CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 226.597 du 3 mars 2014

G./A.211.241/VI-20.126

En cause : **1. la société privée à responsabilité limitée ARCHITECTURE DESIGN ENVIRONNEMENT, SOCIETE INTERPROFESSIONNELLE D'ARCHITECTURES STRYCKMAN MARC,**
en abrégé A.D.E.,
2. la société privée à responsabilité limitée BRU-ARCH ATELIER D'ARCHITECTURE DE BRUXELLES,
3. la société privée à responsabilité limitée ATELIER D'ARCHITECTURE PHILIPPE DULIERE,
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,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL, Eric GILLET et
Valentine de FRANCQUEN, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 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 unique introduite le 6 janvier 2014, 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 BRU-ARCH ATELIER D'ARCHITECTURE DE BRUXELLES, la société privée à responsabilité limitée ATELIER D'ARCHITECTURE PHILIPPE DULIERE, la société privée à responsabilité limitée SCENILUM et la société anonyme ARCADIS BELGIUM sollicitent l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du Conseil d'administration de la Société régionale du Port de Bruxelles du 20 décembre 2013 d'attribuer «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»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 7 janvier 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 24 février 2014 à 10 heures 30.

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

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 30 janvier 2014, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la présente procédure.

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, Me Valentine de FRANCQUEN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Dodo CHOCHITAICHVILI, loco Me Barteld SCHUTYSER, avocat, comparaissant pour les 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 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 […] :
«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. […].

8. Après une analyse complète et approfondie des offres, le rapport d'attribution […] 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. Le Conseil d'Administration du Port de Bruxelles décida, en séance du 25 octobre 2013, d'attribuer le marché à B-Architecten […].
La décision fut notifiée aux soumissionnaires non retenus en date du 25 octobre 2013 […].

10. La partie requérante introduisit une requête en suspension devant la section administrative du Conseil d'Etat le 12 novembre 2013.
Le 9 décembre 2013, le Conseil d'État rendit son arrêt par lequel il ordonna la suspension de la décision du Conseil d'Administration du 25 octobre 2013. Le Conseil d'Etat estima que la décision du 24 septembre 2013 ne paraissait pas «prima facie» satisfaire l'obligation de motivation formelle à laquelle elle était soumise.

11. Le 17 décembre 2013, les fonctionnaires dirigeants décidèrent de retirer la décision du 24 décembre 2013 de poursuivre les négociations avec B-Architecten et, dans le cadre de cette négociation, de lui poser certaines questions.
Un nouveau rapport d'attribution fut rédigé […], lequel termina son analyse comme suit :

Equipes	Critères					Total	Clas.
	Urbanité	Technique et financier	Prix	Habitabilité	Pertinence et qualité		
Modulo	25,71	25,00	16,99	8,57	10,00	86,27	3
AgenceTer	17,14	21,43	25,00	8,57	7,00	79,14	5
Aupa	21,43	21,43	18,35	8,57	10,00	79,78	4
B-Architecten	30,00	25,00	18,63	10,00	8,00	91,63	1
CompagnieO	25,71	17,86	13,83	7,14	8,00	72,54	6
ADE	25,71	25,00	22,66	8,57	7,00	88,94	2
Tetra	17,14	21,43	13,65	8,57	10,00	70,79	7

12. Par décision du 20 décembre 2013, le Conseil d'Administration du Port de Bruxelles décida de retirer la décision d'attribution du 25 octobre 2013 et d'attribuer le marché à B-Architecten et son équipe – il s'agit de l'acte attaqué […].
La décision fut notifiée aux soumissionnaires non retenus en date du 20 décembre 2013 […]".

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 30 janvier 2014, la société anonyme B-ARCHITECTEN, la société de droit néerlandais KARRES & BRANDS LANDSCHAPSARCHITECTEN et la société privée à responsabilité limitée WIELFAERT ARCHITECTEN ont demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes. En tant qu'attributaires du marché public litigieux, elles ont un intérêt à intervenir dans la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes soulèvent un deuxième moyen, pris "de la violation de l'autorité de chose jugée de l'arrêt n° 225.751 du 9 décembre 2013 du Conseil d'Etat,

des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe d'égalité entre les soumissionnaires, du principe de transparence dans les marchés publics, de l'article 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 général de droit selon lequel les motifs doivent être admissibles, pertinents et adéquats, du vice des motifs, de la contradiction entre les motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elles le formulent comme suit:

" 19. En ce que la partie adverse a attribué le marché à B-Architecten qui a remis une offre qui suscitait de nombreuses interrogations, sans toutefois résoudre ces questions au préalable.
Alors qu'un pouvoir adjudicateur ne peut procéder à l'attribution du marché que si les offres qui ont été déposées sont suffisamment claires et complètes pour permettre de les comparer de manière effective et objective.

20. Dans le cadre du recours en suspension d'extrême urgence introduit contre la décision du 25 octobre 2013, les requérantes soutenaient, pour l'essentiel, dans la deuxième branche de leur premier moyen, que la motivation de la décision d'attribution (qui se référait entre autres à la décision des fonctionnaires dirigeants du 24 septembre 2013) ne permettait pas de comprendre les raisons pour lesquelles, au stade de l'examen des offres auquel la partie adverse était arrivée à la date du 24 septembre 2013, celle-ci avait décidé de ne continuer à négocier que la seule offre de B-Architecten (déposée le 12 septembre 2013).
Par son arrêt n° 225.751 du 9 décembre 2013, le Conseil d'Etat a estimé que le moyen, en tant qu'il invoquait la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, était sérieux dans la mesure où «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». L'arrêt indique également que l'exigence de motivation 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 déposées par la partie adverse».

21. Par une décision du 20 décembre 2013, la partie adverse a retiré, «compte tenu de l'arrêt prononcé par le Conseil d'Etat», la décision des fonctionnaires dirigeants du 24 septembre 2013 et la décision d'attribution qu'elle avait adoptée le 25 octobre 2013.
La partie adverse indique, dans sa décision du 20 décembre 2013, qu'elle s'est replacée à la veille de l'illégalité constatée par le Conseil d'Etat (c'est-à-dire à la veille de l'adoption de la décision des fonctionnaires dirigeants du 24 septembre 2013) et qu'elle a procédé à une nouvelle comparaison des offres entre elles, «sans tenir compte des précisions apportées par B-Architecten dans le cadre des négociations qui ont eu lieu».

22. Il ressort de la décision du 20 décembre 2013 que la partie adverse a attribué le marché à B-Architecten, sans procéder à une phase de négociation des offres et, surtout, sans poser aux soumissionnaires des questions concernant leurs offres.
La décision du 20 décembre 2013 indique en effet que :

«Considérant que l'arrêt précité juge que la décision du 24 septembre 2013 de négocier avec un seul soumissionnaire (B-Architecten) n'était pas suffisamment motivée et ne permettait pas de comprendre pourquoi le Port considérait déjà à ce moment-là l'offre de B-Architecten comme la meilleure.
Considérant qu'il échet par conséquent de se replacer à la veille de l'illégalité constatée par le Conseil d'Etat ; Que rien n'empêche de procéder à une analyse des offres telles que reçues, sans tenir compte des précisions apportées par B-Architecten dans le cadre des négociations qui ont eu lieu; Qu'il n'est en effet pas obligatoire de négocier dans le cadre d'une procédure négociée; Que plus particulièrement, en l'espèce, la négociation menée avec B-Architecten avait pour objet d'obtenir certains éclaircissements et quelques informations complémentaires sur son offre; Que cette négociation n'était toutefois nullement indispensable; Que l'offre initiale déposée par B-Architecten contient toutes les informations utiles à sa comparaison effective et objective aux autres offres déposées».

23. Or, la partie adverse n'a pas pu, sans violer les principes et dispositions visés au moyen, et en particulier le principe d'égalité, décider d'attribuer le marché à B-Architecten en comparant, avec les autres offres, l'offre de ce soumissionnaire qui présentait, comme l'a jugé le Conseil d'Etat par son arrêt n° 225.751 du 9 décembre 2013, «de nombreuses interrogations» à ce stade de son examen. Contrairement à ce que la décision du 20 décembre 2013 indique, l'offre initiale déposée par B-Architeten ne contient pas «toutes les informations utiles à sa comparaison effective et objective aux autres offres déposées» et la partie adverse n'a pas simplement demandé à B-Architecten, par son courrier du 24 septembre 2013, «certains éclaircissements et quelques informations complémentaires sur son offre» qui n'étaient pas indispensables pour procéder à la comparaison des offres entre elles.
En effet, les questions que se posait la partie adverse concernant l'offre de B-Architecten portaient sur des éléments essentiels du projet et la partie adverse devait obtenir des réponses à ces questions avant de pouvoir comparer de manière effective et objective l'offre de B-Architecten avec les autres offres. Dans sa note d'observations déposée dans le cadre de la première procédure, la partie adverse indiquait d'ailleurs que l'offre de B-Architecten comportait des «lacunes» (voy. p. 26). Il ressort surtout du courrier du 24 septembre 2013 que les interrogations qu'avait la partie adverse concernant l'offre de B-Architecten «rend[aient] difficile la comparaison avec les autres offres».
Ainsi, la décision du 20 décembre 2013 contient des motifs déterminants qui sont contredits par le dossier administratif et (comme l'a relevé le Conseil d'Etat dans son arrêt n° 225.751 du 9 décembre 2013) par ce que la partie adverse écrivait dans sa note d'observations de la première procédure :
(i) L'offre de B-Architecten obtient 10 points sur 10 pour le critère «habitabilité» alors que, dans sa décision du 24 septembre 2013, la partie adverse admettait qu'elle ne disposait pas de suffisamment d'informations pour apprécier cet élément du projet de B-Architecten («pouvez-vous nous donner plus d'information (et éventuellement une image) sur l'aménagement intérieur de l'entrepôt» ?). Il convient de noter à cet égard que la motivation des points accordés à B-Architecten pour ce critère d'attribution est identique à celle reprise dans la décision d'attribution du 25 octobre 2012 qui concernait l'offre que ce soumissionnaire a pu améliorer dans le cadre de la négociation.
(ii)L'offre de B-Architecten a été comparée avec les autres offres alors qu'il ressort de la décision du 24 septembre 2013 qu'elle présente des incertitudes quant aux éléments qui composent les coûts de construction des différents bâtiments :
- concernant le bâtiment logistique, la partie adverse demandait à B-Architecten :
o quel était le prix de base de l'entrepôt («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»);

o si le réajustement de niveau entre le terrain et l'entrepôt, qui n'était pas pris en considération dans l'offre de B-Architecten, allait avoir «une influence sur son coût de réalisation»;
- la partie adverse demandait à B-Architecten des explications concernant les infrastructures communes dès lors que le montant de 3.558.090 EUR était très nettement supérieur au montant estimé par le cahier spécial des charges (1.700.000 EUR) et que les superficies prévues dans l'offre paraissaient très grandes («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 ?»);
- la partie adverse demandait à B-Architecten quel serait le prix de la sécurisation du site («pouvez-vous nous donner des indications sur la sécurisation du site ? Comment la voyez-vous (clôture, etc.) ? Pour quel prix ?»).

La partie adverse se devait d'autant plus d'interroger B-Architecten sur ce qui était effectivement compris dans les coûts de construction des différents bâtiments dès lors que :
- comme indiqué dans le rapport d'attribution, les coûts de réalisation des bâtiments, et plus particulièrement des espaces communs, sont élevés pour le projet de B-Architecten (qui a néanmoins obtenu un score de 25 points sur 25 pour le critère «technique et financier» alors que le montant proposé par B-Architecten pour la réalisation des espaces communs représente le double du montant estimé dans le cahier spécial des charges);
- le coût de réalisation des bâtiments a un impact sur le critère prix (les points sont en effet attribués pour ce critère d'attribution en fonction de l'estimation des coûts de réalisation du projet) et que l'écart de points entre l'offre de B-Architecten et celle des requérantes n'est que de 2,69 sur 100.

Compte tenu de ce qui précède, la motivation de la décision attaquée est dès lors inadéquate et inexacte.

24. Il découle de ce qui précède que la partie adverse n'a pas pu, sans violer les principes et dispositions visés au moyen, décider d'attribuer le marché à B-Architecten qui a remis une offre qui n'était pas suffisamment claire ou complète pour permettre, sans examen plus poussé, sa comparaison effective avec les offres déposées par les autres soumissionnaires.
Le deuxième moyen est dès lors sérieux et fondé".

B. Note d'observations

La partie adverse répond au moyen dans les termes suivants:

" 24. A titre principal, la partie adverse entend démontrer qu'elle n'avait aucune obligation d'interroger les soumissionnaires respectifs, dès lors qu'elle estimait pouvoir procéder à la comparaison des offres sans information complémentaire.
Rappelons que le marché a été passé par procédure négociée avec publicité. Dans le cadre de ce type de procédure, le pouvoir adjudicateur dispose d'un grand pouvoir d'appréciation et n'est absolument pas tenu de négocier entre les différents soumissionnaires.
Par ailleurs, en choisissant de ne négocier avec aucun des soumissionnaires, la partie adverse respecte avec évidence la nécessité de respect de l'égalité entre les différents soumissionnaires.

25. Aucune disposition relative aux marchés publics ne se penche sur la question de la régularité des offres ni sur la possibilité ou obligation d'interroger les soumissionnaires en procédure négociée.
Si l'on veut faire un parallèle avec les dispositions applicables en adjudication ou appel d'offres, lesquelles dispositions ne sont toutefois pas applicables au cas présent, l'article 98, § 2 de l'Arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux consacre le principe du pouvoir d'appréciation laissé au pouvoir adjudicateur quant à la régularité et la complétude des offres qui lui sont soumises.
Cet article dispose ce qu'il suit :
«§ 2. Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 77, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité.»
Cette disposition doit être complétée par l'article 103, alinéa 6 du même arrêté royal, qui dispose ce qu'il suit :
«Le pouvoir adjudicateur ne prend contact avec les soumissionnaires que pour faire préciser ou compléter la teneur de leur offre.»
Cette disposition limite en effet le pouvoir adjudicateur quant aux questions qu'il peut poser aux soumissionnaires, mais il ne l'oblige en rien à prendre contact avec ceux-ci.
Dans un arrêt n° 176.827 du 14 novembre 2007, Votre Conseil a jugé que :
«la procédure prévue à l'article 110, § 3, visé au moyen ne trouve à s'appliquer que dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur considère que certains prix unitaires ou globaux contenus dans une offre paraissent anormaux; que l'on ne peut y assimiler le cas tout différent de postes d'un bordereau de soumission pour lesquels aucun prix unitaire n'a été remis par un soumissionnaire, hypothèse par ailleurs réglée par l'article 112, § 4, du même arrêté; que la régularité d'une offre s'apprécie en principe sur la base de l'offre elle-même, c'est-à-dire des éléments que le soumissionnaire y a consignés, le pouvoir adjudicateur n'ayant aucune obligation sur ce point de prendre contact avec le ou les soumissionnaires concernés pour obtenir des explications complémentaires; […]» […].
Si cette jurisprudence n'a pas été rendue dans la matière des secteurs spéciaux, ni dans le cadre d'une procédure négociée, elle établit néanmoins clairement le principe général selon lequel le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de prendre contact avec les soumissionnaires pour obtenir des compléments d'information sur leur offre.
Cette jurisprudence est confirmée dans un arrêt n° 207.981 du 7 octobre 2010. La doctrine interprète cet arrêt dans le sens où «l'invitation à adresser à un soumissionnaire en vue de préciser ou de compléter son offre constitue dans le chef du pouvoir adjudicateur une simple faculté».
Il résulte de la réglementation, de la jurisprudence et la doctrine présentées ci-dessus que le Port de Bruxelles n'avait aucune obligation de prendre contact avec les soumissionnaires pour obtenir des informations complémentaires sur les offres qu'ils ont remises.

26. A titre subsidiaire, le Port de Bruxelles a estimé qu'il ne devait pas interroger les soumissionnaires, car les interrogations relevées ne l'empêchaient pas de comparer les offres déposées.
En l'espèce, l'arrêt n° 225.751 du 9 décembre 2013, en vertu duquel les requérantes invoquent la violation de l'autorité de chose jugée, ne peut être interprété comme obligeant le pouvoir adjudicateur à demander aux soumissionnaires un complément d'informations sur l'offre qu'ils ont déposée.
Dans cet arrêt, votre Conseil s'exprime en ces termes :
«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 la 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».
Il convient de rappeler que cet arrêt a été rendu dans un contexte tout à fait différent puisque dans une situation où il avait été décidé de ne négocier qu'avec un seul des soumissionnaires alors que dans le cas présent, il a été décidé de ne négocier avec aucun des soumissionnaires.
Par ailleurs, l'interprétation qu'il y a lieu d'en donner révèle qu'un pouvoir adjudicateur peut décider de prendre une décision, en l'espèce attribuer un marché à l'un des soumissionnaires, même lorsque des interrogations restent en suspens, pour autant qu'il motive adéquatement cette décision.
Or, en l'espèce, la décision d'attribution litigieuse est correctement motivée étant donné qu'elle expose les raisons pour lesquelles le marché est attribué à B-Architecten, sans qu'il soit nécessaire d'interroger les soumissionnaires pour obtenir des informations complémentaires. La partie adverse s'est exprimée en ces termes :
«Considérant qu'il échet par conséquent de se replacer la veille de l'illégalité constatée par le Conseil d'Etat; Que rien n'empêche de procéder à une analyse des offres telles que reçues, sans tenir compte des précisions apportées par B-Architecten dans le cadre des négociations qui ont eu lieu; Qu'il n'est en effet pas obligatoire de négocier dans le cadre d'une procédure négociée; Que plus particulièrement, en l'espèce, la négociation menée avec B-Architecten avait pour objet d'obtenir certains éclaircissements et quelques informations complémentaires sur son offre; Que cette négociation n'était toutefois pas indispensable; Que l'offre initiale déposée par B-Architecten contient toutes les informations utiles à sa comparaison effective et objective aux autres offres déposées;».
Cette décision évoque clairement le fait que la comparaison des offres ne nécessite pas d'informations complémentaires, mais qu'elle peut être faite sur base des offres remises en l'état par les soumissionnaires.
En outre, la décision prise par le pouvoir adjudicateur renvoie clairement vers le rapport d'attribution qu'il fait sien, rapport qui a été élaboré à nouveau après le retrait de la première décision et communiqué aux soumissionnaires. Il contient l'appréciation, pour chaque critère, des offres de tous les soumissionnaires et permet de comprendre les raisons pour lesquelles le marché a été attribué à B-Architecten.

27. Par ailleurs, et à titre infiniment subsidiaire, les questions qui ont été posées dans le cadre de la négociation intervenue avant la suspension du Conseil d'Etat ne portaient pas sur des éléments substantiels de l'offre de B-Architecten.
Une première question portait sur l'aménagement intérieur de l'entrepôt logistique et visait essentiellement à obtenir une vision 3D de l'intérieur dudit entrepôt. Cependant, les plans fournis par B-Architecten dans son offre permettait également d'appréhender concrètement l'aménagement intérieur de ce bâtiment logistique, de telle sorte que le Port a pu considérer que «L'entrepôt est très fonctionnel. Il se veut simple et efficace, même si des questions se posent sur l'accessibilité des ateliers.». Ces questions d'accessibilité peuvent se résoudre dans le cadre de l'exécution, sans nécessité de compléments d'information au stade de l'attribution.
Une deuxième question portait également sur le bâtiment logistique, plus précisément sur deux points : le prix de base de l'entrepôt et la pente ou réajustement du niveau.
- Concernant le prix : le skybar et l'air de pique-nique ne sont pas entrés en ligne de compte dans le cadre de l'appréciation de l'offre de B-Architecten, car le coût de ces «extras» n'était pas clairement défini dans son offre. Le pouvoir

adjudicateur a par conséquent préféré évalué l'offre en écartant volontairement ces éléments du contenu initial de l'offre présentée.
- Concernant la pente : la comparaison des offres a démontré au pouvoir adjudicateur que la plupart d'entre elles restaient muettes sur la prise en compte de la pente dans le coût d'aménagement du site. Le Port a dès lors légitimement considéré que le coût tenait bien compte de l'aménagement de la pente dans les estimations transmises par chaque soumissionnaire. Pour rappel à cet égard, un plan de nivellement a été transmis à tous les soumissionnaires par courriel du 3 juillet 2013 […].
En ce qui concerne cette deuxième question, tous les soumissionnaires ont été évalués sur un pied d'égalité étant donné que les seuls éléments discordants ont été écartés de l'appréciation du pouvoir adjudicateur.
Une troisième question portait sur le coût particulièrement élevé des infrastructures communes dans l'offre initiale de B-Architecten. Ce coût a effectivement suscité certaines interrogations du pouvoir adjudicateur quant au montant particulièrement élevé indiqué par B-Architecten, mais cet élément a été pris en compte tel quel dans la comparaison des offres. A fortiori, cela a donné lieu à une appréciation négative de ce critère dans l'offre de B-Architecten au regard des autres offres soumises par ses concurrents. Cette appréciation a cependant été réalisée sans que le Port doive interpeller le soumissionnaire.
Une quatrième question avait pour objet d'interroger B-Architecten sur le coût de sécurisation du site. À cet égard, le pouvoir adjudicateur a relevé par après une erreur dans la lecture de l'offre de B-Architecten, étant donné que la réponse à sa question se trouvait déjà dans l'offre initiale remise par ce soumissionnaire. Par conséquent, cette question est apparue sans objet.
Enfin, les requérantes estiment aux pages 18 et 19 de leur recours que le Port de Bruxelles devait interroger B-Architecten sur ce qui était effectivement compris dans les coûts de construction des différents bâtiments dès lors que ces coûts de réalisation sont élevés pour le projet de B-Architecten. Or, le caractère élevé ou non des coûts établis par un soumissionnaire ne doit pas nécessairement faire l'objet d'un questionnement de la part du pouvoir adjudicateur.
Par ailleurs, B-Architecten a été pénalisé du fait de ce coût élevé.

28. Compte tenu de ce qui précède, la décision d'attribution du 20 décembre 2013 est correctement motivée, en ce qu'elle comporte les motifs de fait et de droit qui ont conduit le Port de Bruxelles à choisir d'attribuer le marché à B-Architecten.
Le principe d'égalité entre soumissionnaires a été respecté étant donné que l'appréciation s'est faite sur la base des offres initialement remises, sans qu'aucune information complémentaire n'ait été sollicitée auprès des soumissionnaires. Au surplus, il est important de noter que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de s'adresser aux soumissionnaires pour compléter les offres. De plus, le Port aurait pu s'adresser uniquement à un soumissionnaire pour obtenir un complément d'informations, sans que cela constitue une violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires.

29. Par conséquent, le deuxième moyen doit être déclaré non-fondé".

C. Requête en intervention

Les intervenantes font valoir ce qui suit:

" 21. Les requérantes partent du principe que la décision de votre Conseil concernant la décision du 24 septembre 2013 des fonctionnaires dirigeants s'applique à l'acte attaqué dans le cadre du présent recours. Or, en l'espèce, l'acte attaqué est un nouvel acte administratif qui doit être examiné indépendamment de la décision du 24 septembre 2013 des fonctionnaires dirigeants de la partie adverse.
Dans l'arrêt n° 225.751, Votre Conseil a estimé que la décision du 24 septembre 2013 n'était pas suffisamment motivée et violait les articles 2 et 3 de la loi du

29 juillet 1991. Votre Conseil avait en effet contrôlé, à titre incident et en vertu de l'article 159 de la Constitution, la légalité de la décision du 24 septembre 2013 alors que cette décision n'était pas expressément visée dans les décisions d'agir des requérantes. Dès lors que cette décision était illégale, elle viciait la décision d'attribution du 25 octobre 2013 de la partie adverse. Votre Conseil n'avait donc pas examiné si la décision d'attribution du 25 octobre 2013 violait, elle-même, la loi du 29 juillet 1991.

22. Seule la décision du 20 décembre 2013 doit être examinée au regard de la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs. Le retrait de la décision du 24 septembre 2013 a pour effet que l'autorité administrative a mis à néant, avec effet rétroactif, l'acte administratif qu'elle avait pris. La partie adverse a donc mis fin à l'illégalité qui avait été constatée par Votre Conseil :
«Considérant que l'arrêt précité juge que la décision du 24 septembre 2013 de négocier avec un seul soumissionnaire (B-Architecten) n'était pas suffisamment motivée et ne permettait pas de comprendre pourquoi le Port considérait déjà à ce moment-là l'offre de B-Architecten comme la meilleure.
Considérant qu'il échet par conséquent de se placer à la veille de l'illégalité constatée par le Conseil d'Etat; Que rien n'empêche de procéder à une analyse des offres telles que reçues, sans tenir compte des précisions apportées par B-Architecten dans le cadre des négociations qui ont eu lieu; Qu'il n'est en effet pas obligatoire de négocier dans le cadre d'une procédure négociée; Que plus particulièrement, en l'espèce, la négociation menée avec B-Architecten avait pour objet d'obtenir certains éclaircissements et quelques informations complémentaires sur son offre; Que cette négociation n'était toutefois nullement indispensable; Que l'offre initiale déposée par B-Architecten contient toutes les informations utiles à sa comparaison effective et objective aux autres offres déposées».
Contrairement à ce que prétendent les requérantes, l'offre des parties requérantes en intervention contient toutes les informations utiles à sa compréhension effective et satisfait aux besoins de la partie adverse. Il n'était pas nécessaire de poser des questions complémentaires pour comprendre la qualité du concept proposé par les parties requérantes en intervention.
La partie adverse s'est replacée à la veille de l'illégalité constatée par Votre Conseil (donc à la veille de l'adoption de la décision du 24 septembre 2013) aux fins de procéder à une nouvelle comparaison des offres, sans tenir compte des précisions apportées par les parties requérantes en intervention dans le cadre des négociations qui ont eu lieu. En réalité, comme on peut le constater, le deuxième moyen de la requête unique ne fait aucun reproche à l'acte attaqué mais se contente de faire référence à une décision qui n'existe plus dans l'ordre juridique.

23. Par ailleurs, il convient de préciser que la négociation est une faculté ouverte au pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure négociée, à laquelle celui-ci n'est pas tenu de recourir . En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a estimé que la négociation avec les parties requérantes en intervention n'était pas indispensable puisque leur offre contenait toutes les informations utiles à sa compréhension effective.

24. Il est, enfin, inexact de prétendre que la partie adverse n'a pas permis à tous les soumissionnaires de "compléter" leur offre. Par courriel daté du 19 septembre 2013, la partie adverse a sollicité, dans le cadre de l'analyse des offres, que chaque soumissionnaire identifie clairement pour l'entrepôt du Port (mission 3), sans tenir compte des ateliers, toute une série d'éléments, comme la superficie utile d'entrepôt, le nombre de quais de chargement, la superficie de bureaux et le nombre de places de parking […].
Dans la présente affaire, les évaluations des offres, telles qu'elles se trouvent dans la décision d'attribution du 20 décembre 2013, sont cohérentes et adéquatement motivées. Les motifs justifiant l'attribution du marché aux parties requérantes en intervention sont admissibles, clairs et permettent de comprendre pourquoi les

notes ont été attribuées par le pouvoir adjudicateur, ainsi que cela ressort des termes de l'acte attaqué.
Partant, le deuxième moyen n'est pas sérieux, ni fondé".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse a choisi de passer le marché litigieux selon une procédure négociée avec publicité, à l'issue de laquelle elle retiendrait l'offre jugée la plus intéressante au regard des cinq critères suivants: "Urbanité" (30%), "Technique et financier" (25%), "Prix" (25%), "Habitabilité" (10%) et "Pertinence et qualité" (10%).

Tout en se réservant la faculté de ne pas négocier ou de ne négocier qu'avec certains des candidats qui auraient remis offre, elle a jugé utile de souligner l'importance du recours à cette procédure. Ainsi, l'article 2.2 du cahier spécial des charges est-il libellé comme suit:

" Nombre d'éléments, notamment concernant le travail d'intégration paysagère dans un site très urbain, sont indéfinis au stade du lancement de la procédure. Les offres déposées seront donc amenées à évoluer au cours de la procédure, dans le but de préciser les moyens à mettre en œuvre. Le dialogue avec les candidats est donc essentiel pour aboutir à l'attribution du marché à l'offre la plus intéressante".

En dépit de l'importance que la partie adverse déclarait accorder aux négociations, l'acte attaqué décide notamment de procéder à l'attribution du marché sans négociations et sur la seule base d'une comparaison des offres au regard des critères d'attribution précités. Les motifs de ce chef de décision sont libellés comme suit:

" Considérant que l'arrêt précité juge que la décision du 24 septembre 2013 de négocier avec un seul soumissionnaire (B-Architecten) n'était pas suffisamment motivée et ne permettait pas de comprendre pourquoi le Port considérait déjà à ce moment-là l'offre de B-Architecten comme la meilleure;

Considérant qu'il échet par conséquent de se replacer à la veille de l'illégalité constatée par le Conseil d'Etat; Que rien n'empêche de procéder à une analyse des offres telles que reçues, sans tenir compte des précisions apportées par B-Architecten dans le cadre des négociations qui ont eu lieu; Qu'il n'est en effet pas obligatoire de négocier dans le cadre d'une procédure négociée; Que plus particulièrement, en l'espèce, la négociation menée avec B-Architecten avait pour objet d'obtenir certains éclaircissements et quelques informations complémentaires sur son offre; Que cette négociation n'était toutefois nullement indispensable; Que l'offre initiale déposée par B-Architecten contient toutes les informations utiles à sa comparaison effective et objective aux autres offres déposées".

Même si le pouvoir adjudicateur jouit d'une ample liberté d'appréciation à l'égard d'une telle renonciation à négocier les offres, pareille décision doit reposer sur

des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, qui ne peuvent être contredits par quelque élément du dossier.

En l'espèce, il apparaît que, dans l'arrêt n° 225.751 du 9 décembre 2013, le Conseil d'Etat a étroitement lié le défaut de motivation formelle de la décision, prise le 24 septembre 2013, de ne continuer à négocier que la seule offre des intervenantes au fait qu'à la date d'adoption de cette décision, subsistaient de nombreuses interrogations, relatives non seulement à l'offre des intervenantes, mais également à d'autres offres. Ce fait a été établi sur la base tant de cette décision que des affirmations de la partie adverse au cours de la procédure qui a donné lieu à cet arrêt.

Il ressort également d'une des questions posées aux intervenantes à la suite de la décision du 24 septembre 2013, relative au coût des "extras" de l'entrepôt logistique, que la comparaison de leur offre avec les autres offres était difficile. La circonstance qu'à la suite du retrait de la décision du 24 septembre 2013, il n'ait pas été tenu compte des précisions apportées par les intervenantes en réponse à ces questions n'autorise pas à ignorer désormais les constatations qui justifiaient qu'elles fussent posées.

Par ailleurs, lors de sa réunion du 17 septembre 2013, le comité d'avis a relevé que l'offre des intervenantes comportait certaines options supplémentaires qui n'avaient pas été demandées dans le cahier spécial des charges. Ce fait, dont l'incidence éventuelle sur la comparabilité des offres ne paraissait pas devoir être exclue, n'a pu échapper à la partie adverse lorsque celle-ci a adopté la décision attaquée.

Prima facie, ces éléments contredisent les motifs de l'acte attaqué aux termes desquels, d'une part, "rien n’empêche de procéder à une analyse des offres telles que reçues" et, d'autre part, "l’offre initiale déposée par B-Architecten contient toutes les informations utiles à sa comparaison effective et objective aux autres offres déposées".

Enfin, à la suite de l'adoption de la décision du 24 septembre 2013, la partie adverse avait notamment demandé aux intervenantes de trouver une solution pour limiter le coût de réalisation de certaines infrastructures, et de retravailler l'aménagement de l'entrepôt, de manière à réduire la superficie de bureaux, initialement estimée à 2.395 m², à 1.200 m². L'objet de ces demandes impose d'admettre que les négociations ne visaient pas uniquement à "obtenir certains éclaircissements et quelques informations complémentaires" à propos de l'offre des intervenantes, de sorte que ce motif de l'acte attaqué est également contredit.

Dès lors qu'à première vue, et au terme de l'examen effectué dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence, les motifs déterminants de l'acte attaqué apparaissent inexacts, le moyen doit être déclaré sérieux.

VI. 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.

VII. 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 17, 18, 19, 20, 21 et 22, versées au dossier administratif, à savoir l'offre des intervenantes, celle des requérantes et les procès verbaux des réunions du Comité d'avis des 17 et 20 septembre 2013.

Les intervenantes demandent que leur offre et le projet qu'elles ont présenté, pièces 14 et 15 de leur dossier de pièces, soient également soustraits 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 1er.

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 est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision du conseil d'administration du Port de Bruxelles du 20 décembre 2013 d'attribuer "à B-Architecten et son équipe" le marché public 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.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 1 et 2 de la partie confidentielle du dossier de pièces des requérantes, les pièces 17, 18, 19, 20, 21 et 22 versées au dossier administratif ainsi que les pièces 14 et 15 du dossier de pièces des intervenantes sont, à ce stade de la procédure, soustraites à la consultation des parties.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 6.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le trois mars deux mille quatorze 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.