

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 231.358 du 27 mai 2015

G./A.199.735/VI-19.076

En cause : **la société anonyme EDIFICE INTERNATIONAL,**

ayant élu domicile
Motstraat, n° 54,
2800 Mechelen,

contre :

la ville de Spa,

ayant élu domicile chez
Me Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories, n° 2,
4020 Liège.

Parties intervenantes :

- 1. la société anonyme FOREMOST IMMO,**
- 2. la société coopérative à responsabilité limitée
SUMPROJECT ARCHITECTURE & ENGINEERING,**
- 3. la société privée à responsabilité limitée BARBARA
VAN DER WEE ARCHITECTS,**
- 4. la société anonyme DENYS,**

ayant élu domicile chez
Me Jos MERTENS, avocat,
Kortrijksesteenweg, n° 1144G,
9051 Gent.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 4 avril 2011, la société anonyme EDIFICE INTERNATIONAL demande l'annulation de "la décision du Collège communal de la ville de Spa, sis rue de l'Hôtel de Ville, 44, 4900 Spa, du 18 novembre 2010 par laquelle l'offre déposée par la S.A. EDIFICE INTERNATIONAL dans le cadre du marché public de travaux relatif à la conception, réalisation et exploitation d'un complexe immobilier à usages multiples situé à l'emplacement des anciens Thermes et du laboratoire Henrijean n'a pas été retenue et par laquelle le marché a été attribué à

l'association momentanée formée par la S.A. FOREMOST IMMO, la S.P.R.L. SUMPROJECT ARCHITECTURE & ENGINEERING, la S.P.R.L. BARBARA VAN DER WEE ARCHITECTS et la S.A. DENYS".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

L'arrêt n° 228.543 du 25 septembre 2014 a accueilli la requête en intervention introduite par la société anonyme FOREMOST IMMO, la société coopérative à responsabilité limitée SUMPROJECT ARCHITECTURE & ENGINEERING, la société privée à responsabilité limitée BARBARA VAN DER WEE ARCHITECTS et la société anonyme DENYS, a rejeté l'exception d'irrecevabilité soulevée par les parties adverse et intervenantes et a rouvert les débats pour le surplus.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport complémentaire.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 26 mars 2015, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 6 mai 2015 à 10 heures.

M. le Conseiller d'Etat, Serge BODART, a exposé son rapport.

M. Etienne LIVEMONT, administrateur délégué, comparaissant pour la partie requérante, Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me Thierry DELVAUX, *loco* Me Jos MERTENS, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, Eric THIBAUT, a été entendu 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

Les faits de la cause ont été résumés comme suit dans l'arrêt n° 228.543 du 25 septembre 2014 :

- " III.1. Le 30 janvier 2009, le conseil communal de la ville de Spa approuve le cahier spécial des charges relatif à la conception, réalisation et exploitation d'un complexe immobilier à usages multiples situé à l'emplacement des anciens thermes, du laboratoire Henrijean et des jardins du Casino.
- III. 2. Le 25 mai 2009, le conseil communal modifie le cahier spécial des charges suite à l'abandon du projet relatif au parking souterrain sous les jardins du Casino.
- III. 3. Le 17 décembre 2009, le collège communal décide de ne pas attribuer le marché et de lancer une nouvelle procédure, le cahier spécial des charges restant inchangé.
- III. 4. Les 6 et 7 janvier 2010, un avis de marché est publié au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne. Le marché public a pour objet la conception, le financement, la réalisation et l'exploitation d'un complexe immobilier à usages multiples situé à l'emplacement des anciens thermes et du laboratoire Henrijean.
- III. 5. La procédure retenue est celle de l'appel d'offres général soumis à publicité européenne et quatre critères d'attribution sont fixés en vue de déterminer l'offre régulière économiquement la plus intéressante.
- III. 6. Le 30 mars 2010, trois offres sont recueillies dont celle de la société requérante.
- III. 7. Le 27 avril 2010, le directeur des travaux établit un rapport préliminaire à l'attention du collège communal. Ce rapport souligne différents manquements dans les soumissions et propose au collège communal d'inviter les soumissionnaires à combler leurs lacunes.
- III. 8. Le 29 avril 2010, le collège communal décide de réclamer aux trois soumissionnaires les documents manquants et de les inviter à les remettre pour le 21 mai 2010 au plus tard.
- III. 9. Le 26 mai 2010, le directeur des travaux rédige un deuxième rapport. Il estime que les trois soumissionnaires peuvent être sélectionnés qualitativement mais que les offres doivent être considérées comme irrégulières. Il propose soit de relancer un nouveau marché, soit de passer en procédure négociée.
- III. 10. Le 27 mai 2010, le collège communal décide de proposer au conseil communal de passer en procédure négociée.
- III. 11. Le 4 juin 2010, le conseil communal décide de passer le marché par procédure négociée sans publicité. Les soumissionnaires répondant aux exigences en matière de sélection qualitative et ayant remis une offre conforme aux exigences formelles lors de la précédente procédure sont invités à remettre une nouvelle offre pour le 30 septembre 2010.
- III. 12. Le 22 juin 2010, une première rencontre est organisée avec les candidats ayant remis offre lors de la phase d'appel d'offres du marché. Le même jour, le directeur des travaux suggère au collège communal certaines modifications au cahier spécial des charges; celles-ci ont recueilli l'accord de tous les candidats.
- III. 13. Le 23 juin 2010, le collège communal suit la suggestion de son directeur des travaux et précise le périmètre du projet et le nombre minimal d'emplacements commerciaux.

III. 14. Le 2 juillet 2010, un courrier d'information est adressé aux différents candidats.

III. 15. Les trois candidats sont invités à présenter leur projet devant le Comité d'évaluation. Seules la société EDIFICE INTERNATIONAL et les parties intervenantes déposent une offre, ce que constate le procès verbal d'ouverture des soumissions du 30 septembre 2010.

III. 16. Le 22 octobre 2010, les offres sont évaluées par le Comité d'évaluation.

III. 17. Le 25 octobre 2010, le président du Comité adresse à la partie adverse un rapport d'évaluation. Le rapport propose d'attribuer le marché aux parties intervenantes.

III. 18. Le 15 novembre 2010, le directeur des travaux rédige un rapport final.

III. 19. Par délibération de son collège communal du 18 novembre 2010, la partie adverse attribue le marché aux parties intervenantes.

Il s'agit de l'acte attaqué, notifié à la société EDIFICE INTERNATIONAL par lettre du 3 février 2011.

III. 20. La décision attaquée est notifiée aux parties intervenantes le 29 mars 2011."

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Thèse de la requérante

La partie requérante prend un premier moyen de la violation de "l'article 17, § 2, 1°, d), de l'article 17, § 3, 1°, des articles 65/4, 65/5 et 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 1^{er}, 2, 3 et 4 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de motivation interne des actes administratifs, du principe général «*patere legem quam ipse fecisti*», des principes généraux de bonne administration, du principe de prudence ou «devoir de minutie» et de l'excès de pouvoir".

Elle expose, en substance, dans une première branche, que le marché public querellé a été attribué par procédure négociée sans qu'il puisse être déterminé si le pouvoir adjudicateur a fait usage de la procédure négociée avec publicité ou sans publicité et sans qu'il ne soit justifié que les conditions afin de recourir à l'une des hypothèses de la procédure négociée avec publicité ou sans publicité sont bien réunies.

La partie requérante explique que dans son courrier du 8 juin 2010, la partie adverse l'a informée que la procédure choisie était celle que vise l'article 17, § 3, 1° de la loi du 24 décembre 1993 précitée, qui impose le respect des règles de publicité, alors qu'il ressort de la décision d'attribution que la procédure dont il aurait été fait usage est la procédure négociée sans publicité, visée à l'article 17, § 2, 1°, d) de cette même loi.

Elle estime que si la partie adverse a entendu initialement faire usage de la procédure négociée avec publicité, pour ensuite décider de recourir à la procédure sans publicité, elle a violé la règle qu'elle s'était elle-même donnée. Elle ajoute qu'en toute hypothèse, la partie adverse aurait dû indiquer la raison pour laquelle elle a considéré que les conditions initiales du marché n'étaient pas modifiées et qu'elle pouvait donc recourir à cette procédure. La requérante expose, à cet égard, avoir été informée par un courrier du 2 juillet 2010 de deux modifications qu'elle considère comme substantielles, à savoir l'extension du périmètre d'intervention afin de permettre une meilleure mise en valeur du bâtiment et l'indication que "l'interprétation du chiffre concernant le nombre d'emplacements commerciaux : «...de l'ordre de dix» est à considérer comme un nombre d'emplacements ne pouvant pas être strictement inférieur à sept".

En réplique et dans son dernier mémoire, la partie requérante réitère, en substance, son argumentation. Elle estime que la légalité d'une décision relative au passage à la procédure négociée sur la base de l'article 17, § 2, 1°, d) de la loi du 24 décembre 1993 précitée doit s'apprécier au regard de l'ensemble de la procédure menant à la décision d'attribution. Elle répète que les conditions initiales du marché ont bien été substantiellement modifiées à l'occasion de la modification du périmètre initial et du nombre d'emplacements commerciaux, qui ne concernent pas des points marginaux. Ces modifications ont, en effet, selon elle, permis une refonte globale du projet, de sorte que la partie adverse ne pouvait, selon elle, pas recourir à la procédure négociée sans publicité sur la base de l'article 17, § 2, 1°, d) de la loi du 24 décembre 1993.

Dans son dernier mémoire, elle reproche à la partie adverse d'avoir, en substance, voulu favoriser l'offre des parties intervenantes.

Dans une seconde branche, la partie requérante fait valoir qu'à supposer que la partie adverse ait décidé de faire usage de la procédure négociée avec publicité, elle devait publier un nouvel avis de marché au Bulletin des adjudications et au Journal officiel des Communautés européennes, conformément à l'article 4 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, ce qu'elle n'a pas fait.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort de la délibération du 4 juin 2010, que le conseil communal de la partie adverse a décidé de passer le marché par une procédure négociée sans publicité, conformément à l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993. Il n'est d'ailleurs pas contesté qu'il n'a effectivement pas été recouru à la procédure négociée avec publicité visée à l'article 17, § 3, 1°, de cette loi. Il ne peut, en conséquence, pas être reproché à la partie adverse de ne pas s'être conformée à la procédure qu'elle avait décidé de suivre.

La circonstance que la lettre notifiant la décision du conseil communal à la requérante contient une erreur quant à la base légale de la procédure suivie est sans incidence sur la légalité de la décision elle-même. Cette erreur dans la notification de la décision n'a, par ailleurs, pas porté préjudice à la requérante puisque celle-ci a pu déposer une offre et défendre ainsi son projet.

Il est dès lors patent que la procédure suivie a été celle que prévoit l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993. Cette disposition prévoit ce qui suit :

- " Il peut être traité par procédure négociée sans respecter de règle de publicité lors du lancement de la procédure, mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services lorsque :
- 1° dans le cas d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services :
- [...]
- d) seules des offres irrégulières ont été déposées à la suite d'une adjudication ou d'un appel d'offres, ou qu'il n'a été proposé que des prix inacceptables, pour autant que :
- les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et que;
 - le pouvoir adjudicateur consulte tous les soumissionnaires qui répondaient aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique déterminées par le Roi et qui ont déposé une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure".

En l'espèce, le conseil communal de la ville de Spa a constaté en sa séance du 4 juin 2010 que seules des offres irrégulières avaient été présentées en réponse à un appel d'offres général pour le marché litigieux. Cette décision n'a pas été attaquée. Le caractère irrégulier des offres fonde donc adéquatement le recours à la procédure négociée sans publicité sur la base de la disposition citée, pour autant que soient respectées les deux autres conditions énoncées par celle-ci.

La requérante ne conteste pas que tous les soumissionnaires, y compris elle-même, répondant aux exigences en matière de sélection qualitative et ayant remis

une offre conforme aux exigences formelles lors de la précédente procédure ont été invités à remettre une nouvelle offre dans le cadre de la procédure négociée. Il a donc été satisfait à cette condition.

La partie requérante soutient, en revanche, qu'il n'a pas été satisfait à la condition de ne pas modifier substantiellement les conditions initiales du marché, dès lors que la décision du collège communal du 23 juin 2010 a redéfini le périmètre d'intervention du projet et précisé le nombre minimal d'emplacements commerciaux. Elle ne peut être suivie sur ce point. En effet, l'augmentation marginale du périmètre d'intervention ne peut être considérée comme une modification substantielle des conditions initiales du marché. Quant au nombre d'emplacements commerciaux, la précision apportée dans le courrier du 2 juillet 2010 revient à fixer un seuil minimal de sept emplacements commerciaux alors que seul un chiffre approximatif "de l'ordre de 10" avait été indiqué initialement. La partie requérante n'expose en quoi cette précision modifierait substantiellement les conditions du marché. Dès lors qu'est maintenue la substance des conditions du marché prescrites initialement, dont font partie les critères d'attribution, la partie requérante reste en défaut de démontrer que la partie adverse aurait violé le prescrit de l'article 17, § 2, 1°, d), en faisant usage de la procédure négociée sans publicité pour passer son marché.

Le premier moyen n'est pas fondé en sa première branche.

Quant à la seconde branche, le mode d'attribution du marché étant la procédure négociée sans publicité, la partie adverse n'avait pas à procéder à la publication d'un nouvel avis de marché au Bulletin des adjudications ou au Journal officiel des Communautés européennes.

Le premier moyen n'est pas fondé en sa seconde branche.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Thèse de la requérante

La partie requérante prend un deuxième moyen de la violation "des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 122^{ter} 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 des soumissionnaires, des principes généraux de bonne administration et de l'excès de pouvoir".

Elle reproche, en substance, à la partie adverse d'avoir apporté des modifications au marché au cours de la négociation dans le but de favoriser l'offre des parties intervenantes. Elle fait valoir que dans le cadre de la procédure d'appel d'offres général, l'offre déposée par celles-ci était non conforme au cahier spécial des charges en ce qu'elle proposait un projet qui sortait de l'emprise territoriale délimitée par celui-ci. Selon la requérante, en modifiant le périmètre de l'emprise du projet dans le cadre de la procédure négociée qui a suivi, la partie adverse a permis de déclarer conforme l'offre des intervenantes et n'a pas respecté l'égalité de traitement des soumissionnaires.

Elle précise, en réplique, que, même si la procédure négociée autorise la négociation avec les soumissionnaires, cette négociation doit avoir lieu dans le respect du principe d'égalité des soumissionnaires. Or, il est, selon elle, incontestable, au regard de la manière dont l'ensemble de la procédure d'attribution s'est déroulée, que la partie adverse a modifié le périmètre d'intervention du projet afin de favoriser l'offre des parties intervenantes au détriment de la sienne.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le marché litigieux a fait l'objet d'une procédure négociée sans publicité. L'autorité dispose dans le cadre de cette procédure d'une marge de manœuvre la plus ample qui soit. Toutefois, indépendamment du respect des conditions dans lesquelles il peut être recouru à cette procédure, prévues par l'article 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993, le pouvoir adjudicateur se doit également d'observer dans pareil cas les règles de "bonne administration", dont le principe d'égalité entre soumissionnaires.

En l'espèce, lors des négociations, la partie adverse a constaté que l'élargissement du périmètre initial d'intervention du projet présentait un avantage pour la ville. Dès lors, en vue d'améliorer le projet de réhabilitation en cause, elle a proposé à tous les soumissionnaires d'adapter leur offre au périmètre modifié. Tous ont donc eu la possibilité de remettre une offre sur un périmètre modifié. En outre, ainsi qu'il ressort de l'examen du premier moyen, les modifications ne présentaient pas un caractère substantiel. La partie requérante ne soutient, du reste, pas que le délai qui a été offert aux soumissionnaires pour déposer leur offre adaptée aurait été manifestement insuffisant.

La seule circonstance que les parties intervenantes avaient dans leur projet initial proposé un périmètre d'intervention plus large que celui que prévoyait le cahier spécial des charges ne suffit pas à démontrer que la modification litigieuse avait pour but de favoriser ce projet ni même qu'elle ait eu concrètement ce résultat.

Le deuxième moyen n'est pas fondé.

VI. TROISIEME MOYEN

VI. 1. Thèse de la requérante

La partie requérante prend un troisième moyen de la violation "des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 17, § 2, 1^o, d), de l'article 17, § 3, 1^o, des articles 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 122*bis* et 122*ter* 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 9 des clauses administratives particulières du cahier spécial des charges approuvé par le conseil communal de spa le 25 mai 2009 [...], du principe général d'égalité des soumissionnaires, du principe de transparence, du principe général de motivation interne des actes administratifs, des principes généraux de bonne administration, du principe de prudence ou «devoir de minutie» et de l'excès de pouvoir".

Elle expose, dans une première branche, que les six sous-critères relatifs au premier critère d'attribution ne sont pas mentionnés dans l'avis de marché, qu'ils ne sont pas définis clairement comme des sous-critères d'attribution dans le cahier spécial des charges et qu'aucune pondération n'a été donnée à aucun de ces sous-critères par la partie adverse. Il en résulte, selon elle, qu'au moment de la préparation de son offre, elle n'a pas eu connaissance de la portée de chacun de ces sous-critères et n'a donc pas pu préparer son offre en toute connaissance de cause. Elle ajoute que la partie adverse n'a pas davantage déterminé la pondération de ces sous-critères préalablement à l'ouverture des offres ni encore à l'occasion de la comparaison des offres dans la décision motivée d'attribution. En agissant de la sorte, la partie adverse s'est, estime-t-elle, accordé une liberté inconditionnée relative au premier critère d'attribution, lequel représente à lui seul trente-cinq pourcents des points.

Dans son mémoire en réplique et dans son dernier mémoire, elle précise qu'il résulte clairement de la décision motivée d'attribution que la partie adverse a apprécié les offres des soumissionnaires concernant le premier critère au regard de six sous-critères et que l'existence de tableaux dans lesquels sont formulées des

appréciations distinctes démontre clairement qu'il s'agissait là de sous-critères autonomes. Elle ajoute que le premier critère n'a pas fait l'objet d'une appréciation globale. Elle répète que ni dans l'avis de marché, ni dans le cahier spécial des charges, la partie adverse n'a identifié comme tels ces sous-critères et qu'elle n'a pas davantage établi de coefficient de pondération pour chacun des sous-critères, alors qu'une telle pondération aurait permis d'avoir connaissance de la portée précise de chacun des sous-critères et de préparer son offre en connaissance de cause. Elle soutient que l'absence de pondération de ces sous-critères dans la décision d'attribution l'empêche de savoir qu'elle a été l'importance donnée par la partie adverse à chacun des sous-critères et de s'assurer que la partie adverse n'a pas favorisé les parties intervenantes en donnant une importance plus grande à l'un ou l'autre sous-critère. Elle expose que si elle avait eu connaissance de ces sous-critères en temps utile, elle aurait préparé son offre autrement et n'aurait pas fait l'objet de nombreux éléments considérés comme défavorables par la partie adverse.

Dans une seconde branche, la requérante fait valoir que le premier critère ainsi que le deuxième sont particulièrement vagues et imprécis et ont pour effet de conférer à la partie adverse une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché. Elle estime que la combinaison de ces deux critères, qui atteignent à eux seuls cinquante pourcents des points, laissent à la partie adverse un pouvoir d'appréciation complètement arbitraire afin d'attribuer le marché à l'un ou l'autre des soumissionnaires. Elle fait valoir que son offre et celle des intervenantes ont obtenu un nombre de points similaires pour les troisième et quatrième critères d'attribution qui reposent, quant à eux, sur des critères objectifs. Elle considère donc que l'attribution du marché s'est décidée sur la base de l'appréciation des premier et deuxième critères d'attribution. Or, elle estime qu'"il ressort de la décision motivée d'attribution que ces critères et sous-critères ont été évalués par la ville de Spa sur base de considérations relevant d'une interprétation des critères et sous-critères d'attribution qui lui était propre et qu'un soumissionnaire normalement diligent n'aurait pas forcément interprété de la même manière". Elle soutient encore "qu'en réalité, les premier et deuxième critères étaient tellement vagues et imprécis qu'ils ont eu pour effet de conférer à la ville de Spa une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché" et que "de tels critères, qui ne sont pas objectifs et ne peuvent dès lors s'appliquer indistinctement à toutes les offres, ne sont pas admissibles".

Dans son mémoire en réplique et dans son dernier mémoire, elle explique que le fait que la partie adverse attende du projet qu'il mette en valeur un patrimoine remarquable et en tire le meilleur parti n'implique absolument pas qu'il soit raisonnable pour elle de rechercher à réaffecter le bâtiment des anciens thermes sur la base de critères et sous-critères manifestement flous. Elle soutient que ceux-ci ayant

été définis par le cahier spécial des charges d'une manière particulièrement imprécise, la partie adverse les a appliqués d'une manière qui n'était pas prévisible pour un soumissionnaire normalement diligent. Elle ajoute que la partie adverse a pris en compte des éléments qui n'avaient même pas été mentionnés dans le cahier spécial des charges, tels que la distinction entre le moderne et l'ancien sur laquelle la partie adverse semble s'être principalement fondée pour apprécier le premier critère. Elle fait encore valoir que la circonstance que la partie adverse a sollicité l'avis d'un comité d'évaluation ne modifie rien au constat qu'elle dresse. En effet, elle considère que si les critères et sous-critères d'attribution laissent une liberté inconditionnée à la partie adverse pour cinquante pourcents des points, il en va de même pour le comité d'évaluation qui disposait donc également d'une liberté inconditionnée pour émettre ses propres appréciations quant aux premier et deuxième critères et sous-critères.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

En ce qui concerne la première branche du moyen, le cahier spécial des charges présente le premier critère d'attribution de la manière suivante :

" Les qualités intrinsèques du projet

Bâtiment emblématique de Spa, l'établissement des anciens thermes est l'unique témoin de l'architecture thermale du 19^{ème} siècle en Belgique. La valeur patrimoniale remarquable de l'établissement doit constituer un point d'appui pour le réaménagement.

Adjacent au bâtiment des thermes, la construction à vocation résidentielle doit également présenter une grande qualité architecturale, s'intégrant harmonieusement avec les anciens thermes.

Le pouvoir adjudicateur est attaché à la valeur architecturale du projet, à savoir notamment la qualité des études réalisées, la manière dont il est tiré parti des caractéristiques remarquables du bâtiment des anciens thermes, la mise en valeur des façades tant extérieures qu'intérieures du bâtiment, la qualité de l'isolation des bâtiments, selon qu'il s'agisse des bâtiments neufs ou des bâtiments anciens à rénover, les caractéristiques qualitatives et esthétiques des matériaux mis en œuvre, et le niveau des performances énergétiques des bâtiments.

Des synergies devront être mises en place pour renforcer l'intégration économique du thermalisme à Spa. L'originalité et l'attractivité du concept développé, tant pour l'hôtel, la fonction culturelle que pour les commerces, devra permettre de créer un pôle de développement économique dynamique.

Le projet devra amplifier les retombées financières au plan local, contribuant à une dynamique de développement local.

Finalement, les activités mises en place devront contribuer à un développement durable.

Les qualités intrinsèques du projet forment le premier critère d'attribution à concurrence de 35 % des points".

Il ressort du rapport d'analyse des offres que la partie adverse a apprécié les qualités intrinsèques du projet au regard de :

- la "qualité des études réalisées";
- la "qualité architecturale du nouveau bâtiment, intégration avec les anciens thermes, les anciens thermes sont-ils un point d'appui pour le réaménagement ?";
- la "manière dont il est tiré parti des caractéristiques remarquables du bâtiment des anciens thermes, mise en valeur des façades tant extérieures qu'intérieures";
- la "performance énergétique, qualité de l'isolation";
- les "synergies pour renforcer l'intégration économique du thermalisme";
- l'"originalité et attractivité du concept développé, en vue de permettre la création d'un pôle de développement économique dynamique, dynamique de développement local".

En agissant ainsi, la partie adverse n'a pas établi, pour comparer les offres, des sous-critères qui n'étaient mentionnés ni dans le cahier des charges, ni dans l'avis de marché; elle n'a pas non plus affecté de coefficients de pondération à ces sous-critères.

La partie adverse a relevé dans l'énoncé du premier critère des éléments objectifs qui sous-tendent l'appréciation des offres par rapport à ce critère. Cet énoncé met en évidence certains aspects du critère pour permettre de dégager les éléments favorables et défavorables de chacune des offres.

Les éléments objectifs relevés dans le rapport d'analyse des offres figurent tous dans l'énoncé du premier critère. Les soumissionnaires savaient donc, dès la préparation de leur offre, que celle-ci serait jugée par rapport à des éléments tels que, par exemple, la performance énergétique, la qualité architecturale du nouveau bâtiment ou encore l'originalité et l'attractivité du concept développé, éléments présents textuellement dans l'énoncé du premier critère.

La partie requérante ne peut dès lors être suivie lorsqu'elle soutient que la partie adverse n'a pas informé les soumissionnaires, au moment de la préparation de leurs offres, des éléments qu'elle entendait prendre en considération pour apprécier les qualités intrinsèques du projet.

La partie adverse n'a dès lors méconnu ni le principe général d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, ni celui de transparence.

Le troisième moyen n'est pas fondé en sa première branche.

En ce qui concerne la seconde branche du moyen, le cahier spécial des charges explicite comme suit le but recherché par la partie adverse : "Prenant appui sur son histoire et sa fonction étroitement liées au développement du thermalisme à Spa, et sur sa situation au cœur de la ville d'eau, le complexe immobilier des anciens thermes est appelé à devenir un pôle d'animation majeur de la ville de Spa tout en faisant vivre la mémoire du thermalisme dans l'esprit de l'avant projet d'aménagement primé par la consultation populaire du 22 avril 2007". Ce complexe immobilier devra intégrer cinq fonctions, dont une fonction culturelle sous la forme de l'aménagement d'un espace ouvert au public au sein des anciens thermes, rappelant le passé du bâtiment et le mettant en valeur. La partie adverse attend du projet qu'il mette en valeur ce patrimoine classé et en tire le meilleur parti.

Afin de rencontrer au mieux ses objectifs, la partie adverse a choisi comme premier et deuxième critères d'attribution les "qualités intrinsèques du projet" et l'"aspect culturel". Elle précise, pour le premier critère, être attachée "à la valeur architecturale du projet, à savoir notamment la qualité des études réalisées, la manière dont il est tiré parti des caractéristiques remarquables du bâtiment des anciens thermes, la mise en valeur des façades tant extérieures qu'intérieures du bâtiment, la qualité de l'isolation des bâtiments, selon qu'il s'agisse des bâtiments neufs ou des bâtiments anciens à rénover, les caractéristiques qualitatives et esthétiques des matériaux mis en œuvre, et le niveau des performances énergétiques des bâtiments". Concernant le deuxième critère, la partie adverse indique être attentive à "la qualité de l'espace culturel à aménager au sein du bâtiment des anciens thermes, ainsi [qu'au] contenu de cet espace rappelant l'histoire du bâtiment, l'importance des thermes au sein de la ville d'eau".

Ces deux premiers critères d'attribution sont clairement liés à l'objet du marché. S'agissant d'un marché portant sur la réaffectation d'un patrimoine architectural prestigieux, le pouvoir adjudicateur a pu décider que les "qualités intrinsèques du projet" et son "aspect culturel" pouvaient figurer parmi les critères de nature à guider son choix. Ces critères ne présentent pas un caractère aléatoire ou imprécis et la partie requérante ne démontre pas que la partie adverse les aurait appliqués de manière discriminatoire.

Le troisième moyen n'est pas fondé en sa seconde branche.

VII. QUATRIEME MOYEN

VII. 1. Thèse de la requérante

Dans un quatrième moyen, la partie requérante invoque la violation "des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 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 122bis et 122ter 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative a la motivation formelle des actes administratifs, des articles 2, 7, 8.2 et 9 des clauses administratives particulières du cahier spécial des charges approuvé par le conseil communal de spa le 25 mai 2009 [...], du principe général d'égalité des soumissionnaires, du principe de transparence, du principe général «*patere legem quam ipse fecisti*», du principe général de motivation interne des actes administratifs, des principes généraux de bonne administration, du principe de prudence ou «devoir de minutie», du principe général du raisonnable, du principe général de proportionnalité, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir".

Elle expose, en substance, que la décision attaquée ne lui permet pas de comprendre les motifs pour lesquels son offre n'a pas été retenue au regard des critères d'attribution. Dans une première branche, elle explique que si elle comprend les raisons qui ont mené à lui attribuer quarante-deux points et sept dixièmes et à attribuer quarante-deux points et neuf dixièmes aux parties intervenantes pour les troisième et quatrième critères d'attribution, il n'en va pas de même, en revanche, pour ce qui est des premier et deuxième critères, sur lesquels s'est jouée l'attribution du marché. Elle relève que ces deux critères ont été évalués par le comité d'évaluation dans son rapport, dont la partie adverse reproduit dans sa décision les conclusions, mais sans en reprendre les motifs et sans joindre le rapport complet dudit comité. Les motifs qui ont conduit le comité d'évaluation à mieux noter l'offre des intervenantes que la sienne lui sont donc inconnus, en sorte qu'elle ne peut pas comprendre les motifs pour lesquels une note inférieure lui a été attribuée. Elle ajoute qu'il ressort également de la décision motivée que la partie adverse s'est déparée de l'évaluation réalisée par le comité d'évaluation alors qu'elle s'était elle-même imposée cette évaluation et qu'elle ne donne pas les raisons pour lesquelles elle agit de la sorte. Elle observe encore que la partie adverse attribue davantage de points à l'offre des parties intervenantes qu'à la sienne pour le critère "valeur intrinsèque du projet" au motif que l'offre des intervenantes privilégie "l'ancien" tandis que la sienne privilégie "le moderne". Or, elle considère que le critère d'attribution défini dans le cahier spécial des charges

n'indique pas qu'il convenait de privilégier "l'ancien" au "moderne". La partie requérante estime encore que la décision d'attribution ne contient aucun élément permettant de savoir précisément comment la partie adverse est arrivée à un total de trente points pour les parties intervenantes et à un total de vingt points pour elle, le tableau repris dans la décision motivée ne contenant aucune pondération des sous-critères ni aucune explication quant aux éléments pris en compte pour arriver à ces notes. Elle considère que l'attribution de ces points semble résulter d'un pouvoir d'appréciation arbitraire du pouvoir adjudicateur et qu'il en va de même concernant le critère "aspect culturel". Concernant ce critère, elle observe que les intervenantes ont obtenu douze points tandis qu'elle-même n'en a obtenu que huit, sans que la décision d'attribution ne permette de comprendre comment la partie adverse est parvenue à ces chiffres. Elle estime qu'en l'absence d'explication, l'attribution de ces points semble également résulter d'un pouvoir d'appréciation arbitraire. La partie requérante soutient que cette absence d'explication quant à l'attribution des points pour les deux premiers critères rend l'attribution du marché arbitraire puisque c'est sur la base des points attribués au regard de ces deux critères que le marché a été attribué. Cette absence d'explication rend, selon elle, la motivation de la décision d'attribution déficiente et contraire aux dispositions visées au moyen.

Elle réitère, en substance, son argumentation dans son mémoire en réplique et dans son dernier mémoire, tout en ajoutant que la partie adverse aurait dû déterminer dès la rédaction du cahier des charges sa préférence pour une approche ancienne plutôt qu'une approche moderne. Elle estime que si une autorité a une préférence dans le cadre d'un projet à développer, il est manifestement déraisonnable de considérer que celle-ci n'aurait pu le savoir qu'après comparaison des offres.

Dans une seconde branche, la requérante constate que même les appréciations contenues dans la décision d'attribution attestent que la partie adverse a clairement entendu favoriser l'offre des parties intervenantes au détriment du respect du cahier spécial des charges. Elle indique "que la ville de Spa ne manque pas de souligner la qualité de l'offre de Foremost pour tout et n'importe quoi, tandis qu'au contraire, tout est prétexte pour souligner les éléments négatifs de [son] offre". Elle reproche à la partie adverse d'être ainsi passé outre le cahier spécial des charges "afin de favoriser l'offre de Foremost". Elle énumère, ensuite, une série de points sur lesquels l'offre des intervenantes ne satisfait, selon elle, pas au cahier spécial des charges alors cependant qu'aucun élément négatif n'est repris à cet égard dans le tableau de comparaison des offres. Elle relève encore que l'offre des parties intervenantes prévoit la démolition d'une partie du bâtiment classé et estime que "cette option ne cadre manifestement pas avec le cahier spécial des charges" mais qu'aucun élément négatif n'est mentionné à cet égard dans le tableau d'évaluation des offres.

Elle soutient également que l'hôtel proposé par les intervenantes ne pourrait correspondre à un hôtel de catégorie égale ou supérieure à 4 étoiles, alors qu'il s'agissait d'une exigence du cahier spécial des charges. Elle appuie son argumentation sur ce point, d'une part, sur des considérations relatives aux normes fixées par la réglementation applicable en Région wallonne, auxquelles plus de trente pourcents des chambres prévues par les intervenantes ne satisferaient pas selon elle, et d'autre part, sur une estimation du montant consacré dans leur offre à l'investissement hôtelier, qu'elle juge insuffisant en se basant sur une comparaison avec les montants applicables à Bruxelles. Elle critique également le fait que la partie adverse a considéré comme un élément favorable dans l'offre des intervenantes la présence d'une brasserie parmi les commerces alors qu'une brasserie ne peut être considérée comme un commerce de luxe. Elle expose, en revanche, que son projet présente toutes les garanties de faisabilité, à la différence de l'offre des intervenantes, ce qui n'a pas été examiné par la partie adverse qui n'a, en conséquence, "manifestement pas examiné avec minutie les offres qui lui étaient présentées et a commis une erreur manifeste d'appréciation".

Elle ajoute dans son mémoire en réplique et dans son dernier mémoire qu'au vu des documents du dossier administratif qu'elle est autorisée à consulter, elle a constaté que des documents étaient toujours manquants dans l'offre finale des intervenantes. Elle souligne aussi que concernant l'aspect financier de l'offre des parties intervenantes, une autorité normalement prudente et diligente aurait dû se rendre compte de l'absence de faisabilité du projet et opérer une vérification.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

En ce qui concerne la première branche du moyen, le pouvoir adjudicateur dispose lorsqu'il a recours à la procédure négociée, d'un pouvoir d'appréciation très ample. Il ne peut, toutefois, pas l'exercer arbitrairement et est notamment tenu d'observer la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et les règles qu'il s'est imposées à lui-même par le biais des documents du marché.

En l'espèce, la partie adverse devait choisir l'attributaire du marché sur la base de quatre critères d'attribution. La décision attaquée fait ressortir à suffisance que les offres ont été examinées et classées par rapport à ces critères, la décision précisant pour chacun des critères la note obtenue par chacune des offres et les motifs de celle-ci. Concernant en particulier les deux premiers critères, elle indique les raisons pour lesquelles la partie adverse a accordé pour le premier critère "qualités intrinsèques du projet" trente points aux intervenantes et vingt points à la requérante,

sur un total de trente-cinq points, et pour ce qui est du deuxième critère "aspect culturel", douze points aux intervenantes et huit points à la partie requérante, sur un total de quinze points.

Tant pour le premier critère que pour le deuxième, la partie adverse a relevé les éléments favorables et défavorables présents dans chacune des offres. Il apparaît du tableau reprenant les éléments jugés positifs et négatifs que l'offre des intervenantes comporte plus d'éléments jugés favorables et moins d'éléments jugés défavorables que l'offre de la partie requérante.

La décision attaquée indique donc à suffisance les raisons pour lesquelles l'offre des intervenantes a été retenue, étant l'offre régulière la plus avantageuse. Exiger davantage de précisions reviendrait à obliger le pouvoir adjudicateur à fournir les motifs des motifs qu'il a retenus pour justifier sa décision.

Le collège communal a examiné les offres soumises par les candidats et attribué le marché conformément au Code de la démocratie locale et de la décentralisation. Il était, dans ce cadre, libre de s'entourer de tout avis jugé utile. En l'occurrence, il a désigné un comité d'évaluation afin de l'aider à déterminer la meilleure offre. Ce comité a analysé les dossiers, auditionné les soumissionnaires, évalué les offres et a ensuite rendu son avis. Le collège communal a, en substance, suivi cet avis, mais sur la base d'une motivation qui lui est propre. Il n'a donc pas usé de la technique de la motivation par référence et, partant, n'avait ni à révéler, dans l'acte du 18 novembre 2010, la motivation du comité d'évaluation, ni à joindre cette motivation en annexe à sa décision.

La partie adverse a, par ailleurs, fait le choix de privilégier l'"ancien" par rapport au "moderne". Dès lors que ce choix est effectué dans le respect des lignes directrices du projet, elle pouvait exercer à cet égard son pouvoir discrétionnaire sans commettre aucune erreur manifeste d'appréciation. Rien ne vient, par ailleurs, étayer l'affirmation de la partie requérante selon laquelle ce choix ne résulterait pas de la comparaison des offres, mais d'un parti pris de départ qui n'aurait pas été exprimé.

Le quatrième moyen n'est pas fondé en sa première branche.

En ce qui concerne la deuxième branche du moyen, l'article 7 des clauses administratives particulières du cahier spécial des charges imposait aux soumissionnaires de joindre notamment à leur offre les formulaires de soumission et inventaire dûment complétés et signés ainsi que la documentation technique permettant au pouvoir adjudicateur d'apprécier le contenu concret de l'offre. Il ressort

du dossier administratif que les intervenantes ont déposé les formulaires de soumission et inventaire complétés et signés par le représentant de la société momentanée ainsi qu'une attestation complémentaire du 20 mai 2010 identifiant les centres d'enfouissement techniques vers lesquels seront évacués les déchets. En ce qui concerne les plans à l'échelle 1/100^{ème}, le devis, le planning, les objectifs de consommation d'énergie primaire escomptés, les images de synthèse "photoréalistes" et le support informatique démontrant l'intégration du projet dans son environnement, à supposer même que les parties intervenantes ne les ait pas joints à leur offre, aucune sanction n'était prévue dans cette hypothèse, en sorte que la partie adverse a pu prendre en considération cette offre.

La partie requérante reproche, par ailleurs, à la partie adverse de ne pas avoir retenu comme élément négatif le fait que l'offre des intervenantes prévoit la démolition d'une partie du bâtiment classé. Il n'est toutefois pas contesté que la démolition ainsi projetée vise à permettre une restauration du bâtiment dans sa configuration d'origine. La partie adverse a dès lors pu considérer que cette démolition, pour peu qu'elle obtînt au stade de l'exécution le certificat de patrimoine exigé par le cahier spécial des charges, était de nature à mettre en valeur le patrimoine architectural des anciens thermes. Il n'apparaît dès lors pas qu'en n'y attachant pas une valeur négative, la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation ou qu'elle aurait cherché à favoriser l'offre des intervenantes.

L'argumentation de la partie requérante relativement à la faisabilité de l'offre des intervenantes en ce qui concerne le volet hôtelier du projet revient, par ailleurs, à inviter le Conseil d'Etat à substituer son appréciation à celle de la partie adverse. Il ne peut, en effet, être déduit de cette argumentation que la partie adverse aurait commis sur ce point une erreur d'appréciation qui puisse être qualifiée de manifeste. Quant à la conformité aux normes pour l'obtention d'un classement 4 étoiles, il revient, en effet, à l'adjudicataire de démontrer au stade de l'exécution du contrat, auprès du Commissariat général au tourisme de la Région wallonne, que l'hôtel qu'il se propose de construire permet d'obtenir ce classement. S'agissant de l'aspect financier de l'offre des parties intervenantes, la partie requérante n'établit pas que les marchés bruxellois et spadois seraient comparables, en sorte que ses développements ne suffisent pas à démontrer que la partie adverse aurait fait une évaluation manifestement déraisonnable ou aurait manqué à son devoir de minutie dans l'examen des offres en ne pénalisant pas l'offre des intervenantes en raison d'un apparent manque de faisabilité. De même, l'affirmation de la requérante selon laquelle l'implantation d'une brasserie serait inconciliable avec un environnement de commerces de luxe s'apparente à une pure pétition de principe qu'aucun élément

concret ne vient corroborer, les prix pratiqués et le type de cuisine servie pouvant fortement varier en fonction des établissements repris sous cette dénomination.

Le quatrième moyen n'est pas fondé en sa seconde branche.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 675 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

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

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. Michel PAQUES,
Serge BODART,
Vincent DURIEUX,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Odile DAURMONT.