

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 225.751 du 9 décembre 2013

G./A.210.709/VI-20.086

En cause :

- 1. la société privée à responsabilité limitée BRU-ARCH
ATELIER D'ARCHITECTURE DE BRUXELLES,**
- 2. la société privée à responsabilité limitée ATELIER
D'ARCHITECTURE PHILIPPE DULIERE,**
- 3. la société privée à responsabilité limitée
ARCHITECTURE DESIGN ENVIRONNEMENT,
SOCIETE INTERPROFESSIONNELLE
D'ARCHITECTURES STRYCKMAN MARC,**
en abrégé A.D.E.,
- 4. la société privée à responsabilité limitée SCENILUM,**
- 5. la société anonyme ARCADIS BELGIUM,**

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT et
Mathieu THOMAS, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles,

contre :

le Port de Bruxelles.

Parties intervenantes :

- 1. la société anonyme B-ARCHITECTEN,**
- 2. la société de droit néerlandais KARRES & BRANDS
LANDSCHAPSARCHITECTEN,**
- 3. la société privée à responsabilité limitée WIELFAERT
ARCHITECTEN,**

ayant élu domicile chez
Me Barteld SCHUTYSER, avocat,
avenue Louise, n° 106,
1050 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 12 novembre 2013, la société privée à responsabilité limitée BRU-ARCH ATELIER D'ARCHITECTURE DE BRUXELLES, la société privée à responsabilité limitée ATELIER D'ARCHITECTURE PHILIPPE DULIERE, la société privée à responsabilité limitée

ARCHITECTURE DESIGN ENVIRONNEMENT, SOCIETE INTERPROFESSIONNELLE D'ARCHITECTURES STRYCKMAN MARC, en abrégé A.D.E., la société privée à responsabilité limitée SCENILUM et la société anonyme ARCADIS BELGIUM sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "d'une part, de la décision de la Société régionale du Port de Bruxelles du 25 octobre 2013 attribuant le marché «à B-Architecten et son équipe» pour le marché intitulé «Aménagement d'une zone d'activités portuaires sur le terrain adjacent au centre TIR – Mission d'auteur de projet – urbanisation et viabilisation du site, construction d'un bâtiment logistique» et, d'autre part, de la décision du 24 septembre 2013 des fonctionnaires dirigeants de la Société régionale du Port de Bruxelles".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 14 novembre 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 28 novembre 2013 à 10 heures 30.

La société anonyme B-ARCHITECTEN, la société de droit néerlandais KARRES & BRANDS LANDSCHAPSARCHITECTEN et la société privée à responsabilité limitée WIELFAERT ARCHITECTEN, ont par une requête introduite le 21 novembre 2013, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Mes Bruno LOMBAERT et Mathieu THOMAS, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, Mes Patrick THIEL et Valentine de FRANCQUEN, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Barteld SCHUTYSER et Dodo CHOCHITAICHVILI, avocats, comparaissant pour de parties intervenantes, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, a été entendu 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

Tels que les décrit la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande sont les suivants :

- " 1. La présente procédure concerne un marché public de services portant sur une mission complète d'Auteur de Projet pour l'aménagement d'une zone d'activités portuaires, située dans la zone «Tour & Taxis», zone stratégique de la Région bruxelloise. Le marché public et le cahier spécial des charges furent approuvés par le Conseil d'administration du Port de Bruxelles en sa séance du 26 octobre 2012 et par la Région de Bruxelles-Capitale le 20 décembre 2012 [...].

Le mode de passation du marché est la procédure négociée avec publicité. Le choix de ce mode de passation n'est pas remis en cause par les parties requérantes.

2. Un avis de marché fut publié au Bulletin des adjudications le 21 décembre 2012 [...] ainsi qu'au Journal Officiel de l'Union européenne le 28 décembre 2012 [...].

Cet avis fut l'objet d'un avis rectificatif, publié dans le Bulletin des adjudications le 24 décembre 2012 [...] ainsi qu'au Journal Officiel de l'Union européenne le 29 décembre 2012 [...].

3. Les missions attribuées à l'Auteur de projet sont les suivantes (Cahier spécial des charges, [...]) :

«Mission de réalisation d'un plan général d'aménagement du site de 71.571 m², à vocation économique et industrielle accompagnée de directives tant littérales qu'illustrées d'implantation et de gestion.

- Permettant par la suite au Port (en partenariat avec la SDRB) de louer des terrains nus sur lesquels les entreprises, notamment de commerce de gros, de services ou de production de biens matériels, vont pouvoir venir implanter leurs projets individuels, conçus par leur architecte propre, en respectant des directives de volumétrie, de matériaux, de densité... qui garantiront une qualité paysagère d'ensemble tout en répondant aux impératifs de production qui leur sont propres.

- Permettant par la suite au Port de construire un bâtiment logistique

Mission complète d'infrastructure : dossier de demande de permis, coordination et études techniques, dossier d'exécution et suivi des travaux, en ce qui concerne les espaces communs, voiries et abords;

Mission complète de réalisation du bâtiment logistique : dossier de demande de permis, coordination et études techniques, dossier d'exécution et suivi des travaux.

Il s'agit de construire un bâtiment logistique sur une partie du site, faisant partie intégrante du projet global, et pour lequel le Port sera maître d'ouvrage, tel que délimité par le schéma d'implantation joint en annexe 1 et comprenant le programme suivant :

- Une superficie au sol d'entrepôts logistiques de façon à maximaliser la superficie utile du site dédié à ce bâtiment tout en respectant le schéma d'implantation. Ce site doit permettre de relocaliser des logisticiens occupant aujourd'hui au Port 10 500 m² d'entrepôts à 3 m 90 de hauteur. Il s'agit d'une logistique d'approvisionnement urbain (biens de consommation, etc.). Les

entrepôts logistiques doivent pouvoir accueillir plusieurs clients et être le plus polyvalents possible concernant les activités.

- Une hauteur libre de minimum 10 m 50 pour plus de 2/3 des superficies et répondant aux normes des entrepôts logistiques actuels
- Une charge au sol dans les entrepôts de minimum 6 t/m² et plus si l'entrepôt a plus de 10 m 50 de haut
- Une attention particulière doit être accordée aux quais de chargement qui doivent être présents en suffisance.
- Des parkings pour 200 voitures
- Des bureaux doivent être prévus en connexion avec les entrepôts et représenter maximum 10 % des superficies d'entrepôts
- Une variante avec des ateliers (entre 2000 et 5000 m²) doit être soumise. Ces ateliers peuvent être accessibles avec des monte-charges. La charge au sol des ateliers est de minimum 2 t/m².
- Le bâtiment doit pouvoir supporter une plate-forme de panneaux solaires en toiture et le cas échéant, une ferme urbaine, réalisable sous réserve de faisabilité financière et technique.

Mission pour la rénovation et la réhabilitation de la gare de service : dossier de demande de permis, coordination et études techniques, dossier d'exécution et suivi des travaux.

Le bâtiment doit être rénové pour accueillir un espace Horeca et un espace polyvalent destiné à des expositions, présentation ou réunions, et abriter les espaces annexes tels que local d'accueil, sanitaires, vestiaire, kitchenette, local compteurs, chaufferie.

Participation aux réunions du comité d'avis et rédaction d'avis sur les différents projets d'implantation d'entreprises (hors bâtiment logistique) et suivi préalable jusqu'au dépôt des PU et PE.

L'A.P. étudiera les possibilités de parcellisation susceptibles de permettre l'installation optimale des activités économiques sur le site implanté en bordure de zones très urbaines, avec un souci particulier pour l'intégration paysagère.

L'A.P. est le conseiller artistique et technique du P.A. dont il sert les intérêts en toute conscience et diligence, conformément à la loi, l'intérêt général et le règlement de déontologie. Il s'engage également à fournir une intime collaboration avec le P.A. et avec les intervenants fournisseurs à la demande du P.A.»

4. Il fut prévu par le Cahier spécial des charges que les offres seraient analysées au regard de cinq critères d'attribution. Ces critères sont les suivants :

- Urbanité : 30 %,
- technique et financier : 25 %,
- prix : 25 %,
- habitabilité : 10 %,
- pertinence et qualité : 10 %.

5. Dix-sept candidatures furent reçues à la date limite de dépôt des candidatures.

Le 31 mai 2013, le Conseil d'administration sélectionna sept candidatures sur les dix-sept [...].

Les sept candidats déposèrent une offre dans le délai imparti.

6. Le Comité d'avis se réunit le 17 et 20 septembre 2013 [...] et suite à ces discussions, il rendit son avis.

7. En séance du 24 septembre 2013, les fonctionnaires dirigeants du Port de Bruxelles décidèrent, après un premier examen des offres et compte tenu de l'avis émis par le Comité d'avis, de poursuivre les négociations avec B-Architecten et de leur poser une série de questions. Il s'agit de la deuxième décision attaquée par la partie requérante [...].

8. Après une analyse complète et approfondie des offres, le rapport d'analyse se termina par le classement suivant :

Equipes	Critères					Total	Clas.
	Urbanité	Technique et financier	Prix	Habitabilité	Pertinence et qualité		
Modulo	25,71	21,43	16,99	8,57	10,00	82,70	3
AgenceTer	17,14	17,86	25,00	8,57	7,00	75,57	5
Aupa	21,43	17,86	18,35	8,57	10,00	76,21	4
B-Architecten	30,00	25,00	19,49	10,00	8,00	92,49	1
CompagnieO	25,71	14,29	13,83	7,14	8,00	68,97	6
ADE	25,71	21,43	22,66	8,57	7,00	85,37	2
Tetra	17,14	17,86	13,65	8,57	10,00	67,22	7

9. Par conséquent, le Conseil d'Administration du Port de Bruxelles décida, en séance du 25 octobre 2013, d'attribuer le marché à B-Architecten – il s'agit de l'acte attaqué [...].

10. La décision fut notifiée aux soumissionnaires non retenus en date du 25 octobre 2013 [...]."

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 21 novembre 2013, la société anonyme B-ARCHITECTEN, la société de droit néerlandais KARRES & BRANDS LANDSCHAPSARCHITECTEN et la société privée à responsabilité limitée WIELFAERT ARCHITECTEN demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence. En tant qu'attributaires du marché public litigieux, elles ont un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE QUANT A L'OBJET

V. 1. Thèses des parties

Dans sa note d'observations, la partie adverse a fait valoir ce qui suit :

" 2.1 Capacité pour agir

12. Une société momentanée n'a pas de personnalité juridique et obéit dès lors, en ce qui concerne sa capacité d'agir en justice, à un régime comparable à celui d'une association de fait. Il est requis dans ce cas que, sauf clause de représentation en justice dans le contrat d'association, tous les membres de la société momentanée agissent conjointement et régulièrement en justice, mais non que la société momentanée ou certains de ses membres aient seuls accès au prétoire.

En effet, «dans cette situation, c'est l'association momentanée en tant que telle qui a soumissionné, et non pas ses membres à titre individuel. Ce sont également tous les membres de cette association qui, s'ils s'étaient vu attribuer le marché en cause, auraient eu l'obligation de signer le contrat et d'exécuter les travaux.»

13. Par conséquent, pour contester l'attribution d'un marché public, chacun des membres de la société momentanée doit valablement décider d'agir en suspension. En l'espèce, toutes les décisions d'agir des sociétés composant la société momentanée visent uniquement un recours en suspension contre la décision d'attribution du Port de Bruxelles du 25 octobre 2013. Ces décisions d'agir en recours en suspension ne visent pas la décision du 24 septembre 2013 des fonctionnaires dirigeants de la Société régionale du Port de Bruxelles de négocier avec B-Architecten [...].

Par conséquent, le recours en suspension en tant qu'il vise la décision du 24 septembre 2013 des fonctionnaires dirigeants doit être déclaré irrecevable.

2.2 Acte préparatoire

14. Seuls les actes susceptibles de causer grief peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Conseil d'Etat. Les recours en suspension contre les actes dits préparatoires ne sont pas recevables.

La décision du 24 septembre 2013 des fonctionnaires dirigeants de la Société régionale du Port de Bruxelles de négocier avec B-Architecten est un acte préparatoire, non susceptible d'un recours en annulation et donc d'une demande de suspension.

Par conséquent, en tant que le recours est dirigé contre la décision du 24 septembre 2013 des fonctionnaires dirigeants de la Société régionale du Port de Bruxelles, il est irrecevable".

En termes de plaidoiries, elle a soutenu que les effets de la "décision" du 24 septembre 2013 ne pouvaient être tenus pour irréversibles, dès lors que, lorsqu'un pouvoir adjudicateur a choisi de ne poursuivre les négociations qu'avec un seul des soumissionnaires, il lui est toujours loisible de renoncer à attribuer le marché ou de considérer que les négociations ainsi menées ont été infructueuses et qu'il convient de les reprendre avec un ou plusieurs autres soumissionnaires.

Dans leur requête, les intervenantes contestent la recevabilité de la demande, en ce que celle-ci porte sur la décision du 24 septembre 2013. Elles s'y expriment comme suit :

- " 10. Les parties requérantes invoquent la violation des règles administratives et des principes généraux de droit administratif par rapport à la «décision» du 24 septembre 2013. Il s'agit, en réalité, d'une note interne du service juridique de la partie adverse, adressée à la direction. Cette note n'a pas été notifiée séparément aux parties mais a été annexée, en toute transparence, au rapport d'évaluation du 25 octobre 2013.

Il convient de rappeler qu'une telle note n'est qu'un acte préparatoire n'emportant aucun effet juridique. Il s'agit donc d'une mesure qui précède l'adoption d'un acte administratif sans encore produire d'effets juridiques, comme les avis, propositions, rapports ou décisions intermédiaires. Elle n'a pas d'effet de droit et ne doit pas être motivée conformément à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Seule la décision d'attribution est susceptible de porter griefs aux droits des soumissionnaires.

11. La note interne de la Direction juridique de la partie adverse du 24 septembre 2013 n'est pas une «décision» au sens de l'article 14 § 1^{er} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat du 12 janvier 1973, ni au sens de l'article 1^{er} de la loi du 29 juillet 1991. Elle ne constitue pas une décision administrative susceptible de recours devant votre Conseil.

Cette irrecevabilité se déduit également de ce que les décisions d'agir des parties requérantes ne visent que la décision du conseil d'administration du Port de Bruxelles du 25 octobre 2013, et non la «décision» du 24 septembre 2013.

Partant, la requête en suspension d'extrême urgence doit être déclarée irrecevable en ce qu'elle vise un acte non attaquant devant votre Conseil".

A l'audience du 28 novembre 2013, les requérantes ont observé, en substance, que la décision du 24 septembre 2013 n'avait pas fait l'objet d'une notification distincte de celle du 25 octobre 2013, dont elle a été présentée comme étant une annexe. Elles ont soutenu que, compte tenu de la manière dont cet acte leur avait été notifié, il ne pouvait raisonnablement leur être reproché de n'y avoir pas fait expressément référence dans les différentes décisions d'agir prises aux fins de l'introduction de leur requête.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

La demande formulée dans la requête porte sur deux décisions respectivement datées des 24 septembre et 25 octobre 2013.

Les différentes décisions d'agir adoptées par les organes compétents des requérantes ne visent cependant pas la décision du 24 septembre 2013.

La demande n'est donc recevable que dans la mesure où elle tend à la suspension de l'exécution de la seule décision du 25 octobre 2013.

La demande devant être déclarée partiellement irrecevable pour ce motif, il n'est pas nécessaire, au stade actuel de son examen, de déterminer si la décision du 24 septembre 2013 constitue un acte qui peut faire l'objet d'un recours direct.

Par ailleurs, la circonstance que la demande ne peut être accueillie en tant qu'elle porte sur la décision du 24 septembre 2013, n'exclut pas que la légalité de celle-ci soit, en vertu de l'article 159 de la Constitution, contrôlée à titre incident, dès le stade de l'examen de la demande de suspension ainsi limité. En effet, la décision de ne poursuivre les négociations qu'avec les seules intervenantes constitue l'un des motifs de fait de la décision attribuant à celles-ci le marché litigieux, de sorte que, si l'illégalité de cette décision du 24 septembre 2013 devait être établie, elle vicierait, en ses motifs, la décision du 25 octobre 2013.

VI. PREMIER MOYEN – PREMIERE BRANCHE

VI. 1. Thèses des parties

Les requérantes soulèvent un premier moyen, pris "de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe d'égalité et de transparence entre les soumissionnaires, des articles 26, 32 et 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 «relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services», 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», des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 «relative à la motivation formelle des actes administratifs», du principe «patere legem quam ipse fecisti» et de l'article 3 du cahier spécial des charges et de l'article 122ter de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 «relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics»".

En sa première branche, elles le formulent comme suit :

- " 8. L'article 2.1 du cahier spécial des charges indique qu'est applicable au marché l'arrêté royal du 10 janvier 1996 «relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux».

Or, l'article 26 de la loi du 24 décembre 1993 «relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services» prévoit que les dispositions relatives aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux «sont applicables aux pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4, § 1^{er} et § 2, 1^o à 8^o et 10^o, ainsi qu'aux entreprises publiques, lorsqu'ils exercent une des activités visées au présent titre».

Dans le secteur des transports, l'article 32 de la loi du 24 décembre 1993 indique que sont soumises aux dispositions du titre IV les activités suivantes :

- la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par train, métro, tramway, autobus, trolleybus, câble ou système automatique. Il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par l'autorité compétente, portant notamment sur les itinéraires à suivre, la capacité de transport disponible ou la fréquence du service;

- l'exploitation d'une aire géographique en vue de mettre des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux.

L'article 20 de la Directive 2004/17/CE «portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux» indique que «la présente directive ne s'applique pas aux marchés que les entités adjudicatrices passent à des fins autres que la poursuite de leurs activités visées aux articles 3 à 7 ou pour la poursuite de ces activités dans un pays tiers, dans des conditions n'impliquant pas l'exploitation physique d'un réseau ou d'une aire géographique à l'intérieur de la Communauté». Les activités qui ne tombent pas dans le champ d'application des articles 3 à 7 de la Directive ne sont donc pas soumises à la réglementation dite des «secteurs spéciaux».

Dans un document intitulé «Draft policy guidelines on non-relevant airport activities under the Utilities Directive 90/53/EEC», la Commission européenne précise également que ne sont pas nécessaires à l'exploitation d'un aéroport des investissements dans des biens immobiliers.

Si la partie adverse exerce une activité d'exploitation de port intérieur, le marché en cause est sans lien avec l'exercice de cette activité. En effet, le présent marché ne présente aucun lien avec le transport fluvial (deuxième activité de transport visée par l'article 32 précité). Il ressort ainsi de l'annexe 1 «schéma d'implantation» du cahier spécial des charges que le projet n'est pas contigu à la voie d'eau. De même, le projet ne doit comprendre aucun quai de chargement ou de déchargement pour le transport fluvial.

La réglementation dite «des secteurs spéciaux» n'est donc pas applicable au présent marché.

9. Par ailleurs, l'article 1.1 du cahier spécial des charges indique que «le présent marché est un marché conjoint passé conformément à l'article 19 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Le Port de Bruxelles agit en son propre nom». L'autorité qui intervient à l'attribution du marché est la Société régionale du Port de Bruxelles. Il semble ressortir des documents du marché que le marché conjoint est passé par la Société régionale du Port de Bruxelles et la Société de Développement pour la Région de Bruxelles-Capitale.

La Société de Développement pour la Région de Bruxelles-Capitale n'a pas pour objet d'exploiter une aire géographique en vue de mettre des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux. Elle n'exerce pas non plus d'autres activités des secteurs spéciaux.

Or, il est admis que, dans le cas d'un marché conjoint convenu entre un pouvoir adjudicateur appartenant aux secteurs spéciaux et un pouvoir adjudicateur appartenant aux secteurs classiques, la réglementation la plus sévère – celle des secteurs classiques – doit être appliquée.

Contrairement à ce que prévoyait les documents du marché, l'arrêté royal du 8 janvier 1996 «relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services

et aux concessions de travaux publics», précisément son article 122ter, doit dès lors être appliqué en l'espèce.

10. L'article 2.2 du cahier spécial des charges prévoit une première phase de sélection qualitative.

Cet article prévoit que la seconde phase intitulée «analyse des offres et négociation, choix de l'attributaire» se déroulera de la manière suivante :

«S'agissant d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne pas négocier ou de négocier avec tout ou partie des candidats ayant remis offre.

Les négociations éventuelles seront menées par le pouvoir adjudicateur».

L'article 122ter, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 indique que :

«Le pouvoir adjudicateur peut prévoir que la procédure négociée se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges».

L'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 «relative à la motivation formelle des actes administratifs» indique que «la motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate». Il est de jurisprudence constante que la motivation de la comparaison des offres en fonction des critères d'attribution ne peut être exprimée en termes laconiques et sans réelle appréciation sur les mérites des offres et qu'elle doit s'accompagner d'une justification précise et claire des éléments de comparaison et de leur appréciation (voy., notamment, C.E. arrêts n° 223.704 du 4 juin 2013 et 181.351 du 19 mars 2008).

Cela signifie que les offres doivent être comparées de manière effective et approfondie, dans le respect du principe d'égalité, au regard des critères d'attribution annoncés dans les documents du marché.

Il ressort de la décision d'attribution du 25 octobre 2013 et de la décision du 24 septembre 2013 des fonctionnaires dirigeants que la partie adverse a réduit le nombre d'offres à négocier puisqu'elle a décidé, au terme d'un premier examen des offres, de ne négocier qu'avec B-Architecten.

Toutefois, la partie adverse n'a réduit le nombre d'offres à négocier qu'après les avoir comparées entre elles de manière sommaire. La décision du 24 septembre 2013 des fonctionnaires dirigeants ne contient en effet qu'un tableau reprenant les cotes et une motivation particulièrement succincte.

La motivation de la décision du 24 septembre 2013 ne permet pas de comprendre les justifications des cotes qui ont été attribuées par la partie adverse à chaque offre.

Il ressort notamment de la décision du 24 septembre 2013 que :

- la partie adverse n'a pas motivé les points au regard du critère d'attribution «habitabilité»;
- la partie adverse a procédé à «un examen prima facie, sous réserve d'affinement, des offres au regard du critère Urbanité» et n'indique pas dans sa décision les motifs qui justifient les cotes attribuées;
- seule l'offre de B-Architecten fait l'objet d'une motivation un tant soit peu circonstanciée au regard du critère d'attribution «technique et financier»;

- la différence de points entre les offres au regard du critère d'attribution «pertinence et qualité» n'est pas en adéquation avec la motivation reprise dans la décision du 24 septembre 2013. Celle-ci indique en effet qu'«au niveau du critère d'attribution Pertinence et Qualité (10 points), B-Architecten présente, comme toutes les autres offres, une équipe complète et cohérente, dans laquelle le rôle de chacun est bien défini».

La comparaison des offres repose donc sur une motivation particulièrement lacunaire (et même inexistante pour le critère d'attribution «habitabilité») et ne contient aucune appréciation sur les mérites des différentes offres, ce qui ne permet pas de comprendre les motifs qui justifient, d'une part, l'importance des points qui ont été attribués par la partie adverse pour les différentes offres et, d'autre part, le fait que l'offre de B-Architecten ait été classée première.

Le premier moyen est dès lors sérieux en sa première branche".

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

" 3.2 Première branche : Activités relevant des secteurs spéciaux

3.2.1 Irrecevabilité pour défaut d'intérêt

15. Pour avoir intérêt au moyen, la partie requérante doit établir non seulement la prétendue illégalité de la décision, mais également que l'illégalité lui a causé grief. En l'espèce, la partie requérante ne tire aucun grief de la prétendue illégalité invoquée.

La première branche n'est par conséquent pas sérieuse.

3.2.2 Caractère non sérieux

16. Conformément à l'article 26 de la loi du 24 décembre 1993, le titre IV de la loi du 24 décembre 1993 est d'application lorsque le marché porte sur une activité visée à ce titre.

Selon l'article 32, 2° de la loi du 24 décembre 1993 est soumise aux dispositions du titre IV. Des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux :

«l'exploitation d'une aire géographique en vue de mettre des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux.»

Or le Port de Bruxelles est un port maritime au sens de l'article 32, 2° de la loi du 24 décembre 1993 et l'objet du marché consiste en :

- l'aménagement d'une zone d'activités portuaires (ensemble du projet – voir l'annexe 1 du cahier spécial des charges, intitulé «schéma d'implantation»), laquelle sera directement reliée au canal par la Zone de chargement des palettes (carré mauve adjacent au canal sur le «schéma d'implantation»; et en particulier

- la construction d'un entrepôt destiné à accueillir un terminal de transport T.I.R. (carré rouge sur le plan repris à l'annexe 1 du cahier spécial des charges, intitulé «schéma d'implantation»), c'est-à-dire un centre logistique d'entreposage de marchandises.

L'objet du marché tombe donc totalement sous le couvert de l'article 32, 2° de la loi du 24 décembre 1993.

[...]

[La partie adverse fait état de différentes sources sur lesquelles elle prend appui pour défendre sa thèse de l'assujettissement du marché litigieux au régime dit «des secteurs spéciaux».]

23. A la lecture de ces différents textes – tant européens que belges – il est difficilement contestable qu'un marché visant à l'aménagement de la zone d'activités portuaires adjacente au centre T.I.R., visant au développement du centre T.I.R. et à l'aménagement de la zone en vue d'accueillir des transporteurs fluviaux et maritimes entre dans les activités visées à l'article 32, 2° de la loi du 24 décembre 1993, à savoir, «L'exploitation d'une aire géographique en vue de mettre (...) des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport à la disposition des transporteurs (...) maritimes ou fluviaux.».

Le cahier des charges du Port, document établi par un arrêté de l'Exécutif de la Région bruxelloise prévoit littéralement que les activités industrielles relatives au chargement, déchargement, entreposage et transport de marchandises et de service y corrélatifs sont des activités liées à la fonction du Port et donc considérées comme activités portuaires. L'aménagement de la zone d'activités étant une activité de service corrélatrice à une activité industrielle relative au chargement, déchargement, entreposage et transport de marchandises, il s'agit bien d'une activité visée au titre IV du Livre premier de la loi du 24 décembre 1993.

L'article 32, 2° prévoit quant à lui littéralement que l'exploitation d'une aire géographique en vue de la mise à disposition d'un port (en l'occurrence le Port de Bruxelles) ou d'un terminal de transport (en l'occurrence le centre T.I.R.) des transporteurs maritimes ou fluviaux est une activité qui tombe sous le couvert du Titre IV de la loi du 24 décembre 1993, à savoir, les secteurs spéciaux.

24. La partie requérante fait référence à une «Draft policy guidelines on non-relevant airport activities under the Utilities Directive 90/53/EEC», rédigée par la Commission européenne pour avancer que l'objet du marché ne serait pas une activité relevant des secteurs spéciaux.

25. Ce document/projet ne se retrouve pas sur le site de la Commission, de sorte qu'il peut en être conclu que ce projet a tout simplement été abandonné. Il ne constitue dès lors pas une base sérieuse pour déterminer ce qui rentre ou non dans le cadre des activités dites de secteurs spéciaux. Par ailleurs, il ne semble remplacé par aucun document récent.

26. De plus, la doctrine la plus avisée a énergiquement condamné la liste reprise dans ce document/projet. Le professeur Sue Arrowsmith a écrit que cette liste n'était pas cohérente.

Enfin, la jurisprudence est unanime pour juger que dans le cadre des activités dites de secteurs spéciaux, tombent également des activités annexes. [...]

Par conséquent, s'il devait être considéré que l'objet du marché ne constituerait pas, en soi, une activité visée par l'article 32, 2° de la loi du 24 décembre 1993 - quod non ! - il faudrait à tout le moins considérer qu'il s'agit là d'une activité annexe indispensable à l'exploitation du canal et du Port. En effet, comment envisager l'existence d'un canal, sans mettre les espaces nécessaires à disposition des différents transporteurs intéressés ? Il en va de même du centre T.I.R. Comment est-il possible d'estimer qu'un tel terminal de transport ne rentrerait pas sous l'appellation «terminal de transport» au sens de l'article 32, 2° de la loi du 24 décembre 1993 ?

27. Puisque l'objet du marché litigieux consiste bien en une activité visée au titre IV du Livre premier de la loi du 24 décembre 1993, il convient d'appliquer à ce

marché l'arrêté royal du 10 janvier 1996 «relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux» et non l'arrêté royal du 8 janvier 1996 «relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics».

28. La critique selon laquelle le marché concerné serait un marché conjoint avec la Société de Développement pour la Région de Bruxelles-Capitale (SDRB) est erronée.

La mention reprise à l'article 1.1. du cahier spécial des charges, résulte d'une simple erreur de copier-coller et ne correspond pas à la réalité.

Le marché n'est pas passé conjointement avec la SDRB. Il n'y a donc pas lieu de faire application d'une réglementation applicable à la SDRB. Ce point ne nécessite par conséquent pas de plus amples approfondissements.

29. En tout état de cause, pour autant qu'il soit nécessaire de développer ce point, il convient de constater que l'article 122 ter de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 a été respecté. En effet, le cahier spécial des charges prévoyait en son article 2.2. que :

«S'agissant d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne pas négocier ou de négocier avec tout ou partie des candidats ayant remis offre.

Les négociations éventuelles seront menées par le pouvoir adjudicateur.»

Cette mention est en effet conforme à l'article 122 ter de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 lequel prévoit : «Le pouvoir adjudicateur peut prévoir que la procédure négociée se déroule en phase de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges.»

Observons d'emblée que le moyen manque en droit, puisque la disposition invoquée n'est pas d'application dans les secteurs spéciaux, et qu'aucune disposition équivalente n'est invoquée. Et pour cause d'ailleurs, puisque semblable caractéristique n'existe pas dans l'arrêté royal du 10 janvier 1996 !

Au demeurant, la technique de la restriction du nombre de candidats et de la poursuite de la négociation avec le mieux classé est admise de longue date.

30. La décision du 24 septembre 2013 par laquelle le Port a décidé de ne négocier qu'avec la société B-Architecten [...] se lit comme suit :

«Les sept offres remises par les soumissionnaires sélectionnés ont été examinées par le Comité d'avis les 17 et 20 septembre 2013, au regard des critères d'attribution Urbanité (30 points) et Habitabilité (10 points).

Le Comité d'avis estime que l'offre de B-Architecten est la meilleure du point de vue de ces deux critères d'attribution. Compte tenu de l'avis émis par le Comité d'avis, un examen *prima facie*, sous réserve d'affinement, des offres au regard du critère Urbanité donne 30 points à B-Architecten, devant Modulo (25,71 points) et ADE (25,71 points).

Au niveau du critère d'attribution Prix (25 points), pour lequel chaque soumissionnaire a proposé un taux honoraire exprimé en pourcentage appliqué à son estimation de coût de réalisation de son projet (il y a donc un lien entre le critère Prix et le critère technique et financier, ce dernier tenant compte notamment de la surface d'entrepôt proposée par rapport au coût de réalisation

dudit entrepôt), B-Architecten se situe en quatrième position, à 21,93 points, derrière Modulo (22,89 points), Aupa (24,93 points) et AgenceTer (25 points). B-Architecten est par ailleurs l'équipe qui propose les taux d'honoraires parmi les plus bas.

D'un point de vue technique et financier, B-Architecten est le soumissionnaire qui propose la plus grande surface d'entrepôt à 10,5 m de hauteur, ce qui est intéressant d'un point de vue financier pour le Port. En terme technique, toutes les offres paraissent avoir utilisé des matériaux de qualité. Par contre, l'estimation du coût de réalisation des espaces communs de B-Architecten paraît anormalement élevée.

Au niveau du critère d'attribution Pertinence et Qualité (10 points), B-Architecten présente, comme toutes les offres, une équipe complète et cohérente, dans laquelle le rôle de chacun est bien défini.

Un premier classement des offres se présente comme suit :

	Critères					Total
	Urbanité	Technique et financier	Prix	Habitabilité	Pertinence et qualité	
Modulo	25,71	21,43	22,89	8,57	10,00	88,60
AgenceTer	17,14	17,86	25,00	8,57	7,00	75,57
Aupa	21,43	17,86	24,93	8,57	10,00	82,79
B-Architecten	30,00	25,00	21,93	10,00	8,00	94,93
CompagnieO	25,71	14,29	13,83	7,14	8,00	68,97
ADE	25,71	21,43	21,46	8,57	7,00	84,17
Tetra	17,14	17,86	13,65	8,57	10,00	67,22

Dans ce contexte, et compte tenu des éléments qui précèdent, il est opportun, comme l'a suggéré le Comité d'avis, de négocier avec B-Architecten et de les interroger notamment sur leur estimation du coût de réalisation des travaux, et en particulier au sujet des espaces communs.»

Il s'agit d'un acte préparatoire qui, contrairement à ce que prévoit la loi du 24 décembre 1993 en son article 65/4 pour les décisions relatives à l'attribution du marché, ne requiert pas l'établissement d'une décision motivée. L'article 65/4 prévoit en effet que :

«L'autorité adjudicatrice établit une décision motivée :

- 1° lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée sans publicité;
- 2° lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée avec publicité dans les secteurs classiques;
- 3° lorsqu'elle décide de la qualification ou du retrait de la qualification dans le cadre d'un système de qualification dans les secteurs spéciaux;
- 4° lorsqu'elle décide de la sélection des candidats quand la procédure comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation;
- 5° lorsqu'elle attribue un marché, quelle que soit la procédure;
- 6° lorsqu'elle renonce à la passation du marché et, le cas échéant, décide de lancer un nouveau marché.»

Il n'est donc pas prévu par l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 qu'une telle décision soit motivée lorsque le pouvoir adjudicateur décide de négocier avec un soumissionnaire.

L'article 4 de la loi du 17 juin 2013 n'est quant à lui pas d'application, puisque la loi du 17 juin 2013 n'est d'application que pour les marchés publiés après le 1^{er} juillet 2013. Or l'appel à candidats a été publié pour le présent marché en 2012.

31. Par ailleurs, pour ce qui concerne la motivation relative aux critères «Habilité» et «Urbanité», le Port fait clairement référence dans sa décision du 24 septembre 2013 à l'avis émis par le Comité d'avis en date des 17 et 20 septembre 2013 [...].

Or le Comité d'avis s'étend très clairement pour chacun des soumissionnaires sur ces différents points.

Ainsi, le Comité d'avis prend, en date du 20 septembre 2013, les conclusions suivantes :

[...]

Il ressort donc clairement du PV du Comité d'avis du 20 septembre 2013 que les critères «Habilité» et «Urbanité» reposent eux aussi sur une motivation formelle à laquelle il est fait référence dans la décision du 24 septembre 2013.

Le fait que les avis du Comité d'avis n'aient pas été transmis avec la décision attaquée est sans incidence puisque nous avons démontré ci-devant que la réglementation spécifique aux marchés publics ne requerrait pas qu'une décision motivée soit établie lorsqu'un pouvoir adjudicateur décide de négocier avec un soumissionnaire. L'article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 n'impose pas non plus qu'une telle décision soit transmise aux soumissionnaires évincés.

Les critiques formulées à l'égard des critères «Technique et financier» et «Pertinence et qualité» ne sont pas pertinentes puisque la partie requérante n'en déduit aucun grief.

32. Il peut par conséquent être conclu que la première branche du premier moyen doit être déclarée non sérieuse".

Dans leur requête, les intervenantes exposent ce qui suit :

- " 14. Contrairement à ce que soutiennent les parties requérantes dans la première branche du premier moyen, les parties requérantes en intervention considèrent que le présent marché relève de la réglementation dite de «secteurs spéciaux».

En effet, il convient de constater, en premier lieu, que l'avis de marché publié au Bulletin des adjudications du 24 décembre 2012 mentionne clairement que le marché est relatif aux secteurs spéciaux et porte sur un site portuaire adjacent au centre TIR (avenue du Port à 1000 Bruxelles). L'avis précise aussi que la mission d'Auteur de projet consiste en l'aménagement d'une zone d'activités portuaires.

Le Cahier Spécial des Charges indique également que l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ainsi que la loi du 24 décembre 1993 sont applicables au présent marché.

Les parties requérantes estiment, toutefois, que le présent marché n'a aucun lien avec l'activité d'exploitation de port intérieur de la partie adverse. Elle se réfère, en ce sens, à la Directive 2004/17/CE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, et au Draft Policy guidelines on non-relevant airport activities under the Utilities Directive 90/53/EEC de la Commission européenne. La référence à ce dernier document est sans pertinence dès lors qu'il s'agit d'un projet, et donc d'un texte non définitif, de la Commission européenne n'ayant aucune force juridique contraignante.

15. En vertu de l'article 32 de la loi du 24 décembre 1993, sont soumises aux dispositions du Titre IV (relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et

de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux), dans le secteur des transports, les activités suivantes:

«1° (...);

2° l'exploitation d'une aire géographique en vue de mettre des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux» [...].

Les parties requérantes en intervention considèrent que l'activité exercée par la partie adverse rentre dans le champ d'application de l'article 32, 2° de la loi du 24 décembre 1993 dès lors qu'elle fournit un service au public dans le domaine du transport. A cet égard, les enseignements tirés de l'arrêt Strabag et Kostmann prononcé par la Cour de Justice de l'Union européenne doivent trouver à s'appliquer en l'espèce. La Cour a décidé, à bon droit, que l'applicabilité de la Directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications dépendait de l'activité exercée par l'entité adjudicatrice concernée ainsi que «les liens existant entre cette même activité et le marché projeté par ladite entité. Si cette dernière exerce l'une des activités visées à l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/38 et envisage dans l'exercice d'une telle activité, ce qu'il incombe au juge national de vérifier, de passer un marché de services, de travaux ou de fournitures ou d'organiser un concours, les dispositions de cette directive sont applicables à ce marché ou à ce concours» [...].

La partie adverse exerce plusieurs activités, parmi lesquelles des activités d'exploitation de port intérieur, de transport, d'entreposage et de distribution. L'activité de transport revêt une importance capitale car le Port de Bruxelles joue un rôle déterminant dans l'approvisionnement de la ville de Bruxelles, par le biais de la voie fluviale. Le Port de Bruxelles a permis, depuis de nombreuses années, à de nombreuses activités commerciales et industrielles de s'y implanter, tout en poursuivant ainsi l'objectif de moderniser et de développer les infrastructures portuaires, comme l'extension du domaine portuaire, la création de nouveaux entrepôts logistiques, etc.

C'est dans ce contexte que s'inscrit le présent marché. En vertu de l'article 1.4.1. du Cahier Spécial des Charges, le présent marché a pour mission l'aménagement d'un site de 71.571 m², à vocation industrielle et économique, permettant au Port de Bruxelles de : (i) louer des terrains nus sur lesquels les entreprises, notamment de commerce de gros, de services ou de production, vont pouvoir s'implanter, (ii) de construire un bâtiment logistique d'approvisionnement urbain et (iii) la rénovation et la réhabilitation de la gare de service afin d'accueillir un service Horeca et un espace polyvalent destiné à des expositions, présentations ou réunions.

La partie adverse prévoit, pour la mission de réalisation d'un bâtiment logistique et d'un parking de 200 places, un budget de 18 millions d'euros. Cette mission représente la grande majorité du budget des travaux estimés dans le cadre du présent marché, à savoir 20.250.000 euros, comme indiqué dans l'avis de marché:

- Estimation du coût des travaux pour la mission complète d'infrastructure en ce qui concerne les espaces communs, voiries et abords: 1.700.000 euros;
- Estimation du coût des travaux pour la mission complète de réalisation du bâtiment logistique et d'un parking de 200 Places: 18.000.000 euros;
- Estimation du coût des travaux pour la rénovation et la réhabilitation de la petite gare: 550.000 euros.

Au vu des éléments qui précèdent, il est incontestable qu'au regard de la mission et du budget déterminés dans l'avis de marché et dans le Cahier Spécial des Charges ainsi qu'au regard de l'activité de centre logistique européen du Port de Bruxelles, le présent marché est en lien avec l'activité exercée par la partie adverse.

Par conséquent, il y a lieu de constater que la réglementation dite «des secteurs spéciaux» est applicable au présent marché.

16. Il convient, par ailleurs, de constater que, à supposer même que la réglementation dans les secteurs classiques devrait s'appliquer en l'espèce - quod non, les parties requérantes ne soulèvent pas l'irrégularité de la décision contestée à cause de l'application d'une «procédure négociée» (avec publicité) conformément à l'article 17, § 2 ou 3 de la loi du 24 décembre 1993, dont ils n'invoquent pas la violation. Elles n'expliquent pas non plus en quoi l'article 122ter de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 aurait été violé. Lorsque les parties requérantes n'attaquent pas, dans leur moyen, le choix de la procédure négociée en tant que tel et ne soutiennent pas que la prétendue violation des articles 26 et 32 de la loi du 24 décembre 1993 doit nécessairement mener au constat que la décision attaquée est illégale et devrait, dès lors être annulée ou, dans le cadre d'une requête en suspension, être suspendue, il faut en déduire qu'elles n'ont aucun intérêt à se plaindre de l'application de la procédure négociée avec publicité. De même, lorsque les parties requérantes n'expliquent pas ou, à tout le moins, ne permettent pas aux parties requérantes en intervention de comprendre en quoi l'article 122ter de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 a été violé, il convient d'en déduire que, en ce qu'il est tiré d'une prétendue violation de l'article 122ter de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le moyen est irrecevable.

17. Dans un deuxième temps, les parties requérantes reprochent à la partie adverse d'avoir décidé de ne négocier qu'avec les parties requérantes en intervention à la suite d'un premier examen des offres. Elles estiment que la motivation de la décision du 24 septembre 2013 est lacunaire et ne permet pas de comprendre les cotes qui ont été attribuées à chaque offre.

18. Les parties requérantes en intervention soulignent que le présent marché est soumis à la réglementation dite des «secteurs spéciaux» avec procédure négociée avec publicité. Dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider avec quel(s) soumissionnaire(s) il poursuit la procédure. Rien n'empêchait la partie adverse, dans le cadre d'une telle procédure, de conduire des négociations avec un seul des soumissionnaires dès lors qu'une première analyse des offres, sur base des critères d'attribution, concluait de l'intérêt de négocier qu'avec un seul soumissionnaire (voyez également infra les arguments permettant de conclure à la réfutation de la deuxième branche).

19. En effet, dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur dispose, lors de l'évaluation des offres au regard des critères d'attribution, d'un large pouvoir d'appréciation auquel votre Conseil ne peut se substituer, ni modifier le classement des offres.

C'est l'essence même de la procédure négociée qui permet à la partie adverse d'entrer en négociation avec plusieurs ou un seul soumissionnaires. Il suffit que la partie adverse compare les offres qui ont été introduites et négocie ensuite uniquement avec le candidat qui a introduit l'offre la plus avantageuse, sur base d'un premier examen des critères d'attribution. La doctrine est également fixée en ce sens : «En effet, rien n'empêche par exemple un pouvoir adjudicateur de conduire des négociations avec un seul des soumissionnaires à la condition qu'il puisse démontrer que sa décision se fonde sur une première analyse des offres et que cette analyse conclut de l'intérêt de négocier qu'avec ce seul soumissionnaire».

20. C'est, dès lors, à tort que les parties requérantes critiquent la «décision» du 24 septembre 2013. En effet, cette décision, qui est en réalité une note interne de la direction juridique, constitue un acte préparatoire à la décision d'attribution du marché, de sorte qu'elle ne doit pas être motivée formellement, en application des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ou, partant, de l'article 26/14 de la loi du 24 décembre 1993. C'est

seulement la décision d'attribution du marché, en l'occurrence la décision du 25 octobre 2013, qui retentit sur l'ordonnancement juridique en fixant les droits des candidats au marché et qui fait éventuellement grief aux soumissionnaires évincés.

Par conséquent, la partie adverse a pu légitimement décider, sur base de l'article 2.2 du Cahier Spécial des Charges et sur base d'un premier examen des offres effectué sur base des critères d'attribution, de ne poursuivre la négociation qu'avec un seul soumissionnaire.

Partant, la première branche du premier moyen est, en ce qu'elle est déduite d'une violation des articles 26 et 32 de la loi du 24 décembre 1993 et de l'article 122ter de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 irrecevable, ou à tout le moins, pas sérieuse en ce qu'elle est déduite des autres dispositions ou principes invoqués dans le moyen".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant au régime juridique de passation du marché litigieux

En sa première branche, le moyen prend ancrage dans le postulat selon lequel le marché litigieux ne relève pas du régime dit "des secteurs spéciaux" et considère que sa passation eût dû être soumise à l'application de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, et notamment à l'article 122ter de cet arrêté, libellé comme suit en son paragraphe 3 :

" Le pouvoir adjudicateur peut prévoir que la procédure négociée se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges".

Lisant cette disposition en combinaison avec l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, les requérantes identifient l'obligation, pour tout pouvoir adjudicateur qui organise la procédure de manière à réduire le nombre d'offres à négocier, de procéder, en vue de cette réduction, à une comparaison effective et approfondie des offres au regard des critères d'attribution et d'en rendre compte par une justification précise et claire des éléments sur lesquels elle est fondée.

Si l'on excepte le grief de comparaison sommaire, qui ne peut précisément être examiné à la lumière des motifs de la décision du 24 septembre 2013, le moyen, en sa première branche, reproche essentiellement la motivation indigente des cotes attribuées à chaque offre, ainsi que du classement, en première place, de l'offre des intervenantes.

Une telle critique peut être examinée au regard des seules dispositions de la loi du 29 juillet 1991 précitée, de sorte qu'il n'est pas nécessaire - dans le cadre d'un examen effectué en extrême urgence - de déterminer le régime de passation duquel relevait le marché litigieux.

Pour les mêmes motifs, il ne s'impose pas de qualifier ce marché au regard de la notion de "marché conjoint", laquelle n'est invoquée par les requérantes qu'au soutien de la thèse d'applicabilité de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité.

Enfin, il n'y a pas lieu d'avoir égard aux exceptions d'irrecevabilité opposées par les parties adverse et intervenantes, dès lors qu'elles ne portent pas sur le moyen en tant que celui-ci est pris de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, seules dispositions au regard desquelles, pour les raisons précédemment exposées, sera apprécié le caractère sérieux du moyen.

B. Quant au caractère de la décision du 24 septembre 2013

Les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sont libellés comme suit :

" Art. 2. Les actes administratifs des autorités administratives visées à l'article premier doivent faire l'objet d'une motivation formelle.

Art. 3. La motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate".

L'obligation de motivation formelle concerne les actes administratifs individuels qui font grief, à savoir qui produisent des effets de droit de nature à affecter la situation des personnes concernées.

Sauf à priver de sens la faculté que se réserve, le cas échéant, un pouvoir adjudicateur de ne négocier qu'un nombre réduit d'offres parmi celles qu'il a reçues, il s'impose d'admettre que la décision de ne négocier qu'une seule offre emporte nécessairement celle de renoncer à négocier les autres et qu'une telle décision fait grief aux soumissionnaires avec lesquels le pouvoir adjudicateur renonce à négocier, puisqu'à leur égard, une telle décision met un terme à la participation à la procédure négociée, et les prive, en principe, de toute chance d'obtenir le marché convoité. Ne convainc pas du contraire la perspective, esquissée en termes de plaidoiries par la partie adverse, d'une hypothèse de revirement d'attitude du pouvoir adjudicateur qui pourrait renoncer à l'attribution du marché ou mettre un terme aux négociations infructueuses menées avec un seul des soumissionnaires, pour les reprendre avec d'autres.

Dans ces circonstances, il apparaît "prima facie" que la décision du 24 septembre 2013 doit être considérée comme étant un acte administratif faisant grief, pour l'application des dispositions précitées de la loi du 29 juillet 1991.

C. Quant au respect de l'obligation de motivation formelle

Pour satisfaire à l'obligation de motivation formelle, la décision du 24 septembre 2013 devait permettre de comprendre les cotes attribuées à chaque offre et, partant, le classement de l'offre des intervenantes en première place.

Tel n'est, à première vue, toutefois pas le cas.

S'agissant de critères d'attribution qualitatifs, à savoir quatre des cinq critères choisis par la partie adverse, la seule mention des notes attribuées à chaque soumissionnaire pour chaque critère concerné, qui n'est pas accompagnée d'une explication suffisante permettant de comprendre pourquoi elles ont été ainsi attribuées, ne constitue pas la motivation prescrite par la loi.

En outre, pour satisfaire à l'exigence légale de motivation formelle, les notes attribuées et les explications dont elles sont accompagnées ne peuvent être contradictoires.

En l'espèce, un examen effectué en extrême urgence suffit à révéler les lacunes de la motivation au regard des quatre critères qualitatifs choisis par la partie adverse, critères identifiés comme suit: "Urbanité", "Technique et financier", "Habitabilité", ainsi que "Pertinence et qualité". A cet égard, il s'impose de relever ce qui suit :

- c'est vainement que, dans sa note d'observations, la partie adverse expose la méthode d'évaluation utilisée, qui consiste, pour chaque critère, à attribuer la cote en fonction de la place qu'occupe l'offre dans le classement, et selon une dégressivité conditionnée notamment par le nombre d'offres. Sans qu'il soit question d'apprécier ici les qualités intrinsèques d'une telle méthode, il suffit de constater que les explications y relatives constituent une motivation "a posteriori" à laquelle il n'y a pas lieu d'avoir égard pour l'examen du moyen;
- à supposer que le recours à cette méthode d'évaluation aurait été à ce point évident qu'il rendait superflue toute explication y relative dans la décision du 24 septembre 2013, encore fallait-il comprendre les justifications du classement des offres au regard de chaque critère, classement nécessairement opéré avant l'attribution des notes calculées conformément à cette méthode. S'agissant du classement au regard des critères "Urbanité" et "Habitabilité", la mention de l'avis émis à cet égard par le Comité d'avis ne peut tenir lieu de motivation suffisante, dès lors, d'une part, qu'il n'a

pas été joint à la décision qui s'y réfère, et, d'autre part, que cet avis a été suivi d'un examen "prima facie" qui a contribué au classement des offres, mais dont les résultats ne sont nullement exposés;

- s'agissant du critère "Pertinence et qualité", les explications relatives au classement des offres laissent raisonnablement entendre que celles-ci étaient de même qualité. Cette appréciation semble contredite par l'attribution de notes différentes. Pareil risque de contradiction n'est pas à exclure de la motivation au regard du critère "Technique et financier", pour lequel l'offre des intervenantes est classée en première position, alors qu'elle présente, selon la décision du 24 septembre 2013, une estimation du coût de réalisation des espaces communs paraissant anormalement élevée.

Sur la base de ces constatations, la décision du 24 septembre 2013 ne paraît "prima facie" pas satisfaire à l'obligation de motivation formelle à laquelle elle est soumise.

Il s'ensuit qu'en tant qu'il invoque la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, le moyen doit être déclaré sérieux en sa première branche.

VII. PREMIER MOYEN – DEUXIEME BRANCHE

VII. 1. Thèses des parties

En sa deuxième branche, le moyen est formulé comme suit par les requérantes :

" 11. Il est de jurisprudence constante que, dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur dispose d'un ample pouvoir d'appréciation mais qu'il ne peut pas l'exercer de manière arbitraire ni violer le principe d'égalité, la loi du 29 juillet 1991 «relative à la motivation formelle des actes administratifs» et les règles qu'il s'est imposé à lui-même par le biais des documents du marché (voy., notamment, C.E., arrêts n° 213.602 du 31 mai 2011 et 155.076 du 15 février 2006).

12. En l'espèce, il ressort de la décision d'attribution du 25 octobre 2013 et de la décision du 24 septembre 2013 des fonctionnaires dirigeants que la partie adverse a décidé de négocier les conditions du marché avec un seul soumissionnaire, en l'occurrence B-Architecten, dès lors que l'offre de celui-ci se classait première au regard de l'ensemble des critères d'attribution.

Toutefois, même à considérer que l'arrêté royal du 8 janvier 1996 «relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics» (et notamment son article 122ter) (quod non) n'est pas applicable au marché concerné, la partie adverse a violé le principe d'égalité, l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993, l'article 4 de la loi du 17 juin 2013 et l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 et a commis des erreurs manifestes d'appréciation en procédant à la comparaison des offres des soumissionnaires entre elles et en décidant de ne négocier qu'avec B-Architecten au motif que l'offre de ce

soumissionnaire était la plus intéressante au regard de la comparaison des offres entre elles sur la base des critères d'attribution.

13. En effet, la première offre déposée par B-Architecten a obtenu le maximum de points au regard du critère d'attribution «technique et financier» alors que soit elle ne respectait pas des exigences du cahier spécial des charges, soit elle devait faire l'objet de modifications importantes ou n'était pas suffisamment claire ou complète pour permettre, sans examen plus poussé, sa comparaison effective avec les (premières et seules) offres déposées par les autres soumissionnaires.

Ainsi, l'article 3.2 du cahier spécial des charges indiquait que l'analyse du critère d'attribution «technique et financier» se ferait «notamment sur les résolutions de contraintes et attentes en termes de stabilité, d'étanchéité, de mode constructif, d'implantation, le caractère durable, mais également l'économie du projet prise au sens large du terme, tant en ce qui concerne le respect d'un budget donné au départ, que les circonstances dans lesquelles chacun des partenaires sera amené à contribuer au projet».

La première offre de B-Architecten a obtenu 25 points sur 25 pour ce critère d'attribution alors, notamment, que :

B-Architecten proposait, dans sa première offre, un montant de 3.588.090 EUR pour les travaux portant sur les infrastructures communes (mission 2). Le montant de ces travaux était estimé dans le cahier spécial des charges à 1.700.000 EUR, ce qui a conduit la partie adverse à indiquer, dans sa décision du 24 septembre 2013, que «l'estimation du coût de réalisation des espaces communs de B-Architecten paraît anormalement élevé». Dans cette même décision du 24 septembre 2013, la partie adverse a d'ailleurs demandé à B-Architecten de «trouver une solution pour limiter le coût de réalisation des infrastructures communes au budget annoncé de 1,7 millions d'euros» et d'indiquer «quels sont les éléments qui pourraient être supprimés ou être modifiés, tout en conservant la qualité du concept»;

- B-Architecten proposait dans sa première offre un espace de bureaux d'une superficie de 2.925 m² (mission 3). Or, comme l'indique la partie adverse dans sa décision du 24 septembre 2013, le PRAS permettait un espace de bureaux d'une superficie de maximum 1.200 m². Bien plus, la partie adverse a invité B-Architecten à «retravailler l'aménagement de l'entrepôt avec 1.200 m² de bureaux»;

- la partie adverse disposait de peu d'informations concernant les éléments de la structure de base de l'entrepôt et la sécurisation du site (mission 3);

- B-Architecten n'avait pas intégré dans sa première offre le problème de différence de niveau entre le terrain et l'entrepôt (mission 3);

- B-Architecten ne prévoyait pas, en contrariété avec le Règlement Régional d'Urbanisme, d'accès à la ferme pour les PMR (voy. le titre 4 du Règlement Régional d'Urbanisme);

- il n'était pas possible en outre de comparer la première offre de B-Architecten avec les autres offres concernant les coûts de construction du bâtiment logistique (mission 3). En effet :

- dans sa décision du 24 septembre 2013, la partie adverse a indiqué que «l'entrepôt logistique contient une série d'extras comme le skybar, l'aire de picnic, etc. dont on ne sait pas si les coûts sont compris dans le prix de base ou non, ce qui rend difficile la comparaison avec les autres offres»;

- dans sa décision du 24 septembre 2013, la partie adverse a demandé à B-Architecten si la superficie de bureaux de 2.925 m² qui était prévue dans sa première offre avait «une influence sur le coût estimé de l'entrepôt»;
- dans sa décision du 24 septembre 2013, la partie adverse a demandé à B-Architecten si le réajustement de niveau entre le terrain et l'entrepôt allait avoir «une influence sur son coût de réalisation».

En revanche la (première et seule) offre des requérantes respectait les exigences du cahier spécial des charges et ne nécessitait pas de compléments d'information, la partie adverse ne l'ayant pas interrogée après la remise de son offre. En effet, comme il ressort de la décision d'attribution du 25 octobre 2013 :

- la (première et seule) offre des requérantes prévoyait un montant de 1.739.775 EUR pour les travaux portant sur les infrastructures communes (mission 2);
- la (première et seule) offre des requérantes proposait, pour les travaux concernant la mission 3, un montant de 15.290.875 EUR (offre de base) et un montant de 15.366.675 (variante), qui sont en-deçà des estimations reprises dans le cahier spécial des charges (19.000.000 EUR pour l'offre de base et 23.000.000 EUR pour la variante);
- la (première et seule) offre des requérantes prévoyait un espace de bureaux d'une superficie de 1.200 m² (mission 3);
- la partie adverse n'a demandé aucun complément d'information aux requérantes concernant les éléments de la structure de base de l'entrepôt, l'aménagement intérieur de l'entrepôt, la différence de niveau entre le terrain et l'entrepôt, la sécurisation du site ou l'accès PMR (mission 3).

De même, l'article 3.1 du cahier spécial des charges indiquait que l'analyse du critère d'attribution «urbanité» se ferait «notamment sur l'ensemble des plus-values que le projet apporte à son environnement, les qualités architecturales et paysagères générales exemplaires du projet et son intégration dans son contexte mais également son angle social, économique, structurel (valeur programmatique, volumétrique,...), infrastructurel (qualité des circulations et de la mobilité,...) et l'impact environnemental des implantations projetées».

La première offre de B-Architecten a obtenu 30 points sur 30 pour le critère d'attribution «urbanité» alors que, dans sa décision du 24 septembre 2013, la partie adverse a constaté que «dans l'entrepôt, la plupart des fonctions publiques sont tournées vers l'intérieur e.a. les bureaux, picknick, skybar, etc (par rapport au parking sur le toit et la façade un peu fermée vers T&T). Comment ces fonctions peuvent-elles être échangées ou réaménagées ? Quel est l'impact (positif ou négatif) d'éventuelles propositions de modifications sur l'organisation logistique, sur l'aménagement général du site et sur l'accessibilité des fonctions publiques ?».

Par ailleurs, l'article 3.4 du cahier spécial des charges indiquait que l'analyse du critère «habitabilité» se ferait «notamment sur les qualités relationnelles humaines générées par le projet urbain et l'architecture, mais également de relations sociales, humaines, de confort et de bien-être, la manière dont le projet assure la qualité des espaces, la gestion des flux, la fonctionnalité».

La première offre de B-Architecten a obtenu 10 points sur 10 pour le critère «habitabilité» alors que, dans sa décision du 24 septembre 2013, la partie adverse a demandé à ce soumissionnaire des informations concernant l'aménagement intérieur de l'entrepôt («pouvez-vous nous donner plus d'information (et éventuellement une image) sur l'aménagement intérieur de l'entrepôt» ?)

En revanche, la partie adverse n'a émis aucune remarque et n'a posé aucune question aux requérantes en termes d'urbanité et d'habitabilité de leur projet.

Enfin, l'article 3.3 du cahier spécial des charges prévoyait un critère d'attribution «prix».

Or :

- la partie adverse a constaté que B-Architecten proposait des taux d'honoraires parmi les plus bas. Cependant, B-Architecten proposait des montants pour les travaux très importants (par exemple 3.558.090 EUR pour la mission 2), ce qui impliquait que les honoraires de ce soumissionnaire étaient plus élevés;
- la méthode de cotation utilisée pour ce critère d'attribution (ou les éléments qui ont été comparés dans celui-ci) a été modifiée entre l'examen des offres réalisé le 24 septembre 2013 et celui effectué le 25 octobre 2013 dès lors que sont différentes entre les deux décisions les cotes de certains soumissionnaires qui n'ont pas été invités à négocier (à noter que l'offre qui obtient le maximum de points est restée identique). Les raisons pour lesquelles les points attribués pour le critère prix, dans l'une et l'autre décision, restent obscures.

La motivation de la décision d'attribution du 25 octobre 2013 et de la décision du 24 septembre 2013 des fonctionnaires généraux ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles la première analyse des offres réalisée de manière sommaire («prima facie») par la partie adverse permettait de conclure à l'intérêt de ne négocier qu'avec B-Architecten. Elle ne permet pas, par exemple, de comprendre les raisons pour lesquelles il était intéressant de ne négocier qu'avec B-Architecten qui ne respectait pas certaines exigences fondamentales du projet et qui devait totalement revoir son offre afin, notamment, de respecter le budget de 1.700.000 EUR pour la mission 2 (au lieu d'un montant de 3.588.090 EUR proposé dans sa première offre), le budget pour la mission 3, la superficie de 1.200 m² pour l'espace de bureaux (au lieu d'une superficie de 2.925 m² dans sa première offre) et l'accès aux différentes fonctions publiques dans l'entrepôt.

Il résulte également de ce qui précède que les points attribués à B-Architecten ne sont pas en adéquation avec l'appréciation qu'a portée la partie adverse sur sa première offre.

Il ressort même des deux décisions que la manière dont la partie adverse a apprécié la qualité des premières offres déposées par l'ensemble des soumissionnaires au regard du critère d'attribution «prix» ne lui permettait pas de conclure que l'offre de B-Architecten était intéressante à négocier dès lors que la méthode de cotation de ce critère d'attribution ou les éléments qui ont été comparés dans celui-ci ne satisfaisaient pas la partie adverse qui a décidé de les modifier en cours de procédure.

14. Bien plus, il ressort en fait des deux décisions adoptées par la partie adverse que celle-ci a commis un erreur manifeste d'appréciation et a violé le principe d'égalité en estimant que l'offre de B-Architecten était la plus intéressante à négocier dès lors, notamment, que :

- le projet initial de B-Architecten proposait un espace de bureaux d'une superficie de 2.925 m² (contre 1.544 m² dans son offre finale), alors que, comme l'indiquait la partie adverse dans sa décision du 24 septembre 2013, le PRAS prévoyait un espace de bureaux d'une superficie maximale de 1.200 m² et que les projets des autres soumissionnaires proposaient une superficie de bureaux comprise entre 1.000 m² et 1.430 m²;
- les coûts des travaux de la mission 2 prévus dans la première offre (3.588.090 EUR) étaient bien supérieurs à ceux estimés par la partie adverse dans le cahier

spécial des charges (1.700.000 EUR). Il ressort d'ailleurs de la décision d'attribution que «B-Architecten a procédé à une correction dans leur estimation du coût de réalisation des espaces communs»;

- B-Architecten, qui proposait certes des taux d'honoraires bas, prévoyait en revanche des montants pour les travaux très importants (par exemple 3.558.090 EUR pour la mission 2);

- la demande de diminution des coûts pour la mission 3 formulée par la partie adverse dans sa décision du 24 septembre 2013 lui faisait craindre une diminution de la qualité des infrastructures proposées. Or, les coûts des travaux ont augmenté entre la première offre et la seconde offre de B-Architecten en raison des adaptations que B-Architecten a dû apporter au projet afin de répondre aux contraintes du cahier spécial des charges que la partie adverse a rappelées dans sa décision du 24 septembre 2013. En effet, B-Architecten obtient, pour sa seconde offre, un nombre de points inférieur à celui obtenu pour sa première offre au regard du critère «prix», qui est en lien avec le coût que représente les travaux proposés (comme l'explique la partie adverse dans sa décision du 24 septembre 2013, «au niveau du critère d'attribution Prix (25 points), pour lequel chaque soumissionnaire a proposé un taux honoraire exprimé en pourcentage appliqué à son estimation de coût de réalisation de son projet (il y a donc un lien entre le critère Prix et le critère Technique et financier, ce dernier tenant compte notamment de la surface d'entrepôt proposé par rapport au coût de réalisation dudit entrepôt)»).

15. Compte tenu de ces éléments, la motivation de la décision d'attribution du 25 octobre 2013 et de la décision du 24 septembre 2013 des fonctionnaires généraux ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles la première analyse des offres réalisée par la partie adverse permettait de conclure à l'intérêt de ne négocier qu'avec B-Architecten.

Le premier moyen est dès lors sérieux en sa deuxième branche".

Dans sa note d'observations, la partie adverse réfute cette branche du moyen dans les termes suivants :

" 33. Les parties requérantes reprochent essentiellement au Port le fait que la motivation des décisions entreprises ne leur permettrait pas de comprendre les raisons pour lesquelles la première analyse des offres réalisée conclut à l'intérêt de ne négocier qu'avec B-Architecten.

34. Il convient à cet égard de rappeler la méthode d'évaluation utilisée. Comme annoncé dans la décision du 25 octobre 2013, cette méthode est la suivante : pour attribuer les points, les offres sont classées et la première reçoit 30 points, la seconde 30 points moins un septième de 30 (4,29 points), la troisième 30 points moins deux septièmes de 30, etc. La même méthode est utilisée pour chacun des critères, chaque fois avec les rapports propres au critère en fonction du nombre de points maximum qu'il est possible d'obtenir pour le critère. Votre Conseil a déjà expressément validé ce type de méthode d'évaluation, puisqu'il a considéré que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de comparer les offres les unes par rapport aux autres, la valeur respective de chaque offre se dégageant alors de la simple mise en parallèle des évaluations qui leur ont été attribuées en fonction d'un référentiel commun.

Cette technique, qui est un mode d'évaluation comme un autre, a la particularité que le premier classé obtient le maximum de points, même si son offre présente éventuellement l'une ou l'autre lacune.

Ainsi, pour le premier critère d'attribution, «Urbanité», chaque offre a été analysée avec beaucoup d'attention sur ses points positifs et négatifs, mais il a été décidé que B-Architecten serait classé premier. Du fait de la méthode d'évaluation choisie, il a obtenu le maximum de points pour ce critère.

35. Dans son analyse de la décision entreprise, les parties requérantes font fi de ce que les offres ont chacune été appréciées sur les différents critères d'attribution avant qu'une décision préalable de ne négocier qu'avec B-Architecten ne soit prise.

Ce n'est qu'une fois que cette décision préalable a été prise que la négociation a été entamée.

Par conséquent, il est normal que des questions aient été posées à B-Architecten.

Si la partie requérante avait été choisie pour les négociations, il est certain, au vu des critiques émises à l'égard de son offre par le comité d'avis du 20 septembre 2013, qu'un certain nombre de questions lui auraient également été posées, relevant de la sorte d'autres points négatifs de son offre. Cela ne s'est toutefois pas produit vis-à-vis des requérantes, puisque leur offre a été, dans un premier temps, classée en troisième position.

Il ne peut donc pas être déduit des questions qui ont été posées à B-Architecten que son offre comportait plus de lacunes que l'offre de la partie requérante, puisque ce n'est pas sur les différents points repris dans les questions à poser à B-Architecten que les offres ont été comparées.

Par ailleurs, dans la mesure où la procédure suivie est une négociée avec publicité, le Port dispose d'un large pouvoir d'appréciation et il ne pourrait être question d'une quelconque irrégularité de l'offre de B-Architecten. Selon une jurisprudence constante de Votre Conseil, les questions de régularité des offres ne s'appliquent à un marché passé par procédure négociée que si le pouvoir adjudicateur a décidé de rendre les articles y relatifs applicables au marché, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

36. Quoi qu'il en soit, concernant l'essentiel des différents points qui ont suscité une question à B-Architecten, il a très rapidement été établi que l'offre de B-Architecten répondait au prescrit du cahier des charges.

Ainsi, particulièrement par rapport au montant initial de l'offre de B-Architecten, les montants qui se trouvaient dans le cahier des charges étaient indicatifs et non contraignants, comme cela est clairement indiqué en page 9 du cahier spécial des charges [...].

D'autre part, il est apparu que le montant des travaux prévus par B-Architecten était particulièrement élevé parce qu'il avait intégré dans son offre des travaux de voiries qui ne font pas partie du marché. Sur le schéma d'implantation repris à l'annexe 1 du cahier spécial des charges, la voirie dont B-Architecten a erronément tenu compte se situe juste au-dessus des rectangles orange et rouge. Le Port a donc rectifié l'offre de B-Architecten et il ne s'agissait donc pas d'un prix anormal au sens de la réglementation «marchés publics».

Concernant la question de l'espace de bureau, il est apparu in fine qu'il ne ressortait pas des exigences du PRAS que la superficie des bureaux devait se limiter à 1.200 m², mais qu'il s'agit uniquement d'un usage.

Il est également apparu lors de la discussion avec B-Architecten que ce dernier avait intégré dans son coût de construction les frais de sécurisation et de lumières et le problème de différence de niveau.

B-Architecten prévoyait enfin un accès PMR par la rampe qui permet d'accéder au parking sur le toit, lequel n'a pas été perçu directement par le Port.

37. Le Port de Bruxelles n'a par conséquent pas fait d'erreur manifeste d'appréciation ni violé le principe d'égalité.

Le moyen en sa deuxième branche doit donc être rejeté pour défaut de sérieux".

Dans leur requête, les intervenantes exposent ce qui suit :

- " 21. Dans la deuxième branche du premier moyen, les parties requérantes critiquent la manière dont la partie adverse a attribué les points aux soumissionnaires. Elles estiment que le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation et violé le principe d'égalité dès lors que la motivation de la décision d'attribution du 25 octobre 2013 et de la décision du 24 septembre 2013 ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a décidé de ne négocier qu'avec les parties requérantes en intervention.

Le raisonnement opéré par les parties requérantes est erroné en fait et en droit.

22. Tout d'abord, il convient de rappeler que ce n'est que la décision d'attribution du 25 octobre 2013 qui est soumise à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Comme exposé ci-dessus, la «décision» du 24 septembre 2013 n'est qu'un acte préparatoire à la décision d'attribution qui n'est pas soumise aux exigences de cette loi (ni, d'ailleurs, aux exigences de l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 qui ne classe ni la décision d'exclure certains soumissionnaires des négociations ni la décision de négocier qu'avec un seul soumissionnaire parmi les décisions qui doivent être explicitement motivées).

Ensuite, votre Conseil a déjà rappelé dans son arrêt n° 155.076 que :

«Considérant que, dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur est libre de choisir, parmi les entreprises qui auront manifesté leur intérêt, celles qu'il consultera et il jouit, dans cette consultation dépourvue de tout formalisme, de la même liberté que les particuliers, et notamment de celle de négocier avec tous ou certains, voire un seul des candidats; que, toutefois, le pouvoir largement discrétionnaire dont dispose l'autorité dans le cadre d'une procédure négociée ne peut s'exercer arbitrairement; que, notamment, elle est tenue de respecter les exigences de la loi du 29 juillet 1991 précitée; que, par ailleurs, afin d'apprécier la légalité de l'acte attaqué au regard de la loi du 29 juillet 1991 précitée, il y a lieu de n'avoir égard qu'aux motifs exprimés dans l'acte lui-même; que des développements relatifs à des critères d'attribution du marché ou à des qualités de telle ou telle offre, contenus dans les écrits de procédure, constituent une motivation a posteriori de l'acte attaqué et ne peuvent être retenus» [...].

Ce raisonnement avait déjà été validé dans un autre arrêt de votre Conseil, lequel précisait que

«Le marché public est dit "procédure négociée" lorsque le pouvoir adjudicateur consulte plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux; que dans le cadre d'une telle procédure négociée, le pouvoir adjudicateur est libre de choisir, parmi les entreprises qui auront manifesté leur intérêt, celles qu'il consultera et il jouit, dans cette consultation dépourvue de tout formalisme, de la même liberté que les particuliers, et notamment de celle de négocier avec tous ou certains, voire un seul des candidats; que toutefois, le pouvoir largement discrétionnaire dont dispose l'autorité dans le cadre d'une procédure négociée ne peut s'exercer arbitrairement» [...].

23. L'article 2.2 du Cahier Spécial des Charges précise que «S'agissant d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne pas négocier ou de négocier avec tout ou partie des candidats ayant remis offre». Cette disposition, bien connue des parties requérantes, apparaît clairement dans le Cahier Spécial des Charges et ne porte pas atteinte au principe d'égalité de traitement.

Conformément aux critères énoncés dans le Cahier Spécial des Charges, la partie adverse a examiné les offres des soumissionnaires et a classé, sur base d'une première évaluation des critères d'attribution, l'offre de B-Architekten et son équipe en première position. Cette évaluation est reprise et expliquée dans une note interne du service juridique à la direction qui est jointe, en toute transparence, à la décision d'attribution.

Les parties requérantes prétendent, en vain, que la note interne du 24 septembre 2013, qui fût notifiée aux soumissionnaires évincés comme une annexe à la décision d'attribution, devrait être considérée comme une décision attaquable devant votre Conseil, c'est-à-dire qu'elle doit répondre aux articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 ou l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 (Votre Conseil constatera d'ailleurs que les parties requérantes semblent, en réalité, vouloir prétendre que cette note interne du 24 [septembre 2013] leur permettrait même de faire totalement abstraction des motifs contenus dans la décision d'attribution pour juger de la légalité de cette décision).

La partie adverse pouvait donc, après une première analyse des offres, décidé de poursuivre les négociations avec B-Architekten et son équipe et de poser une série de questions portant à la réalisation du projet.

Les modifications qui ont été apportées par les parties requérantes en intervention à leur offre lors de la négociation avec la partie adverse sont tout à fait légitimes et justifiées dès lors qu'à l'issue du premier examen, les parties requérantes en intervention se classaient en première position.

24. La partie adverse pouvait rencontrer les exigences posées par les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 ou de l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 dans la décision d'attribution et le rapport d'attribution annexée à cette décision. En effet, dans ce rapport d'attribution, la partie adverse explique en détail comment les offres de tous les soumissionnaires, y compris celle des parties requérantes, ont été jugées à l'aune des critères d'attribution. Elle y explique que des négociations ont eu lieu avec les parties requérantes en intervention et quel a été l'objet ainsi que le résultat de ces négociations (le rapport annexé à la décision d'attribution mentionne, par exemple, explicitement l'impact du résultat des négociations sur le critère d'attribution «prix» ou se réfère au fait que les parties requérantes en intervention ont procédé, dans le cadre des négociations qui ont été menées, «à une correction dans leur estimation du coût de réalisation des espaces communs»).

25. Les allégations des parties requérantes relatives à l'offre soumise par les parties requérantes en intervention et les points obtenus par celles-ci sont, dès lors, dénuées de fondement. Dans un courriel du 1^{er} octobre 2013, les parties requérantes en intervention apportaient des précisions aux questions posées par la partie adverse [...].

- Le montant de 3.588.090 euros a été revu au montant de 1.961.511,20 euros par les parties requérantes en intervention suite à la première question posée par la partie adverse dans la note interne du 24 septembre 2013 : «Comment arriver à une estimation de 3.588.090 € pour la réalisation de la mission 2? Les superficies que vous indiquez sont très grandes (14.000 m² pour la route centrale et 15.500 m² pour la route commerciale). Est-ce que ces superficies sont exactes? Si c'est le cas, pouvez-vous trouver une solution pour limiter le coût de réalisation des infrastructures communes au budget annoncé de 1,7 millions d'euros? Par partie, est-il possible d'indiquer ce qui est strictement nécessaire et ce qui est optionnel?

Quels sont les éléments qui pourraient être supprimés ou être modifiés, tout en conservant la qualité du concept?»

Les parties requérantes en intervention avaient, en effet, prévu dans, dans leur projet initial, des infrastructures communes trop importantes par rapport à ce qui était visé par le pouvoir adjudicateur. A la question portant sur le coût de réalisation, elles ont donc logiquement répondu qu'il était possible de réviser aisément à la baisse les surfaces de la zone industrielle et commerciale des infrastructures communes, comme indiqué sur ce schéma en orange (le schéma de gauche étant la première proposition des parties requérantes en intervention et le schéma de droite, celle qui était le résultat des négociations entre les parties) :

[...]

Traduction libre du texte en néerlandais en haut du schéma :

ESTIMATION SOUMISE		PORT DE BRUXELLES – Estimation révisée des espaces communs – 1 ^{er} octobre 2013		
Zone d'industrie	14.000 m ²	1.506.395	ca. 4.544 m ²	864.910,20
Zone commerciale	15.500 m ²	1.539.175	ca. 4.575 m ²	566.923,50
Zone de parking	7.300 m ²	542.520	ca. 8.823 m ²	529.677,50
		3.588.090	ca. 17.942 m ²	1.961.511,20

Cette modification simple du projet initial des parties requérantes en intervention avait, de toute évidence, pour conséquence que le coût des infrastructures communes diminuait également de façon proportionnelle, ce qui avait pour conséquence que le budget du projet proposé était, sur ce point, largement en phase avec les propositions faites par les autres soumissionnaires.

- A la deuxième question posée par le pouvoir adjudicateur aux parties requérantes en intervention («L'entrepôt logistique contient une série d'extras comme le skybar, l'aire de picknick, etc. dont on ne sait pas si les coûts sont compris dans le prix de base ou non, ce qui rend difficile la comparaison avec les autres offres. Pour quels éléments la structure de base est-elle prévue en vue de permettre leur réalisation ultérieure?»), celles-ci répondaient que le toit et la finition pour le parking étaient compris dans le prix de base, mais que la mise en place effective de la ferme (les pots de plantes, les serres et éventuels pavillons) devait être discutée avec le concessionnaire.

- Les parties requérantes en intervention ont répondu à la troisième question relative à l'aménagement intérieur de l'entrepôt.

- La partie adverse a également interrogé les parties requérantes en intervention sur l'espace prévu pour le bureau : «Pouvez-vous retravailler l'aménagement de l'entrepôt avec 1.200 m² de bureaux? Y a-t-il une influence sur le coût estimé de l'entrepôt?». Cette question fait l'objet d'une critique de la part des parties requérantes à la page 16 de leur recours. Les parties requérantes en intervention ont répondu qu'il était tout à fait possible de réduire la surface des bureaux. Il a ainsi été prévu de réduire le nombre d'étages des bureaux, passant de 3 à 2 niveaux.

- La partie adverse a aussi posé la question suivante : «Pouvez-vous nous donner des indications sur la sécurisation du site? Comment la voyez-vous (clôture, etc.)? Pour quel prix?». A cela, les parties requérantes en intervention ont répondu qu'une clôture, les détecteurs de fumée ainsi qu'un éclairage et des caméras de surveillance tous les 30 mètres étaient prévus dans son projet.

- Dans la sixième question posée par la partie adverse et également critiquée par les parties requérantes à la page 16 de leur recours, les parties requérantes en intervention ont répondu qu'il existait effectivement un dénivellement de 4 mètres (environ 1 %) qui s'expliquait que le côté près de l'Avenue du Port était plus faible et que pour l'infrastructure, cette différence de terrain ne posait pas de problème. Les parties requérantes en intervention précisaient qu'il n'était pas nécessaire de modifier tout le plan, mais qu'il serait utile de réduire la pente.

- La partie adverse constatait aussi que dans l'entrepôt, la plupart des fonctions publiques étaient tournées vers l'intérieur. Elle posait donc la question suivante : «Comment ces fonctions peuvent-elles être inchangées ou réaménagées? Quel est l'impact (positif ou négatif) d'éventuelles propositions de modifications sur l'organisation logistique, sur l'aménagement général du site et sur l'accessibilité des fonctions publiques?». A cela, les parties requérantes en intervention ont répondu que, étant donné que toutes les facilités (ferme, parking, bureaux) du bâtiment logistique se trouvaient sur un toit plat, plusieurs scénarii étaient possibles.

- La partie adverse posait une huitième question sur l'éclairage de l'entrepôt. A cela, les parties requérantes en intervention répondaient que la lumière du jour devait être préférée mais qu'il était envisageable de mettre en place la lumière artificielle, mais pas des détecteurs de mouvements pour éviter une trop grande consommation d'énergie. Pour l'entrepôt, les parties requérantes en intervention prévoyaient également un système intelligent de lumière.

- Enfin, à la dernière question posée par la partie adverse relative à l'accès pour les PMR à la ferme urbaine prévue par les parties requérantes en intervention, les parties requérantes en intervention ont répondu qu'il existait un ascenseur dans le hall central et que le toit était également accessible par le parking du bâtiment.

Puisque «négociateur» implique d'ajuster une demande et des réponses à des questions qui ont été posées, la négociation a donc permis aux parties requérantes en intervention et à la partie adverse de préciser le projet et au pouvoir adjudicateur de porter un jugement définitif sur l'offre des parties requérantes en intervention.

26. Si la partie adverse n'a pas posé de questions ou formulé aucune remarque aux parties requérantes, c'est qu'elle a estimé que les offres n'étaient pas, sur base d'une première analyse, aussi intéressantes que celle introduite par les parties requérantes en intervention. Il n'apparaît pas du dossier administratif que la partie adverse se serait fondée sur des motifs inexacts ou inadéquats ou qu'elle aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en négociant et en attribuant le marché aux parties requérantes en intervention. Ce n'est que si les décisions attaquées sont entachées d'une erreur manifeste d'appréciation qu'il appartient à votre Conseil de les censurer.

Au contraire, en l'espèce, les évaluations des offres, telles qu'elles se trouvent dans la décision d'attribution, sont minutieuses, cohérentes et motivées. De plus, les motifs justifiant l'attribution du marché aux parties requérantes en intervention sont clairs et pertinents.

Il résulte de l'examen de la deuxième branche, que le projet primé n'est pas entaché d'irrégularités que les parties requérantes lui imputent, et que la partie adverse n'a ni commis d'erreur manifeste d'appréciation ni méconnu le principe d'égalité.

Partant, en sa deuxième branche, le moyen n'est pas sérieux".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Pour satisfaire à l'obligation de motivation formelle, la décision du 24 septembre 2013 devait permettre de comprendre les raisons pour lesquelles, au stade de l'examen des offres auquel elle était arrivée à cette date, la partie adverse a décidé de ne continuer à négocier que la seule offre des intervenantes, renonçant, en conséquence, à négocier avec les autres soumissionnaires.

Cette exigence s'imposait d'autant plus en l'espèce, qu'à la date d'adoption de cette décision, de nombreuses interrogations subsistaient, relatives non seulement à l'offre des intervenantes, ainsi que cela ressort des termes de cette décision, mais également à d'autres offres, telle celle des requérantes, ainsi que cela ressort clairement de la note d'observations déposée par la partie adverse.

Les termes de la décision du 24 septembre 2013, auxquels il y a lieu de se tenir, ne permettent manifestement pas de comprendre ce choix.

Pour cette raison, et toujours en tant qu'il invoque la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, le moyen doit être déclaré sérieux en sa deuxième branche.

VIII. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne fait état d'aucun élément imposant de constater que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision d'attribution attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

IX. CONFIDENTIALITE

Les requérantes demandent que soit maintenue la confidentialité de leur offre, ainsi que du plan qu'elles ont transmis en réponse au courriel du 19 septembre 2013 de la partie adverse, pièces 1 et 2 de la partie confidentielle de leur dossier de pièces.

La partie adverse souhaite garder la confidentialité des pièces 15, 16, 17 et 18, versées au dossier administratif.

Les intervenantes demandent que leur offre, pièce 1 de la partie confidentielle de leur dossier de pièces, soit également soustraite à la consultation des parties.

Dès lors 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,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme B-ARCHITECTEN, la société de droit néerlandais KARRES & BRANDS LANDSCHAPSARCHITECTEN et la société privée à responsabilité limitée WIELFAERT ARCHITECTEN dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision prise par la société régionale du Port de Bruxelles le 25 octobre 2013 attribuant "à B-Architecten et son équipe" le marché intitulé "Aménagement d'une zone d'activités portuaires sur le terrain adjacent au centre TIR – Mission d'auteur de projet – urbanisation et viabilisation du site, construction d'un bâtiment logistique".

Article 3.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Les pièces 1 et 2 de la partie confidentielle du dossier de pièces des requérantes, les pièces 15, 16, 17 et 18 du dossier administratif ainsi que la pièce 1 de la partie confidentielle du dossier de pièces des parties intervenantes sont, à ce stade de la procédure, soustraites à la consultation des parties.

Article 6.

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.

Article 7.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
neuf décembre deux mille treize par :

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.