

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 236.072 du 12 octobre 2016

G./A.220.290/VI-20.858

En cause : **1. la société anonyme MATEXI,
2. la société anonyme MATEXI PROJECTS,
3. la société anonyme MATEXI NAMUR,**

ayant élu domicile chez
Mes Sarah BEN MESSAOUD et
Sophie JACQUES, avocats,
place Flagey, n°18,
1050 Bruxelles,

contre :

la ville de Namur.

ayant élu domicile chez
Mes Aurélien VANDEBURIE et
Frank JUDO, avocats,
boulevard de l'Empereur, n° 3,
1000 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 16 septembre 2016, la société anonyme MATEXI, la société anonyme MATEXI PROJECTS et la société anonyme MATEXI NAMUR sollicitent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision adoptée par la partie adverse, à une date inconnue, notifiée aux parties requérantes par un courrier recommandé daté du 2 septembre 2016, déclarant la candidature des parties requérantes tardive pour le marché public de travaux «Conception, réalisation et promotion d'un ensemble de logements et bureaux/commerces, d'un parc et d'une bibliothèque et concession de parking sur le site des Casernes» et, pour autant que de besoin, de l'exécution de l'éventuelle décision sélectionnant les candidatures pour ce même marché".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 20 septembre 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 7 octobre 2016 à 10 heures.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

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

Mes Sarah BEN MESSAOUD et Sophie JACQUES, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, et Me Aurélien VANDEBURIE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Geneviève MARTOU, a été entendue en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. A l'initiative de la partie adverse, un avis de marché ayant pour objet la "Conception, réalisation et promotion d'un ensemble de logements et bureaux/commerces, d'un parc et d'une bibliothèque sur le site des Casernes" à Namur est publié le 6 juin 2016 au Bulletin des adjudications. L'avis est également publié au Journal officiel de l'Union européenne.

III. 2. Le mode de passation de ce marché est l'appel d'offres restreint.

III. 3. Le point IV.3.4) de l'avis de marché est libellé comme suit:

" IV.3.4) Date limite de réception des offres ou des demandes de participation:

Date: 19/8/2016

Heure 10:00".

III. 4. L'appel à candidatures prévoit que le pouvoir adjudicateur désignera maximum cinq candidats suivant les critères de sélection prévus.

III. 5. L'article II. 8, de l'appel à candidatures, est notamment rédigé comme suit :

" II.8 Dépôt des candidatures

La candidature est établie en deux exemplaires sur papier et est glissée sous pli définitivement scellé mentionnant la date de la séance d'ouverture et le numéro du cahier spécial des charges (2016/6-1-01-025/2083) ou l'objet du marché. Elle est envoyée par service postal ou remise par porteur.

[...]

Le porteur remet la candidature à Monsieur Dimitri Bouchat personnellement ou dépose cette candidature dans la boîte prévue à cette fin.

Toute candidature doit parvenir au président de séance avant qu'il ne déclare la séance ouverte.

Quelle qu'en soit la cause, les candidatures parvenues tardivement auprès du président sont refusées ou conservées sans être ouvertes.

Toutefois, une telle candidature est acceptée pour autant que le pouvoir adjudicateur n'ait pas encore conclu le marché et que [la] candidature ait été envoyée sous pli recommandé, au plus tard le quatrième jour de calendrier précédant la date de l'ouverture des candidatures.

[...]".

III. 6. L'article II. 10, de l'appel à candidatures, prévoit, quant à lui, ceci:

" II.10 Ouverture des Candidatures

L'ouverture des candidatures se passe en séance publique.

Lieu : Hôtel de Ville, Aile E, Salle Eden 1, rue des Dames Blanches 5 à Namur.

Date: le 19 août 2016 à 10h00".

III. 7. Le 19 août 2016, les requérantes mandatent un représentant pour déposer leur candidature. Le président de la séance d'ouverture des candidatures refuse à ce représentant l'accès à la salle et l'informe qu'il ne peut déposer la candidature au motif que la séance d'ouverture des candidatures a déjà été déclarée ouverte.

Il ressort du procès-verbal d'ouverture des candidatures que cinq candidatures ont été réceptionnées. En ce qui concerne le représentant des requérantes, ce procès-verbal porte la mention qu'"un candidat arrive à 10h00 mais après ouverture de la séance", suivie du nom "MATEXI" et d'un paragraphe.

III. 8. Le même jour, les requérantes transmettent à la partie adverse leur candidature par courrier recommandé en indiquant que celle-ci a été présentée à la séance d'ouverture des candidatures à 10h00, soit dans le délai prévu.

III. 9. Le 26 août 2016, les requérantes adressent un nouveau courrier au pouvoir adjudicateur, qui est rédigé comme suit :

" Nous faisons référence à notre courrier du 19 courant concernant le dépôt de dossier repris sous-rubrique.

Nous souhaiterions recevoir une copie du procès-verbal concernant le dépôt des offres. En effet, nous confirmons que notre dépôt de dossier a été régulier et respecte les règles en vigueur pour ce type de marché".

III. 10. Le 2 septembre 2016, le pouvoir adjudicateur écrit aux requérantes en ces termes :

" Nous accusons bonne réception de votre envoi du 19 août 2016.

Malheureusement, comme signalé à votre représentant lors de la séance d'ouverture des candidatures du 19 août 2016, nous ne pouvons accepter votre candidature, celle-ci ayant été déposée tardivement.

Suivant les documents du marché, les candidatures devaient être déposées pour le 19 août 2016 à 10h00.

Comme mentionné au PV d'ouverture des candidatures, votre représentant s'est présenté à la porte après l'ouverture de la séance par le président à 10h 00 min et 00 sec. La porte avait, d'ailleurs, été fermée. Une fois la séance ouverte, même depuis quelques secondes, nous ne pouvons plus accepter de nouvelles candidatures".

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. RECEVABILITE QUANT A L'OBJET DU RECOURS

IV. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soulève une exception tirée du défaut d'objet du recours. Elle fait valoir qu'aucune décision n'a été adoptée quant à la sélection des candidatures, le collège communal ne s'étant pas encore prononcé sur celle-ci. A ce jour, il n'existe pas, selon elle, "de décision adoptée par le collège communal décidant de ne pas sélectionner la candidature des parties requérantes", de sorte qu'il n'y a pas, "à ce stade, de décision [leur] causant grief [...] qui pourrait être annulée".

La partie adverse considère que le courrier du 2 septembre 2016 ne constitue pas une décision administrative, puisqu'il se limite à réitérer le constat matériel déjà posé par le président de séance, à savoir que le représentant des parties requérantes s'est présenté après que la séance d'ouverture des candidatures a été déclarée ouverte alors que, "suivant les documents du marché, les candidatures devaient être déposées dans les mains du président pour le 19 août 2016 à 10h00 au plus tard, date et heure auxquelles la séance d'ouverture des candidatures a été

déclarée ouverte". Elle considère que ce constat du dépôt tardif de la candidature des requérantes est un acte "purement confirmatif qui n'est pas susceptible d'un recours devant le Conseil d'Etat, *a fortiori* lorsqu'il se rapporte à un fait matériel". Elle estime que "seule la décision de non-sélection des parties requérantes est susceptible de leur faire grief. Or cette décision de non-sélection n'existe pas".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant au premier acte attaqué

Les parties requérantes ne soutiennent pas qu'une quelconque décision ait été prise le 19 août 2016, jour de la séance d'ouverture des candidatures, seul un procès-verbal ayant été dressé pour constater l'arrivée de leur représentant après l'ouverture de la séance. En revanche, elles soutiennent que le courrier que leur a adressé la partie adverse, le 2 septembre 2016, contient bien une décision concernant la recevabilité de leur candidature.

Il ressort des faits de la cause que ce courrier ne se limite pas à adresser aux requérantes la copie demandée du procès-verbal litigieux. D'une part, il accuse réception du courrier du 19 août 2016 par lequel ces dernières déposent leur candidature, n'ayant pas été autorisées à la déposer par porteur le même jour à 10 heures; d'autre part, il indique que cette candidature ne peut être acceptée car elle a été déposée tardivement. Ce courrier est signé conjointement par le chef de service, également président de la séance d'ouverture des candidatures, et par l'échevin délégué.

Contrairement à ce qui est allégué dans la note d'observations, il ne s'agit donc nullement d'un acte confirmatif d'un fait acté dans le procès-verbal sollicité, soit le fait que le représentant des parties requérantes s'est présenté à 10 heures "mais après ouverture de la séance". Ce courrier se prononce expressément sur la recevabilité *ratione temporis* de la candidature des requérantes et en tire comme conséquence qu'elle ne peut pas être "acceptée".

Ce courrier constitue donc bien une décision unilatérale, prise par une autorité, qui cause grief aux requérantes puisqu'elle écarte leur candidature. La circonstance que cette autorité n'aurait éventuellement pas été compétente pour prendre une telle décision pourrait, le cas échéant, entraîner sa suspension ou son annulation mais n'en modifie pas la nature.

L'exception est rejetée en tant qu'elle porte sur le premier acte attaqué.

B. Quant au second acte attaqué

La partie adverse expose, sans être contredite sur ce point par les requérantes, qu'aucune décision n'a été prise, à ce jour, concernant la sélection des autres candidatures. Le recours est par conséquent sans objet en ce qu'il demande "pour autant que de besoin, la suspension de l'exécution de la décision sélectionnant les candidatures pour ce même marché".

V. INTERET AU RECOURS

V. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soulève encore une exception d'irrecevabilité du recours prise du défaut d'intérêt des requérantes. Elle fait valoir que dès lors que celles-ci se sont présentées après que la séance d'ouverture des candidatures a été déclarée ouverte, la suspension de l'exécution de "l'éventuelle «décision» déclarant tardive [leur] candidature, n'aurait aucune conséquence à l'égard de ce fait", de sorte qu'elle n'aperçoit pas quel avantage ces dernières tireraient d'une telle suspension.

Elle ajoute que la décision de sélection des candidatures n'a pas encore été adoptée et relève que, selon la thèse des parties requérantes, le premier acte attaqué participe à la décision de sélection des candidatures admises à déposer une offre, décision qui relèverait, selon elles, de la compétence du collège communal. Elle souligne qu'à ce jour, le collège communal ne s'est pas encore prononcé sur la sélection des candidatures et qu'il n'existe pas, à l'heure actuelle, de décision adoptée par le collège communal de ne pas sélectionner la candidature des parties requérantes.

Les parties requérantes n'ont, selon elle, pas intérêt au recours, ce dernier ne pouvant leur procurer aucun avantage.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort de l'examen de l'exception prise du défaut d'objet du recours que le premier acte attaqué constitue une décision qui cause grief aux requérantes. Par ailleurs, celles-ci soutiennent, dans leur premier moyen, que cette décision a été prise par une autorité incompétente pour ce faire et, dans leur second moyen, que cette décision conclut à tort à la tardiveté de leur candidature.

Les requérantes ont donc intérêt à voir l'exécution de cette décision de non-sélection suspendue, dès lors que cette suspension serait de nature à leur rendre une chance de voir leur candidature sélectionnée.

L'exception est rejetée.

VI. RECEVABILITE RATIONE TEMPORIS

VI. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse relève que "la «décision» de refuser la candidature des parties requérantes date du 19 août 2016", de sorte qu'"à supposer, *quod non*, que le constat matériel posé par le président de séance constitue un acte administratif attaquant, encore faut-il constater que cette «décision» de refuser la candidature des parties requérantes au motif qu'elle était tardive, a été portée à la connaissance du représentant [des parties requérantes] le 19 août 2016, lors de la séance d'ouverture des candidatures, après que la séance ait été déclarée ouverte".

Elle estime que le courrier du 2 septembre 2016 se limite à confirmer cette "décision" verbale, en la constatant mais n'indique pas que leur candidature est irrecevable ou non sélectionnée.

Elle relève encore que "cette «décision» du 19 août ne fait pas partie des décisions dont la notification est requise par l'article 7 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services" et qu'elle ne devait dès lors pas être notifiée aux requérantes ni être publiée.

Elle indique que "le délai de recours en suspension est à compter à partir de la prise de connaissance de l'acte, conformément à l'article 23, § 1, de la loi du 17 juin 2013, soit le 19 août 2016. Introduit le 16 septembre 2016, le recours l'est en dehors du délai de 15 jours fixé par l'article 23, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013". Elle en conclut que le recours est irrecevable *ratione temporis*.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort de l'examen de l'exception prise du défaut d'objet du recours que le premier acte attaqué n'est pas un quelconque "fait" ou "décision" survenu lors de la séance d'ouverture des candidatures, mais bien le courrier du 2 septembre 2016 par lequel la partie adverse informe les requérantes que leur candidature ne peut être acceptée. Ce courrier leur a été adressé le 2 septembre 2016 et ne mentionnait ni les voies de recours, ni leurs formes et délais. En toute hypothèse, la demande de suspension a été introduite le 16 septembre 2016, soit dans le délai de quinze jours "à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de

l'acte, selon le cas", conformément à l'article 23, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013. Il est par conséquent recevable *ratione temporis*.

L'exception est rejetée.

VII. PREMIER MOYEN

VII. 1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes prennent un premier moyen de la violation de l'article 74 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles L-1222-3 et L-1222-4 du Code wallon de la démocratie locale, de l'article 4 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ainsi que la compétence d' l'auteur de l'acte.

Elles soutiennent que l'acte attaqué, qui emporte la décision de les exclure au stade de la sélection qualitative, n'a pas été adopté par l'organe compétent pour ce faire. Elles précisent que le courrier du 2 septembre 2016 n'indique pas l'autorité ou l'organe qui a adopté l'acte attaqué ni sa composition et rappellent que la compétence de l'auteur de l'acte est d'ordre public.

B. Note d'observations

La partie adverse considère que le moyen manque en fait et que, contrairement à ce qu'affirment les requérantes, l'acte attaqué n'emporte pas de décision de les exclure au stade de la sélection qualitative. Elle rappelle qu'il n'existe pas, à ce stade, de décision de non sélection ou d'irrecevabilité de la candidature des parties requérantes et ajoute que les requérantes l'admettent elles-mêmes. Elle considère que le courrier du 2 septembre 2016 se limite à réitérer un simple constat matériel, déjà posé par le président de séance, de l'arrivée du représentant des requérantes après l'ouverture de la séance.

Elle estime que le président de la séance d'ouverture des candidatures pouvait valablement refuser la candidature des requérantes, dès lors que leur représentant s'était présenté après l'ouverture de la séance, ou la conserver sans l'ouvrir, comme le lui imposait le document d'appel à candidatures. Le président de la séance avait donc, selon elle, bel et bien compétence pour poser ce geste matériel et le

courrier du 2 septembre 2016 se limite à réitérer ce constat matériel, sans qu'aucune décision du collège communal ne soit requise à ce stade.

Elle rappelle que l'article 90, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques vise les cas d'offre tardive.

A propos de la thèse des requérantes, selon laquelle l'article 90, § 2, de cet arrêté serait contraire à l'article L 1222-4 du Code wallon de la démocratie locale, puisqu'il réserverait au président de séance le pouvoir de refuser une offre tardive en violation des compétences réservées au collège communal en cette matière, elle souligne que l'article 90, § 2, n'emporte pas délégation de compétence, dès lors qu'il ne permet pas au président de séance d'adopter un acte administratif, mais seulement de poser un geste matériel, sous le contrôle et la responsabilité du collège communal.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 74 de la loi précitée du 15 juin 2006 précise que les décisions en matière de marchés publics doivent être adoptées par l'organe légalement compétent.

L'article L-1222-4 du Code wallon de la démocratie locale prévoit que "le collège communal engage la procédure, attribue le marché public ou la concession de travaux ou de services et assure le suivi de son exécution".

C'est donc bien le collège communal qui "engage la procédure" et qui peut prendre la décision d'exclure un candidat au stade de la sélection dans le cadre de la procédure de passation du marché public litigieux.

L'article 4, 1^{er} alinéa, 5°, de la loi du 17 juin 2013 indique que l'autorité adjudicatrice doit établir une décision motivée "lorsqu'elle décide de la sélection des candidats quand la procédure comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation".

En l'espèce, il n'est pas contesté qu'aucune décision du collège communal n'est intervenue. L'on comprend de la thèse de la partie adverse qu'elle soutient qu'en réalité, aucune décision n'est intervenue. Or, ainsi que cela ressort de l'examen des exceptions d'irrecevabilité soulevées par la partie adverse, il apparaît que le courrier du 2 septembre 2016 présente toutes les apparences d'une décision administrative unilatérale. Elle ne se limite nullement à réitérer le simple constat matériel de l'arrivée du représentant des requérantes après l'ouverture de la séance d'ouverture des candidatures, mais prend également en compte la candidature envoyée par pli

recommandé et se prononce sur la recevabilité de cette candidature. Rien ne permet toutefois de déterminer qui est l'auteur de cette décision.

Par conséquent, dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, il n'est pas possible de considérer que l'acte attaqué a été adopté par l'organe légalement compétent au regard des dispositions visées au moyen.

Il s'ensuit que le moyen est sérieux en tant qu'il est pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte.

VIII. SECOND MOYEN

VIII. 1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes prennent un second moyen de la violation de l'article 25 de la loi du 15 juin 2006, des articles 37, 40, 51, 58 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, du principe d'égalité entre les soumissionnaires, du principe du raisonnable et de la motivation matérielle, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, de l'appel à candidatures et de l'avis de marché.

Les requérantes soutiennent que leur candidature a été déclarée irrecevable, alors qu'elle avait été déposée, selon elles, dans le délai précisé par l'avis de marché, et, qu'en toute hypothèse, elle n'était pas entachée d'une irrégularité justifiant son écartement.

B. La note d'observations

La partie adverse indique que la candidature des requérantes n'a pas été déclarée irrecevable ni irrégulière. Elle estime qu'elle n'a pas non plus été introduite dans le délai requis par les documents du marché.

Elle rappelle que, suivant les documents du marché, les candidatures devaient être déposées dans les mains du président pour le 19 août 2016 à 10 heures au plus tard. La séance d'ouverture des candidatures n'a été déclarée ouverte qu'après cet instant, et non avant 10 heures. Elle fait valoir que les prescriptions des documents du marché ne sont donc pas incompatibles et ont pu être respectées en l'espèce : la séance d'ouverture des candidatures a été déclarée ouverte à l'échéance du délai de dépôt des candidatures, lequel était fixé au 19 août 2016 à 10 heures.

Elle estime qu'il n'existe pas de contradiction à ce propos entre, d'une part, la date et l'heure ultime de dépôt des candidatures, et d'autre part, la date et l'heure annoncée pour la séance d'ouverture des candidatures.

L'article 45 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit en effet que "lorsque la procédure de passation implique la tenue d'une séance d'ouverture des offres ou lorsque les documents du marché prévoient une telle séance pour l'ouverture des demandes de participation ou des offres, le moment ultime de leur réception est déterminé par la date et l'heure de cette séance".

La date et l'heure de la séance d'ouverture des demandes de participation devaient par conséquent coïncider avec le moment ultime de la réception des candidatures, raison pour laquelle ce moment était fixé au 19 août à 10h00.

Selon la partie adverse, la méprise des parties requérantes provient certainement de ce qu'elles pensent pouvoir écrire qu'à dix heures zéro minute et cinquante neuf secondes, il est encore dix heures. Leur erreur provient également de ce qu'elles n'ont pas présenté leur candidature dans le délai requis à cet égard, dès lors que celle-ci n'a pas été déposée au plus tard à dix heures, leur représentant s'étant présenté après l'ouverture de la séance. Elle fait valoir que la candidature des requérantes n'a dès lors pas pu être déposée à dix heures, zéro minute et zéro seconde, puisque l'ouverture de la séance a eu lieu à l'échéance du délai de dépôt des candidatures.

Selon elle, il s'ensuit que contrairement à ce qu'affirment les requérantes, leur candidature était tardive. Celle-ci a en effet été déposée, ne fût-ce que quelques secondes, après l'heure et la date ultime de remise des candidatures, soit dix heures, zéro minute et zéro seconde, et après que la séance d'ouverture des candidatures a été déclarée ouverte.

Elle ajoute que le régime de régularité des offres est inapplicable en l'espèce, dès lors que la candidature des requérantes n'a pas été déclarée irrégulière, mais également parce que ce régime de régularité ne s'applique pas aux candidatures, mais uniquement aux offres, conformément à l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Elle souligne encore qu'aucune discussion n'était possible en l'espèce quant au sort de la candidature des requérantes, compte tenu des documents du marché.

A la lecture des documents du marché, la solution est, selon elle, certaine : les candidatures tardives devaient être refusées ou conservées sans être ouvertes. Les documents du marché reproduisent pour les candidatures le régime établi par l'article 90, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 pour les offres tardives en sorte qu'en présence d'une telle offre, aucun doute n'est possible : "Quelle qu'en soit la cause, les offres parvenues tardivement auprès du président sont refusées ou conservées sans être ouvertes ".

La partie adverse indique encore qu'il importe peu que l'article 90 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 soit visé par l'article 95 de cet arrêté.

A propos de l'article 90, elle fait valoir que le rapport au Roi est sans ambiguïté :

" A la suite d'une remarque formulée par le Conseil d'Etat, la question de la remise tardive des offres mérite une clarification. Que la cause en soit imputable ou non au soumissionnaire, cette remise tardive donne lieu à la non-acceptation de l'offre concernée. C'est précisément en posant une limite absolue que l'égalité de traitement de tous les participants est assurée en la matière, ceux-ci ayant la garantie que toute offre remise tardivement sera refusée. Cette règle de base stricte a aussi été retenue pour éviter les abus et mettre fin à une tendance récente d'une partie de la jurisprudence. Cette tendance partait du principe que les dispositions actuelles de l'article 104 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne doivent pas nécessairement conduire à une irrégularité si l'égalité des soumissionnaires n'est pas compromise. Il arrive pourtant souvent que la cause soit à la base imputable au soumissionnaire lui-même ou à l'entreprise de transport de courrier à laquelle il a fait appel. Ceux-ci se contentent, en effet, de déposer l'offre au guichet d'accueil du pouvoir adjudicateur, certes dans les temps, mais en méconnaissant la règle selon laquelle l'offre doit être remise à une personne ou à un endroit déterminés. Une offre remise en temps utile à la personne désignée à cet effet devra par contre toujours être considérée comme une offre valablement introduite. Il est désormais précisé que des offres remises tardivement et ne répondant pas aux conditions ci-avant sont soit refusées, dans le cas où l'offre est arrivée en cours de séance, soit conservées sans être ouvertes dans les autres cas".

Elle ajoute ne pas apercevoir quelle serait l'erreur manifeste d'appréciation qu'elle aurait commise en refusant la candidature des requérantes. Elle a appliqué les documents du marché, lesquels reproduisent, sans être critiqués à ce propos, le régime légal existant en cas de dépôt d'offre tardive.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse écrit ce qui suit dans la décision attaquée :

" Nous ne pouvons accepter votre candidature, celle-ci ayant été déposée tardivement".

Il n'est, par ailleurs, pas contesté que le représentant des requérantes s'est présenté à la séance d'ouverture des offres à dix heures et zéro minute, ainsi qu'en atteste le procès-verbal de cette séance. Il n'est pas non plus contesté qu'à ce moment la séance avait déjà été ouverte. Le caractère tardif de l'arrivée du représentant des requérantes découle, selon la partie adverse, à la fois de l'heure limite pour déposer les candidatures, dix heures devant s'entendre comme avant dix heures "au plus tard", et de l'heure fixée pour l'ouverture des candidatures, à dix heures zéro minute et zéro seconde.

Il ressort toutefois des faits de la cause que l'avis de marché fixe la date limite de réception des offres ou des demandes de participation le 19 août 2016, à dix heures zéro minute et non "avant dix heures". Il n'y est, par ailleurs, fait aucune mention des secondes.

L'appel à candidatures indique également que l'ouverture des candidatures est prévue le 19 août 2016 à dix heures et zéro minutes et précise en son point II.8 que toute candidature doit parvenir au président de séance avant qu'il ne déclare la séance ouverte.

A première vue, l'avis de marché n'indiquant pas que les candidatures devaient être déposées "avant " ou "jusqu'à" dix heures "au plus tard", les candidats devaient se voir offrir la possibilité de déposer leur dossier encore à dix heures et zéro minute, le délai n'étant échu qu'à dix heures et une minute. Certes, l'ouverture des candidatures devait, elle aussi, conformément à l'article II.10 de l'appel à candidatures, s'opérer à dix heures et zéro minute. Il convient toutefois de rappeler que contrairement à ce que semble soutenir la partie adverse, l'article 45 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'indique pas que les demandes de participation ou les offres doivent être reçues avant la date et l'heure de la séance, mais bien que "le moment ultime de leur réception est déterminé par la date et l'heure de cette séance". Or, le "moment ultime" pour poser un acte constitue le dernier moment où il peut l'être et non le premier moment où il ne peut plus l'être. Il s'ensuit que, contrairement à ce que pourrait laisser croire la présentation faite par la partie adverse, tant l'heure limite de dépôt des candidatures indiquée dans l'avis de marché que celle de l'ouverture de la séance indiquée dans l'appel aux candidatures, déterminent le dernier moment où une offre ou une candidature peut encore être déposée et non le moment à partir duquel ce dépôt cesse d'être possible.

En l'espèce, le "moment ultime" du dépôt des candidatures était donc fixé à dix heures et zéro minute, cette limite étant incluse dans le délai, en sorte qu'un candidat se présentant avant dix heures et une minute devait se voir autorisé à déposer sa candidature.

Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, il apparaît, en conséquence, que la partie adverse ne pouvait, comme elle le fait dans l'acte attaqué, écarter la candidature des requérantes au motif que, leur représentant s'étant présenté à dix heures et zéro minute, elle était tardive.

Il s'ensuit que le second moyen est également sérieux.

IX. CONFIDENTIALITE

La partie adverse demande que la confidentialité de la candidature des requérantes soit maintenue. La communication de cette pièce n'apparaissant pas utile à la solution du litige à ce stade de la procédure et sa divulgation pouvant nuire au secret des affaires, il y a lieu d'acquiescer à cette demande.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision notifiée aux parties requérantes par un courrier recommandé daté du 2 septembre 2016 déclarant leur candidature tardive pour le marché public de travaux "Conception, réalisation et promotion d'un ensemble de logements et bureaux/commerces, d'un parc et d'une bibliothèque et concession de parking sur le site des Casernes".

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

La candidature des parties requérantes déposée par la partie adverse demeurera, à ce stade de la procédure, confidentielle.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

Article 6.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

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

MM. Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Serge BODART.