

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

n° 251.294 du 20 juillet 2021

A. 234.010/VI-22.089

En cause : **la société à responsabilité limitée
Bureau d'architectes Emmanuel Bouffieux,**
ayant élu domicile chez
M^e Philippe COENRAETS, avocat,
boulevard de la Cambre 36
1000 Bruxelles,

contre :

la commune de Molenbeek-Saint-Jean, représentée
par son collègue des bourgmestre et échevins,
ayant élu domicile chez
M^e Jérôme SOHIER, avocat,
chaussée de La Hulpe 181/24
1170 Bruxelles.

Partie requérante en intervention :

**la société à responsabilité limitée
VERS.A,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Fabien HANS et Thomas CAMBIER, avocats,
avenue Winston Churchill 253/40
1180 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 1^{er} juillet 2021, la société à responsabilité limitée (SRL) Bureau d'architectes Emmanuel Bouffieux demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 22 avril 2021 par laquelle la partie adverse décide, entre autres, d'attribuer à la S.R.L. VERS.A le marché public de services "comprenant la mission complète d'auteur de projet en vue de la construction d'un immeuble de six logements et d'un équipement casco au rez-de-chaussée sis quai de l'Industrie n° 5 et 5b à 1080 Molenbeek-Saint-Jean" et de ne pas retenir l'offre de la requérante ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 5 juillet 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 16 juillet 2021.

Par une requête introduite le 14 juillet 2021, la SRL VERS.A demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M. Yves Houyet, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Ludovic Burnon, *loco* M^e Philippe Coenraets, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Jérôme Sohier, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Thomas Cambier, avocat, comparaissant pour la partie intervenante ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, 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. Faits utiles à l'examen de la demande

La partie adverse a engagé une procédure concurrentielle avec négociation d'attribution d'un marché de services ayant pour objet « la mission complète d'auteur de projet en vue de la construction d'un immeuble de six logements et d'un équipement casco, sis quai de l'Industrie 5 et 5b à Molenbeek-Saint-Jean dans le cadre du Contrat de Rénovation Urbaine 5 « Heyvaert – Poincaré » – Opération B1: Logements quai de l'Industrie 5-5B (CRU) ».

La requérante et l'intervenante ont déposé une offre.

Le 22 avril 2021, la partie adverse a attribué le marché public en cause à la SRL VERS.A. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 14 juillet 2021, la SRL VERS.A demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire de l'acte attaqué, elle dispose de l'intérêt requis pour intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Le moyen unique

V.1. Thèses des parties

La requérante prend un moyen unique de « la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 76, §§ 1^{er} à 3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe de la concurrence et de son corollaire le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, des principes de transparence, de proportionnalité et du raisonnable, du devoir de minutie et notamment de la vérification des faits pris en considération et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Elle soutient que « la mission d'auteur de projet faisant l'objet du marché litigieux porte notamment sur la réalisation de l'avant-projet et des plans d'exécution », que « tenant compte de la configuration singulière du contexte urbain bâti et non-bâti dans laquelle le projet doit s'insérer [...], l'offre de la requérante proposait un mur pignon aveugle du côté du futur bâtiment sis quai de l'Industrie n°3 prévu par le projet de P.A.D. », qu'à « s'en tenir à la configuration des lieux, mais également au contenu du projet de P.A.D., il s'imposait d'implanter le nouvel immeuble sur la mitoyenneté, avec un pignon en attente », que « dans ce contexte, le mur pignon “aveugle” était la seule solution technique présentant la sécurité juridique nécessaire à la réalisation du projet, car ne dépendant aucunement d'un accord hypothétique du propriétaire voisin », qu'en « droit civil, le mur séparatif à ériger dans le cadre du présent projet étant, à ce stade, “privatif”, les caractéristiques des ouvertures admissibles dans un mur joignant immédiatement l'héritage du voisin sont réglementées de manière stricte (articles 676 à 678 du Code civil, dans leur version encore applicable au jour du dépôt de la présente requête) », que « toute dérogation par rapport à ces règles de droit civil implique le consentement du

propriétaire voisin et ce dans le cadre de la constitution d'un droit réel immobilier (servitude conventionnelle de vue) », que « comme il ressort du Rapport d'analyse des offres [...], le projet du bureau VERS.A prévoit, quant à lui, que le mur pignon avec le futur immeuble voisin sera percé de plusieurs ouvertures/fenêtres nécessitant la constitution de plusieurs servitudes de vue [...] », que « dans ces conditions, l'offre du bureau VERS.A est manifestement entachée d'une irrégularité substantielle, au sens de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité », qu'en « effet, la nécessité d'obtenir l'accord du propriétaire voisin pour l'exécution d'une partie du projet constitue un événement futur, hypothétique et incertain, de nature à vicier l'offre déposée », que « l'exécution de cette offre, et donc la réalisation de la mission, est manifestement conditionnée par un événement extérieur et indépendant de la volonté de l'auteur de projet, ce qui n'est pas admissible », qu'elle « implique, en effet, que le projet immobilier faisant l'objet du marché ne pourra être réalisé sans l'accord du propriétaire voisin », qu'il « en découle une “incertitude sur l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues”, au sens de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité », que « pareille “incertitude” constitue une irrégularité substantielle, comme il ressort de [la] jurisprudence récente [du Conseil d'État] [...] », que « l'offre ne peut être affectée par un élément incertain de nature à priver le pouvoir adjudicateur de la garantie que le marché pourra être exécuté dans les conditions prévues », qu'en « l'espèce, le caractère futur, incertain et extérieur de l'accord à obtenir du propriétaire voisin pour la réalisation du projet implique une incertitude sur l'engagement du bureau VERS.A à pouvoir exécuter le marché dans les conditions prévues », que « l'irrégularité substantielle dénoncée implique également une violation des documents contractuels du marché, dès lors que le cahier spécial des charges (pièce n° 3 précitée – article 06.01.01, p. 10) imposait, au stade de l'esquisse, une vérification de la faisabilité urbanistique et technique du projet [...] », qu'un « projet dont la mise en œuvre dépend intégralement de l'accord hypothétique du propriétaire voisin, ne peut valablement être considéré comme étant “faisable” du point de vue technique », que « la non-conformité d'une offre au cahier spécial des charges peut impliquer une “irrégularité substantielle”, au sens de la réglementation relative aux marchés publics », que « partant, le bureau VERS.A n'a pas respecté les prescriptions du cahier spécial des charges applicables au marché, n'ayant pas garanti au pouvoir adjudicateur la faisabilité technique et urbanistique de son projet », que « la partie adverse aurait dû constater cette absence de vérification technique et, sur cette base, écarter l'offre irrégulière, ce qu'elle a pourtant omis de faire », que « l'incertitude liée au caractère hypothétique de l'accord du voisin pèse également sur le futur dossier de demande de permis d'urbanisme à déposer devant l'autorité compétente et qui fait partie de l'objet du marché litigieux (art. 06.02 du cahier spécial des charges) », qu'en « vertu d'une jurisprudence constante [du] Conseil d'État, les questions de droit civil – telles

celles liées à l'existence d'un droit de servitude – font partie de la prise en compte du “bon aménagement des lieux” et sont liées à une éventuelle “mauvaise urbanisation” [...] », que « l'absence d'un accord du propriétaire voisin sur la servitude de vue nécessaire à la réalisation du projet est également susceptible de vicier la constitution du dossier de demande de permis d'urbanisme – objet de la mission », qu'à « plus forte raison, l'article 16 de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 12 décembre 2013 “déterminant la composition du dossier de permis d'urbanisme” impose que le plan d'implantation, devant accompagner toute demande de permis, fasse figurer les éléments pertinents permettant d'évaluer le projet dans l'environnement proche, étant notamment “les servitudes existantes” », que « ceci démontre toute l'importance des questions de droit civil dans l'appréciation de la demande de permis, étant rappelé que, pour être régulier, ce permis doit pouvoir être mis en œuvre par lui-même et non dépendre d'un événement futur et incertain, étant ici l'accord du propriétaire voisin », que « l'irrégularité substantielle dénoncée implique également la violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires », que « celle-ci est de nature à donner un avantage discriminatoire au bureau VERS.A qui a pu proposer un projet d'immeuble de logements dont le mur pignon est percé de plusieurs ouvertures/fenêtres, tenant compte de la présence du futur parc de la Sennette », que « ces ouvertures/fenêtres sont susceptibles d'améliorer très nettement l'éclairement des futurs logements, et donc l'habitabilité de ceux-ci, leur procurant un avantage considérable par rapport à une offre présentant un mur pignon “aveugle” », que « la réglementation urbanistique applicable en matière d'habitabilité des logements – étant le Titre II du R.R.U. – prévoit des superficies minimales d'éclairement [...] », qu'eu « égard à l'ensemble de ces motifs, l'offre déposée par le bureau VERS.A est entachée par une irrégularité substantielle au sens de l'article 76, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité, étant que l'engagement de ce soumissionnaire de réaliser la mission complète d'auteur de projet est conditionné par un événement futur, incertain et hypothétique, à savoir [...] l'accord du propriétaire voisin quant à la constitution de droits réels immobiliers – étant des servitudes de vue », que « toute offre déposée dans le cadre d'un marché public ne peut valablement reposer sur un tel aléa, sans contrevenir à l'ensemble des principes et dispositions visés au présent moyen », que « l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues doit être certain et ne peut reposer sur l'incertitude liée à la constitution (aléatoire) de droits réels immobiliers dépendant de l'accord du propriétaire voisin », qu'il « s'agit d'une nullité absolue dont la requérante peut se prévaloir », qu'en « raison du caractère “substantiel” de cette irrégularité, la partie adverse n'avait d'autre choix que : - de déclarer “nulle” l'offre déposée par le bureau VERS.A au stade de la vérification de la conformité des offres à la réglementation et au cahier spécial des charges et d'écarter celle-ci; - d'attribuer le marché au seul candidat sélectionné qui avait remis une offre régulière – étant la requérante – ou, à tout le moins, de

renoncer à passer le marché, moyennant due motivation – ce qu'elle n'a pas fait », que « dans ces conditions, la partie adverse a méconnu les principes et dispositions visés au moyen unique ».

La partie adverse répond que « [...] la prétendue illégalité dont se prévaut la partie requérante n'est pas de nature à rendre incertain l'engagement du soumissionnaire désigné pour exécuter le marché, conformément à l'article 76, § 1^{er} de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité », que « le plan d'aménagement directeur (PAD) Porte de Ninove prévoit un scénario avec des servitudes de vue pour les lieux en question [...] », que « la partie adverse a déjà eu l'occasion de contacter l'acquéreur de la parcelle voisine qui ne s'est pas montré opposé à la mise en place de telles servitudes », que « le propriétaire actuel de cette parcelle est une firme en faillite, ce qui a conduit à une saisie par l'État fédéral », que « dans l'hypothèse où, *quod non*, les servitudes de vue ne devaient pas être finalement acceptées par le propriétaire voisin au moment de l'exécution du marché, la partie adverse dispose d'un droit de préemption qu'elle pourrait encore mettre en œuvre si nécessaire [...] », que « la partie adverse pourrait également, le cas échéant, solliciter l'établissement de ces servitudes auprès du Juge de paix, puisqu'elles peuvent être constituées aussi bien par contrat que par un jugement », qu'à « défaut, il pourrait être érigé, comme l'a proposé la partie requérante, un pignon aveugle, sans qu'une telle modification n'affecte, de manière substantielle, la réalisation du marché », qu'« ainsi et en application des articles 38/5 et 38/6 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 précité, il serait permis au soumissionnaire de procéder à une légère modification des plans, sans qu'il ne soit question d'une remise en cause de l'intégralité du marché », que « l'on ne voit pas en quoi la suppression de servitudes de vues sur un mur mitoyen, dans un projet de création de six logements pourrait être qualifié de substantielle », que « puisqu'il était ici question d'une procédure de sélection de l'offre régulière économiquement la plus avantageuse et non d'une sélection sur base de critères qualitatifs, la légère modification apportée aux plans par le soumissionnaire désigné, ne serait pas non plus de nature à remettre en question la décision attaquée, puisque l'offre de la requérante n'aurait toujours pas été la plus avantageuse d'un point de vue rapport qualité/prix », que « la jurisprudence dont la partie requérante fait grand cas n'est nullement transposable en l'espèce, puisqu'il y est question d'incertitudes quant au prix proposé pour l'exécution d'un marché, ce qui constitue bien un élément déterminant », qu'en « l'occurrence, il n'est pas question d'incertitudes quant au prix, ni quant à l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché, puisque, si, par impossible, les servitudes de vues proposées venaient à être refusées, le marché pourrait néanmoins se poursuivre, moyennant une modification minimale des plans », que « la présence de servitudes de vues dans l'offre du soumissionnaire désigné n'est pas contraire aux dispositions du Cahier spécial des charges [...] », que « rien n'indique

que l'offre du soumissionnaire désigné ne serait pas faisable sur le plan urbanistique ou technique », que « comme déjà exposé ci-avant, il est probable que ces servitudes seront bien accordées par le propriétaire voisin – ou, à défaut, par jugement –, de sorte que rien n'empêchait le soumissionnaire de prévoir de telles servitudes dans son offre », que « si cet accord ne devait pas intervenir, le projet demeurerait parfaitement faisable, tant urbanistiquement que techniquement parlant, soit par la mise en œuvre du droit de préemption de la commune, soit par un simple remplacement du pignon “est” sur lequel des fenêtres étaient prévues par un simple pignon aveugle », que « de telles modifications ne seraient pas contraires au principe d'égalité des soumissionnaires puisque ce n'est pas sur base de ce critère spécifique que le marché litigieux a été attribué, mais bien parce que l'offre du soumissionnaire désigné VERS.A était économiquement la plus avantageuse, sur base d'un simple meilleur rapport qualité/prix, indépendamment de l'existence de servitudes de vues prévues dans son projet », que « la requérante affirme, de manière péremptoire, que “le mur pignon aveugle était la seule solution technique présentant la sécurité juridique nécessaire à la réalisation du projet, car ne dépendant aucunement d'un accord hypothétique du propriétaire voisin” », que « comme déjà précisé ci-avant, il ressort cependant du Plan d'Aménagement Directeur (P.A.D.) Porte de Ninove, qu'il existe différentes formes d'implantations possibles sur la zone dont une sans mur pignon aveugle au niveau de la parcelle sise Quai de l'Industrie 5-5B [...] », qu'eu « égard à l'ensemble de ces éléments, le moyen mérite d'être jugé non sérieux ».

La partie intervenante appuie la thèse de la partie adverse.

V.2. Appréciation

Sans qu'il soit besoin de déterminer si la réalisation du projet de la partie adverse nécessitera des servitudes de vue, comme le soutient la requérante, il suffit de relever que si tel était le cas, il n'en résulterait nullement que l'offre de l'intervenante serait affectée d'une irrégularité substantielle, telle que prévue par l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

En effet, l'événement futur et incertain que représenterait l'accord ou le refus du propriétaire voisin est susceptible d'affecter la réalisation du projet tel que voulu par la partie adverse dans l'hypothèse où elle ne pourrait en aucune manière obtenir les servitudes de vue requises.

Par contre, cet événement n'altère en rien l'engagement de l'intervenante à exécuter le marché dans les conditions prévues dans son offre. Elle n'a émis aucune réserve et n'a pas conditionné son offre à l'obtention de servitudes

de vue par la partie adverse. Son engagement est certain, inconditionnel et dénué d'équivoque.

Or, l'irrégularité substantielle, visée à l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, n'est pas tout obstacle quelconque susceptible d'entraver la réalisation du projet voulu par le pouvoir adjudicateur mais l'irrégularité qui rend incertain « l'engagement » du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

En ne décidant pas que l'offre de l'intervenante était irrégulière en raison de la nécessité éventuelle d'obtention de servitudes de vue pour la réalisation du projet proposé par l'intervenante, la partie adverse n'a donc pas violé les dispositions et principes invoqués à l'appui du moyen.

La partie adverse ne devait pas davantage considérer que l'intervenante avait méconnu les documents du marché. Selon ceux-ci, l'intervenante devait vérifier la faisabilité urbanistique et technique.

D'une part, la nécessité éventuelle d'obtention de servitudes de vue n'exclut pas la faisabilité du projet. Celui-ci est faisable moyennant l'octroi de servitudes de vue. La critique de la requérante est basée sur le postulat résolument pessimiste selon lequel en toutes hypothèses, la partie adverse n'obtiendra pas de servitudes de vue. Or, à les supposer nécessaires, aucun élément ne permet d'établir qu'elles ne pourraient être octroyées au bénéfice de la partie adverse.

D'autre part, l'intervenante était tenue de vérifier la faisabilité urbanistique et technique et non de garantir que des servitudes de vue éventuellement requises, seraient nécessairement accordées à la partie adverse.

Concernant les arguments relatifs à l'incidence d'un refus de servitudes de vue sur l'octroi du permis d'urbanisme, la requérante n'indique pas en quoi cela affecterait la légalité de l'acte attaqué. Sur ce point, le moyen unique est obscur et n'est en conséquence pas sérieux.

La critique relative à la violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires n'est pas davantage sérieuse. En effet, la partie adverse n'a pas imposé aux soumissionnaires de ne pas proposer de projet d'immeuble de logements dont le mur pignon est percé de plusieurs ouvertures/fenêtres.

Si la requérante s'en est abstenue, c'est pour le seul motif qu'elle a estimé à tort qu'un tel projet n'était pas faisable alors qu'il peut l'être moyennant l'obtention de servitudes de vue.

Le moyen unique n'est donc pas sérieux.

VI. Confidentialité

La partie adverse sollicite que les pièces 1 et 2 du dossier confidentiel qui ont trait aux offres des soumissionnaires ainsi que la pièce 3 du dossier administratif (rapport d'analyse des offres du 22 avril 2021) qu'elle dépose, soient déclarées confidentielles.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

VII. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande dès lors qu'elle a obtenu gain de cause. Les autres dépens doivent également être mis à charge de la partie requérante. La partie intervenante supporte ses propres dépens.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par SRL VERS.A est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 1 et 2 du dossier confidentiel ainsi que la pièce 3 du dossier administratif (rapport d'analyse des offres du 22 avril 2021) de la partie adverse sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

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

Article 6.

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 700 euros accordée à la partie adverse.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations siégeant en référé, le 20 juillet 2021 par :

Yves Houyet,
Florence Van Hove,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Florence Van Hove

Yves Houyet