

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 173.072 du 2 juillet 2007

G./A.155.169/VI-16.759

En cause : **1. la société anonyme IMMO MAX,**
 2. la société anonyme SOCATRA,
 3. la société anonyme LES ENTREPRISES
 LOUIS DE WAELE,
 ayant formé ensemble la société momentanée
 IMMO MAX-SOCATRA-LOUIS DE WAELE,

 ayant élu domicile chez
 Me Stéphane NOPERE, avocat,
 avenue Paul Hymans, n° 71,
 1200 Bruxelles,

contre :

la commune de Woluwé-Saint-Lambert,

 ayant élu domicile chez
 Me Patrick THIEL, avocat,
 chaussée de la Hulpe, n° 178,
 1170 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 27 août 2004 par la société anonyme IMMO MAX, la société anonyme SOCATRA et la société anonyme LES ENTREPRISES LOUIS DE WAELE, ayant formé ensemble la société momentanée IMMO MAX-SOCATRA-LOUIS DE WAELE, qui poursuivent l'annulation de la décision du 25 mai 2004 du collège des bourgmestre et échevins de la commune de Woluwé-Saint-Lambert d'attribuer le marché de valorisation de terrains communaux (lot A + lot B) à la société anonyme LAREBEL;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

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

Vu l'ordonnance du 12 février 2007 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

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

Vu l'ordonnance du 14 mai 2007, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 13 juin 2007;

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

Entendu, en leurs observations, Mes Stéphane NOPERE et Stéphane TOUSSAINT, avocats, comparaissant pour les parties requérantes et Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, 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 de la requête sont les suivants :

1. Le 27 novembre 2003, le conseil communal de Woluwé-Saint-Lambert approuve le cahier spécial des charges relatif à un marché public de promotion de travaux destinés à la réalisation de logements sur deux "terrains communaux situés, d'une part, à la rue Th. De Cuyper à l'angle de l'avenue Jacques Brel et, d'autre part, du côté ouest du clos des Bouleaux" et retient l'appel d'offres restreint comme mode de passation du marché.

2. Le cahier spécial des charges précise, dans ses clauses administratives, qu'il s'agit d'un marché à prix global, divisé en deux lots correspondants aux deux terrains concernés, et que "l'administration accepte les variantes et/ou les variantes libres".

Les critères d'attribution, au nombre de six, sont les suivants :

- " (...) par ordre décroissant d'importance :
1. le pourcentage de «logements moyens» qui sera construit
 2. le prix d'achat du terrain communal pour les quotités autres que celles relatives aux «logements moyens»
 3. le prix de vente moyen hors T.V.A. et par m² de plancher des appartements, hors terrain
 4. le concept architectural des bâtiments et des appartements
 5. les caractéristiques qualitative et esthétique des matériaux et finition
 6. le planning de réalisation".

Les clauses techniques prévoient ce qui suit :

- " La commune de Woluwé-Saint-Lambert est propriétaire de deux terrains à bâtir sis à la rue Théodore De Cuyper :
- a) Lot A : terrain dit «Stenier» (...)
 - b) Lot B : terrain dit «Brel» (...)

Le présent marché, par appel d'offres restreint, a pour objet de demander à une société privée d'élaborer un projet urbanistique pour les deux terrains et, d'obtenir toutes les autorisations nécessaires, ériger les bâtiments acceptés et réaliser les aménagements prévus et vendre les appartements construits selon les critères suivants :

1. Création sur les terrains précités, de bâtiments répondant aux prescriptions urbanistiques jointes au présent cahier des charges. Les plans joints sont donnés à titre indicatif. La typologie des bâtiments sera adaptée à la commune avec une architecture diversifiée s'intégrant parfaitement au quartier. Les concepts environnementaux et du développement durable généralement admis devront être pris en considération. Une note relative à ceux-ci sera jointe impérativement.
2. L'attention des soumissionnaires est attirée sur le fait d'une part qu'il doit être impérativement prévu pour le lot A une zone d'équipement collectif d'une superficie de minimum 450 m² qui restera propriété de la Commune et d'autre part que pour le lot B un aménagement provisoire devra être prévu du côté de l'avenue J. Brel pour autant que le Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale (AED/B1) n'ait pas réalisé la totalité de la voirie. La proposition d'aménagement fait partie du présent marché.
3. Un prix de construction abordable permettant qu'au moins 30 % des logements construits soient susceptibles d'être acquis par des personnes répondant aux conditions (logements moyens) édictées par le Conseil communal du 26 juin 2003 relative aux conditions d'accès et primes et ses modifications éventuelles. Cette décision et modifications éventuelles font partie intégrante du marché. Il ne sera prévu que des logements moyens de 2 et 3 chambres. Le prix de construction des autres logements sera énoncé dans l'offre (cfr article 7b). Il servira à l'établissement du cautionnement.
4. L'application de la circulaire 18 en matière d'emplacement de parking (Circulaire du 12/12/2002 Ministre DRAPS).
5. Intégration d'espaces verts.
6. Le prix de la quotité terrain pour les logements moyens est celui fixé par le Receveur de l'Enregistrement à savoir : 339,61 €/m² pour le lot A et de 520,58 €/m² pour le lot B. Voir l'article 7b) pour le prix des quotités relatives aux autres appartements."

Suivent les clauses relatives aux modalités de vente du terrain et des appartements, aux conditions de la renonciation par la commune au droit d'accession sur les terrains au profit du soumissionnaire retenu et à la construction des immeubles.

3. Le 5 décembre 2003, l'avis de marché est publié au Bulletin des adjudications.

4. Neuf candidatures sont déposées dont huit sont sélectionnées par le collège des bourgmestre et échevins le 16 décembre 2003.

5. Le 19 décembre 2003, les entreprises sélectionnées reçoivent le cahier spécial des charges et sont invitées à remettre une offre.

6. Le 5 mars 2004, sept offres sont recueillies dont celles des requérantes et de la S.A. LAREBEL.

7. Le 25 mai 2004, le collège des bourgmestre et échevins prend la décision suivante, qui constitue l'acte attaqué :

" LE COLLEGE,

Vu la délibération du 27/11/2003 par laquelle le Conseil communal approuve le marché relatif à la valorisation de terrains communaux;

Attendu qu'en application de cette décision, un appel d'offres restreint a été lancé;

Vu l'avis de publication;

Vu sa décision du 16/12/2003 par laquelle il sélectionne 8 sociétés ayant déposé un dossier de candidature;

Vu la lettre du 30/01/2004 par laquelle le Receveur de l'enregistrement remet une estimation révisée pour le lot B, en ramenant le prix par m² à 339,61 EUR;

Vu les lettres recommandées du 10/02/2004 informant les soumissionnaires de cette adaptation de prix;

Vu le procès-verbal d'ouverture des soumissions;

Vu le tableau n/ 1 en annexe reprenant toutes les données énoncées dans les offres;

Vu les lettres du 22/03/2004 adressées à la société momentanée IMMOMAX-SOCATRA-L.DEWAELE et à la société BETONIMMO au sujet de la réalisation d'appartements d'une chambre;

Vu les réponses fournies respectivement le 29/03/2004 et 30/03/2004;

Attendu que la société momentanée IMMOMAX-SOCATRA-L. DEWAELE confirme par son courrier que son offre permet de transformer, sans modification de la structure de celle-ci, les appartements une chambre en appartements de deux ou trois chambres. Cette éventualité est par ailleurs mentionnée dans l'offre;

Attendu que la S.A. BETONIMMO confirme qu'elle n'a pas prévu de variante pour certains appartements d'une chambre et qu'il lui est impossible de les modifier;

Considérant dès lors que cette offre ne respecte pas le point 3 de l'objet du marché tel qu'il est décrit à la page 6 du cahier spécial des charges et doit être considérée

comme irrégulière en application de l'article 110 § 2 de l'arrêté royal du 08/01/1996 relatif aux marchés publics;

Attendu que les offres déposées par les sociétés JM CONSTRUCTION et BURCO laissent apparaître que le prix du terrain remis pour les quotités afférentes aux logements «libres» est inférieur au prix fixé par le Receveur de l'enregistrement alors que celui-ci était un prix en dessous duquel l'on ne pouvait déjà pas aller pour les quotités afférentes aux logements «moyens»;

Attendu qu'il était loisible pour ces sociétés de se renseigner sur cette problématique;

Considérant que ce point a été justifié dans l'offre de BURCO en son point 3.10 (page 7) et confirmé par la société JM CONSTRUCTION dans son courrier du 26/04/2004 et que ces offres doivent être considérées comme irrégulières au sens de l'article 110 § 2 de l'arrêté royal du 08/01/1996 relatif aux marchés publics eu égard au 2^{ème} critère d'attribution, à l'article 2 § 3 du cahier spécial des charges et du point 6 de l'objet du marché énoncé dans les clauses techniques du cahier spécial des charges (page 6);

Attendu que l'offre déposée par la SA SOFICOM DEVELOPMENT émet, d'une part des réserves quant à la pollution éventuelle du sol ce qui ne permet pas de comparer complètement son offre quant au prix et, d'autre part prévoit un ajout à la clause résolutoire (art. 5. § 5.4);

Considérant dès lors qu'elle doit être considérée comme irrégulière en application de l'article 110 § 2 de l'arrêté royal du 08/01/1996 relatif aux marchés publics;

Attendu que l'offre déposée par la société J. DELENS introduit dans le projet de convention de renonciation au droit d'accession - en son article 9 - une formule de révision de prix avec une référence à la loi du 9 juillet 1971, que cette formule est également prévue à l'article 7.6 de son offre;

Attendu par ailleurs que les prix remis par m² d'appartement ne comprennent pas les frais de raccordements divers, ce qui est confirmé à la fois dans le projet de convention citée plus haut et à l'article 7.5 de son offre;

Attendu que, d'une part aucune révision n'est permise par le cahier spécial des charges (art. 10) et que, d'autre part ladite société transmet, par sa lettre du 07/04/2004, un prix estimatif pour les raccordements, ce qui modifie l'offre;

Considérant dès lors qu'elle doit être considérée comme irrégulière en application de l'article 110 § 2 de l'arrêté royal du 08/01/1996 relatif aux marchés publics;

Attendu que toutes les sociétés ont été entendues quant à la bonne compréhension de leur offre et que les points litigieux ont été explicités par lettres et ce en application de l'article 115 de l'arrêté royal du 08/01/1996 sur les marchés publics;

Vu les lettres des 27/04/2004 pour la SA SOFICOM DEVELOPMENT, 28/04/2004 pour la SA BURCO, 22/04/2004 pour la SA LAREBEL, 29/03/2004 et 15/04/2004 pour la société momentanée IMMOMAX/SOCATRA-L.DEWAELE, 30/03/2004 et 08/04/2004 pour la SA BETONIMMO, 07 et 26/04/2004 pour JM CONSTRUCTION ET 07/04/2004 pour J. DELENS;

Vu le tableau n/ 2 en annexe reprenant la comparaison des 2 offres qui peuvent être acceptées, à savoir celles de la société momentanée IMMOMAX/SOCATRA-

L.DEWAELE et de la SA LAREBEL pour ce qui concerne le 4^{ème} critère d'attribution du marché, à savoir le concept architectural;

Vu le tableau n/ 3 en annexe reprenant la comparaison des 2 mêmes offres pour ce qui concerne le 5^{ème} critère d'attribution du marché à savoir les caractéristiques qualitative et esthétique, matériaux et finitions;

Attendu que l'offre de la SA LAREBEL propose un montant de 250.000 EUR pour la valorisation des terrains en cas de regroupement des deux lots;

Attendu que cette somme a été convertie en prix/m² de terrain en fonction des superficies qui figurent dans l'offre (point A2B du tableau n/1);

Attendu que le planning remis par la SA LAREBEL propose de payer le solde des terrains au 23^e mois à dater du démarrage des travaux en cas de commercialisation rapide et au 31^e mois en cas de commercialisation plus difficile, ce qui est favorable à la commune d'un point de vue financier;

Attendu que la proposition de la société momentanée IMMOMAX/SOCATRA-L.DEWAELE de majorer l'offre d'un montant de 310.000 EUR au cas où le bâtiment de 450 m² ne devrait pas être construit, ne peut être prise en considération, cette solution n'étant pas envisagée par le cahier spécial des charges;

Attendu que la société IMMOMAX/SOCATRA-L.DEWAELE propose des prix pour les quotités de terrains pour les logements libres qui ne prend en compte que la seule surface proprement dite des appartements et qu'elle propose un autre prix - celui du Receveur de l'enregistrement - pour les autres éléments, à savoir les jardins communs, l'espace polyvalent et la voirie, alors que ceux-ci doivent intervenir dans la quotité terrain qui doit être attribué à la quotité construite;

Attendu que les critères d'attribution ont été donnés par ordre décroissant d'importance (art. 7 b du cahier spécial des charges);

Attendu que pour effectuer le classement qui respecte cette imposition, les points suivants ont été attribués:

- Critère 1: 30 points
- Critère 2: 21 points
- Critère 3: 19 points
- Critère 4: 15 points
- Critère 5: 10 points
- Critère 6: 5 points

et que les points sont fonction de l'écart existant par rapport à la moyenne des chiffres énoncés pour chaque critère dans les 2 offres tels qu'ils figurent sous le vocable «A. Critères d'attribution» du tableau 1;

Vu les tableaux n^{os} 4 et 5, résultant des calculs et récapitulatifs;

Attendu que la variante introduite par la société momentanée IMMOMAX/SOCATRA- L.DEWAELE prévoit de construire des seuls logements moyens sur le lot A et des logements libres sur le lot B, ce qui est contraire à la philosophie développée par le cahier spécial des charges et qu'elle ne peut dès lors être prise en considération;

Attendu que la variante 62 % proposée par la SA LAREBEL n'est pas explicitée et qu'elle ne peut dès lors être prise en considération;

Attendu que le nombre total de logements moyens est de 43 pour l'association momentanée IMMOMAX/SOCATRA-L.DEWAELE et de 42 pour la s.a. LAREBEL;

Attendu que pour ce qui concerne le lot A, la société LAREBEL est classée première pour les critères 1, 2, 3 et 6 et sur l'ensemble de ceux-ci;

Attendu que pour ce qui concerne le lot B, la société LAREBEL est classée première pour les critères 2, 3, 4, 5 et 6 et sur l'ensemble de ceux-ci;

Attendu que pour ce qui concerne les lots A + B, la société LAREBEL est classée première pour les critères 3, 4, 5 et 6 et sur l'ensemble de ceux-ci;

Attendu que l'analyse des offres conjuguées à celle de l'analyse du critère n° 2 laisse apparaître que l'amélioration financière proposée par la société LAREBEL est la plus intéressante, non seulement pour le prix offert pour la quotité terrain en «moyen» qui est supérieur à l'estimation du Receveur de l'enregistrement mais également quant au montant global repris pour le terrain, que ce soit pour le lot A pris individuellement pour le lot B et pour l'ensemble des 2 lots (tableau n/ 1 point D5);

Considérant dès lors que l'offre la plus intéressante au vu des critères d'attribution du marché est remise par la société LAREBEL;

DECIDE :

- De considérer les offres remises par les sociétés JM CONSTRUCTION, BURCO, SOFICOM DEVELOPMENT, BETONIMMO et J. DELENS comme irrégulières en application de l'article 110 § 2 de l'arrêté royal du 08/01/1996 relatif aux marchés publics;
- D'attribuer le marché (lot A + lot B) à la SA LAREBEL, rue du Zoning, 8 à 7740 Warcoing, selon son offre du 04/03/2004 réf. JB/vvb/EM/040304, telle que précisée par sa lettre du 22/04/2004, réf. 080/EM/220404 et du cahier spécial des charges approuvé par le Conseil communal en séance du 27/11/2003. Cette société a en effet remis l'offre la plus avantageuse au vu des critères d'attribution du marché et ce pour le groupement des lots A et B.

Cette délibération sera transmise, pour disposition, à M. le Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale."

En annexe à la décision attaquée figurent plusieurs tableaux dont les tableaux n/ 4 et n/ 5 relatifs aux notations au regard des critères d'attribution :

"
TABLEAU N/ 4 - CRITERES D'ATTRIBUTION
CALCULS

IMMOMAX/SOCATRA = 1
LAREBEL = 2

CRITERES	LOT	N/	CHIFFRES ENONCES	% ECART DE LA MOYENNE 1	POINTS (% PAR RAPPORT A 2) 3
			1	2	
1. % Loge- ments moyens	A	1 2	36 <u>37,5</u>	97,96 102,04	28,80 30,00

30 points	B	1 2	3 36,75 44 <u>36</u> 3 40	110,00 90,00	30,00 27,00
	A + B	1 2			29,40 28,50
2. Prix terrain non compris	A	1 2	375,00 <u>402,00</u> 3 388,52	96,53 103,47	19,59 21,00
21 points	B	1 2	415,00 <u>402,00</u> 3 408,50	101,59 94,41	21,00 20,34
	A + B	1 2	475,00 <u>436,00</u> 3 455,50	104,28 95,72	21,00 19,28
	A	1 2			
	B	1 2	515,00 <u>436,00</u> 3 475,50	108,31 91,69	21,00 17,78
	Class	1 2			21,00 18,53

N.B. : il est à noter que la variante 1 n'est pas prise en considération pour le n/ 1, les prix remis étant inférieurs à ceux de l'offre de base.

CRITERES	LOT	N/	CHIFFRES ENONCES	% ECART DE LA MOYENNE 1	POINTS (% PAR RAPPORT A 2)
			1	2	3
3. Prix moyen /m ² plancher	A Moyen	1 2	922,39 <u>1468,70</u> 3 1195,55	77,15 122,85	11,93 19,00
19 points	Libre	1 2	985,84 <u>1920,00</u> 3 1452,92	67,85 132,15	9,75 19,00
	B Moyen	1 2	927,52 <u>1362,87</u> 3 1145,19	80,91 119,08	12,92 19,00
	Libre	1 2	985,75 <u>2050,00</u> 3 1517,88	64,94 135,06	9,14 19,00
	Si A+B Moyen	1 2			12,43 19,00
	Libre	1 2			9,45 19,00

4. Concept architectural	A	1 2	78,00 <u>69,00</u> 3 73,50	106,12 93,88	15,00 13,27
15 points (voir tableau 2)	B	1 2	63,33 <u>73,33</u> 3 68,33	92,68 107,32	12,95 15,00
	Si A+B	1 2			13,975 14,14

CRITERES	LOT	N/	CHIFFRES ENONCES	% ECART DE LA MOYENNE	POINTS (% PAR RAPPORT A 2)
			1	1 2	3
5. Caractéristiques qual. et esthétique		1 2			8,00 9,00
10 points (voir tableau 3)					
6. Planning		1 2	35,00 <u>28,00</u> 3 31,50	111,11 88,89	4,00 5,00
5 points					

TABLEAU N/ 5 - CRITERES D'ATTRIBUTION

RECAPITULATIF

IMMOMAX/SOCATRA = 1

LAREBEL = 2

LOT/CRITERE	1	2	3		4	5	6	TOTAL
A								
1	28,80	19,59	M 11,93 L 9,75	))10,84)	15	8	4	86,23
2	30,00	21,00	M 19 L 19	)) 19)	13,27	5	5	97,27
B								
1	30	21	M 12,92 L 9,14	))11,03)	12,95	8	4	86,98
2	27	23,34	M 19 L 19	)) 19)	15	9	5	95,34
A + B								
1	29,40	21	M 12,43 L 9,45	))10,94)	13,97	8	4	87,31
2	28,50	18,53	M 19 L 19	)) 19)	14,14	9	5	94,17

7. Le 21 juin 2004, le Ministre chargé des pouvoirs locaux au sein du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale permet l'exécution de la décision du collège des bourgmestre et échevins du 25 mai 2004.

8. Le 25 juin 2004, la partie adverse avertit les requérantes que leur offre n'a pas été retenue.

9. Le 12 juillet 2004, à la suite de la demande du 2 juillet des requérantes, la partie adverse leur transmet un extrait du registre des délibérations du collège des bourgmestre et échevins du 25 mai 2004;

Considérant que la partie adverse soutient, dans une première exception d'irrecevabilité, que la requête introduite le 27 août 2004 est tardive étant donné que les requérantes avaient connaissance de l'acte attaqué depuis le 25 juin 2004 et que le délai de recours expirait le 24 août 2004;

Considérant que les requérantes ont été informées, par une lettre du 25 juin 2004 de la partie adverse, de ce que leur offre n'avait pas été choisie, qu'elles ont demandé, par une lettre du 2 juillet 2004, de disposer des motifs de la décision attaquée et qu'elles ont reçu, par une lettre du 12 juillet 2004, la délibération du collège des bourgmestre et échevins et les tableaux annexés; qu'il s'ensuit que les motifs de la décision d'attribution ne leur ont été communiqués, en même temps que la décision d'attribution, que le 12 juillet 2004; que le délai de recours n'ayant pris cours que le 14 juillet 2004, la requête introduite le vendredi 27 août 2004 est recevable ratione temporis; qu'en effet, le délai de recours commence à courir lorsque les requérantes prennent connaissance de la décision attaquée et de ses motifs dès lors qu'elles demandent, dans un délai raisonnable de quinze jours, communication de ces motifs; que l'exception ne peut être accueillie;

Considérant que, dans ses écrits de procédure, la partie adverse soulève une deuxième exception d'irrecevabilité tirée du défaut d'intérêt des requérantes; qu'elle expose que le marché public étant passé en appel d'offres restreint, le simple constat d'illégalité de l'acte attaqué n'emporte aucun droit automatique à la réparation du dommage subi, que le contrat a été conclu et est en voie d'exécution de sorte que l'acte attaqué a épuisé tous ses effets, qu'un nouvel acte juridique est né, que l'intérêt des requérantes et l'objet véritable du recours, à savoir, in fine, la réparation du dommage, ne peuvent être satisfaits par un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat, incompétent à cet égard, et que l'arrêt FORMANOVA du 15 juin 2000 rendu au contentieux de la

suspension doit également s'appliquer aux recours en annulation des mêmes actes, une fois que le contrat est conclu, puisque "le seul intérêt reste de prétendument faciliter l'obtention d'une réparation accordée par le juge civil, alors que celui-ci est pourtant pleinement compétent pour tirer lui-même le constat d'irrégularité de la décision d'attribution"; qu'elle ajoute qu'en application des articles 10 et 11 de la Constitution et des principes généraux de droit, il n'y a pas lieu de distinguer l'intérêt selon que l'on est dans les matières générales du droit administratif ou en matière de marchés publics, qu'il y a lieu de se référer aux motifs de l'arrêt HENDRICKX, n/ 132.915 du 23 juin 2004, que les requérantes n'ont plus intérêt à voir l'acte attaqué disparaître de l'ordonnancement juridique, et que le fait qu'un arrêt d'annulation pourrait faciliter une demande d'indemnité devant le juge judiciaire n'est qu'un aspect accessoire de l'intérêt; qu'elle relève, dans son dernier mémoire, que les requérantes ont saisi le tribunal de première instance de Bruxelles de sorte que l'affaire est également pendante devant le juge civil;

Considérant que la circonstance qu'au moment où l'arrêt du Conseil d'Etat intervient, le marché est conclu et exécuté, partiellement ou totalement, en manière telle que les requérantes ne peuvent plus espérer se voir attribuer celui-ci et être chargées de son exécution mais doivent, le cas échéant, se contenter d'actionner la partie adverse en dommages et intérêts devant le pouvoir judiciaire, action dont l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat est de nature à faciliter l'aboutissement, ne saurait avoir pour effet de priver les requérantes de leur intérêt au recours en annulation; qu'elles ont, en tout cas, un intérêt moral suffisant pour poursuivre l'annulation de la décision attaquée; que l'exception d'irrecevabilité est manifestement non fondée;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la partie adverse soulève une troisième exception d'irrecevabilité tenant à l'irrégularité de la décision d'agir prise par la société L. DEWAELE; qu'elle expose que le procès-verbal est signé par un seul membre du conseil d'administration et n'indique pas que la majorité des membres du conseil d'administration en fonction étaient présents ni que la décision d'agir aurait été prise à la majorité des voix; qu'il ressort des pièces fournies par la société L. DEWAELE que la décision d'agir a été prise régulièrement dans son chef; que l'exception doit être rejetée;

Considérant que les requérantes prennent un moyen, le premier de la requête, de "la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 25, § 2, et 115 de l'arrêté royal n/ 1 du 8 janvier 1996 relatif aux marchés

publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, des articles 2, 7, b, et 9 du cahier spécial des charges, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe général de bonne administration et, en particulier, du devoir de minutie dans l'appréciation par le pouvoir adjudicateur de la réalité des faits et dans l'examen de la portée et de la validité des offres reçues, spécialement quant à leur conformité par rapport aux prescriptions du cahier spécial des charges, ainsi que du principe d'égalité entre soumissionnaires"; que le moyen est divisé en deux branches;

Considérant que, dans une première branche, les parties requérantes mettent en cause le fait pour la partie adverse, dans l'examen du premier critère d'attribution, d'avoir écarté leur variante libre de construire 54% de logements moyens uniquement sur le lot A et des logements libres sur le lot B en cas de regroupement des lots au motif que cette variante serait contraire à la philosophie développée par le cahier spécial des charges, alors que ce dernier autorise expressément, en son article 9, des variantes libres et que les clauses techniques n'interdisent pas l'implantation de logements moyens exclusivement sur l'un ou l'autre des deux lots, la seule obligation étant de prévoir au moins 30% de logements moyens; qu'elles soutiennent que cette variante, en tant qu'elle prévoyait la réalisation d'un minimum de 30% de logements moyens, apparaît strictement conforme aux exigences du cahier spécial des charges, que le regroupement des lots était autorisé par l'article 2 du cahier spécial des charges, de sorte qu'en écartant la variante libre pour des motifs non pertinents, le pouvoir adjudicateur a méconnu le prescrit de l'article 115, alinéa 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité; qu'elles ajoutent que la motivation de l'acte attaqué constitue une simple clause de style et une formule stéréotypée et que la justification donnée par la partie adverse dans son mémoire en réponse constitue une motivation a posteriori de l'acte attaqué;

Considérant que la partie adverse répond en droit qu'un pouvoir adjudicateur est en droit de ne pas retenir une variante libre, indépendamment des conditions exprimées au cahier spécial des charges, qu'il faut distinguer les critères de régularité d'une variante libre permettant de la prendre en considération - "en l'espèce, la variante est régulière" - et la compétence discrétionnaire du pouvoir adjudicateur de retenir ou non une variante libre, qu'il n'est, en aucun cas, obligé d'accepter des variantes libres pour les comparer si elles sont régulières, qu'il est néanmoins obligé de les examiner et d'exposer pourquoi il ne les retient pas; qu'elle fait valoir en fait qu'"il n'était ni opportun, ni judicieux de rassembler l'ensemble des logements moyens dans l'une des deux constructions envisagées", qu'elle "ne fait que se conformer à la ligne suivie depuis plusieurs années (...) en Région de Bruxelles-Capitale, et qui consiste à ne pas créer des «ghettos»", qu'"en décidant de ne pas concentrer les

logements moyens sur un seul lot mais en favorisant au contraire leur intégration dans l'ensemble du bâti envisagé dans le projet, (elle) n'a pas pris de décision fondée sur un motif arbitraire ou déraisonnable", que le pouvoir adjudicateur, en précisant qu'au moins 30% des logements devaient être des logements moyens, n'a pas souhaité créer exclusivement du logement moyen ou imposer un taux exagérément élevé de ces logements et que c'est pour cette raison qu'il a écarté la variante libre; qu'elle ajoute que cette motivation trouve appui dans le dossier administratif, à savoir dans le mémorandum de l'auteur de projet du 30 septembre 2004 demandant d'apporter des adaptations au projet retenu de manière à assurer une plus grande mixité dans la répartition entre logements moyens et logements libres, que les requérantes n'ont pas intérêt à cette branche puisqu'il suffirait à la partie adverse de retirer sa décision et d'en reprendre une plus longuement motivée et que la branche revient à exiger que la décision attaquée exprime les motifs de ses motifs, ce que la loi n'exige pas;

Considérant que l'article 115, alinéas 3 et 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, tel qu'en vigueur au moment de l'introduction de la requête, dispose comme suit :

" Si le cahier spécial des charges impose ou autorise des variantes, il doit préciser l'objet de celles-ci, leur nature et leur portée. Dans ce cas, le soumissionnaire remet offre pour le projet de base et, le cas échéant, dès lors qu'il s'agit d'une variante imposée, pour cette variante. Pour l'attribution du marché, il est tenu compte des variantes imposées ou autorisées.

Il est également tenu compte des variantes libres proposées dans l'offre, dans la mesure où l'avis de marché ou le cahier spécial des charges ne les interdit pas.";

Considérant qu'il s'ensuit que lorsque des variantes libres sont autorisées par les documents du marché, il revient au pouvoir adjudicateur, d'abord, d'apprécier leur régularité, ensuite, si elles sont régulières, de les examiner et, enfin, d'énoncer les motifs pour lesquels il décide de ne pas retenir telle ou telle variante;

Considérant qu'en l'espèce, il est patent et admis par les parties que la variante libre proposée par les requérantes était régulière car autorisée expressément par les documents du marché et conforme à ceux-ci; que dans la décision attaquée, la partie adverse rejette cette variante au motif qu'elle "est contraire à la philosophie développée par le cahier spécial des charges"; qu'une telle motivation s'apparente à une clause de style; qu'en outre, elle ne trouve aucun appui dans le dossier administratif; que les explications avancées par la partie adverse dans son mémoire en réponse sont tardives et ne trouvent aucun écho dans le dossier administratif; que le mémorandum

du 30 septembre 2004 est postérieur à l'adoption de la décision attaquée et à sa notification et ne peut dès lors être pris en compte; que la première branche est fondée;

Considérant que, dans une seconde branche, les requérantes exposent que dans l'analyse du troisième critère d'attribution relatif au "prix de vente moyen hors TVA et par m² de plancher des appartements, hors terrain", la partie adverse a attribué le maximum des points à la société LAREBEL qui avait remis des prix moyens nettement supérieurs aux leurs, alors que la correcte appréciation de ce critère devait conduire la partie adverse à leur attribuer le maximum de points compte tenu de l'objectif poursuivi par la partie adverse de proposer "un prix de construction abordable permettant qu'au moins 30% des logements construits soient susceptibles d'être acquis par des personnes répondant aux conditions édictées par le Conseil communal du 26 juin 2003 relatives aux conditions d'accès et de primes", que la notation attribuée par la partie adverse pour ce critère procède d'une erreur manifeste d'appréciation et a conditionné de manière décisive le choix de la partie adverse car, sans cette erreur, elles obtenaient, que ce soit avec ou sans regroupement des lots, un total de points supérieur à l'attributaire;

Considérant que la partie adverse répond, tout d'abord, que, à l'issue de l'opération, le pouvoir adjudicateur devient propriétaire des 450 m² construits pour le lot A comme équipement d'intérêt collectif, lesquels lui reviennent sans frais et enrichissent son patrimoine, qu'"il est alors normal que le pouvoir adjudicateur ait souhaité valoriser cet enrichissement au travers des critères d'attribution", que, "plus la valeur de l'ensemble du bâti augmente, plus le patrimoine de la commune se trouve enrichi grâce à l'acquisition sans frais de ces 450 m²", qu'"il est logique d'attribuer le plus de points à l'offre qui propose un prix de vente moyen hors TVA et par m² de plancher le plus élevé", et que, "plus le prix est élevé, plus la qualité du restant du bâti se trouvera améliorée"; qu'elle soutient ensuite que l'objectif "logement moyen" est apprécié au travers des conditions de régularité des offres et du premier critère d'attribution, étant le pourcentage de logements moyens nouveaux construits, que, "pour être régulière, l'offre ne pouvait contenir que des prix relatifs aux logements moyens qui satisfassent aux exigences posées dans le règlement communal des 26 juin et 27 novembre 2003", rendu applicable au présent marché public, à savoir un prix maximum de 143.750 euros pour un logement deux chambres et 150.000 euros pour un logement trois chambres, que "le critère «prix des logements moyens» est d'abord une condition de régularité des offres", que cet aspect a ensuite été apprécié au titre des critères d'attribution du marché public, que, pour le premier critère, les logements qui satisfont aux critères du logement moyen sont seuls pris en compte, qu'il s'agit

d'apprécier le nombre de logements moyens construits dans le total des bâtiments, que le raisonnement des requérantes est entaché d'un illogisme puisque, à les suivre, on aurait coté deux fois le critère "logement moyen" au travers des critères 1 et 3, outre le fait que ce critère constitue aussi une condition de régularité de l'offre, et qu'il aurait été illogique d'attribuer un maximum de points au prix le plus bas au critère n/3 dès lors qu'il vise indistinctement les logements moyens et les logements libres;

Considérant que les requérantes répliquent que la justification figurant dans le mémoire en réponse est une motivation a posteriori, que l'acte attaqué ne contient aucune motivation quant à l'appréciation par la partie adverse du troisième critère d'attribution ni quant aux raisons qui l'ont conduite à retenir l'offre présentant le prix le plus élevé; qu'elles soutiennent que le raisonnement tenu par la partie adverse dans le mémoire en réponse ne repose sur aucune justification objective, qu'il n'existe aucune corrélation entre la valeur de l'équipement collectif de 450 m² à construire sur le lot A et le prix de vente moyen des appartements à construire sur ce même lot, que le fait que le prix de vente moyen des appartements soit plus élevé n'est pas de nature à avoir une influence ou une incidence sur le prix de construction, la valeur intrinsèque ou le degré de finition de l'équipement d'intérêt collectif à construire pour la commune, et que, dans l'offre, elles ont traité de manière indépendante la valorisation de l'équipement collectif et la valorisation des appartements à construire sur le lot A, de sorte que cette motivation, outre qu'elle est tardive, n'est pas pertinente; qu'elles relèvent que, dans l'appréciation du troisième critère, la partie adverse n'a pas analysé le prix de vente moyen proposé pour les logements moyens et pour les logements libres de manière indifférenciée ou globale, que dans chacun des tableaux comparatifs n/ 1, n/4 et n/5, la partie adverse a distingué le prix de vente moyen des appartements moyens et celui des appartements libres, qu'on y retrouve en effet les ventilations entre logements moyens et logements libres, de sorte que le critère n/3 ne s'appliquait donc pas indistinctement à l'ensemble des logements libres et moyens;

Considérant que dans son dernier mémoire, la partie adverse ajoute que le marché public en cause aurait pour objet "l'accroissement du patrimoine communal par une opération immobilière et la valorisation de la zone d'équipement collectif", que le marché "poursuit différents objectifs, qui peuvent paraître paradoxaux mais qui, en réalité, ne le sont pas si on garde à l'esprit l'objet premier du marché", qu' "il est tout à fait logique qu'à côté de l'acquisition des logements par des personnes à revenus moyens, la commune veuille également attirer des personnes à revenu élevé", qu'elle "a tout intérêt à assurer la mixité sociale sur son territoire et à attirer les personnes ayant un potentiel à l'impôt des personnes physiques important afin d'augmenter ses recettes"

et que "la meilleure offre pour la commune est celle proposant le meilleur équilibre entre logements moyens (appréciés en fonction du premier critère) et logements chers (appréciés en fonction du troisième critère)";

Considérant que la seconde branche remet en cause le troisième critère d'attribution ainsi que la notation des offres par la partie adverse au regard de ce critère;

Considérant que tant les directives européennes que la législation belge relatives aux marchés publics laissent aux pouvoirs adjudicateurs la liberté de choix des critères d'attribution dans la procédure d'appel d'offres; que toutefois, cette liberté de choix n'est pas illimitée; que, tout d'abord, les critères retenus doivent viser à identifier l'offre "économiquement la plus avantageuse" soit, sur la base de la loi du 24 décembre 1993 précitée, l'offre "la plus intéressante" et doivent donc être liés à l'objet du marché; qu'ensuite, un critère d'attribution ne peut avoir pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché, ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis; qu'enfin, les critères choisis doivent respecter le principe de non-discrimination, ce qui implique qu'ils soient objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres;

Considérant qu'en l'espèce, le cahier spécial des charges retient, comme troisième critère, le "prix de vente moyen hors TVA et par m² de plancher des appartements, hors terrain" sans plus d'explications; que, dans la décision attaquée, la partie adverse lui attribue 19 points sur un total de 100 points et indique que "les points sont fonction de l'écart existant par rapport à la moyenne des chiffres énoncés pour chaque critère dans les 2 offres tels qu'ils figurent sous le vocable «A. Critères d'attribution» du tableau 1"; que le tableau comparatif n/ 1 annexé à la décision attaquée fait apparaître les prix moyens suivants :

3. Prix moyen/m ² plancher appart. hors terrain		IMMO MAX/DEWAELE	LAREBEL
a) Lot A	Moy.	922,39 €	1468,70 €
	Lib.	985,84 €	1920,00 €
b) Lot B	Moy.	927,52 €	1362,87 €
	Lib.	985,75 €	2.050,00 €

que le tableau récapitulatif n/ 5 contient les notes suivantes :

3. Prix moyen/m ² plancher appart. hors terrain		IMMO MAX/DEWAELE		LAREBEL	
Lot A	Moy.	11,93	) 10,84	19	) 19
	Lib.	9,75	)	19	)
Lot B	Moy.	12,92	) 11,03	19	) 19
	Lib.	9,14	)	19	)
Lots A + B	Moy.	12,43	) 10,94	19	) 19
	Lib.	9,45	)	19	)

Considérant, d'une part, que le cahier spécial des charges ne contient aucune précision quant à ce qu'il convient d'entendre par "prix de vente moyen hors TVA et par m² de plancher des appartements, hors terrain"; qu'ainsi, la lecture des documents du marché ne permet pas de comprendre s'il s'agit, pour les soumissionnaires, de proposer un prix de vente bas ou élevé; qu'à défaut de préciser les attentes de la partie adverse quant à la manière la plus optimale pour les soumissionnaires de rencontrer ce critère d'attribution, les documents du marché confèrent à la partie adverse une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché et contreviennent au principe d'égalité entre les soumissionnaires ainsi qu'aux articles 16 de la loi du 24 décembre 1993 et 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, les soumissionnaires ne pouvant déposer une offre en parfaite connaissance de cause;

Considérant, d'autre part, que la décision attaquée ne contient aucune explication ni justification de la notation de ce critère; qu'il ressort seulement des tableaux 1, 4 et 5 annexés à cette décision que la partie adverse a attribué la note maximale de 19 points à l'offre qui présentait les prix moyens les plus élevés et a dévalorisé à due concurrence l'offre qui présentait les prix les plus bas; que cette appréciation non autrement justifiée du 3^{ème} critère est difficilement compréhensible au regard des documents du marché et procède d'une erreur manifeste; qu'en effet, le marché public litigieux doit répondre, selon les clauses techniques, à un des objectifs suivants :

" 3. Un prix de construction abordable permettant qu'au moins 30 % des logements construits soient susceptibles d'être acquis par des personnes répondant aux conditions (logements moyens) édictées par le Conseil communal du 26 juin 2003 relative aux conditions d'accès et primes et ses modifications éventuelles. Cette décision et modifications éventuelles font partie intégrante du marché. Il ne sera prévu que des logements moyens de 2 et 3 chambres. Le prix de construction des autres logements sera énoncé dans l'offre (cfr article 7b). Il servira à l'établissement du cautionnement."

que cette clause du cahier spécial des charges, qui est la seule à pouvoir être mise en relation avec le 3^{ème} critère d'attribution, se réfère, d'une part, à un prix "abordable", spécialement pour les logements moyens, et, d'autre part, à des prix maxima de vente fixés par le règlement communal du 26 juin 2003; qu'il est dès lors paradoxal au regard de cette clause d'attribuer la note la plus élevée à l'offre qui présente les prix les moins abordables pour les acquéreurs de logement moyen et qui se rapproche le plus des prix maxima; que l'on n'aperçoit pas non plus les raisons pour lesquelles la partie adverse entend privilégier les prix de vente les plus élevés dès lors que le bénéficiaire en est le soumissionnaire et non la partie adverse, les prix ayant trait aux appartements hors terrain; que les explications avancées par la partie adverse dans ses écrits de procédure, outre le fait qu'elles sont tardives, ne trouvent aucun appui dans le dossier administratif et dans la décision attaquée et manquent de pertinence; que la seconde branche est fondée;

Considérant que dans son dernier mémoire, la partie adverse objecte que les requérantes ne démontrent pas que les éléments reprochés dans le moyen remettraient en cause la classification des offres de sorte que le moyen ne peut être retenu;

Considérant qu'il suffit de constater que l'écart entre les deux offres est de 6,84 points en cas d'attribution conjointe des lots A et B et que les deux branches remettent en cause l'appréciation et, dès lors, la notation par la partie adverse des critères 1 et 3 qui valent respectivement 30 et 19 points; que le moyen est susceptible de remettre en cause le classement des offres; que l'exception ne peut être retenue,

D E C I D E :

Article. 1^{er}.

Est annulée la décision du 25 mai 2004 du collège des bourgmestre et échevins de la commune de Woluwé-Saint-Lambert d'attribuer le marché de valorisation de terrains communaux (lot A + lot B) à la société anonyme LAREBEL.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 525 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

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

M^{me} WILLOT-THOMAS,
MM. LEWALLE,
NIHOUL,
M^{me} SCHMITZ,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

V. SCHMITZ.

M.-L. WILLOT-THOMAS.