

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 226.529 du 25 février 2014

G./A.211.227/VI-20.124

En cause : **1. la société anonyme BESIX REAL ESTATE DEVELOPMENT**, en abrégé BESIX RED,
2. la société anonyme BATIPONT IMMOBILIER, en abrégé B.P.I.,

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

Parties intervenantes :

1. la société anonyme IMMO BAM,

ayant élu domicile chez
Mes Benoît CAMBIER et
Pauline LAGASSE, avocats,
avenue Winston Churchill, n° 253/40,
1180 Bruxelles,

2. la société anonyme PARTICIPATION GESTION SYNERGIE, en abrégé PARGESY,

ayant élu domicile
avenue Maurice, n° 8,
1050 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 3 janvier 2014, la société anonyme BESIX REAL ESTATE DEVELOPMENT, en abrégé BESIX RED, et la société anonyme

BATIPONT IMMOBILIER, en abrégé B.P.I., ayant formé la société momentanée BESIX RED-B.P.I., sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "des effets de la décision du conseil d'administration de la SA ImmoTivoli du 18 décembre 2013, par laquelle celle-ci déclare irrégulière l'offre déposée par les requérantes dans le cadre du marché de promotion «Tivoli Quartier Durable»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 6 janvier 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 18 février 2014 à 10 heures 30.

Les parties adverses ont fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

Par une requête introduite le 3 février 2014, la société anonyme IMMO BAM et la société anonyme PARTICIPATION GESTION SYNERGIE, en abrégé PARGESY, ayant formé la société momentanée PARBAM, demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Par une requête introduite le 17 février 2014, les parties requérantes poursuivent l'annulation de la décision précitée du 18 décembre 2013.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Mes Manuela VON KUEGELGEN et Laura GRAUER, avocats, comparaisant pour les parties requérantes, Mes Patrick THIEL et Christophe DUBOIS, avocats, comparaisant pour les parties adverses, et Mes Benoît CAMBIER et Pauline LAGASSE, avocats, comparaisant 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

Tels que les exposent les parties adverses, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être décrits comme suit:

- " 1. La présente procédure concerne un marché de promotion de travaux visant à la réalisation d'un quartier durable de ± 30.000 m² de logements à prix conventionné

Le cahier spécial des charges décrit l'objet du marché comme suit :

«L'ambition de la S.A. IMMOTIVOLI est de donner à ce futur quartier durable une image forte tout en respectant trois exigences :

- Une cohérence urbanistique de l'ensemble;
- Une expression architecturale diversifiée et de qualité;
- Une démarche volontariste qui intègre la poursuite des objectifs de durabilité dès la conception initiale des constructions».

2. Ce marché a fait l'objet d'une première procédure, lancée en mars 2012.

Une première décision d'attribution a, en effet, été adoptée par le Conseil d'administration de la première partie adverse en date du 26 novembre 2012. Par cette décision, le marché litigieux était précisément attribué aux actuelles parties requérantes.

Cette décision a fait l'objet d'une procédure en suspension d'extrême urgence devant Votre Conseil, introduite par le Groupement PARBAM, dont les membres sont les actuelles parties intervenantes dans le cadre de la présente procédure, dès lors qu'ils sont, aux termes de l'acte attaqué (deuxième décision d'attribution), les attributaires du marché litigieux.

Votre Conseil a décidé, par son arrêt n° 222.191, du 16 janvier 2013, de suspendre cette première décision d'attribution, estimant que les offres n'étaient pas comparables.

Cette première décision d'attribution a, ensuite de l'arrêt de Votre Conseil précité, été retirée par une décision du Conseil d'Administration de la première partie adverse, datée du 6 mars 2013.

3. Par un courrier du 3 avril 2013, la première partie adverse a informé les compétiteurs au marché de ce que «la procédure sera reprise de manière à résoudre le problème de comparabilité des offres».

La première partie adverse a, en effet, décidé d'adopter un nouveau cahier spécial des charges, destiné à régir la seconde procédure d'attribution du marché litigieux.

La procédure de passation retenue est toujours celle de l'appel d'offres restreint.

4. Ce cahier spécial des charges a été adressé aux promoteurs qui avaient été sélectionnés dans le cadre de la première procédure, par un mail du 21 juin.

La première partie adverse, dans un souci de transparence, a adressé à tous les compétiteurs une version du cahier spécial des charges identifiant, en surligné jaune, les éléments ayant été modifiés par rapport à la précédente procédure de passation.

Auparavant, la partie adverse avait pris le soin de s'assurer que lesdits promoteurs continuaient de satisfaire aux conditions posées en termes de sélection qualitative.

5. Le cahier spécial des charges régissant la présente procédure dispose d'un glossaire de définitions, que nous reproduisons partiellement ci-dessous [.]

«M² hors sol : Totalité des planchers mis à couvert et offrant une hauteur libre d'au moins 2,20m dans tous les locaux, à l'exclusion des locaux situés sous le niveau du sol qui sont affectés au parcage, aux caves, aux équipements techniques et aux dépôts.

M² sous-sol : La totalité des planchers mis à couvert et offrant une hauteur libre d'au moins 2,20m dans tous les locaux situés sous le niveau du sol qui sont entre autres affectés au parcage, aux caves, aux équipements techniques et aux dépôts.

M² vendable = 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);

Pour les parties de logement sous combles, la surface habitable prise en considération est la partie dont la hauteur comprise entre le sol fini et l'habillage intérieur du toit dépasse 1,20 m pour les toitures dont l'inclinaison est supérieure ou égale à 45° et 1,50 m pour les toitures dont l'inclinaison est inférieure à 45° ;

Pour les terrasses, la surface occupable prise en considération est la partie plane entre les parois verticales ou les rehausses supérieures à 5 cm;

Pour les caves, la surface occupable prise en considération est la surface entre le nu des murs et dont la hauteur minimale est de 2 mètres hors techniques spéciales».

Il imposait également que chaque compétiteur remplisse et dépose un plan financier, sous format Excel (= annexe 2 du C.S.C.). Les données comprises dans le plan financier sont destinées à être utilisées par le pouvoir adjudicateur afin de coter les offres au regard du critère d'attribution «financier» du marché qui compte pour 50 points sur 100.

Concernant l'utilisation du plan financier, l'article 1.7. du Cahier spécial des charges précisait que

«le soumissionnaire joindra éventuellement des commentaires sur le contenu et la manière dont il a complété le plan financier».

On notera également l'article 1.12 du Cahier spécial des charges qui dispose que :

«il convient de présenter un plan financier comprenant la totalité des composantes du projet présenté. Les données économiques concernant les autres fonctions que le logement à prix conventionné seront fournies pour un examen préliminaire de la cohérence globale du projet. L'ensemble des données est une des conditions de la régularité de l'offre».

La partie adverse a insisté sur cette précision concernant la régularité de l'offre à l'occasion d'une réponse à une des questions posées par les parties requérantes lors de la session de questions/réponses, qui a eu lieu le 4 juillet 2013.

6. Les offres devaient être déposées pour le 16 septembre 2013.

A cette date, la première partie adverse était en possession des offres des quatre compétiteurs suivants :

- Le Groupement BESIX-BPI, actuelles parties requérantes;

- Le Groupement PARBAM, actuelles parties intervenantes;
- Le Groupement MATEXI ;
- Le Groupement JCX-NACARAT-ALCOR.

Ces offres sont déposées à titre confidentiel devant Votre Conseil.

7. Les services de la première partie adverse ont examiné et comparé les offres qui ont été déposées.

Un rapport a été rédigé à cette occasion. Ce rapport est complété par une série d'annexes.

Ce rapport conclut à l'irrégularité de l'offre des parties requérantes pour les motifs suivants :

«L'offre déposée par ce compétiteur comprend, dans la note explicative à la matrice financière, la mention suivante :

"A l'usage de la matrice du plan financier, et en fonction des définitions reprises au cahier spécial des charges, nous avons constaté que, pour les sous-sols, les surfaces des locaux techniques et des circulations verticales ne rentrent ni dans la définition de «parking», ni dans celle de «caves» et ne sont donc comptabilisées nulle part dans le plan financier alors même qu'elles sont à construire".

Le compétiteur assortit donc son offre d'une réserve : il informe clairement le pouvoir adjudicateur de ce que son prix - résultant de l'utilisation de la matrice du plan financier - ne comporte pas le montant nécessaire à la construction des surfaces des locaux techniques et des circulations verticales du sous-sol. En d'autres termes, en contradiction avec le prescrit du point 1.12 du C.S.C ("il convient de présenter un plan financier comprenant la totalité des composantes du projet présenté.... L'ensemble des données est une des conditions de la régularité de l'offre"), le plan financier complété par ce compétiteur ne comprend pas la totalité des composantes du projet proposé.

Il est impossible de rectifier l'offre afin de la rendre comparable car aucun élément du dossier ne permet de connaître le nombre exact de m² manquant.

Cette absence d'information empêche la comparaison de cette offre avec celles des autres compétiteurs qui ont - eux - correctement réparti les surfaces en question dans les cellules consacrées au sous-sol, F76 et F77 (caves et parking logement conventionné) ainsi que F79 et F80 (caves et parking logement social).

L'offre de BESIX BPI est donc entachée d'une irrégularité substantielle».

8. En sa séance du 18 décembre 2013, le Conseil d'administration de la première partie adverse a décidé de faire sien le rapport et ses annexes et, par conséquent, de déclarer irrégulière l'offre déposée par les parties requérantes.

Auparavant, le 13 décembre 2013, le Conseil d'administration de [la S.D.R.B.], seconde partie adverse, avait pris acte dudit rapport et de ses annexes.

9. Par un courrier daté du 19 décembre 2013, adressé par voie recommandée et par fax, la première partie adverse informait les parties requérantes de ce que, d'une part, leur offre avait été déclarée irrégulière et, d'autre part, que le marché était attribué à un autre compétiteur, à savoir le Groupement PARBAM, partie intervenante dans le cadre de la présente procédure.

Ce courrier, conformément à la réglementation en vigueur, contient un extrait du rapport d'attribution précité.

10. Par un email daté du 30 décembre 2013, les parties requérantes ont souhaité obtenir une copie du rapport d'analyse des offres.

Il a été répondu négativement à cette demande, dès lors que toute l'information légale a été communiquée conformément à la réglementation applicable en la matière.

11. Enfin, pour être complets, les parties requérantes ont introduit une demande en suspension devant le Tribunal de première instance de Bruxelles. La demande est identique : la suspension de la décision ici entreprise ; le moyen unique est formulé de la même manière, et elle met en jeu les mêmes parties.

L'audience d'introduction a eu lieu le 16 janvier 2014. L'affaire a été remise à la fin février 2014".

IV. DESIGNATION DES PARTIES ADVERSES

IV. 1. Thèse des parties adverses

Dans leur note d'observations, les parties adverses font valoir ce qui suit:

" 17. Les parties requérantes ont mis la SDRB à la cause.

Ni la requête en suspension ni la citation [par laquelle une demande en suspension a également été introduite devant le Tribunal de première instance de Bruxelles] ne contiennent d'explication à ce sujet.

18. La deuxième partie adverse n'a pas adopté, directement ou indirectement, la décision attaquée.

En effet, elle s'est contentée de prendre acte du rapport d'analyse et de comparaison des offres.

Elle n'agit, par ailleurs pas, comme autorité de contrôle de la première partie adverse.

Le simple fait que la première partie adverse agit au nom et pour compte de celle-ci ne justifie pas sa mise à la cause dans le cadre de la suspension d'une décision d'attribution du marché, comme l'a récemment jugé Votre Conseil dans un arrêt récent, rendu le 3 octobre 2013 et portant le n° 224.992.

La SDRB doit donc être mis hors cause".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

La S.D.R.B. n'est certes pas l'auteur de l'acte attaqué. Néanmoins, au cours d'une séance tenue le 13 décembre 2013, son conseil d'administration a décidé :

- " - de prendre acte du rapport d'analyse des 4 offres reçues dans le cadre du marché de promotion de travaux «Tivoli Quartier Durable» ;
- de prendre acte de la décision, qui sera proposée au conseil d'administration d'Immo Tivoli s.a. du 18 décembre 2013, d'attribuer le marché à l'association de promoteurs PARBAM ;
- de confirmer les engagements réalisés en 2004, 2010, 2011 et 2012 d'un montant global de 25.917.750 € pour le projet «Tivoli Quartier Durable» ;
- de charger le Président et l'Administrateur délégué de poursuivre l'exécution de la présente décision notamment par la signature de tous actes sous seing privé ou

authentiques ou de mettre en œuvre les délégations de signatures décidées par le conseil d'administration du 18 décembre 2009".

Dès lors qu'il n'est pas possible de délimiter les portées respectives de ces différentes décisions dans le cadre d'une procédure en extrême urgence, il n'y a pas lieu, à ce stade, d'exclure la qualité de partie adverse de la S.D.R.B.

Il n'y a donc pas lieu de la mettre hors de cause.

V. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 3 février 2014, la société anonyme IMMO BAM et la société anonyme PARTICIPATION GESTION SYNERGIE, en abrégé PARGESY, demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la présente procédure.

Ces sociétés formant la société momentanée à laquelle le marché litigieux a été attribué, elles ont un intérêt suffisant à se porter parties intervenantes. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

VI. RECEVABILITE DE LA DEMANDE AU REGARD DE LA DECISION D'AGIR

VI. 1. Thèse des intervenantes

Dans leur requête, les intervenantes opposent à la demande une exception d'irrecevabilité déduite de ce que l'un des administrateurs de la première requérante n'aurait pas été régulièrement désigné, ce qui aurait pour effet de vicier la décision d'agir. Elles formulent cette exception dans les termes suivants:

" La consultation des documents publiés au Moniteur belge révèle, à tout le moins, qu'un administrateur de la société BESIX RED n'a pas été régulièrement désigné.

1. Conformément à l'article 14 des statuts de la société BESIX RED, en cas de vacances, le conseil d'administration est en droit de désigner un administrateur de manière temporaire et «Dans ce cas, l'assemblée générale, lors de sa première réunion, procède à l'élection définitive».

2. La BVBA MARC VH-CONSULT, représentée par Monsieur VAN HEDDEGHEM, a été désignée en tant qu'administrateur par le Conseil d'administration en date du 11 décembre 2012 «jusqu'à nomination par la prochaine assemblée générale».

En l'espèce, l'Assemblée générale a eu lieu le 14 juin 2013. A cette occasion, elle a nommé Messieurs BEERLANDT et MOUTON, ainsi que la société B2B GROUP SA représentée par Monsieur UZGEN. Elle n'a cependant pas procédé à la

nomination de la BVBA MARC VH-CONSULT, de telle sorte que son mandat d'administrateur a pris fin à cette date.

Par conséquent, la délibération du Conseil d'administration, en ce qu'elle s'est déroulée avec la participation active d'une personne irrégulièrement désignée qui a inévitablement influencé le débat et le vote du Conseil d'administration, s'en trouve viciée, ce qui entraîne l'irrecevabilité de l'ensemble du recours. Il est, en effet, de jurisprudence constante qu'un soumissionnaire qui est une association momentanée ne peut valablement agir en justice que par l'intermédiaire de l'ensemble des membres qui la compose et qui doivent chacun avoir régulièrement pris la décision d'agir, ce qui n'est pas le cas en l'espèce".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'exception d'irrecevabilité procède de l'affirmation selon laquelle la délibération du conseil d'administration de la société BESIX RED, relative à l'introduction de la présente requête, est viciée, "en ce qu'elle s'est déroulée avec la participation active d'une personne irrégulièrement désignée qui a inévitablement influencé le débat et le vote de conseil d'administration".

Cette affirmation porte sur une simple hypothèse qu'aucun élément n'a permis de vérifier dans le cadre de la présente procédure. Elle ne peut raisonnablement fonder l'exception d'irrecevabilité, laquelle doit, en conséquence, être rejetée.

VII. PREMIER MOYEN – QUATRIEME BRANCHE

VII. 1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes soulèvent un premier moyen pris de la "violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 1^{er}, 16, 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 110, paragraphe 2, 105 paragraphe 1^{er}, 115 et pour autant que de besoin 116 de l'arrêté royal du [8] janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, du principe général d'égalité de traitement des soumissionnaires, pour autant que de besoin des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information, aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de motivation interne des actes administratifs, du principe général de bonne administration imposant à l'administration un devoir de minutie, du principe général

d'exercice effectif du pouvoir d'appréciation de l'administration, du principe général de bonne administration imposant à l'autorité un examen concret et pris de l'interdiction de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir".

Au titre de sa quatrième branche, elles le formulent comme suit:

" En ce que l'acte attaqué déclare l'offre des requérantes irrégulière au motif que constituerait une réserve entachant leur offre d'une irrégularité substantielle, la précision apportée par celles-ci dans la note explicative de la matrice financière en tant qu'elle se rapporte à un programme global, indiquant que «à l'usage de la matrice du plan financier, et en fonction des définitions reprises au cahier spécial des charges, nous avons constaté que, pour les sous-sols, les surfaces des locaux techniques et des circulations verticales ne rentrent ni dans la définition de "parking", ni dans celle de "caves" et ne sont donc comptabilisées nulle part dans le plan financier alors même qu'elles sont à construire»;

Que l'acte attaqué en déduit que les requérantes auraient «informé le pouvoir adjudicateur de ce que (leur) prix - résultant de l'utilisation de la matrice du plan financier - ne comporte pas le montant nécessaire à la construction des surfaces des locaux techniques et des circulations verticales» et que «en contradiction avec le prescrit du point 1.12 du cahier spécial des charges ("Il convient de présenter un plan financier comprenant la totalité des composantes du projet présenté. (...) L'ensemble des données est une des conditions de la régularité de l'offre"), le plan financier complété par ce compétiteur ne comprend pas la totalité des composantes du projet proposé»;

Et en ce que la partie adverse considère que l'offre des requérantes ne pourrait être rectifiée car aucun élément du dossier ne permettrait de connaître le nombre de m² manquants et que cette circonstance empêcherait la comparaison de cette offre avec celle des autres candidats qui pour leur part auraient «correctement réparti les surfaces en question dans les cellules consacrées au sous-sol, F76 et F77 (caves et parking logement conventionné) ainsi que F79 et F80 (caves et parking logement social)»;

[...]

Et alors que, quatrième branche, l'obligation de motivation des actes administratifs impose aux autorités administratives de motiver formellement et adéquatement leur décision, de sorte que celle-ci repose sur des motifs de fait et de droit exacts et pertinents et dépourvus de contradiction (articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, 64/4 et 64/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et principe général de motivation interne des actes administratifs);

Que l'administration doit ainsi formaliser dans l'acte, le raisonnement logique qui doit justifier adéquatement sa décision;

Qu'en l'espèce, l'acte attaqué fonde la déclaration d'irrégularité de l'offre des requérantes sur le fait que l'impossibilité de connaître le nombre exact de m² manquants rendrait leur offre incomparable à celles des autres compétiteurs «qui ont - eux - correctement réparti les surfaces en question dans les cellules consacrées au sous-sol», sans aucune autre explication;

Qu'une telle affirmation ne permet pas aux requérantes de comprendre la manière dont la partie adverse a analysé la régularité des offres des autres compétiteurs;

Que, dans la mesure où les surfaces des locaux techniques et des circulations verticales n'étaient pas mentionnées dans les cellules vertes à remplir dans la matrice financière, les parties requérantes sont en droit de s'interroger sur la manière dont la partie adverse a pu déduire avec certitude des offres des autres soumissionnaires que ceux-ci auraient effectivement et correctement répartis ces surfaces dans les cellules F76 et F77 pour les caves et les parkings des logements conventionnés, ainsi que dans les cellules F79 et F80 pour les caves et les parkings des logements sociaux;

Que l'extrait du registre des procès-verbaux du conseil d'administration de la s.a. ImmoTivoli se limite à «faire sien» le rapport d'analyse des offres;

Qu'à cet égard, le rapport d'analyse des offres n'est pas joint à l'acte attaqué et que les requérantes se sont heurtées à un refus de communication de ce rapport;

Que ni la motivation de l'acte attaqué, ni l'extrait du registre des PV de la partie adverse ne permettent donc aux requérantes de comprendre les motifs de leur éviction, tenant à l'irrégularité de leur offre au regard de celles des autres soumissionnaires;

Que le seul renvoi en note de bas de page à la notion de m² de sous-sol ne constitue pas à cet égard un motif pertinent et compréhensible; qu'en effet, cette définition ne permet pas de compléter les cellules de la matrice du plan financier, qui pour mémoire est verrouillée; et que le renvoi à cette définition n'explique en tout cas pas comment la partie adverse a pu déduire que les autres soumissionnaires avaient ajouté les surfaces litigieuses au plan financier;

D'où il suit que, l'acte attaqué n'est ni régulièrement motivé ni légalement justifié (violation des dispositions et principes visés au moyen spécialement les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 et 64/4 et 64/5 de la loi du 24 décembre 1993 et du principe de motivation interne des actes administratifs);

Qu'il suit de ce qui précède qu'en sa [quatrième] branche, le premier moyen est fondé et a fortiori sérieux".

B. Note d'observations

Les parties adverses répondent au moyen, ainsi délimité, dans les termes suivants:

" 3.6. QUATRIEME BRANCHE : IMPRECISION QUANT AU NOMBRE DE M²
[...]

3.6.2. Réfutation

40. Les parties requérantes ne peuvent nier qu'elles ont parfaitement connaissance de la mention qu'elles ont elles-mêmes insérée dans leur offre.

Sur ce point, la décision entreprise est parfaitement motivée : c'est en raison de la non-complétude du plan financier que la première partie adverse a déclaré irrégulière leur offre.

41. A titre subsidiaire, la critique des parties requérantes n'est pas sérieuse.

En effet, ce sont les requérantes elles-mêmes qui ont créé les circonstances ayant mené à la présente procédure dès lors qu'elles ont indiqué, dans leur offre, ne pas

avoir mentionné les surfaces, en sous-sol, pour les locaux techniques et les circulations verticales.

A partir du moment où les parties requérantes expriment clairement que leur offre ne contient pas les m² relatifs à ces deux éléments, la première partie adverse ne pouvait procéder valablement à la comparaison de leur offre avec celles des autres compétiteurs.

Les requérantes n'avaient, par ailleurs, pas indiqué dans cette note le nombre de m² que recouvraient ces deux postes, de telle manière que la première partie adverse ne pouvait «récupérer» l'irrégularité commise par les parties requérantes elles-mêmes, afin de procéder à la comparaison des offres.

42. Sur ce point, il y a lieu de rajouter que même à l'occasion de la présente procédure devant Votre Conseil, les parties requérantes restent en défaut de renseigner la superficie de ces éléments.

Aucun chiffre n'est avancé à cet effet !

Les parties requérantes, en réalité, ne savent pas identifier et chiffrer clairement la surface correspondant aux deux éléments précités.

Or, comme cela ressort du tableau repris au numéro 36, il y a manifestement une différence, en ce qui concerne les surfaces litigieuses, entre, d'une part, l'offre des parties requérantes et, d'autre part, les offres déposées par les autres compétiteurs au marché.

43. En ce qui concerne la deuxième critique avancée par les parties requérantes, il y a lieu de rappeler – et cela n'est à aucun moment contesté par les parties requérantes – que la première partie adverse leur a communiqué toute l'information légale exigée par l'article 65 de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics.

Au surplus, les offres ont été traitées de manière égale – spécialement sur les m² de sous-sol – comme on l'a vu (numéro 36)".

Au numéro 36 de leur note d'observations, les parties adverses font valoir ce qui suit :

" 36. Les autres compétiteurs au marché ont d'ailleurs rempli correctement la matrice financière, comme cela ressort du tableau repris ci-dessous qui compare les surfaces en sous-sol des différentes offres :

Comparatif des surfaces sous/sol				
OFFRES :	1	2	3*	4
GLOBAL (plan financier)				
Surface s/s parking conventionné :	7.524,00	6.450,00	7.153,00	7.509,00
Surface s/s parking social :	2.508,00	2.100,00	2.165,00	2.279,00
[Total parking]	10.032,00	8.550,00	9.318,00	9.788,00
Surface s/s caves conventionné :	1.040,00	1.554,00	1.348,00	1.699,00
Surface s/s caves social :	450,00	690,00	0,00	791,00
[Total caves]	1.490,00	2.244,00	1.348,00	2.490,00
TOTAL s/sol	11.522,00	10.794,00	10.666,00	12.278,00
*L'offre 3 n'a pas prévu de caves pour les logements sociaux				

On remarque que l'offre déposée par les parties requérantes (identifiée dans la colonne 2)

- Propose un nombre de m² bien moins élevé que les offres 1 et 4. Le déficit de surfaces non comptabilisées et donc non comprises dans le prix peut être évalué entre 900 et 1200 m² ;
- Dépasse de seulement 120 m² le nombre de m² sous-sol de l'offre 3, ce qui est difficilement compréhensible lorsque l'on sait que l'offre des parties requérantes prévoyait un double niveau en sous-sol d'une part et que l'offre 3 n'a pas prévu de caves pour les logements sociaux (ce qui a, notamment, fondé l'irrégularité – non contestée – de celle-ci)!".

Les parties adverses estiment dès lors que le moyen, en sa quatrième branche, n'est pas sérieux.

C. Requête en intervention

Les intervenantes s'emploient à réfuter le moyen, en sa quatrième branche, dans les termes suivants:

" Article 4 – Quatrième branche : Motivation régulière

1. Les parties requérantes soutiennent que la motivation de l'acte attaqué ne permettrait pas de comprendre la manière dont le pouvoir adjudicateur a analysé la régularité des offres des autres soumissionnaires, dès lors que, compte tenu de l'ambiguïté du cahier spécial des charges et du plan financier, rien ne permettrait de garantir que les autres soumissionnaires n'auraient pas, eux-aussi, exclu les surfaces des locaux techniques et des circulations verticales de leurs offres.

Comme le rappellent les parties requérantes, les offres des soumissionnaires bénéficient d'une présomption de régularité. Comme exposé supra, l'interprétation de la matrice financière était claire et devait logiquement et nécessairement conduire le soumissionnaire à inclure les locaux techniques et les circulations verticales au sein du poste «logement sous-sol» et à adapter leurs prix unitaires en conséquence. A défaut d'éléments tangibles susceptibles de mettre en question la régularité des offres, le pouvoir adjudicateur n'avait pas à en douter.

Comme exposé supra, le fait que les locaux techniques ou les surfaces verticales soient rattachés aux postes «caves», aux postes «parkings» ou soient répartis entre ces différents postes est sans incidence sur l'évaluation des offres, dès lors que le mode de calcul du prix de construction des parkings et des caves est identique [il s'agit d'un prix unitaire au m²] et que c'est le prix de construction global des logements à prix conventionné – comprenant notamment le coût des «caves» et des «parkings» – qui est pris en considération pour l'établissement du subside initial.

2. Le renvoi par le pouvoir adjudicateur, dans l'acte attaqué, à la définition de «m² sous-sol», afin de justifier l'irrégularité de l'offre des parties requérantes, est adéquat.

Il ressort, en effet, de cette définition que la notion de «m² sous-sol» couvre l'ensemble des surfaces construites sous le sol, ce qui englobait, nécessairement, les locaux techniques et les circulations verticales.

Par conséquent, l'acte attaqué est régulièrement motivé tant en la forme qu'au fond. Le moyen en cette branche n'est pas sérieux".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

La première partie adverse a déclaré l'offre des requérantes entachée d'une irrégularité substantielle, au motif que l'absence de comptabilisation, dans le plan financier, et de mention, en tout autre endroit du dossier, des surfaces des locaux techniques et des circulations verticales empêchait la comparaison de cette offre avec "celles des autres compétiteurs qui ont – eux – correctement réparti les surfaces en question dans les cellules consacrées au sous-sol, F76 et F77 (caves et parking logement conventionné) ainsi que F79 et F80 (caves et parking logement social)".

Pour statuer en ce sens, elle a dû, en vertu du principe d'égalité ainsi que de son devoir de minutie, s'assurer de ce que la comparaison avec les autres offres n'était effectivement pas possible, et de ce que les matrices du plan financier de chacune de ces autres offres intégraient bien les surfaces des locaux techniques et des circulations verticales, selon une ventilation ne faisant pas obstacle à une comparaison de ces offres entre elles.

En outre, elle était tenue, en vertu de l'obligation de motivation formelle qui lui incombe à l'égard d'une telle décision, d'exposer les éléments permettant de comprendre comment elle avait pu aboutir à la conclusion sur la base de laquelle elle a écarté l'offre des requérantes.

La lecture de l'acte attaqué et du rapport d'analyse des offres auquel il fait référence ne permet précisément pas de comprendre cette conclusion, ni même de savoir si la première partie adverse a préalablement procédé aux vérifications ainsi requises.

Il ne ressort d'ailleurs pas du dossier administratif que la première partie adverse aurait effectivement vérifié qu'aucune des autres offres n'était affectée de la même prétendue irrégularité.

La régularité des autres offres au regard des exigences relatives à la présentation du plan financier ne peut enfin être présumée sur la base d'une comparaison des surfaces en sous-sol respectivement proposées par chacune d'entre elles, ainsi que les parties adverses tentent tardivement de le faire admettre dans leur note d'observations.

Il suit de ces considérations que, "prima facie", la première partie adverse n'a pu écarter l'offre des requérantes sans méconnaître les principes et obligations précités, dont la violation est précisément invoquée par le moyen.

Le moyen doit, en conséquence, être déclaré sérieux en sa quatrième branche.

VIII. BALANCE DES INTERETS

Les parties adverses ne font état d'aucun élément imposant de constater que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision d'attribution attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

IX. CONFIDENTIALITE

Les requérantes demandent que soit maintenue la confidentialité de leur offre, qu'elles déposent en pièce 5 de leur dossier, tant que la confidentialité des offres des autres compétiteurs n'est pas levée.

Les parties adverses souhaitent garder la confidentialité des pièces 1 à 9 du dossier administratif, qu'elles désignent spécialement comme étant confidentielles.

Les intervenantes demandent que leur offre, déposée par les parties adverses, soit également soustraite à la consultation des parties.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme IMMO BAM et la société anonyme PARTICIPATION GESTION SYNERGIE, en abrégé PARGESY, dans la procédure en référé d'extrême urgence, est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision du conseil d'administration de la société anonyme IMMOTIVOLI du 18 décembre 2013 par laquelle celle-ci déclare irrégulière l'offre déposée par la société momentanée BESIX RED-B.P.I. dans le cadre du marché de promotion "Tivoli Quartier Durable" et attribue ledit marché à la société momentanée PARBAM.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

La pièce 5 du dossier de pièces des parties requérantes ainsi que les pièces 1 à 9 de la partie confidentielle du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, soustraites à la consultation des parties.

Article 5.

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 6.

Les dépens sont réservés.

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

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.