

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 163.472 du 11 octobre 2006

G./A.177.115/VI-17.238

En cause : **la société anonyme AXA BELGIUM,**

boulevard du Souverain, n° 25,
1170 Bruxelles,

G./A.177.155/VI-17.239

En cause : **la société en commandite par actions BEFIMMO,**

ayant élu domicile chez
Mes France MAUSSION et
Elisabeth WILLEMART, avocats,
rue Henri Wafelaerts, n° 47-51,
1060 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par:

1. le Premier Ministre,
2. le Ministre des Finances,

ayant élu domicile chez
Mes François TULKENS et Vincent OST, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 177/6,
1170 Bruxelles.

Partie intervenante:

la société anonyme COFINIMMO,

ayant élu domicile chez
Mes Dominique LAGASSE et
Emmanuel van NUFFEL, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 187,
1170 Bruxelles.

**LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la demande introduite le 25 septembre 2006 par la société anonyme
AXA BELGIUM qui tend à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de

l'exécution de "la décision d'attribuer le marché de services immobiliers pour la création d'une nouvelle SICAFI à la société Cofinimmo prise par le Conseil des Ministres du 15 septembre 2006";

Vu la demande introduite le 25 septembre 2006 par la société en commandite par actions BEFIMMO qui tend à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision présentée comme ayant été prise le 15 septembre 2006 par le Conseil des Ministres, par laquelle le marché public «pour la désignation d'un partenaire immobilier chargé de constituer avec l'Etat une SICAFI détenant des biens essentiellement loués à des pouvoirs publics» a été attribué à la société Cofinimmo";

Vu les ordonnances des 26 et 27 septembre 2006, notifiées aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 3 octobre 2006 à 9.00 heures, date à laquelle l'affaire a été mise en continuation à l'audience du 6 octobre 2006 à 9.30 heures;

Vu les requêtes introduites le 3 octobre 2006 par lesquelles la société anonyme COFINIMMO demande à être reçue en qualité de partie intervenante;

Vu les notes d'observations et le dossier administratif;

Entendu, en leurs observations, Mes Daniel FESLER et Dominique LECHIEN, avocats, comparaisant pour la première partie requérante, Mes France MAUSSION, Elisabeth WILLEMART et Valérie SIMONART, avocats, comparaisant pour la seconde partie requérante, Mes François TULKENS, Vincent OST et André DELVAUX, avocats, comparaisant pour la partie adverse et Mes Dominique LAGASSE et Paul-Alain FORIERS, avocats, comparaisant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

I. CONNEXITE

Considérant que les demandes ont trait au même marché public; qu'en raison de leur connexité, il est de l'intérêt d'une bonne justice de les joindre;

II. QUANT AUX FAITS

Considérant que les faits utiles à l'examen des demandes de suspension se présentent comme suit :

1. Le 11 octobre 2005, le Conseil des Ministres a approuvé le budget 2006, lequel prévoit le projet de "conclure en 2006 une opération de collaboration entre le public et le privé via la constitution d'une Société d'investissement à capital fixe immobilière (...) (qui) aura pour objectif la gestion durable et rationnelle des bâtiments garantissant la continuité pour les services et n'occasionnant pas de surcoûts pour les services occupants. (...) Le choix du partenaire privé s'effectuera conformément à la législation sur les marchés publics (...). La valorisation proprement dite aura pour objectif la réalisation en 2006 de cette opération à hauteur de 565 millions d'euros (...)".

2. Dans le courant du mois de février 2006, le Conseil des Ministres a désigné, à la suite d'avis de marché, ses conseillers financier, immobilier et juridique pour l'assister dans la réalisation de cette opération.

3. Par un avis de marché publié le 17 mars 2006 dans le Journal officiel des Communautés européennes et le 21 mars 2006 dans le Bulletin des adjudications, la partie adverse a lancé un marché, qualifié de "marché (services) : 14", selon la procédure "négociée accélérée", consistant à "constituer avec l'Etat une société d'investissement immobilière à capital fixe (Sicafi) qui détiendra essentiellement des biens loués à des pouvoirs publics, au sens large, et à rester actionnaire de cette Sicafi en contribuant à son développement et à sa gestion". L'avis de marché précise les critères de sélection qualitative sur la base desquels la partie adverse invite entre trois et huit candidats à déposer une offre, "les soumissionnaires ayant déposé les meilleures offres étant ensuite invités à négocier".

4. Le 29 mars 2006, date limite pour le dépôt des demandes de participation, quatre candidatures ont été recueillies : la société anonyme IVG REAL ESTATE BELGIUM (en abrégé, IVG), la société en commandite par actions – société d'investissement à capital fixe en biens immobiliers de droit belge BEFIMMO (en abrégé, BEFIMMO), la société anonyme AXA BELGIUM (en abrégé, AXA) et la société anonyme COFINIMMO (en abrégé, COFINIMMO).

5. Le 31 mars 2006, une commission d'évaluation, composée de quatre représentants de l'Etat et de ses trois conseillers a été mise en place et a constaté que les quatre demandes de participation satisfaisaient aux critères de sélection qualitative.

Par lettre du même jour, cette commission en a informé les candidats, en les priant de souscrire et de renvoyer un engagement de confidentialité, de fournir pour IVG et AXA les attestations ONSS et TVA nécessaires et de prouver, en ce qui concerne BEFIMMO, que, malgré les liens qui l'unissent aux sociétés du Groupe FORTIS, ce dernier, qui, à l'intervention de FORTIS BANQUE et de FORTIS REAL ESTATE, est l'un des conseillers financiers de la partie adverse dans le marché public en cause, n'exerce pas sur BEFIMMO une influence dominante au sens de l'article 78, §2, al.2, 3° 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. Le même courrier précisait que le cahier spécial des charges serait communiqué moyennant le respect des mesures précitées et que l'offre des candidats devrait être déposée au plus tard le 2 mai 2006 à 13 heures.

6. A la suite de la transmission par BEFIMMO de ses observations par lettre du 11 avril 2006 et de leur présentation lors de l'audition tenue à cet effet le 19 avril 2006 par la commission d'évaluation, cette réserve a été levée par lettre du même jour de la partie adverse.

7. Les quatre candidats ayant répondu aux diverses exigences précitées se sont vu transmettre le cahier spécial des charges.

Selon le cahier spécial des charges, "le présent marché est principalement un marché de services immobiliers (CPV 70000000 -1), plus précisément de services d'immobiliers non résidentiels (CPV 7032000-7)".

Le cahier spécial des charges décrit l'opération envisagée comme suit, en précisant qu'il s'agit des "principales caractéristiques de l'opération, telle que l'Etat belge l'envisage actuellement" et que "les soumissionnaires sont invités à commenter et à donner leur avis quant à la structure et aux options stratégiques proposées" :

" 8. Ramenée à l'essentiel, l'opération se présente comme un transfert d'immeubles par l'Etat belge à une nouvelle Sicafi. Le transfert des biens immobiliers par l'Etat à la Sicafi sera accompagné de baux par lesquels la Sicafi mettra la très grande majorité des bâtiments transférés à la disposition de l'Etat.

L'octroi du statut de Sicafi implique une offre publique de vente d'au moins de 30 % des titres. Cette offre sera probablement réalisée fin 2006. L'ensemble de la structuration de la transaction poursuivra dès lors ces objectifs en tenant compte le plus possible des exigences de marché.

Après l'introduction en bourse (ci-après «IPO»), l'Etat belge détiendrait une participation minoritaire, telle que 25 % plus une action. L'importance de cette participation sera communiquée aux candidats avant la date de remise des offres. Le solde des actions sera réparti entre le Partenaire Immobilier, désigné au terme de la présente procédure et avec lequel l'Etat s'associera pour créer la Sicafi, et les investisseurs qui participeront à l'introduction en bourse de la Sicafi.

9. (Schéma)

10. La Sicafi sera constituée par le Partenaire Immobilier et par l'Etat. Alternativement, l'Etat prendra une participation minoritaire dans la Sicafi peu après sa constitution par le Partenaire Immobilier.

Dans le scénario actuellement envisagé par l'Etat, une partie substantielle - de l'ordre de 100 millions d'Euros, peut-être plus selon la nature des offres qui seront formulées par les soumissionnaires - de l'apport effectué par le Partenaire Immobilier, serait effectuée en nature sous forme de biens immeubles (i) situés en Belgique et (ii) loués à des pouvoirs publics au sens large (Etat fédéral, Régions, Communautés, pouvoirs locaux, sociétés de droit public, intercommunales, institutions de l'UE, etc).

11. Ce Partenaire Immobilier sera l'actionnaire majoritaire de la Sicafi : il détiendra préalablement à l'introduction en bourse (IPO) plus de 50 % des actions de celle-ci.

12. Au plus tard un an après l'agrément de la Sicafi par la CBFA, il sera procédé à une offre publique de vente/offre en souscription publique d'au moins 30 % des actions.

Dans la transaction envisagée, l'IPO interviendra probablement fin 2006.

Avant cette introduction en Bourse, la Sicafi sera détenue par le Partenaire Immobilier (actionnaire majoritaire) et par l'Etat (actionnaire minoritaire).

Après cette introduction en bourse, l'Etat conserverait, selon le scénario envisagé actuellement, une participation résiduelle minoritaire, le Partenaire Immobilier détenant quant à lui une participation supérieure à celle de l'Etat générant un contrôle de fait de la Sicafi. Un scénario visant à favoriser la liquidité des titres sur le marché boursier sera, a priori, privilégié, dans le respect des contraintes inhérentes à l'opération.

13. Immeubles concernés (...)

La valeur d'expertise acte en main des immeubles qui seront transférés par l'Etat, déterminée par l'expert immobilier désigné par l'Etat, sera de l'ordre de 750 millions d'Euros. Une liste indicative des biens susceptibles d'être transférés à la Sicafi par l'Etat sera communiquée aux candidats avant la date ultime de remise des offres."

Quant à la procédure, le même cahier prévoit ce qui suit :

" 25. (...) L'examen des offres et, ensuite, les négociations avec les soumissionnaires qui seront invités à négocier seront effectués par une Commission d'évaluation composée de représentants de l'Etat et de ses conseillers.

26. La recevabilité des offres sera tout d'abord contrôlée, et les offres irrégulières seront rejetées.

27. Après une étude par la Commission du contenu des offres (qui devrait être clôturée aux alentours de la mi-mai 2006), les soumissionnaires ayant remis une offre régulière seront invités à négocier selon la procédure suivante :

a) les soumissionnaires seront invités à présenter leur projet devant la Commission d'évaluation sur la base du Cahier spécial des charges et des avenants éventuels ;

b) la Commission posera des questions et des demandes de confirmation et d'éclaircissement aux soumissionnaires, qui pourront également poser des questions complémentaires. Les soumissionnaires pourront adapter et préciser leur offre ou ajouter des pièces complémentaires ;

c) ensuite, de nouvelles négociations seront menées par la Commission, au choix de celle-ci, soit concurremment avec tous les soumissionnaires ou certains d'entre eux, soit successivement avec tous les soumissionnaires ou certains d'entre eux, sans que ce choix puisse être interprété ni comme augurant de la décision finale, ni comme une éviction du ou des soumissionnaires avec lequel les négociations ne sont pas ou pas immédiatement poursuivies. L'Etat belge pourra aussi décider, au fur et à mesure de l'évolution des négociations, et en vue de l'établissement d'un «Memorandum of Understanding», d'approfondir la négociation avec un «preferred bidder» unique ;

d) ensuite, l'Etat belge demandera au soumissionnaire ayant présenté la meilleure offre de s'engager définitivement sur la base d'un Memorandum of Understanding signé par ce soumissionnaire. L'Etat décidera alors de l'attribution du marché et, à l'expiration de la période d'attente prévue à l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics, signera à son tour le Memorandum of Understanding.

Le soumissionnaire dont l'offre sera jugée la meilleure sur la base des critères définis ci-dessous sera désigné comme adjudicataire pour le présent marché.

Il est prévu que l'attribution du marché survienne avant la fin du mois de juillet 2006."

Les critères d'attribution sont les suivants :

" 28. Pour le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, les offres, telles que finalisées au cours des négociations, seront appréciées et classées sur la base des critères pondérés déterminés ci-dessous. L'offre choisie sera celle qui aura obtenu le plus grand nombre de points.

(i) Projet industriel et gestion de la Sicafi

40

. Vision du dossier, qualité du projet industriel et plan stratégique en matière de gestion du patrimoine immobilier

. Durée et nature de l'engagement avec l'Etat

. Qualité de la structure de gestion

. Qualité et expériences des personnes pressenties pour assurer des fonctions de management, apport de know-how immobilier et transfert de compétences managériales

. Corporate governance et gestion des conflits d'intérêts (par rapport au promoteur de la Sicafi, aux locataires et aux opportunités d'investissement notamment)

(ii) Aspects financiers 35

- . Valorisation des actifs et passifs de la Sicafi
- . Critères et modes d'évaluation des immeubles transférés par l'Etat et d'établissement des loyers
- . Qualité et crédibilité du projet de plan financier
- . Rendement brut minimum attendu de l'investissement dans la Sicafi
- . Le cas échéant, autre type de rémunération demandée et importance

(iii) Qualité et type des biens apportés et des baux afférents à ces biens : 15

Dans le scénario actuellement envisagé par l'Etat, une partie substantielle de l'apport effectué par l'adjudicataire, de l'ordre de 100 millions d'Euros, peut-être plus selon la nature des offres qui seront formulées par les soumissionnaires, serait effectuée en nature sous forme de biens immeubles (i) situés en Belgique et (ii) loués à des pouvoirs publics au sens large (Etat fédéral, Régions, Communautés, pouvoirs locaux, sociétés de droit public, intercommunales, institutions de l'UE, etc).

Les offres seront appréciées en fonction de la valeur, la localisation, la complémentarité et les caractéristiques techniques des immeubles, et en fonction des conditions financières et de la durée résiduelle des baux portant sur ces immeubles.

L'appréciation portera également sur les éléments sur la base desquels la valeur des immeubles aura été calculée.

(iv) Rôle de la Régie des Bâtiments 10
(...)

TOTAL 100 points".

8. En cours de procédure, le cahier spécial des charges a été complété par de nombreux documents.

Tout d'abord, le cahier spécial des charges a été complété par trois addendums.

En outre, en cours de procédure, un projet de protocole d'accord à conclure entre l'Etat belge et le Partenaire a été communiqué aux soumissionnaires, la dernière version l'étant le 18 août 2006, ainsi que des projets de conventions suivants :

- Statuts de la SICAFI;
- Termes et conditions de vente;
- Déclarations et Garanties du Partenaire;
- Déclarations et Garanties de l'Etat;
- Contrat-type de bail à court terme ou à moyen terme;
- Contrat-type de bail à long terme;
- Contrat-type de bail à long terme – Immeubles spécifiques;

- Observations complémentaires sur les baux;
- Indemnisation par les Parties;
- Charte de Corporate Governance (principales dispositions);
- Charte relative aux conflits d'intérêts (principales dispositions);
- Lettre d'engagement avec les joint global coordinators.

Enfin, le 28 août 2006, les soumissionnaires ont reçu une lettre d'instructions pour la remise de l'offre définitive.

9. Le 24 avril 2006, la partie adverse a communiqué aux candidats l'addendum n° 1. Il reporte le délai de dépôt des offres au 12 mai 2006 et "apporte un certain nombre d'informations complémentaires en réponse aux questions posées à ce jour par les candidats". Ainsi, il précise:

- sous l'intitulé "description de l'opération envisagée", que "l'opération devra avoir un effet positif sur le solde net à financer de l'année 2006 qui devrait être de l'ordre de 565 millions d'euros (...). Ce chiffre pourra évoluer à la faveur de décisions qui devront encore être délibérées en Conseil des ministres. La fourchette indiquée dans l'avis de marché (...) n'a été donnée qu'à titre indicatif.";

- sous l'intitulé "immeubles concernés", qu' "il n'est pas encore possible à l'heure actuelle de préciser l'identité des immeubles qui seront transférés par l'Etat. Certaines précisions pourront toutefois être données après le Conseil des ministres du 28 avril 2006" et que "les immeubles transférés à la Sicafi (le) seront, soit par voie d'apport, soit par voie de vente ou de constitution d'emphytéose. Le mode de transfert n'a pas été arrêté définitivement à ce stade.";

- sous l'intitulé "forme et gestion de la Sicafi", que "la Sicafi devra respecter les principes du Code belge de gouvernance d'entreprise ainsi que les recommandations de la CBFA prises en application des articles 4, § 1^{er}, 3^o et 22 de l'arrêté royal du 10 avril 1995. En particulier, les représentants du Partenaire Immobilier ne pourront représenter une majorité au sein du conseil d'administration de la Sicafi" et qu' "aucune position n'est prise à ce stade concernant l'organe de direction et la gestion journalière de la Sicafi".

10. Le 3 mai 2006, la partie adverse a notifié un addendum n°2 qui "complète le cahier spécial des charges" en apportant des informations sur l'actionnariat de la future Sicafi - l'Etat belge détiendra une participation minoritaire de 10% après

l'introduction en bourse-, sur les immeubles à transférer par l'Etat à la Sicafi - une liste figure en annexe 1; la valeur totale estimée avant expertise est d'environ 600 millions euros; les baux sont majoritairement de longue durée - et sur la procédure d'audit et d'expertise de ces immeubles.

Le 8 mai 2006, la partie adverse a également envoyé un Cd-rom contenant les photos des biens que l'Etat entend apporter au patrimoine de la Sicafi.

11. Le 12 mai 2006, jour de l'ouverture des offres, quatre offres sont recueillies.

12. Les 15 et 19 mai 2006, la commission d'évaluation s'est réunie pour procéder à l'examen des offres et arrêter les modalités de l'audition des soumissionnaires. Elle a ensuite entendu, les 22, 23 et 24 mai, les quatre soumissionnaires et sollicité, le 23 mai, l'avis de la Commission Bancaire, Financière et des Assurances (CBFA) sur certains aspects du Corporate Governance.

13. Le 2 juin 2006, la partie adverse a transmis aux quatre soumissionnaires l'addendum n°3 au cahier spécial des charges, qui "vise d'une part à préciser le calendrier de la procédure de sélection définitive du partenaire immobilier et d'autre part à préciser les hypothèses qui devraient être retenues par les différents candidats pour affiner le plan financier proposé pour la Sicafi".

En ce qui concerne le premier point, cet addendum :

- tout d'abord, octroie aux quatre soumissionnaires "un délai expirant le 9 juin 2006 pour déposer, le cas échéant, un addendum à leur offre en vue de donner toute réponse jugée utile aux questions posées et de tenir compte des précisions contenues dans le présent addendum";
- ensuite, précise la procédure de négociation comme suit : "en fonction de la comparaison des offres reçues, la Commission décidera le 15 juin 2006 d'entamer les négociations avec un ou plusieurs candidats, selon les formules indiquées au paragraphe 27 (c) du cahier spécial des charges";
- fixe également la "procédure d'information de tous les candidats en vue de l'établissement des offres définitives", laquelle prévoit du 19 juin au 2 août l'accès à des data rooms reprenant les informations techniques et juridiques relatives aux immeubles transférés par l'Etat et un projet de "Memorandum of Understanding" qui "contiendra les clauses générales relatives au partenariat envisagé et à la structure de la Sicafi" et que "le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de modifier par simple

avis aux candidats jusqu'au sixième jour ouvrable qui précède la date fixée pour le dépôt des offres définitives";

- organise la visite des principaux immeubles transférés par l'Etat;
- et prévoit, en ce qui concerne les "offres définitives", qu'elles "devront être adressées, sauf nouvel avis, au plus tard le 25 août 2006" et qu'elles "devront être basées sur la dernière version du «Memorandum of Understanding» et devront être inconditionnelles".

14. Le 9 juin 2006, chaque candidat en lice a remis une offre amendée.

15. Le 15 juin 2006, la commission d'évaluation a examiné les offres amendées en procédant à un "classement et (à une) appréciation qualitative sans cotation (...) (qui) permettra de répartir les candidats en 2 groupes : l'un avec lequel la Commission entamera les négociations et l'autre avec lequel la Commission n'entamera pas de négociations pour l'instant. La cotation finale sera établie lors de la réception des offres définitives".

Au terme de sa réunion, elle a décidé de ne pas entamer les négociations avec IVG et de les entamer avec BEFIMMO, AXA et COFINIMMO.

16. Le 20 juin 2006, la commission a notifié à BEFIMMO, AXA et COFINIMMO l'ouverture des négociations "en vue de la sélection finale du Partenaire Immobilier" et la période d'information annoncée par l'addendum n° 3 et a reporté la date de dépôt des offres définitives au 31 août 2006.

17. Par la suite, différents documents ont été communiqués pour les négociations menées parallèlement avec les trois candidats en lice, différentes versions contenant les propositions et contre-propositions respectives des parties en discussion étant échangées. Des réunions avec les candidats ont eu lieu pour aboutir à une demande de présenter une offre définitive.

18. Le 28 août 2006, la commission a communiqué aux trois candidats encore en compétition "les modalités à respecter en vue du dépôt des offres définitives". Elle précise notamment que "seuls les éléments repris dans l'offre définitive seront pris en compte dans l'attribution du marché".

19. Le même jour, BEFIMMO a adressé à la partie adverse le courriel suivant :

" Befimmo comprend des documents relatifs au marché public et, en particulier, du point 27, d, du cahier spécial des charges que, après le dépôt des offres le 31 août 2006 à 9 heures au plus tard, l'Etat belge choisira la meilleure offre et attribuera le marché au soumissionnaire l'ayant déposée, sans poursuivre les négociations entre plusieurs soumissionnaires, de sorte que toute nouvelle négociation après le dépôt des offres est exclue. Nous vous serions obligés de nous le confirmer."

Le 29 août 2006, la partie adverse a répondu que "Une fois les offres définitives déposées, l'Etat ne négociera plus avec les candidats".

20. Le 31 août 2006, les trois candidats ont remis une offre définitive.

21. Le même jour, la commission a attribué des notes aux sous-critères contenus dans les critères 1 et 2 comme suit :

Critère 1 : Projet industriel et gestion de la Sicafi :	40
. Vision du dossier, qualité du projet industriel et plan stratégique en matière de gestion du patrimoine immobilier	20
. Durée et nature de l'engagement avec l'Etat	2
. Qualité de la structure de gestion	3
. Apport de know-how immobilier et transfert de compétences managériales	3
. Corporate governance et gestion des conflits d'intérêts (par rapport au promoteur de la Sicafi, aux locataires et aux opportunités d'investissement notamment)	12
Critère 2 : Aspects financiers :	35
. Valorisation des actifs et passifs de la Sicafi	
. Critères et modes d'évaluation des immeubles transférés par l'Etat	
. Rendement brut minimum attendu de l'investissement dans la Sicafi	
. Le cas échéant, autre type de rémunération demandée et importance	30
. Qualité et crédibilité du projet de plan financier	5

22. Entre le 31 août et le 7 septembre 2006, la commission d'évaluation s'est réunie à plusieurs reprises afin d'examiner les différentes offres et de demander aux candidats de fournir les précisions nécessaires à l'examen des offres.

23. Le 7 septembre 2006, la commission d'évaluation a établi un rapport d'évaluation des offres définitives au terme duquel elle a adopté "un classement

provisoire classant COFINIMMO en premier rang avec 83,45 points, AXA en second rang avec 81,95 points et BEFIMMO en troisième rang avec 77,70 points sur un total de 100 points".

Sur la base de ce classement, elle a décidé de désigner COFINIMMO en qualité de "preferred bidder". Le procès-verbal précise que :

" Le résultat de l'approfondissement de la négociation avec Cofinimmo fera l'objet d'un rapport complémentaire au présent rapport. Ce rapport complémentaire pourra modifier, le cas échéant, la cotation proposée pour l'offre de Cofinimmo en fonction des améliorations que Cofinimmo pourrait y apporter."

24. Ces négociations ont abouti à un courrier du 11 septembre 2006 par lequel COFINIMMO fait part d'améliorations de son offre du 31 août 2006, à savoir, d'une part, l'ajustement du prix de vente des immeubles de l'Etat à la Sicafi "à due concurrence d'un boni de € 23.897.141" et, d'autre part, "une avance définitive et non remboursable d'un montant de € 20.000.000 sur les actions de la Sicafi destinées à faire l'objet d'une offre publique de vente", de sorte que "l'impact sur le solde net à financer 2006 de notre offre est de € 592.631.188 au lieu de € 549.060.485".

25. Le 12 septembre 2006, la commission d'évaluation a pris acte de ce courrier, a attribué à COFINIMMO la note définitive de 92,15 sur 100 et a confirmé définitivement le classement de COFINIMMO en premier rang.

26. Le 15 septembre 2006, le Ministre des Finances a présenté au Conseil des Ministres une note synthétisant la procédure de marché à laquelle sont annexés les rapports des 7 et 12 septembre 2006 de la commission. Cette note contient une proposition de décision libellée comme suit :

- " 1. Cofinimmo est désigné comme partenaire de l'Etat dans l'opération sicafi 2006 suivant son offre du 30 août et de son complément du 11 septembre sur base. Cette décision est basée sur la motivation contenue dans les rapports d'évaluation de la Commission d'évaluation «sicafi 2006» des 7 et 12 septembre 2006.
- 2. L'Etat prendra une participation par apport en numéraire (montant estimé : 77 millions €) dans la nouvelle sicafi de manière à atteindre après introduction en bourse de 10% du capital.
- 3. Les ministres des Finances, et ayant la Régie des bâtiments dans ses attributions, et des Entreprises Publiques sont chargés dans les matières qui les concernent d'exécuter cette décision".

Le Conseil des Ministres a décidé que "les propositions contenues in fine de la note du 15 septembre 2006 sont approuvées".

Il s'agit de la décision attaquée.

27. Le même jour, la partie adverse a fait part à BEFIMMO et à AXA de la décision prise en annexant les rapports d'évaluation de la commission des 7 et 12 septembre 2006. Cette notification contient le délai d'attente prévu par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

III. QUANT A L'EXTRÊME URGENCE

Considérant que le recours à la procédure d'extrême urgence, qui doit demeurer exceptionnel, réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause; que la procédure en référé d'extrême urgence ne peut pas être confondue avec la procédure en annulation ou avec la procédure en référé ordinaire qui donne lieu à l'établissement d'un rapport; que le choix d'une telle procédure a nécessairement un impact sur l'appréciation de la réunion des conditions requises pour qu'une demande de suspension puisse être accueillie; qu'en effet, dans le bref délai qu'autorise une procédure de référé d'extrême urgence, cette appréciation procède par essence d'un examen sommaire, et non d'un raisonnement approfondi, des arguments des parties; qu'il s'ensuit qu'une telle procédure, qui aboutit à une décision provisoire, ne peut se fonder, sous peine de ne pas atteindre le but d'efficacité qui lui est assigné, que sur ce qui se dégage à première vue et de manière évidente des écrits de procédure et du dossier administratif;

IV. QUANT AUX MOYENS

Considérant que la partie adverse s'est expressément référée comme droit applicable, dans les documents du marché, à la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et à ses arrêtés d'exécution; qu'elle a délibérément mené toute la procédure de passation et d'attribution du marché querellé en se basant sur cette législation et cette réglementation; qu'à ce stade de la procédure en référés, il n'y a pas lieu d'examiner la qualification de l'opération litigieuse au regard du champ d'application de cette législation en raison du caractère sommaire et accéléré de la procédure en référé d'extrême urgence;

Considérant que la société BEFIMMO prend un moyen, le quatrième de la demande, de la "violation des articles 6 et 17, § 3 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 30 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et de l'incompétence de l'auteur de l'acte"; qu'elle soutient, dans une première branche, que le choix de la procédure négociée n'a, à sa meilleure connaissance, fait l'objet d'aucune décision de la partie adverse alors que le recours à la procédure négociée doit faire l'objet d'une décision du pouvoir adjudicateur, et que cette décision doit être motivée formellement (C.E., n° 47.789, du 7 juin 1994); qu'elle fait valoir, dans une seconde branche, que le recours à la procédure négociée n'a fait l'objet d'aucune justification sur la base de l'article 17, § 3 de la loi du 24 décembre 1993 ou de l'article 30 de la directive 2004/18/CE ni dans les avis de marché, ni dans le cahier spécial des charges, ni dans aucun autre document, que si l'avis de marché justifie le choix d'une procédure "accélérée" par "l'urgence", celle-ci et le motif qui l'accompagne ont trait à l'accélération de la procédure par la réduction de certains délais mais sont totalement étrangers au choix d'une procédure négociée, qu'il appartient au pouvoir adjudicateur qui désire s'en prévaloir d'apporter la preuve que ces conditions sont réunies, que l'on aperçoit difficilement quels motifs auraient pu, en l'espèce, justifier le choix de la procédure négociée qui n'est certainement pas plus rapide que celle d'un appel d'offres, et qu'en l'espèce, le choix de la procédure négociée a porté atteinte à ses intérêts en réduisant significativement ou en supprimant les garanties dont, en tant que soumissionnaire, elle aurait bénéficié dans une procédure d'appel d'offres;

Considérant que la partie adverse soutient, à titre principal, que la partie demanderesse n'a pas d'intérêt au moyen; qu'elle estime, d'une part, que la demanderesse ne justifie pas d'un intérêt actuel pour cause d'adhésion à la décision de recourir à la procédure négociée, qu'en effet, elle n'a jamais émis la moindre objection ou réserve sur la procédure choisie, qu'elle y a pleinement participé et qu'elle y a incontestablement adhéré; qu'elle souligne, d'autre part, que cette décision préparatoire n'a causé aucun préjudice à la demanderesse, laquelle a pu participer au marché en question et a pu remettre offre, et que la souplesse de la procédure choisie n'a pas entraîné la suppression, ni même une réduction significative, du respect des principes d'égalité et de non discrimination;

Considérant, quant à la recevabilité du moyen, que ce moyen met en cause l'absence de décision de recourir à la procédure négociée ou, en cas d'existence d'une telle décision, l'absence de justification sur la base de l'article 17, § 3 de la loi du 24

décembre 1993 ou de l'article 30 de la directive 2004/18/CE; qu'un soumissionnaire peut former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision de recourir à la procédure négociée parce que cette décision, bien que préparatoire à la décision définitive d'attribution de ce marché, n'apparaît plus à l'égard de ce soumissionnaire comme une décision purement préparatoire mais comme une "décision préalable", parce qu'elle emporte des effets juridiques définitifs pour celui-ci; que la faculté pour un soumissionnaire d'introduire immédiatement un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision de recourir à la procédure négociée n'empêche pas que les irrégularités que ce soumissionnaire reproche à cette décision puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation; qu'à l'appui de son recours contre la décision d'attribution du marché, la demanderesse peut, dès lors, invoquer l'illégalité de la décision de recourir à la procédure négociée, s'il échet, en soulevant de nouveaux moyens, même si devant le Conseil d'Etat, elle a déjà attaqué en tant que telle cette décision; qu'admettre que l'exception soulevée par la partie adverse soit fondée en ses deux chefs reviendrait à rendre impossible l'introduction d'un recours en annulation et, le cas échéant, d'une demande en suspension par un soumissionnaire ayant participé à une procédure négociée contre la décision de recourir à une telle procédure; que, par ailleurs, ce moyen touche à l'ordre public; qu'en effet, la procédure négociée avec publicité est exceptionnelle, en ce qu'elle n'est autorisée que dans des cas limitativement énumérés à l'article 17, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, et déroge à un principe fondamental, celui de la concurrence, affirmé par l'article 1^{er} de la même loi; qu'il s'ensuit que le moyen est recevable;

Considérant, quant à la première branche, que la partie adverse fait valoir qu'un avis de marché annonçant la procédure négociée a été publié tant au plan belge qu'eupéen, que le cahier spécial des charges organisant la procédure a été adopté, que ces deux mesures ont été prises en exécution de la décision de recourir à la procédure négociée, de sorte qu'une décision a été prise; que, quant à la seconde branche, la partie adverse estime que la justification du choix de recourir à une procédure négociée se déduit du dossier administratif, d'éléments de fait et de mentions qui ne peuvent se comprendre que dans la perspective de cette procédure, que la procédure négociée est autorisée en cas "de travaux ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale du prix" (article 17, § 3, 2^e), ainsi que pour les marchés dont "la nature des services est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre son attribution selon la procédure d'adjudication ou d'appel d'offres" (article 17, § 3, 4^e), qu'en l'espèce, la nature du marché faisait obstacle à ce que les spécifications de celui-ci puissent être établies avec

une précision suffisante préalable, étant donné que beaucoup d'éléments restaient inconnus (type d'immeubles apportés par l'Etat et par les candidats, structure mise en place, garanties, etc.), que ces éléments avaient un caractère très important dans l'appréciation des offres, qu'une procédure d'adjudication n'était donc pas envisageable, de même qu'une procédure d'appel d'offres, de sorte qu'en l'espèce, les éléments du dossier démontrent à suffisance que les conditions du recours à la procédure négociée étaient remplies; qu'elle ajoute que l'avis de marché "évoque le délai uniquement pour justifier le caractère accéléré de la procédure";

Considérant que le pouvoir adjudicateur choisit librement, entre les procédures déterminées par la loi, la procédure de passation à appliquer un marché; qu'il n'en va pas de même de la procédure négociée avec publicité à laquelle il ne peut être recouru que dans les cas limitativement énumérés à l'article 17, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 et à l'article 30 de la directive 2004/18/CE; qu'en raison du fait que cette procédure déroge au principe de concurrence, les hypothèses autorisant d'y recourir doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement;

Considérant qu'en l'espèce, il ne résulte d'aucun document du dossier administratif que, préalablement au lancement de cette procédure ou lors du lancement de cette procédure, une décision aurait été prise pour faire application d'un des cas énumérés par l'article 17, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 et à l'article 30 de la directive 2004/18/CE; que la seule référence à la procédure négociée résulte du passage suivant de l'avis de marché :

" IV.1. TYPE DE PROCEDURE

IV.1.1. Type de procédure : Négociée accélérée :

Justification du choix de la procédure accélérée : l'urgence est justifiée par le fait que l'opération doit être clôturée pour la fin de l'année 2006. Or, le processus de sélection et de négociation avec le partenaire, d'une part, et la réalisation de l'opération, d'autre part, nécessitent chacun plusieurs mois pour être réalisés.

IV.1.2. Limites concernant le nombre d'opérateurs (...);

que, comme l'admet la partie adverse, cette justification a trait à la réduction des délais et non à une des hypothèses prévues par l'article 17, § 3, et par l'article 30 précités; qu'en l'absence de décision et de justifications dans les pièces du dossier administratif, le Conseil d'Etat est dans l'impossibilité de vérifier, au regard des conditions de stricte

interprétation prévues par les dispositions précitées, la légalité de la décision de recourir à une telle procédure; que le moyen est sérieux;

V. QUANT AU RISQUE DE PRÉJUDICE GRAVE DIFFICILEMENT RÉPARABLE

Considérant que les demandereses exposent, à titre de risque de préjudice grave difficilement réparable, que l'exécution de l'acte attaqué les priverait de la possibilité d'exécuter un marché de référence dans le secteur des biens immobiliers loués à des pouvoirs publics au sens large et à l'Etat belge en particulier et dans le secteur de l'immobilier coté et aurait, en raison de son impact médiatique, des conséquences graves et difficilement réparables en terme d'image de marque et de réputation, et ce sans compter le préjudice purement financier; qu'elles soutiennent tout d'abord que le marché litigieux constitue, pour le secteur financier et immobilier, le marché de référence en Belgique et à l'étranger, qu'ont participé à ce marché les deux plus importantes Sicafi, à savoir COFINIMMO et BEFIMMO, que, quant à la complexité du marché, les entités disposant de la taille et des compétences nécessaires pour organiser avec l'Etat la mise en place d'une structure aussi complexe et originale avant sa mise en bourse, et pour rester le principal actionnaire de référence pendant une période relativement longue, sont très peu nombreuses, que, quant à la rareté du marché, il s'agit indiscutablement de la plus grande transaction immobilière jamais réalisée par l'Etat belge ou par les autorités régionales, qu'en égard qu'il s'accompagne en l'espèce d'un montage financier, consistant dans la constitution d'une Sicafi et la vente à celle-ci des 68 immeubles de l'Etat, la partie adverse ne lancera plus un tel marché dans un avenir prévisible, et que, quant à l'ampleur du marché, il se caractérise par la valeur des immeubles évaluée par le conseiller immobilier de l'Etat à 613,6 millions € et par le fait qu'il s'insère dans un programme portant sur plusieurs années; qu'elles font ensuite valoir une perte d'image ou une exclusion du secteur des sociétés aux revenus structurellement sécurisés ainsi que le fait que leur image de marque se voit sérieusement écornée par les allusions peu gratifiantes contenues dans le rapport d'évaluation des offres;

Considérant qu'en soi, la perte d'un marché mis en concurrence ne suffit pas à constituer un préjudice grave difficilement réparable; qu'en effet, la perte d'une commande publique et, dès lors, d'une part de marché dans le domaine considéré, est inhérente à toute procédure de mise en concurrence; qu'elle ne le peut que si elle s'accompagne de circonstances particulières démontrant, par exemple, qu'elle risque d'empêcher la continuation des activités ou même l'existence de la demanderesse, ou de compromettre lourdement sa réputation ou sa stratégie commerciale dans son secteur

d'activités; que, sur ce point, les demanderesses ne démontrent pas que de telles conditions sont remplies dans leur chef;

Considérant, en ce qui concerne la perte d'un marché de références, que constitue un tel marché celui dont la rareté, l'ampleur, la complexité de conception ou d'exécution, la mise en oeuvre de techniques particulières ou nouvelles sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation toute particulière; qu'en l'espèce, les demanderesses démontrent à suffisance que le marché public querellé peut être considéré comme tel; que la partie adverse ne le conteste d'ailleurs pas en soi; que, pour ces raisons, le marché litigieux constitue de ce fait une "vitrine" pour le prestataire de services qui le réalisera; qu'ainsi, la décision d'attribution du marché risque de comporter pour les demanderesses des conséquences graves difficilement réparables;

Considérant que les deux conditions requises par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, étant remplies, la demande de suspension est accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les affaires portant les numéros G./A.177.115/VI-17.238 et G./A.177.155/VI-17.239 sont jointes.

Article 2.

Les requêtes en intervention introduites par la société anonyme COFINIMMO sont accueillies dans la procédure en référé.

Article 3.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du 15 septembre 2006 d'attribuer à la société anonyme COFINIMMO le marché de services immobiliers pour la création d'une nouvelle SICAFI.

Article 4.

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 5.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 6.

Les dépens relatifs aux requêtes en intervention, liquidés à la somme de 250 euros, sont mis à la charge de la partie intervenante.

Les dépens sont réservés pour le surplus.

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

M ^{me} WILLOT-THOMAS,	Président de chambre,
MM. LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
NIHOUL,	Conseiller d'Etat,
M ^{me} SCHMITZ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

V. SCHMITZ.

M.-L. WILLOT-THOMAS.