

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 238.700 du 28 juin 2017

A.218.001/VI-20.684

En cause :

- 1. la société de droit français NACARAT,**
- 2. la société anonyme IMMO JCX,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Véronique VANDEN ACKER,
François VISEUR et Sophie CHARLIER, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles,

contre :

**la Société de Développement pour la Région de
Bruxelles-Capitale, en abrégé S.D.R.B,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Patrick THIEL et
Christophe DUBOIS, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête déposée sur le site internet du Conseil d'État le 4 janvier 2016, la société de droit français NACARAT et la société anonyme IMMO JCX sollicitent l'annulation de "la décision de la partie adverse du 30 octobre 2015 «d'attribuer le marché relatif au développement de 16.500 m² de plancher de logements conventionnés locatifs et acquisitifs (130 unités) et 500 m² de crèche à l'offre 4, c'est-à-dire IMMO BAM, pour un montant de 31.932.374,96 EUR HTVA dont 6.161.280,96 sont couverts par un subside» et, par conséquence, de ne pas leur attribuer le marché de promotion de travaux en question".

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^{me} Nathalie VAN LAER, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont, chacune, déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 23 janvier 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 22 février 2017.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948, précité, ont été acquittés.

M. David DE ROY, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e François VISEUR, avocat, comparaisant pour les parties requérantes et M^e Patrick THIEL, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Nathalie VAN LAER, premier auditeur, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

1. Le 1^{er} juin 2010, la Société du Logement de la Région de Bruxelles-Capitale (en abrégé S.L.R.B.) et la Société de Développement pour la Région de Bruxelles-Capitale (en abrégé S.D.R.B.) concluent une convention de

collaboration relative au développement immobilier du site "Compas". Il s'agit d'un terrain vague à réurbaniser, situé sur le territoire de la commune d'Anderlecht et de la commune de Molenbeek-Saint-Jean.

2. Un permis de lotir visant le terrain est délivré le 31 mai 2013. Le point 3.5.1 du cahier spécial des charges mentionne que "[l]e permis de lotir définit une superficie constructible maximale hors sol de 16.644 m² et projette la construction d'environ 132 logements et d'un équipement".

3. Le même cahier spécial des charges, mentionne, au titre de la désignation du marché, qu'il est décidé de passer un marché conjoint de promotion de travaux pour le développement de "logements conventionnés acquisitifs et locatifs et crèche" sur le site "Compas".

La procédure d'attribution retenue est l'appel d'offres restreint avec publicité européenne.

Un avis de marché a été publié le 28 juin 2014 au Journal Officiel de l'Union européenne et le 23 juin 2014 au Bulletin des adjudications.

Le marché est régi par le cahier spécial des charges référencé RU/06-2014 - CSC COMPAS.

Le cahier spécial des charges mentionne, comme suit, en son point 1.2., l'existence de deux pouvoirs adjudicateurs :

- " Le projet est développé dans le cadre d'un marché public conjoint pour le compte de deux pouvoirs adjudicateurs. Les pouvoirs adjudicateurs sont :
- Citydev.brussels, statutairement appelé la Société de Développement pour la Région de Bruxelles-Capitale, ci-après dénommée S.D.R.B., organisme de droit public, dont le siège social est situé à 1080 Bruxelles, rue Gabrielle Petit n°6;
 - la Société du Logement de la Région de Bruxelles-Capitale, ci-après dénommée S.L.R.B., société anonyme de droit public, dont le siège social est situé à 1060 Bruxelles, rue Jourdan, 45-55.
- Néanmoins, la S.D.R.B., sera le Maître d'ouvrage du projet dans son ensemble, dans le sens où elle sera le fonctionnaire dirigeant du marché, au sens de la loi du 15 juin 2006 sur les marchés publics. Le(s) fonctionnaire(s) dirigeant(s) sera/seront désigné(s) lors de la notification du marché".

4. L'objet du marché est décrit comme suit:

- " la réalisation d'immeubles de logements conventionnés acquisitifs et locatifs, une

crèche et l'aménagement d'espaces publics (voiries, trottoirs, espaces verts, impétrants, équipements,...).

Ce projet devra être conçu, réalisé, financé et vendu par le promoteur [...].

L'ensemble de ce développement s'inspirera des objectifs de durabilité tels que définis au travers des trois piliers du développement durable : écologie, économie et social.

Les logements neufs doivent viser l'exemplarité en matière énergétique".

Il y a donc deux types de logements à construire :

- des logements conventionnés acquisitifs, devant répondre aux prescriptions du logement la S.D.R.B.;
- des logements conventionnés locatifs, devant répondre aux prescriptions du logement de la S.L.R.B.

5. S'agissant du "logement conventionné acquisitif", le cahier spécial des charges contient, en son point 3.5.2., la précision suivante:

- " Le projet devra prévoir au moins 40% de logements de 2 chambres et 40% de logements de 3 chambres. Le solde (20 %) pourra accueillir au choix des logements de deux à trois chambres, des plus grands appartements ou des logements de 1 chambre. Les studios sont interdits. L'objectif est de produire le plus grand nombre possible de logements de qualité.

Ces pourcentages concernent le nombre de logements et non la superficie.

Chaque logement sera adaptable aux PMR [personnes à mobilité réduite] et pourvu d'une terrasse ou d'un balcon. Tous les logements sont traversants sauf dans le cas d'un angle d'immeuble ou exception dûment justifiée".

6. S'agissant du "logement conventionné locatif", le cahier spécial des charges contient notamment, en son point 3.5.3., les précisions suivantes :

- " Le type de logements et leur répartition sont laissés à l'appréciation du soumissionnaire, pour autant que:
- (i) le programme défini dans le présent document soit respecté,
 - (ii) les règles minimales d'exécution figurant dans les dispositions techniques et fonctionnelles soient respectées (annexe 4),
 - (iii) les règles du droit de l'urbanisme soient respectées".

et

3.5.3.1. Nombre de logements à construire

Le nombre de logements à construire est d'environ 69 logements ventilés comme suit :

Nombre de chambres par appartement	Logement moyen	
		dont PMR
1 chambre	21	
2 chambres	26	2

3 chambres	22	2
TOTAL	69	4

La ventilation peut légèrement varier (+5/-5) en tenant compte qu'il faut respecter les pourcentages suivants :

- Environ 30 % de logements 1 chambre
- Environ 40 % de logements 2 chambres
- Environ 30 % de grands logements (3 chambres et plus)

Les différentes surfaces à prendre en compte et leur méthode de calcul sont explicitées dans l'annexe 4 du présent marché - dispositions techniques et fonctionnelles.

- Mesurage par :
 - o Surface Brute;
 - o Surface Logement;
 - o Surface Habitable".

et

- " 3.5.3.2. Normes d'habitabilité – exigences minimales des locaux [...]
20 % des logements sont adaptables aux personnes à mobilité réduite".

et

- " 3.5.3.3. Les logements adaptés aux personnes à mobilité réduite (PMR)
5 % des logements seront adaptés aux personnes à mobilité réduite".

7. Les critères d'attribution du marché sont établis comme suit, au point 1.13 du cahier spécial des charges:

- " Le pouvoir adjudicateur choisit le projet dont l'offre régulière répond au mieux aux objectifs de réalisation d'un projet durable, comprenant la réalisation de logements conventionnés acquisitifs et locatifs et d'une crèche en privilégiant des solutions fiables et innovantes.
Les différentes affectations du projet seront analysées au travers de deux types de critères d'égale valeur pour un total de 100 points:
- Critères économiques / financiers (50 points)
 - Critères urbanistiques, architecturaux et durables (50 points).
- Pour être éligible, le projet devra obtenir au minimum 25 points (sur 50) pour les critères économiques/financiers et 30 points (sur 50) pour les critères urbanistiques, architecturaux et durables. De plus, le projet devra obtenir au minimum la moitié des points pour chaque sous-critère".

8. Les critères économiques sont précisés au point 1.13.1. du cahier spécial des charges.

9. Quant aux critères "urbanistiques, architecturaux et durables", ils sont établis comme suit :

" 1.13.2. Critères urbanistiques, architecturaux et durables (50 points) :

L'analyse des offres se fera sur les 3 aspects énoncés et pondérés ci-dessous:

1.13.2. 1. Développement durable (10 points) :

Les performances énergétiques, le caractère durable et les qualités environnementales de l'architecture.

Le marché ne sera pas attribué à un soumissionnaire dont l'offre obtient moins de 5 points sur 10.

1.13.2. 2. Urbanité - vision depuis l'extérieur (20 points) :

L'ensemble des plus-values que le projet apporte à son environnement, les qualités urbanistiques et paysagères du projet (notamment le traitement de l'angle de rue) et son intégration dans son contexte mais également son angle social, les qualités relationnelles et humaines générées par les espaces publics et semi-publics, la qualité des infrastructures, des circulations, de la mobilité, l'impact environnemental de l'implantation.

Le marché ne sera pas attribué à un soumissionnaire dont l'offre obtient moins de 12 points sur 20.

1.13.2.3. Habitabilité - vision depuis l'intérieur (20 points) :

L'adéquation de l'architecture par rapport au programme, la fonctionnalité du projet, des espaces créés, l'adéquation des matériaux, l'usage de la lumière.

Comment les bâtiments peuvent être «habités» en termes d'espace mais également de relations sociales, humaines, de confort et de bien-être.

Le programme proposé et le respect des surfaces selon les différentes affectations. Dix points sont attribués aux logements acquisitifs et 10 points aux logements locatifs.

Le marché ne sera pas attribué à un soumissionnaire dont l'offre obtient moins de 12 points sur 20".

10. Dix candidatures ont été déposées. Ainsi que cela ressort du rapport d'analyse des offres sur lequel est fondé l'acte attaqué en la présente cause, c'est par une décision du 28 novembre 2014 qu'ont été sélectionnés les candidats qui ont été invités à déposer une offre. Au nombre de cinq, les candidats sélectionnés étaient les suivants:

- NACARAT-JCX IMMO associés à l'auteur de projet R²D² – BENG;
- PARGESY-KEMPENLAND-BELFIUS (PKB) associés à l'auteur de projet ATELIER 55 – ASA;
- CŒUR DE VILLE (THOMAS & PIRON) associé à l'auteur de projet BURO II – ARCHI + I;

- IMMO BAM associée à l'auteur de projet DD – ATLANTE;
- EIFFAGE associée à l'auteur de projet ALTIPLAN.

11. Les offres devaient être déposées pour le 30 avril 2015. Citydev.brussels a établi, dans le courant du mois de juin 2015, un rapport d'analyse des offres où celle des requérantes est identifiée comme l'offre n° 5 et celle de la société IMMO BAM comme l'offre n° 4. Le rapport conclut que l'offre d'IMMO BAM obtient le meilleur score, avec 77,7 points (sur 100), tandis que l'offre des requérantes est classée en deuxième position, avec 74,5 points.

12. Par une décision du 15 juillet 2015, le conseil d'administration de Citydev.brussels a décidé de se rallier aux conclusions du rapport d'analyse et a attribué le marché litigieux à la société IMMO BAM.

13. Un arrêt n° 232.080 du 26 août 2015 a ordonné la suspension de l'exécution de cette première décision d'attribution du marché litigieux.

A la suite de cet arrêt, la partie adverse a décidé, le 30 octobre 2015, de retirer sa décision du 15 juillet 2015, d'approuver le nouveau rapport d'analyse des offres établi en octobre 2015 et d'attribuer le marché à la société IMMO BAM. Il s'agit de l'acte attaqué. Le rapport d'analyse accordait à la société IMMO BAM 85,2 points (sur 100) et 81,3 points aux requérantes, lesquelles se trouvaient classées en deuxième position.

IV. Recevabilité du recours

Les requérantes sollicitent l'annulation de l'acte attaqué en tant que celui-ci attribue le marché de promotion litigieux à la société IMMO BAM, mais également en tant qu'il ne leur attribue pas ce marché.

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus

implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par les requérantes, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de leur attribuer le marché litigieux.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux aux requérantes, la demande est irrecevable.

V. Troisième branche du premier moyen et première branche du sixième moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes soulèvent un premier moyen, "pris de la violation de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment de son article 25; de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, et en particulier son article 95; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des articles 4, 8° et 5, 9° de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services; des principes généraux de transparence, d'égalité de traitement, de libre concurrence et de bonne administration; de l'adage «*patere legem quam ipse fecisti*»; de l'erreur manifeste d'appréciation; et de l'excès, voire du détournement de pouvoir", en ce que "[l]a partie adverse a considéré l'offre d'IMMO BAM comme régulière, tant au niveau du prix qu'au niveau de la présence d'une «crèche d'environ 500 m²» alors que [...], [t]roisième branche, l'ensemble des logements proposés par IMMO BAM n'est pas accessible aux PMR [personnes à mobilité réduite]". Les développements du moyen relatifs à sa troisième branche sont exposés dans les termes suivants:

- " 50. Dans la deuxième série de réponses aux questions posées par les soumissionnaires, la partie adverse relève, en question 3, que :
- «Tous les logements locatifs doivent être accessibles aux PMR [personnes à

mobilité réduite] (rez-de-chaussée et autres étages). Néanmoins, citydev.brussels peut accepter, de manière exceptionnelle, une dérogation à ce principe pour les logements acquisitifs. La demande de dérogation doit être faite par écrit et sera examinée au cas par cas. Une dérogation ne pourra être accordée que sur base de motifs valables, à savoir une incompatibilité technique et/ou financière entre les moyens à mettre en oeuvre et les objectifs recherchés. Aucune demande de dérogation ne pourra intervenir avant la remise des offres».

Il faut donc comprendre que :

- Tous les logements doivent être accessibles aux PMR [personnes à mobilité réduite];
- Aucune exception ne sera tolérée pour les logements locatifs;
- De manière exceptionnelle, face à une incompatibilité technique et/ou financière, certains des logements acquisitifs pourront ne pas être accessibles aux PMR [personnes à mobilité réduite] moyennant dérogation délivrée par la partie adverse.

51. En l'espèce, IMMO BAM propose des duplex dans le bâtiment 2 [...].

Sauf s'il est prévu un accès ascenseurs par étage pour ces duplex, force est d'admettre qu'ils ne sont pas accessibles aux PMR [personnes à mobilité réduite].

Or, il s'agit d'une obligation explicitement prévue dans le cahier spécial des charges. Le cahier spécial des charges précise en effet que «citydev.brussels peut accepter, de manière exceptionnelle, une dérogation à ce principe pour les logements acquisitifs», ce principe étant que les logements doivent être accessibles aux PMR [personnes à mobilité réduite] (rez-de-chaussée et autres étages).

52. Par ailleurs, les PMR [personnes à mobilité réduite] n'ont pas d'accès aux jardins potagers situés en toiture [...].

La première décision d'attribution (p. 34) témoignait par ailleurs du fait que 20 caves n'étaient pas accessibles aux PMR [personnes à mobilité réduite]. Ce point n'est même pas repris comme élément négatif dans la présente décision.

53. En l'espèce, on voit d'ailleurs difficilement quelles incompatibilités techniques ou financières auraient pu justifier que des logements non accessibles aux PMR [personnes à mobilité réduite] soient construits dans ce projet.

54. Compte tenu de la formulation très explicite de cette obligation dans le cahier spécial des charges, il ne saurait être contesté qu'il s'agissait d'une exigence essentielle à laquelle il ne pouvait être dérogé.

A tout le moins, si la partie adverse avait entendu déroger à cette exigence essentielle, elle aurait dû le motiver dans sa décision d'attribution, ce qu'elle n'a pas fait.

Le moyen est donc fondé dans sa troisième branche".

Les requérantes soulèvent également un sixième moyen, "pris de la violation la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et, en particulier, de son article 25; de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs

classiques, et en particulier ses articles 21 et 95; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des articles 4, 8° et 5, 9° de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services; des principes généraux de transparence, d'égalité de traitement, de libre concurrence et de bonne administration; de l'erreur manifeste d'appréciation; [...] de l'excès, voire du détournement de pouvoir". En une première branche, elles soutiennent "qu'aucune des nombreuses exigences posées par le cahier spécial des charges ne semble être considérée par la partie adverse comme essentielle, voire comme non essentielle mais à tout le moins digne de voir tout écart quant à celle-ci faire l'objet d'une motivation adéquate. Or, en appel d'offres, le marché doit être attribué à l'offre régulière la plus avantageuse. En faisant abstraction de la question de régularité des offres, le pouvoir adjudicateur a mis sur un pied d'égalité des offres pourtant incomparables d'un point de vue technique, dès lors qu'elles ne respectent pas de la même façon les exigences posées par le cahier spécial des charges". Les développements du moyen relatifs à cette première branche sont exposés dans les termes suivants:

" 115. L'article 25 de la loi du 15 juin 2006 dispose que, en appel d'offre, le marché est attribué à l'offre régulière la plus avantageuse.

Cette notion de régularité est détaillée à l'article 95 de l'arrêté royal «passation» du 15 juillet 2011.

116. En l'espèce, la régularité des offres est analysée en page 4 de la décision d'attribution.

La partie adverse considère, sans autre forme de motivation, que les cinq offres sont régulières.

En soi, une motivation aussi lacunaire constitue déjà une violation des règles en matière de motivation formelle des actes administratifs reprises au moyen.

117. Plus grave, il a été démontré ci-dessus, dans l'exposé des faits, que le cahier spécial des charges recèle différentes exigences qui, à première vue, constituent des exigences essentielles.

Il est détaillé au premier moyen différentes exigences essentielles auxquelles ne répond pas l'offre d'IMMO BAM. Il y est renvoyé pour le détail de ces éléments.

En considérant que l'offre d'IMMO BAM était régulière alors qu'elle contrevenait à différentes exigences essentielles du cahier spécial des charges, la décision litigieuse contrevient aux dispositions visées au moyen.

118. Il est également interpellant qu'aucun commentaire ne soit fait, dans la décision d'attribution, relativement aux différentes questions que se posait la partie adverse dans la première décision d'attribution de juin 2015 quant aux offres des soumissionnaires.

Ainsi, en page 6 de cette première décision, au point 6.2.2., on peut lire :

«6.2.2. Analyse des tableaux financiers

Il ressort de l'analyse des plans financiers les éléments suivants :

Au sein de l'offre 1 :

- le coût prévu pour l'assainissement est élevé (693 k€ pour une estimation d'environ 200 k€);
- le coût prévu pour le rabattement de la nappe est anormalement élevé (1 M€);
- le coût prévu pour l'aménagement de la parcelle à destination de la commune est faible (3.500 €).

Au sein de l'offre 2 :

- le candidat ne prévoit pas de budget pour l'assainissement des sols. Or, il est prévu une excavation des terres ainsi que leur évacuation en centre de traitement.
- le candidat ne prévoit pas de budget pour la mise en place d'un processus de participation avec la population comme cela est exigé dans le CSC;
- le coût de construction par m² de surface en sous-sol est anormalement bas (400 €/m²);
- le coût de construction par m² de surface hors-sol est plus élevé pour les logements locatifs que pour les logements acquisitifs;
- le prix de vente par m² de la crèche CASCO est anormalement élevé (1.900 €/m²).

Au sein de l'offre 3 :

- Néant.

Au sein de l'offre 4 :

- le candidat ne prévoit pas de budget pour la mise en place d'un processus de participation avec la population comme cela est exigé dans le CSC;
- le coût de construction par m² de surface hors-sol est plus élevé pour les logements locatifs que pour les logements acquisitifs.

Au sein de l'offre 5 :

- le candidat ne prévoit pas de budget pour la mise en place d'un processus de participation avec la population comme cela est exigé dans le CSC;
- le budget prévu pour la réalisation des voiries est faible (122 k€ pour une estimation de 320 k€)».

Ces différents points sont autant de non-conformités avec les exigences du cahier spécial des charges.

La motivation de l'évaluation des critères d'attribution urbanisme, habitabilité et durabilité, recèle également, pour les différents soumissionnaires, différents écarts entre les offres et les exigences du cahier spécial des charges, que ce soit en termes de surface, d'accessibilité aux PMR [personnes à mobilité réduite], de nombre de logements, etc. Il est renvoyé aux développements des moyens 1, 3 et 5 pour plus d'exemples de tels écarts.

119. Or, le cahier spécial des charges expose bien, en page 30, que «si le pouvoir adjudicateur constate, lors du dépouillement, qu'une offre n'est pas strictement conforme au présent cahier des charges, il décide de la régularité de l'offre, en fonction de la nature et de l'importance de la non-conformité».

Il appartenait donc à la partie adverse de relever chaque écart entre les offres et les exigences du cahier des charges et de motiver formellement les raisons pour lesquelles elle estimait si oui ou non l'offre était régulière.

Il lui appartenait d'autant plus que le vocabulaire impératif choisi par le cahier

spécial des charges («doit», «à peine de nullité», etc.) ne laissait pas place au doute quant au caractère essentiel des exigences formulées. On lit ainsi à plusieurs reprises, dans la motivation de la DMA, qu'une offre s'écarte d'une «exigence» du cahier spécial des charges (par exemple, au troisième élément d'appréciation de l'offre d'IMMO BAM, relativement aux modules de cuisine ou aux cinquième et dix-septième de l'offre 1, relativement aux terrasses et aux caves).

La partie adverse n'a fourni aucune explication quant aux écarts tolérés par rapport aux exigences du cahier spécial des charges, violant ainsi les dispositions reprises au moyen.

120. Faire fi, comme le fait la partie adverse, de l'ensemble des exigences de régularité formulées dans le cahier des charges revient à permettre la comparaison d'offres incomparables au regard des mêmes exigences et critères d'attribution.

En effet, comme cela a déjà été expliqué, ne tenir aucun compte des exigences formulées permet aux soumissionnaires d'augmenter la valeur qualitative de leur offre en ne tenant pas compte de certaines exigences qui ont un coût, non seulement financier mais également en termes de surface disponible, celle-ci étant limitée dans le cadre du projet (ex : la crèche).

Il est donc aisé pour un soumissionnaire qui ne tient pas compte des exigences essentielles formulées dans le cahier spécial des charges de «gagner des points» au niveau de certains critères d'attribution, ce qu'a fait IMMO BAM notamment avec la crèche.

121. Même si Votre Conseil devait accorder une certaine latitude à la partie adverse quant à la détermination du caractère essentiel ou non de certaines exigences formulées dans le cahier spécial des charges malgré les termes explicites y employés, encore aurait-il été nécessaire, pour chacune de ces exigences, que le pouvoir adjudicateur explique les motifs qui l'ont poussé à ne pas considérer l'exigence comme essentielle au regard du cahier spécial des charges.

En l'espèce, il n'en a rien fait, se contentant de considérer, sans autre forme d'examen, que toutes les offres étaient régulières matériellement, ce qui constitue à tout le moins une violation de ses obligations en termes de motivation formelle.

Le moyen est donc fondé en sa première branche".

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond comme suit à la troisième branche du premier moyen:

- " 28. A l'occasion de la deuxième série de réponses aux questions posées par les soumissionnaires, la partie adverse a répondu, à la question n° 3, que :
- «Tous les logements locatifs doivent être accessibles aux personnes à mobilité réduite (rez-de-chaussée et autres étages). Néanmoins, Citydev.brussels peut accepter, de manière exceptionnelle, une dérogation à ce principe pour les logements acquisitifs. La demande de dérogation doit être faite par écrit et sera examinée au cas par cas. Une dérogation ne pourra être accordée que sur base de motifs valables, à savoir une incompatibilité technique et/ou financière entre les moyens à mettre en oeuvre et les objectifs recherchés. Aucune demande de

dérégulation ne pourra intervenir avant la remise des offres».

29. Il y a lieu d'interpréter le terme «accessible» dans le sens général de celui-ci, à savoir permettant d'accéder, d'entrer dans le bien par une porte d'accès.

Tous les logements proposés par l'attributaire du marché sont accessibles aux [PMR] personnes à mobilité réduite, en ce sens que toute PMR [personnes à mobilité réduite] peut entrer/accéder dans ceux-ci.

Le terme «accessible» ne se confond pas avec le terme «adapté», comme le visent, en réalité, les parties requérantes dans la requête en annulation. Il y a lieu de relever, sur ce point, que le C.S.C. imposait que ...5 % des logements soient adaptés aux PMR [personnes à mobilité réduite]... Condition qui est satisfaite par l'offre de l'attributaire retenu.

30. Aucune disposition du C.S.C. n'imposait que les jardins soient accessibles aux PMR [personnes à mobilité réduite]. Les parties requérantes n'en indiquent d'ailleurs aucune dans la requête. La critique des parties requérantes est donc non fondée.

31. Est également non fondée la critique relative à l'analyse de la première décision d'attribution. Les parties requérantes ne peuvent, en effet, tirer argument de ce que la première décision précisait que, dans l'offre d'IMMO BAM, 20 caves n'étaient pas accessibles aux PMR [personnes à mobilité réduite] (page 34).

En effet, d'une part, si 20 caves n'étaient pas accessibles, toutes les autres (soit 50) l'étaient et, d'autre part, cette critique mènerait à l'irrégularité de l'offre des parties requérantes elles-mêmes dès lors que, comme la partie adverse l'avait relevé à cette occasion, toutes les caves du bâtiment n° 2 (logements acquisitifs donc) n'étaient pas accessibles aux PMR [personnes à mobilité réduite].

Le moyen, en sa troisième branche, n'est donc pas fondé".

La partie adverse répond comme suit à la première branche du sixième moyen:

" 8.2.1 La régularité des offres a été examinée

82. La décision motivée d'attribution se lit comme suit:

« 4. Analyse de la régularité formelle des offres

Les cinq offres ont été déposées dans le délai imposé. Les documents remis pour toutes les offres étaient complets.

5. Analyse de la régularité matérielle des offres

Les cinq offres sont régulières et sont donc examinées au regard des critères d'attribution mentionnés au CSC».

Il y a donc eu une analyse de la régularité des offres.

83. Par le passé, en réalité très récemment, Votre Conseil a déjà jugé qu'une motivation succincte répondait aux exigences de la législation relative à la motivation formelle :

«Une décision positive qui sélectionne des soumissionnaires, sans que le déroulement de la phase de sélection ait suscité quelque difficulté, peut

comporter une motivation plus succincte qu'une décision qui exclut un soumissionnaire ou refuse de le sélectionner».

84. En ce qui concerne particulièrement la critique émise par les parties requérantes au point 117 de la requête en annulation, il y a lieu de rappeler ce que la partie adverse a développé en réponse au premier moyen.

La partie adverse n'a donc pas commis d'erreur d'appréciation lors de l'examen de la régularité des offres de l'attributaire du marché.

85. La précédente décision comprenait, en sa page 6, le passage suivant :

« 6.2.2. Analyse des tableaux financiers

Il ressort de l'analyse des plans financiers les éléments suivants :

Au sein de l'offre 1 :

- le coût prévu pour l'assainissement est élevé (693 k€ pour une estimation d'environ 200 k€);
- le coût prévu pour le rabattement de la nappe est anormalement élevé (1 M€);
- le coût prévu pour l'aménagement de la parcelle à destination de la commune est faible (3.500 €).

Au sein de l'offre 2 :

- le candidat ne prévoit pas de budget pour l'assainissement des sols. Or, il est prévu une excavation des terres ainsi que leur évacuation en centre de traitement.
- le candidat ne prévoit pas de budget pour la mise en place d'un processus de participation avec la population comme cela est exigé dans le CSC;
- le coût de construction par m² de surface en sous-sol est anormalement bas (400 €/m²);
- le coût de construction par m² de surface hors-sol est plus élevé pour les logements locatifs que pour les logements acquisitifs;
- le prix de vente par m² de la crèche CASCO est anormalement élevé (1.900 €/m²).

Au sein de l'offre 3 :

- Néant.

Au sein de l'offre 4 :

- le candidat ne prévoit pas de budget pour la mise en place d'un processus de participation avec la population comme cela est exigé dans le CSC;
- le coût de construction par m² de surface hors-sol est plus élevé pour les logements locatifs que pour les logements acquisitifs.

Au sein de l'offre 5 :

- le candidat ne prévoit pas de budget pour la mise en place d'un processus de participation avec la population comme cela est exigé dans le CSC;
- le budget prévu pour la réalisation des voiries est faible (122 k€ pour une estimation de 320 k€)».

86. La partie adverse a adopté une position constante : ni dans la première décision, ni dans la deuxième (actuel acte attaqué) elle n'a décidé de l'irrégularité d'une offre déposée. Elle n'en a pas tiré de conséquences négatives.

Il n'y avait donc pas lieu de motiver plus amplement l'acte attaqué sur ce point. Elle pouvait régulièrement se contenter d'une motivation succincte.

87. Enfin, pour être complet, les parties requérantes n'ont pas intérêt à la critique qu'elles émettent. En effet, si comme elles le soutiennent au point 118 de leur requête en annulation, «ces différents points sont autant de non-conformités avec les exigences du cahier spécial des charges», cela revient à soutenir que sa propre

offre était affectée d'une irrégularité que les parties requérantes considèrent elles-mêmes comme substantielle.

La première branche du sixième moyen n'est pas fondée".

C. Mémoire en réplique

S'agissant de la troisième branche du premier moyen, les requérantes font valoir ce qui suit:

" 12. Les parties requérantes s'en réfèrent à leur requête.

La partie adverse considère, dans son mémoire en réponse, que tous les logements sont «accessibles» aux personnes à mobilité réduite «en ce sens que toute PMR [personnes à mobilité réduite] peut entrer/accéder dans ceux-ci».

A nouveau, la partie adverse fait une lecture tronquée du cahier spécial des charges et de la réalité des faits pour les besoins de la cause.

L'accessibilité d'un logement aux PMR [personnes à mobilité réduite] doit bien entendu s'entendre comme le fait qu'une personne à mobilité réduite puisse non seulement y entrer, mais le faire sans assistance excessive de tiers, ce qui implique qu'elles puissent y rentrer en chaise roulante, et s'y déplacer (on comprendrait mal l'intérêt de pouvoir arriver dans le hall d'entrée du logement, sans pouvoir aller plus loin dans l'appartement).

Il est donc évident que les duplex ne sont pas «accessibles aux personnes à mobilité réduite».

Par ailleurs, cette dérogation ne fait l'objet d'aucune motivation ni de demande de dérogation de la part d'IMMO BAM, ou à tout le moins cela ne ressort pas de la décision litigieuse.

13. Le premier moyen est fondé en sa troisième branche".

S'agissant de la première branche du sixième moyen, les requérantes font valoir ce qui suit:

" 46. Dans son mémoire en réponse, la partie adverse se contente de renvoyer à la motivation figurant aux points 4 et 5 de son offre, laquelle est purement tautologique.

Elle estime que cette motivation est suffisante.

47. Les parties requérantes le contestent formellement, d'autant plus compte tenu des différents exemples de contradictions entre, d'une part, les exigences formulées dans le cahier spécial des charges déjà décrites ci-dessus (présence de la crèche, prix minimum des logements, accès aux PMR [personnes à mobilité réduite], etc.) et les offres des soumissionnaires, à commencer par l'adjudicataire du marché, la SA IMMO BAM.

Il n'y a donc effectivement eu ni exigence, ni contrôle de la régularité des offres.
Le moyen est fondé".

D. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse fait notamment état de ce que les éléments de non-conformité de l'offre d'IMMO BAM relevés par Madame le Premier auditeur (à savoir l'absence d'un budget pour la mise en place d'un processus de participation avec la population, l'insuffisance du nombre de modules minimum dans plusieurs cuisines et la proposition d'un duplex qui ne serait pas accessible aux personnes à mobilité réduite) ne sont pas des éléments substantiels du marché. Elle en conclut qu'elle "a régulièrement pu considérer que ces non-conformités ne devaient pas entraîner l'irrégularité substantielle de l'offre de l'attributaire IMMO BAM". Elle relève, par ailleurs, que dès lors que l'opération litigieuse est une promotion de travaux mêlant la conception et la réalisation, de sorte que des éléments qui pourraient apparaître comme étant des "non-conformités/irrégularités" ("par définition non essentielles") peuvent être rectifiés au moment de la réalisation du projet. Selon elle, cette spécificité l'a notamment amenée "à mentionner, dans les documents du marché, que «la circonstance que l'offre retenue ne soit, sur l'un ou l'autre point, pas entièrement conforme à ces exigences ne dispensera pas l'adjudicataire, en cours d'exécution, de se conformer à ces règles, et ce sans supplément de prix et sans qu'il puisse en résulter un allongement des délais d'exécution du marché»", ainsi qu'à noter, dans l'une des réponses aux questions des soumissionnaires, qu'il pourrait être exceptionnellement dérogé à l'exigence d'accessibilité, pour les personnes à mobilité réduite, des logements acquisitifs. La partie adverse dénie également l'intérêt des requérantes aux moyens examinés, dès lors que s'il convenait d'admettre que l'offre d'IMMO BAM est affectée de non-conformités, il faudrait poser le même constat à propos de l'offre des requérantes et conclure également à l'irrégularité de celle-ci.

A propos des exigences d'accessibilité et d'adaptabilité aux personnes à mobilité réduite, la partie adverse observe encore ce qui suit:

- " 19. Concernant le duplex et son adaptabilité aux PMR [personnes à mobilité réduite], il y a lieu de rappeler que, à l'occasion de la deuxième série de réponses aux questions posées par les soumissionnaires, la partie adverse a répondu, à la question n° 3, que :
- «Tous les logements locatifs doivent être accessibles aux PMR [personnes à mobilité réduite] (rez-de-chaussée et autres étages). Néanmoins, Citydev.brussels peut accepter, de manière exceptionnelle, une dérogation à ce principe pour les logements acquisitifs. La demande de dérogation doit être faite par écrit et sera examinée au cas par cas. Une dérogation ne pourra être accordée

que sur base de motifs valables, à savoir une incompatibilité technique et/ou financière entre les moyens à mettre en oeuvre et les objectifs recherchés. Aucune demande de dérogation ne pourra intervenir avant la remise des offres».

Le point ici discuté ne devait donc pas faire l'objet d'une appréhension avant l'offre, mais être appréhendé au stade de la mise en oeuvre du projet. La partie adverse renvoie également, sur ce point, aux numéros 12 et 13 ci-dessus.

20. À l'inverse de ce qui est affirmé, aucune disposition du cahier spécial des charges n'imposait que les jardins soient accessibles aux PMR [personnes à mobilité réduite]. Les parties requérantes n'en indiquent d'ailleurs aucune dans leurs écrits. La critique est donc non fondée. On a, par ailleurs vu, ci-avant [...], que la partie adverse avait pénalisé, en termes de points, l'offre de l'attributaire pressenti sur ce point.

21. Est également non fondée la critique relative à l'analyse de la première décision d'attribution. Les parties requérantes ne peuvent, en effet, tirer argument de ce que la première décision précisait que, dans l'offre d'IMMO BAM, 20 caves n'étaient pas accessibles aux PMR [personnes à mobilité réduite] [...].

En effet, d'une part, si 20 caves n'étaient pas accessibles, toutes les autres (soit 50) l'étaient et, d'autre part, cette critique mènerait à l'irrégularité de l'offre des parties requérantes elles-mêmes dès lors que, comme la partie adverse l'avait relevé à cette occasion, toutes les caves du bâtiment n° 2 (logements acquisitifs donc) n'étaient pas accessibles aux PMR [personnes à mobilité réduite]".

V.2. Appréciation

Bien qu'il ne soit pas formulé dans les termes les plus appropriés en évoquant l'accessibilité des logements, le premier moyen, en sa troisième branche, doit se comprendre comme reprochant à la partie adverse d'avoir considéré comme régulière l'offre du futur attributaire du marché litigieux, alors qu'elle propose un appartement conçu en duplex, ce qui ne satisfait pas à l'exigence d'adaptabilité attendue de tous les logements acquisitifs. Par ailleurs, en sa première branche, le sixième moyen fait notamment grief à la partie adverse de n'avoir pas eu égard à un fait qu'elle avait relevé antérieurement au cours de la procédure de passation et qui pourrait entacher d'irrégularité l'offre du futur attributaire, à savoir qu'il ne présentait pas "de budget pour la mise en place d'un processus de participation avec la population comme cela est exigé dans le CSC".

L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit:

" § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.

§ 2. Sur le plan formel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles 6, § 1^{er}, 51, § 2, 52, 54 § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, dans la mesure où les formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel.

Par contre, lorsque l'offre ne respecte pas les autres formalités prescrites par les articles mentionnés à l'alinéa 1^{er} ou par les documents du marché, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.

Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4, ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.

En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière".

Pour s'assurer de l'application régulière de ces dispositions, il incombe au Conseil d'État d'examiner si le pouvoir adjudicateur a bien procédé à cette vérification de la régularité des offres et si, en procédant à cet examen, il n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation. Il s'impose, par ailleurs, de contrôler le respect, par le pouvoir adjudicateur, de l'obligation de motivation formelle de sa décision, à laquelle il est tenu en vertu d'autres dispositions visées par les premier et sixième moyens.

En l'espèce, il ressort du point 3.5.2. des clauses techniques du cahier spécial des charges que les logements acquisitifs devaient être adaptables pour les personnes à mobilité réduite. Au sens du "Guide d'aide à la conception d'un logement adaptable", répond à cette qualification le logement qui est notamment caractérisé par le fait que son entrée et ses espaces de vie (séjour, cuisine, chambre principale, salle de bains et toilette) se trouvent sur un même niveau.

De même, le point 3.4. des mêmes clauses imposait d'intégrer les coûts de la participation citoyenne dans le plan financier.

Il n'est pas contesté que l'offre de la société IMMO BAM n'était pas conforme à ces deux exigences. Cela semble même, au contraire, implicitement admis, puisque, dans son dernier mémoire, la partie adverse plaide qu'à raison de la spécificité d'un marché de promotion qui mêle la conception et la réalisation, des "non-conformités/irrégularités" peuvent être rectifiées au stade de la réalisation.

Nonobstant l'indication du rapport d'attribution sur lequel se fonde l'acte attaqué, relative à l'analyse de la régularité matérielle des offres, et aux termes de laquelle "les cinq offres sont régulières et sont donc examinées au regard des critères d'attribution mentionnés au CSC", aucun élément du dossier administratif n'atteste que la partie adverse aurait effectivement procédé à la vérification à laquelle elle était tenue conformément aux dispositions de l'article 95 précité.

Au contraire, ayant constaté que le futur attributaire du marché proposait un duplex (ce qui était contraire aux exigences requises des logements adaptables, à défaut de localisation de l'entrée et de tous les espaces de vie sur un même niveau), la partie adverse n'a toutefois tiré de ce constat aucune conséquence sur le plan de la régularité des offres, de sorte qu'il est inexact de soutenir qu'elle a bien vérifié cette régularité. De même, passe-t-elle sous silence un manquement de l'offre du futur attributaire, qu'elle avait relevé lors de l'adoption de la précédente décision d'attribution du marché litigieux, à savoir que "le candidat ne prévoit pas de budget pour la mise en place d'un processus de participation avec la population comme cela est exigé dans le CSC".

Outre que la réalité et l'effectivité de la vérification de la régularité des offres ne peuvent être établies, il s'impose d'observer, à la lecture de l'acte attaqué, que la motivation de celui-ci ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles l'offre de la société IMMO BAM a été considérée comme régulière nonobstant le fait qu'elle n'était pas conforme à certaines exigences fixées par les documents du marché.

Sans qu'il soit nécessaire de déterminer si ces "non-conformités" constituaient des irrégularités, substantielles ou non, il suffit de constater que la partie adverse a manqué aux obligations de vérification et de motivation formelle qui lui incombent, obligations dont elle n'a d'ailleurs pas prétendu être dispensée dans le cadre d'un marché de promotion.

Au regard du constat qui doit ainsi être posé, il est vain d'arguer du fait que d'éventuelles "non-conformités/irrégularités" pourraient être ultérieurement rectifiées, une telle rectification – à la supposer possible pour les deux non-conformités identifiées en l'espèce – n'enlevant rien aux manquements de la partie adverse à ses deux obligations précitées.

De même, l'exception d'irrecevabilité opposée aux deux moyens examinés et prise du défaut d'intérêt des requérantes à ces moyens, parce que leur

offre serait elle-même caractérisée (et, le cas échéant, viciée) par certaines non-conformités, ne peut être accueillie. Dès lors, en effet, que la partie adverse n'a pas considéré l'offre des requérantes comme contraire aux prescriptions du marché, elle n'est pas recevable à se prévaloir d'une telle contrariété dans le cadre de la présente procédure.

Enfin, la circonstance que la précédente décision d'attribution du marché litigieux a été retirée est sans incidence, dès lors que le fait de l'absence de budget pour la participation citoyenne, dans l'offre de la société IMMO BAM, est (et reste) établi et est révélé par l'une des pièces du dossier des requérantes (à savoir le rapport d'analyse des offres établi en juin 2015, lequel est identifié comme étant la pièce 9 b) dont il n'a pas été soutenu qu'elle devait être écartée des débats.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le premier moyen, en sa troisième branche, et le sixième moyen, en sa première branche, sont fondés.

Il n'y a pas lieu d'examiner les autres branches et moyens, qui ne pourraient entraîner une annulation plus étendue de l'acte attaqué.

VI. Confidentialité

Les requérantes déposent à titre confidentiel les pièces A et B de leur dossier.

La partie adverse sollicite également le maintien de la confidentialité, pour les pièces 22 à 30 du dossier administratif.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État et que les pièces concernées sont renvoyées aux parties, les demandes de maintien de la confidentialité sont devenues sans objet.

VII. Indemnité de procédure

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

Est annulée, la décision de la partie adverse du 30 octobre 2015 d'attribuer le marché de promotion de travaux "relatif au développement de 16.500 m² de plancher de logements conventionnés locatifs et acquisitifs (130 unités) et 500 m² de crèche à l'offre 4, c'est-à-dire IMMO BAM, pour un montant de 31.932.374,96 EUR HTVA dont 6.161.280,96 sont couverts par un subside".

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée aux parties requérantes, à concurrence de 350 euros chacune, à charge de la partie adverse.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 400 euros, sont mis à charge de la partie adverse.

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

MM. Jacques JAUMOTTE,
David DE ROY,
Serge BODART,
M^{me} Caroline HUGÉ,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Jacques JAUMOTTE.