

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 242.582 du 10 octobre 2018

A. 226.201/VI-21.319

En cause : **1. la société coopérative à responsabilité limitée**
 MODELLO ARCHITECTES,
 2. RICCIOTTI Rudy,

ayant élu domicile chez
M^e Philippe HERMAN, avocat,
rue T'Serclaes de Tilly 49-51
6061 Montignies-sur-Sambre,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée
LA SAMBRIENNE,

ayant élu domicile chez
M^e Gauthier ERVYN, avocat,
avenue de la Toison d'Or 77
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 20 septembre 2018, la société coopérative à responsabilité limitée MODELLO ARCHITECTES et Rudy RICCIOTTI demandent, d'une part, la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution et, d'autre part, l'annulation de "la délibération du conseil d'administration de la SCRL LA SAMBRIENNE du 27 août 2018 qui décide d'écarter l'offre de l'association momentanée MODELLO Architectes SCRL et RICCIOTTI Rudy qui est entachée d'une irrégularité substantielle ainsi que d'une irrégularité formelle non substantielle et de valider le rapport préliminaire d'analyse des offres relatif à la régularité formelle des offres comme faisant partie intégrante de la décision motivée".

II. Procédure

Par une ordonnance du 21 septembre 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 octobre 2018 à 10 heures.

Les contributions et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Philippe HERMAN, avocat, et M. Hubert CLAUSSE, administrateur-délégué de la première requérante, comparaissant pour les parties requérantes, et M^e Gauthier ERVYN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, 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

Le 23 mai 2017 est paru au Bulletin des adjudications un avis de marché relatif à un concours de projet "5E élément" pour la construction d'un siège social "NZEB" de 6000 m² et de 80 logements basse énergie. L'objet du marché y est succinctement décrit de la manière suivante :

- " En application des articles 3, alinéa 10° et 33, § 1, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, un concours restreint d'architecture sur esquisse est organisé en vue de désigner une équipe pluridisciplinaire chargée de la mission complète d'étude et de suivi des travaux pour la construction de 80 logements basse énergie (dont 2 espaces de co-accueil 0-3 ans), du siège sociale «NZEB» destiné à accueillir La Sambrienne (services administratifs et service techniques), l'Agence Immobilière Social (AIS), le Centre d'Etude et de l'Habitat Durable (CEHD) et l'intégration de l'immeuble de 2 logements et ses garages situés Rue la Garenne, 14.
Dans l'hypothèse où la Ville de Charleroi et le SPW (DGO1) procèdent respectivement à la rénovation de la Place Communal de la Brouchetterre et des aménagements sous l'infrastructure du Ring (R9), une collaboration entre les différents intervenants sera sollicitée.
Le projet se situe rue de l'Ancre, rue de Garenne à 6000 Charleroi".

L'avis précise qu'il s'agit d'une procédure restreinte avec 5 participants envisagés.

La date limite des demandes de participation était fixée au 30 juin 2017 à 12 heures.

Cet avis de marché a également été publié au Journal Officiel de l'Union Européenne le 27 mai 2018.

Un avis rectificatif a été publié au Bulletin des adjudications du 6 juin 2017 et au Journal Officiel du 10 juin 2017.

Le règlement du concours de projet précise que le concours se déroule en deux phases :

- phase 1 : présélection de 5 candidats admis à concourir ;
- phase 2 : concours sur la base d'une esquisse.

Le règlement prévoit également qu'"en cas d'*ex aequo* pour la cinquième place, le pouvoir adjudicateur sélectionnera un nombre plus important de candidats invités à remettre une offre pour la seconde phase".

Douze offres ont été reçues.

Le 9 octobre 2017, la partie adverse a, après avis du jury, décidé d'inviter six candidats à participer à la seconde phase du concours étant donné qu'un *ex aequo* a lieu pour la 5^{ème} place.

Le 16 avril 2018, le conseil d'administration de la partie adverse a approuvé le règlement de la deuxième phase du concours. Il précise que le projet immobilier porte sur la construction de 150 logements dont 30 logements en basse énergie et 120 logements passifs et 2 espaces de co-accueil (0-3 ans), du siège social "NZEB" destiné à accueillir la Sambrienne ainsi que l'Agence immobilière sociale, le Centre d'étude et de l'habitat durable, le Coworking de bureaux et l'intégration de l'immeuble de 2 logements et ses garages.

Ce règlement comporte une exigence d'anonymat pour la phase 2 décrite de la manière suivante :

" Anonymat pour la phase 2

La personne unique de contact est monsieur S. Coenen, Manager Marchés Publics (secrétaire du concours). E-mail : s.coenen@lasambrienne.be

Afin de garantir l'anonymat, toute personne s'adressant à une autre personne de l'adjudicateur sera écartée du concours.

La procédure appliquée pour assurer cette prescription est la suivante :

- o Un numéro d'identification différent de celui choisi pour la 1^{ère} phase sera choisi par chaque participant pour distinguer son dossier. Il sera constitué d'une lettre en 1^{er} caractère et de 4 chiffres. Ce numéro figurera sur chaque document.
- o À l'exception de ce numéro d'identification, aucun logo, mention, caractéristique ni apparence ne peut être apposé sur un quelconque document (texte et graphique) ainsi que sur les enveloppes contenant ceux-ci permettant d'identifier l'auteur du dossier et ceci sous peine de nullité.

Texte à utiliser sur l'enveloppe générale d'envoi des documents :

«IM 17007 - CONCOURS - PHASE 2 . N ° d'identification»".

En son point 17, il précise également, concernant la visite des lieux, qu'"afin de garantir l'anonymat, cette visite est conseillée aux candidats invités à remettre une esquisse accompagnée de sa maquette sans intervention de l'adjudicateur" et qu'une "déclaration sur l'honneur attestant de la réalisation de la visite doit être jointe à l'offre".

Le règlement comporte, en annexe, un formulaire d'engagement.

Les candidats ont été invités, par des courriers datés du 17 avril 2018, à déposer une offre au plus tard pour le 14 août 2018 à 15 heures. Un courrier électronique leur a également été adressé par Monsieur COENEN, le 24 avril 2018, afin de les informer qu'une visite du site n'était possible que sur demande en raison de sa sécurisation par l'entreprise de démolition et qu'il convenait de prendre contact par courriel avec Monsieur MIATOWSKI. À l'exception de l'association momentanée MODELLO Architectes SCRL – RICCIOTTI Rudy, tous les candidats ont, selon le dossier administratif, introduit une demande de visite.

Le 27 août 2018, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé :

"

- D'écarter l'offre de l'association momentanée «MODELLO Architectes scrl civile & RICCIOTTI Rudy» qui est entachée d'une irrégularité formelle substantielle ainsi que d'une irrégularité formelle non substantielle.
- D'écarter l'offre de l'association momentanée «BAUMANS-DEFFET / DESSIN ET CONSTRUCTION / CSD» qui est entachée d'une irrégularité formelle substantielle.
- De valider la présentation des offres des soumissionnaires suivants au jury étant donné qu'elles sont en ordre de régularité formelle :
 - o K0608
 - o C1208
 - o R4763
 - o L4117
- De valider le rapport préliminaire d'analyse des offres relatif à la régularité formelle des offres comme faisant partie intégrante de la décision motivée.

".

Cette décision indique qu'"en vue de proposer au jury uniquement des offres formellement régulières, il a été décidé de réaliser le présent rapport d'analyse des offres en deux étapes".

L'offre de l'association momentanée MODELLO Architectes SCRL – RICCIOTTI Rudy est déclarée irrégulière pour le motif suivant :

" o Association momentanée «MODELLO Architectes srl civile & RICCIOTTI Rudy»

L'offre de ce soumissionnaire ne contient pas de formulaire d'engagement. L'adjudicateur a vérifié l'éventuelle présence d'un autre document signé engageant l'association momentanée mais rien n'a été joint à l'offre. Aucun document signé n'a été mis non plus sur la clé USB.

Par le manque d'un document d'engagement signé par les personnes habilitées, formalité qui revêt un caractère essentiel, l'offre déposée par l'association momentanée «MODELLO Architectes srl civile & RICCIOTTI Rudy» est entachée d'une irrégularité formelle substantielle.

Cette irrégularité ne peut être corrigée *a posteriori* par le soumissionnaire.

L'offre de l'association momentanée «MODELLO Architectes srl civile & RICCIOTTI Rudy est également entachée d'une irrégularité formelle non substantielle étant donné que l'attestation de visite n'a pas été déposée alors que le règlement stipule : «Une déclaration sur l'honneur attestant de la réalisation de la visite doit être jointe à l'offre».

L'analyse de l'offre de l'association momentanée «MODELLO Architectes srl civile & RICCIOTTI Rudy» prend fin à ce stade et ne sera pas présentée au jury".

Il s'agit de l'acte attaqué.

Le 17 septembre 2018, le conseil d'administration de la partie adverse a pris la décision suivante :

"

- D'annuler la décision motivée du Conseil d'Administration du 27 août 2018 en ce qu'elle déclare, à tort, l'offre du soumissionnaire C1208, à savoir l'association momentanée «RGAP – BOLLES+WILSON», formellement régulière et en ce qu'elle autorise à tort sa soumission au jury.
- De prendre une nouvelle décision qui écarte l'offre de l'association momentanée «RGAP – BOLLES+WILSON» qui est entachée d'une irrégularité formelle substantielle.
- De valider l'*erratum* du rapport préliminaire d'analyse des offres relatif à la régularité formelle des offres comme faisant partie intégrante de la décision motivée.

".

IV. Premier moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Demande de suspension

Les requérants prennent un premier moyen de l'erreur dans les motifs de fait, de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du règlement du concours de projet,

phase 2, point 19, page 15 et point 22, page 20 et de la règle qu'exprime l'adage *patere legem quam ipse fecisti*.

Ils exposent qu'il résulte des attestations établies par Hubert CLAUSSE, administrateur-délégué de la société MODELLO Architectes et Stéphane ROUSSEAU, associé, que leur offre contenait un formulaire d'engagement signé et une déclaration sur l'honneur signée placés dans une enveloppe scellée au format américain, elle-même glissée dans une enveloppe brune, emballée dans du papier "kraft" notamment avec la maquette. Ils estiment que la décision qui repose toute entière sur le fait que ces deux documents ne figuraient pas dans l'offre se fonde donc sur un motif de fait inexact et qu'elle n'est, en outre, pas adéquatement motivée non seulement en ce qu'elle énonce que les documents sont manquants, mais encore en ce qu'elle porte qu'"aucun document signé n'a été mis non plus sur la clé USB" puisque le règlement du concours prévoit, en son point 22, la production d'un fichier PDF sur clé USB uniquement avec le numéro d'identification et que le point 19 prévoit que sont exclus les candidats qui n'auront pas respecté rigoureusement la prescription d'anonymat. Ils en déduisent qu'une copie du formulaire d'engagement et de l'attestation sur l'honneur, documents qui permettent l'identification des candidats, ne pouvaient pas figurer dans le fichier PDF enregistré sur clé USB et considèrent qu'en retenant l'absence de ces documents sur le fichier PDF, la partie adverse a violé les prescriptions du règlement du concours visées au moyen et la règle qu'exprime l'adage *patere legem quam ipse fecisti*.

B. Note d'observations

La partie adverse indique qu'elle n'a pas, lors de l'ouverture de l'offre des requérants, trouvé le formulaire d'offre et la déclaration sur l'honneur, dument complétés et signés. Elle explique que lors de l'ouverture de l'emballage "kraft" dans laquelle était déposée l'offre des requérants, s'il s'avère effectivement que figure une enveloppe A4 de couleur brune, cette enveloppe A4 porte la mention "fiche d'identification A 1937" et contient à l'intérieur :

- une fiche d'identification "A1937" au nom de l'association momentanée MODELLO architectes srl civile et RICCIOTTI Rudy, laquelle n'est pas signée ;
- une enveloppe blanche format américain, portant la mention "A1937 CLÉ USB", contenant uniquement une clé USB portant le numéro "A1937".

Elle expose qu'à l'analyse des offres, aucun autre élément factuel ne permet de contredire l'absence de ces documents :

- l'offre ne contient pas d'inventaire "papier" des pièces déposées ;

- l'enveloppe A4 porte la mention "fiche d'identification" et ne fait état d'aucun autre document, tel qu'un formulaire d'engagement de l'offre ;
- l'enveloppe blanche de format américain porte la mention "CLE USB" et ne fait état d'aucun autre document, tel qu'un formulaire d'engagement de l'offre ;
- le contenu de la clé USB ne contient aucune copie ou mention de ces documents manquants.

Elle considère que dès lors que les requérants contestent la réalité de ces constats factuels du pouvoir adjudicateur, il leur revient d'apporter la preuve de leurs affirmations et observe que les éléments qu'ils joignent au dossier sont produits pour la première fois postérieurement à la décision attaquée et ne constituent pas des éléments ayant une force probante suffisante pour remettre en cause les constats factuels opérés par le pouvoir adjudicateur et ce d'autant plus qu'aucun de ces documents n'a date certaine. Elle estime, en outre, que le contenu de ces documents fait naître des doutes à leur sujet, car :

- " a) Dans son attestation sur l'honneur, Mr Rousseau déclare avoir déposé dans une «enveloppe blanche format américain» les deux documents manquants et affirme ensuite :
- «Je déclare avoir ensuite glissé cette enveloppe fermée dans une seconde enveloppe brune, dans laquelle j'ai également glissé une feuille A4 reprenant les informations relatives à l'identification de notre équipe afin de garantir l'anonymat tel que demandé par les documents du marché.
- Cette enveloppe a ensuite été emballée avec les autres documents du marché et la maquette à l'aide de papier KRAFT».
- Or, cette déclaration ne correspond pas aux constats opérés par la partie adverse à l'ouverture des offres : si une enveloppe blanche au format américain a bien été trouvée dans l'enveloppe brune A4, cette enveloppe blanche contenait la clé USB et aucun autre document. Ceci résulte d'ailleurs expressément d'une mention «CLE USB» présente sur l'enveloppe blanche.
- Dans ces circonstances, soit il faut considérer que les affirmations de Mr Rousseau sont inexactes et contraires aux pièces du dossier administratif.
- Soit il faut considérer qu'il y aurait eu 2 enveloppes blanches dans l'enveloppe A4, l'une avec la clé USB et l'autre avec les documents non trouvés par la partie adverse. Mais ceci serait également contraire aux affirmations de Mr ROUSSEAU qui ne dit rien de la présence de deux enveloppes blanches dans l'enveloppe brune.
- b) alors que le site à réhabiliter est clôturé par l'entrepreneur en charge de la démolition de bâtiments existants, pour des raisons de sécurité, et qu'il a été demandé aux soumissionnaires, par courriel du 24 avril 2018 (pièce A.18), de ne réaliser de visite que sur demande préalable à Mr MIATOWSKI, délégué de la SAMBRIENNE, la déclaration sur l'honneur des requérantes fait état de «plusieurs visites», à des dates indéterminées, hors la présence de Mr MIATOWSKI (dossiers des requérantes, pièce 3). Plus encore, comme indiqué supra, aucune demande de visite n'a été transmise par les requérantes à Mr MIATOWSKI."

Elle avance que dès lors que les requérants n'apportent pas la preuve que les constats factuels opérés par la partie adverse seraient inexacts, le moyen manque en fait.

Concernant le passage de l'acte attaqué selon lequel "Aucun document signé n'a été mis non plus sur la clé USB", la partie adverse conteste l'intérêt des requérants à invoquer cette branche du moyen puisque cette phrase ne constitue pas le motif sur base duquel la décision attaquée est fondée dès lors que l'irrégularité de leur offre est motivée par l'absence du formulaire d'engagement signé. Elle estime que le fait qu'il soit constaté que celui-ci n'apparaît pas dans la clé USB est un élément d'information accessoire de la décision et souligne que même si ce motif accessoire devait être supprimé, le motif principal de l'absence des documents litigieux resterait d'application. Elle constate également que l'affirmation tenue dans la décision n'est pas contestée par les requérants : la clé USB qu'ils ont joint à leur offre ne contient pas de document signé. Elle fait valoir que rien ne permet, par ailleurs, de considérer que la clé USB, sur laquelle devait uniquement figurer la mention du numéro d'identification de l'offre, ne pourrait pas contenir une copie complète des documents de l'offre, en ce compris le formulaire d'offres puisqu'elle était destinée au secrétaire du concours et non directement aux membres du jury.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'offre des requérants a été déclarée irrégulière pour le motif suivant :

- " o Association momentanée «MODELLO Architectes srl civile & RICCIOTTI Rudy»

L'offre de ce soumissionnaire ne contient pas de formulaire d'engagement. L'adjudicateur a vérifié l'éventuelle présence d'un autre document signé engageant l'association momentanée mais rien n'a été joint à l'offre. Aucun document signé n'a été mis non plus sur la clé USB.

Par le manque d'un document d'engagement signé par les personnes habilitées, formalité qui revêt un caractère essentiel, l'offre déposée par l'association momentanée «MODELLO Architectes srl civile & RICCIOTTI Rudy» est entachée d'une irrégularité formelle substantielle.

Cette irrégularité ne peut être corrigée *a posteriori* par le soumissionnaire.

L'offre de l'association momentanée «MODELLO Architectes srl civile & RICCIOTTI Rudy est également entachée d'une irrégularité formelle non substantielle étant donné que l'attestation de visite n'a pas été déposée alors que le règlement stipule : «Une déclaration sur l'honneur attestant de la réalisation de la visite doit être jointe à l'offre».

L'analyse de l'offre de l'association momentanée «MODELLO Architectes srl civile & RICCIOTTI Rudy» prend fin à ce stade et ne sera pas présentée au jury".

Il ressort clairement de cette motivation que l'offre des requérants a été écartée en raison de l'absence du formulaire d'engagement, motif qui suffit à justifier la décision attaquée. Le motif relatif à l'absence de l'attestation de visite - dont la partie adverse indique qu'il n'entache l'offre que d'une irrégularité formelle non substantielle - est, dès lors, surabondant.

De même, le passage de l'acte attaqué selon lequel "aucun document signé n'a été mis non plus sur la clé USB" ne doit pas être compris comme reprochant aux requérants de n'avoir pas placé ce fichier sur la clé USB, mais comme expliquant, comme la phrase précédente dans l'acte attaqué, que la partie adverse a recherché le document d'engagement dans toute l'offre - en ce compris parmi les documents déposés de manière anonyme et dans la clé USB - sans le trouver. Contrairement à ce que soutiennent les requérants, la partie adverse n'a, dès lors, pas déclaré l'offre entachée d'une irrégularité formelle substantielle en raison de l'absence de ce document en fichier PDF sur la clé USB, mais en raison de son absence de l'offre.

Par ailleurs et compte tenu de la présomption de légalité qui est attachée aux actes administratifs, il appartient à toute partie requérante d'exposer de manière claire et étayée ses critiques de légalité. Plus particulièrement, il appartient à celui qui allègue une erreur de fait d'en apporter la démonstration.

Il n'est pas contesté que l'offre des requérants ne contient aucun inventaire.

À l'appui de leur moyen, les requérants invoquent deux attestations. La première, établie par Monsieur Hubert CLAUSSE, administrateur-délégué de la première requérante, ne concerne que la signature du formulaire d'engagement complété et ne contient aucun élément relatif à son dépôt effectif avec l'offre. La seconde attestation, établie par Monsieur Stéphane ROUSSEAU, se présente de la manière suivante :

" Je, soussigné STEPHANE ROUSSEAU, associé au sein de la srl MODELLO ARCHITECTES, déclare sur l'honneur avoir mis sous pli définitivement scellé (enveloppe blanche format américain) les documents suivants dans le cadre du concours de projet en vue de désigner une équipe pluridisciplinaire chargée de la mission complète d'étude et de suivi des travaux de construction de 150 logements et d'un siège social «NZEB-Nearly Zero Energy Building» destiné à accueillir La Sambrienne ainsi que les bureaux des partenaires :

- 1° L'annexe 1 - «FORMULE D'ENGAGEMENT»
- 2° La déclaration sur l'honneur attestant la visite du site.

Je déclare avoir ensuite glissé cette enveloppe fermée dans une seconde enveloppe brune au format A4 dans laquelle j'ai également glissé une feuille A4 reprenant les informations relatives à l'identification de notre équipe afin de garantir l'anonymat tel que demandé dans les documents du marché.

Cette enveloppe a ensuite été emballée avec les autres documents du marché et la maquette à l'aide de papier Kraft".

Les éléments décrits dans cette attestation sont en contradiction avec les éléments exposés par la partie adverse qui explique que le dossier déposé par les requérants comportait une enveloppe brune de format A4 portant la mention "A1937 fiche d'identification" qui elle-même contenait la fiche d'identification et une enveloppe blanche de format américain portant la mention "A1937 clé USB". La

partie adverse souligne également, en se référant aux photos qu'elle dépose en pièces B.1 à B.7, que, lors de l'ouverture de l'offre, le chiffre "1" a été mentionné sur cette enveloppe brune ainsi que sur l'enveloppe blanche qu'elle contenait afin de montrer que ces deux plis formaient un tout, l'un ayant contenu l'autre.

L'examen des pièces B.1 à B.7 révèle que l'enveloppe brune de format A4 ne porte aucune mention de la présence en son sein d'une enveloppe comportant le formulaire d'engagement et l'attestation de visite : elle ne porte, en effet, que la mention "A1937 fiche d'identification" sans faire référence à un quelconque autre document qui y serait contenu. L'attestation de Monsieur Stéphane ROUSSEAU ne permet pas de comprendre pour quelle raison, si l'enveloppe brune contenait également une enveloppe comprenant le formulaire d'engagement et l'attestation de visite, celle-ci ne fait mention que de la seule fiche d'identification.

Si les requérants se sont prévalus, au cours de l'audience du 4 octobre 2018, d'une photographie montrant, selon eux, l'intégralité de leur offre avant qu'elle ne soit emballée dans du papier Kraft, il ne ressort pas de cette photographie, qui n'a pas été jointe à la demande de suspension, que le formulaire d'engagement et l'attestation de visite des lieux auraient été joints à cet envoi. En effet, cette photographie permet d'observer une seule enveloppe blanche dont les requérants ont expliqué qu'il s'agissait, compte tenu de son épaisseur, de l'enveloppe contenant la clé USB. Aucune autre enveloppe blanche ne figurait sur cette photographie sur laquelle apparaissait, par contre, une enveloppe brune de format A4 sans qu'il ne soit, toutefois, permis de déterminer si celle-ci comprenait une enveloppe blanche avec le formulaire d'engagement.

Compte tenu de la présomption de légalité qui est attachée aux actes administratifs, les requérants n'apportent, dès lors, *prima facie* pas suffisamment la preuve de l'erreur de fait qu'ils invoquent.

Au cours de l'audience du 4 octobre 2018, les requérants ont observé que le règlement de la deuxième phase du concours prohibait, en son point 5, tout contact avec toute personne du pouvoir adjudicateur autre que Monsieur COENEN. Ils ont expliqué que les contacts que les autres soumissionnaires ont eus avec Monsieur MIATOWSKI dans le cadre de la visite des lieux sont contraires à cette prohibition et qu'il n'appartenait pas à Monsieur COENEN, par un mail du 24 avril 2018 invitant tous les soumissionnaires à prendre contact avec Monsieur MIATOWSKI, de modifier cette prescription du règlement de la deuxième phase du concours.

Les requérants n'ont, toutefois, soulevé, dans leur demande de suspension, aucun moyen – même formulé de manière générale – remettant en cause

la régularité des offres des autres soumissionnaires en raison de ce contact avec Monsieur MIATOWSKI et ce alors qu'il n'est pas contesté que le mail du 24 avril 2018 a été adressé à tous les soumissionnaires et que les requérants avaient donc connaissance des contacts qui pouvaient être pris par les soumissionnaires avec une personne autre que Monsieur COENEN.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèses des parties

A. Demande de suspension

Les requérants prennent un second moyen de la violation de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des principes généraux d'égalité et de transparence et de la règle qu'exprime l'adage *patere legem quam ipse fecisti*.

Ils expliquent que si l'objet initial du concours, sur la base duquel s'est déroulée la première phase, visait à désigner une équipe pluridisciplinaire chargée de la mission complète d'étude et de suivi des travaux pour la construction de 80 logements et du siège social "NZEB-Nearly Zero Energy Building", la partie adverse a modifié cet objet en adoptant le règlement de la phase deux du concours puisqu'il porte désormais sur un projet de 150 logements et un siège social "NZEB-Nearly Zero Energy Building" de 6685 m² destiné à accueillir la Sambrienne ainsi que les bureaux des partenaires, à savoir l'Agence immobilière sociale, le Centre d'étude et de l'habitat durable, le co-accueil de la petite enfance et les bureaux de co-working.

Ils soutiennent que la partie adverse ne pouvait, sans violer l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 précitée, les principes généraux d'égalité, de concurrence et de transparence et la règle qu'exprime l'adage *patere legem quam ipse fecisti*, modifier de manière substantielle l'objet du concours, notamment en doublant pratiquement le nombre de logements entre la première et la deuxième phase et la destination du "siège social".

Ils considèrent qu'ils ont intérêt à ce moyen qui, s'il était déclaré fondé, obligerait la partie adverse à modifier le règlement de la deuxième phase du concours et à inviter les six candidats sélectionnés à remettre une nouvelle offre conforme à ce règlement de telle sorte qu'ils retrouveraient une possibilité de se voir attribuer le marché.

B. Note d'observations

La partie adverse conteste l'intérêt des requérants au moyen soulignant que les 6 soumissionnaires sélectionnés ont tous reçus les documents de la deuxième phase et ont pu, en connaissance de cause, remettre une offre. Elle explique qu'en émettant cette critique, les requérants lui reprochent, en réalité, un manque de transparence dans le cadre des documents de marché publiés lors de la première phase et d'avoir lésé les intérêts d'autres candidats hypothétiques qui lui sont concurrents. Elle fait valoir que, quand bien même il faudrait considérer que les documents de marché de la première phase du concours n'auraient pas assuré la transparence nécessaire, ce manquement n'a généré aucun grief dans le chef des requérants qui ont déposé une demande de participation dans le cadre de la première phase du marché et ont remis une offre dans le cadre de la seconde de telle sorte qu'ils n'ont pas intérêt au moyen.

En ce qui concerne le fondement du moyen, la partie adverse rappelle que le marché public litigieux n'est pas un marché de travaux, mais bien un marché de services d'architecture puisqu'il s'agit d'un concours de projet ayant pour objet la désignation d'une équipe pluridisciplinaire chargée d'une mission complète d'étude et de suivi de travaux. Elle observe que les services faisant l'objet du marché n'ont donc pas été modifiés entre les deux phases et qu'il ne faut pas confondre l'objet du marché qui sont des services d'architecture avec l'objet du projet à établir qui est lui relatif à la réalisation de travaux.

Elle remarque ensuite que l'objet du projet lui-même n'a pas été fondamentalement modifié puisqu'il porte toujours sur la réhabilitation globale d'un site immobilier, lequel n'a pas été modifié entre les deux phases : son adresse et la superficie du terrain à réhabiliter sont restées parfaitement identiques. Elle note que, comme l'intitulé du marché "5^e élément" le stipule, l'objet principal des travaux est, tant en première phase qu'en seconde phase, la construction d'un nouveau siège administratif NZEB permettant le regroupement des 5 directions de la Sambrienne. Elle fait valoir que ce bâtiment est de loin l'immeuble le plus important du futur site et le plus coûteux et qu'outre ce siège administratif, des constructions accessoires – dont des logements – sont envisagées sur le site, que ce soit en première phase ou en seconde.

La partie adverse souligne, par ailleurs, que l'article 140, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prescrit explicitement que le marché peut être attribué sans que le "projet" qui est à réaliser ne soit totalement élaboré et se réfère également à l'article

1.2.2.2 du règlement de la deuxième phase du concours ainsi qu'à l'article 143, § 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité.

Elle constate enfin que, contrairement à ce qu'affirmé par les requérantes, il n'y a pas eu de changement substantiel de la "destination" de son futur siège administratif puisque la description succincte du concours de projet dans les avis de marché publiés prévoyait expressément que le siège social "NZEB" destiné à accueillir les services administratifs et techniques de La Sambrienne accueillerait aussi "l'Agence Immobilière Social (AIS), le Centre d'Etude et de l'Habitat Durable (CEHD) et l'intégration de l'immeuble de 2 logements et ses garages situés Rue la Garenne, 14" et que cette description prévoyait également déjà l'inclusion de "2 espaces de co-accueil 0-3 ans" relative au "co-accueil de la petite enfance".

Elle explique également, concernant les logements à construire sur le site, outre qu'il s'agit d'un accessoire du projet, que l'augmentation de leur nombre ne modifie pas substantiellement l'objet du marché puisque leur importance est minime à l'échelle du projet, s'agissant de 30 kots étudiant et 40 autres petits logements et rappelle qu'une telle évolution dans la détermination du projet n'est interdite ni par les documents de marché, ni par la réglementation des marchés publics.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Il n'est pas contesté que les requérants ont eu connaissance du règlement de la deuxième phase du concours et qu'ils ont pu élaborer leur projet en tenant compte de la modification apportée à l'ampleur du projet immobilier souhaité par la partie adverse, à savoir la construction de 150 logements dont 30 logements en basse énergie et 120 logements passifs et 2 espaces de co-accueil (0-3 ans), du siège social "NZEB" destiné à accueillir la Sambrienne ainsi que l'Agence immobilière sociale, le Centre d'étude et de l'habitat durable, le Coworking de bureaux et l'intégration de l'immeuble de 2 logements et ses garages.

Si cette modification a éventuellement pu causer grief aux personnes qui ont renoncé à faire acte de candidature au regard de la moindre ampleur du projet immobilier décrite lors de la première phase du concours, tel n'est pas le cas pour les requérants qui ont été sélectionnés lors de cette première phase et qui ont pu déposer, en toute connaissance de cause, une offre en se fondant sur le règlement de la deuxième phase du concours.

S'il est exact que l'adoption d'un nouveau règlement de la deuxième phase du concours pourrait permettre aux candidats sélectionnés de déposer une nouvelle offre, ce constat ne suffit pas à justifier un intérêt au moyen. Il s'agit là, en effet, d'une

éventuelle conséquence du caractère fondé d'un moyen, mais non d'un grief qui aurait été causé au soumissionnaire par l'illégalité qu'il invoque.

Les requérants n'établissant pas en quoi l'illégalité qu'ils soulèvent dans ce second moyen leur aurait causé grief, le moyen est irrecevable.

VI. Confidentialité

La partie adverse demande la confidentialité pour les extraits de l'offre des requérants qu'elle identifie comme les pièces B.1 à B.7 du dossier administratif.

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces B.1 à B.7 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le dix octobre deux mille dix-huit par :

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, président f.f.,
M. Vincent DURIEUX, greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Nathalie VAN LAER.