

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

V^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 259.447 du 11 avril 2024

A. 231.384/V-2.035

En cause : **la société à responsabilité limitée WATT ELSE,**
ayant élu domicile chez
M^e Benoit GORS, avocat,
galerie du Roi, 30
1000 Bruxelles,

contre :

- 1. la ville de Houffalize,**
représentée par son collègue communal,
- 2. la commune de Gouvy,**
représentée par son collègue communal,
- 3. le CPAS de Bruges,**
ayant tous élu domicile chez
M^{es} Véronique VANDEN ACKER, François VISEUR
et Manon de THIER, avocats,
avenue Louise, 140
1050 Bruxelles.

Parties intervenantes :

- 1. la société anonyme ENECO WIND BELGIUM,**
- 2. la société anonyme ELECTRABEL,**
ayant toutes deux élu domicile chez
M^e Kevin POLET, avocat,
avenue René Magritte, 25
1300 Wavre.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 18 septembre 2020, la SRL Watt Else demande l'annulation de :

- « - la décision du Collège communal de la Ville de Houffalize du 3 juin 2020 retenant l'offre du promoteur Eneco-Engie comme étant la plus avantageuse dans le cadre du projet "Développement, construction et exploitation de parcs éoliens sur la Commune de Houffalize" – premier acte attaqué [...] ;
- la décision implicite de ne pas attribuer le contrat à la requérante, dans le cadre du projet précité – deuxième acte attaqué ;

- la décision du Collège communal de Gouvy qui approuve les décisions précitées de la Ville de Houffalize, de date inconnue, si cette décision existe – troisième acte attaqué ;
- les délibérations des 15 et 30 juin 2020 du, respectivement, Bureau permanent et Conseil ou Collège du CPAS de Bruges, qui proposent d'approuver ou approuvent les décisions précitées de la Ville de Houffalize – quatrième et cinquième actes attaqués [...] ;
- la délibération du 22 juillet 2020 du Conseil communal de la ville de Houffalize, qui approuve le contrat instrumentant les droits fonciers en vue de la réalisation d'un projet éolien sur la commune de Houffalize avec les promoteurs "SA Electrabel" (Engie) et "Eneco Wind Belgium SA" – sixième acte attaqué [...] ;
- la délibération du 22 juillet 2020 du Conseil communal de la commune de Gouvy, qui approuve le contrat instrumentant les droits fonciers en vue de la réalisation d'un projet éolien sur la commune de Houffalize avec les promoteurs "SA Electrabel" (Engie) et "Eneco Wind Belgium SA" – septième acte attaqué [...] ;
- la délibération du Conseil du CPAS de Bruges, de date inconnue, si cette décision existe, qui approuve le contrat instrumentant les droits fonciers en vue de la réalisation d'un projet éolien sur la commune de Houffalize avec les promoteurs "SA Electrabel" (Engie) et "Eneco Wind Belgium SA" – huitième acte attaqué ».

II. Procédure

Un arrêt n° 248.148 du 17 août 2020 a rejeté la demande de suspension d'extrême urgence dirigée contre les six premiers actes attaqués, décidé que les pièces 13, 15 et 16 du dossier de la requérante et A, B, C, D du dossier administratif seraient, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles, ordonné l'exécution immédiate du présent arrêt, et décidé que la requérante supporterait les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée aux parties adverses, à concurrence d'un tiers chacune. Il a été notifié aux parties.

Par une requête introduite le 4 décembre 2020, la SA Eneco Wind Belgium et la SA Electrabel ont demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes.

Cette intervention a été accueillie par une ordonnance du 13 janvier 2021.

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

M^{me} Muriel Vanderhelst, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 17 janvier 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 février 2024.

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Camille Courtois, *loco* M^e Benoit Gors, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Véronique Vanden Acker, avocat, comparaissant pour les parties adverses, et M^e Antoine Van Kerckhove, *loco* M^e Kevin Polet, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, 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. Exposé des faits utiles

1. Le présent recours concerne un projet de « développement, de construction et d'exploitation d'un parc éolien sur le territoire de la ville de Houffalize » et, à cette fin, l'octroi « des droits de construction pour une période de 30 ans à compter de l'obtention du permis unique pour la construction des éoliennes ».

Ce projet associe la ville de Houffalize, la commune de Gouvy et le CPAS de Bruges, vu les droits de propriété qu'ils détiennent sur les parcelles concernées par l'implantation du parc éolien projeté.

L'opération visée doit conduire à l'octroi de droits fonciers sur ces parcelles en faveur du promoteur retenu au terme d'une mise en concurrence (appel à projets), accompagné d'une convention à conclure entre ce promoteur et les trois pouvoirs publics précités.

2. Un premier appel à projets est lancé en juin 2019, mais n'est pas mené à son terme, les offres déposées n'étant pas jugées satisfaisantes. Les parties adverses renoncent à cette première procédure en décembre 2019 et en lancent une nouvelle sur la base d'un cahier des charges adapté.

3. Le 29 janvier 2020, le conseil communal de la ville de Houffalize décide ainsi :

Article 1 : D'approuver, dans le cadre de l'appel à projet «Développement, construction et exploitation de parcs éoliens sur la Commune de Houffalize » dont le principe et les modalités ont été arrêtés par le Conseil communal du 07/06/2019, le cahier des charges révisé par le CPAS de Bruges en concertation avec les Collèges communaux de Gouvy et Houffalize.

Article 2 : De confirmer sa délibération du 07/06/2019 décidant :

1/ le principe d'accueillir un parc éolien sur des parcelles communales situées en zone forestière, à proximité de l'autoroute E25, entre les villages de Dinez et de Tailles d'une part et entre Mabompré et Houffalize, d'autre part ;

2/ d'organiser un appel à projets pour l'établissement d'éoliennes sur les parcelles communales aux endroits cités ci-avant ;

3/ d'associer, dans le cadre de cet appel à projets, la Commune de Gouvy et le CPAS de Bruges, tous deux propriétaires de parcelles sises en zone forestière et voisines des propriétés communales susmentionnées situées entre les villages de Dinez et de Tailles ;

4/ de charger le Collège communal de retenir un promoteur après avoir mené à bien la procédure d'appel à projets ;

5/ de concéder, par acte notarié et à ses frais exclusifs, un droit de superficie au promoteur retenu.

Par décision de leur conseil respectif, la Commune de Gouvy et le CPAS de Bruges approuveront également la révision du cahier des charges et confirmeront leur engagement à rétrocéder à la Commune de Houffalize un montant annuel de 12.500 € par mât éolien implanté sur leurs propriétés, quel que soit le montant offert par le promoteur retenu, pour autant que ce montant soit égal ou supérieur à 12.500,00 € et pour autant que la Commune de Houffalize ne perçoive pas de taxe sur les mât éoliens. Le montant sera indexé annuellement (indice de départ : indice de mai 2019).

La rétrocession sera due dès la perception par la Commune de Gouvy et le CPAS de Bruges de la redevance de superficie et pendant toute la durée de la perception de cette redevance.

Dans le corps de cette décision, sont notamment visées les délibérations suivantes :

Vu la délibération du Conseil communal du 30/10/2013 concernant la cartographie de l'éolien en Wallonie et imposant une distance de minimum 1.000 mètres entre toute éolienne et toute zone d'habitats ou toute habitation isolée légale existante avant tout projet et ce, quelle que soit l'orientation par rapport aux vents dominants ;

Vu la délibération du Conseil communal du 21/11/2013 faisant siennes les recommandations proposées dans le cadre éolien par le Parc Naturel des Deux Ourthes tout en rappelant à nouveau son imposition des 1.000 mètres entre toute éolienne et toute zone d'habitats ou toute habitation isolée légale existante avant tout projet et ce, quelle que soit l'orientation par rapport aux vents dominants ;

Le cahier des charges précise ce qui suit :

« Section 1 : contexte

[...]

Les zones "Mabompré" et "Les Tailles bois de Cedrogne" sont proposées pour le développement de projets dans un tel cadre.

[...]

Le nombre d'éoliennes à installer par le promoteur candidat doit être réaliste et conforme à la réglementation en vigueur en matière d'aménagement du territoire, avec un maximum de 10 mâts au nord de Houffalize et 8 mâts au sud de Houffalize.

Le cadre de référence wallon actuel est d'application. En sus des recommandations du cadre de référence précité, le promoteur candidat à l'implantation de tout projet sur le territoire communal de Houffalize devra :

- respecter les recommandations générales préconisées par le Parc Naturel des Deux Ourthes (PNDO), à l'exception du point 2.2 de l'article 2 [...]
- respecter une distance minimale de 1000 mètres par rapport à toute zone d'habitat ou d'habitat à caractère rural ou par rapport à toute habitation isolée légale existante, quelle que soit l'orientation par rapport aux vents dominants. Toutefois, sur accord du propriétaire, et des éventuels locataires de ces maisons isolées, cette distance pourra être ramenée à quatre fois la hauteur de l'éolienne ou des éoliennes concernées.

Cas particulier : pour la ferme Belle Vue, propriété du CPAS et la propriété voisine, propriété de [...], cette distance sera de minimum 450 mètres au nord et 550 mètres au sud.

Ci-joint, en annexe 1 : le cadre de référence éolien de la Région wallonne,
en annexe 2 : la ligne de conduite et options recommandées pour la construction et l'exploitation d'éoliennes sur le territoire du PNDO.

[...]

En outre, la Commune de Houffalize, la commune de Gouvy et le CPAS de Bruges ont exprimé leur intention de développer ces projets dans le respect [des] lignes directrices suivantes : [...] ».

Ces lignes directrices sont listées et détaillées sous une section 2 intitulée « critères » (« bepalingen » dans la version néerlandaise du cahier).

4. Le 18 février 2020, le conseil du CPAS de Bruges décide, à son tour, de lancer une nouvelle procédure d'attribution, sur la base du cahier des charges modifié.

5. Le 19 février 2020, le conseil communal de Gouvy décide également :

1/ du principe d'accueillir des éoliennes sur une parcelle communale située en zone forestière, à proximité de l'autoroute E25, entre les villages de Dinez et de Tailles ;

2/ de s'associer avec la Commune de Houffalize et le CPAS de Bruges afin d'organiser un appel à projets pour l'établissement d'éoliennes sur la parcelle communale citée ci-avant ;

3/ d'approuver, dans le cadre de cet appel à projets, le cahier des charges établi par le Collège communal de Houffalize, document intitulé « cahier des charges en vue du développement, de la construction et de l'exploitation d'un parc éolien sur la Commune de Houffalize » ;

4/ de charger le Collège communal de Houffalize de retenir un promoteur après avoir mené à bien la procédure d'appel à projets ;

5/ de concéder, par acte notarié et à ses frais exclusifs, un droit de superficie au promoteur retenu ;

6/ de rétrocéder à la Commune de Houffalize un montant annuel de 12.500 € par mât éolien implanté sur leur territoire, quel que soit le montant offert par le promoteur retenu, pour autant que ce montant soit égal ou supérieur à 12.500 €, et pour autant que la Commune de Houffalize ne perçoive pas de taxe sur les mats éoliens. Le montant sera indexé annuellement (indice de départ : indice de mai 2019). La rétrocession sera due dès la perception, par la Commune de Gouvy, de la redevance de superficie, et pendant toute la durée de la perception de cette redevance.

6. Les modalités de publicité de l'appel à projets sont définies par le collège communal de Houffalize.

Le 8 avril 2020, à la date limite de soumission des offres, onze offres sont déposées, dont celle de la requérante.

7. Le 14 avril 2020, le collège communal de la commune de Gouvvy décide de « confier au collège communal de Houffalize l'analyse des offres, la négociation avec les entreprises et l'élaboration d'une proposition d'attribution ».

8. Dans le cadre de l'examen des offres, des informations complémentaires sont sollicitées auprès de la requérante, par courriel du 5 mai 2020. Elle est interrogée sur de nombreux points de son offre, dont, en particulier, celui-ci :

Le projet de la zone «Mabompré» vous paraît-il en conformité avec le cahier des charges et le cadre de référence éolien de la Région Wallonne :
-Respect de la distance minimale de 1000 ms par rapport à toute zone d'habitat ou d'habitat à caractère rural ou par rapport à toute habitation isolée légale existante.
Éventuellement, possédez-vous des accords avec les propriétaires de ces habitations isolées légales ?

Certains éléments de réponse sont apportés le 13 mai 2020 par courriel, mais pas sur le point précité. Il y sera répondu par deux courriels des 13 et 20 mai 2020. Quoique la requérante sollicite le traitement confidentiel de ces deux courriers, on peut y relever, sans contrevenir au maintien de ce traitement confidentiel ni porter atteinte au secret d'affaires invoqué, les éléments suivants.

Dans le courriel du 13 mai 2020, il est seulement mentionné qu' « une distance de 1000m est respectée par rapport aux habitations dont l'identification est possible avec certitude (reprises au plan de secteur et isolées) ».

Dans le courriel du 20 mai 2020, consécutif à une rencontre entre la requérante et les première et troisième parties adverses, la requérante précise ce qui suit :

- a. A cet égard, comme expliqué lors de notre rencontre, nous avons considéré que les zones du camping C&P (Ouest Autoroute) ainsi que la zone de l'Hotel l'Ermitage (Est Autoroute) reprises au plan de secteur en « Zone de Loisirs » n'étaient pas habitées. Il s'agit sans doute d'une erreur d'appréciation et nous comprenons que la Commune souhaite que les éoliennes soient placées à minimum 1000 mètres de ces zones dans la mesure où il est possible que les gérants résident de manière permanentes en ces lieux. Cette interprétation, sans doute trop hâtive est liée au fait qu'en zone d'activité économique, les conciergeries ne constituent pas un habitat au sens strict pour l'application de distances aux éoliennes. Toutefois, il va de soi que WattElse est enclin à appliquer un nouveau tampon par rapport à ces zones ce qui impliquerait que le nombre d'éoliennes pourrait passer de 8 à 6 éoliennes par rapport à l'implantation présentée dans notre offre.

9. Le 29 mai 2020, l'échevin en charge du dossier de la première partie adverse établit un rapport d'analyse des offres dont il ressort que :

[...]

2/ Vérification du respect de la forme des offres reçues

Les 11 offres déposées répondent aux formes exigées par le cahier des charges.

3/ Première analyse du fond des offres reçues

En raison de la période de confinement due au Covid-19 et l'impossibilité de réaliser un tel travail par vidéoconférence, chaque entité a réalisé sa propre analyse du fond des offres et une confrontation de ces analyses s'est ensuite opérée. Selon la pondération du cahier des charges prévue par le cahier des charges, il ressort que les trois opérateurs suivants présentent une offre intéressante : Eneco-Engie, Wattelse et Luminus. A la demande des différents opérateurs, par souci de respect du secret des affaires, le tableau récapitulatif de cette pondération, reprenant les valeurs financières des différentes offres, ne peut être joint à ce rapport.

Des questions subsistent néanmoins, des compléments d'informations ont donc été demandés aux trois opérateurs précités. Ils ont été invités à être entendus le 15 mai 2020.

4/ Audition des délégations des 3 opérateurs

[...]

Les opérateurs ont été invités à répondre aux interrogations des Communes et du Cpas de Bruges en alternance de rendez-vous sur la journée : Luminus à 10:00 ; Eneco-Engie à 13:00 et Wattelse à 15:30.

Il ressort des échanges que les opérateurs Eneco-Engie et Luminus répondent positivement aux interrogations et il se confirme que les exigences du cahier des charges sont bien respectées dans leurs offres respectives. L'opérateur Wattelse, quant à lui, ne donne pas satisfaction sur le respect du cahier des charges. Cette distorsion, dans le chef de Wattelse, réside principalement dans le non-respect des distances minimales à respecter dans leur projet d'implantation d'éoliennes par rapport aux habitations légales existantes, et dans l'absence d'accord avec les propriétaires de ces mêmes habitations.

Chacun des opérateurs maintient son offre. L'analyse pondérée des critères d'attribution est confirmée. Cette comparaison objective octroie l'avantage à l'association Eneco-Engie.

5/ Conclusions

Suite à ces différentes analyses et rencontres, les communes de Houffalize et de Gouvy et le CPAS de Bruges proposent Eneco-Engie comme opérateur à retenir en vue de l'implantation de projets éoliens sur leurs propriétés situées sur le territoire de la commune de Houffalize.

Il est encore mentionné que « le présent rapport, établi par [P.C.], échevin ayant l'énergie dans ses attributions, est approuvé par les Collèges communaux de Houffalize et de Gouvy et par la ville de Bruges », qu' « en vue de pouvoir concéder un droit au promoteur retenu, un projet d'acte notarié sera présenté aux Conseils communaux respectifs » et que « ce projet sera accompagné d'une convention détaillant les droits et obligations des parties ».

Le rapport est signé « pour Houffalize », à la date du 3 juin 2020, par le Directeur général et le Bourgmestre, « pour Gouvy », à la date du 9 juin 2020, par la Directrice générale et le Bourgmestre et, « pour Bruges », à la date du 22 juin 2020, par le Directeur général et le Bourgmestre.

10. Le 3 juin 2020, le collège communal de la ville de Houffalize décide :

Article 1: D'approuver le rapport d'analyse des offres reçues dressé le 29/05/2020 par [...]

Article 2: De retenir l'offre du promoteur Eneco / Engie comme étant la plus avantageuse.

Article 3: De demander au Collège de la Commune de Gouvy et de la Ville de Bruges d'approuver ledit rapport et la présente délibération.

Article 4: De soumettre à l'approbation du Conseil communal le projet d'acte notarié relatif à l'option de la levée d'un droit de superficie accompagné d'une convention entre les 3 pouvoirs publics et le promoteur Eneco /Engie.

Il s'agit du premier acte attaqué.

Le deuxième acte attaqué est la décision implicite de ne pas retenir l'offre de la requérante.

11. Le 9 juin 2020, le collège communal de la commune de Gouvy « prend acte » du rapport d'analyse des offres.

Le troisième acte attaqué est la décision du collège communal de Gouvy « de date inconnue, si cette décision existe » d'approuver les premier et deuxième actes attaqués.

12. Le 15 juin 2020, le bureau permanent du CPAS de Bruges prend la décision suivante :

Besluit

Artikel 1

Er werden 11 offertes ingediend:

Na analyse van de offertes werden de firma's LUMINUS, ENECO-ENGIE en WATTELSE die het meest interessante aanbod indienden uitgenodigd om verdere toelichting te geven bij hun dossier aan afvaardiging van het OCMW Brugge en de gemeente Houffalize die bij mandaat de gemeente Gouvy vertegenwoordigde.

Nadat de dossiers werden toegelicht en na verdere analyse van de offertes werd vastgesteld dat de firma WATTELSE niet voldoet aan de voorwaarden van het lastenboek.

Van de overgebleven offertes is deze van ENECO-ENGIE financieel de meest voordelige voor alle partijen.

Artikel 2

Aan te sluiten bij de beslissing van het college van Burgemeester en Schepenen van Houffalize en deze voor te leggen aan de OCMW-Raad, namelijk:

1. Het rapport van de analyse van de offertes opgemaakt door [REDACTED] Schepen te Houffalize op 29.05.2020 goed te keuren.
2. Het aanbod van Eneco-Engie te weerhouden als het voor de 3 partijen meest voordelige aanbod.
3. Het ontwerp van notariële akte waarin voor Eneco-Engie de mogelijkheid opgenomen is om recht van opstal te bekomen voor de plaatsing van windmolens goed te keuren volgens de afspraken gemaakt met de gemeenten Houffalize en Gouvy.

Aldus beslist in bovenvermelde zitting,
Namens het Vast Bureau

Le 30 juin 2020, le conseil du CPAS confirme la décision du bureau permanent, en des termes identiques.

Il s'agit des quatrième et cinquième actes attaqués.

13. Dans l'intervalle, par un courriel du 26 juin 2020, les services de la première partie adverse informent la requérante que son offre n'a pas été retenue et lui transmettent, en pièces jointes, la délibération du collège communal du 3 juin 2020 et le rapport d'analyse des offres.

14. Par un courriel du 29 juin 2020, la requérante interroge la première partie adverse en lui demandant d' « indiquer le classement de [son] offre par rapport aux coefficients de pondération décrits dans le CSC ».

15. Par un courriel du lendemain, l'échevin en charge répond ce qui suit :

« Je ne peux vous fournir cette pondération critère par critère, puisqu'elle est proportionnelle à la meilleure offre pour chacun des critères. Cela nous pose problème au regard du secret des affaires.

Cependant, je peux vous donner votre classement total :

Votre société se classe 2°, avec 74,84 points sur un maximum possible de 100.

Ce classement représente uniquement la pondération de certains critères, d'autres éléments étant éliminatoires ou pas (respect du cahier des charges) ».

16. Le 7 juillet 2020, le Bourgmestre et le Directeur général de la ville de Houffalize adressent à la requérante un courrier rédigé comme il suit :

Complémentairement au courrier électronique vous transmis par notre Administration le 26 juin dernier, nous portons à votre connaissance que votre offre a obtenu un total de 74,84 points sur les 100 possibles, se classant ainsi à la 2ème place par rapport à l'opérateur retenu (Electrabel SA - Engie / Eneco) dont l'offre a quant à elle obtenu 76,16%. Le classement ainsi opéré se fonde tant sur la vérification du respect des exigences du cahier des charges que sur les critères d'attribution y repris.

Vous trouverez en annexe le tableau reprenant la répartition cotée selon les avantages proposés tels que repris dans votre offre ainsi que leur modulation.

Ces informations complémentaires vous sont communiquées suite à l'accord que nous avons reçu de l'opérateur retenu et ce, dans le cadre du respect de la loi sur le secret des affaires.

17. Le 17 juillet 2020, le conseil de la requérante adresse, au collège communal de la ville de Houffalize, une mise en demeure de retirer sa décision du 3 juin 2020.

18. Le 22 juillet 2020, le conseil communal de la ville de Houffalize :

APPROUVE le contrat instrumentant les droits fonciers en vue de la réalisation d'un projet éolien sur la Commune de Houffalize avec les promoteurs « SA Electrabel » (Engie) et « Eneco Wind Belgium SA », tel que repris en annexe.

La Commune de Gouvvy et la Ville de Bruges sont invitées à approuver le contrat précité. Ledit contrat sera signé par les différentes parties par devant le notaire STASSER aux frais des promoteurs.

DECIDE, considérant le recours en suspension en extrême urgence introduit par la SA Elicio au Conseil d'Etat en date du 13/07/2020, de charger le Collège communal de l'exécution de la présente de décision pour autant et après que les effets du recours précité ou à introduire par tout autre promoteur ou tiers intéressé aient été définitivement levés.

Il s'agit du sixième acte attaqué.

19. Le même jour, le conseil communal de la commune de Gouvvy décide :

Article 1 : d'approuver le contrat instrumentant les droits fonciers en vue de la réalisation d'un projet éolien sur la Commune de Houffalize avec les promoteurs « SA Electrabel » (Engie) et « Eneco Wind Belgium SA », tel que repris en annexe;

Article 2 : de charger le Notaire Stasser de conduire à bonne fin le présent dossier, aux frais des promoteurs;

Article 3 : de charger le Collège communal de l'exécution des présentes décisions, pour autant et après que les effets du recours en suspension en extrême urgence introduit par Elicio S.A. en cause ci-dessus, ou à introduire par tout autre promoteur ou tiers intéressé, aient été définitivement levés.

Il s'agit du septième acte attaqué.

Le huitième acte attaqué est la délibération du conseil du CPAS de Bruges, « de date inconnue, si cette décision existe » d'approuver le contrat instrumentant les droits fonciers en vue de la réalisation du projet éolien litigieux.

IV. Nullité du mémoire en réponse et du dernier mémoire en tant qu'ils sont adressés par la troisième partie adverse

L'article 65 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, prévoit la nullité de tout écrit de procédure adressé au Conseil d'État par une partie soumise à la législation sur l'emploi des langues en matière administrative dans une autre langue que celle dont l'emploi lui est imposé par cette législation.

Les parties adverses sont soumises à la législation sur l'emploi des langues en matière administrative et appartiennent à des régimes linguistiques différents (emploi dans leurs services intérieurs de la langue française pour les deux premières parties adverses et emploi dans ses services intérieurs de la langue néerlandaise pour la troisième partie adverse).

Le mémoire en réponse et le dernier mémoire, déposés pour les trois parties adverses ensemble, sont rédigés dans la langue française.

Il y a lieu d'office de prononcer la nullité de ces écrits de procédure, en tant qu'ils sont adressés par la troisième partie adverse.

V. Recevabilité de l'intervention

V.1. Thèses des parties

La requérante soulève, dans son mémoire en réplique, une exception d'irrecevabilité de la requête en intervention. Elle considère que cette requête est tardive parce qu'elle retarde la procédure et qu'elle porte atteinte à ses droits de la défense puisque le mémoire en intervention sera déposé après le mémoire en réplique et qu'elle ne pourra donc répondre aux arguments des parties intervenantes qu'avec son dernier mémoire, c'est-à-dire à un stade où l'ensemble des griefs ont déjà fait l'objet d'un examen par l'auditeur en charge de l'instruction de l'affaire. Elle ajoute que les parties intervenantes ont connaissance du recours introduit, à tout le moins depuis une réunion d'information préalable relative au projet d'implantation d'éoliennes qui s'est tenue le 21 octobre 2020, puisque le recours y est évoqué. Elle affirme que les parties intervenantes ont volontairement retardé leur intervention afin de prendre connaissance du mémoire en réplique pour développer leur propre argumentaire et qu'elles l'ont ainsi empêchée de prendre connaissance de leurs arguments avant de répliquer.

Les parties intervenantes rappellent tout d'abord la teneur de l'article 52, § 1^{er}, alinéa 2, du règlement général de procédure. Elles se réfèrent ensuite à plusieurs arrêts dans lesquels le Conseil d'État a estimé que la demande en intervention retardait la procédure, lorsque le mémoire en intervention était déposé après le dépôt du rapport de l'auditeur ou *in extremis* avant l'audience. Or, elles affirment que, dans le cas d'espèce, la requête en intervention a été déposée avant même le dépôt du mémoire en réponse et du mémoire en réplique, et, en tous les cas, avant la communication du rapport de l'auditeur, de telle sorte que leur intervention ne retarde pas la procédure. De plus, elles soulignent que la requérante pourra

répondre à leurs arguments dans le cadre des derniers mémoires, de sorte que cette exception devrait être rejetée.

V.2. Examen

Par une requête introduite le 4 décembre 2020, la SA Eneco Wind Belgium et la SA Electrabel demandent à intervenir dans la présente procédure.

L'admission de l'intervention par ordonnance a un caractère provisoire. Sa recevabilité est définitivement fixée par l'arrêt.

À la date de l'introduction de la requête en intervention, l'article 52, § 1^{er}, du règlement général de procédure disposait comme il suit :

« La requête en intervention est introduite dans un délai de trente jours au plus tard après la réception de l'envoi visé à l'article 6, § 4, ou la publication de l'avis visé à l'article 3^{quater}.
En l'absence de notification ou de publication, la chambre saisie de l'affaire peut permettre une intervention ultérieure pour autant qu'elle ne retarde pas la procédure ».

Il ressort des pièces du dossier que le service du greffe n'a pas notifié aux SA Eneco Wind Belgium et la SA Electrabel une copie de la requête. Il n'y a ainsi pas eu d'envoi tel que visé à l'article 6, § 4, du règlement général de procédure de sorte qu'en l'espèce, l'intervention est possible « pour autant qu'elle ne retarde pas la procédure ».

Aucun élément n'indique que la procédure a subi un retard du fait de cette intervention. Les arguments contenus dans le mémoire en intervention ont pu être examinés par l'auditeur-rapporteur et la requérante a pu y répondre dans son dernier mémoire, de sorte qu'il ne peut, non plus, être question d'une atteinte au droit de la défense ou au principe d'égalité des armes.

Par ailleurs, la SA Eneco Wind Belgium et la SA Electrabel ont remporté l'appel à projets litigieux. Elles justifient d'un intérêt à intervenir aux côtés des parties adverses en soutien des actes attaqués.

Il y a lieu d'accueillir la requête en intervention.

VI. Recevabilité du recours

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante indique d'emblée avoir un intérêt à agir en ce qu'elle a déposé une offre en réponse à l'appel à projets litigieux, offre qui a été classée deuxième, de sorte que les actes attaqués lui causent directement et définitivement grief en ne lui attribuant pas le contrat.

Elle revient sur un argument soulevé par les parties adverses dans le cadre de la procédure d'extrême urgence, selon lequel elle n'aurait pas intérêt au recours en raison du caractère irrégulier de son offre. Elle indique contester expressément l'irrégularité de celle-ci et souligne la contradiction existante entre le rapport d'analyse des offres et le tableau qui a servi de base à cette analyse, de même que les « décisions ultérieures » qui lui ont été communiquées par la ville de Houffalize les 30 juin et 7 juillet 2020. Elle soutient que, selon une jurisprudence constante, une offre est présumée régulière « sauf pour le pouvoir adjudicateur à apporter la preuve contraire lors de l'examen de la régularité des offres ». Or, selon elle, à aucun moment, les parties adverses n'ont démontré positivement que son offre serait irrégulière, ni n'ont déclaré cette dernière irrégulière. Elle ajoute que le rapport d'analyse des offres ne tire aucune conséquence de l'affirmation relative au non-respect des distances minimales et se réfère d'ailleurs ensuite à l'analyse pondérée des critères d'attribution, analyse qui a classé la requérante en deuxième position.

Elle fait observer que la délibération du 3 juin 2020 du collège communal de Houffalize ne fait qu'approuver le rapport d'analyse des offres, sans évoquer la prétendue irrégularité de son offre, que, dans la notification du 30 juin 2020, l'échevin en charge du dossier précise que l'offre de la requérante s'est classée deuxième, sans indiquer ni expressément ni implicitement une quelconque irrégularité de celle-ci et qu'enfin, le courrier du 7 juillet 2020 expose explicitement que l'offre de la requérante s'est classée deuxième, en précisant que « [l]e classement ainsi opéré se fonde tant sur la vérification du respect des exigences du cahier des charges que sur les critères d'attribution y repris ». Elle déduit de cette dernière « décision » que son offre est tenue pour régulière. Elle estime encore que, si son offre avait été irrégulière, il n'y aurait pas eu lieu de la comparer avec les autres, sous peine de fausser la concurrence : « l'évaluation de chaque offre dépendant de l'évaluation des autres, la prise en compte d'une offre irrégulière au stade de la comparaison des offres fausserait en effet cette comparaison entre les offres régulières ».

À titre subsidiaire, elle fait valoir que, s'il devait être déduit des informations contradictoires présentes dans le dossier administratif que l'offre de la

requérante aurait été déclarée irrégulière et écartée sur cette base - *quod non*, la quatrième branche du premier moyen a pour objet de critiquer l'acte attaqué sur ce point.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse conteste la recevabilité du recours à divers titres, dont celui de l'intérêt à agir. Concernant ce dernier, outre un grief pris d'un défaut d'intérêt légitime au regard de l'objet social de la requérante, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

« La requérante estime qu'elle dispose de l'intérêt à "obtenir l'annulation des actes attaqués" dès lors qu'elle a déposé offre, que son offre est classée deuxième et que, "si son offre avait correctement été évaluée, elle aurait obtenu le contrat" (Requête, p. 7, § 25).

Or, l'offre de la requérante n'aurait en tout état de cause pu être retenue dans la mesure où elle n'était pas conforme à la règle des "1000 mètres" exigée par le cahier des charges. La requérante l'a elle-même confirmé à la ville de Houffalize le 20 mai 2020.

Partant, peu importe l'application correcte des critères d'attribution et la motivation donnée, dans la mesure où ce seul motif, correct et légitime, justifie le rejet de son offre étant non conforme.

À cet égard, la jurisprudence vantée par la demanderesse est exclusivement relative aux marchés publics, qui connaissent une procédure claire imposant aux pouvoirs adjudicateurs d'apprécier la régularité des offres des soumissionnaires (et de prendre une décision de régularité/irrégularité à leur égard) avant de pouvoir apprécier leur qualité au regard des critères d'attribution.

Une telle manière de faire n'est toutefois pas imposée pour ce qui concerne l'attribution de droits réels sur une parcelle détenue par une autorité publique : l'autorité publique ne doit, en effet, pas expressément se prononcer sur la conformité/non-conformité des candidatures avant d'apprécier leurs qualités au regard des critères établis.

La jurisprudence relative à la matière des marchés publics n'est, pour cette raison, pas transposable à la présente cause.

Partant, il n'est dès lors pas exclu, pour une partie adverse devant se défendre devant votre conseil, d'exciper de l'absence d'intérêt requis à l'annulation de l'acte attaqué lorsqu'il est établi qu'une proposition n'a de toute façon aucune chance d'être retenue en raison de sa non-conformité à une exigence essentielle.

Il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas contestable que la non-conformité de la proposition de la requérante au regard de la règle des 1000 mètres a expressément été relevée par les parties adverses, comme cela ressort du dossier administratif (pièces 15 à 18) et comme le relève la requérante (requête, p. 8, § 28).

Ne s'agissant pas d'une procédure d'attribution d'un marché public ni d'une concession (C.E., arrêt n°248.148 du 17 août 2020), il n'y avait pas lieu d'expressément déclarer "l'offre" de la requérante "irrégulière" ».

C. Mémoire en réplique

La requérante maintient que son offre n'a pas été déclarée irrégulière, mais qu'elle a été classée en deuxième position.

Elle estime que le mémoire en réponse ne répond pas sur ce point, et qu'il se contente d'une pétition de principe en affirmant que son offre est irrégulière. Elle avance que le fait qu'il ne s'agisse pas d'une procédure de marché public n'a pas pour conséquence que l'offre ne doit pas être déclarée régulière, ni que les autorités compétentes seraient libérées de toute obligation de constater une irrégularité et de motiver leur décision. Ce raisonnement aboutirait à violer le principe de concurrence pour les raisons déjà mentionnées dans la requête.

Elle poursuit en indiquant que l'argumentaire des parties adverses s'apparente en fait à une motivation *a posteriori*, proscrite, qui serait en plus contraire aux décisions qu'elles ont elles-mêmes adoptées. Elle rappelle, à cet égard, le contenu des décisions et courriers des 3 juin, 30 juin et 7 juillet 2020 évoqués dans la requête. Elle ajoute qu'aucune décision, unanime de toutes les parties adverses, n'a déclaré son offre irrégulière.

Elle rappelle que, selon la jurisprudence du Conseil d'État, l'exception d'irrecevabilité fondée sur l'irrégularité d'une offre qui n'a pas été préalablement décelée par l'autorité attribuant un contrat doit être rejetée. Elle estime une telle jurisprudence, développée en matière de marchés publics et de concessions, transposable en l'espèce.

Elle ajoute encore qu'elle conteste que son offre serait irrégulière, « puisqu'il n'y a aucune motivation sur la prétendue irrégularité dont elle serait entachée », ce qu'elle précise développer sous les troisième et quatrième branches de son premier moyen.

D. Mémoire en intervention

Les parties intervenantes abondent dans le sens de la partie adverse.

Elles font tout d'abord valoir que la non-conformité de l'offre de la requérante résulte des décisions querellées et est confirmée par le dossier administratif. Elles citent un extrait de la « section 1 » du cahier des charges et affirment que ses termes sont clairs : le projet éolien doit respecter une distance minimale de 1000 mètres par rapport à toute zone d'habitat ou par rapport à toute habitation isolée légale existante.

Elles rappellent que le droit des marchés publics et des concessions n'est pas applicable en l'espèce ; il est question, dans le cas présent, de l'attribution d'un contrat de l'administration, auquel s'appliquent principalement les règles du droit privé. Elles exposent que le droit des contrats distingue les éléments essentiels des

éléments accessoires et que les éléments essentiels du contrat sont ceux sur lesquels « l'acceptation doit nécessairement porter, car le contrat ne se conçoit pas sans un accord sur ces éléments » tandis que les éléments accessoires du contrat sont ceux sur lesquels « les parties n'ont pas entendu subordonner leur accord (par exemple, une clause attributive de compétence) ». Elles soutiennent qu'en imposant expressément le respect de la distance minimale de 1000 mètres, les parties adverses ont fait de cette exigence un élément essentiel du contrat et qu'elles ne sauraient, dès lors, marquer leur accord sur une offre qui ne respecte pas cette exigence essentielle.

Elles font ensuite valoir que la requérante a été interrogée sur le non-respect de cette condition. Elles reproduisent des extraits de la question posée et de la réponse donnée par la requérante. Elles estiment que celle-ci ergote, dans ses écrits de procédure, sur la notion d' « habitation isolée ». Selon elles, un hôtel et un camping seraient bien des lieux où des personnes peuvent vivre et habiter, de sorte qu'il s'agit bien d'habitat, même isolé, ce que la requérante a d'ailleurs reconnu dans son courriel du 20 mai 2020. Elles constatent, de plus, que respecter la règle des 1000 mètres aurait imposé de revoir complètement l'offre de la requérante (en réduisant le nombre d'éoliennes de 8 à 6) en modifiant « tout l'équilibre du projet notamment économique », ce qui est impossible, tant au regard du cahier des charges, que du principe d'égalité de traitement et du droit des contrats, qui prévoit qu'une offre est irrévocable pendant le délai fixé par l'offrant et qu'il n'est possible de se rétracter d'une offre que « pour autant que cette rétractation parvienne au destinataire avant l'offre elle-même ».

Elles ajoutent que la non-conformité de l'offre de la requérante est mentionnée sans aucune ambiguïté dans le rapport d'analyse des offres que toutes les parties adverses ont, par ailleurs, expressément approuvé.

Dans une deuxième partie, les parties intervenantes exposent que la non-conformité de l'offre de la requérante implique qu'elle n'a pas intérêt au recours. Elles se réfèrent à l'arrêt n° 240.403 du 11 janvier 2018 (ECLI:BE:RVSCE:2018:ARR.240.403) et concluent que, dès lors que rien ne permet d'établir que l'offre déposée par la requérante est conforme à une exigence essentielle inscrite dans le cahier des charges, une telle offre ne pouvait qu'être refusée par les parties adverses.

E. Dernier mémoire de la requérante

La requérante fait valoir les éléments suivants :

« 4. À titre liminaire, les “constats” établis dans le rapport [rédigé par le premier auditeur] appellent plusieurs observations. C’est, en effet, à tort, qu’ils sont présentés comme des états de fait dans le rapport :

(i) L’approbation du rapport d’analyse des offres par la deuxième partie adverse ne peut être déduite de la délibération de son Conseil communal du 22 juillet 2020 :

- d’une part, le fait que le Collège communal n’ait pas émis d’objection en sa séance du 9 juin 2020 ne signifie pas, juridiquement, qu’il a approuvé le rapport ;

- d’autre part, la signature du rapport d’analyse des offres par la Directrice générale et le Bourgmestre n’est pas non plus suffisante, en l’absence de délégation de compétence (en bonne et due forme émanant de l’autorité compétente).

La deuxième partie adverse n’a d’ailleurs produit aucune pièce démontrant l’existence d’une telle décision d’approbation à l’appui de son mémoire en réponse.

(ii) À supposer que la “pondération des critères / la cotation des offres” ait déjà été réalisée au terme d’une première analyse, elle a, par ailleurs, été confirmée une fois l’ensemble des informations reçues. En effet, il ressort tant du rapport d’analyse des offres que de la lettre du 7 juillet 2020 que c’est au terme de cet examen, portant à la fois sur “la vérification du respect des exigences du cahier des charges que sur les critères d’attribution y repris” que le classement des offres définitif a été établi;

(iii) Le rapport de Madame l’Auditeur fait état d’une contradiction, entre la lettre du 7 juillet 2020 et les décisions précédemment prises par les parties adverses. En pareille situation, le rapport ne pouvait opter pour l’une ou l’autre version, sous peine de substituer son appréciation à celle de l’autorité. En tout état de cause, en l’espèce, une autre interprétation permet de concilier l’ensemble des documents : les parties adverses n’ont pas déclaré l’offre de la partie requérante irrégulière et n’ont pas eu cette intention. Elles l’ont seulement considérée comme moins avantageuse, à hauteur de 2% – ce qui est contesté –.

Il en va d’autant plus ainsi – et l’on y reviendra – qu’il est, en soi, contradictoire de classer une offre, et ainsi de comparer les autres offres avec celle-ci, et de soutenir *a posteriori* – pour les seuls besoins de la cause – que cette offre (pourtant classée deuxième) serait, en réalité, irrégulière. Quel que soit le type de procédure – marché public ou mise en concurrence –, l’autorité ne peut classer utilement une offre qu’elle tient pour irrégulière, sauf à porter directement atteinte aux principes d’égalité et de concurrence.

Ces précisions sont importantes, puisque la régularité de l’offre fonde, *in fine*, l’intégralité du rapport.

5. Au demeurant, la recevabilité du recours doit s’apprécier indépendamment de l’appréciation des moyens. Il n’y a pas de raison, en l’espèce, de se départir de cette règle. Il en va d’autant plus ainsi que l’appréciation portée par le rapport sur l’absence d’effet utile de l’annulation tend à se substituer à celle de l’autorité. C’est d’autant plus vrai que – comme on le verra –, cette position s’appuie sur une lecture critiquable – et critiquée – du cahier des charges.

6. Le fait qu’il ne s’agisse pas, en l’espèce, d’une procédure de marché public n’a pas pour conséquence que les autorités compétentes seraient libérées de toute obligation de constater formellement l’irrégularité d’une offre et de motiver spécifiquement, sur ce point, les décisions prises. Or, comme souligné dans la requête en annulation et dans le mémoire en réplique, aucune décision expresse portant sur l’irrégularité prétendue de l’offre de la partie requérante n’a été produite, ce que le rapport ne conteste pas. Le rapport reste donc en défaut d’établir que l’offre de la partie requérante serait affectée d’une irrégularité, que cette irrégularité aurait été constatée et qu’une décision motivée aurait été prise à cet égard.

7. À considérer, comme semble le soutenir le rapport de Madame l’Auditeur, qu’il n’était pas requis de procéder en deux temps distincts, et d’apprécier en premier lieu la régularité des offres, puis de procéder à la comparaison des offres régulières sur la base des critères arrêtés par le cahier des charges, *quod non*, les parties adverses restent toutefois tenues, dans le cadre d’une telle procédure, au respect des principes d’égalité entre les soumissionnaires et de concurrence.

Les parties adverses n’ont pas pu comparer et classer l’ensemble des offres sans tenir compte de leur (ir)régularité, puisqu’en comparant des offres qu’elles estimaient régulières, à des offres qu’elles estimaient irrégulières, les parties adverses auraient attribué une cotation à certaines offres, qu’elles auraient, ensuite, dû écarter. Ce faisant, elles auraient fait varier la cotation des offres régulières. Cela reviendrait à comparer des choses incomparables : des offres régulières et irrégulières ; ce qui ne se peut. L’on ne peut raisonnablement pas comparer de la même façon des pommes et des poires (et les classer comme des pommes).

En admettant avoir agi de la sorte, les parties adverses reconnaîtraient en réalité avoir faussé la concurrence.

Il faut, dès lors, à l’évidence, considérer que si les parties adverses avaient considéré l’offre de la partie requérante irrégulière, ils ne l’auraient pas cotée ni n’auraient confirmé le classement des offres.

Votre Conseil souligne, en ce sens, que “Lorsqu’une partie adverse oppose à un recours une exception d’irrecevabilité déduite d’une irrégularité de l’offre d’une partie requérante qui n’a pas été préalablement décelée par le pouvoir adjudicateur, il n’appartient pas au Conseil d’État de déclarer cette offre irrégulière alors que le pouvoir adjudicateur n’a lui-même pas retenu ce motif d’irrégularité au cours de la procédure d’attribution du marché litigieux. Pour cette raison, il n’a pas à vérifier si l’offre est entachée de l’irrégularité que dénonce la partie adverse” » (voy. not. C.E., arrêt sprl Polygraph’, n° 245.328 du 28 août 2019).

8. Les parties adverses restaient, par ailleurs, tenues au respect de l’obligation de motivation. Or, aucun motif d’irrégularité n’est mentionné dans la motivation de l’acte attaqué.

Et pour cause : l’offre de la requérante n’a pas été déclarée irrégulière par les parties adverses. Au contraire, elle a été classée deuxième.

Le rapport ne partage pas ce constat et considère “que s’il n’est pas indiqué expressément que ce constat [d’irrégularité] emporte l’écartement de son offre, il constitue à tout le moins un motif déterminant fondant l’attribution des droits réels concernés à un autre opérateur et la non-attribution à la partie requérante” (p. 17). Pourtant, d’une part, aucune des décisions adoptées par les parties adverses, ni aucun document du dossier administratif, ne fait état de ce motif et encore moins en tant que “motif déterminant”. D’autre part, la non-attribution des droits réels à la partie requérante ne découle pas de l’irrégularité de son offre, mais du classement, qui place la partie requérante en deuxième position, avec 2% de moins qu’Eneco/Engie.

Si, comme le soutient le rapport de Madame l’Auditeur, l’irrégularité de l’offre de la partie requérante justifiait la non-attribution du contrat, encore aurait-il appartenu aux parties adverses de l’indiquer expressément et, à cet égard, de motiver spécialement leurs décisions, dès lors que ce faisant, elles s’écarteraient expressément du rapport d’analyse des offres, qui a classé deuxième l’offre de la partie requérante (tant, au regard de la régularité que du contenu de son offre).

9. L’analyse menée par le rapport de Madame l’Auditeur semble fonder la prétendue irrégularité de l’offre sur ce que la distance de 1000 mètres aurait été une exigence essentielle du cahier des charges, que cette distance n’aurait pas été respectée dans l’offre de la partie requérante, ce qui aurait été motivé brièvement, mais clairement dans l’acte attaqué, et que le prétendu constat d’irrégularité serait fondé sur cette exigence non respectée.

Cet enchaînement ne ressort, néanmoins, pas de l’acte attaqué ni des autres décisions des parties adverses.

Or, Votre Conseil considère qu’au titre de l’obligation de motivation formelle, “le pouvoir adjudicateur doit nécessairement faire apparaître la raison pour laquelle il estime devoir retenir le caractère "essentiel" de la disposition des documents du marché à laquelle l’offre déroge, lorsqu’un tel caractère ne lui est pas expressément reconnu par ces documents” (C.E. arrêt n°246.130 du 20 novembre 2019, SA Infrastructure & Construction).

10. Le rapport, en ce qu’il présume de la décision expresse portant sur la régularité de l’offre – alors qu’elle n’existe pas dans l’ordre juridique –, verse en opportunité.

En l’absence d’une décision expresse unanime des trois parties adverses, l’irrégularité de l’offre de la partie requérante ne peut se présumer, sous peine de substituer son appréciation à celle de l’autorité et de compléter les motifs des décisions entreprises. Selon l’adage, ce qui se conçoit bien s’énonce clairement : si l’offre de la partie requérante [était] entachée d’irrégularité, il appartenait aux parties adverses de le constater et de motiver distinctement leur décision. Ce qui suppose donc de déterminer la prescription du cahier des charges méconnue et la manière dont l’offre la méconnaîtrait. Une telle analyse est absente, dès lors que le rapport d’analyse des offres lui-même conclut au classement, à la deuxième place, de l’offre de la partie requérante.

Le raisonnement du rapport de Madame l’Auditeur ne saurait pallier pareille carence sauf à substituer sa propre appréciation à celle des parties adverses ; ce qui ne se peut. Il en va d’autant plus ainsi, en l’espèce, qu’aucun motif des décisions et lettres, invoquées dans le rapport, ne laisse entendre qu’une prétendue irrégularité de l’offre de la partie requérante justifierait, à son égard, la non-attribution du contrat :

- Rapport d’analyse des offres (approuvé par les première et troisième parties adverses) : une « première analyse du fond des offres reçues » est réalisée, à la suite de laquelle les opérateurs sont auditionnés. Au terme de ces échanges, et après avoir considéré que les “distances minimales à respecter [...] par rapport aux habitations légales existantes” n’étaient pas respectées dans l’offre de la partie requérante, l’analyse pondérée des critères d’attribution est confirmée. Autrement dit, le respect du cahier des charges sur ce point n’était manifestement pas déterminant (sinon, l’analyse précédemment établie n’aurait pas été confirmée). De plus, l’offre de la partie requérante n’est pas formellement écartée, puisque sa place au sein du classement est confirmée.

- Délibération du 3 juin 2020 du Collège communal d’Houffalize : elle ne fait qu’approuver “le rapport d’analyse des offres”, sans évoquer une (prétendue) irrégularité de l’offre de la requérante ;

- Décision du 15 juin 2020 au nom du Conseil de l’Action sociale de la troisième partie adverse : après une seconde analyse, il a été considéré que l’offre de la partie requérante ne répondait pas aux conditions du cahier des charges – sans autre précision – et que l’offre d’Eneco-Engie représentait l’offre financièrement la plus avantageuse des offres restantes ;

Toutefois, en ce qui concerne la décision du Bureau Permanent du CPAS de la Ville de Bruges du 15 juin 2020, il faut constater, comme la partie requérante le faisait déjà dans sa requête, qu’il ne s’agit, aux termes mêmes de cette décision, que d’une proposition de décision, destinée à être soumise au Conseil du CPAS (« “*en deze voor te leggen aan de OCMW-Raad*”, pièce n°19). Cet acte n’a donc manifestement pas la portée que les parties adverses, ou le rapport, tentent de lui donner, à défaut d’avoir été approuvé.

- Courrier du 30 juin 2020 (pièce n° 22) : elle fait bien état du fait que le non-respect du cahier des charges – sans autre précision – serait « éliminatoire ». Le cas échéant, l’offre de la partie requérante aurait donc été éliminée et n’aurait pas été classée. Or, elle a été maintenue dans le classement ;

- Lettre du 7 juillet 2020 (pièce n° 23) : c’est au terme d’un examen portant à la fois sur « la vérification du respect des exigences du cahier des charges que sur les critères d’attribution y repris » que le classement des offres a été établi et confirmé. C’est donc, en réalité, la première partie adverse elle-même qui a expressément confirmé à la partie requérante que le fait que son offre a été

classée en seconde position signifiait que son offre respectait l'ensemble des exigences du cahier des charges (en ce compris, la distance des éoliennes) ou, à tout le moins, qu'un éventuel non-respect n'affectait pas la régularité de l'offre, contrairement à ce que les parties adverses tentent, à présent, de soutenir pour les besoins de la cause.

Le rapport de Madame l'Auditeur souligne que la lettre précitée n'émane pas du Collège communal. Elle est cependant signée par le Directeur général et le Bourgmestre de la Ville d'Houffalize. Le rapport d'analyse des offres est lui aussi seulement signé par les Directeurs généraux et les Bourgmestres de chaque partie adverse, ce que le rapport de Madame l'Auditeur semble valider. On ne peut, par opportunité, une fois estimer que le rapport d'analyse des offres serait valablement signé par ces deux personnes, pour ensuite soutenir que quand ces deux mêmes personnes signent un courrier elles ne représenteraient pas valablement la commune... La même analyse doit être portée.

Aucune des décisions qui précèdent ne permet de conclure que les trois parties adverses auraient considéré l'offre de la partie requérante irrégulière. Rien n'indique, du reste, que la distance de 1000 mètres était un élément substantiel ou essentiel du cahier des charges. Tout au plus, le respect du cahier des charges a été considéré comme un élément d'appréciation et l'appréciation des parties adverses sur ce point, entre autres, a été erronée, raison pour laquelle la partie requérante a introduit un recours et a intérêt à celui-ci.

Rien n'établit que ce critère n'aurait pas été respecté par la partie requérante (compte tenu des informations à sa disposition).

11. Le rapport, en page 14, fonde le caractère essentiel de l'exigence relative à la distance de 1000 mètres sur deux arguments.

Ils sont tous deux erronés.

D'une part, le "soin porté à l'obtention d'informations complémentaires" n'est en aucun cas révélateur du caractère essentiel ou non d'une exigence. Ces informations peuvent être utiles pour départager les offres et les classer utilement, sans pour autant conditionner leur régularité.

D'autre part, les termes du cahier des charges ne sont pas déterminants, au contraire, puisque la distance de 1000 mètres est mentionnée dans la section "Contexte" et non parmi les critères (qu'ils soient d'attribution ou des lignes directrices).

En outre, contrairement à ce qui est laissé entendre en page 16 du rapport, la partie requérante n'a pas invoqué l'application du principe *patere legem quam ipse fecisti* concernant le caractère prétendument essentiel de l'exigence relative à la distance de 1000 mètres, mais concernant la méthode d'évaluation dans le cadre d'un cahier des charges.

12. De plus, l'arrêt n° 240.403, invoqué par les parties intervenantes dans leur mémoire en intervention, est, quant à lui, dénué de pertinence. Son enseignement n'est pas transposable en l'espèce : à la différence de cette autre affaire, la complétude de l'offre de la partie requérante n'est pas ici remise en cause.

13. En droit des marchés publics, une irrégularité est substantielle si elle « est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues ».

Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Les offres ne pouvaient être comparées sur la base de ce critère et les soumissionnaires ne pouvaient s'engager de manière irrévocable sur le respect d'une distance de 1000 mètres, dans la mesure où l'évaluation des incidences sur l'environnement n'a pas encore été réalisée et pourrait recommander un déplacement des éoliennes initialement projetées, pour différentes raisons.

C'est la raison pour laquelle le projet présenté lors de la réunion d'information préalable est généralement modifié avant le dépôt de la demande de permis. Eneco-Engie, qui a reçu les droits réels en cause, pourrait devoir modifier son projet au terme de l'évaluation des incidences et ne plus respecter la distance des 1000 mètres, tout en obtenant néanmoins un permis unique pour implanter et exploiter son parc éolien. Autrement dit, s'il s'avère, au terme de l'évaluation des incidences, que la distance ne peut être respectée, l'offre de la partie requérante aurait été écartée sur la base d'un motif qui ne pouvait en tout état de cause pas être respecté. Il s'agit d'une rupture flagrante des principes d'égalité et de libre concurrence entre soumissionnaires. Dès lors, l'emplacement des éoliennes, nécessairement théorique à ce stade, ne pouvait entraîner l'irrégularité de l'offre de la partie requérante.

14. Cette incertitude est, vraisemblablement, la raison pour laquelle la distance de 1000 mètres est mentionnée sous la section 1 "Contexte", et non parmi les critères (que ce soit ceux de la section 2 ou de la section 6). Les éléments essentiels étaient, à l'évidence, ceux qui sont repris dans la liste de contrôle récapitulative, en page 7 du cahier des charges (pièce n° 7) : le nombre d'éoliennes, la redevance par éolienne, la compensation (pour la chasse), le droit d'entrée par éolienne, la clé de répartition entre parties (promoteur, investissement public et/ou coopératif), la rédaction dans les deux langues... Or, la distance de 1000 mètres n'y figure pas. Rien, dans la structure ou les termes du cahier des charges, ne laisse entendre que le respect de cette distance – qui ne peut être garantie avant l'obtention du permis – conditionnait l'accord des parties adverses et devrait être considéré comme un élément essentiel. Si tel avait été le cas, et plus encore dans cette mesure, il était impératif que les parties adverses qualifient et motivent expressément la prétendue irrégularité de l'offre de la partie requérante. Ce qu'elles n'ont pas fait.

15. À titre subsidiaire, la régularité de l'offre de la partie requérante tient également au fait que la distance de 1000 mètres y est respectée, vis-à-vis de l'habitat, au sens courant du terme. C'est bien ce que le cahier des charges a entendu viser, puisqu'il utilise lui-même, indifféremment, les termes « habitation isolée » et « maisons isolées » (p. 2). À l'évidence, un camping ou un hôtel ne sont pas des « maisons ». À la considérer établie, *quod non*, la prétendue irrégularité de l'offre de la partie requérante, fondée sur le non-respect du cahier des charges, relèverait donc bien d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef des parties adverses. Quant à la partie requérante, certaines de ses déclarations ont été induites par les explications avancées par les parties adverses postérieurement à l'ouverture des offres. Les parties adverses étaient, cependant, tenues de se tenir au cahier des charges qu'elles avaient adopté. L'offre de la partie requérante respectant le cahier des charges, elle l'a maintenue. Pour le surplus, il est renvoyé, notamment, aux développements contenus en page 22 de la requête. La motivation de l'acte attaqué est erronée et ce dernier est entaché d'illégalité.

16. Il ressort de ce qui précède que le cahier des charges ne fait pas – et ne pouvait pas faire – de la distance de 1000 mètres un élément essentiel susceptible de conditionner la régularité des offres. Celle-ci n'a d'ailleurs fait l'objet d'aucune décision expresse ni d'une motivation. Tout au plus, l'offre de la partie requérante aurait pu – théoriquement – perdre des points dans le classement. Ce n'est cependant pas arrivé, les parties adverses ayant maintenu le classement inchangé après l'audition des soumissionnaires.

17. La cotation opérée par les parties adverses est, par ailleurs, erronée, ce qui a été démontré dans la requête et dans le mémoire en réplique. Sans ces erreurs, la partie requérante aurait été classée première et obtenu le contrat litigieux. L'annulation des actes attaqués procurerait, dès lors, bien à la partie requérante, une chance d'obtenir les droits réels en cause. Partant, la partie requérante justifie

bien de l'intérêt requis pour contester toutes et chacune des décisions dont elle poursuit ici l'annulation.

18. Il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que la partie requérante excipe d'un intérêt personnel, immédiat, direct, certain, légitime, né et actuel à l'obtention de l'annulation de l'ensemble des actes querellés.

L'exception d'irrecevabilité tenant à l'absence d'intérêt de la partie requérante doit, en conséquence, être rejetée.

19. Quant au motif d'irrecevabilité fondé sur l'objet social de la partie requérante, soulevé par les parties adverses, et puisqu'il n'a pas été retenu dans le rapport de Madame l'Auditeur, il est renvoyé au mémoire en réplique sur ce point. Il en est de même concernant la prétendue irrecevabilité du recours :

- en ce qu'il est dirigé contre la décision implicite de ne pas octroyer le contrat à la partie requérante ;
- en ce qu'il est dirigé contre les décisions de la commune de Gouvy et du CPAS [de Bruges] qui approuvent la décision de la ville d'Houffalize ;
- en ce qu'il est dirigé contre les décisions qui approuvent le contrat instrumentant les droits fonciers ».

VI.2. Examen

L'opération litigieuse doit s'analyser comme consistant en l'octroi, en faveur d'un promoteur choisi après une mise en concurrence, de droits réels sur des parcelles appartenant respectivement à chacune des parties adverses, pour permettre à ce promoteur d'affecter les parcelles concernées au développement d'un projet éolien, impliquant l'installation et l'exploitation d'éoliennes. Le contrat dont la conclusion est annoncée dans le cahier des charges, entre les parties adverses et le promoteur, tend uniquement à l'octroi et l'aménagement des droits réels nécessaires au développement du projet éolien.

Dans son arrêt n° 248.148 du 17 août 2020, le Conseil d'État a jugé que l'opération litigieuse ne pouvait *prima facie* être qualifiée de concession de travaux ou services ou de marché public au motif que :

- « le seul contrat qui paraisse en cause dans le cadre de l'opération litigieuse ne porte pas sur un objet autorisant à le qualifier de concession de travaux ou de services au sens des dispositions précitées et, d'autre part, qu'aucune disposition contractuelle qui porterait sur un tel objet ne paraît pouvoir être identifiée par ailleurs », ce qui suffit à écarter la qualification de « concession » au sens de l'article 2, 7°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux concessions ;
- la requérante n'expose pas concrètement en quoi la qualification de marché public s'imposerait, tandis que le Conseil d'État ne peut davantage identifier les éléments susceptibles d'appuyer cette thèse.

La requérante ne soutient plus, à l'appui de sa requête en annulation, que l'opération litigieuse consisterait en une concession de travaux ou services ou en un marché public. Le Conseil d'État n'aperçoit pas de raisons de s'écarter de l'analyse opérée dans l'arrêt n° 248.148.

Cette opération n'est donc pas soumise aux deux lois du 17 juin 2016 relatives respectivement aux contrats de concessions et aux marchés publics, ainsi qu'à leurs arrêtés d'exécution. Par ailleurs, le régime juridique applicable à la requête en annulation est celui des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

Aux termes de l'article 19, alinéa 1^{er}, de ces lois, un recours en annulation au sens de l'article 14, § 1^{er}, des mêmes lois peut être porté devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État par toute partie justifiant d'une lésion ou d'un intérêt. Une partie requérante dispose de cet intérêt requis en droit si deux conditions sont remplies : d'une part, l'acte administratif attaqué doit lui causer un préjudice personnel, direct, certain, actuel et doit léser un intérêt légitime ; d'autre part, l'annulation de cet acte qui interviendra éventuellement doit lui procurer un avantage direct et personnel, si minime soit-il.

C'est à la partie requérante qu'il appartient de prouver son intérêt à agir, particulièrement lorsque celui-ci est contesté par une autre partie.

En l'espèce, la requérante justifie son intérêt à agir contre les actes attaqués en affirmant que si son offre avait été correctement évaluée, elle aurait obtenu le contrat pour l'octroi des droits fonciers nécessaires à la réalisation de son projet de parc éolien, que les actes attaqués qui ne lui attribuent pas ce contrat lui causent directement et définitivement grief et qu'elle a donc manifestement intérêt à en obtenir l'annulation « afin que le présent marché ne soit pas conclu avec un concurrent et recouvrer ainsi une chance de l'exécuter [elle]-même ».

Les parties adverses et intervenantes font, entre autres, valoir que l'offre de la requérante n'aurait, en tout état de cause, pas pu être retenue en raison de sa non-conformité à une exigence essentielle du cahier des charges.

La requérante répond, à titre principal, que les parties adverses n'ont pas constaté l'irrégularité de l'offre de la requérante, qu'elles ne l'ont pas écartée pour ce motif et qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de déclarer une offre irrégulière alors que les parties adverses n'ont pas elles-mêmes retenu ce motif d'irrégularité au cours de la procédure d'appel à projets.

Contrairement à ce qu'affirme la requérante, il ressort du rapport d'analyse auquel se réfèrent la décision 3 juin 2020 du collège communal de la ville de Houffalize et les décisions des 15 et 30 juin 2020 du bureau permanent et du conseil du CPAS de Bruges, mais aussi des motifs propres contenus dans ces deux dernières décisions, que l'offre de la requérante a été écartée pour le motif déterminant que le projet d'implantation d'éoliennes proposé ne respectait pas les distances minimales imposées par le cahier des charges par rapport aux habitations légales existantes.

Le rapport d'analyse des offres montre que son auteur a d'abord vérifié que les onze offres reçues répondaient aux formes exigées par le cahier des charges. Il a ensuite procédé à une « première analyse du fond des offres reçues ». Cette évaluation des offres, effectuée sur la base des critères d'attribution ont conduit l'auteur du rapport à identifier les trois offres les plus intéressantes, tout en constatant que « des questions subsist[aient] néanmoins », que des « compléments d'information » ont été demandés aux trois opérateurs concernés et qu'une audition a été organisée avec chacun d'eux. Suivant le rapport, c'est à la suite de cette audition et des réponses reçues qu'il a été constaté que les offres des opérateurs Eneco-Engie et Luminus sont conformes aux exigences du cahier des charges alors qu'en revanche, l'offre de la requérante ne satisfait pas à l'exigence du cahier relative au respect d'une distance de 1000 mètres avec les habitations légales existantes. Certes, à la suite du constat d'irrégularité de l'offre de la requérante, l'auteur du rapport d'analyse des offres aurait sans doute dû procéder à une nouvelle évaluation des offres, en écartant celle de la requérante pour comparer uniquement les offres régulières entre elles. Il a toutefois décidé de confirmer la première analyse des offres, en constatant que « cette comparaison objective octroie l'avantage à l'association Eneco-Engie », dont l'offre est jugée conforme aux dispositions du cahier. Cette manière de procéder, certes critiquable, n'a toutefois pas pu causer grief à la requérante, puisque son offre est, de toute façon, considérée comme irrégulière. La confirmation de la première analyse des offres n'a, en toute hypothèse, pu exercer aucune influence sur la décision de déclarer irrégulière l'offre de la requérante.

En approuvant le rapport d'analyse des offres, la décision du 3 juin 2020 du collège communal de la ville de Houffalize et les décisions des 15 et 30 juin 2020 du bureau permanent et du conseil du CPAS de Bruges s'en approprient les motifs. Par ailleurs, les deux dernières décisions citées confirment, dans des motifs qui leur sont propres, qu'après analyse des offres, pour les trois offres identifiées comme étant les plus intéressantes, les opérateurs ont été invités à fournir des informations complémentaires sur leur projet, qu'après un examen plus approfondi des offres, il est constaté que l'offre de la requérante ne satisfait pas aux conditions du cahier des

charges et que, parmi les offres restantes, celle de Eneco-Engie est économiquement la plus avantageuse pour toutes les parties.

La circonstance que lors de sa séance du 9 juin 2020, le collège de la commune de Gouvvy n'aurait pas formellement approuvé le rapport d'analyse des offres n'affecte pas le constat d'irrégularité de l'offre de la requérante posé par les première et troisième parties adverses dans les décisions des 3, 15 et 30 juin 2020 précitées. Si les trois parties adverses doivent nécessairement s'accorder sur le choix du promoteur retenu, il suffit, en revanche, que l'une d'entre elles décide de l'irrégularité de l'offre d'un opérateur pour justifier son écartement. Contrairement à ce que la requérante affirme, il ne fallait pas une « décision unanime de toutes les parties adverses » pour déclarer son offre irrégulière.

Les parties adverses et intervenantes peuvent, par ailleurs, être suivies lorsqu'elles affirment que le respect de la distance de 1000 mètres par rapport à toute zone d'habitat ou d'habitat à caractère rural et par rapport à toute habitation isolée légale existante (hors zone d'habitat et hors zone d'habitat à caractère rural) est une exigence essentielle du cahier des charges. En effet :

- dans sa décision du 29 janvier 2020 qui approuve le cahier des charges, le conseil communal de la ville de Houffalize vise sa délibération du 30 octobre 2013 « concernant la cartographie de l'éolien en Wallonie et imposant une distance de 1000 mètres entre toute éolienne et toute zone d'habitats ou toute habitation isolée légale existante avant tout projet et ce quelle que soit l'orientation par rapport aux vents dominants » et sa délibération du 21 novembre 2013 « faisant sienne les recommandations proposées dans le cadre éolien par le Parc Naturel des Deux Ourthes tout en rappelant à nouveau son imposition des 1.000 mètres entre toute éolienne et toute zone d'habitat ou toute habitation isolée légale existante avant tout projet et ce, quelle que soit l'orientation par rapport aux vents dominants » ; par ces délibérations, le conseil communal de la ville de Houffalize décide d'imposer pour tout projet éolien sur son territoire des exigences de distances minimales plus strictes que celles qui sont prévues par le cadre de référence éolien de la Région wallonne et dans les recommandations générales préconisées par le Parc Naturel des deux Ourthes (PNDO) ;
- le cahier des charges relatif à l'opération litigieuse – approuvé par les organes compétents des trois parties adverses – reprend cette exigence sous la section 1 « contexte » (« *achtergrond* » dans la version néerlandaise du cahier), en indiquant que « le promoteur candidat à l'implantation de tout projet devra respecter une distance minimale de 1000 mètres par rapport à toute zone d'habitat ou d'habitat à caractère rural ou par rapport à toute habitation isolée légale

existante, quelle que soit l'orientation par rapport aux vents dominants », sauf accord du propriétaire, et des éventuels locataires de ces maisons isolées, permettant de ramener cette distance à quatre fois la hauteur de l'éolienne ou des éoliennes concernées (ce qui correspond à la réglementation moins stricte applicable en Région wallonne) ; le cahier précise encore que le point 2.2 de l'article 2 des recommandations générales du PNDO – qui impose des exigences de distances minimales moins strictes – n'est pas applicable ; il mentionne enfin le seul « cas particulier » où l'exigence de la distance minimale des 1000 mètres ne doit pas être respectée (pour la ferme Belle Vue, propriété du CPAS et la propriété voisine, propriété de [...], cette distance sera de minimum 450 mètres au nord et 550 mètres au sud) ; comme le relève la partie adverse, « en aucune façon », un candidat promoteur ne pouvait, dans son projet, proposer une implantation des éoliennes contraire à la règle des 1000 m (sauf accord du propriétaire/locataires concernés) ;

- contrairement à ce qu'affirme la requérante, l'exigence d'une distance minimale de 1000 mètres ne peut se confondre avec un critère d'attribution, qui sert à évaluer les offres et les comparer entre elles ; comme le relève la partie adverse, il s'agit d' « une condition/obligation qui, si elle n'est pas remplie, rend l'offre “non conforme” ou “irrégulière” et non “plus ou moins intéressante” », étant entendu que « la liste de contrôle récapitulative de la section 5 [...] n'est, à l'évidence, qu'une liste des éléments/informations que doit contenir l'offre » notamment, ce que confirme son intitulé « présentation des offres » ;
- la circonstance qu'un promoteur puisse être tenu – de façon imprévue – de revoir son projet initial pour suivre les recommandations de l'étude d'incidences ou pour satisfaire aux conditions du permis unique ne le dispense pas de déposer, lorsqu'il est mis en concurrence avec d'autres promoteurs pour l'octroi des droits fonciers en cause, un projet qui respecte la règle des 1000 mètres imposée par le cahier des charges ;
- la requérante a bien compris qu'il s'agissait d'une exigence essentielle du contrat à conclure puisque, dans l'offre qu'elle a déposée, elle a fait valoir, à l'appui d'une carte qui indique l'implantation des éoliennes projetées (en rouge), la zone Natura 2000 (en vert) et la « zone 1000 m par rapport à l'habitat » (en jaune), que « le projet de 8 éoliennes proposé respecte scrupuleusement une distance de 1000 mètres par rapport à toute zone habitée » ; par ailleurs, dans son courriel du 20 mai 2020, elle reconnaît avoir commis une « erreur d'appréciation » en considérant que les « zones de camping C&P (Ouest Autoroute) » et de la « zone de l'Hôtel l'Ermitage (Est Autoroute) » reprises au plan de secteur en « Zone de loisirs » n'étaient pas « habitées » et propose, pour corriger cette erreur, de

modifier son offre en réduisant le nombre d'éoliennes de 8 à 6 pour cette zone ; la requérante ne soutient pas, dans ce courriel, que la règle des 1000 m ne serait pas essentielle ou qu'elle pourrait y déroger; au contraire, lorsqu'elle s'aperçoit que son offre ne respecte pas cette exigence du cahier, elle propose de modifier son offre afin de s'y conformer ;

- le courriel du 30 juin 2020 des services de la première partie adverse et le courrier du 7 juillet 2020 – dont la requérante fait grand cas – ne font que répondre aux demandes formulées par la requérante de connaître son classement par rapport aux coefficients de pondération ; ces écrits n'émanent pas du collège communal de la ville de Houffalize ; il ne s'agit aucunement de « décisions ultérieures » prises après un nouvel examen du dossier.

S'agissant d'une exigence essentielle de l'appel à projets, les parties adverses n'ont pas d'autre choix que d'écarter l'offre qui ne la respecte pas. Une telle offre n'a, dès lors, aucune chance d'être retenue et son auteur aucune chance de se voir concéder les droits fonciers en vue de la réalisation de son projet de parc éolien. Sauf à critiquer valablement les motifs de l'irrégularité de son offre, la requérante n'a, dès lors, pas intérêt au recours puisque celui-ci ne lui permettrait pas d'obtenir une chance se voir attribuer ces droits fonciers.

La requérante conteste, à titre subsidiaire, que son offre ait pu être déclarée irrégulière et renvoie, à ce sujet, aux troisième et quatrième branches du premier moyen. La question de la recevabilité du recours est liée à l'examen de ces deux branches.

VII. Premier moyen

VII.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation : « - De la Constitution, notamment de ses articles 10, 11, 33 et 159 ; - De la circulaire du 23 février 2016 portant sur les opérations immobilières des pouvoirs locaux ; - De la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment de ses articles 2 et 3 ; - Des principes de motivation interne et de motivation matérielle des actes administratifs ; - Des principes de transparence, de respect de la concurrence, et d'égalité et de non-discrimination entre les soumissionnaires à un appel à projets ; - Du devoir de minutie et du principe de sécurité juridique ; - Du principe général de droit *patere legem quam ipse fecisti* ; - Ainsi que de l'erreur et de la contradiction dans les motifs, et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Dans sa requête, la requérante résume comme suit la *troisième branche* de son moyen :

« La motivation du premier acte attaqué est lacunaire, et ne respecte dès lors pas les exigences posées par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ni de la circulaire du 23 février 2016 portant sur les opérations immobilières des pouvoirs locaux. Elle ne permet pas plus de comprendre les raisons pour lesquelles l'offre retenue a été jugée la plus avantageuse et se fonde exclusivement, au surplus, sur un rapport d'analyse des offres, qui est lui-même lacunaire, contradictoire par rapport à d'autres pièces du dossier administratif et qui contient diverses erreurs matérielles. Ces illégalités rejaillissent sur tous les autres actes attaqués ».

Dans les développements consacrés à cette branche, la requérante rappelle la portée du devoir de motivation formelle qui s'impose à l'autorité administrative et reproduit des extraits de certaines pièces du dossier. S'agissant des motifs relatifs à l'irrégularité de son offre, elle reproche à ces derniers de ne pas faire mention des informations complémentaires qu'elle a fournies à la suite de son audition et qui répondaient pourtant au « prétendu non-respect d'une distance de 1000 mètres par rapport aux habitations légales » ni d'expliquer les raisons pour lesquelles ses explications sont écartées. Elle répète que ni le rapport d'analyse des offres ni le premier acte attaqué ne déclarent son offre irrégulière tandis qu'il ressort des informations communiquées postérieurement par la ville de Houffalize que son offre a été classée en deuxième position. Selon elle, le rapport d'analyse des offres « est donc en totale contradiction avec l'analyse des offres qui a réellement été faite et contient donc une erreur manifeste d'appréciation ». Elle en déduit qu'« en validant ce rapport d'analyse des offres et en s'appropriant son contenu, les parties adverses ont adopté des décisions qui se fondent sur des motifs manifestement erronés et contradictoires, et ont manqué de respecter le principe de minutie qui s'impose à elles ».

La *quatrième branche* du premier moyen est formulée à titre subsidiaire. La requérante fait valoir qu'à supposer qu'il faille comprendre que les parties adverses ont considéré que son offre était irrégulière, elle conteste formellement, d'une part, le procédé et la motivation menant à l'écartement de son offre et, d'autre part, l'application du critère sur la base duquel son offre a été écartée.

Elle fait valoir ce qui suit :

« [...] “Au titre de l'obligation de motivation formelle, le pouvoir adjudicateur confronté à une offre qui lui apparaît déroger à une disposition du cahier spécial des charges ne peut se limiter à constater cette dérogation. Il doit se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité et, le cas échéant, exposer les motifs pour lesquels il décide d'écarter ou de retenir une offre affectée d'une

irrégularité considérée comme non substantielle. Par ailleurs, pour motiver la qualification d'irrégularité "substantielle", le pouvoir adjudicateur doit nécessairement faire apparaître la raison pour laquelle il estime devoir retenir le caractère "essentiel" de la disposition des documents du marché à laquelle l'offre déroge, lorsqu'un tel caractère ne lui est pas expressément reconnu par ces documents"(C.E. arrêt n°246.130 du 20 novembre 2019, SA Infrastructures & Construction).

Ainsi, toute irrégularité d'une offre au regard du cahier des charges n'entraîne pas nécessairement l'écartement de l'offre en cause. À nouveau, il revient "à l'autorité adjudicatrice de constater valablement en fait l'existence d'une irrégularité, de qualifier cette irrégularité de substantielle ou de non substantielle, d'énoncer les motifs (...) sur lesquels elle se fonde pour ce faire, de tirer les conséquences de cette qualification et, si l'irrégularité est qualifiée de non substantielle, de motiver la décision d'écarter ou non l'offre en raison de cette irrégularité"(Not. C.E., arrêt n°236.354 du 4 novembre 2016, SA Sotraplant travaux routiers).

S'agissant d'obligations induites par les principes de motivation interne et formelle des actes administratifs, ainsi que par les principes qui veulent que tout acte administratif doit être fondé sur des motifs matériels exacts, pertinents, admissibles en droit et non contradictoires, de tels principes sont également applicables, *mutatis mutandis*, dans le cadre d'une procédure concurrentielle basée sur la circulaire du 23 février 2016 portant sur les opérations immobilières des pouvoirs locaux.

[...] Or, en l'occurrence, ni le rapport d'analyse des offres, ni la délibération du 26 juin 2020, ni un quelconque autre document :

- Ne démontrent l'existence d'une dérogation au cahier des charges ;
- Ne se prononcent sur le caractère substantiel ou non de cette dérogation ;
- Ne font faire apparaître la raison pour laquelle les parties adverses estiment devoir retenir le caractère "essentiel" de la disposition des documents du marché à laquelle l'offre déroge ;
- Ne déclarent formellement l'offre de la requérante irrégulière, ou l'écartent de manière explicite.

En réalité, la lecture du rapport d'analyse des offres, ou de tout autre document du dossier administratif lié aux actes attaqués, ne permet même pas à la requérante d'identifier pour quelle raison précise son offre aurait été considérée comme "ne donnant pas satisfaction sur le respect du cahier des charges". En effet, si le rapport d'analyse des offres lui reproche, de façon succincte, "principalement" de ne pas respecter les distances minimales des éoliennes vis-à-vis des "habitations légales existantes", aucune explication additionnelle ne permet de comprendre quelle(s) éolienne(s) se trouverai(en)t à moins de 1000 mètres de quelle(s) habitation(s).

Si la requérante a expliqué, suite à la réunion qui s'est tenue le 15 mai 2020, que "nous avons considéré que les zones du plan de secteur en 'zone de loisir' n'étaient pas habitées", mais qu'il était effectivement "possible que les gérants résident de manière permanente en ces lieux" (pièce 16), d'une part, il ne s'agit que d'une supposition de la part de cette dernière, laquelle n'a jamais été confirmée ou infirmée par les parties adverses, et d'autre part, cet état de fait ne libère pas les parties adverses de leurs obligations légales, notamment, de motivation de leurs décisions.

[...] Au surplus, s'il s'avérait que c'est bien en raison de la présence d'« habitations légales existantes » sur le camping C&P ou à l'Hôtel l'Ermitage que le rapport d'analyse des offres estime que l'offre de la requérante ne respecterait pas les exigences du cahier des charges, ce seul motif serait, lui-même, irrégulier. Il ne pouvait donc adéquatement fonder l'irrégularité - et l'écartement - de l'offre de la requérante : la requérante ne disposait, en effet, par hypothèse, pas des informations requises, ni d'aucun moyen de déterminer elle-même si des « habitations légales existantes » se trouvaient au sein d'un camping ou d'un hôtel.

Le domicile est, en effet, un élément couvert par la protection des données personnelles. En aucun cas, les services communaux n'auraient pu divulguer cette information si la requérante le leur avait demandé. Seules les parties adverses pouvaient disposer d'une telle information, inaccessible à la requérante soumissionnaire.

Or, les parties adverses ne peuvent faire dépendre la validité des offres de la connaissance d'informations que les soumissionnaires ne disposent pas, et ne pourraient disposer. Elles se devaient, au contraire, de donner aux opérateurs l'ensemble des informations nécessaires à la confection de leur offre. (not P. THIEL, *Memento marchés publics et PPP*, Liège, Wolters Kluwer, 2019, pp. 537-538).

Ajoutons que s'il apparaissait, au surplus, que les parties adverses ont été interrogées sur l'existence de telles habitations au sein de ces lieux, ou sur la localisation des "habitations légalement existantes" et ont fourni des informations y relatives à d'autres soumissionnaires, elles auraient, dans ce cas, violé les principes de transparence et d'égalité (ég. P. THIEL, *op. cit.*, p. 538).

Pour l'ensemble de ces raisons, la quatrième branche du présent moyen doit être déclarée fondée.

[...] Il résulte de ce qui précède que le premier moyen est fondé en chacune de ses quatre branches ».

En termes de réplique, quant à la *troisième branche*, s'agissant des motifs relatifs à l'irrégularité de son offre, elle renvoie à l'arrêt n° 247.061 du 14 février 2020 (ECLI:BE:RVSCE:2020:ARR.247.061) qui souligne que « lorsque des doutes surgissent à propos de la régularité de certaines offres, il appartient à l'autorité administrative de se prononcer sur ces doutes dans une motivation appropriée ». Elle répète que les parties adverses n'expliquent même pas si son offre doit être considérée comme irrégulière ou non et sur quels points concrets son offre ne respecterait pas le cahier des charges. Elle fait valoir que toute justification *a posteriori* quant à la prétendue irrégularité de l'offre est prohibée et revient, en l'espèce à « mettre en cause, non seulement la motivation, mais plus encore le contenu des décisions d'attribution du contrat ». Elle répète qu'en vertu des principes d'égalité entre les candidats promoteurs et de concurrence, il était exclu de comparer et classer l'ensemble des offres régulières et irrégulières dans un cas où, comme c'est le cas en l'espèce, les offres sont évaluées les unes par rapport aux autres, puisqu'une telle manière de procéder fait varier la cotation des offres régulières susceptibles d'obtenir le contrat, ce qui fausse la concurrence. Elle revient également sur « la contradiction manifeste qui existe entre les différents éléments et informations fournis à la requérante au fil du temps pour affirmer qu'elle a bien été classée en deuxième position, ce qui signifie que son offre respectait l'ensemble des exigences du cahier des charges (en ce compris la règle des 1000 mètres). Pour le reste, elle répète les arguments de sa requête.

Quant à la quatrième branche, elle fait valoir que la jurisprudence qu'elle cite dans sa requête est pertinente puisqu'elle traite de l'obligation de motivation formelle « applicable dans la présente procédure de transaction immobilière, quand bien même il ne s'agit pas d'un marché public ». Elle ajoute que les parties adverses

doivent respecter leur devoir de motivation formelle et fonder leurs décisions sur des motifs exacts, pertinents et admissibles. Ainsi, selon elle, la motivation des actes attaqués devrait, à tout le moins, lui permettre, de comprendre si son offre a été considérée comme irrégulière ou non et si elle a été écartée ou non ainsi que de vérifier les raisons concrètes pour lesquelles son offre a été considérée comme irrégulière. Elle conteste avoir admis, à la suite de son audition, que son offre serait irrégulière et expose que « cela n'aurait pas libéré les parties adverses de leurs obligations légales, notamment de motivation de leurs décisions ». Elle revient sur la notion d'habitation et fait valoir ce qui suit :

« [...] en ce qui concerne la régularité du critère même sur base duquel les parties adverses soutiennent avoir écarté son offre, la partie requérante est surprise de l'interprétation que semblent à présent donner les parties adverses de l'exigence selon laquelle les éoliennes doivent être implantées à une distance minimale de 1000 mètres par rapport à "toute habitation isolée légale existante" (cette notion n'étant pas définie plus avant par le cahier des charges).

Celles-ci soutiennent, en effet, que la notion d'habitation serait une notion "de fait", et qu'il aurait suffi à la requérante de repérer les "maisons destinées à l'habitat", par exemple via *Google street view*, puis "en cas de [d]oute sur une habitation isolée, (...) interroger les autorités sur la présence, légale ou non, de cette habitation", lesquelles auraient pu les renseigner sur base des données urbanistiques.

[...] Premièrement, si la notion d'habitation est bien une notion de fait, la notion "d'habitation légale" est quant à elle une notion de droit. La requérante ne disposait d'aucune information lui permettant d'évaluer si une "habitation" qu'elle aurait, le cas échéant, pu identifier via *Google street view*, est légale ou non. À suivre les parties adverses, la requérante aurait donc dû, pour chaque "maison d'habitation" identifiée, s'enquérir de la légalité de cette habitation auprès de celles-ci.

Une telle façon de procéder est manifestement en contradiction avec le fait, dénoncé dans la requête, que les parties adverses ne peuvent faire dépendre la validité des offres de la connaissance d'informations que les soumissionnaires ne disposent pas, et se devaient, au contraire, de donner aux opérateurs l'ensemble des informations nécessaires à la confection de leur offre. (not P. THIEL, *Memento marchés publics et PPP*, Liège, Wolters Kluwer, 2019, pp. 537-538). À nouveau, puisque les parties adverses sont muettes sur ce point, on rappelle que si les parties adverses ont bien été interrogées sur la localisation des "habitations légalement existantes" et ont fourni des informations y relatives à d'autres soumissionnaires, elles auraient, dans ce cas, violé les principes de transparence et d'égalité (ég. P. THIEL, op. cit., p. 538).

[...] Deuxièmement, et plus fondamentalement, dans leur mémoire, les parties adverses tentent visiblement de soutenir que la notion d'"habitation isolée légale existante" devrait se comprendre de la présence de "maisons destinées à l'habitat" (mémoire en réponse, p. 19) construites légalement, c'est-à-dire conformément à un permis d'urbanisme (ou avant qu'une telle exigence ne soit applicable à la construction de bâtiments), sur lesquelles les parties adverses auraient, selon elles, pu renseigner la requérante via des données urbanistiques.

Une telle interprétation inédite ne résulte absolument [pas] du cahier des charges. De plus, cette notion n'a jamais été interprétée de la sorte par les parties adverses elles-mêmes, mais bien comme visant à empêcher l'implantation d'éoliennes à trop grande proximité de lieux dans lesquels des personnes habitent, ou résident, légalement, afin d'éviter que celles-ci ne soient gênées par la proximité des éoliennes.

On en veut pour preuve le fait qu'*in tempore non suspecto*, lors des discussions entre parties qui se sont tenues en mai 2020, c'est bien le fait que la requérante n'aurait pas considéré que l'Hotel Ermitage et le camping C&P comme des "habitations isolées légales existantes", qui lui a été reproché par les parties adverses.

Or, il va de soi que si le critère d' "habitations isolées légales existantes" devait être interprété conformément à ce que soutiennent aujourd'hui les parties adverses, et que la partie requérante aurait dû, avant de faire offre, identifier l'ensemble des "maisons d'habitation isolées" via *Google street view*, il va de soi que cet hôtel, et ce camping, n'auraient pas fait partie de ces « maisons d'habitation » dont la requérante aurait pu constater la présence. Le critère en jeu requerrait donc bien d'identifier les bâtiments (et non pas nécessairement les "habitations" au sens de "maisons") dans lesquels des personnes résidaient de façon permanente. Autrement dit, des biens où étaient domiciliées des personnes. Or, comme exposé dans la requête, cette information, la partie requérante ne pouvait pas en disposer.

C'est manifestement pour les besoins de la cause que les parties adverses soutiennent à présent que le critère d' "habitations isolées légales existantes" ne viserait pas tout bâtiment au sein duquel des personnes sont domiciliées ou résident légalement. Or, cette interprétation va à l'encontre de ce qui a été discuté avec les parties adverses en mai 2020.

Partant, il est évident qu'aujourd'hui encore la partie requérante ignore en quoi son offre [a pu être] qualifiée d'irrégulière, en ce qu'elle ne respecterait pas la distance de 1000 mètres, puisque les parties adverses étaient à défaut et restent à défaut d'établir quel mât éolien poserait difficulté par rapport à quelle habitation isolée légale existante. Ni un hôtel ni un camping – si c'est bien ces lieux qui sont en cause – ne répondent à la définition communément admise de l'habitation...

Dès lors, la requérante renvoie sur ce point aux critiques contenues dans sa requête, auxquelles les parties adverses n'apportent aucune réponse. Partant, la quatrième branche du moyen est fondée ».

Dans son dernier mémoire, la requérante renvoie aux développements qu'elle consacre à la recevabilité du recours ainsi qu'à ses précédents écrits de procédure.

VII.2. Examen

Pour les motifs qui ont déjà été exposés dans le cadre de l'examen de la recevabilité du recours, la requérante ne peut être suivie lorsqu'elle soutient que son offre a été classée en deuxième position et qu'elle aurait donc été considérée comme régulière. Comme il a déjà été relevé, l'évaluation des offres (tableau récapitulatif) a été opérée avant que l'irrégularité de l'offre de la requérante ne soit constatée et le fait qu'il n'ait pas été procédé à une nouvelle comparaison des offres après ce constat est, certes critiquable, mais n'a pas pu causer grief à la requérante. Il a également déjà été exposé que le courrier du 7 juillet 2020 ne constituait pas une nouvelle décision de l'organe compétent de la première partie adverse, qui serait intervenue après réexamen du dossier, et qu'en toute hypothèse, il suffit qu'une des trois parties adverses ait dénoncé l'irrégularité de l'offre de la requérante pour qu'elle ne soit pas désignée comme promoteur retenu, la décision d'attribution devant faire l'unanimité au sein des organes compétents des trois parties adverses. Or, les décisions des 15 et 30 juin prises par le bureau permanent et le conseil du

CPAS de Bruges mentionnent clairement qu'après une analyse plus approfondie des offres, il a été constaté que l'offre de la requérante ne satisfait pas aux conditions du cahier des charges.

Au titre de l'obligation de motivation formelle, il doit être relevé que, contrairement à ce qu'affirme la requérante, le rapport d'analyse des offres – auquel se réfèrent la décision du 3 juin 2020 du conseil communal de la ville de Houffalize et les décisions des 15 et 30 juin 2020 du bureau permanent et du conseil du CPAS de Bruges – indique clairement que l'offre de la requérante ne satisfait pas aux conditions du cahier des charges au motif qu'elle ne respecte pas « les distances minimales à respecter dans le projet d'implantation d'éoliennes par rapport aux habitations légales existantes », en « l'absence d'accord avec les propriétaires de ces mêmes habitations ». La motivation du rapport est certes succincte, mais elle est suffisante. Il a déjà été exposé, à l'occasion de l'examen de la recevabilité du recours, que la règle des 1000 mètres était une exigence essentielle du cahier des charges dont le non-respect conduit obligatoirement à l'écartement de l'offre qui n'y satisfait pas. Le motif qui constate la violation de cette prescription est un motif déterminant qui justifie, à lui seul, l'élimination de la requérante. Il ne fallait pas, en outre, reprendre les explications fournies par la requérante, après son audition, ni expliquer les raisons pour lesquelles ces explications ne pouvaient être retenues, dès lors que la requérante reconnaissait elle-même, dans son courriel du 20 mai 2020, avoir commis une « erreur d'appréciation ». La proposition de réduire le nombre d'éoliennes de 8 à 6 pour corriger cette erreur était, quant à elle, à l'évidence, inacceptable, s'agissant d'un élément essentiel de son offre.

Le reste des considérations émises par la requérante, relatives à la nécessité de qualifier l'irrégularité en cause de substantielle ou de non substantielle, de justifier ce choix et de préciser les conséquences à en tirer quant à l'écartement de l'offre concernée est directement inspiré de la réglementation des marchés publics qui fait la distinction entre différents types d'irrégularités et exige une motivation renforcée lorsque le pouvoir adjudicateur est confronté à une offre qui lui paraît déroger à une disposition des documents du marché. Or, comme il a déjà été exposé, la réglementation des marchés publics n'est pas applicable en l'espèce.

Dans son courriel du 20 mai 2020, la requérante a, elle-même, reconnu que son offre ne respectait pas la distance minimale de 1000 mètres avec les « zones de camping C&P (Ouest Autoroute) » et la « zone de l'Hôtel l'Ermitage (Est Autoroute) », reprises au plan de secteur en « Zone de loisirs » alors qu'elles pouvaient être « habitées ». Le rapport d'analyse des offres ne devait dès lors pas mentionner « quelle(s) éolienne(s) se trouverai(en)t à moins de 1000 mètres de quelle(s) habitation(s) », la requérante ayant forcément connaissance de cette

information. Par ailleurs, dans ce courriel, la requérante indique elle-même qu'une « habitation » est un lieu de résidence permanente. Elle ne fait aucune mention de l'obligation d'y être domicilié. La notion d' « habitation isolée légale existante », prévue par le cahier des charges, vise tout immeuble, hors zone d'habitat, construit légalement où l'on séjourne de manière durable. Cette interprétation est confirmée par la version néerlandaise du cahier des charges (« *vergunde alleenstaande woningen* »).

La requérante n'établit pas que les parties adverses auraient commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant qu'une zone de camping ou un hôtel peuvent contenir des espaces d'habitation. La requérante n'établit pas, non plus, qu'elle n'était pas en mesure de se procurer les données nécessaires pour identifier ces habitations. Elle se limite à affirmer que « le domicile est [...] un élément couvert par la protection des données personnelles » et qu'elle n'avait dès lors pas accès à ce type de données. Or, pour les raisons qui viennent d'être exposées, ce type de données n'était pas nécessaire à l'établissement de son offre. La requérante ne démontre pas, non plus, que la décision de déclarer son offre irrégulière reposerait sur des motifs qui ne seraient pas exacts, pertinents ou admissibles.

Le premier moyen, en ses troisième et quatrième branches, n'est pas fondé.

Il n'y a pas lieu de procéder à l'examen des première et deuxième branches du premier moyen ni du second moyen, lesquels sont étrangers au constat d'irrégularité de l'offre de la requérante.

Le recours est irrecevable.

VIII. Confidentialité

La requérante sollicite le traitement confidentiel de son offre et des compléments d'information apportés pendant la procédure en cause (pièces 13, 15 et 16 annexées à la requête).

La partie adverse demande pour sa part de maintenir la confidentialité du détail de la cotation des offres, des offres de la requérante et des parties intervenantes et du projet de contrat instrumentant les droits fonciers en vue de la réalisation d'un projet éolien sur la commune de Houffalize (pièces A à D du dossier administratif distinct).

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu de maintenir la confidentialité des pièces concernées jusqu'à ce qu'elles soient renvoyées aux parties.

IX. Indemnité de procédure

Les parties adverses sollicitent une indemnité de procédure liquidée à son montant de base (770 euros). Il y a lieu de faire droit à leur demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA Eneco Wind Belgium et la SA Electrabel est accueillie.

Article 2.

La requête est rejetée.

Article 3.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée aux parties adverses.

Les parties intervenantes supportent le droit de 300 euros lié à leur intervention.

Ainsi prononcé à Bruxelles, le 11 avril 2024, par la V^e chambre du Conseil d'État, composée de :

Pascale Vandernacht,	présidente du Conseil d'État,
Patricia de Somere,	conseiller d'État,
Florence Piret,	conseiller d'État,
Gregory Delannay,	greffier en chef.

Le Greffier en chef,	La Présidente du Conseil d'État,
----------------------	----------------------------------

Gregory Delannay	Pascale Vandernacht
------------------	---------------------