

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 222.091 du 16 janvier 2013

G./A.207.295/VI-19.831

En cause :

1. la société anonyme IMMO BAM,
2. la société anonyme PARTICIPATION GESTION
SYNERGIE, en abrégé PARGESY,
ayant formé la société momentanée PARBAM,

ayant élu domicile chez
Me Benoît CAMBIER, avocat,
avenue Winston Churchill, n° 253/40,
1180 Bruxelles,

contre :

1. la société anonyme IMMOTIVOLI,
2. la société de développement pour la Région de
Bruxelles-Capitale, en abrégé S.D.R.B.,

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

3. la société du logement de la Région
de Bruxelles-Capitale, en abrégé S.L.R.B.,

ayant élu domicile chez
Mes Philippe COENRAETS et Yves SCHNEIDER, avocats,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles.

Parties intervenantes :

1. la société anonyme BESIX REAL ESTATE
DEVELOPMENT, en abrégé BESIX RED,
2. la société anonyme BATIPONT IMMOBILIER, en abrégé
B.P.I.,
ayant formé une société momentanée **BESIX RED-BPI,**

ayant élu domicile chez
Mes Manuela VON KUEGELGEN et Laura GRAUER, avocats,
avenue Louise, n° 149 bte 20,
1050 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 11 décembre 2012, la société anonyme IMMO BAM et la société anonyme PARTICIPATION GESTION SYNERGIE, en abrégé PARGESY, ayant formé la société momentanée PARBAM, demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision prise le 26 novembre 2012, par le conseil d'administration de la société anonyme "IMMOTIVOLI" de déclarer l'offre des requérantes régulière, de ne pas leur attribuer le marché de promotion de travaux "Tivoli Quartier Durable" et de préférer l'offre déposée par "BESIX RED-BPI".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 17 décembre 2012, notifiée aux parties le 18 décembre 2012, convoque celles-ci à comparaître le 10 janvier 2013 à 10 heures 30.

Les parties adverses ont fait parvenir des notes d'observations. Le dossier administratif a été déposé.

Les sociétés anonymes BESIX REAL ESTATE DEVELOPMENT et BATIPONT IMMOBILIER, ayant formé la société momentanée BESIX RED-BPI, ont, par une requête introduite le 10 janvier 2013, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Mes Benoît CAMBIER et Pauline LAGASSE, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour les première et deuxième parties adverses, Me Philippe COENRAETS, avocat, comparaissant pour la troisième partie adverse, et Mes Manuela VON KUEGELGEN et Laura GRAUER, avocats, comparaissant pour les parties intervenantes, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Le marché litigieux est un marché de promotion de travaux dont l'objet est la réalisation d'un quartier durable d'environ 30.000m² de logements à prix conventionnés et de logements sociaux sur le site "TIVOLI" à Laeken.

La procédure d'attribution de ce marché est celle de l'appel d'offres restreint avec publicité européenne.

Cinq soumissionnaires ont été sélectionnés, ont reçu le cahier spécial des charges (désigné ci-après par C.S.C.) et ont remis une offre au plus tard le 2 octobre 2012, jour de la séance d'ouverture des offres.

Un rapport d'analyse des offres avec une proposition d'attribution est établi le 26 novembre 2012. L'offre déposée par la société momentanée constituée des parties intervenantes est classée première.

Le 27 novembre 2012, la S.A. IMMOTIVOLI notifie aux parties requérantes la décision du 26 novembre 2012 de son conseil d'administration de ne pas retenir leur offre et d'attribuer le marché à la partie intervenante.

Il s'agit de l'acte attaqué dans le présent recours.

Concomitamment à celui-ci, les parties requérantes ont introduit une demande de suspension devant le Président du tribunal de première instance de Bruxelles.

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN INTERVENTION

La société anonyme BESIX REAL ESTATE DEVELOPMENT, en abrégé BESIX RED, et la société anonyme BATIPONT IMMOBILIER, en abrégé BPI, qui ont formé la société momentanée BESIX RED-BPI, ont déposé à l'audience du 10 janvier 2013 une requête en intervention alors que le recours en suspension avait été notifié à la société momentanée susvisée le 18 décembre 2012.

Il faut regretter le dépôt in extremis de cette intervention et des pièces requises pour que celle-ci puisse être jugée recevable. En effet, d'une part, il met en péril le caractère contradictoire de la procédure et d'autre part, à moins de suspendre ou même de remettre l'audience, il renvoie l'examen de la recevabilité ensuite de l'audience.

Néanmoins, la solution du litige ne peut être retardée en raison d'une intervention.

Prima facie, il ressort des pièces déposées par les deux sociétés susvisées que les décisions d'agir devant le Conseil d'Etat sont valables. Il y a donc lieu d'accueillir, à titre provisoire, la requête en intervention.

V. MISE HORS DE CAUSE DE LA SOCIETE DU LOGEMENT DE LA REGION DE BRUXELLES-CAPITALE

La société du logement de la Région de Bruxelles-Capitale, n'étant pas l'auteur de l'acte attaqué, doit être mise hors de cause.

VI. COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT

Les parties au présent litige ne contestent pas la qualité "d'autorité administrative" de la société anonyme IMMOTIVOLI. La question de la compétence du Conseil d'Etat se pose néanmoins dès lors que les requérantes ont également agité devant le juge judiciaire.

Les remarques suivantes peuvent être faites néanmoins à ce propos.

La S.D.R.B. est actionnaire de la société anonyme IMMOTIVOLI. Ces deux institutions sont propriétaires du terrain sur lequel le quartier, objet du marché litigieux, doit être développé.

La société anonyme IMMOTIVOLI est, selon le C.S.C., le pouvoir organisateur pour l'ensemble du site "en ce compris pour compte de la société de développement pour la région de Bruxelles-Capitale", qui est une autorité administrative.

Le marché litigieux est donc en tout cas passé partiellement par une autorité administrative.

Dès lors, prima facie, en l'absence de déclinatoire de compétence soulevé par les parties adverses et intervenantes, le Conseil d'Etat est compétent pour connaître du litige.

VII. MOYEN UNIQUE

VII.1. Arguments des parties

a) les requérantes

Le moyen unique est pris de la violation de :

- " - La Constitution, notamment de ses articles 10 et 11;
- La loi du 24 décembre 1993 «relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services», notamment de ses articles 16, 65/3 à 65/5;
- La loi du 29 juillet 1991 «relative à la motivation formelle des actes administratifs», notamment de ses articles 2 et 3;
- L'arrêté royal du 8 janvier 1996 «relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics», notamment de ses articles 110, § 1^{er} et § 2, 114 et 115;
- L'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 1^{er} juin 2006 «relatif à l'octroi de subsides pour la mission de rénovation urbaine de la Société de Développement pour la Région de Bruxelles-Capitale», notamment de ses articles 1^{er} et 2;
- Les principes généraux du droit, notamment de celui qui veut que tout acte administratif repose sur des causes et motifs légalement admissibles du principe d'égalité, du principe *patere legem quam ipse fecisti*;
- Le cahier spécial des charges, notamment de ses points 1.11.1. et 3.8.1., de son annexe 2 et de son annexe 3, pp. 6 et 7;
- Le rapport du 3 juillet 2012 faisant suite à la séance de question-réponse, notamment de son point 40;
- de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs;

EN CE QUE l'acte attaqué se fonde sur le rapport d'analyse des offres du 26 novembre 2012; que ce rapport octroie deux notes de 16,67 à l'offre de BESIX RED-BPI et des notes de 11,87 et 11,31 à l'offre de PARBAM pour l'évaluation «des critères économiques et financiers» concernant les logements à prix conventionnés et les logements sociaux;

ALORS QUE les calculs repris dans le rapport d'analyse des offres reposent sur des données erronées en ce qui concerne l'offre de BESIX RED-BPI; que le nombre de m² nets utilisé n'est pas exact, ce qui fausse la comparaison des offres".

Les requérantes font valoir que les "m² de parking" ne peuvent être pris en compte qu'à concurrence de leurs surfaces "nettes" assimilées aux surfaces des emplacements privatifs de parking, calculées de la même manière que pour les appartements. La surface vendable est la surface habitable soit "la surface calculée entre le nu extérieur des murs de façade et l'axe des murs mitoyens (y compris pour le

mur mitoyen entre les parties communes et privatives, gaines et trémies techniques incluses)". Il s'ensuit que les espaces communs sont exclus et que seule la surface privative des emplacements à vendre pouvait être prise en compte.

Les parties requérantes, qui n'ont pas eu accès aux autres offres, ont perçu que l'offre de l'adjudicataire ne reposait pas sur ces critères en déduisant le nombre d'emplacements et la surface des parkings proposés par l'adjudicataire pour les logements sociaux et les logements à prix conventionnés sur la base des informations fournies dans le rapport d'analyse.

Elles en concluent que :

- l'adjudicataire a prévu un nombre d'emplacements supérieur à ce qu'autorise le C.S.C.;
- ou, l'adjudicataire a pris en compte les parties communes des parkings (rampes d'accès, allées de circulation, etc.) dans le calcul de la surface nette;
- ou encore, le pouvoir adjudicateur a confondu surface brute et surface nette.

Elles estiment donc, qu'en toute hypothèse, le marché litigieux n'a pas été attribué au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus avantageuse.

b) Les parties adverses

- Elles exposent que la notion de "m² vendable" est identique à celle de "m² habitable" . Selon elles, le "m² habitable" n'est qu'une règle de calcul de surface pour déterminer le prix de (re)vente et la subvention régionale.

Elles font valoir que "le m² vendable prend en considération non seulement l'espace entre les murs intérieurs, mais aussi les murs extérieurs, l'épaisseur des murs de façade avant et arrière, une moitié des murs mitoyens et des murs séparatifs des espaces communs, ainsi que les gaines et trémies techniques."

Elles précisent que cette règle de calcul de surface s'applique aux parkings et n'écarte donc pas les surfaces des parties communes.

- Elles soutiennent qu'il n'y a aucune confusion entre les surfaces brutes et les surfaces nettes. En effet, le "m² plancher net = m² vendables" et les "m² bruts" incluent les escaliers de secours, ascenseurs, etc.

- Elles font observer que le C.S.C. ne détermine pas si la surface nette des parkings doit ou non comprendre les parties communes. La surface de 12,5 m² est un minimum non une valeur absolue.

- Elles contestent l'affirmation des requérantes selon laquelle le parking à prendre en compte pour la vente serait d'une surface de 12,5m². Elles font valoir qu'il existe trois types de surfaces de parking, et que la matrice du plan financier ne prévoit pas l'indication d'une superficie par emplacement mais bien la surface du parking. Elles ajoutent, entre autres, qu'aux termes de l'arrêté du gouvernement bruxellois, le "m² vendable" ne se limite pas à la seule parcelle comprise entre les lignes blanches délimitant un espace de parking.

- Enfin, elles estiment ne pas avoir méconnu le principe d'égalité entre soumissionnaires puisque pour chacun, ce qui a été comparé est le prix par m² net.

Quant à l'erreur que les requérantes invoque, elles considèrent qu'il ne s'agit pas d'une simple erreur matérielle mais d'une erreur de droit commise par les requérantes elles mêmes et dont elles sont seules responsables.

c) Les parties intervenantes

Les parties intervenantes estiment que l'argumentation des requérantes "repose sur des données et une interprétation du cahier spécial des charges totalement faussées à la base, qu'il s'agisse de la notion de m² nets de parking ou de celle de la superficie de parking". Défendant la thèse selon laquelle la superficie nette du parking se calcule de manière identique à celle des logements et donc en y incluant l'allée centrale, les accès et la rampe, elles soutiennent que leur offre "est parfaitement exacte".

Elles insistent sur la confidentialité des offres.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

1. Le C.S.C. définit les critères d'attribution comme suit :

" Ce choix se fait en fonction des critères d'attribution suivants et avec la pondération suivante :

1.11.1. Critères économiques/financiers (50 points) :

Les offres seront analysées sur base des 3 paramètres ci-dessous, chacun pour le nombre de points mentionnés :

Le montant du subsidé initial/m² vendable des logements à prix conventionnés tel qu'il résulte du plan financier :

- Il faut entendre par m² vendable : "la surface habitable c'est-à-dire la surface calculée entre le nu extérieur des murs de façade et l'axe des murs mitoyens (y compris pour le mur mitoyen entre les parties communes et privatives, gaines et trémies techniques incluses)".
- Il faut entendre par subsidé initial : «le coût total moins les recettes tel qu'il apparaît dans le plan financier au point 4.6.»

L'équilibre financier entre les coûts et les recettes des logements sociaux.

L'équilibre financier entre les coûts et les recettes des crèches et autres équipements.

1.11.2.. Critères urbanistiques et architecturaux (50 points) :

[...]"

Le formulaire (tableau "excel") que les soumissionnaires devaient remplir afin d'évaluer les trois sous-critères du critère économique comporte une première feuille "programme global", dans laquelle les soumissionnaires devaient indiquer, notamment, les "m² brut" et les "m² nets" de parking, ainsi que le nombre d'emplacements, respectivement pour le logement conventionné et pour le logement social.

2. Les notions de "m² vendable" et de surface habitable se confondent en matière de logements.

En effet, l'article 1^{er}, 5, de l'arrêté du 1^{er} juin 2006 du gouvernement de la région de Bruxelles-Capitale relatif à l'octroi de subsides pour la mission de rénovation urbaine de la société de développement pour la région de Bruxelles-Capitale dispose comme suit :

" La surface des logements est calculée par m² habitable :

- pour les parties de logement sous plafonds horizontaux, la surface habitable est calculée entre le nu extérieur des murs de façade et l'axe des murs mitoyens (y compris pour le mur mitoyen entre les parties communes et privatives, gaines et trémies techniques incluses);

[...]"

Comme indiqué ci-dessus, point 1, le C.S.C., en son point 1.11.1., se réfère à cette notion de la surface habitable pour définir celle de "m² vendable".

Il ressort aussi de l'article 1^{er}, 5, de l'arrêté du 1^{er} juin 2006 précité que les parties communes telles que halls, ascenseurs, escaliers, etc. ne sont pas comprises dans la surface habitable.

Il s'ensuit que pour les logements, les notions de "m² vendable" et de "surface habitable" excluent les parties communes à la seule exception des gaines et trémies techniques insérées dans les murs mitoyens.

3. En ce qui concerne les notions de "m² vendable" et de surface habitable en matière de parkings, l'article 2, § 1^{er} et § 4, de l'arrêté du 1^{er} juin 2006 prévoit ce qui suit :

" Art. 2. § 1^{er} . Dans la limite des crédits prévus à cette fin au budget régional, le Gouvernement octroie, aux conditions et selon les modalités fixées par le présent arrêté, des subsides à la S.D.R.B. pour la réalisation de sa mission de rénovation urbaine et, spécialement, pour la production de logements parachevés/aménagés, en vue de leur vente à un prix ne pouvant excéder 1.000 euros/m² habitable, ou en vue de leur location.

Toutefois, ce prix plafond peut également être un prix moyen au sein d'un même projet où le prix de vente pourra varier entre un montant minimum de 800 euros/m² habitable et un montant maximum de 1.200 euros m² habitable.

Le Gouvernement peut, sur proposition spécialement motivée du conseil d'administration de la S.D.R.B., augmenter jusqu'à 1.200 euros/m² habitable le prix de vente des logements dans un même projet.

Le prix est fixé lorsque le conseil d'administration adopte le plan financier d'un projet, sous réserve de l'approbation du Gouvernement comme prévu à l'article 13.

[...]

§ 4. Le prix de vente des parkings (boxes ou emplacements), jardins et terrasses est déterminé par le conseil d'administration de la S.D.R.B., opération par opération. Les parkings sont soumis aux mêmes règles que les logements en ce qui concerne le droit de préemption de la S.D.R.B., le prix de revente et le loyer autorisé".

Les règles applicables aux parkings apparaissent différentes de celles relatives aux logements sauf en ce qui concerne le droit de préemption de la S.D.R.B., le prix de revente (il faut observer que le prix de vente n'est pas prévu dans les exceptions) et le loyer autorisé.

Pour ce qui concerne le prix de vente des parkings, il appartient au conseil d'administration de la S.D.R.B. de fixer celui-ci opération par opération.

En l'espèce, il ressort du dossier que de fortes divergences existent, pour ce qui concerne les parkings, entre l'offre de l'adjudicataire et les quatre autres offres. Les plans joints à l'offre des adjudicataires donnent à penser que seuls les escaliers, les locaux à compteurs, les cheminées et les locaux d'entretien des communs ont été exclus de la superficie nette des parkings mais qu'à la différence de ce qu'ont fait les requérantes, les voies de circulation y ont été incluses.

Dès lors et quelle que soit finalement l'interprétation donnée à la notion de "m² vendable" pour les parkings, les offres n'étaient pas comparables.

Le moyen est donc sérieux en tant qu'il invoque la violation du principe d'égalité entre soumissionnaires.

VII. CONFIDENTIALITE

Dans la mesure où leur divulgation n'est pas nécessaire à la solution du litige, dans le cadre de l'examen prima facie de la demande de suspension d'extrême urgence, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des offres déposées par les parties.

VIII. BALANCE DES INTERETS

Les parties adverses s'en réfèrent "à justice". Les parties intervenantes font valoir, en substance, que leur offre "est globalement plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur". Aucun de ces arguments n'est de nature à faire obstacle à la suspension demandée.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par les sociétés anonymes BESIX REAL ESTATE DEVELOPMENT ET BATIPONT IMMOBILIER, ayant formé une société momentanée BESIX RED-BPI, dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie provisoirement.

Article 2.

La société du logement de la Région de Bruxelles-Capitale est mise hors de cause.

Article 3.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 26 novembre 2012 par le conseil d'administration de la société anonyme "IMMOTIVOLI" attribuant le marché

de promotion de travaux "Tivoli Quartier Durable" à la société momentanée BESIX RED-BPI.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Les offres des différents soumissionnaires déposées dans le cadre de ce recours sont soustraites à la connaissance des parties, à ce stade de la procédure.

Article 6.

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

Article 7.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le seize janvier deux mille treize par :

M ^{mes} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.