CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 223.822 du 11 juin 2013

G./A.208.851/VI-19.980

En cause : **1. la société anonyme BESIX,**
2. la société anonyme ART & BUILD ARCHITECT,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze-en-Bourgogne, n° 62,
5000 Namur,

contre :

l'Etat belge, représenté par le Vice-Premier Ministre
et Ministre des Affaires étrangères, du Commerce extérieur
et des Affaires européennes,

ayant élu domicile chez
Mes David D'HOOGHE, Bruno LOMBAERT et
Nathalie FRANCOIS, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 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 17 mai 2013, la société anonyme BESIX et la société anonyme ART & BUILD ARCHITECT sollicitent l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision du 3 mai 2013 par laquelle la partie adverse a décidé de ne pas les sélectionner dans le cadre d'une procédure négociée avec publicité relative à l'attribution d'un marché intitulé "Conception et construction de la nouvelle Chancellerie de l'Ambassade de Belgique à Kinshasa".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 21 mai 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 6 juin 2013 à 10 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Mes Ann Lawrence DURVIAUX et Kim MORIC, avocats, comparaissant pour les parties requérantes et Mes Bruno LOMBAERT, Nathalie FRANCOIS et David D'HOOGHE, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^me^ l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue 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

III. 1. Le marché public litigieux a fait l'objet d'un avis de marché publié au Journal officiel de l'Union européenne du 9 mars 2013 et au Bulletin des adjudications du 5 mars 2013.

Ce marché a pour objet la "conception et construction de la nouvelle Chancellerie de l'Ambassade de Belgique à Kinshasa".

Il est connu de la partie adverse sous la référence "P&O4.1/CLE/Log 05.03.KIN.2013".

La procédure retenue est la procédure négociée avec publicité sur la base de l'article 17, § 3, 2° de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

III. 2. Les requérantes, agissant comme membres d'un consortium portant le nom AMBABEL–BESIX/ART & BUILD, ont déposé leur candidature dans le délai prévu.

III. 3. Quatre candidatures ont été adressées à la partie adverse dans le délai requis. Celle-ci les a examinées et a établi un rapport de sélection, qui mentionne notamment ce qui suit :

" Les documents pris en compte dans l'évaluation des candidats sont les suivants :
• les candidatures introduites dans le délai, au plus tard le 12 avril 2013 (à 12 heures);
• les informations complémentaires, envoyées par courriel ou par la poste, reçues dans le délai requis.
[…]
Les candidatures ont premièrement été évaluées sous l'angle de leur complétude et du respect des exigences formelles. Ensuite, les candidatures ont été vérifiées quant aux conditions d'admissibilité et aux critères minimaux de sélection qualitative indiqués dans l'avis de marché et le guide de sélection".

Dans le rapport de sélection figure encore ce qui suit:

" Pour deux candidats, AMBABEL – BESIX / ART & BUILD et CONSORTIUM DU 30 JUIN, le pouvoir adjudicateur a néanmoins jugé nécessaire d'obtenir des éclaircissements sur leurs dossiers de candidature afin de prendre position sur leur sélection. Le pouvoir adjudicateur les a dès lors interrogés en application du point 2.1.5 du guide de sélection.

Seule a toutefois été donnée à ces candidats la possibilité de transmettre des éclaircissements, des commentaires et/ou des précisions sur leur candidature. Leur réponse devait donc se limiter à transmettre les documents et/ou les explications réclamés, en rapport avec ce qui figurait déjà dans leur candidature, qui devaient être éclairants pour le pouvoir adjudicateur.

Il sera précisé ci-dessous, dans l'analyse candidat par candidat, pour quels éléments des éclaircissements ont été demandés au candidat, si une réponse a été reçue par le pouvoir adjudicateur et si celle-ci a donné satisfaction".

Le rapport de sélection conclut, à propos de la candidature des requérantes :

" Les références présentées par AMBABEL – BESIX / ART & BUILD n'ont dès lors pas été jugée suffisamment pertinentes pour établir sa capacité technique à exécuter le présent marché dès lors qu'elles n'établissent pas sa capacité technique à concevoir un bâtiment comparable en Afrique sub-saharienne.
[…]".

III. 4. Le 3 mai 2013, la partie adverse a pris la décision suivante :

" Attendu que les entreprises / consortiums suivant(e)s ont introduit une candidature dans le délai précité :
1. AMBABEL-BESIX/ART & BUILD
2. BELCO
3. CONSORTIUM DU 30 JUIN
4. DENYS S.A.
Attendu que pour les motifs détaillés dans le rapport de sélection – qui est une annexe de la présente décision de sélection et en fait intégralement partie –, la candidature du candidat suivant doit être considérée comme ne satisfaisant pas à toutes les exigences minimales mentionnées dans l'avis de marché et le guide de sélection :
• AMBABEL–BESIX/ART & BUILD".

Il s'agit de la décision attaquée.

La partie adverse l'a notifiée "par porteur" uniquement.

IV. EXTREME URGENCE

Sans qu'il faille rechercher si la communication prévue à l'article 65/8, § 1er, de la loi du 24 décembre 1993 précitée a été opérée ou non en l'espèce selon les modalités prescrites par cette disposition, on peut admettre que le délai de quinze jours prévu à l'article 65/23, § 3, de la même loi a été respecté puisque l'acte attaqué a été notifié au plus tôt par courrier daté du 3 mai 2013 et que la requête a été introduite le 17 mai 2013.

Dans ces conditions, l'extrême urgence paraît suffisamment établie.

V. TROISIEME MOYEN

V. 1. Thèses des parties

Les requérantes prennent un troisième moyen "de la violation de l'article 17 , § 3, 2° de la loi du 24 décembre 1993 […], des articles 3, 8° et 27 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'erreur manifeste d'appréciation, du défaut de motivation matérielle en fait et en droit, de la contradiction dans les motifs du choix de la procédure de passation".

Les requérantes soutiennent que le "Guide de sélection" comporte une très longue motivation du choix de la procédure négociée avec publicité fondée sur l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993, que les motifs de fait invoqués ne sont cependant pas de nature à justifier le choix de cette procédure, que les hypothèses énoncées à l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993 sont d'interprétation stricte, la procédure négociée étant une procédure exceptionnelle, que la prise en compte de ces hypothèses doit se combiner avec la nouvelle procédure de dialogue compétitif prévue par les dispositions de la loi du 15 juin 2006 entrées en vigueur le 28 septembre 2011 et qu'aux termes de l'article 27 de cette loi :

" Le pouvoir adjudicateur ne peut recourir à la procédure du dialogue compétitif que dans le cas d'un marché particulièrement complexe lorsqu'il :
1° n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques aptes à satisfaire ses besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques, financières ou juridiques, et
2° estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas de passer le marché.
Le Roi fixe les règles à respecter lors d'un dialogue compétitif. Celles-ci imposent notamment :

– l'égalité de traitement de tous les participants au cours du dialogue;
– la non-divulgation aux participants des solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un participant au dialogue sans l'accord de celui-ci".

Les requérantes affirment que le "Guide de sélection" justifie en substance le choix de la procédure négociée sur la base des motifs qu'elles présentent en ces termes :

" (1) Le marché litigieux supposerait une «collaboration longue et complexe entre l'autorité et le secteur privé» (Guide de sélection, page 4 [...]);

(2) La partie adverse prétend disposer «d'une image claire du résultat attendu», mais indique en même temps «que la nature spécifique de l'objet du marché empêche que les conditions du marché soient définies de manière exhaustive» (Guide de sélection, page 4);

(3) La partie adverse souhaite préciser ces conditions «après la publication du marché et même après la réception des offres»; ceci empêcherait l'adjudication ou l'appel d'offres, ces deux procédures n'étant pas suffisamment flexibles (Guide de sélection, page 4);

(4) La procédure de dialogue compétitif ne serait pas appropriée, au motif que la partie adverse veut, après le dépôt des offres, pouvoir affiner celles-ci «sur des points qui ne pouvaient ni être suffisamment clarifiés, ni être prévus avant le dépôt des offres» (Guide de sélection, page 5);

• La partie adverse annonce cependant qu'elle compte mettre à disposition des soumissionnaires un «cahier des charges de performances», la «liberté créatrice» impliquant une mise au point de l'aspect design, des «ajustements» fonctionnels, techniques, architecturaux ou financiers-budgétaires
• La partie adverse exclut également dans la foulée la «procédure de concours»;
• La volonté serait d'adapter l'offre finale «aux besoins de l'exploitant du bâtiment»;
• La partie adverse ajoute cependant que le marché n'est pas «particulièrement complexe», et qu'«il n'est pas nécessaire de discuter les solutions techniques possibles» (Guide de sélection, page 6)

(5) Il résulterait de ces considérations que seule la procédure négociée serait adéquate, les conditions d'application de l'article 17, § 3, 2°, à savoir un marché portant sur des «travaux ou services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix», étant prétendument remplies.

L'ensemble de ces motifs sont manifestement contradictoires et inadéquats pour justifier le choix de la procédure négociée sur la base de l'article 17, § 3, 2° de la Loi du 24 décembre 1993".

Les requérantes font valoir, "premièrement", que les travaux ou services qui forment l'objet du marché ne sont pas de nature incertaine et ne présentent aucun aléa qui empêcherait une fixation préalable et globale des prix, qu'il s'agit de concevoir et de construire un bâtiment de la nouvelle Chancellerie de l'Ambassade de Belgique à Kinshasa, que ce ne sont pas les prestations qui rendent impossible la fixation globale et préalable des prix mais la méthodologie "aberrante" choisie par la partie adverse pour mener à bien ce projet, que la partie adverse a renoncé à suivre les

règles élémentaires à respecter pour la conduite d'un projet de construction, "à savoir la définition des besoins, traduite ensuite dans un programme, même sommaire, des travaux à réaliser (définition des fonctions, surfaces, budget provisoire ou sommaire, etc.) soit la feuille de route indispensable pour commencer tout projet de construction" et que "si la partie adverse avait respecté ces règles, définir les travaux et services faisant l'objet du marché n'aurait soulevé aucune difficulté particulière", ce qu'elle reconnaît dans le "Guide de sélection".

Les requérantes affirment, "deuxièmement", que "la partie adverse semble ignorer que la globalisation des objets (conception/réalisation) implique nécessairement que l'offre remise dans le cadre d'une procédure ordinaire n'est pas l'offre qui sera exécutée, dans la mesure où il est possible d'ajuster le projet soit dans le cadre des autorisations administratives qui seront nécessaires pour la construction, soit dans le cadre d'une mise au point fonctionnelle et esthétique du bâtiment".

Les requérantes énoncent, "troisièmement", qu'affirmer que les procédures d'adjudication et d'appel d'offres ne sont pas suffisamment flexibles eu égard au marché litigieux n'est pas de nature à justifier le recours à la procédure négociée.

Elles soutiennent, "quatrièmement", que la partie adverse tente de justifier le recours à la procédure négociée en indiquant que la procédure de dialogue compétitif ne serait pas appropriée, notamment parce qu'il serait nécessaire, après le dépôt des offres, d'affiner celles-ci sur des points qui ne pouvaient être suffisamment clarifiés ni prévus avant ce dépôt. Elles opposent que, "de deux choses l'une, si la partie adverse entend dans le cadre d'une procédure négociée, négocier des offres sur la base de besoins qui n'étaient pas formulés dans le cahier spécial des charges, [elle] commettrait une illégalité puisque, dans le cadre des marchés européens, il est impossible de négocier après le dépôt des offres le contenu du cahier des charges" tandis que "si la partie adverse veut simplement faire clarifier les offres, cette faculté est précisément prévue dans le cadre du dialogue compétitif" et qu'"il ne peut être admis que le choix de la procédure négociée avec publicité sur base de l'article 17, § 3, 2° de la loi du 24 décembre 1993 soit justifié par l'impossibilité d'organiser une procédure de dialogue compétitif".

Elles font valoir enfin, "cinquièmement", que la motivation ne fait pas ressortir en quoi la construction d'une chancellerie servant d'ambassade à Kinshasa et les services de conception seraient d'une nature ou présenteraient des aléas tels, in concreto, qu'il serait impossible de déterminer un prix préalable et global, "l'impossibilité ne pouvant résulter du comportement volontaire du pouvoir

adjudicateur, à savoir établir un cahier des charges de performances avant la publication d'un avis de marché !".

Dans sa note d'observations, la partie adverse met en question l'intérêt des requérantes au moyen dans la mesure où les deux premiers moyens ne seraient pas reconnus sérieux.

Elle reproduit les motifs, tels qu'ils figurent aux pages 4 à 7 du "Guide de sélection", pour lesquels elle a décidé de recourir à la procédure négociée avec publicité sur la base de l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 :

" 1. Le présent marché suppose une collaboration longue et complexe entre l'autorité et le secteur privé. Un partenaire privé ou un consortium de partenaires privés sera chargé d'un vaste ensemble de tâches (incluant études et construction) dans le but de réaliser une nouvelle chancellerie belge à Kinshasa.

2. Bien que l'autorité dispose en l'espèce d'une image claire du résultat attendu, la nature spécifique de l'objet du marché empêche que les conditions du marché soient définies de manière exhaustive préalablement au lancement du marché. Ces conditions doivent, partant, pouvoir être précisées avec les soumissionnaires après la publication du marché et même après la réception des offres.

Dans cette optique, le marché ne peut donc pas être attribué par le biais d'une adjudication, ni via un appel d'offres. Aucune de ces deux procédures ne présente la flexibilité nécessaire pour pouvoir attribuer le marché. Manque, en particulier, la possibilité de négocier et de se concerter avec les soumissionnaires (tant avant qu'après le dépôt des offres).

3. Par ailleurs, la procédure de dialogue compétitif ne semble pas non plus appropriée pour mettre ce marché en concurrence, et ce pour plusieurs raisons.

Premièrement, il est en l'espèce nécessaire, après le dépôt des offres (finales), de pouvoir encore négocier en vue d'affiner les offres sur des points qui ne pouvaient ni être suffisamment clarifiés, ni être prévus avant leur dépôt.

Il est laissé aux soumissionnaires, au départ d'un cahier des charges de performances (indiquant les besoins du pouvoir adjudicateur), une certaine liberté créatrice afin de leur permettre de développer eux-mêmes un projet technique et architectural. Il est donc tout à fait impossible de prédire dans quelle mesure ce projet répondra d'emblée entièrement aux besoins du pouvoir adjudicateur, et si des ajustements (au projet et/ou aux documents du marché) seront nécessaires et/ou souhaitables en vue d'atteindre un résultat optimal, particulièrement au regard des contraintes de représentativité et de sécurité propres à un marché ayant un objet de cette nature.

Il est inévitable que la liberté de création recherchée mène à une proposition concrète de contenu à laquelle une série de demandes d'amélioration et/ou d'adaptation devront encore pouvoir être formulées (qui ne peuvent pas être entièrement anticipées dans le cahier des charges de performances). Il existe ainsi une incontestable nécessité d'adapter le contenu de l'aspect «Design», tel que proposé par les soumissionnaires, aux besoins spécifiques du pouvoir adjudicateur, et ce jusque et y compris dans l'offre finale.

Outre les ajustements qui pourraient s'imposer pour des motifs fonctionnels, techniques, architecturaux ou financiers-budgétaires, interviennent au surplus, en

l'espèce, bien évidemment, des aspects de représentativité et sécuritaires spécifiques.

La nécessité d'adapter le projet aux besoins spécifiques du pouvoir adjudicateur est donc de nature à avoir des répercussions sur l'ensemble de l'offre de chaque soumissionnaire, qui doit donc de la même manière pouvoir être entièrement adaptée, et ce jusqu'au moment de la conclusion du marché.

La procédure de concours en vue d'obtenir un projet architectural n'est du reste pas une option, parce que l'impact financier des projets doit pouvoir être immédiatement pris en considération.

La nécessité de pouvoir négocier avec les soumissionnaires est donc indiscutablement liée au souci d'obtenir des offres complètes en termes de contenu et non à celui de trouver une solution globale pour la réalisation d'une nouvelle chancellerie. Il est en effet en l'espèce peu utile de discuter des solutions en tant que telles mais il est, par contre, nécessaire de disposer d'une possibilité d'adapter toutes les offres remises par les soumissionnaires, même l'offre finale, afin qu'elles soient conformes aux besoins de l'exploitant du bâtiment, notamment pour des raisons évidentes de représentativité et de sécurité et au vu des incertitudes liées au lieu d'exécution du marché. Or, le dialogue compétitif ne permet pas une telle possibilité de négociation et d'adaptation après la clôture du dialogue et la remise des offres finales.

En outre, le pouvoir adjudicateur estime qu'il n'est en l'espèce pas évident de soutenir que le présent marché constitue un marché particulièrement complexe (cfr. complexité technique, financière et/ou juridique) tel qu'exigé pour pouvoir recourir à la procédure de dialogue compétitif. La complexité, qui est certes présente, n'empêche cependant pas qu'il soit effectivement possible pour le pouvoir adjudicateur de rédiger un cahier des charges technique sur la base duquel des offres contraignantes devront être déposées et évaluées. Il n'est pas nécessaire de pouvoir préalablement discuter des solutions techniques possibles pour rencontrer les besoins du pouvoir adjudicateur.

De plus, en l'absence de préfinancement par le partenaire privé et/ou de création d'une entité mixte par le pouvoir adjudicateur et le partenaire privé, le marché ne semble pas non plus présenter la complexité suffisante au niveau juridique et/ou financier.

Pour ces raisons, le pouvoir adjudicateur estime que la figure du dialogue compétitif n'est pas appropriée pour la mise en concurrence du présent marché. Le pouvoir adjudicateur n'a en effet pas besoin de mener un dialogue au sujet des solutions qui peuvent être développées, mais bien de négocier sur la base d'une offre introduite en fonction d'une solution prédéterminée.

4. Il ressort de ce qui précède que la procédure négociée avec publicité est la seule procédure adéquate pour le présent marché. La nature de l'objet du marché et les circonstances incertaines rendent impossible la fixation préalable et globale du prix, de sorte que l'on se trouve dans l'un des cas d'application de la procédure négociée avec publicité.

Conformément à l'article 17, § 3, 2° de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, le pouvoir adjudicateur peut recourir à la procédure négociée avec publicité quand «il s'agit, dans des cas exceptionnels, de travaux ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix».

La nature spécifique de l'objet du marché entraine qu'en l'espèce, un prix global ne peut en effet pas être définitivement fixé et que des négociations doivent pouvoir

être effectivement menées avec les soumissionnaires après la réception des offres, et ce jusqu'aux offres finales comprises.

Il faut en effet prendre en compte, dans le présent marché, les impératifs de représentativité et de sécurité particuliers qui sont spécifiques à la conception et à la construction d'une nouvelle chancellerie et doivent pouvoir contraindre à adapter les propositions formulées par les soumissionnaires.

En outre, l'exécution du présent marché aura lieu en République démocratique du Congo, ce qui accroit encore les incertitudes, notamment quant aux exigences des autorités locales –lesquelles ne respecteront pas nécessairement un timing prédéterminé permettant leur prise en compte avant remise des offres et dépendront certainement dans une large mesure du projet choisi–. Ces incertitudes liées au lieu d'exécution sont donc également de nature à imposer des adaptations des offres (et ce même après remise de l'offre finale).

Si le projet doit être adapté sur la base d'une confrontation à l'un de ces éléments, des coûts complémentaires y seront nécessairement liés. Il n'est donc pas possible de déterminer par avance (sans négociations) quel sera le prix global du projet qui devra finalement être pris en compte.

En outre, en l'espèce, il importe tout particulièrement que le marché permette de répondre à l'ensemble des besoins du pouvoir adjudicateur (lesquels ne peuvent pas tous être définis par avance et dépendent, comme vus ci-avant, du projet déterminé proposé par chaque soumissionnaire), tout en maintenant une grande rigueur budgétaire. L'enveloppe budgétaire disponible pour ce projet est en effet tout à fait intangible. Des choix et arbitrages – entrainant partant des adaptations – devront donc, le cas échéant, être réalisés au sein des projets proposés, afin d'assurer le respect conjoint de ces deux impératifs.

Une certaine flexibilité et une marge de négociation après réception des offres, en ce compris finale, sont nécessaires".

La partie adverse conclut qu'on ne peut lui reprocher de n'avoir pas exposé les aléas présents dans le marché et justifiant le recours à la procédure négociée avec publicité, que les motifs qu'elle a invoqués ne sont pas contradictoires et que la nécessité de recourir à la procédure négociée n'est pas la conséquence de la méthodologie qu'elle a suivie.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la recevabilité du troisième moyen

En l'espèce, la partie adverse a décidé de recourir à la procédure négociée avec publicité, telle que prévue par l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993.

Cette disposition est rédigée en ces termes :

" Il peut être traité par procédure négociée en respectant les règles de publicité déterminées par le Roi lorsque :
[…]
2° dans le cas d'un marché public de travaux ou de services :

- il s'agit, dans des cas exceptionnels, de travaux ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix;
[…]".

L'article 17, § 3, 2° de la loi du 24 décembre 1993 s'écarte manifestement de la règle de base exprimée à l'article 1er, § 1er, de la même loi, aux termes duquel les marchés publics sont passés avec concurrence.

Il est dès lors d'interprétation stricte.

Prima facie, les requérantes paraissent recevables à en invoquer la violation.

La décision attaquée procède en effet d'une décision antérieure de la partie adverse, celle de recourir à la procédure négociée avec publicité.

Le "Guide de sélection" qui figure aux pièces de la procédure fait apparaître, notamment en ses pages 4 à 8, le lien entre la procédure négociée avec publicité et la sélection qui a suivi.

Le pouvoir adjudicateur a entendu justifier le choix de la procédure négociée, organiser une phase de sélection sur la base des critères mentionnés dans l'avis de marché et le guide précité, puis passer, le moment venu, à la décision d'attribution.

On ne peut exclure que, dans le cas où la suspension de l'exécution de la décision attaquée viendrait à être décidée sur le fondement du troisième moyen, la partie adverse recommence la procédure de passation du marché sur un autre fondement législatif et sur d'autres critères de sélection, ce qui pourrait restituer aux requérantes une chance de se voir attribuer le marché.

Prima facie, les requérantes paraissent pouvoir faire état d'un intérêt suffisant à soulever le troisième moyen.

B. Quant au fondement du troisième moyen

L'article 17, § 3, 2° de la loi du 24 décembre 1993 permet de recourir à la procédure négociée avec publicité "dans des cas exceptionnels".

Cette condition est inscrite à l'article 30, 1.b) de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

La partie adverse prend soin d'expliciter de manière circonstanciée, aux pages 4 à 7 du "Guide de sélection", les motifs qui lui paraissent justifier, en l'espèce, le choix de la procédure négociée avec publicité.

On ne voit cependant pas qu'elle se soit attachée à établir en quoi l'ouvrage relevait d'un cas exceptionnel, comme le requiert pourtant l'article 17, § 3, 2° de la loi du 24 décembre 1993.

La partie adverse devait faire ressortir encore, pour respecter le même article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993, qu'il s'agissait de travaux "dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix".

La partie adverse a certes fait apparaître qu'elle devait compter avec des contraintes particulières qui ne sont pas contestées.

On n'aperçoit pas cependant en quoi ces contraintes affectaient les travaux et services eux-mêmes et empêchaient une fixation préalable et globale des prix.

Les éléments invoqués par la partie adverse, à savoir la difficulté de prévoir les exigences des autorités locales et les impératifs de représentativité et de sécurité, n'apparaissent pas, prima facie, comme des aléas inhérents aux travaux et services, seuls envisagés par le législateur dans l'article 17, § 3, 2° de la loi du 24 décembre 1993.

La partie adverse a certes entendu se réserver la faculté de négocier en vue d'affiner les offres sur des points dont elle affirme qu'ils ne pouvaient être prévus avant leur dépôt.

Cette faculté apparaît moins liée à la nature ou aux aléas des travaux et services en cause qu'à la volonté du pouvoir adjudicateur de déterminer progressivement l'ouvrage à réaliser.

Au surplus, le "Guide de soumission" versé parmi les pièces réputées confidentielles par la partie adverse, fait ressortir que, parmi les critères d'attribution, 60 points sur 100 sont affectés au prix et 40 points sur 100 à la qualité de la proposition, étant précisé que "les prix forfaitaires globaux proposés par les soumissionnaires seront évalués par le pouvoir adjudicateur sur la base mathématique d'une règle de trois".

Prima facie, la fixation préalable et globale des prix n'est donc pas apparue impossible au pouvoir adjudicateur, comme l'exige cependant l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993.

Dans ces conditions, le troisième moyen paraît sérieux.

VI. BALANCE DES INTERETS

Aucun élément ne fait apparaître que les conséquences négatives de la suspension de l'exécution de la décision attaquée pourraient l'emporter sur ses avantages.

VII. CONFIDENTIALITE

Il y a lieu, à ce stade de la procédure, de soustraire à la contradiction des parties les pièces déposées à titre confidentiel par les requérantes et par la partie adverse.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est suspendue l'exécution de la décision du 3 mai 2013 par laquelle l'Etat belge a décidé de ne pas sélectionner le consortium AMBABEL–BESIX/ART & BUILD dans le cadre d'une procédure négociée avec publicité relative à l'attribution d'un marché intitulé "Conception et construction de la nouvelle Chancellerie de l'Ambassade de Belgique à Kinshasa".

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces déposées à titre confidentiel par les parties sont, à ce stade de la procédure, soustraites à la contradiction.

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.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le onze juin deux mille treize par :

MM. Paul LEWALLE, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX, Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX. Paul LEWALLE.