

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 194.417 du 19 juin 2009

G./A.191.345/VI-18.104

En cause : **la société anonyme HORIZON PLEIADES,**

ayant élu domicile chez
Me Thierry FRANKIN, avocat,
avenue Brugmann, n° 451,
1180 Bruxelles,

contre :

**l'Association Intercommunale pour
le Développement durable de la province
de Luxembourg**, en abrégé IDELUX,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Christophe DUBOIS, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

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

Vu la requête unique introduite le 6 février 2009 par la société anonyme HORIZON PLEIADES qui demande l'annulation et la suspension de l'exécution de :

- " - la décision prise par IDELUX d'écarter la requérante d'une procédure «d'appel à candidature de partenariat pour l'éco-quartier rural de Bellefontaine à Tintigny», décision prise à une date inconnue et notifiée par un courrier daté du 12 décembre 2008, dont la requérante a pris connaissance le 15 décembre 2008;
- la décision corrélatrice implicite prise par IDELUX de sélectionner une/plusieurs autres entreprises concurrentes dans la cadre de la procédure «d'appel à candidature de partenariat pour l'éco-quartier rural de Bellefontaine à Tintigny»";

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu le rapport de M^{me} WILLEMART, Auditeur adjoint au Conseil d'Etat, rédigé sur la base de l'article 12 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 8 mai 2009 fixant l'affaire à l'audience du 8 juin 2009 à 14.00 heures;

Vu la notification du rapport et de l'ordonnance de fixation aux parties;

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

Entendu, en leurs observations, Me Ann Lawrence DURVIAUX, loco Me Thierry FRANKIN, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M^{me} WILLEMART, Auditeur adjoint;

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 cause sont les suivants :

1. Lors de sa séance du 27 septembre 2007, le conseil communal de la commune de Tintigny "décide de solliciter une offre de service de l'intercommunale IDELUX en vue d'élaborer un projet de partenariat public privé à soumettre au marché, visant à élaborer une mixité de logements acquisitifs ou locatifs au lieu-dit «les gens morts» à Bellefontaine".

2. Par un courrier du 12 février 2008, IDELUX offre, sous réserve d'approbation par son conseil d'administration, d'acquérir le terrain communal pour un prix de 700.000 €. Les modalités de l'opération y sont décrites comme suit :

" Le protocole de vente comprendrait une option d'achat d'un an, renouvelable six mois. Cette période serait mise à profit pour réaliser les études de sols et levés de terrains complémentaires, rédiger le cahier des charges de l'appel à partenaires et, surtout, identifier, négocier et contractualiser avec le partenaire privé.

A l'issue de la procédure d'appel à partenaires, le projet retenu par IDELUX serait présenté à la Commune. Dans l'hypothèse d'un accueil favorable, un calendrier d'obtention des documents d'urbanisme nécessaires à la concrétisation du projet serait défini et arrêté avec elle, le soutien actif de la Commune étant bien entendu sollicité.

D'ores et déjà, il est convenu que le cahier des charges de l'appel à partenariat comprendrait la construction, aux frais du partenaire, d'un équipement public collectif, pour une enveloppe financière d'un montant de 400.000 € HTVA. Cet équipement serait in fine rétrocédé gratuitement à la Commune, ainsi que l'ensemble des espaces publics réalisés.

L'option d'achat serait gratuite pendant six mois à compter du 1^{er} avril 2008.

A l'issue de ces six mois, IDELUX aurait la possibilité soit de renoncer à l'opération, soit de la poursuivre en versant courant octobre 2008 un acompte de 5 % du prix d'achat, à savoir 35.000 €. Cette somme serait acquise à la Commune, quelque soit la suite du projet.

Elle serait déduite de la somme versée pour l'acquisition du terrain, si IDELUX, à l'issue de la période d'étude, décidait de lever définitivement l'option.

Dans tous les cas de figure, durant l'option d'achat, l'Intercommunale aurait la faculté d'acquérir les 16 hectares en question, le prix étant totalement payé à la signature de l'acte authentique de vente.
[...]."

3. Le 22 février 2008, le conseil d'administration de la partie adverse marque son accord sur l'acquisition et sur ses modalités opérationnelles, décrites comme suit :

" Pour rappel, le Contrat de gestion 2008-2010 prévoit la mise en place d'une nouvelle ligne de service «logements», la réalisation d'un lotissement «développement durable» à Tintigny étant un premier projet identifié.

Dans ce cadre, la commune de Tintigny nous a sollicités pour la création d'un lotissement sur un terrain communal d'une surface d'environ 16 hectares situé à Bellefontaine, les objectifs déterminés avec la commune étant les suivants :

- démarche écologique : diminution de l'impact des nouveaux bâtiments sur le milieu naturel par construction selon les référentiels basse énergie et/ou passif, utilisation des énergies renouvelables pour le complément d'apport de chaleur et d'électricité, gestion rationnelle de l'eau et des déchets;
- démarche économique : construction de logements accessibles à tous, favorisant la mixité sociale, optimisation du coût global des bâtiments;
- démarche sociologique : intégration de ce nouveau quartier dans le tissu du village de Bellefontaine (par exemple habitat pour personnes âgées, aménagements d'espaces publics, construction d'un équipement collectif, circulation douce, ...)

Pour jouer pleinement le rôle d'interface entre un promoteur privé et la Commune, IDELUX se propose d'acquérir le terrain et de mettre sur pied un appel à partenariat public-privé.

Une proposition d'acquisition a été négociée sur les bases déterminées ci-après.

Le prix proposé est de 700 000 € pour l'ensemble des quelques 16 hectares et tient compte notamment de la nécessité d'équiper la zone.

Le protocole de vente comprendrait une option d'achat d'un an, renouvelable six mois, période mise à profit pour effectuer les levés et études de sols et sélectionner

un partenaire privé. L'option d'achat serait gratuite pendant six mois à compter du 1^{er} avril 2008. A l'issue de ces six mois, IDELUX aurait la possibilité soit de renoncer à l'opération, soit de la poursuivre en versant courant octobre 2008 un acompte de 5 % du prix d'achat, à savoir 35 000 €. Cette somme serait acquise à la Commune, quelque soit la suite du projet.

Cet acompte serait déduit de la somme versée pour l'acquisition du terrain, si IDELUX, à l'issue de la période d'étude, décidait de lever définitivement l'option. Dans tous les cas de figure, durant l'option d'achat, l'Intercommunale aurait la faculté d'acquérir les 16 hectares en question, le prix étant totalement payé à la signature de l'acte authentique de vente.

Par ailleurs, il est convenu avec la Commune que le cahier des charges de l'appel à partenariat comprendrait la construction, au frais du partenaire, d'un équipement public collectif pour une enveloppe financière d'un montant de 400 000 € HTVA. Cet équipement serait rétrocédé gratuitement à la Commune, ainsi que l'ensemble des espaces publics réalisés.

Ce projet fait partie de la liste des projets à présenter au prochain Mipim.

[...]"

4. Le 27 février 2008, le conseil communal de Tintigny décide :

- " - De prendre, compte tenu des engagements de l'Intercommunale tels que décrits et tels qu'ils ressortent des échanges de courriers préparatoires à la présente, la décision de principe de vendre à l'intercommunale IDELUX les terrains communaux [...], pour un montant de 700.000 € suivant les modalités prévues dans le courrier du 12 février 2008, [...].
- Le prix définitif tel que proposé devra correspondre au minimum à l'estimation de la parcelle qui sera établie par le Comité d'acquisition d'immeubles à Neufchâteau.
- Compte tenu du fait que la proposition repose sur une estimation des coûts, un bilan de l'opération immobilière globale sera présenté à notre Conseil en fin de réalisation afin de déterminer a posteriori l'équilibre global de l'opération et d'en tirer toutes conclusions utiles à l'ouverture d'une deuxième collaboration de cette nature."

Cette décision repose, entre autres, sur la considération suivante :

- " Attendu que l'Intercommunale s'engage à faire réaliser l'ensemble des équipements collectifs de toutes natures et à faire construire un équipement public collectif complémentaire à déterminer (hall relais, salle, plaine de jeux, ...), d'une valeur de 400.000 euros à céder gratuitement à la commune, ce qui porte l'offre globale à un minimum de 1.100.000 euros".

5. Le 26 mars 2008, la partie adverse fait paraître, dans le Journal officiel des Communautés européennes et le Bulletin des adjudications, un avis de marché intitulé "services immobiliers", en précisant que "le présent avis n'est pas lié à une procédure de marchés publics mais constitue un appel à partenariat (cfr : livre vert sur le partenariat public-privé de la commission des Communautés Européennes)".

L'opération y est décrite comme suit :

- " IDELUX recherche un partenaire pour l'étude, le financement, la réalisation et la commercialisation du premier éco-quartier rural de la Province de Luxembourg. IDELUX s'est porté acquéreur d'un terrain non équipé de 16 hectares sur le village de Bellefontaine, commune de Tintigny, situé à 15 minutes-voiture de l'E25 (Bruxelles-Luxembourg), dans un cadre vert préservé à proximité de tout type de services et commerces. IDELUX projette d'y construire un écoquartier résidentiel d'un minimum de 120 unités, présentant une mixité de population et de fonctions. Ce quartier visera les objectifs de construction et de développement durable suivants : [...]
- IDELUX souhaite pour ce faire s'associer à un partenaire en vue de constituer une société de promotion. Cette société aura pour objet la construction et la vente des logements, l'aménagement des voiries et réseaux, ainsi que la construction d'un équipement public d'une valeur de 400 000 Euro. IDELUX n'entend pas se limiter à une opération immobilière, mais souhaite développer un projet répondant aux attentes de la population et présentant une grande qualité environnementale et architecturale.
- La procédure de choix du partenaire se déroulera en trois étapes : une phase de sélection des candidats, une phase de recrutement sur base d'une offre d'aménagement et de partenariat, une phase de négociation et de contractualisation. La phase de sélection aboutira à retenir 3 candidats qui seront invités à remettre offre. Les modalités de sélection, ainsi que les lignes directrices du programme envisagé sont décrites dans le cahier des charges et ses annexes. [...]"

Ledit avis énumère ensuite les conditions de participation à l'opération (causes d'exclusion, capacité économique et financière et capacité technique), indique le type de procédure ("Négociée"), renvoie au cahier spécial des charges pour les critères d'attribution et, sous le sous-titre "Autres informations", mentionne ce qui suit :

- " Les candidatures seront examinées, en première phase, au regard des critères de sélection suivants :
- esquisse de l'aménagement proposé : plan global d'urbanisation, typologie de logement, esquisse architecturale, prix de vente des logements,
 - description des équipements publics et réseaux, proposition d'équipement collectif,
 - mixité du programme proposé, en complémentarité des services existants,
 - objectifs de management durable des opérations d'aménagement et conformité aux performances environnementales,
 - suggestions éventuelles concernant les conditions du présent appel à candidatures de partenariat."

6. Le 31 mars 2008, la commune de Tintigny et la partie adverse concluent une "convention d'option d'achat et promesse unilatérale de vente" du terrain.

Cette option, irrévocable et exclusive, est "consentie par la Commune à l'Intercommunale agissant pour son compte propre et/ou pour le compte d'une société de promotion à constituer avec un partenaire privé, lequel sera choisi au terme d'une procédure d'appel à candidatures de partenariat initiée par l'Intercommunale".

La convention impose deux engagements particuliers à "l'acquéreur" en cas de levée de l'option. Outre "l'opération d'aménagement et d'urbanisation en vue de la création d'un éco-quartier" selon les objectifs de développement durable décrits, il est convenu que :

" l'acquéreur devra prendre en charge la conception et la construction d'un équipement collectif public d'une valeur de quatre cent mille euros (400.000 €), dont l'affectation sera définie en concertation avec la Commune. Cet équipement ainsi que l'ensemble des infrastructures publiques, seront rétrocédés gracieusement à la Commune en fin de programme".

7. Le "cahier des charges de l'appel à candidatures pour un partenariat" comporte, notamment, les passages suivants, utiles pour l'examen du recours :

" < 3. OBJECTIFS ET PISTES D'AFECTATION
[...]

3.2. [...] La documentation existante et les contacts qu'IDELUX a pu nouer avec des prospects et la Commune de Tintigny permettent d'ores et déjà d'envisager différentes activités et fonctions.

Il s'agit, à titre indicatif et donc sans que cette liste ne soit exhaustive ou limitative, des éléments de programme suivants :

- des logements de première résidence, en maisons unifamiliales mitoyennes, individuelles et en petits immeubles collectifs;
- des placettes de convivialité et espaces de vie;
- un équipement collectif accessible à l'ensemble de la population du village : du type plaine de jeux, terrain sportif, salle d'activités ... Il est convenu avec la commune d'affecter, à titre de charge d'urbanisme, une enveloppe de 400.000 € à cet équipement qui pourrait prendre la forme d'un bâtiment;
- un commerce ou une activité libérale, complémentaire et non concurrentielle des activités existantes sur le village de Bellefontaine;
- un espace public naturel aménagé autour de la vallée de la Chevratte et du bassin de rétention. [...].

< 4. PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE

A l'issue du choix du (des) candidat(s), IDELUX envisage, dans le cadre d'un partenariat public-privé, de créer une société de promotion spécifiquement dévolue à la réalisation de ce nouveau quartier.

A cet effet, IDELUX pourrait apporter, dans la constitution du capital, le terrain pour lequel l'Intercommunale a signé une option d'achat, la valeur financière des pré-études menées, son savoir-faire et son expertise en matière de montage de dossiers. L'ensemble des frais avancés par IDELUX, en vue de la concrétisation du partenariat, sera, soit valorisé dans le capital de la société, soit remboursé à l'Intercommunale.

L'équipe pluridisciplinaire constituée autour du partenaire privé apporterait son expertise technique et commerciale dans la définition des coûts d'aménagement de la zone, de construction des bâtiments et équipements publics.

La société constituée mènerait les études complémentaires préalables, introduirait toute demande d'autorisation nécessaire (permis par ex) à la réalisation du projet, aménagerait le terrain concerné en réseaux et voiries, créerait le bassin de rétention précité, construirait les logements et l'équipement public, vendrait les nouvelles constructions terrain compris.

L'ensemble des voiries et équipements publics devrait faire l'objet d'une rétrocession dans le domaine public de la Commune.

IDELUX (via, le cas échéant, une de ses filiales dévolues aux prises de participation) pourrait être actionnaire minoritaire (maximum 49 %) de la société de promotion, et détenir au minimum une minorité de blocage. Au sein de cette nouvelle société, l'Intercommunale pourrait assurer, au minimum, les missions suivantes :

- gestion financière et administrative de la société;
- intervention auprès des administrations publiques dans le cadre du montage du projet ou de son financement.

[...]

< 7. DISPOSITIONS LEGALES

Le présent appel à candidatures ne tombe pas sous le coup de l'application de la loi du 24/12/93 relative aux marchés publics.

[...].

< 8. PROCEDURE

La procédure se déroulera en quatre étapes :

- une phase de sélection de maximum 3 candidats pouvant remettre une offre;
- une phase de choix d'un candidat partenaire;
- une phase de négociation d'un protocole d'accord avec le candidat choisi;
- une phase d'exécution du protocole d'accord.

[...]

8.1. Phase de sélection de maximum 3 candidats

8.1.1. La phase de sélection consiste en un appel à candidatures de partenariat sur la base du présent cahier des charges.

[...]

Lorsque le candidat est une association sans personnalité juridique formée entre plusieurs personnes morales, l'offre est signée par chacune d'entre elles. Celles-ci s'engagent solidairement et désignent celle d'entre elles qui sera chargée de représenter l'association vis-à-vis d'IDELUX.

L'offre déposée par des mandataires indique clairement le ou les mandants au nom desquels ils agissent.

[...].

8.2. Choix du candidat partenaire

8.2.1. Sur base de l'analyse des candidatures au regard de critères définis au point 9, IDELUX sélectionnera un maximum de 3 candidats, qui seront contactés par courrier et invités à remettre une offre.

Les conditions particulières de déroulement de cette phase seront précisées dans ledit courrier.

8.2.2. Les offres devront parvenir au siège d'IDELUX à une date qui sera définie dans le courrier invitant les candidats retenus à remettre lesdites offres. Un délai de minimum 60 jours sera donné aux candidats entre l'envoi de la lettre et le dépôt des offres.

8.2.3. Sur la base des offres et au regard des critères définis au point 10, IDELUX choisira un candidat avec qui seront entamées préférentiellement des négociations, conformément au point 8.3. ci-après.

[...]

8.3. Phase de négociation

8.3.1. Dans le respect des principes inscrits dans le présent cahier des charges, IDELUX négociera avec le candidat sélectionné à l'issue de la phase de choix du partenaire, un protocole d'accord en vue de la constitution d'une société de promotion portant, notamment au niveau du projet sur :

- la mise en site des différentes composantes du programme, les engagements en matière d'objectifs durables et l'architecture des bâtiments,
- les conditions de mise à disposition des équipements publics à la Commune et des logements aux futurs acquéreurs,

- les engagements financiers du candidat ou de l'association retenu(e).

8.3.2. Le protocole d'accord aura pour objet également de confirmer ses (leurs) engagements en termes de constructions durables, d'implantation et d'architecture, de planning et de modalités financières liées à la mise à disposition des biens immobiliers (prix de vente/loyer, garantie financière de bonne fin, rentabilité du programme ...).

[...]

8.3.3. A l'issue de la phase de négociation, IDELUX et le candidat sélectionné concluront un protocole d'accord en vue de la constitution d'une société de promotion.

IDELUX conserve le droit jusqu'à ce stade de la procédure de renoncer à celle-ci sans que les candidats puissent revendiquer une quelconque indemnité.

8.4. Phase d'exécution du protocole d'accord

Après signature du protocole d'accord, le candidat sélectionné et IDELUX prépareront une convention d'actionnaires en vue de constituer la société de promotion, reprenant les conventions de mise à disposition des biens (acte de vente, convention, droit de superficie, ...) et les obligations du (ou des) candidat(s) retenu(s). Ce dernier fournira pour la signature de cette convention d'actionnaires, la preuve de constitution des garanties financières de bonne fin prévues au protocole d'accord.

< 9. CRITERES DE SELECTION DE MAXIMUM 3 CANDIDATS

[...]

9.2. Sélection qualitative des candidats

Pour participer à la procédure de sélection qualitative, le soumissionnaire doit fournir dans sa candidature :

- la composition de l'équipe pluridisciplinaire pressentie, ainsi que les conditions et modalités de son intervention. Il désignera un responsable de projet et précisera ses attributions. Il produira tout certificat ou document attestant de sa conformité aux normes de gestion environnementale (EMAS, SME ou équivalent);
- une note de maximum 4 pages A4, démontrant sa capacité financière, ainsi que les garanties financières de bonne fin qu'il apportera à IDELUX (nature des garanties, montants, ...) en vue de la constitution du partenariat. Il produira à cet effet les bilans et chiffres d'affaires des trois derniers exercices;
- une note de présentation de ses activités comprenant, en maximum 10 pages A4, 3 réalisations récentes en rapport avec le présent projet.

L'intercommunale se réserve le droit d'interroger le candidat complémentairement à ce qu'il aura fourni comme preuve de sa capacité de mener à bien un tel projet.

9.3. Critères de sélection des candidatures

[...] A ce stade, le candidat joindra ainsi au minimum à sa candidature :

- a. l'esquisse de l'aménagement projeté : [...]
- b. la description des équipements publics : la définition et la description du programme VRD du terrain, des espaces verts publics et de convivialité projetés, la définition et la description de l'équipement public proposé. Ces équipements publics constituent des charges d'urbanisme que la société de promotion à constituer devra assumer. A ce niveau, les offres devront intégrer au minimum la réalisation d'un équipement collectif (à définir) représentant un investissement de 400.000 euros.
- c. la mixité du programme proposé : [...]
- d. les objectifs de management durable et les opérations d'aménagement [...]

Par ailleurs, le candidat :

- e. fera part de ses suggestions éventuelles concernant les conditions du présent appel à candidatures de partenariat et précisera notamment au regard des points a à d ci-dessus, les modalités de constitution du partenariat public-privé étant entendu que le montage devra privilégier la constitution d'une société de promotion mixte. Le candidat précisera également comment il envisage de

valoriser financièrement le terrain apporté par IDELUX, ainsi que les frais préalables engagés par l'Intercommunale (valorisation ou remboursement). Il présentera également sous forme de tableau, une première approche de rentabilité de l'opération.

< 10 CRITERES D'ANALYSE DES OFFRES POUR LE CHOIX DU CANDIDAT PARTENAIRE

10.1. Le choix du candidat partenaire (cf. point 8.2. supra) reposera sur une évaluation des offres reçues, en regard des critères généraux définis ci-après. Ceux-ci seront précisés dans le courrier envoyé aux candidats sélectionnés lors de la première phase de la procédure (cf. point 8.1.)

10.2. Le candidat pourra déposer une offre en son nom personnel ou en association.

A titre indicatif, les critères d'analyse de(s) (l')offre(s) porteraient sur :

- a. l'architecture proposée pour le projet (stade avant-projet) : [...]
- b. la description des équipements publics : [...]
- c. la mixité du programme proposé : [...]
- d. une note technique détaillée explicitant la conformité du programme avec la démarche de développement durable [...]
- e. une analyse financière de rentabilité du programme proposé, en définissant au minimum [...]
- f. un engagement sur la nature du partenariat public-privé et les frais qui seront pris en charge , soit au minimum : [...]

10.3. A l'issue de la procédure, IDELUX en accord avec la Commune, choisira le candidat ou l'association de candidats qui aura remis l'offre la plus intéressante [...]."

Le cahier des charges précise aussi les documents à annexer à l'offre de candidature dont "une note de présentation de l'équipe pluridisciplinaire pressentie et les pièces demandées au point 9.2."

8. HORIZON Groupe Immobilier se porte acquéreur du cahier des charges de l'appel à partenariat.

Par un courrier du 8 avril 2008, la partie adverse lui adresse une annexe manquant au document transmis et le convie à une réunion d'information le 17 avril.

9. Par un courrier du 24 avril 2008, la partie adverse informe HORIZON Groupe Immobilier du report de la date de réception des offres de candidatures au 13 juin 2008.

10. Le 13 juin 2008, trois offres de candidatures sont déposées, respectivement par :

- Thomas & Piron (Paliseul) associé au bureau FHW Architectes, à l'AWP+E et à Ecorce;
- Horizon Groupe (Liège) associé à Espace concept et au bureau Coretec;
- TPalm S.A. (Polleur) associé aux bureaux ARJM, A.3, CERAA et HNSS.

11. Par un courrier du 4 août 2008, le comité d'acquisition d'immeubles de Neufchâteau informe la commune de Tintigny que la valeur vénale du terrain peut être estimée à 645.000 €.

12. Par un courrier du 13 août 2008, la partie adverse transmet au Groupe HORIZON - Espace concept - Coretec ses "premiers commentaires sur les forces, faiblesses, lacunes et pistes d'amélioration" de leur offre et les invite à venir présenter leur projet au regard de ces commentaires et aux fins d'apprécier "le potentiel d'adaptation et la complétude" de leur offre, et ce "dans l'optique d'une sélection pour le second tour".

13. Le 13 août 2008, le conseil communal de Tintigny décide de "ratifier la convention d'option d'achat proposée par IDELUX" et de "prendre la décision définitive de vendre à l'Intercommunale IDELUX les terrains". La décision rappelle les modalités de l'opération.

Suite à cette décision, la convention d'option d'achat a été signée par IDELUX et par la commune de Tintigny.

14. Les rencontres organisées avec chaque candidat ont eu lieu, respectivement, le 25 août, le 1^{er} septembre et le 4 septembre 2008.

15. Un rapport d'analyse clôt la première phase de sélection.

Après avoir examiné la situation personnelle, la capacité financière et la capacité technique des trois candidats au regard des critères de sélection qualitative énoncés au point 9.2. du cahier des charges, les auteurs du rapport concluent que les trois candidats répondent aux exigences minimales de sélection qualitative.

Ils procèdent ensuite à l'analyse des candidatures au regard des critères énoncés au point 9.3 du cahier des charges.

Il s'agit, tout d'abord, d'apprécier les projets sur la base des critères de développement durable repris en annexe 8 du cahier des charges et "pondérés sur une valeur de 300 points". A l'issue de cette appréciation, les offres obtiennent respectivement :

- Thomas & Piron - FHW - AWP+E - Ecorce : 254/300;
- TPalm - ARJM - A.3 - CERAA - HNSS : 213/300;
- Groupe Horizon - Espace concept - Coretec : 188/300.

Il s'agit, ensuite, d'évaluer les modalités de constitution du partenariat et de l'approche de rentabilité de l'opération sur 100 points. A l'issue de cette appréciation, les offres obtiennent respectivement :

- Thomas & Piron - FHW - AWP+E - Ecorce : 70/100;
- TPalm - ARJM - A.3 - CERAA - HNSS : 5/100;
- Groupe Horizon - Espace concept - Coretec : 92/100.

Au final, le classement des offres s'établit comme suit :

- Thomas & Piron - FHW - AWP+E - Ecorce : 324/400;
- Groupe Horizon - Espace concept - Coretec : 280/400;
- TPalm - ARJM - A.3 - CERAA - HNSS : 218/400.

16. Le 7 novembre 2008, le conseil d'administration d'IDELUX adopte la décision suivante :

" [...]

SELECTION QUALITATIVE

Vu le rapport d'analyse des candidatures concernant la sélection qualitative dont il résulte que tous les candidats sont sélectionnés;

REGULARITE DES OFFRES

Vu le rapport d'analyse des candidatures concernant la régularité des offres dont il résulte que tous les candidats sont sélectionnés;

SELECTION D'UN CANDIDAT PARTENAIRE

Conformément à l'article 9 du cahier des charges de l'appel à candidatures de partenariat, deux grands ensembles de critères ont été analysés dans le cadre de ce premier tour de sélection d'un candidat partenaire :

- un premier ensemble de critères (représentant 300 points) porte sur les aspects développements durables au sens large du terme (de l'énergie à l'urbanisme en passant par les aspects sociaux);
- le second ensemble (100 points) porte sur les informations et les propositions émises concernant la constitution du partenariat et les aspects financiers, éléments qui devront constituer la base des négociations lors de la phase suivante.

Le rapport d'analyse des offres attribue les points suivants aux trois candidats :

CLASSEMENT FINAL DES OFFRES	Groupe Horizon - Espace concept - Coretec	Thomas & Piron - FHW - AWP + E - Ecorce	TPalm - ARJM - A.3 - CERAA - HNSS
Total des points obtenus	280/400	324/400	218/400

L'offre de TPalm - ARJM - A.3 - CERAA - HNSS apporte une réponse originale et porteuse en termes urbanistiques. Les aspects de performance énergétique sont cependant plus faibles que ceux proposés dans le cadre de l'offre de Thomas & Piron. Le point faible de l'offre TPalm réside principalement dans l'étude financière et la proposition de partenariat, pour ainsi dire absentes de l'offre.

L'offre du Groupe Horizon - Espace concept - Coretec propose un montage financier et de partenariat concrets. Cependant, la non flexibilité du plan d'urbanisation et son manque d'intégration au bâti existant vont à l'encontre des attentes de l'Intercommunale dans le cadre du développement de ce projet et empêchent Idelux d'aller plus en avant avec le candidat. Le candidat propose par ailleurs de garder la maîtrise et le développement de son concept standard dans un esprit qui semble éloigné de la volonté de cogestion du projet. Le Groupe Horizon propose en effet de réserver à Idelux une minorité de blocage ainsi que la gestion des missions administratives tout en conservant à son niveau le «Project Management». A titre accessoire, le concept d'Horizon est par ailleurs en cours de développement dans la région de Liège et ne constitue donc pas un concept original tel que souhaité.

Au regard de l'analyse développée dans le rapport d'analyse des offres préparé par les services et de ses conclusions, il ressort que l'offre de l'association Thomas & Piron - FHW - AWP+E - Ecorce est celle dont le plan d'aménagement répond le mieux aux objectifs du projet. Cette offre est par ailleurs la plus complète et la plus précise au niveau du concept, des garanties apportées quant aux performances énergétiques (notes de calcul fournies, compositions de parois des bâtiments, ...). Avec 324 points sur 400, elle est celle qui répond le mieux à l'ensemble des critères établis dans le cahier des charges. Par ailleurs, cette offre se veut ouverte en matière de partenariat avec Idelux en proposant à cette dernière d'assurer la cogestion du projet sur base d'une présence dans l'actionnariat à raison de 49 %.

Le cahier des charges prévoit, en son article 8.2.1. de retenir au maximum 3 candidats pour le second tour de sélection. Au vu du caractère très abouti de l'offre du candidat Thomas & Piron classé premier à l'issue de ce premier tour, du potentiel qu'elle recèle et de la volonté de ne pas demander aux autres candidats de revoir fondamentalement leur offre (au niveau du montage financier et des garanties du respect des normes HQE pour l'un et du plan de masse pour l'autre) il est proposé qu'Idelux :

- mette fin au premier tour et avertisse les 2 candidats écartés (l'association TPalm - ARJM - A.3 - CERAA - HNSS et l'association Groupe Horizon - Espace concept - Coretec) de leur non-sélection pour le second tour;
- poursuive l'étude du projet de façon privilégiée avec Thomas & Piron en demandant au candidat, comme prévu au point 8.2. du cahier des charges, de préciser l'architecture pour chaque type de bâtiment, de détailler le programme des espaces publics et d'en confirmer le coût en vue d'affiner le montage financier. Les points à étudier dans le cadre du second tour sont plus largement détaillés au point 10 du cahier des charges et seront confirmés par courrier au candidat retenu.

DISCUSSION

.../...

DECISION

Pour les motifs exposés ci-avant, le Conseil d'administration décide :

- de sélectionner, pour participer au second tour prévu à l'article 8.2. du cahier des charges, l'association Thomas & Piron - FHW - AWP + E - Ecorce;
- d'avertir les deux autres candidats (l'association TPalm - ARJM - A.3 - CERAA - HNSS et l'association Groupe Horizon - Espace Concept - Coretec) de leur non sélection".

Il s'agit des actes attaqués.

17. Par un courrier du 12 décembre 2008, la partie adverse informe le Groupe HORIZON PLEIADES que son conseil d'administration "a décidé de ne pas retenir préférentiellement [son] offre au terme de la phase de sélection telle que définie à l'article 8.1. du cahier des charges de l'appel à candidature de partenariat".

Ce courrier indique également qu'un recours en annulation et en suspension est ouvert au Conseil d'Etat;

II. QUANT A LA RECEVABILITE

Considérant, quant à la recevabilité du recours, que la partie adverse observe que la requête a été introduite par "Horizon Pléiade(s) S.A.", tandis que la candidature de partenariat l'a été au nom du Groupement dénommé "Groupe Horizon - Espace Concept - Coretec" de sorte que la requête, n'ayant pas été introduite par tous les membres du groupement mais uniquement par un seul de ceux-ci, doit être déclarée irrecevable; que la partie adverse développe son exception en exposant que la candidature de partenariat a été introduite par un groupement comportant une triple composante, à savoir (1) le "Groupe Horizon", qui serait constitué par la société HORIZON PLEIADES S.A. et ses trois filiales, (2) l'association momentanée "Espace Concept", constituée d'une association momentanée entre deux personnes physiques architectes, de la S.P.R.L. Bureau wallon d'Aménagements Fonciers et de la S.P.R.L. De Ceuster et Associés, et (3) le bureau Coretec de sorte que la demande de suspension aurait dû être introduite par les organes compétents de chacune des huit sociétés précitées, que toutefois, la requête a été introduite par la seule S.A. HORIZON PLEIADES, qui ne prétend pas agir au nom de l'ensemble des membres du groupement ni même au nom de ses propres filiales, qu'aucun mandat spécifique n'a été joint au dossier;

Considérant que la requête unique a été introduite par la S.A. HORIZON PLEIADES et que la décision d'agir a été prise par les deux administrateurs délégués de la société conformément à ses statuts;

Considérant que le formulaire de candidature, annexé au cahier spécial des charges, n'a pas été complété et déposé par la requérante dans le cadre de l'appel à candidatures; que la candidature déposée comporte, en revanche, un document liminaire rédigé comme suit :

" APPEL A CANDIDATURE POUR UN PARTENARIAT
Commune de TINTIGNY - Ecoquartier rural de Bellefontaine
«DOMAINE DE BELLEFONTAINE»
Candidat : Horizon Group
Représenté par Mr. L. Minguet et Mr S. Lejeune
Rue Nathalys, n/ 2
4020 LIEGE

«Dressé par le soussigné pour être joint à ma candidature de ce jour»
Le 13 juin 2008 Signature

[Les deux signatures correspondent à celles des deux administrateurs-délégués de la S.A. HORIZON PLEIADES, Messieurs Lejeune et Minguet]";

que l'équipe pluridisciplinaire y est présentée comme étant composée de la S.A. HORIZON PLEIADES et ses filiales (à savoir Horizon l'Immobilière, Minguet et Lejeune, All Thermic Solutions), de la société momentanée Espace Concept réunissant l'Atelier Pourignaux - Baijot (association momentanée de deux architectes personnes physiques), la S.P.R.L. Bureau Wallon d'Aménagements Fonciers (société agréée pour l'élaboration, la modification et la révision de plans communaux d'aménagement et de lotissements de plus de 2 ha) et la S.P.R.L. De Ceuster et associés (géomètres experts et auteurs de projets), ainsi que de la S.A. Coretec (bureau d'engineering spécialisé en énergie verte); qu'en ce qui concerne la capacité technique et financière, l'offre (p.9) fait valoir l'expérience du "Groupe Horizon" et décrit l'actionnariat de la S.A. HORIZON PLEIADES; que la proposition de partenariat est formulée comme suit :

" La proposition de partenariat entre la S.A. Horizon Pléiades et Idelux est de créer ensemble une société anonyme au capital de 1.000.000,00 € libéré à concurrence de 50 %.
L'actionnariat serait réparti de la façon suivante :
• 25 % => Idelux
• 75 % => Horizon Pléiades
Le conseil d'administration serait composé de 2 membres de la S.A. Horizon Pléiades et d'un membre d'Idelux.
Le terrain serait acheté via la société nouvellement constituée.";

que sont joints à la candidature les comptes annuels de la S.A. HORIZON PLEIADES, de la S.A. Invest Minguet Gestion et de la S.P.R.L. Horizon 3d;

Considérant, d'une part, qu'il ne ressort pas du dossier de candidature que le Groupe HORIZON a déposé celle-ci en association momentanée avec les autres membres de l'équipe pluridisciplinaire "pressentie", à savoir la société momentanée Espace Concept et le bureau Coretec; que le cahier des charges n'imposait d'ailleurs pas, à ce stade, que "l'équipe pluridisciplinaire constituée autour du partenaire privé" ait formé une société momentanée avec ce partenaire; que si Espace Concept et Coretec font partie de l'équipe pluridisciplinaire "pressentie", seul le Groupe HORIZON - et spécialement la S.A. HORIZON PLEIADES - est présenté au titre de la capacité technique et financière du candidat partenaire; que les comptes annuels des membres d'Espace Concept et du bureau Coretec ne sont pas annexés à la candidature; que les membres d'Espace Concept et le bureau Coretec n'avaient donc pas à décider, conjointement avec la partie requérante, d'introduire la requête unique;

Considérant, d'autre part, qu'il ressort du dossier que "Horizon Group", au nom duquel est déposée la candidature, n'est pas doté de la personnalité juridique et n'est pas une société momentanée réunissant la S.A. HORIZON PLEIADES et ses trois filiales, mais est, tout comme "Groupe Horizon", une dénomination utilisée pour désigner la S.A. HORIZON PLEIADES et ses trois filiales (détenues par elle à 100 %); que seule la S.A. HORIZON PLEIADES est présentée, dans la candidature, comme partenaire potentiel d'IDELUX au sein de la société d'économie mixte à constituer; que la partie adverse a sélectionné qualitativement cette candidature sur la base de la description des activités et projets menés par le Groupe HORIZON et sur la base de la description du capital de la S.A. HORIZON PLEIADES, des comptes annuels de cette société, ainsi que de ceux de ses deux actionnaires; qu'il s'ensuit que la candidature prise en considération par la partie adverse dans la première phase de la procédure émane - malgré une erreur de présentation dans la première page de l'offre - de la S.A. HORIZON PLEIADES, représentée par ses deux administrateurs délégués; que la requête est dès lors recevable;

III. QUANT AUX MOYENS

Considérant que la requérante prend un moyen, le deuxième de la requête, de "la violation, et de la méconnaissance de la base légale, à savoir la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment ses articles 1, § 1^{er}, 4, § 1^{er}, 5, 9, 17, 20, 21, 21bis, des articles 114 et suivants de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, de la violation des principes généraux de droit administratif de bonne administration et de légitime confiance, de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'excès de pouvoir"; que la partie

requérante fait valoir que la partie adverse est un pouvoir adjudicateur, que l'opération constitue soit un marché de services, soit un marché de promotion déguisé, que la loi du 24 décembre 1993 y était applicable et que, par conséquent, la partie adverse a procédé de manière illégale en choisissant la voie négociée, en ne fixant pas des critères de sélection qualitative adéquats et pertinents, en ne respectant pas l'obligation de scinder les phases de sélection qualitative et de négociation des offres, en ne fixant pas préalablement de critères d'attribution et en ne respectant pas les règles de procédure prévues par la loi; qu'elle estime, plus précisément, que l'opération consiste bien en un contrat synallagmatique conclu à titre onéreux et ayant pour objet, en principe, la prestation d'un service, que le caractère onéreux d'un contrat n'implique pas nécessairement le paiement d'une somme d'argent, pourvu que le pouvoir adjudicateur accorde à son cocontractant une contrepartie évaluable en argent, tel qu'en l'espèce la prise de participations, aux côtés de l'entité adjudicatrice, dans une société de promotion immobilière de sorte que l'entreprise partenaire sera rémunérée par le bénéfice attendu de la commercialisation des logements produits, que l'objet du contrat de société consiste en des travaux et, notamment, en la construction d'un équipement public d'une valeur de 400.000 € au sens de l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993, que ce marché consiste également en prestations de services, étant les études, les services d'architecture et la surveillance de chantier, que le service rendu à la collectivité consiste en la mise à disposition d'équipements publics pour une valeur de 400.000 € et, en vue de la revente, de 180 logements intégrés dans leur environnement et accessibles à prix moyen, que ce service rendu contre rémunération est l'objet essentiel du contrat, et que la participation à la société de promotion à constituer est l'objet apparent du contrat, mais n'est en réalité qu'un accessoire indispensable de ce contrat, une condition d'exécution des travaux et des services; qu'elle ajoute que la responsabilité de la gestion des services consistant en la fourniture, la gestion ou la commercialisation des logements n'est pas transférée au partenaire privé, que si le partenaire privé prend en charge une partie des missions du pouvoir adjudicateur, c'est uniquement en lieu et place d'un paiement, direct ou différé, telle la liquidation des bénéfices ou dividendes, que les véritables clients de la société de promotion ne sont ni les communes ni les usagers des services publics, mais les acquéreurs particuliers, qu'"il résulte du contrat qui serait proposé par la partie adverse et de la procédure de mise en concurrence qui a précédé sa conclusion, que l'initiative de conclure le contrat et de faire un appel aux candidats émane de la partie adverse, qui a unilatéralement précisé l'objet du marché et ses modalités de passation" de sorte que "le contrat en cause doit être qualifié soit de marché public de travaux et de services, soit de marché de promotion : il s'agit d'un contrat à titre onéreux entre un pouvoir adjudicateur et une entreprise privée, ayant pour objet une prestation de services complexes" comme l'a

jugé l'arrêt C.N.I.M., n/ 145.163, du 30 mai 2005; qu'elle souligne que l'indication, dans l'avis de marché, selon laquelle "le présent appel à candidature ne tombe pas sous le coup de l'application de la loi du 24/12/93 relative aux marchés publics" porte à faux, que la communication interprétative de la Commission européenne du 5 février 2008, sur les partenariats public-privé, indique qu'"une seule procédure d'attribution suffit pour mettre en place un «partenariat public-privé institutionnalisé»" et n'exige pas une double procédure, que la circulaire ministérielle wallonne du 13 juillet 2006 (Moniteur belge du 27 juillet 2006) contient une mise en garde interprétative à ce sujet, qu'un avis du 24 juillet 2002 de la commission wallonne des marchés publics tranche que l'opération relative à la mise à disposition d'un promoteur, d'un terrain appartenant à une société de logements de service public en vue d'y construire des logements sociaux ou moyens rentre dans le champ d'application de la loi sur les marchés publics et que ce moyen est d'ordre public;

Considérant que la partie adverse observe que selon les points 4 et 8.4. du cahier des charges, l'objet de la mise en concurrence est de constituer une société qui sera chargée de l'élaboration du projet et que ses obligations se limitent à un apport, qu'il en découle que :

- " - Idelux envisage de constituer une société;
- Idelux soit apporte les études préalables - auquel cas elle bénéficie de parts sociales - soit se voit rémunérer pour ces études; il n'y a donc pas de paiement d'un prix par Idelux, mais bien le cas échéant par le candidat, ou apport en société;
- Idelux entend disposer dans la société d'un droit de vote comportant, au moins, une minorité de blocage;
- Idelux ne s'engage pas à payer un prix, que ce soit directement ou indirectement, en offrant une garantie de solvabilité au projet, ou en prévoyant une clause de rachat en cas d'échec économique de l'opération.
- Si des engagements financiers sont pris, c'est par le candidat lui-même, qui devra fournir des garanties financières de bonne fin.";

Considérant que la partie adverse fait ensuite valoir que le projet de constituer une société d'économie mixte (ci-après SEM) n'est pas un contrat à titre onéreux au sens de la réglementation sur les marchés publics, qu'en effet, le caractère onéreux est ce qui distingue, dans l'article 1^{er}, § 2, de la directive 2004/18, le marché public d'une concession, qu'il s'agit d'une notion autonome en droit communautaire distincte de celle du droit civil belge, que "ne sont pas inclus dans la notion de «contrat à titre onéreux» ceux dans lesquels la rémunération du prestataire de services provient non pas d'un pouvoir adjudicateur, mais des sommes versées par d'autres", que cette jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes concorde avec la jurisprudence en matière de concessions, que "pour qu'il y ait un marché public, il faut

que le caractère onéreux du contrat satisfasse à la contre-prestation offerte à l'entrepreneur en raison de la réalisation des travaux visés, par le pouvoir adjudicateur", qu'il n'y a pas de marché public de travaux lorsque, comme dans une concession, le contractant tire ses revenus de l'exploitation des travaux ou lorsque, comme dans le cas d'un contrat de société, le partenaire tire ses revenus des dividendes éventuels découlant des parts sociales détenues, que le contrat de société participe d'une autre logique que celle qui préside à l'obtention d'une commande publique; qu'elle relève encore que l'apport en société, par un pouvoir public, d'un terrain existant, en propriété ou en jouissance, ne peut être considéré comme un marché public ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage par quelque moyen que ce soit, que l'apporteur ne reçoit pas un prix en contrepartie de son apport mais des parts ou actions soumises aux aléas sociaux, "pour autant qu'il s'agisse - comme en l'espèce - d'un apport pur et simple, uniquement rémunéré en droits sociaux et que l'apporteur supporte réellement les risques de l'exploitation de la société", qu'en effet, en l'espèce, le partenaire privé subit, comme IDELUX, les aléas de la gestion de la structure commune, dès lors qu'il n'y a pas, par exemple, de versement d'une redevance annuelle ou d'octroi d'un dividende privilégié permettant au partenaire privé de rentabiliser son investissement; que la partie adverse poursuit comme suit :

- le partenaire privé n'est pas rémunéré par Idelux, mais par les dividendes éventuels distribués par la S.E.M. à ses actionnaires;
- Idelux n'achète aucune surface du projet et ne prend aucun engagement en ce qui concerne les éventuelles surfaces qui ne seraient pas vendues;
- le risque économique repose sur la S.E.M. à créer;
- les dividendes éventuels proviendront, indirectement, du prix payé par les tiers acquéreurs, déduction faite des charges de la S.E.M. et sous réserve d'une éventuelle décision de la S.E.M. de constituer des réserves ou de réinvestir dans d'autres projets;
- le cahier des charges ne donne aucune garantie au partenaire privé quant à la rentabilité de l'opération;

que la partie adverse soutient ensuite que le raisonnement tenu dans l'arrêt C.N.I.M. n'est pas transposable au cas d'espèce car le présent projet se distingue fondamentalement du projet d'Intradel, qu'Intradel ne se limitait pas à la constitution d'une S.E.M. mais avait également prévu la conclusion d'un contrat de conception/construction d'une usine d'incinération, que la S.E.M. agissait dans le cadre d'une maîtrise d'ouvrage déléguée au nom et pour compte d'Intradel de sorte que le contrat de conception/construction était en réalité conclu entre Intradel et le partenaire

privé, que le coût de l'ouvrage était entièrement financé par Intradel, le partenaire privé ne se rémunérant pas par des droits perçus auprès des usagers de l'ouvrage;

Considérant, en ce qui concerne la vente immobilière faite par la commune, que la partie adverse indique qu'une vente, fût-elle assortie de charges, n'est pas un marché public, sauf si elle constitue un moyen permettant de faire réaliser un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un contrat à titre onéreux, que ces deux éléments ne sont pas réunis en l'espèce; qu'en ce qui concerne les besoins de la commune, elle relève que ni la S.E.M. ni le partenaire privé ne sont liés quant à la conception des équipements par des exigences de la commune, que la convention d'option d'achat impose seulement l'approbation de la commune quant à l'opération d'aménagement et d'urbanisation du nouveau quartier et la concertation avec la commune quant à la définition de l'équipement public collectif d'une valeur de 400.000 € de sorte qu'on ne peut pas parler de besoin défini par la commune à proprement parler; qu'en ce qui concerne le caractère onéreux de la construction des équipements publics, elle indique que la valeur des équipements publics n'est pas déduite de celle du terrain, évalué objectivement par le comité d'acquisition des immeubles, que bien au contraire, cet équipement sera imposé à titre de charge d'urbanisme et rétrocédé gratuitement à la commune, de sorte qu'elle constitue une charge supplémentaire pour la société à constituer, que, dans le cadre du CWATUPE, quand un lotisseur construit une voirie et la rétrocède à la commune sans recevoir de prix, il n'y a pas de marché public car la réalisation de travaux ne remplace aucune contribution financière, que le cas d'espèce est différent de ceux ayant donné lieu aux arrêts *Ordine degli Architetti* et *commune de Roanne* de la Cour de justice des Communautés européennes, que les parcelles sont vendues à un prix plus élevé que l'estimation du comité d'acquisition, que les équipements publics seront rétrocédés gratuitement à la commune à titre de charges d'urbanisme, que la convention d'option d'achat prévoit que la partie non subsidiée des travaux d'égouttages sera remboursée à la commune à titre de supplément de prix, que la commune n'achète aucune surface du projet et n'a pris aucun engagement en ce qui concerne d'éventuelles surfaces non vendues;

Considérant que le moyen pose la question de savoir si l'objet de "l'appel à candidatures pour un partenariat" constitue ou non un marché public de travaux, de fournitures ou de services, tel que défini aux articles 5 et 9, dernier alinéa, de la loi du 24 décembre 1993; que selon le cahier des charges, l'objet de la mise en concurrence consiste en "la recherche d'un partenaire pour l'étude, le financement, la réalisation et la commercialisation du premier éco-quartier rural de la Province de Luxembourg" et

en la création à cet effet d'une société de promotion; qu'il est précisé, sous le titre "partenariat public-privé", qu'"à l'issue du choix du (des) candidat(s), IDELUX envisage, dans le cadre d'un partenariat public-privé, de créer une société de promotion spécifiquement dévolue à la réalisation de ce nouveau quartier";

Considérant que le choix d'un partenaire en vue de constituer une société échappe, en principe, à la réglementation, nationale ou européenne, des marchés publics, sans préjudice de l'obligation éventuelle de recourir pour ce choix à l'appel à la concurrence en vertu des règles contenues dans le Traité de Rome lui-même; qu'en effet, selon le Code des sociétés, en son article 1^{er}, alinéa 1^{er}, "une société est constituée par un contrat aux termes duquel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun, pour exercer une ou plusieurs activités déterminées et dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect"; que l'objet du contrat de société ainsi défini ne relève en principe d'aucun des objets retenus par l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993, que ce soient des travaux, des fournitures ou des services; que toutefois, s'il s'agit, par le biais d'un montage contractuel empruntant la voie du contrat de société, de confier en réalité à un partenaire une des prestations prévues par l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993, l'opération doit alors être considérée comme un marché public et être soumise à la réglementation belge - et européenne - applicable aux marchés publics; qu'en d'autres termes, si le contrat de société n'est pas, en soi, un marché public de travaux, de fournitures ou de services, il ne suffit pas de faire réaliser des travaux, fournir des produits ou prêter des services au moyen d'une société ad hoc, constituée par un pouvoir adjudicateur et un partenaire privé, pour échapper à la réglementation des marchés publics; que selon la communication interprétative de la commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats publics-privés institutionnalisés (PPPI) du 5 février 2008, "si la mission assignée à une entité à capital mixte est un marché public qui relève entièrement des directives relatives aux marchés publics, la procédure de sélection du partenaire privé est déterminé par ces directives" (n/ 2.3.1); qu'il s'indique dès lors d'apprécier la portée réelle de l'opération litigieuse;

Considérant, quant à la future société de promotion, que selon le cahier des charges, la partie adverse "envisage" de créer une telle société; qu'en son point 4, le cahier des charges ne prévoit pas un engagement ferme, ainsi que cela résulte de l'emploi du conditionnel, dans le chef de la partie adverse quant à son apport et quant à son statut dans cette société; qu'il ne contient pas non plus de projet de contrat de société; qu'il apparaît comme très ouvert sur la formule de partenariat envisagée, invitant d'ailleurs les candidats à faire part de "leurs suggestions éventuelles" à ce sujet

(p.15); qu'en réalité, l'objet de la société, les engagements des parties et leur(s) mode(s) de rémunération ne seront définis qu'à l'issue des négociations entre le - seul - partenaire pressenti et le pouvoir adjudicateur alors que de tels éléments sont essentiels pour qualifier l'opération au regard de la réglementation sur les marchés publics; qu'en particulier, l'on ignore, à la lecture du dossier administratif, d'où proviendront les capitaux nécessaires à la réalisation du projet (apport du partenaire public, apport du partenaire privé et/ou financement extérieur) et la manière dont les apports de chaque partenaire seront rémunérés; que la description du partenariat contenue dans les documents relatifs à l'appel à candidatures ne permet pas de conclure que l'opération échappe ou non à la réglementation des marchés publics;

Considérant que les critères de sélection des candidatures et d'analyse des offres prévus par le cahier des charges ainsi que leur mise en oeuvre dans le rapport d'examen des offres semblent à première vue porter pour l'essentiel sur le développement du projet immobilier d'écoquartier et s'écarter de la logique du contrat de société; qu'ainsi, les "critères de sélection des candidatures" arrêtés au point 9.3. du cahier des charges, qui se différencient de "la sélection qualitative des candidats" (point 9.2. du même cahier), "portent sur un programme d'aménagement et d'urbanisation conformes aux objectifs de développement durable définis en annexe 8", "une attention particulière [étant] portée aux réponses apportées aux exigences environnementales et à la qualité architecturale proposée"; que ce n'est que dans le cinquième critère de sélection qu'il est prévu que "le candidat fera part de ses suggestions éventuelles concernant les conditions du présent appel à candidatures [...] étant entendu que le montage devra privilégier la constitution d'une société de promotion mixte"; qu'il en va de même des "critères d'analyse des offres pour le choix du candidat partenaire", énumérés au point 10 du cahier des charges en vue de la deuxième phase de la procédure; qu'en effet, ceux-ci portent essentiellement sur le contenu et la qualité du projet immobilier que le candidat propose de mettre en oeuvre s'il est choisi comme partenaire et, dans une mesure moindre, sur la qualité du candidat en tant que meilleur partenaire potentiel pour constituer une société d'économie mixte et sur la valeur de son apport en nature ou en capital; que le rapport d'analyse des offres confirme et accentue la priorité donnée aux critères portant sur "les aspects touchant au développement durable (points 9.3.a. à 9.3.d.)" (300 points) par rapport aux critères portant sur "les modalités de constitution du partenariat et l'approche de rentabilité de l'opération (point 9.3.e)" (100 points); que c'est en raison de cette pondération et de l'appréciation négative portée sur son projet, spécialement dans la dimension urbanistique, que la requérante n'a pas été retenue pour la suite des négociations alors qu'elle était classée de loin la première pour le critère relatif au partenariat; que l'objet des prestations qui

seront confiées, via la société à constituer, au partenaire privé, demeure également assez flou dans le cahier des charges; qu'il ressort toutefois du rapport d'analyse des offres que le candidat avec lequel les négociations se poursuivent actuellement se verra "confier" la construction et la promotion du projet (p.19); que l'ensemble de ces éléments tend à indiquer *prima facie* que l'appel à candidatures a pour objet, au travers d'un contrat de société à conclure, de confier en réalité au partenaire choisi la réalisation d'un projet immobilier, soit un ouvrage au sens de l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993, voire même de lui confier les études et le financement de cet ouvrage;

Considérant, par ailleurs, que l'ouvrage à réaliser répond "aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur" selon les termes de l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993; qu'en effet, le projet d'écoquartier rural doit se conformer, dans son ensemble, aux besoins qui sont ou seront précisés par IDELUX et, de manière moins directe, par la commune de Tintigny, ainsi que cela ressort notamment du cahier des charges et de ses annexes (en particulier l'annexe 8 détaillant les "exigences durables du programme"), des directives données dans le cours des négociations avec le dernier candidat en lice, du "protocole d'accord" à conclure avant la constitution de la société (art. 8.3 du cahier des charges) et de la convention d'actionnaires et du contrat de société (art. 8.4 du cahier des charges); qu'il n'est pas requis à cet égard par l'article 5 précité que la partie adverse devienne propriétaire de tout ou partie de l'ouvrage ou qu'elle l'occupe en tout ou en partie;

Considérant qu'il n'apparaît pas nécessaire d'appréhender de manière isolée la construction d'un équipement collectif pour une valeur de 400.000 € à rétrocéder gratuitement à la commune de Tintigny; qu'en effet, il ressort du dossier que cet équipement fait partie de l'ouvrage à réaliser par le partenaire choisi; qu'il le sera selon les besoins définis par la partie adverse au nom et pour compte de la commune; que pour autant que de besoin, la rétrocession gratuite de cet équipement à la commune ne constitue pas à ce stade de l'opération une charge d'urbanisme au sens de l'article 91 du CWATUPE dès lors qu'elle est étrangère à toute procédure de demande de permis de lotir et qu'elle est imposée par la partie adverse comme charge financière à supporter par le futur partenaire;

Considérant, en conclusion, qu'à ce stade de la procédure, l'opération menée par la partie adverse en vue de réaliser, par le biais d'un partenariat à constituer sous la forme d'une société de promotion, l'étude, le financement, la réalisation et la commercialisation du premier écoquartier rural de la province de Luxembourg ne semble pas échapper à première vue à la définition du marché public de (promotion) de

travaux et/ou de services selon l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993; que le deuxième moyen est sérieux en tant qu'il est pris de la violation de la loi du 24 décembre 1993, notamment ses articles 1, § 1^{er}, 5, 9 et 17;

IV. QUANT AU RISQUE DE PREJUDICE GRAVE DIFFICILEMENT REPARABLE

Considérant, quant au risque de préjudice grave difficilement réparable, que la requérante fait valoir que le marché que constituent la conception et la réalisation d'un écoquartier rural "focalise l'attention de tous les opérateurs spécialisés du micro-secteur économique dans lequel elle est active", qu'elle est elle-même dotée d'une image de marque médiatique qu'elle entend légitimement défendre, que ce secteur ne peut être assimilé au secteur plus large de la construction, que tous les agents et opérateurs qui s'y développent se connaissent de longue date et se rencontrent dans les salons et foires spécialisés et que "le secteur de la promotion immobilière «écologique», «thermo efficace» ou «basse énergie» est un microcosme où le genre de décision qui est en cause (éviction d'un marché de référence) risque soit de jeter un trouble ou une suspicion, soit de détruire irrémédiablement la réputation de la requérante, voire de dissuader les personnes qui seraient tentées de recourir aux services de la requérante et de ses filiales, dans le cadre d'autres projets"; qu'elle soutient également que le marché en cause est un marché de référence, "véritable vitrine permettant la démonstration de capacité technique d'excellence", qu'il porte "sur l'aménagement de tout un quartier, en respect des principes de développement durable, soit plus de 180 logements, leur conception, leur intégration, la conception et la réalisation des infrastructures communautaires nécessaires", qu'il est "excessivement rare" de trouver un terrain tel que celui sur lequel le projet va se développer (16 ha) ailleurs que dans une commune du sud de la province de Luxembourg, que le programme atteint des montants très importants (un budget global dans son offre de 42.000.000 €) dans un marché toujours exigü, dont le dynamisme risque d'être mis à mal en raison de la crise financière et de la raréfaction prévue des crédits hypothécaires, que la partie adverse elle-même qualifiait le marché de "marché de référence" dans l'avis publié;

Considérant que la partie adverse observe que la requérante n'étaye pas ses affirmations par des pièces et éléments probants; qu'en ce qui concerne, plus spécialement, la perte d'un marché de référence, elle rappelle que la perte d'une référence, telle que celle exigée dans le cadre d'une sélection, ne peut être confondue avec la perte d'un marché de référence, que l'opération ne présente pas ces caractéristiques dès lors que ce type d'opérations a déjà été mise en oeuvre tant en Europe qu'en Belgique, qu'ainsi, il existe déjà des expériences de quartiers écologiques

au Royaume-Uni (1), en Suède (2), au Danemark (1) et en Allemagne (2), que la ville de Strasbourg mène également des projets en ce sens, que de même en Belgique, cette forme de construction écologique est connue ainsi qu'en témoignent plusieurs exemples, que le projet "PLEIADES" à Visé qui a trait à 170 maisons "thermo-efficaces" est réalisé par la partie requérante elle-même, qu'il en va de même d'un lotissement de 250 logements sur un site de 18 ha à Burenville, que l'"Ile aux Oiseaux", écoquartier à Mons, est en cours de réalisation dans le cadre d'un partenariat public-privé avec la société Thomas & Piron; qu'en ce qui concerne "l'exclusion de la requérante du marché de la promotion immobilière écologique", la partie adverse fait valoir que les références de la requérante montrent qu'elle est bien ancrée dans le secteur de la promotion immobilière, générale ou écologique, que la décision attaquée ne remet pas en cause la qualité de ses services et que la partie requérante conserve toutes ses chances de pouvoir concourir à nouveau à l'attribution de projets semblables, dans la province de Luxembourg, en Belgique ou en Europe; que subsidiairement, elle observe que la requérante ne dépose pas de documents (business plan ou projections chiffrées) permettant de démontrer concrètement que l'acte attaqué risque de compromettre son développement commercial ou des engagements futurs de travailleurs;

Considérant qu'en soi, la perte d'un marché mis en concurrence ne suffit pas à constituer un préjudice grave difficilement réparable; qu'en effet, la perte d'une commande publique et, dès lors, d'une part de marché dans le domaine considéré, est inhérente à toute procédure de mise en concurrence; qu'elle ne le peut que si elle s'accompagne de circonstances particulières démontrant, par exemple, qu'elle risque d'empêcher la continuation des activités ou même l'existence de la requérante, ou de compromettre lourdement sa réputation ou sa stratégie commerciale dans son secteur d'activité;

Considérant que, sur le plan des activités ou de l'existence même de la requérante, celle-ci ne démontre pas que de telles conditions sont remplies dans son chef;

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, la requérante démontre à suffisance que le marché public querellé peut être considéré comme tel; qu'en ce qui concerne la rareté, les pièces produites par la partie

adverse elle-même démontrent que la construction de quartiers entiers, selon les objectifs et les contraintes du développement durable, ne sont pas encore légion en Europe et en Belgique; que la partie adverse a d'ailleurs fait la promotion publicitaire au MIPIM à Cannes de cette "opération pilote, préfigurant l'urbanisation de demain en milieu rural"; que le site internet de la partie adverse présente ce projet sous le titre "création d'un écoquartier rural à Tintigny-Bellefontaine : une première en Province du Luxembourg"; qu'en ce qui concerne l'ampleur du marché, il ressort de la candidature de la requérante que celle-ci avance un budget global de 42.000.000 €; que par ailleurs, le projet porte sur l'ensemble des étapes de la promotion (étude, financement, réalisation et commercialisation) d'un nouveau quartier comportant au minimum 120 unités de logement, les voiries et aménagements nécessaires, des espaces de vie, un équipement collectif d'une valeur de 400.000 €, un espace public naturel aménagé, etc...; qu'en ce qui concerne la mise en oeuvre de techniques particulières ou nouvelles, le cahier des charges lui-même indique que la grille fixant les objectifs de développement durable "s'inspire, au vu de l'absence de référentiel en Belgique, de démarches reconnues à l'étranger [...]" et précise que "chaque thématique est développée sous forme d'objectifs cibles qui doivent être perçus comme une check list, non exhaustive, permettant d'engager le débat, la réflexion et de proposer des mesures spécifiques" de sorte qu'il est clairement fait appel à la créativité des candidats; que, pour ces raisons, le marché litigieux constitue de ce fait une "vitrine" pour le prestataire de services qui le réalisera; qu'ainsi, la décision d'attribution du marché risque de comporter pour la requérante des conséquences graves difficilement réparables;

Considérant que les deux conditions requises par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat étant remplies, il y a lieu d'accueillir la demande de suspension,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du 7 novembre 2008 du conseil d'administration d'IDELUX de sélectionner, pour participer au second tour prévu à l'article 8.2. du cahier des charges, l'association Thomas & Piron - FHW - AWP + E - Ecorce et d'écarter la société anonyme HORIZON PLEIADES de la procédure d'appel à candidature de partenariat pour l'écoquartier rural de Bellefontaine à Tintigny.

Article 2.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-neuf juin deux mille neuf par :

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

Le Greffier,

Le Président f.f.,

V. SCHMITZ.

P. NIHOUL.