctrinal; que l'extrait en question, qui se réfère à certains arrêts du Conseil d'Etat, est libellé comme suit :

" Plusieurs arrêts confirment qu'une différence notable (17%, 25%, voire 44%) entre les prix offerts et l'estimation de l'Administration justifie la qualification de «inacceptables» données à ces prix" (M.-A. Flamme et alii, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 6^{ème} éd., tome IA, p. 329, n° 16);

que les arrêts en question ne font pas état d'un seuil unique et automatique en matière de prix inacceptables mais se prononcent sur cette notion dans des hypothèses extrêmement circonstanciées; qu'il s'ensuit que la partie adverse ne démontre pas, au regard des conditions de stricte interprétation prévues par les dispositions précitées, la légalité de la décision de recourir à une telle procédure;

Considérant, par ailleurs, que la notion de "prix inacceptables" contenue dans l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993 doit être appréciée par le pouvoir adjudicateur, non pas en fonction d'une règle générale et automatique qui n'existe d'ailleurs pas en l'état actuel des textes, mais eu égard aux éléments concrets du dossier; qu'en l'espèce, la partie adverse n'a pas procédé à cet examen des circonstances concrètes du dossier; qu'en outre, il apparaît à première vue dudit dossier que la partie adverse ne pouvait raisonnablement qualifier lesdits prix d'"inacceptables"; qu'en effet, en matière de prix, la partie adverse avait fixé dans le cahier spécial des charges, à l'article 19 b), un seuil - plus de 130% par rapport au prix de référence - au-delà duquel elle considérait une offre comme irrégulière, c'est-à-dire, en réalité, une offre dont elle ne pouvait accepter le prix, de sorte que l'on n'aperçoit pas, sauf à jouer sur les mots, comment la partie adverse a pu par la suite estimer que des prix s'écartant de 17,43% et de 19,90% par rapport au prix de référence sont "inacceptables"; que dans son rapport du 30 mai 2006, la commission technique, qui avait alors aussi examiné les aspects quantitatifs, n'a pas retenu une telle appréciation et a d'ailleurs attribué pour les prix offerts une note respectivement de 10,48/25 et de 8,42/25, notation qui apparaît en porte-à-faux avec le jugement de la partie adverse sans que celle-ci ne s'en explique autrement que par des considérations générales et abstraites; qu'en outre, il y avait lieu de tenir compte du fait que le marché litigieux n'est pas un marché classique d'exécution de travaux selon un métré très précis et des prix unitaires connus, mais un marché de promotion de travaux portant également sur la conception et le financement de ceux-ci, ce qui influence considérablement les prix offerts; qu'il ressort également du dossier que le prix offert par les demanderesses dans le cadre de la procédure d'appel d'offres général était le plus bas, ce qui devait à tout le moins inciter la partie adverse à examiner la pertinence de son estimation initiale et du prix de référence fixé dans le cahier spécial des charges;

Considérant que la première branche est sérieuse;

Considérant, quant à la seconde branche, qu'il ressort du dossier et du recours à l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993 que les conditions du marché étaient et devaient être substantiellement identiques dans les deux procédures; qu'ainsi, la partie adverse n'a pas revu son prix de référence ni le seuil de 130% prévus par l'article 19, b), du cahier spécial des charges; que, toutes choses restant égales, la partie adverse a néanmoins retenu le 22 décembre 2006 une offre dont le prix s'écarte de 29,48 % du prix de référence et a donc jugé ce prix acceptable alors que le 26 septembre 2006, la même partie adverse, assistée de la même commission technique, dans le cadre du même marché et du même cahier spécial des charges, a qualifié d'inacceptable le prix offert par les demanderessees qui s'écartait de 17,43 % du prix de référence; que ni la décision du 22 décembre 2006 ni ses annexes qui contiennent les motifs de cette décision n'expliquent ce revirement d'appréciation; que les explications fournies dans la note d'observations sont postérieures à la décision querellée et ne peuvent dès lors la justifier; qu'en toute hypothèse, elles ne peuvent être retenues; que l'évolution des offres entre les deux procédures au regard des critères qualitatifs est étrangère à l'appréciation des critères quantitatifs et ne suffit pas à elle seule à retenir une offre dès lors que les offres devaient être analysées au regard de l'ensemble des critères d'attribution; que de plus, l'appréciation des prix devait se faire par rapport au prix de référence établi par la partie adverse, lequel n'a pas évolué entre les deux procédures; qu'il s'ensuit que la partie adverse a *prima facie* violé le principe d'égalité; que la seconde branche est sérieuse;

Considérant que le premier moyen est sérieux;

V. QUANT AU RISQUE DE PREJUDICE GRAVE DIFFICILEMENT REPARABLE

Considérant que les demanderessees font valoir qu'à défaut de suspension, elles perdront toute chance d'obtenir l'attribution et l'exécution du marché litigieux, alors que la perte de ce marché pourrait empêcher la continuation de leurs activités ou leur existence, ou à tout le moins compromettre lourdement leur réputation et leur stratégie commerciale dans le secteur d'activités concerné, et alors qu'il s'agit d'un marché de référence; qu'elles font valoir ce qui suit :

- " Pour rappel, le marché porte sur la construction et la promotion de 324 logements sociaux et moyens pour un prix d'environ 30 millions d'euros (volet conception et construction).

L'existence de marchés d'une telle ampleur est rarissime. L'examen des publications au bulletin des adjudications depuis le 1^{er} janvier 2003 ne révèle ainsi qu'un seul marché de conception et de construction de plus de 100 logements, en l'occurrence

190 logements répartis en trois lots, ce qui est encore bien inférieur aux 324 logements concernés par le présent marché.

L'attribution d'un marché d'une telle ampleur est donc une occasion rare, pour ne pas dire unique, d'obtenir une référence précieuse à un moment stratégique.

En effet, tant en Région Wallonne qu'en Région de Bruxelles Capitale, d'importants plans de construction de nouveaux logements sociaux ont été récemment adoptés.

A Bruxelles, le plan régional du logement prévoit la production à moyen terme de 5.000 nouveaux logements, dont 3.500 logements sociaux et 1.500 logements moyens, pour lesquels 180 millions d'euros ont été budgétés.

En Région Wallonne, on peut également noter :

- qu'un programme exceptionnel d'investissements a été adopté le 3 juillet 2003, pour un montant global de 1.053.000.000 € mis en oeuvre sur cinq ans et affecté à la création ou réhabilitation de quelque 34.605 logements;

- qu'un programme triennal régional d'investissements a été parallèlement adopté, pour les années 2004 à 2006, représentant un investissement total de 222.162.014 € avec pour objectif la création de 2.700 nouveaux logements publics;

- qu'un plan stratégique n° 3 dénommé «Inclusion sociale» a été approuvé par le Gouvernement le 19 octobre 2005 et prévoit d'augmenter l'offre de logements par la création de 1.560 logements via un mécanisme de financement alternatif portant sur un emprunt de 95.200.000 €.

En d'autres termes, les grands chantiers de construction portant sur la réalisation en blocs d'un grand nombre de logements sociaux ou moyens, qui n'avaient plus court depuis de nombreuses années, amorcent un retour en force dans la perspective duquel l'attribution du marché litigieux constitue une référence unique, une vitrine parfaite du savoir faire et de la compétence des adjudicataires quant à leur capacité à assurer la gestion et la réalisation d'un tel projet (...).

Non seulement l'ampleur inhabituelle du marché litigieux lui confère le caractère de référence majeure, mais il en résulte également une importance considérable pour les parties requérantes sur le plan économique et social.

Ainsi, la valeur du marché - 30 millions d'euros environ - représente approximativement à lui seul un tiers du chiffre d'affaires global cumulé des parties requérantes - 90 millions d'euros environs.

Il constitue donc une occasion difficilement remplaçable d'assurer à tout le moins une stabilité de ce chiffre d'affaires pour les deux ou trois exercices futurs et de pérenniser l'emploi au sein des requérantes, leur permettant de conserver leur personnel spécialisé et de préserver ainsi leur savoir faire particulier.";

Considérant que la partie adverse répond ce qui suit :

" (...) Il ressort donc de la jurisprudence du Conseil d'Etat que l'existence d'un marché de référence suppose la réunion de plusieurs circonstances particulières, lesquelles circonstances ne tiennent pas exclusivement, comme tentent de le faire croire les requérantes, aux aspects financiers du marché, mais également à la rareté de ce dernier, à sa complexité de conception ou d'exécution ainsi qu'à la mise en oeuvre de techniques particulières ou nouvelles.

Or les requérantes n'apportent pas la moindre démonstration de ce que ces circonstances particulières se trouveraient réunies en l'espèce. Force est, à cet égard, de constater la totale indigence du dossier des requérantes.

En l'espèce, certes, le marché litigieux présente, sur le plan financier, une importance particulière puisqu'il est question d'un marché d'environ 30 millions d'euros. Mais peut-il, pour autant, être qualifié de marché de référence ?

Assurément pas.

On notera, tout d'abord, que ce marché n'implique pas la mise en oeuvre de techniques de construction particulières ou nouvelles; il s'agit, en effet, de la construction de logements sociaux selon des procédés tout à fait classiques dans le domaine de la construction (dans son avis, la commission technique avait, en outre, fait un parallèle entre les options architecturales choisies par les requérantes et ... la banlieue parisienne).

Le marché en question ne revêt pas non plus le caractère de rareté requis pour qu'il puisse s'agir d'un véritable «marché de référence».

En effet, comme le soulignent d'ailleurs les requérantes, compte tenu de la politique des pouvoirs publics en matière de logements sociaux, tant en Région Wallonne qu'en Région de Bruxelles-Capitale, de nombreux logements sociaux sont destinés à être construits et ce par le biais de plusieurs programmes exceptionnels d'investissements. A cette occasion, il est question de réaliser plusieurs dizaines de milliers de nouveaux logements sociaux.

Il découle donc de cette politique que les marchés relatifs à la construction et à la rénovation de logements sociaux n'ont en réalité rien d'exceptionnel. Il importe, à cette occasion, de souligner que le marché litigieux s'inscrit dans le cadre du plan régional du logement. Or ce marché constitue le sixième projet - et certainement pas le dernier- lancé à l'occasion de ce plan !

Le marché litigieux ne présente donc, tant sur le plan de sa rareté que des techniques mises en oeuvre, rien d'exceptionnel. (...)

Subsidiairement, rappelons que les requérantes sont au nombre de six de telle sorte que l'impact du préjudice vanté, en termes de réputation, se voit fortement «dilué». Par conséquent, le préjudice qui serait lié à la perte d'une référence importante s'en trouverait également fortement amoindri. (...)

S'agissant de leur survie économique, les requérantes n'apportent pas le moindre élément de preuve relatif aux conséquences de la perte du marché litigieux sur leur situation financière. Les requérantes ne démontrent nullement que l'exécution des actes attaqués mettrait en péril leur survie économique.

Tout au plus, les requérantes se contentent-elles d'affirmer, sans le démontrer, que, compte tenu de sa valeur par rapport à leur chiffre d'affaire global des requérantes cumulé, le marché en cause constituerait «une occasion difficilement remplaçable d'assurer à tout le moins une stabilité de ce chiffre d'affaires pour les deux ou trois exercices futurs et de pérenniser l'emploi au sein des requérantes, leur permettant de conserver leur personnel spécialisé et de préserver ainsi leur savoir faire particulier».

Votre Conseil a toutefois jugé que «le risque d'empêcher le développement de la société requérante et de compromettre donc son existence se confond avec le risque commercial inhérent au principe de la liberté du commerce et de l'industrie et ne

constitue donc pas un préjudice grave et difficilement réparable au sens de l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat» (C.E., 20 décembre 1991, n° 38.383).

Il va donc de soi que, compte tenu de cette jurisprudence, la seule difficulté pour une entreprise de maintenir son chiffre d'affaires et, par voie de conséquence, son personnel spécialisé, ne saurait constituer un risque de préjudice grave difficilement réparable.

Enfin, tant la requête que le dossier produit par les requérantes ne permettent de constater que la perte du marché litigieux compromettrait lourdement leur réputation ou leur stratégie commerciale dans leurs secteurs d'activités.";

Considérant, en ce qui concerne la perte d'un marché de références, que constitue un tel marché celui dont la rareté, l'ampleur, la complexité de conception ou d'exécution, la mise en oeuvre de techniques particulières ou nouvelles sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation toute particulière; qu'en l'espèce, les demanderesses démontrent à suffisance que le marché public querellé peut être considéré comme tel; qu'il y a ainsi lieu d'avoir égard, en ce qui concerne la rareté dudit marché, au fait que les demanderesses établissent, pièces à l'appui, que la consultation du Bulletin des adjudications "depuis le 1^{er} janvier 2003 ne révèle ainsi qu'un seul marché de conception et de construction de (...) 190 logements répartis en trois lots", alors que la partie adverse se contente d'affirmer, sans pouvoir l'étayer, en ce compris à l'audience, que "ce marché constitue le sixième projet" du genre et n'établit dès lors pas que ce genre de marché est pour l'heure régulier; que l'ampleur dudit marché résulte de ce qu'il a pour objet la construction et la promotion de 324 logements sociaux et moyens pour un prix d'environ 30 millions d'euros; que le lancement prochain de plans contenant de nombreux futurs marchés identiques renforce le caractère - pour l'heure - précurseur dudit marché; qu'il résulte enfin du dossier que l'objet principal du marché était moins de construire des logements que de les concevoir et les intégrer compte tenu des spécificités du contexte et des contraintes du terrain, la commission technique retenant des exigences élevées du point de vue des qualités architecturales et urbanistiques des projets; que, pour ces raisons, le marché litigieux constitue de ce fait une "vitrine" pour le promoteur qui le réalisera; qu'ainsi, la décision d'attribution du marché risque de comporter pour les demanderesses des conséquences graves difficilement réparables;

Considérant que les deux conditions requises par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 étant remplies, la demande de suspension est accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision prise par le conseil d'administration de la Société du Logement de la Région Bruxelloise, en sa séance du 22 décembre 2006, d'attribuer à la société momentanée Jacques DELENS/CEI-DE MEYER/BEAI/ARCHITECTES ASSOCIES, un marché de conception, de construction et, en option obligatoire, d'entretien d'un ensemble de logements sociaux et moyens sur un terrain sis à Ixelles, rue de la Forêt.

Article 2.

La demande est rejetée pour le surplus.

Article 3.

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

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

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

M. NIHOUL,	Conseiller d'Etat, président f.f.,
M ^{me} SCHMITZ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

V. SCHMITZ.

P. NIHOUL.