

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 224.298 du 8 juillet 2013

G./A.209.143/VI-19.991

En cause :

- 1. la société anonyme BESIX GROUP,**
- 2. la société anonyme COMPAGNIE D'ENTREPRISES C.F.E.,**
- 3. la société de droit luxembourgeois DIF INFRA 3 PPP 1 LUXEMBOURG,**

ayant élu domicile chez
Mes Pieter PUELINCKX et
Lieve SWARTENBROUX, avocats,
rue Brederode, n° 13,
1000 Bruxelles,

contre :

la Régie des Bâtiments,

ayant élu domicile chez
Mes David D'HOOOGHE, Bruno LOMBAERT,
Ian ARNOUTS et Michèle BELMESSIERI, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

Parties intervenantes :

- 1. la société de droit australien MACQUARIE CAPITAL GROUP LIMITED,**
- 2. la société de droit espagnol VIALIA SOCIEDAD GESTORA DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS S.L.,**
- 3. la société de droit espagnol FCC CONSTRUCCION S.A.,**
- 4. la société anonyme DENYS,**

ayant élu domicile chez
Mes Christel VAN DEN EYDEN, Frank JUDO
et Aurélien VANDEBURIE, avocats,
boulevard de l'Empereur, n° 3,
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 11 juin 2013, la société anonyme BESIX GROUP, la société anonyme COMPAGNIE D'ENTREPRISES C.F.E. et la

société de droit luxembourgeois DIF INFRA 3 PPP 1 LUXEMBOURG sollicitent l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution "de la décision du 24 mai 2013 de la Régie des Bâtiments relative à la désignation du soumissionnaire préférentiel excluant définitivement les parties requérantes de la poursuite de la procédure négociée pour le DBFM Conception, construction, financement et entretien d'un nouveau complexe pénitentiaire à Haren".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

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

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

La société de droit australien MACQUARIE CAPITAL GROUP LIMITED, la société de droit espagnol VIALIA SOCIEDAD GESTORA DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS S.L., la société de droit espagnol FCC CONSTRUCCION S.A. et la société anonyme DENYS ont, par une requête introduite le 26 juin 2013, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la présente procédure.

Par une requête introduite le 27 juin 2013, les parties requérantes sollicitent, en application de l'article 87, § 2, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, que la pièce 23 du dossier administratif déposé par la partie adverse soit considérée comme confidentielle.

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

Mes Pieter PUELINCKX, Xavier TATON, Kim MORIC et Alain DELFOSSE, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, Mes DAVID D'HOOGHE, Bruno LOMBAERT, Ian ARNOUTS et Michèle BELMESSIERI, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Frank JUDO et Aurélien VANDEBURIE, avocats, comparaissant pour les parties intervenantes, 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

Tels qu'ils sont exposés par les requérantes, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être décrits comme suit :

" 1. Les trois requérantes (ci-après également «SPC Brussels Prison») ont formé ensemble la société anonyme en formation SPC Brussels Prison, en vue de prendre part à la procédure d'attribution pour un nouveau complexe pénitentiaire en région bruxelloise.

2. Dans le cadre du Masterplan 2008-2012-2016 pour une infrastructure carcérale plus humaine, la Régie des Bâtiments (ci-après la «Régie») désirait prévoir en région bruxelloise la construction d'un nouveau complexe pénitentiaire via une collaboration public-privé.

A cet effet, elle a annoncé un marché pour la conception, la construction, le financement et la mise à disposition d'un nouveau complexe pénitentiaire d'une capacité (à titre indicatif) de 1190 places à Haren (Bruxelles), sous-divisé en huit entités. Ce marché comprend tant des travaux que des services, et le partenaire privé devra assurer la construction, le financement et la mise à disposition du nouveau complexe pénitentiaire. Les services comprendront non seulement l'entretien incombant au propriétaire, mais également une partie de l'entretien incombant à l'utilisateur, ainsi que certaines prestations de services facilitaires.

Lors de l'annonce du marché, l'objectif était une réception provisoire et la mise en service du complexe pénitentiaire en 2016, moment à partir duquel la Régie mettra le complexe à la disposition du SPF Justice pour une période de 25 ans.

3. L'attribution s'est déroulée par procédure négociée avec publicité.

Ce marché a été rendu public dans le Bulletin des Adjudications et le Journal officiel de l'Union européenne du 31 janvier 2012 et du 3 février 2012.

Six demandes de participation ont été reçues, parmi lesquelles quatre candidats ont été sélectionnés le 29 mars 2012, dont les requérantes, ainsi que le Consortium Cafasso (ci-après «Cafasso»), le consortium Strabag Real Estate-Sodexo Belgium (ci-après «Strabag-Sodexo») et SPV Libra.

Les candidats sélectionnés invités à déposer une offre ont reçu le cahier des charges composé de quatre parties, en ce compris le guide de soumission, le projet de contrat DBFM, le cahier des charges des performances et différentes informations relatives à la localisation du futur complexe pénitentiaire.

La Régie a annoncé dans le guide de soumission qu'elle prévoyait de mettre à disposition à court terme une traduction anglaise du guide de soumission et du projet de contrat DBFM. Préalablement au dépôt de la première offre, les candidats ont reçu à titre d'information une traduction anglaise du guide de soumission et du contrat DBFM. La Régie n'a pas fourni aux candidats une traduction anglaise des documents adaptés lors de la phase pendant laquelle les offres adaptées devaient être déposées.

4. Le guide de soumission prévoyait une procédure en plusieurs étapes, qui consistaient dans les grandes lignes au dépôt d'une première offre en vue de l'appréciation de celle-ci, suivi d'un tour de négociations après lequel les candidats

pouvaient déposer une offre adaptée. Après l'appréciation de cette offre adaptée, un soumissionnaire préférentiel serait retenu avec lequel des négociations contractuelles finales seraient menées afin d'aboutir à une décision d'attribution.

5. Le guide de soumission a divisé l'offre en une partie technique et une autre financière, qui devaient être déposées à des moments différents.

Le guide de soumission mentionne que les offres sont en première instance jugées sur leur régularité formelle, après quoi il est contrôlé si elles satisfont aux exigences techniques et financières minimales, pour ensuite être jugées sur base des critères d'attribution.

Le guide de soumission prévoit deux critères d'attribution, chacun sur 50 points, à savoir le critère financier et le critère technique. Le critère financier est relatif à la partie financière de l'offre. Le candidat avec la valeur actualisée de la redevance brute la plus basse (calculée suivant les dispositions du guide de soumission) reçoit le maximum de points pour ce critère (50 points). Les autres candidats reçoivent des points sur base de la différence de la valeur actualisée qu'ils offrent avec la valeur actualisée offerte la plus basse, étant entendu que chaque tranche de 4 millions d'euros au dessus de la valeur actualisée entraîne la perte d'un point.

6. Le critère de qualité se compose de cinq sous-critères, chacun noté sur 10 points, à savoir :

- l'architecture du complexe pénitentiaire;
- l'intégration dans l'environnement du complexe pénitentiaire;
- la fonctionnalité du complexe pénitentiaire;
- l'exploitation (surtout pour le personnel) du complexe pénitentiaire;
- la durabilité technique du complexe pénitentiaire.

Le critère de qualité est jugé sur base de l'échelle ordinale suivante :

Evaluation des plus-values par rapport à la conformité du cahier des charges	Points correspondants
Aucune plus-value	0 point
Plus-value très limitée	2 points
Plus-value limitée	4 points
Plus-value moyenne	6 points
Grande plus-value	8 points
Très grande plus-value	10 points

Les points n'ont pas de lien avec l'évaluation relative à la conformité aux exigences minimales, mais seulement avec la plus-value des offres par rapport à la simple conformité au cahier des charges.

7. Le guide de soumission mentionne que l'offre peut être introduite au choix en néerlandais ou en français, et que le candidat doit, durant toute la durée de la procédure d'attribution, obligatoirement utiliser la langue de son offre dans ses relations orales et écrites avec la Régie.

Les requérantes ont délibérément choisi la langue française. Ce choix a été motivé par la présence dans le consortium SPC Brussels Prison d'un certain nombre de consultants techniques et de bureaux d'étude qui soit sont majoritairement francophones, comme les bureaux d'architectes ASSAR et CERAU, soit sont établis en France, comme le bureau d'architectes SCAU de Paris et ainsi que certains conseillers pour le financement, comme le conseiller technique Mott Macdonald du bureau de Paris.

Ces architectes et consultants techniques ont été impliqués très étroitement lors de l'élaboration de la partie technique de l'offre des requérantes.

La Régie en était consciente. Pendant les négociations techniques, les requérantes ont d'ailleurs indiqué à la Régie à plusieurs reprises qu'elles désiraient mener les discussions en langue française, afin de permettre aux consultants techniques et aux architectes de pouvoir suivre correctement les négociations. La Régie a d'ailleurs toujours adressé la correspondance au SPC Brussels Prison en français.

Les autres candidats ont fait choix de la langue néerlandaise.

8. La première offre des candidats devait être introduite respectivement le 19 juin 2012 (partie technique) et le 20 août 2012 (partie financière).

En vue de l'appréciation de l'offre à la lumière des sous-critères du critère de qualité, la Régie a fait appel à un jury et à des groupes de travail techniques. [Le jury était composé d'experts externes et de membres du SPF Justice et de la Régie. Le jury devait contrôler les sous-critères «architecture» et «intégration dans l'environnement». Deux groupes de travail techniques du SPF Justice devaient juger les sous-critères «fonctionnalité» et «exploitation». Un groupe de travail technique de la Régie était chargé de l'appréciation du sous-critère «durabilité technique».]

La première offre de chacun des quatre candidats a été jugée formellement régulière et répondant aux exigences minimales.

Sur le critère du prix, Cafasso a atteint le score maximum, en proposant une valeur actualisée de 685.310.727 euros. SPC Brussels Prison a proposé une valeur actualisée de 689.871.814 euros. Strabag-Sodexo a proposé 698.670.400 euros. Entre l'offre de Cafasso et celle des requérantes, il y avait donc une différence de prix d'un peu plus de 4,5 millions d'euros, alors que la différence entre l'offre de Cafasso et de Strabag-Sodexo s'élevait à plus de 13 millions d'euros.

A l'égard du critère de qualité, le jury et chacun des groupes de travail ont établi un rapport sur l'appréciation des premières offres sur base des sous-critères.

La liste des points et le classement se présentait comme suit après appréciation des critères d'attribution :

	Maximum	Cafasso	SPC Brussels Prison	Strabag-Sodexo
Critère financier	50	50	48,86	46,66
Critère de qualité	50	36	22	26
	<u>10</u>	<u>8</u>	<u>4</u>	<u>6</u>
	<u>10</u>	<u>8</u>	<u>4</u>	<u>6</u>
	<u>10</u>	<u>8</u>	<u>4</u>	<u>4</u>
	<u>10</u>	<u>6</u>	<u>4</u>	<u>6</u>
Total	<u>10</u>	<u>6</u>	<u>6</u>	<u>4</u>
	100	86	70,86	72,66
Classement	/	1	3	2

La Régie a pris la décision le 8 octobre 2012 de mener des négociations avec trois candidats, parmi lesquels les requérantes.

9. Des négociations ont eu lieu avec les candidats restants.

La Régie a également mis à disposition un cahier des charges additionnel et adapté, comprenant les instructions pour l'offre adaptée (ci-après les «Instructions pour

l'Offre Adaptée») (parties 1 et 2) et le contrat DBFM. La communication de ces documents était établie comme suit :

Cahier des charges	Date de communication Version néerlandaise	Date de communication Version française	Date de dépôt de l'offre adaptée
Modifications du cahier des charges des performances	14 novembre 2012	14 novembre 2012	
Instructions pour l'Offre Adaptée (partie 1)	20 novembre 2012	5 décembre 2012	21 décembre 2012 (partie technique)
Instructions pour l'Offre adaptée (partie 2) et contrat DBFM	14 décembre 2012	1 février 2013	28 février 2013 (partie financière)

[...]

10. [...]

11. Tous les candidats ont déposé la partie technique de leur offre adaptée dans les délais. Le 14 janvier 2013, les candidats ont présenté cette partie technique.

La partie technique des offres adaptées était soumise à l'appréciation des sous-critères d'attribution par le jury et les groupes de travail techniques.

Les Instructions pour l'Offre Adaptée (partie 1) indiquaient que la Régie lors de l'appréciation des offres adaptées examinerait en premier lieu s'il y avait dans ces offres remises des éléments qui pouvaient justifier une appréciation adaptée d'un ou de plusieurs des sous-critères d'attribution et par conséquent donner lieu à une modification des scores attribués précédemment à l'égard de chacun des sous-critères d'attribution. La Régie a également attiré l'attention sur le fait que les éléments repris dans la note de négociation relatifs aux aspects technico-fonctionnels ne doivent pas nécessairement avoir un effet déterminant sur l'évaluation de la partie technique des offres adaptées.

Les réunions d'évaluation ont eu lieu entre le 14 janvier 2013 et le 14 février 2013. Le jury et les groupes de travail ont chacun établi un rapport d'appréciation (non daté) des offres sur base de chacun des sous-critères d'attribution. Il ressort de cette appréciation que les offres adaptées des trois candidats ont obtenu les points suivants :

- Cafasso : 38 points (2 points de plus que l'appréciation de la partie technique de la première offre);
- Strabag-Sodexo: 38 points (12 points de plus);
- SPC Brussels Prison: 24 points (2 points de plus).

12. La partie financière des offres adaptées a été déposée par la suite à la fin février 2013.

Le rapport d'appréciation des offres adaptées, qui contient l'appréciation des deux critères d'attribution, date du 21 mai 2013.

Il ressort du contrôle du critère financier que les requérantes ont offert la valeur actualisée de la compensation brute la plus basse, à savoir un montant de 595.175.009,64 euros. Elles ont obtenu par conséquent le score maximum sur ce critère, à savoir 50 points.

Cafasso a offert un montant de 626.733.383,23 euros et obtenu par conséquent un score de 42,11 points. Strabag-Sodexo a proposé un montant de 633.039.819,92 euros, avec un score de 40,53 points.

La différence entre la valeur actualisée offerte par SPC Brussels Prison et Cafasso s'élève donc à un peu plus de 31,5 millions d'euros.

L'appréciation globale peut être clairement présentée comme suit :

	Cafasso		SPC Brussels Prison		Strabag-Sodexo	
Sous-critère de qualité	Première offre	Offre adaptée	Première offre	Offre adaptée	Première offre	Offre adaptée
Architecture	8	10	4	4	6	8
Durabilité	6	6	6	8	4	6
Intégration dans l'environnement	8	8	4	4	6	8
Fonctionnalité	8	8	4	4	4	8
Exploitation	6	6	4	4	6	8
Critère de qualité /50	36	38	22	24	26	38
Critère financier /50	50	42,11	48,86	50	46,66	40,53
Total/100	86	80,11	70,86	74	72,66	78,53
Classement		1		3		2

Cafasso a par conséquent été classé premier, Strabag-Sodexo deuxième et SPC Brussels Prison troisième.

13. En conséquence, la Régie a désigné par décision du 24 mai 2014 [lire : 2013] Cafasso comme soumissionnaire préférentiel, avec lequel les négociations contractuelles finales seront entamées. La décision d'attribution définitive sera prise seulement après ces négociations contractuelles finales.

Par ailleurs, la Régie a décidé d'exclure définitivement les deux autres consortiums de la participation ultérieure à la procédure négociée. Ceux-ci ont reçu la contribution aux frais prévue dans le guide de soumission.

Il s'agit de la décision attaquée.

Celle-ci a été portée à la connaissance du SPC Brussels Prison par courrier recommandé, par fax et par e-mail du 27 mai 2013.

14. Par courrier recommandé du 3 juin 2013, les requérantes ont demandé à la Régie des Bâtiments d'obtenir une copie des pièces énumérées. Jusqu'à présent, les requérantes n'ont pas eu accès à ces pièces."

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 26 juin 2013, la société de droit australien MACQUARIE CAPITAL GROUP LIMITED, la société de droit espagnol VIALIA SOCIEDAD GESTORA DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS S.L., la société de droit espagnol FCC CONSTRUCCION S.A. et la société anonyme DENYS demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la présente procédure.

Ces sociétés formant le consortium qui a été désigné comme "Soumissionnaire préférentiel", à l'exclusion des autres soumissionnaires, elles ont un intérêt suffisant à se porter parties intervenantes. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE DE LA DEMANDE DE SUSPENSION

V. 1. Arguments des parties intervenantes

Les intervenantes opposent à la demande une exception d'irrecevabilité, qu'elles formulent en ces termes:

- " 3. La décision attaquée a été approuvée par Monsieur Servais Verherstraeten, Secrétaire d'Etat aux réformes institutionnelles, à la Régie des Bâtiments et au Développement durable, lequel exerce, suivant l'article 3 de la loi du 1^{er} avril 1971 portant création d'une régie des bâtiments, l'autorité hiérarchique sur la Régie.

Ni la loi du 1^{er} avril 1971, ni la loi du 24 décembre 1993, ni l'arrêté royal du 14 octobre 1996 relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière d'octroi de concessions de travaux publics au niveau fédéral, n'exigent du Secrétaire d'Etat qu'il marque son accord sur une décision comme celle qui fait l'objet du présent recours.

La décision d'approbation du Secrétaire d'Etat ne s'incorpore donc pas à la décision de la Régie des bâtiments. Elle constitue un acte administratif distinct, adopté par un représentant de l'Etat fédéral, au titre de l'exercice de son autorité hiérarchique.

C'est cette décision distincte qui, en réalité, cause grief à la partie requérante.

Cette décision valide en effet le choix posé par la partie adverse. Elle ne peut être tenue pour un acte simplement confirmatif puisque, d'une part, elle est adoptée par une autorité administrative différente de celle qui est l'auteur de l'acte attaqué, et, d'autre part, puisqu'on ne peut raisonnablement imaginer, ce que la partie requérante reste en défaut de démontrer, que le secrétaire d'Etat aurait «approuvé» la décision litigieuse sans réexamen du dossier.

La décision litigieuse se substitue ce faisant à la décision adoptée par la Régie des bâtiments. Admettre qu'il n'en soit pas ainsi aboutirait à priver de toute utilité et de tout effet l'exercice par l'autorité hiérarchique du pouvoir qui lui est légalement dévolu. Autrement dit, en «approuvant» la décision litigieuse, la décision du Secrétaire d'Etat a fait davantage que faire sienne la décision de la partie adverse; elle s'est dotée d'une existence propre, distincte de celle approuvée.

C'est donc cette décision, qui se substitue à celle adoptée par la Régie des Bâtiments, qui aurait dû faire l'objet d'un recours de la part de la partie requérante.

Le présent recours est donc irrecevable, dès lors qu'il a pour objet un acte administratif qui ne cause pas grief à la partie requérante et ne peut donc faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. C'est en effet la décision du Secrétaire d'Etat qui cause grief à la partie requérante, dès lors qu'elle s'est substituée à celle de la partie adverse.

4. Votre Conseil ne pourrait étendre l'objet de son recours à la décision du Secrétaire d'Etat. La volonté de la partie requérante est en effet très claire, qui est d'attaquer la décision adoptée par la Régie des Bâtiments, laquelle est seule à la cause et clairement identifiée comme la partie adverse. En toute hypothèse, l'extension de l'objet du recours en ces termes n'est pas envisageable en l'état actuel de la procédure, l'Etat belge n'étant pas à la cause. Le recours est donc irrecevable quant à son objet, et un recours contre la décision du Secrétaire d'Etat serait tardif."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 6, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services est libellé comme suit:

" Chaque ministre est, dans les limites de ses attributions, compétent pour prendre les décisions relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'Etat et des organismes qui relèvent de son autorité hiérarchique".

L'article 3 de la loi du 1^{er} avril 1971 portant création d'une Régie des Bâtiments est libellé comme suit:

" La Régie est sous l'autorité hiérarchique du ministre qui a la Régie des Bâtiments dans ses attributions, dénommé ci-après le ministre.

Le Ministre a qualité pour accomplir tous actes de gestion".

Par un arrêté royal du 5 décembre 2011, publié au Moniteur belge du 6 décembre 2011, Servais VERHERSTRAETEN a été nommé Secrétaire d'Etat aux Réformes institutionnelles, adjoint au Premier Ministre, et Secrétaire d'Etat à la Régie des bâtiments, adjoint au Ministre des Finances et du Développement durable, chargé de la Fonction publique.

Même si l'adoption de l'acte formellement attaqué par le présent recours résulte d'une procédure au cours de laquelle une proposition de décision établie par les agents compétents de la partie adverse a été soumise à l'approbation du secrétaire d'Etat à l'autorité hiérarchique duquel est soumise la Régie des Bâtiments, une seule décision a été prise, laquelle constitue l'acte attaqué par la présente requête.

Cette décision émane de la Régie des Bâtiments, dont l'autorité compétente est, en vertu des dispositions précitées, le secrétaire d'Etat de l'autorité hiérarchique duquel elle relève.

Reposant sur le raisonnement aux termes duquel deux décisions seraient en cause, l'une faisant grief qui n'est pas contestée et l'autre ne faisant pas grief qui est seule attaquée, l'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèse des requérantes

Les requérantes soulèvent un premier moyen, pris de la violation 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, des articles 3, 9°, 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.

Elles l'exposent dans les termes suivants :

" 19. Le guide de sélection énonce ce qui suit en ce qui concerne le choix de la procédure de passation dans le marché public discuté :

«1.5.1. Mode d'attribution

Le présent marché public sera mis en concurrence via une procédure négociée avec publicité, en application 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.

La motivation relative aux choix de cette procédure est intégralement jointe en annexe 4 au présent guide de sélection.»

L'annexe 4 du guide de sélection développe une motivation du choix de la procédure négociée avec publicité fondée sur l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993.

Toutefois, à présumer que la décision de la partie adverse de recourir à la procédure négociée avec publicité soit motivée sur base des mêmes motifs que ceux énoncés dans le guide de sélection, les motifs de fait qui y sont énoncés, ne sont pas de nature à justifier le choix de la procédure négociée avec publicité sur base de l'article 17, §3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993.

En effet, il est de jurisprudence constante que l'hypothèse visée à l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 justifiant le recours à la procédure négociée avec publicité est d'interprétation stricte.

Comme nous le développons, ci-après, l'interprétation de cette hypothèse de justification du recours à la procédure négociée avec publicité visée par cette disposition, doit être faite à la lumière des autres procédures de passation, en particulier à la lumière de la «nouvelle» procédure de dialogue compétitif entrée en vigueur le 28 septembre 2011 en application de l'arrêté royal du 12 septembre 2011.

20. Le guide de sélection justifie en substance le choix de la procédure négociée avec publicité sur base de l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 en raison des motifs de faits suivants :

1. Le marché litigieux supposerait une «collaboration longue et complexe entre l'autorité et le secteur privé»;

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 préalablement au lancement du marché»;

3. La partie adverse souhaite préciser ces conditions «après la publication du marché et même après la réception des offres».

4. la procédure de dialogue compétitif ne serait pas appropriée aux motifs que la partie adverse souhaite «négocier en vue d'affiner les offres sur des points qui ne pouvaient ni être suffisamment clarifiés, ni être prévu avant leur dépôt»:

a. la partie adverse observe qu'il est laissé aux soumissionnaires au départ d'un cahier des charges de performances (indiquant les besoins du pouvoir adjudicateur), une certaine liberté créatrice à fin de leur permettre de développer eux-mêmes un projet technique et architectural; la partie adverse déduit de cette liberté de création une «incontestable nécessité d'adapter le contenu de l'aspect "design" du DBFM, tel que proposé par les soumissionnaires, au besoin spécifique du SPF justice en tant que futur exploitant du complexe pénitentiaire»;

b. pour justifier la nécessité de négocier, la partie adverse invoque l'impossibilité d'entièrement anticiper dans le cahier des charges, «les modifications contractuelles qui apparaîtront nécessaires notamment au vu des adaptations apportées aux propositions architecturales et techniques développées par les soumissionnaires»;

5. en outre, la partie adverse estime que le recours au dialogue compétitif ne serait pas justifié en raison de l'expérience particulière du pouvoir adjudicateur développé dans un passé récent dans des projets similaires de prison, de sorte que le pouvoir adjudicateur dispose déjà d'une connaissance suffisante lui permettant d'évaluer les solutions qui peuvent être proposées par le marché et dès lors de rédiger un cahier des charges de performances réalisables :

«En outre, le Pouvoir adjudicateur estime qu'en l'espèce il n'est 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. Au vu notamment de l'expérience particulière que le pouvoir adjudicateur a développée dans un passé récent dans des projets similaires de prison, il a acquis une connaissance suffisante qui lui permet d'évaluer les solutions qui peuvent être proposées par le marché, ce tant au niveau technique que financier et juridique, et de rédiger un cahier des charges de performance réalisable. La complexité, qui est certes présente, n'empêche donc pas qu'il soit effectivement possible de rédiger un cahier des charges sur la base duquel des offres contraignantes devront être déposées et évaluées. Il n'est pas nécessaire de pouvoir préalablement discuter des solutions possibles pour rencontrer les besoins du pouvoir adjudicateur.»

6. la partie adverse prétend que la nature spécifique du marché et les circonstances décrites ci-après justifient le recours à la procédure négociée sur base de l'art. 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 :

a. la complexité juridique et financière de la structure du contrat DBFM;

- b. la spécificité propre au contrat DBFM d'opérer une répartition des risques clairs et équitables;
- c. la nécessité de négocier le mode de paiement du partenaire privé avec les soumissionnaires;
- d. la concertation devant être menée avec les financiers du partenaire privé à fin d'adapter le financement de manière optimale avec le projet architectural et technique.

7. Il résulterait de ces considérations que seule la procédure négociée avec publicité serait adéquate, les conditions d'application de l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 étant prétendument remplies pour la partie adverse.

L'ensemble de ces motifs sont toutefois manifestement inadéquats et insuffisants pour justifier le recours à la procédure négociée avec publicité sur base de l'art. 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993.

21. Premièrement, les motifs invoqués dans le guide de sélection ne sont pas de nature à pouvoir justifier le recours exceptionnel à la procédure négociée avec publicité sur base de l'art. 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993.

L'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 énonce que :

«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».

Le recours à la procédure négociée avec publicité n'est admis 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 européenne 2004/18/CE. Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat que, en raison du fait que la procédure négociée avec publicité 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 existe effectivement.».

La Cour de justice de l'Union Européenne partage cette appréciation et considère qu'il ne peut être recouru à la procédure négociée que dans des circonstances limitativement mentionnées dans la directive 2004/18/CE et que cette procédure a un caractère exceptionnel :

«Il convient de rappeler que la directive 2004/18/CE prévoit quatre procédures principales pour la passation des marchés publics. L'une d'entre elles est la procédure négociée, dont les modalités sont précisées aux articles 30 et 31 de cette directive.

Cette procédure, à laquelle il ne peut être recouru que dans des circonstances limitativement mentionnées par ladite directive, revêt, par rapport aux procédures ouvertes et restreintes, un caractère exceptionnel (voir par analogie, s'agissant des directives 93/36 et 93/37, arrêt du 13 janvier 2005, Commission/Espagne, C-84/03, Rec. p. I-139, point 47)».

La Commission européenne a également souligné le caractère exceptionnel de la procédure négociée. Dans son livre vert sur les partenariat public-privé, la Commission européenne souligne que la faculté de recourir à la procédure négociée lorsque le marché public porte sur des travaux dont la nature et les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale du prix, a un champ d'application strictement limité aux situations exceptionnelles dans lesquelles les incertitudes pèsent a priori sur la nature ou l'étendue des travaux à effectuer, mais ne vise pas les situations dans lesquelles les incertitudes résultent d'autres causes :

«A titre d'exception, et certaines conditions, le recours à la procédure négociée et parfois possible. A cet égard, la Commission souhaite rappeler que la dérogation prévue à l'article 7, § 2, de la Directive 93/37/CE, qui prévoit le recours à la procédure négociée lorsque le marché porte "sur des travaux dont la nature et les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale du prix", a un champ d'application limitée. Cette dérogation vise uniquement les situations exceptionnelles dans lesquelles des incertitudes pèsent a priori sur la nature ou l'étendue des travaux à effectuer, mais ne vise pas les situations dans lesquelles les incertitudes résultent d'autres causes, telle la difficulté de fixer préalablement le prix en raison de la complexité du montage juridique et financier mis en place.»

Il ressort de ces développements que les motifs relatifs à la complexité et aux contraintes juridiques et financières résultant du contrat DBFM, dont la conclusion est poursuivie par le marché public litigieux, ne sont pas des motifs admissibles pour justifier le recours à l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993.

Il est à souligner que les motifs développés par la partie adverse dans le guide de sélection ne justifient aucunement le recours à la procédure négociée en raison d'incertitudes pesant a priori sur la nature des travaux, ou mêmes des services. Il est à noter que l'avis de marché public publié au Journal officiel de l'Union européenne présente le marché litigieux comme un marché public de travaux.

L'ensemble des motifs précités développés par la partie adverse dans le Guide de sélection pour justifier du recours à la procédure négociée avec publicité sur base de l'article 17, § 3, 2° - en excluant les motifs relatifs à l'inapplication de la procédure de dialogue compétitif - se rapportent ainsi à la complexité juridique du montage juridique et financier mis en place. Il en va ainsi des motifs relatifs aux éléments suivants :

- a. la complexité juridique et financière de la structure DBFM
- b. la spécificité propre au contrat DBFM d'opérer une répartition des risques clairs et équitables
- c. la nécessité de négocier le mode de paiement du partenaire privé avec les soumissionnaires;
- d. la concertation devant être menée avec que les financiers du partenaire privé à fin d'adapter le financement de manière optimale avec le projet architectural et technique.

Ces motifs ne peuvent être admis comme des motifs réguliers pour justifier recours à la procédure négociée avec publicité sur base de l'article 17, § 3, 2°, et en particulier les incertitudes pesant a priori sur la nature ou l'étendue des travaux à effectuer.

22. Secondement, les motifs développés dans le guide de sélection relatifs à la préférence de la partie adverse pour ne pas recourir à la procédure de dialogue compétitif ne sont pas des motifs admissibles pour justifier le recours à la procédure négociée avec publicité sur base de l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993. Il n'est ainsi pas admis que le recours à 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.

23. Troisièmement, la procédure négociée avec publicité n'est pas une alternative au dialogue compétitif dans des cas similaires.

Les motifs invoqués par la partie adverse pour tenter de justifier le recours à la procédure négociée avec publicité en rejetant le recours à la procédure de dialogue compétitif sont de nature à souligner que la partie adverse estime, erronément, que dans une situation de complexité particulière, elle dispose de la faculté de choisir

de recourir à la procédure négociée avec publicité sur base de l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 en lieu et place de la procédure de dialogue compétitif.

Le champ d'application de l'hypothèse de recours à la procédure négociée avec publicité visée à l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 qui transpose l'article 30, § 1^{er}, point b, de la directive 2004/18/CE est restreint selon la Commission européenne et se limite, «aux situations exceptionnelles dans lesquelles des incertitudes pèsent a priori sur la nature ou l'étendue des travaux à effectuer».

Comme nous l'avons exposé précédemment, dans son livre vert sur les partenariats public-privé, la Commission européenne a exclu, du champ d'application de la procédure négociée avec publicité, les situations dans lesquelles les incertitudes résultent d'autres causes, telle la difficulté de fixer préalablement le prix en raison de la complexité du montage juridique et financier mis en place. Cette exclusion est compréhensible en raison de l'existence de la procédure de dialogue compétitif.

La raison de cette exclusion est énoncée dans la Fiche explicative de la Commission européenne sur le dialogue compétitif du 5 octobre 2005. En effet, selon la Commission européenne, le recours à la procédure de dialogue compétitif se justifie en cas de complexité technique ou en cas de complexité juridique ou financière. L'article 27 de la loi du 15 juin 2006 reproduit l'article 29 de la directive 2004/18/CE en ce qui concerne le champ d'application de la procédure de dialogue compétitif.

Selon la Commission, il est évident que cette complexité juridique ou financière, justifiant le recours à la procédure de dialogue compétitif sera très présente dans le cas de projets de partenariat public-privé, comme dans le marché public litigieux :

«Le considérant 31 fait état du fait qu'une complexité juridique ou financière "peut notamment se présenter pour la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance". Il est évident que de telles questions se poseront très, très souvent pour des projets de partenariat public-privé.»

Le champ d'application de la procédure de dialogue compétitif et celui du cas d'application de la procédure négociée avec publicité visé dans les dispositions précitées sont ainsi distincts pour la Commission européenne. Cette analyse amène la Commission européenne, dans sa fiche explicative du dialogue compétitif, à conclure que «La procédure négociée avec publication n'est donc pas une alternative au dialogue compétitif dans des cas similaires.»

On ne peut dès lors partager, l'analyse selon laquelle le champ d'application du dialogue compétitif et celui de la procédure négociée avec publicité se superposeraient considérablement de sorte que la partie adverse pourrait avoir le choix de recourir à la procédure négociée avec publicité plutôt que de recourir au dialogue compétitif en raison des particularités de la complexité constatée.

En l'espèce, le marché public discuté a fait l'objet d'un avis de marché publié le 3 février 2012 au Journal Officiel de l'Union européenne, soit postérieurement à l'entrée en vigueur de l'Arrêté royal du 12 septembre 2011, à savoir le 28 septembre 2011, et dès lors postérieurement à l'entrée en vigueur des dispositions organisant la procédure de dialogue compétitif en droit belge. En conséquence, dans une situation justifiant le recours à la procédure de dialogue compétitif, la Partie adverse ne pouvait utiliser la procédure négociée avec publicité sur base de l'article 17, §3, 2°, précité comme une alternative à la procédure de dialogue compétitif.

La lecture du rapport au Roi de l'arrêté royal du 12 septembre 2011 établi par le Premier Ministre, nous informe que l'entrée en vigueur «anticipée» des

dispositions de la loi du 15 juin 2006 relatives au dialogue compétitif par rapport à l'entrée en vigueur des autres dispositions de cette même loi s'explique par la procédure d'infraction initiée par la Commission européenne contre la Belgique dans le cadre d'un marché public de la Communauté Germanophone relatif à un projet de type DBFM portant sur la conception, la construction, le financement et la maintenance de nouvelles écoles.

Il est à souligner que le rapport au Roi observe que ce n'est pas la discordance de la législation belge et de la directive 2004/18/CE en ce qui concerne le dialogue compétitif, qui a justifié la procédure d'infraction, mais que c'est bien l'usage trop étendu de la procédure négociée avec publicité justifiée sur base de l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, et ce en lieu et place de la procédure de dialogue compétitif qui était la source de préoccupation de la Commission européenne :

«L'objectif est de rendre applicable à brève échéance la procédure de dialogue compétitif, suite à une procédure d'infraction récemment lancée par la Commission européenne à l'encontre du Royaume de Belgique dans le cadre d'un dossier de la Communauté germanophone en matière de constructions scolaires, tout en évitant que soit créé un vide juridique ainsi qu'une absence de conformité par rapport à la Directive 89/665/CE dans le cadre de l'application de la procédure de dialogue compétitif. (...)

Il est à noter que la procédure d'infraction visée n'a pas été lancée en raison d'une discordance entre la législation belge et les directives européennes, mais bien en raison de la possible application erronée de la législation, non pas tant en rapport avec le dialogue compétitif qu'en rapport avec le recours à la procédure négociée avec publicité sur la base de l'article 17, § 3, 2°, de la loi relative aux marchés publics du 24 décembre 1993. Si l'on envisage l'entrée en vigueur anticipée de la procédure de dialogue compétitif, qui est clairement une procédure facultative selon les dispositions de la Directive 2004/18/CE, c'est uniquement pour trouver une solution au problème d'application précité;».

Ainsi, la motivation du Conseil des Ministres pour «anticiper» la transposition complète de la procédure du dialogue compétitif en droit belge doit être trouvée dans l'interprétation restrictive que la procédure de dialogue compétitif induit sur le champ d'application de la cause de justification de la procédure négociée avec publicité visée à l'article 17, § 3, 2°, de la Loi du 24 décembre 1993.

Ainsi le champ d'application de la cause de justification du recours à la procédure négociée sur base de l'article 17, § 3, 2° de la loi du 24 décembre 1993 est à interpréter restrictivement par rapport au champ d'application des autres procédures, telles la procédure de dialogue compétitif, et aussi par rapport aux autres causes de justifications de la procédure négociée. Le recours à l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 devant rester exceptionnel.

24. Quatrièmement, les motifs invoqués par la partie adverse dans le guide de sélection pour justifier du recours à la procédure négociée sur base de l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 sont contradictoires avec les documents du marché eux-mêmes. Comme énoncé précédemment, la partie adverse prétend que la nature spécifique du marché justifie le recours à la procédure négociée sur base de l'art. 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993. Toutefois, les documents du marché contredisent ces motifs.

La partie adverse énonce dans le guide de sélection que «la nature spécifique de l'objet du marché empêche que les conditions du marché soient définies de manière exhaustive préalablement au lancement du marché». Or, il convient de souligner que les conditions contractuelles d'exécution du marché public litigieux sont énoncées de manière particulièrement détaillées dans le projet de contrat DBFM

qui est joint aux documents du marché, en particulier la Partie 2 du cahier spécial des charges.

Certes, les soumissionnaires peuvent apporter des suggestions relatives au cadre contractuel dans le cadre de la procédure de passation. Toutefois, compte tenu, dans les procédures négociées, de la limite stricte imposée par la Cour de justice de l'Union européenne depuis son arrêt du 24 avril 2009 contre l'État Belge, il n'est possible que d'adapter les offres aux exigences prévues dans le cahier spécial des charges et dans les documents complémentaires. Dès lors, les conditions contractuelles du marché insérées dans le Contrat DBFM final qui sera conclu par la partie adverse avec l'adjudicataire seront proches de celles énoncées dans le contrat DBFM joint au cahier spécial des charges, sauf à méconnaître les limites des négociations admises par la Cour de justice.

Par ailleurs, la partie adverse invoque l'existence d'aléas et d'incertitudes pour justifier le recours à la procédure négociée avec publicité. Ces aléas sont justifiés non pas par rapport aux incertitudes pesant a priori sur les travaux en projet mais par rapport à des motifs juridiques, économiques et financiers.

Or, la partie adverse reconnaît d'autre part disposer d'une «expérience particulière que le pouvoir adjudicateur a développée dans un passé récent dans des projets similaires de prison» au point d'avoir acquis «une connaissance suffisante qui lui permet d'évaluer les solutions qui peuvent être proposées par le marché, ce tant au niveau technique que financier et juridique, et de rédiger un cahier des charges de performance réalisable». On peut dès lors s'étonner de cette contradiction dans les motifs, et de cette invocation par la partie adverse d'une expérience particulière dans des projets similaires pour justifier son impossibilité de fixer préalablement et globalement les prix lorsque dans un passé récent, dans le cadre du «Master plan 2008-2012-2016 pour une infrastructure carcérale plus humaine», la partie adverse a déjà conclu quatre contrats DBFM pour des prisons, situées respectivement à Marche-en-Famenne, à Leuze-en-Hainaut, à Dendermonde et à Beveren. Ces prisons sont certes différentes de celle poursuivie par le marché litigieux, mais reposent sur des mécanismes contractuels similaires.

25. En ce qui concerne l'intérêt au moyen des requérantes, il convient de souligner que, selon la jurisprudence du Conseil d'État, un soumissionnaire peut former un recours en annulation, et le cas échéant une demande de suspension contre la décision de recourir à la procédure négociée parce que cette décision bien que préparatoire n'apparaît pas à l'égard du soumissionnaire évincé comme une décision préparatoire mais comme une «une décision préalable» emportant des effets juridiques pour celui-ci. Le soumissionnaire évincé peut ainsi, à l'appui de la décision qui l'écarte définitivement du marché public litigieux, invoquer l'illégalité de la décision de recourir à la procédure négociée.

L'inclusion de la mention suivante dans le guide de sélection ne fait pas obstacle à l'intérêt des requérantes à invoquer l'illégalité de la décision de recourir à la procédure négociée :

«Par l'introduction de leur demande de participation, les candidats acceptent le choix ainsi que la motivation du Pouvoir adjudicateur relative à la procédure négociée telle que jointe en Annexe 4. Si un candidat a une objection à ce sujet, il doit introduire un recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'État dans les 15 jours de la réception du guide de sélection.».

En effet, selon la jurisprudence du Conseil d'État, le moyen tiré de l'illégalité de la décision de recourir à la procédure négociée est un moyen touchant à l'ordre public, et peut, dès lors, être invoqué de manière recevable par les requérantes même si celles-ci ont participé à la procédure de passation critiquée :

«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, affirmée par l'article 1^{er} de la même loi; qu'il s'ensuit que le moyen est recevable;».

Par conséquent, le moyen est recevable.

26. Il ressort des considérations qui précèdent que la motivation du choix de la procédure négociée avec publicité sur base de l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 ne repose sur aucun motif de fait et de droit pertinent.

Par conséquent, le moyen est manifestement sérieux et fondé."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'annexe 4 du "Guide de sélection" du marché litigieux, intitulée "Motivation du recours à la procédure négociée avec publicité", est libellée comme suit:

- " 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 exécution) dans le but de réaliser un nouvel et important complexe pénitentiaire comprenant plusieurs sections, et ce dans le cadre d'une structure DBFM présentant une structure complexe sur le plan juridique et de l'exploitation.
2. Bien que l'autorité dispose, en l'espèce, d'une image claire du résultat attendu, la nature spécifique 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 nécessaire, en l'espèce, d'encore pouvoir, après le dépôt des offres (finales), négocier en vue d'affiner les offres sur des points qui ne pouvaient ni être suffisamment clarifiés, ni être prévus avant leur dépôt:
- (1) Concernant le projet de complexe pénitentiaire
- 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 de la Régie des Bâtiments et du SPF Justice (en tant qu'exploitant), 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 sécurité propres à un marché ayant pour objet un complexe pénitentiaire.
- Il est inévitable que la liberté de création recherchée mène à une proposition concrète de contenu à laquelle une série de demandes d'amélioration seront/devront encore pouvoir être demandées (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' du DBFM, tel que proposé par les soumissionnaires, aux besoins spécifiques du SPF Justice en tant que futur exploitant du complexe pénitentiaire, et ce jusque et y compris dans les offres finales des soumissionnaires.

Des ajustements pourront en outre s'imposer pour des motifs fonctionnels, techniques, architecturaux ou financiers-budgétaires. Interviennent, au surplus, en l'espèce, bien évidemment, des aspects sécuritaires spécifiques. Se pose enfin la problématique de l'entretien puisque le 'design' et la 'maintenance' sont étroitement liés; les paramètres de la conception auront notamment une grande influence sur l'aspect 'maintenance' et, à l'inverse des exigences relatives à l'entretien (financières ou non), peuvent exercer une influence considérable sur le projet.

La nécessité d'adapter le projet aux besoins spécifiques du SPF Justice en tant qu'exploitant d'un complexe pénitentiaire 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 et parce que l'on perd ainsi l'essence d'un contrat DBFM, dans lequel l'adjudicataire est responsable de la conception et s'efforce dès lors de concevoir de manière optimale en ayant à l'esprit ses obligations futures de maintenance.

(2) Concernant les conditions contractuelles

Les modifications contractuelles qui apparaîtront nécessaires, notamment au vu des adaptations apportées aux propositions architecturales et techniques développées par les soumissionnaires, ne peuvent pas plus être entièrement anticipées dans le cahier des charges. De telles modifications peuvent également s'imposer en fonction tant des points d'attention spécifiques des institutions financières qui soutiennent le projet du côté privé que des évolutions des marchés financiers internationaux.

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'un nouvel et important complexe pénitentiaire selon une structure DBFM. 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 les offres finales, afin qu'elles soient conformes aux besoins de l'exploitant du bâtiment, notamment pour des raisons évidentes de sécurité. 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'en l'espèce il n'est 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. Au vu notamment de l'expérience particulière que le Pouvoir adjudicateur a développée dans un passé récent dans des projets similaires de prison, il a acquis une connaissance suffisante qui lui permet d'évaluer les solutions qui peuvent être proposées par le marché, ce tant au niveau technique que financier et juridique, et de rédiger un cahier des charges de performance réalisable. La complexité, qui est certes présente, n'empêche donc pas qu'il soit effectivement possible de rédiger un cahier des charges sur la base duquel des offres contraignantes devront être déposées et évaluées. Il n'est pas nécessaire de pouvoir préalablement discuter des solutions possibles pour rencontrer les besoins du Pouvoir adjudicateur.

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 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 du marché et les circonstances incertaines font qu'en effet, en l'espèce, un prix global ne peut 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:

(i) La structure DBFM se caractérise par sa complexité juridique et financière: l'objet d'une telle collaboration est particulièrement varié et implique la conclusion de conventions de longue durée. Il est donc nécessaire de pouvoir discuter avec les soumissionnaires et leurs banques afin de mettre au jour la collaboration la plus optimale pour le présent projet (notamment pour les aspects importants de 'maintenance' et de 'financement').

Il faut également prendre en compte, dans le présent marché, les impératifs techniques et de sécurité particuliers qui sont spécifiques à la conception, la construction, l'entretien d'un nouvel et important complexe pénitentiaire avec plusieurs sections (section hommes, section femmes, etc.) et peuvent contraindre à adapter les propositions formulées par les soumissionnaires et, partant, influencer également sur la structure DBFM.

Si le projet doit être adapté sur la base d'une confrontation à 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.

(ii) Il est en outre propre à un contrat DBFM qu'une répartition des risques claire et équitable doive être définie. Il est impossible de définir dès le départ, de manière définitive, la répartition des risques entre les parties concernées, sous peine que des choses soient alors demandées au partenaire privé ou au consortium de partenaires privés qui ne semblent pas pouvoir être financées ou assurées, lesquelles ne seraient donc supportées par le partenaire privé que moyennant l'imputation d'une trop grande prime de risque.

C'est particulièrement vrai de nos jours étant donné les circonstances précaires persistantes sur les marchés financiers, qui compliquent encore la fixation préalable d'une répartition acceptable (et donc finançable) des risques. La répartition optimale des risques dépend de surcroît aussi du projet à réaliser par les soumissionnaires, qui en l'espèce doit pouvoir être adapté aux besoins du SPF Justice.

Les accords concernant la répartition des risques ne sont possibles que lorsqu'existe un projet développé par les soumissionnaires, et le prix que devront remettre les soumissionnaires sera dépendant de la répartition des risques.

(iii) Il faudra ensuite – après réception des offres concrètes et à la lumière de celles-ci – encore négocier avec les soumissionnaires concernés au sujet du mode de paiement du partenaire privé ou du consortium de partenaires privés. Il faut en effet prendre en compte le fait que diverses entités sont concernées par les prestations du partenaire privé ou du consortium de partenaires privés, plus particulièrement:

- La Régie des Bâtiments en tant que Pouvoir adjudicateur et propriétaire du bâtiment,
- Le SPF Justice en tant qu'occupant et utilisateur du bâtiment.

La répartition précise de la (des) redevance(s) périodique(s) qui devra (ont) être payée(s) au partenaire privé ou au consortium de partenaires privés entre ces entités concernées dépendra de l'ampleur et des modalités de la(des) redevance(s) exigée(s) et de la volonté concrète des parties concernées, laquelle dépendra à son

tour d'une nécessaire compréhension de la structure juridico-financière spécifique qui sera proposée par les soumissionnaires.

C'est donc seulement après que les propositions concrètes des soumissionnaires soient connues (c.-à-d. après leur offre) qu'on peut arriver à une négociation définitive au sujet du mode de rétribution (le prix global) et de sa répartition entre les intéressés.

(iv) Une concertation approfondie doit aussi être menée avec les financiers du partenaire privé ou du consortium de partenaires privés, afin d'adapter ce financement dans la mesure la plus optimale possible au projet architectural et technique qui sera affiné à la lumière des souhaits du SPF Justice en tant qu'utilisateur du complexe pénitentiaire. Pour cela, il faut (pouvoir) parvenir au minimum à un accord final sur les conditions contractuelles (des accords financiers), lesquelles sont intrinsèquement liées à la manière dont les engagements de crédits sont pris par les banques (due diligence, etc.).

Ici également l'impact (du financement) sur le prix offert ne peut pas être estimé. Il faut donc pouvoir négocier avec les candidats, afin de mettre sur pied une structure de collaboration optimale de longue durée comportant une juste répartition des risques, pouvant être financée et satisfaisant aux exigences d'une prison moderne aux points de vue technique, sécuritaire et de l'entretien. Etant donné que, entre autres, le projet, la répartition des risques et le (la formule du) prix ne peuvent être fixés que sur la base de négociations avec les soumissionnaires, fondées sur des offres complètes et concrètes, et au terme de celles-ci, une certaine flexibilité et une marge de négociation après réception des offres, en ce compris finales, sont nécessaires."

En dépit de ce que les termes ci-dessus reproduits sont présentés comme constituant la motivation du recours à la procédure négociée avec publicité préalable, il faut se garder, à leur lecture, de confondre les motifs du recours à ladite procédure négociée (lesquels sont énoncés au point 4), avec ceux, énoncés aux points 2 et 3, pour lesquels la partie adverse a considéré que n'était pas approprié le recours à l'un des autres modes de passation que sont l'adjudication, l'appel d'offres et le dialogue compétitif. Pour cette raison, les requérantes ne peuvent être suivies dans les développements du moyen en lesquels elles suggèrent que les motifs pour lesquels la partie adverse n'a pas choisi de recourir au dialogue compétitif justifieraient le recours à la procédure négociée avec publicité préalable.

Par ailleurs, et pour la même raison, il est vain de déceler une prétendue contradiction entre deux motifs, dont l'un justifie la décision de ne pas recourir au dialogue compétitif, alors que le moyen critique la décision de recourir à la procédure négociée avec publicité préalable.

La régularité du recours à la procédure négociée avec publicité préalable, dans le cadre du marché litigieux, doit être examinée au regard de l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, régissant l'hypothèse dont se prévaut la partie adverse. Il est libellé comme suit:

" 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".

Cette disposition ne paraît pas pouvoir être interprétée en ce sens que serait nécessairement incompatible avec l'hypothèse qu'elle vise, la passation de tout marché public relevant du modèle dit "D.B.F.M." (Design, Build, Finance & Maintain).

Une telle interprétation ne peut, en tout cas, se déduire des seules opinions exprimées par la Commission européenne à l'égard du recours à la procédure négociée avec publicité préalable dans les conditions que précise l'article 17, § 3, 2°, disposition libellée en des termes similaires à ceux de l'article 30, 1, b), 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.

En effet, d'une part, dans l'extrait, cité par les requérantes, du "Livre vert sur les partenariats public-privé", la Commission européenne considère que le recours à la procédure négociée avec publicité préalable, admis dans l'hypothèse d'un marché dont la nature et les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale du prix, n'est, en revanche, pas admissible lorsque les incertitudes résultent d'autres causes. Au titre de celles-ci, elle vise notamment l'hypothèse d'incertitudes causées par la complexité du montage juridique et financier mis en place. Si cette position doit s'analyser en ce sens que les incertitudes ne peuvent pas résulter uniquement du montage juridique et financier mis en place, il n'est pas exclu de considérer que, si elles résultent également de la complexité des travaux et services (au regard des objet, nature et caractéristiques de ceux-ci), le recours à la procédure négociée avec publicité préalable peut être admis.

D'autre part, à l'audience du 28 juin 2013, il a été question de l'avis motivé de la Commission européenne du 24 novembre 2010, relatif à un marché de travaux portant sur la conception, la remise à neuf, la construction, le financement et l'entretien de locaux appartenant à des établissements d'enseignement à Eupen, pour un montant estimé supérieur à 100 millions d'euros. La Commission a certes considéré que, dans le cas d'espèce, le recours à la procédure négociée avec publicité préalable n'était, à son estime, pas conforme à la réglementation européenne. La communication relative à cet avis ne permet toutefois pas d'identifier les motifs de fait et de droit sur lesquels a reposé, en cette affaire, l'opinion de la Commission. Rien n'autorise à considérer que celle-ci s'y serait prononcée, de manière générale, sur le fait que la procédure négociée avec publicité préalable serait nécessairement exclue

pour tout marché de type "D.B.F.M." portant sur un ouvrage par ailleurs intrinsèquement complexe.

Dès lors qu'en droit, il ne semble pas nécessairement exclu, pour la passation de tout marché de type "D.B.F.M.", de recourir à la procédure négociée avec publicité préalable, sur le fondement de l'article 17, § 3, 2°, il y a lieu d'examiner si, en l'espèce, le recours à ce mode de passation ne paraît pas, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, manifestement illégal au regard des trois conditions énoncées par la disposition précitée, étant l'existence d'un cas exceptionnel, l'impossibilité d'une fixation préalable et globale des prix et, enfin, le fait que cette impossibilité résulte de la nature ou des aléas des travaux ou des services.

Il paraît, à première vue, difficile de contester que le marché litigieux relève d'un cas exceptionnel. Ce caractère résulte non seulement de son objet, en ce qu'il porte tant sur la conception et la construction d'un ouvrage, que sur la prestation de divers services de maintenance et sur le financement de l'ensemble de ces travaux et services, mais également de ce qu'il implique une collaboration de longue durée entre la partie adverse et le Service public fédéral Justice, d'une part, et le(s) partenaire(s) privé(s), d'autre part. L'ouvrage qui doit être conçu et construit présente également un caractère exceptionnel, à raison de sa destination, de son ampleur, de sa complexité, de son caractère innovant et des enjeux liés à la concrétisation de ce projet.

Dans les circonstances de l'espèce, telles qu'elles ressortent des écrits de procédure et du dossier administratif, il ne paraît pas déraisonnable de considérer qu'une fixation préalable et globale des prix est impossible, et ce d'autant plus que ceux-ci, en raison de la composante "financement" du marché qui porte à la fois sur des travaux et des services, seront également influencés par la situation des marchés financiers. Les requérantes contestent d'ailleurs moins cette impossibilité que son origine. Pour le surplus, il ne ressort pas de l'examen effectué en extrême urgence que l'impossibilité de fixation préalable et globale des prix serait manifestement démentie en fait.

Enfin, s'agissant de l'origine de l'impossibilité de fixer préalablement et globalement les prix, les requérantes soutiennent, en substance, que les motifs relatifs à la complexité et aux contraintes juridiques et financières du contrat D.B.F.M. ne sont pas admissibles pour justifier le recours à l'article 17, § 3, 2°, et que les motifs développés par la partie adverse ne justifient aucunement le recours à la procédure négociée en raison d'incertitudes pesant sur la nature des travaux et services. Elles s'abstiennent cependant d'avoir égard à la référence, que contient la motivation ci-dessus reproduite, aux "impératifs techniques et de sécurité particuliers qui sont

spécifiques à la conception, la construction, l'entretien d'un nouvel et important complexe pénitentiaire avec plusieurs sections (section hommes, section femmes, etc.) et peuvent contraindre à adapter les propositions formulées par les soumissionnaires et, partant, influencer également sur la structure D.B.F.M.". Or, il ne paraît pas déraisonnable de considérer que de tels impératifs peuvent ressortir à l'objet, à la nature et aux caractéristiques du marché, et ce, indépendamment des contraintes inhérentes à la structure juridique et financière choisie par la partie adverse. Il n'est pas davantage contestable, ni contesté, que la fixation des prix sera notamment influencée par les réponses apportées à ces impératifs au terme des négociations, de sorte que l'impossibilité de fixation préalable et globale des prix peut résulter, à tout le moins partiellement, de la nature des travaux ou services.

Dès lors, d'une part, qu'il n'apparaît pas avec certitude que le recours à la procédure négociée avec publicité préalable, fondé sur l'article 17, § 3, 2°, devrait être exclu à l'égard de tout marché public de type "D.B.F.M.", et, d'autre part, qu'en l'espèce, aucune des conditions énoncées par l'article 17, § 3, 2°, ne paraît, "prima facie", avoir été manifestement méconnue, le moyen, qui considère les motifs du recours à ce mode de passation, comme étant "manifestement inadéquats et insuffisants", ne permet pas, à la faveur d'un examen effectué en extrême urgence, d'établir une illégalité manifeste. Il ne peut, en conséquence, être déclaré sérieux.

VII. DEUXIEME MOYEN

VII. 1. Thèse des requérantes

Les requérantes soulèvent un deuxième moyen, pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires, de l'article 6.3 du Guide de Soumission, de l'article 122ter, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics et de l'adage "patere legem quam ipse fecisti".

Elles l'exposent dans les termes suivants :

- " 27. Le second moyen porte sur la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires, de l'article 6.3 du Guide de Soumission, de l'article 122ter, § 2 de l'Arrêté royal relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics et de l'adage «patere legem quam ipse fecisti».

Votre Conseil a déjà décidé à plusieurs reprises que le caractère flexible que le recours à une procédure négociée offre au pouvoir adjudicateur n'empêche pas que cette flexibilité soit limitée par l'application, entre autres, des principes d'égalité et de l'adage «patere legem quam ipse fecisti».

28. Le principe constitutionnel d'égalité de traitement contenu dans les articles 10 et 11 de la Constitution est décrit de la manière suivante, selon une jurisprudence constante de la Cour Constitutionnelle, de votre Conseil et de la Cour de Cassation :

«Les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories déterminées de personnes, pour autant que cette différence repose sur un critère objectif et soit raisonnablement justifiable. Les mêmes règles s'opposent d'ailleurs à ce que des catégories de personnes, qui se trouvent vis-à-vis de la mesure attaquée dans des situations réellement différentes, soient traitées de manière identique sans qu'il n'existe pour cela une justification raisonnable. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des conséquences de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.»

En vertu du principe d'égalité, un pouvoir (adjudicateur) ne peut traiter des sujets juridiques qui se trouvent dans une position comparable d'une manière inégale, sauf si une telle différence de traitement poursuit un but légitime, est basée sur un critère objectif, pertinent et nécessaire et n'est de surcroît pas disproportionnée.

Une jurisprudence constante de la Cour de Justice insiste sur le fait qu'un traitement égal des soumissionnaires doit être respecté dans toutes les phases de la mission de l'autorité :

«Il convient de rappeler que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires qui, ainsi que votre Cour l'a itérativement jugé, constitue la base des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics, signifie que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci soient évaluées par le pouvoir adjudicateur.»

29. L'article 122ter, § 2 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 dispose en outre qu'en cas d'adjudication par procédure négociée avec publicité dans laquelle le montant estimé du marché atteint le montant pour la publicité européenne (comme c'est le cas in casu), (i) le pouvoir adjudicateur négocie avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'il a indiquées dans l'avis de marché, dans le cahier spécial des charges et dans les documents complémentaires éventuels et de rechercher la meilleure offre et (ii) le pouvoir adjudicateur assure l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires au cours de la négociation. Comme également expressément précisé dans l'article 122ter, § 2, in fine précité, il ne peut pas donner, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.

30. La Régie a violé le principe constitutionnel d'égalité et le principe y contenu d'égalité de traitement des soumissionnaires, ainsi que l'article 122ter, § 2 de l'arrêté royal précité, puisqu'elle a fait sans justification raisonnable et objective une différence de traitement entre les candidats qui ont opté pour la langue néerlandaise (Cafasso et Strabag-Sodexo), d'une part, et les parties requérantes qui ont opté pour la langue française, d'autre part.

31. Sur la base de l'article 6.3 du Guide de Soumission, chaque soumissionnaire avait le choix d'introduire son offre en français ou en néerlandais, étant alors entendu qu'il était tenu de maintenir son choix dans ses relations orales et écrites avec le Pouvoir adjudicateur durant toute la procédure d'attribution. En d'autres termes, il était dès lors offert aux soumissionnaires la possibilité de choisir une langue de procédure (français ou néerlandais) durant toute la procédure

d'attribution. Il va de soi que les soumissionnaires pouvaient raisonnablement en déduire que la Régie répondrait également dans la langue choisie à chaque communication et que les versions françaises et néerlandaises des mêmes documents d'adjudication seraient mis à disposition des candidats de manière simultanée, de telle sorte qu'aucun des candidats ne pourrait retirer un avantage concurrentiel ou encore moins souffrir d'un désavantage concurrentiel en raison du choix de langue qu'il a fait sur la base de l'article 6.3 du Guide de Soumission.

32. La Régie a cependant seulement communiqué aux requérantes la version française des instructions modifiées et le nouveau contrat DBFM des semaines après l'envoi de la version néerlandaise de ces documents. La version néerlandaise de la première partie des Instructions Offre Modifiée (partie 1 - la partie technique) a été transmise aux candidats le 20 novembre 2012. La version française a seulement suivi le 5 décembre 2012 (15 jours plus tard). Les versions néerlandaises de la seconde partie des Instructions Offre Modifiée (la partie financière) et du contrat DBFM renouvelé ont été envoyées aux candidats le 14 décembre 2012, les versions françaises seulement le 4 février 2013 (un mois et demi plus tard).

En mettant les documents en version française à disposition de manière (substantiellement) plus tardive que les versions néerlandaises, la Régie a violé le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires ainsi que l'article 6.3 du Guide de Soumission et il en a résulté pour les deux autres candidats (qui avaient choisi la langue néerlandaise) un avantage concurrentiel, puisqu'ils avaient plus de temps que les requérantes pour préparer leurs offres revues.

Cette différence de délai était réelle. Puisque la partie technique des offres modifiées devait déjà être introduite le 21 décembre 2012, les candidats qui avaient choisi le néerlandais disposaient du double de temps (30 jours au lieu de 15 jours) pour amender leurs offres sur la base des suggestions modifiées. Dans ces Instructions Offre Modifiée (partie 1), il était explicitement expliqué comment la partie technique de l'offre modifiée devait être conçue et quels documents devaient être délivrés. Pareille connaissance est absolument nécessaire pour préparer l'offre d'une manière qualitativement supérieure et cela tant en ce qui concerne le contenu (les candidats devaient uniquement indiquer les différences/plus-values et non présenter un concept entièrement nouveau) que la forme (par exemple la préparation de textes et de croquis qui reflétaient les différences avec la première offre).

Il a déjà été indiqué ci-avant que les conseillers et bureaux d'étude français et francophones des requérantes avaient été impliqués de manière étroite dans l'établissement de la partie technique des offres. Il était donc aussi crucial pour les parties requérantes de pouvoir leur communiquer immédiatement une version française (officielle) de tous les documents d'adjudication, de manière à ce qu'il ne puisse survenir aucune incompréhension en ce qui concerne les exigences techniques exactes posées par la Régie. A cet égard, il doit être indiqué que le jury et les groupes de travail ont indiqué à plusieurs reprises qu'ils ne pouvaient attribuer de plus-value pour certaines adaptations à défaut d'information. C'est par exemple le cas pour le bracelet électronique et les plaques en inox poli miroir. La perte de temps que les requérantes ont subie en raison de l'envoi tardif des documents français les a placées par conséquent dans une position inégale par rapport aux deux autres candidats qui pouvaient se mettre au travail immédiatement en pleine connaissance de cause. L'obtention tardive des Instructions Offre Modifiée (partie 1) en français constitue un désavantage concurrentiel pour les requérantes par rapport aux autres candidats.

Que cette tardiveté a assurément gêné les requérantes apparaît entre autres également du fait qu'elles ont à plusieurs reprises insisté auprès de la Régie sur la transmission de ces documents (voy. par exemple l'e-mail des requérantes à la Régie du 30 janvier 2013).

L'envoi tardif de la version française des Instructions Offre Modifiée (partie 2 - la partie financière) a également désavantagé les requérantes. En même temps que la partie financière devait en effet être fournis un certain nombre d'éléments en ce qui concerne l'entretien, le planning et la gestion qui étaient établis par une équipe francophone au sein de SPC Brussels Prison.

L'envoi de la version française du nouveau contrat DBFM (le 4 février 2013 au lieu du 14 décembre 2012) a de même aussi placé les requérantes devant des problèmes réels. Pour cette raison les requérantes n'ont par exemple plus pu apprécier le risque de pollution du sol d'une manière correcte dans le cadre de l'adaptation de la partie technique de leur offre (date de dépôt: 21 décembre 2012), à savoir que ce risque restait auprès du partenaire privé. En outre, ils ont eu pour cette raison encore moins la possibilité dans ce cadre de choisir d'autres solutions techniques et par exemple d'adapter l'implantation de certains bâtiments ou fondations. La partie technique de l'offre modifiée devait en effet être déposée pour le 21 décembre 2012, alors que les requérantes n'ont seulement reçu la version française du contrat DBFM adapté que bien plus tard après cette date. En conséquence de cet envoi tardif, les conseillers techniques des banques (Mott MacDonald à Paris) ont seulement pu confirmer à un stade très tardif aux financiers que le projet était «bankable» (entre autres sur la base de la répartition des risques et du système de points d'amende repris dans le DBFM), ce qui a entraîné la perte d'un temps précieux qui aurait pu être utilisé en vue d'encore optimiser l'offre.

33. Il n'existe aucune justification raisonnable et objective pour la différence de traitement que la Régie a appliquée.

Un traitement inégal est seulement justifié quand il poursuit un but légitime ou admissible. In casu il n'existe aucune base légale pour l'application de délais différents pour la transmission de documents d'adjudication en français ou en néerlandais.

Le traitement inégal résiste encore moins au test de la pertinence. Il n'existe en effet aucune justification admissible sur la base de laquelle des documents d'adjudication, émanant d'une personne morale de droit public au niveau fédéral telle que la Régie, pourraient être communiqués dans une des langues nationales à des candidats plus tard que dans l'autre.

34. De ce qui précède, il résulte que les trois soumissionnaires, bien qu'ils se trouvaient dans une situation comparable, ont été traités de manière inégale par la Régie, sans pour autant qu'il existe pour cela une justification raisonnable et objective.

L'attitude de la Régie viole dès lors aussi le principe constitutionnel de l'égalité de traitement et le principe de traitement égal des soumissionnaires, ainsi que l'article 122ter, § 2 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics et l'article 6.3 du Guide de Soumission.

En communiquant les versions françaises des instructions modifiées et du nouveau contrat DBFM seulement des semaines après les versions néerlandaises, la Régie a en outre également violé l'adage «patere legem quam ipse fecisti». L'article 6.3 du Guide de Soumission offre à chaque candidat la possibilité de choisir une langue de procédure (français ou néerlandais) pour chaque communication avec la Régie durant toute la procédure d'adjudication. Il en résulte une obligation pour la Régie de mettre à disposition tous les documents d'adjudication dans les deux langues officielles. L'article 6.3 doit être interprété dans les deux sens (la Régie a d'ailleurs confirmé cela elle-même en pratique en envoyant des documents en néerlandais et en français aux candidats et en remettant à chaque fois des documents en français aux requérantes). Par l'envoi tardif des instructions françaises et du nouveau

contrat DBFM, la Régie a porté atteinte au choix de langue des requérantes et par conséquent à l'article 6.3 du Guide de Soumission. En faisant cela, la Régie a agi en contradiction avec son propre cahier des charges, ce qui constitue une violation de l'adage «patere legem quam ipse fecisti», qui prévoit que l'autorité doit également observer les règles générales prises par elle dans le cadre d'actes individuels.

35. Il résulte de ce qui précède que le second moyen doit être considéré comme sérieux et fondé."

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 6.3 du "Guide de soumission" est libellé comme suit:

" L'offre peut – au choix du candidat et quelle que soit la langue de sa candidature – être introduite en français ou en néerlandais, mais elle ne peut pas être bilingue. Le candidat doit ensuite – durant toute la durée de la procédure d'attribution – obligatoirement utiliser la langue de son offre dans ses relations orales et écrites avec le pouvoir adjudicateur.

Les documents uniquement disponibles dans une autre langue peuvent être néanmoins remis dans cette langue. Pour ceux-ci, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'exiger une traduction, le cas échéant jurée, dans le délai qu'il détermine".

Cette clause, qui édicte des obligations à charge des soumissionnaires, n'en impose aucune à la partie adverse. Il ne peut donc lui être reproché de l'avoir méconnue, ni, partant, d'avoir violé le principe "Patere legem quam ipse fecisti". Dans la mesure où il invoque une méconnaissance de ces dispositions et principe, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

C'est au regard du principe d'égalité des soumissionnaires, tel que le consacrent notamment les articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que l'article 122ter de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics qu'il convient d'examiner le grief formulé par les requérantes.

La discrimination dont se plaignent les requérantes résulterait du désavantage concurrentiel qu'elles déclarent avoir subi du fait que la version française de certains documents utiles à l'établissement de leur offre améliorée leur a été communiquée bien après que l'avait été, à leurs concurrents, la version néerlandaise de ces documents.

S'il peut se concevoir que la communication différée de certains documents cause un désavantage concurrentiel, encore faut-il établir celui-ci avec une vraisemblance suffisante.

En l'espèce, force est de noter que les allégations des requérantes ne servent pas la démonstration concrète d'un désavantage concurrentiel, dont il est d'ailleurs peu probable qu'elles aient été réellement victimes. Ainsi, les écrits de procédure, le dossier administratif et les plaidoiries autorisent-ils notamment à faire état des éléments de fait suivants:

- Des responsables du consortium formé par les requérantes, de nombreux membres de leurs équipes et leurs conseils avaient la maîtrise du néerlandais.
- Les requérantes ont accepté que les négociations se déroulent, à tout le moins partiellement, en néerlandais.
- S'agissant du contrat D.B.F.M. modifié, Johan BEL, porte-parole du consortium formé par les requérantes, a explicitement accepté, par un courriel du 14 janvier 2013, que la version française ne soit pas établie au fur et à mesure des négociations et modifications, mais que seule la version résultant des négociations programmées le mercredi 16 janvier 2013 soit traduite en français.
- Il n'apparaît pas que les requérantes aient indiqué à la partie adverse que l'absence de traduction française les plaçait dans l'impossibilité de préparer leur offre modifiée, ou qu'elles lui auraient demandé, pour cette même raison, une prolongation du délai de dépôt de leur offre modifiée.
- Au regard du critère financier, l'offre adaptée des requérantes a bénéficié de la cote la plus élevée, ce qui laisse apparaître qu'elles n'ont pas été préjudiciées par la communication tardive de la version française des instructions relatives à l'offre adaptée (partie financière).

Au regard de ces éléments, il apparaît, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, que le déroulement des opérations et l'attitude des requérantes au cours de celles-ci tendent à démontrer qu'elles n'ont pas subi le désavantage concurrentiel dont elles se prévalent désormais.

Fondée sur un désavantage que les requérantes n'établissent pas avec une vraisemblance suffisante, la discrimination invoquée à l'appui du moyen n'est, "prima facie", pas avérée, de sorte que le moyen ne peut être tenu pour sérieux.

VIII. TROISIEME MOYEN

VIII. 1. Thèse des parties requérantes

Les requérantes soulèvent un troisième moyen, pris de la violation du principe d'impartialité et du principe de prudence.

Elles l'exposent dans les termes suivants :

- " L'impartialité du juge est un principe fondamental de l'organisation judiciaire. Le droit d'être jugé par un juge impartial est non seulement garanti par l'article 6, premier alinéa, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par l'article 14, premier alinéa, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et par diverses dispositions légales de droit belge (par exemple l'article 828, 1° du Code judiciaire portant sur la récusation du juge), mais est également considéré comme un principe général de droit.

Il est généralement reconnu en jurisprudence et en doctrine que le principe d'impartialité (judiciaire) vaut également pour les (décisions des) administrations. Cela ressort également de la jurisprudence bien établie de Votre Conseil. Le principe d'impartialité garantit aussi bien l'impartialité personnelle des membres du personnel et des membres des organes administratifs qui participent à la prise de décision, que l'impartialité structurelle des membres du personnel et des organes administratifs en niveau de l'organisation de ces organes, du déroulement de la procédure et du mécanisme de prise de décision.

Votre Conseil a également déclaré que le principe d'impartialité était également applicable aux organes qui rendent des avis à une autorité :

«Considérant que le principe général du devoir de délicatesse et d'objectivité trouve à s'appliquer à tout organe de l'administration active, même s'il ne s'agit que d'un organe consultatif chargé d'éclairer les autorités compétentes par un simple avis.»

Par ailleurs, il ressort d'une jurisprudence bien établie que l'impartialité d'un ou plusieurs membres d'un organe collégial (de gestion ou consultatif) peut mener à la suspension et/ou à l'annulation d'une décision administrative pour autant que (1°) soient avancés des faits précis, légalement établis qui peuvent faire naître un doute raisonnable quant à l'impartialité de ce membre (ou de ces membres) et (2°) qu'il apparaisse des circonstances de la cause que la partialité de ce membre ou de ces membres ait pu avoir une influence sur tout le collège.

Le principe d'impartialité implique - toujours d'après la jurisprudence de Votre Conseil - dans tous les cas qu'un membre d'un organe délibérant s'abstienne de prendre part à la réunion de cet organe lorsqu'est prise une décision portant sur une question par rapport à laquelle le membre en cause a un intérêt direct et personnel de telle sorte qu'il doive être considéré qu'il ne peut plus prendre une décision objective. Cet intérêt peut également être de nature morale, par exemple si le membre a déjà clairement adopté un point de vue par rapport à l'affaire et ne pourrait revenir sur celui-ci sans perdre la face.

37. En l'espèce, l'impartialité de Monsieur Olivier Bastin, qui siège dans le jury pour l'évaluation de l'architecture du complexe pénitentiaire et pour l'évaluation de l'intégration dans l'environnement du complexe pénitentiaire en qualité de Maître architecte de Bruxelles/«bouwmeester», est sérieusement compromise par les diverses déclarations qu'il a tenues dans une interview publiée dans le numéro de décembre 2012-janvier 2013 de la revue d'architecture A+, paru le 28 décembre 2012.

Premièrement, Monsieur Bastin dévoile dans cet interview un nombre de critères internes d'évaluation du jury au sein duquel il siège et ceci, alors même que, à ce moment, la procédure d'attribution était encore en cours. C'est ainsi qu'il indique que «Dans le jury, nous avons fait des recommandations pour souligner les projets qui abordent la notion de paysage en offrant des ouvertures et transparences entre Haren et Diegem, qui permettent encore de voir le clocher de Diegem».

De plus, Monsieur Bastin s'exprime dans l'interview de façon négative sur des projets précis en les comparant à d'autres. Il indique cela sans mentionner de noms, mais il est toutefois clair qu'il peut être déduit entre les lignes que la remarque, entre autres, d'une «juxtaposition de diverses formes architecturales hétérogènes» vise la première offre des requérantes et contraste clairement avec d'autres projet(s) «harmonieux et alimenté(s) par la connaissance mutuelle». Dans ce contexte, il faut également avoir égard à la déclaration suivante «Il est clair que certains projets sont des monstres à construire et je serais assez étonné qu'ils soient économiques comparativement à d'autres projets plus légers dans leurs interventions, et qui installent véritablement un village dans le paysage, de façon plus mesurée», la référence aux «monstres à construire» visant le projet des requérantes.

Le fait que Monsieur Bastin donne déjà clairement l'apparence d'un ordre de classement établi ou, à tout le moins, de sa préférence pour un (des) projet(s) précis est totalement inconciliable avec le fait que, à ce moment, seules les premières offres (et non les offres adaptées) des trois candidats restants étaient connues et que les offres adaptées devaient encore être évaluées. De surcroît, il pouvait être attendu de Monsieur Bastin, en sa qualité de membre d'un jury indépendant, la neutralité et la sérénité nécessaire.

Les déclarations dans l'article de presse précité font naître un doute sérieux quant à l'impartialité de Monsieur Bastin. Ces dernières donnent, à tout le moins, une (sérieuse) apparence de partialité.

38. Il est fortement probable que cette partialité dans le chef de Monsieur Bastin ait eu une influence, ou, à tout le moins, ait pu raisonnablement en avoir, sur la partialité des autres membres du jury concerné. En sa qualité de Maître architecte de Bruxelles, Monsieur Bastin dispose en effet d'une fonction et d'un prestige qui ne sont pas à sous-estimer et ayant un impact sur les autres membres (parmi lesquels certains non-architectes) qui siègent au sein du jury. Comme il s'agissait également d'un projet qui serait réalisé dans la Région de Bruxelles-Capitale, il peut être considéré, que, dans ces circonstances, il a exercé une influence déterminante sur le jury.

Compte tenu de cela, Monsieur Bastin aurait dû, suite à ses déclarations publiques, s'abstenir lors de l'élaboration des avis de la Régie et ce, au moins afin d'éviter toute apparence de partialité. Dans un arrêt du 16 janvier 2007 rendu dans une affaire similaire, Votre Conseil en était arrivé à la même conclusion.

39. Les requérantes font finalement remarquer qu'en aucun cas il ne peut leur être reproché de ne pas avoir demandé la récusation de Monsieur Bastin en sa qualité de membre du jury. En effet, l'interview litigieuse a été publiée le 28 décembre 2012, et donc après que l'offre technique adaptée ait été déposée.

40. Le troisième moyen doit par conséquent être considéré comme sérieux et fondé."

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dans l'exposé de leur moyen, les requérantes ne consacrent pas de développement spécifique à une éventuelle méconnaissance du principe de prudence, qui devrait être considérée indépendamment de la violation du principe d'impartialité également invoquée par le moyen.

Le principe général d'impartialité doit être appliqué à tout organe de l'administration active et ce, même s'il ne s'agit que d'un organe consultatif chargé d'éclairer l'autorité compétente par un simple avis ou une proposition de décision. Il peut être considéré qu'il en va de même à l'égard d'un jury, tel celui dans lequel a été invité à siéger Olivier BASTIN, dont l'impartialité est précisément mise en cause par le moyen et dont il est également soutenu qu'il a pu, par son influence sur les autres membres du jury, affecter l'impartialité de celui-ci, dans son ensemble.

Il suffit qu'une apparence de partialité ait pu susciter chez le requérant un doute légitime quant à l'aptitude à aborder sa cause en toute impartialité.

Enfin, l'impartialité d'un organe collégial ne peut être mise en cause que si, d'une part, des faits précis qui font planer des soupçons de partialité sur un ou plusieurs membres de ce collège peuvent être légalement constatés et si, d'autre part, il ressort des circonstances que la partialité de ce ou de ces membres a pu influencer l'ensemble du collège.

En l'espèce, il s'impose, avant tout, de relever, au vu des extraits cités par les requérantes, que les termes très généraux en lesquels sont rapportés les propos tenus par Olivier BASTIN dans le cadre de l'entretien litigieux, accordé à la revue d'architecture "A+", n'autorisent pas à déceler l'expression d'une opinion qui viserait spécialement, voire exclusivement, les requérantes ou leur offre initiale. Il n'est donc pas permis de suivre celles-ci lorsqu'elles soutiennent qu'il est clair qu'il peut être déduit d'un des extraits de l'entretien que c'est leur première offre qui est visée par l'appréciation négative imputée à Olivier BASTIN.

Par ailleurs, on n'aperçoit pas en quoi les propos tenus par Olivier BASTIN dévoileraient "un nombre de critères internes d'évaluation du jury", ou, sinon "l'apparence d'un ordre de classement établi", à tout le moins "sa préférence pour un (des) projet(s) précis".

Enfin, l'influence d'Olivier BASTIN sur les autres membres du jury est présentée comme le fait d'une forte probabilité, causée par sa qualité de "Maître architecte de Bruxelles", sans toutefois que cette probabilité soit établie à suffisance. Pareille probabilité ne peut raisonnablement être déduite de cette seule qualité en laquelle Olivier BASTIN a été invité à siéger dans le jury concerné.

Dès lors que les requérantes ne rapportent aucun fait précis, susceptible de faire planer des soupçons de partialité sur Olivier BASTIN et, à sa suite, les autres membres du jury dans lequel celui-ci a siégé, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

IX. QUATRIEME MOYEN

IX. 1. Thèse des requérantes

Les requérantes soulèvent un quatrième moyen, pris de la violation de l'article 122ter, § 2 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, ainsi que de l'obligation de motivation matérielle, du principe de prudence et du principe d'égalité.

Elles l'exposent dans les termes suivants :

- " 41. Dans le cadre du quatrième moyen, les parties requérantes soulèvent une violation de l'article 122ter, § 2 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, ainsi que de l'obligation de motivation matérielle, du principe de prudence et du principe d'égalité.

Le pouvoir adjudicateur dispose dans le cadre de l'évaluation des offres au regard des critères d'attribution d'un large pouvoir discrétionnaire auquel le Conseil d'Etat ne peut se substituer, ni même en modifiant le classement des offres. Cela ne signifie toutefois pas que la décision du pouvoir adjudicateur peut se soustraire au contrôle de légalité de votre Conseil. Par conséquent, il appartient à Votre Conseil de vérifier que l'évaluation s'est déroulée dans la prudence requise, repose sur des motifs exacts et pertinents, que les soumissionnaires ont été traités de manière égale et que l'autorité n'a pas dépassé les limites du raisonnable.

Les parties requérantes sont d'avis que l'évaluation de la partie technique de leur offre adaptée est sujette à diverses critiques.

42. A titre préalable, les requérantes soulignent qu'elles ont un intérêt au moyen. Le grief formulé dans le moyen conduit, en effet, à ce que dans le cadre d'une nouvelle analyse et évaluation des offres, elles obtiennent une nouvelle chance de voir leur offre classer première ou du moins de pouvoir apprécier et éventuellement contester la nouvelle décision d'attribution (ou la décision de désignation du soumissionnaire préférentiel) qui sera alors prise ainsi que ses motifs. Les requérantes ne doivent donc pas démontrer de manière incontestable que leur offre serait classée comme la plus avantageuse pour avoir un intérêt au présent moyen.

43. A l'appui de leur moyen, les requérantes établissent premièrement que certains éléments ou caractéristiques similaires reprises aussi bien dans la partie technique de leur offre que dans celle des candidats restants, n'ont pas reçu la même évaluation que celle des autres candidats ou ont tout simplement été omis par le pouvoir adjudicateur.

- Ainsi le sous-rapport «architecture» indiquait au sujet des cellules proposées par les requérantes que «la cellule n'a pas été améliorée et reste assez traditionnelle. Il s'agit pourtant du lieu de vie dans lequel le détenu passe la majorité de son temps.»

Ceci est formulé comme un reproche sans renvoi aux qualités intrinsèques de la cellule. Pour Cafasso le même rapport indique que «les cellules n'ont quant à elle [sic] pas été adaptées; elles sont bonnes même si traditionnelles.», sans ajout du commentaire négatif auquel les requérantes ont eu droit, ce qui revient à une appréciation positive.

- Dès leur première offre, les requérantes ont proposé de grandes fenêtres sans barreaux pour les cellules, ce qui a été considéré comme positif dans les sous-rapports «architecture» et «fonctionnalité». Par ailleurs, le fait d'avoir rendu possible une progression graduelle des régimes de détention par l'installation de lits en hauteur a également été pointé comme positif. Ceci a été rendu possible en prévoyant des plafonds plus élevés que ceux exigés dans le cahier des charges (2,7 m au lieu de 2,5 m). Ceci n'est considéré nulle part dans les rapports d'évaluation des premières offres et des offres adaptées. Par contre, dans le sous-rapport «fonctionnalité», l'offre de Strabag-Sodexo pour une cellule avec une fenêtre sans barreaux et dans laquelle un lit superposable pouvait être ajouté a bien été évaluée positivement.

- Pour Cafasso le sous-rapport «architecture» note comme point positif le fait que dans les unités pour mères et enfants, les fenêtres ont été abaissées pour être à la taille des enfants. Dans l'offre des requérantes c'est le cas partout, sans que cela ait donné lieu au moindre commentaire positif.

- De plus, il n'est fait aucune mention pour l'offre de SPC Brussels Prison des nombreuses adaptations et améliorations des unités pour mères et enfants, tels que les cuisines ouvertes connectées au jardin et à l'espace de vie, qui auraient, en comparaison aux adaptations qui ont été considérées comme positives dans les deux autres offres, pu donner lieu à une plus-value.

- Dans la partie du sous-rapport «intégration du complexe pénitentiaire dans l'environnement» il est fait mention de manière positive des éléments réfléchissants que Strabag-Sodexo a apporté au mur, alors que pour SPC Brussels Prison, il est fait remarqué qu'«en ce qui concerne les interventions sur le mur d'enceinte, l'intention d'utiliser des plaques d'inox poli miroir est intéressante, mais peu de détails sont donnés quant à la matérialisation de cette solution». Non seulement le même élément a été apprécié différemment dans les deux offres, mais de plus il n'est fait aucune mention par rapport à l'offre des requérantes du traitement de couleur du mur dans la même teinte que les façades pour contribuer à la transparence, ni aux plantations qui cachent pour partie le mur et qui cassent son caractère monotone.

- Les requérantes avaient déjà prévu dans leur première offre des potagers additionnels par rapport aux exigences du cahier des charges. Ceci n'a pas été cité, ni dans le premier rapport d'évaluation, ni dans le deuxième (au sujet de la fonctionnalité). Il est seulement observé : «nous soulignons la présence de trois potagers. Un potager était demandé pour les patients psychiatriques dans le cahier des charges, ce n'est donc pas une valeur ajoutée en soi mais une exigence. Nous ne visualisons pas ou [sic] se trouvent les potagers des maisons d'arrêt de la taille de 4 terrains de volley-ball et donc nous manquons d'informations sur comment on y accède et comment on peut les exploiter». Cette évaluation est intrinsèquement contradictoire. Par ailleurs, les potagers étaient clairement visibles sur le plan d'ensemble. Pour Cafasso, les potagers ont reçu une évaluation positive : «Des potagers accessibles aux 4 entités ont été également créés ce qui permettra l'autonomie de certains détenus, le lien avec la nature et une activité de détente ou le développement d'une qualification professionnelle».

- Dans la première offre de SPC Brussels Prison, le Poste de Contrôle et d'Intervention («PCI») était considéré comme un point fort et a été mentionné comme plus-value dans le sous-rapport «exploitation». Dans l'offre adaptée, les accès au PCI ont encore été améliorés mais le rapport n'en fait aucunement mention. Par contre, le sous-rapport relatif à l'«exploitation» indique pour Cafasso que «la sécurité passive du PCI est optimisée pour [sic] 2 accès séparés et une gestion correcte de la fonction sas».

- Au niveau de l'intégration du complexe dans l'environnement, SPC Brussels Prison et Strabag-Sodexo ont adopté une approche similaire des espaces autour

du complexe pénitencier. Pour SPC Brussels Prison il a été à peine signalé que «l'intention de continuité paysagère par la création d'un parc autour de l'enceinte est intéressante mais la concrétisation de cette idée reste faible. Les espaces publics sont peu généreux, le chemin du Keelbeek reste fort étroit et enclavé entre l'enceinte et la voie de chemin de fer.» A l'égard de l'offre de Strabag-Sodexo la partie du rapport fait remarquer que l'espace à l'arrière est aménagé comme un parc accessible au public et que cela constitue une belle amélioration par rapport au premier projet. En outre, il est fait mention de l'avantage que cela constitue pour les habitants du quartier. Ce commentaire est donc entièrement positif.

44. Ensuite, par rapport à son offre initiale, SPC Brussels Prison a apporté plusieurs améliorations qui répondent à des critiques émises dans le cadre de la première phase. Elle constate que certains de ces points positifs de son offre adaptée et certaines des améliorations ou plus-values ne sont tout simplement pas évoquées :

- le fait que certaines façades sont terminées en brique;
- la réduction importante de l'échelle des entités;
- le déplacement de la salle de sport pour réaliser une meilleure visibilité depuis les venelles;
- les deux accès séparés indépendants pour le PCI;
- le réaménagement du rez-de-chaussée des maisons d'arrêt pour hommes;
- les locaux supplémentaires et les surfaces agrandies de certains locaux (ex. salles de visites,...);
- les terrasses pour les visites familiales;
- les patios pour l'Institut fermé pour les femmes, la psychiatrie ou pour l'hôpital (dès l'offre initiale)...

45. En revanche, il apparaît que certains éléments négatifs de l'offre de Cafasso n'ont eu aucun impact pour l'évaluation de celle-ci.

- Ainsi le sous-rapport «intégration dans l'environnement» indique qu'«au sein de l'enceinte, le compartimentage de la place centrale au moyen de haies est une solution peu souhaitable. Les perspectives sont bouchées et la place perd son caractère d'espace public.» Ceci n'engendre toutefois aucune conséquence négative sur le score, et ce ni par rapport à la première offre ni par rapport à l'offre adaptée.

- Dans le sous-rapport «exploitation» il a été décidé par rapport à l'offre adaptée de Cafasso que «les améliorations qui ont été apportées au projet sont certainement à considérer comme positives, mais la plus-value dans l'évaluation totale n'est - compte tenu d'un grand nombre de problèmes fondamentaux qui subsistent - pas particulièrement grande.» Malgré la persistance de ces problèmes fondamentaux et en contradiction avec la conclusion précitée Cafasso reçoit tout de même pour ce critère d'attribution un score de 6 («plus-value moyenne»). La critique dans le même rapport de l'offre adaptée de SPC Brussels Prison ne mentionne aucun problème fondamental de ce type. Au contraire, il y est affirmé que «différentes adaptations ont eu une influence positive sur l'ensemble du projet d'un point de vue sécurité et exploitation» et qu'une série d'améliorations ont été réalisées par rapport au projet initial, comme la visibilité à partir du centre de contrôle et des locaux de surveillance et l'impact sur les effectifs de la redéfinition de ce centre de contrôle et des locaux de surveillance. Malgré cela, l'offre adaptée de SPC Brussels Prison n'obtiendra qu'un score de 4 («plus-value limitée»).

46. De même, par rapport à l'offre adaptée de Strabag-Sodexo, les requérantes établissent que certains éléments négatifs n'ont pas été pris en considération.

- Ainsi il ressort du sous-rapport «fonctionnalité» que certains flux de circulation sont très problématiques: les détenus doivent passer devant les salles d'attente des visiteurs pour se rendre au complexe des visiteurs, ce qui peut être considéré comme un problème fondamental. De même certains flux des détenus vers certains locaux ne sont pas séparés des flux de circulation. Malgré pareil problème fondamental, l'offre adaptée de Strabag-Sodexo a reçu un score de 8 («grande plus-value»).

- Dans le sous-rapport «architecture» le jury a estimé que Strabag-Sodexo a amélioré son projet même si certaines lacunes demeurent, comme dans l'offre de SPC Brussels Prison. Néanmoins Strabag-Sodexo obtient un score additionnel de 2 points (obtenant ainsi 8 points sur 10) alors qu'aucun point additionnel n'est attribué aux requérantes.

47. Ensuite, certains rapports d'évaluation soulèvent des questions fondamentales par rapport à l'offre de Cafasso au regard des critères «fonctionnalité» et «exploitation», qui peuvent avoir un impact sur le prix.

- Il s'agit premièrement plus spécifiquement de l'existence de trois étages dans les unités de vie des détenus. La partie du rapport «exploitation» est à ce sujet expressément négative :

«Par contre, les trois étages du projet ont encore toujours un impact négatif en cas d'interventions. Les passerelles à l'étage supérieur restent relativement étroites dans l'Offre adaptée, ce qui complique une intervention organisée d'une équipe en intervention-équipement en raison d'une liberté de mouvement limitée. Cela compte d'autant plus quand on doit amener physiquement un détenu vers les escaliers ou l'ascenseur. En outre, le risque de blessures en cas de chute, de l'étage supérieur, reste élevé et l'élargissement de la passerelle de l'étage intermédiaire y est une réponse insuffisante. La possibilité de tomber sur la rampe de la passerelle inférieure constitue un réel risque selon le groupe de travail. Les réponses du Candidat à cette remarque, comme formulée par le groupe de travail concernant l'Offre initiale, ne sont par conséquent pas convaincantes, le problème constaté reste présent.

Dans ce sens, le groupe de travail reste d'avis que le système modulaire facilite moins les régimes à développer dans les différentes unités de vie par rapport aux différentes catégories de détenus (comme expliqué dans le cadre de l'évaluation de l'Offre initiale). Vu que cet élément a un impact sur le fonctionnement quotidien des entités, cela reste donc pour le groupe de travail très important pour une organisation aisée dans les unités de vie. La problématique constatée ne semble par ailleurs pas se produire ou en moindre mesure dans les projets des autres candidats.»

- Un deuxième problème concerne la circulation à travers la place ouverte telle que proposée par Cafasso. Le sous-rapport «exploitation» indique à cet égard que «l'utilisation d'un point central pour le flux de tous les déplacements de toutes les catégories de détenus pose des interrogations fondamentales pour le groupe de travail concernant la faisabilité et la sécurité. L'utilisation de la place du marché pour les déplacements en cas de calamités (1 des 3 options) fait peser encore une fois une hypothèque sur son utilisation courante. Il faut également remarquer que le corridor de service ne peut pas être utilisé pour anticiper les calamités. L'utilisation de haies de 2 mètres de haut n'est pas considérée comme la solution la plus opportune pour raison de sécurité, visibilité et sentiment d'isolation.» De même le sous-rapport «fonctionnalité» comprend des annotations négatives par rapport à la place centrale au niveau fonctionnel et de la circulation des flux. Le rapport souligne le fait que si la politique pénitentiaire évolue de manière telle que plus de 50 % des détenus doivent se déplacer dans la prison ce qui est plausible avec une technologie adaptée, il faut que les flux restent réalisables en toute sécurité.

Par rapport à ces deux questions fondamentales, l'on pourrait s'attendre à ce que la Régie revienne sur ces points dans le cadre des négociations finales avec Cafasso comme soumissionnaire préférentiel afin de remédier à ces problèmes fondamentaux. Les adaptations qui en résulteraient auront bien entendu un coût, qui devra être reflété dans la valeur actualisée de la redevance brute. Il n'est donc pas impensable que dans sa globalité cette valeur actualisée va augmenter de sorte que le score de Cafasso au critère financier sera diminué. Tenant compte de la gravité des remarques, celles-ci exigent en outre des modifications radicales qui sont susceptibles d'avoir un impact sur l'entière du concept.

Maintenant que les deux consortiums restants ont été aussitôt et définitivement exclus de toute participation ultérieure à la procédure d'attribution, ceux-ci disposent d'encore moins de moyens pour tester la décision d'attribution qui sera prise après les discussions finales avec Cafasso. Les requérantes ont donc été définitivement privées de la possibilité de vérifier au moment de la prise de décision d'attribution quelles sont les éventuelles conséquences sur le projet et sur le prix, ainsi que de manière cohérente sur le critère financier de Cafasso, des éventuelles adaptations aux problèmes fondamentaux qui ressortent encore aujourd'hui des rapports d'évaluation.

48. Il ressort ensuite de la lecture des différents sous-rapports sur les critères d'attribution qu'une évaluation positive d'une amélioration de l'offre des requérantes est systématiquement suivie par une remarque négative qui inhibe le jugement positif. Les requérantes se réfèrent notamment et à titre d'exemple aux cas suivants dans les sous-rapports :

- sur l'installation d'espaces en dehors des murs de la prison: un commentaire positif («l'intention de continuité paysagère par la création d'un parc autour de l'enceinte est intéressante») est immédiatement suivi d'un commentaire négatif («mais la concrétisation de cette idée reste faible. Les espaces publics sont peu généreux, le chemin du Keelbeek reste fort étroit et enclavé entre l'enceinte et la voie de chemin de fer»). Ce commentaire négatif concerne en fait une toute petite partie du chemin du Keelbeek, mais a été injustement généralisé à l'entière du tracé du chemin du keelbeek.

- sur le mur autour du complexe : «en ce qui concerne les interventions sur le mur d'enceinte, l'intention d'utiliser des plaques d'inox poli miroir est intéressante, mais peu de détails sont donnés quant à la matérialisation de cette solution».

- en ce qui concerne les aspects architecturaux des entités de détention : «Malgré cela, une belle amélioration a été réalisée au niveau des entités de détention où les unités de vies ont spatialement et formellement bien résolues. (...) Les vues extérieures depuis les clusters ne sont cependant pas toujours bien résolues. Le positionnement de certaines façades très proche du grillage du Pext est peu souhaitable.»

- par rapport aux flux externes : «ils ont déjà été évalués positivement lors de la première offre. Les apports de des deux places sont positifs et régulent de manière aérée la circulation entre les détenus via les venelles qui leur sont dédiés (...) Il faut néanmoins composer avec le fait que même si le détenu circulera librement au sein des venelles grâce à son badge, certains membres du personnel devront accompagner ceux qui ne peuvent circuler seuls et aussi effectuer des contrôles dans ces différentes allées.»

Sur la base de l'ensemble des commentaires précités et d'une lecture globale des rapports d'évaluation, les requérantes ont le sentiment que tous les points faibles de leur offre ont systématiquement été utilisés pour neutraliser les améliorations positives, davantage que pour l'évaluation des deux consortiums restants. Ils ne

peuvent pas se défaire de l'impression que des éléments similaires dans leur offre ont été jugés plus sévèrement.

49. Sur la base des constatations reprises dans le moyen, les requérantes estiment également que l'appréciation des offres n'a pas été exécutée avec la diligence nécessaire et que certaines constatations ne reposent sur aucun fondement factuel de sorte que le principe de la motivation matérielle est également violé. Il n'est en tout cas pas toujours possible de comprendre pourquoi certains éléments positifs de l'offre adaptée des requérantes ne sont pas mentionnés ou ne sont pas jugés aussi favorablement que des éléments similaires des offres des autres candidats restants. Il est encore moins clair pourquoi des éléments négatifs des deux consortiums restants semblent pesés moins lourds dans la balance que les éléments négatifs qui ont été identifiés dans l'offre des requérantes.

En outre, la décision attaquée méconnaît le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires en appréciant de manière déséquilibrée et inégale les pour et contre de chacune des offres et l'attribution des scores.

En outre, la Régie ne semble pas s'inquiéter dans la décision attaquée des problèmes fondamentaux persistants dans l'offre de Cafasso au niveau de la sécurité et de la faisabilité et elle ne s'engage pas à prendre quelque sanction au niveau de l'évaluation des offres. En excluant définitivement les requérantes (ainsi que l'autre candidat) de toute participation ultérieure à la procédure d'attribution, la Régie rend impossible dans la décision attaquée pour les candidats restants de s'opposer à la décision d'attribution. Les requérantes ne pourront de cette manière pas vérifier si la nécessité de remédier aux problèmes fondamentaux n'aurait pas donné lieu à une nouvelle évaluation au regard des critères d'attribution, en particulier au regard du critère financier. De cette façon, le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires a également été méconnu ou du moins il a été fait obstacle à ce que ces soumissionnaires puissent vérifier que celui-ci soit bien été respecté dans le cadre de la décision définitive d'attribution.

Le quatrième moyen doit par conséquent être considéré comme sérieux et fondé."

IX. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le pouvoir adjudicateur qui compare les mérites respectifs de plusieurs offres au regard d'un critère d'attribution qualitatif, dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation des offres, le Conseil d'Etat ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de ce pouvoir, et de censurer dans le chef de ce dernier une appréciation manifestement déraisonnable.

Par ailleurs, il y a lieu de rappeler que la procédure de suspension d'extrême urgence, instituée par l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, inséré par l'article 2 de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, présente un caractère spécifique.

En effet, le législateur a justifié sa volonté d'imposer le recours à une telle procédure d'extrême urgence et d'exclure celui à une procédure de suspension ordinaire en précisant que "le maintien d'un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service public ont conduit à se limiter à trouver une issue pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et ne souffrent pas de délais de procédure plus longs" (Doc. Parl. Ch., sess. 2009-2010, n° 52, 2276/01, p. 31).

Eu égard à cette volonté du législateur de prescrire une telle procédure, à mener dans des délais réduits et limitée à des irrégularités manifestes, un moyen ne peut être qualifié de sérieux que si l'illégalité dénoncée revêt un caractère suffisamment évident.

En l'espèce, le moyen procède de la formulation de multiples critiques à l'égard des appréciations des offres améliorées des trois soumissionnaires, portées par le jury et les différents groupes de travail. Pour bon nombre d'entre elles, elles sont exposées d'une manière telle qu'il n'est pas permis au Conseil d'Etat d'exercer, en extrême urgence, le contrôle qu'elles appellent. Ainsi, les requérantes contestent-elles des affirmations portées dans les rapports d'analyse, sans jamais renvoyer à des éléments précis de leur propre offre, qu'elles ne déposent d'ailleurs pas, de sorte qu'il n'est pas possible de déceler d'éventuelles erreurs de fait dans l'analyse des offres, singulièrement de celle des requérantes.

Par ailleurs, les griefs formulés à l'appui du moyen visent de façon ciblée des appréciations portées dans les rapports d'évaluation, appréciations dont l'interprétation donnée par les requérantes est sans doute favorable à celles-ci, mais diffère de celle qui devrait être retenue si ces appréciations étaient lues à la lumière de l'intégralité des rapports desquels elles ont été extraites. Un tel recours à des critiques à ce point ciblées prive de vue d'ensemble les évaluations qui, "prima facie", paraissent minutieuses, cohérentes et motivées. En outre, les développements de la note d'observations déposée par la partie adverse et les plaidoiries imposent de constater que d'importantes divergences entre les lectures susceptibles d'être données des rapports d'évaluation ne contribuent pas à la démonstration d'illégalités manifestes.

Enfin, l'examen de certains griefs devrait, de toute évidence, contraindre le Conseil d'Etat à substituer son appréciation à celle de la partie adverse. Ainsi en est-il de la critique relative au fait que, selon les requérantes, certaines des améliorations apportées à leur offre initiale n'auraient pas été évoquées dans les rapports d'évaluation. Reposant sur l'affirmation que des améliorations ont été

apportées, ce moyen impose au Conseil d'Etat de déterminer si des modifications apportées à l'offre initiale constituent autant d'améliorations de celle-ci, ce qui relève du pouvoir d'appréciation de la partie adverse.

Il ressort de ces considérations qu'aucune critique formulée par les requérantes ne permet, dans le cadre d'un examen effectué en extrême urgence, de déceler, dans l'évaluation des offres dont rendent compte les différents rapports, une illégalité manifeste.

Il s'ensuit que le moyen ne peut être déclaré sérieux.

X. CINQUIEME MOYEN

X. 1. Thèse des requérantes

Les requérantes soulèvent un cinquième moyen, pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 105 de la Constitution combiné avec l'article 159 de la Constitution, ainsi que du principe général d'égalité de traitement, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 3 de la loi du 1^{er} avril 1971 portant création d'une Régie des Bâtiments, des articles 1, § 1^{er}, 6, 13, 17, § 3, 2^o, 65/4, alinéas 1^{er}, 2^o et 4^o, et 2, et 65/5, 2^o et 5^o, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 13, 14, § 1^{er}, et 16 à 20ter 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, des articles 2, § 1^{er}, 2^o, a), de l'arrêté royal du 14 octobre 1996 relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière d'octroi de concessions de travaux publics au niveau fédéral, des principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence, et du principe général «patere legem quam ipse fecisti». Articulé en deux branches, ce moyen est exposé comme suit :

" A. Première branche du cinquième moyen

50. Le mode de passation du marché litigieux est la procédure négociée avec publicité, conformément à l'article 17, § 3, 2^o, de la loi du 24 décembre 1993. Le choix de ce mode de passation doit demeurer exceptionnel. La décision de recourir à une procédure négociée avec publicité doit être prise par l'autorité compétente. Cette décision doit être régulièrement motivée et légalement justifiée.

Selon la partie adverse, la décision prétendument prise par le Conseil des ministres le 15 mai 2010 (confirmée le 17 décembre 2010) autorise le recours à la procédure négociée avec publicité sur base de l'article 17, § 3, 2^o, de la loi du 24 décembre

1993, et qui est visée dans les considérants de l'acte attaqué, à savoir la décision du 24 mai 2013 relative à la désignation du soumissionnaire préférentiel.

Les requérantes sont admises à l'appui de leur recours contre la décision attaquée à invoquer l'illégalité de la décision de recourir à la procédure négociée en exécution de l'article 159 de la Constitution et ce conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

A cet égard, dans son arrêt n° 212.877 du 29 avril 2011 rendu en cause de Groupe De Boeck/Etat belge/Wolters Kluwer Belgium, la VI^{ème} chambre du Conseil d'Etat siégeant en référé a statué comme suit :

«Considérant, quant à la recevabilité du premier moyen, qu'un soumissionnaire peut former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande de 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 de 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 public en cause, la requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité de la décision de recourir à la procédure négociée; qu'admettre que ce moyen est irrecevable reviendrait à rendre impossible l'introduction d'un recours en annulation et, le cas échéant, d'une demande de suspension par un soumissionnaire ayant participé à une procédure négociée contre la décision de recourir à une telle procédure; qu'il s'ensuit que le premier moyen est recevable;

Considérant que le pouvoir adjudicateur choisit librement, entre les procédures déterminées par la loi, la procédure de passation à appliquer à 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 caractère exceptionnel de cette procédure, les hypothèses autorisant à y recourir doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir de démontrer que les circonstances, justifiant l'exception, existent effectivement; qu'à cette fin, il lui appartient, préalablement au lancement de cette procédure ou lors de son lancement, de prendre une décision d'y recourir par laquelle il justifie l'existence des circonstances exceptionnelles permettant d'en faire usage;

Considérant qu'en l'espèce, il ne ressort pas du dossier administratif que la partie adverse aurait pris, comme elle le devait, préalablement au lancement de la procédure négociée ou lors de son lancement, une décision d'y recourir par laquelle elle aurait justifié l'existence des circonstances exceptionnelles permettant d'en faire usage; que la décision du Conseil des ministres du 30 octobre 2009 ne constitue pas cette décision; qu'en effet, celle-ci ne pouvait être adoptée que par le Ministre de la Justice conformément à l'article 6 de la loi précitée du 24 décembre 1993 qui réserve à chaque ministre, dans les limites de ses attributions, la compétence pour prendre les décisions relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'Etat et des organismes qui relèvent de son autorité hiérarchique; que, sans qu'il soit besoin de déterminer si son autorisation était requise en l'espèce, le Conseil des ministres s'est limité, par sa décision précitée du 30 octobre 2009, à donner son accord préalable au Ministre de la Justice pour lui permettre de décider d'entamer la passation du marché public litigieux selon la procédure négociée avec publicité conformément à l'article 2,

§ 1^{er}, de l'arrêté royal du 14 octobre 1996 relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière d'octroi de concessions de travaux publics au niveau fédéral; que le Conseil des ministres n'a par contre pas décidé à la place du Ministre de la Justice de faire application de la procédure négociée; que, cependant, à la suite de cet accord du Conseil des ministres, qui semble avoir été considéré erronément par la partie adverse comme constituant la décision requise d'appliquer la procédure négociée avec publicité, le Ministre de la Justice n'a pas pris la décision, qu'il aurait dû adopter, de recourir à cette procédure et par laquelle il lui aurait appartenu de justifier l'existence des circonstances exceptionnelles permettant d'en faire usage; qu'en tant qu'il est pris de la violation de l'article 17, § 3, de la loi précitée du 24 décembre 1993, le premier moyen apparaît dès lors sérieux;»

51. De même, dans son arrêt n° 221.813 du 19 décembre 2012 rendu en cause de Groupe De Boeck/Etat belge, la VI^{ème} chambre du Conseil d'Etat a statué comme suit :

«Il ressort de la pièce 8bis du dossier administratif que le Ministre de la Justice a souhaité recueillir "l'accord préalable" du conseil des ministres sur le lancement du marché.

Cette pièce ne constitue pas une décision du ministre, comme le soutient pour la première fois la partie adverse dans le cadre de la procédure en annulation, mais une note se concluant par une proposition de décision du conseil des ministres.

La décision par laquelle le conseil des ministres donnait son accord sur le lancement la procédure aurait dû être suivie d'une décision du Ministre de la Justice de lancer le marché, selon la procédure négociée avec publicité, moyennant justification explicite des circonstances permettant de faire usage de cette procédure d'exception sur la base de l'article 17, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

En raison du caractère exceptionnel de cette procédure, ces circonstances doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir d'établir que ces circonstances existent effectivement.

Il incombe dès lors au pouvoir adjudicateur, préalablement au lancement de cette procédure ou lors de son lancement, de prendre une décision d'y recourir par laquelle il justifie l'existence d'une ou plusieurs des circonstances mentionnées par l'article 17, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 précitée.

En l'espèce, il ne ressort pas du dossier administratif que la partie adverse aurait pris, comme elle le devait, préalablement au lancement de la procédure négociée ou lors de son lancement, une telle décision assortie de la justification nécessaire.

La décision du conseil des ministres du 30 octobre 2009 ne constitue pas cette décision.

Celle-ci ne pouvait être adoptée que par le Ministre de la Justice, sur le fondement de l'article 6 de la loi du 24 décembre 1993 qui réserve à chaque ministre, dans les limites de ses attributions, la compétence de prendre les décisions relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'Etat et des organismes qui relèvent de son autorité hiérarchique.

Sans qu'il soit besoin de rechercher si son autorisation était requise en l'espèce, le conseil des ministres s'est limité, par sa décision précitée du 30 octobre 2009, à donner son accord préalable au Ministre de la Justice pour lui permettre de décider d'entamer la procédure de passation du marché public litigieux selon la

procédure négociée avec publicité, conformément à l'article 2, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 14 octobre 1996, précité.

Le conseil des ministres n'a pas décidé à la place du Ministre de la Justice de faire application de la procédure négociée.

Son accord semble avoir été considéré erronément par la partie adverse comme la décision requise de recourir à la procédure négociée avec publicité.

Le Ministre de la Justice lui-même s'est abstenu de prendre une telle décision et de justifier l'existence d'une ou de plusieurs des circonstances exceptionnelles permettant d'en faire usage.

En tant qu'il est pris de la violation de l'article 17, § 3, de la loi précitée du 24 décembre 1993, le premier moyen est fondé.»

52. Les motifs de ces deux arrêts s'appliquent mutatis mutandis en l'espèce.

En effet, le préambule de la décision relative à la désignation du soumissionnaire préférentiel du 24 mai 2013 vise «l'approbation préalable par le Conseil des ministres du 15 mai 2010 (confirmée le 17 décembre 2010) du marché public et du mode de passation en application de l'article 2, § 1 de l'Arrêté royal du 14 octobre 1996 relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière d'octroi de concessions de travaux publics au niveau fédéral».

Les requérantes n'ont pas connaissance du contenu des décisions du Conseil des ministres du 15 mai 2010 et du 17 décembre 2010, celles-ci ne lui ayant pas été communiquées par la partie adverse. Toutefois, il ressort du communiqué de presse d'une réunion du Conseil des ministres du 15 décembre 2010 que :

«Le Conseil des ministres a pris connaissance de l'état de la situation quant à l'exécution du masterplan 2008-2012-2016 pour une infrastructure carcérale plus humaine (voir aussi Conseil des ministres du 18 avril 2008), soumis par le ministre de la Justice Stefaan De Clerck.

Le programme de rénovation pour restaurer la capacité perdue a bien avancé. La plupart des travaux de rénovation ont été exécutés. Quant à l'extension de la capacité sur les sites existants, celle-ci a été réalisée dans la plupart des cas ou est encore en cours.

Pour les nouveaux Centres de Psychiatrie légale à Gand, Anvers, Achêne, Termonde, Beveren, Leuze-en-Hainaut et Marche-en-Famenne, la fin des travaux est prévue pour 2013.

Pour le nouveau bâtiment à construire à Anvers, un site sera bientôt sélectionné. Pour la nouvelle construction en remplacement du site Saint-Gilles/Forest et Berkendael, un espace adéquat a été trouvé. Les travaux devraient être terminés pour 2016.»

Enfin, il ressort du communiqué de presse du Conseil des ministres du 18 avril 2008, auquel se réfère le communiqué de presse du Conseil des ministres du 15 décembre 2010 que :

«Sur proposition de MM. Didier Reynders, ministre des Finances, et Jo Vandeurzen, ministre de la Justice, le Conseil des ministres a approuvé le Masterplan contenant des actions sur l'exécution des peines, qui doivent principalement s'atteler à la surpopulation carcérale et garantir une détention dans des conditions humaines.

Le SPF Justice et la Régie des bâtiments collaboreront, au cours de la prochaine décennie, pour remettre les établissements pénitentiaires à un niveau qui réponde aux exigences en termes de capacité, d'organisation et d'aménagement. Le Conseil des ministres a dès lors décidé de rénover les établissements pénitentiaires existants, d'élargir la capacité cellulaire par le biais de rénovations et de nouvelles constructions et d'exécuter des travaux de maintenance et de sécurisation.

Le Conseil des ministres a confirmé les décisions existantes en matière de nouvelles constructions à Gand, Anvers et Termonde. Il a également approuvé la construction de trois nouveaux établissements d'une capacité de 300 cellules chacun, ainsi que d'un établissement pour jeunes délinquants à Achêne.

Le Conseil des ministres a chargé la Régie des bâtiments et le SPF Justice d'élaborer un programme pluriannuel pour les travaux de maintenance et de conservation ainsi que de la mise en œuvre d'un protocole de collaboration. Les crédits nécessaires seront inscrits aux budget 2008 et suivants de la Régie des bâtiments.»

Il résulte de ces communiqués de presse que le Conseil des ministres aurait marqué son accord sur le marché public litigieux.

Ce faisant, le Conseil des ministres a exercé la prérogative prévue à l'article 2, § 1^{er}, 2^o, a), de l'arrêté royal du 14 octobre 1996, aux termes duquel :

«§ 1. Avant d'entamer toute procédure de passation, les propositions de marchés publics visés à l'article 6, alinéa 1^{er}, de la loi doivent être soumises, avec l'indication du mode de passation, à l'accord du Conseil des ministres dans les cas ci-après :

[...]

2^o les marchés publics à passer par adjudication restreinte, par appel d'offres restreint ou par procédure négociée avec publicité lors du lancement de la procédure au sens des articles 17, § 3, et 39, § 1^{er}, de la loi, dont le montant estimé, hors taxe sur la valeur ajoutée, est égal ou supérieur à :

a) 3.500.000 EUR pour les marchés publics de travaux;»

Mais la décision de passer ce marché n'a pas été prise valablement pour autant.

En effet, il incombait encore à la partie adverse :

- de décider de passer le marché par procédure négociée avec publicité;
- de motiver sa décision de recourir à ce mode de passation exceptionnel.

53. Cette décision ne semble pas avoir été prise.

En effet, dans le cadre de la Commission des Finances et des Affaires économiques du Sénat de Belgique (Annales du Sénat de Belgique, Session ordinaire 2011-2012, Commission des Finances et des Affaires économiques, Mercredi 27 juin 2012, Séance de l'après-midi, 5-164 COM, «Demande d'explications de M. Bart Laeremans au secrétaire d'Etat aux Réformes institutionnelles et à la Régie des bâtiments sur "une nouvelle prison à Bruxelles" (n° 5-2203)» M. Bart Laeremans a rappelé que :

«En réponse à diverses demandes d'explications, la ministre de la Justice nous a informés, le 21 octobre 2011, que le Conseil des ministres avait décidé de faire construire une nouvelle prison à Bruxelles.»

M. Bart Laeremans a notamment demandé à M. Servais Verherstraten :

«Je voudrais connaître le contenu précis de cette décision. Quand a-t-elle été prise ?»

M. Servais Verherstraeten a répondu que :

«Le gouvernement précédent a prévu de remplacer les prisons de Forest, Saint-Gilles et Berkendael par une nouvelle prison située Witloofstraat à Haren. Cette décision a été entérinée par le Conseil des ministres du 15 décembre 2010.»

Cette réponse confirme - s'il en était besoin - qu'il n'y a pas eu d'autre décision que celle du Conseil des ministres du 15 décembre 2010 et que la partie adverse n'a pris aucune décision après cette date.

54. Enfin, les requérantes rappellent que le moyen pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué peut même être soulevé d'office, cette irrégularité touchant à l'ordre public (arrêt n° 223.237 rendu par la VI^{ème} chambre du Conseil d'Etat siégeant en référé le 22 avril 2013 en cause de Cofely Services/Communauté française/TPF Utilities).

Cette première branche du cinquième moyen doit par conséquent être considérée comme recevable, sérieuse et fondée.

B. Seconde branche du cinquième moyen

55. La décision prétendument adoptée par le Conseil des ministres le 15 mai 2010, et selon la partie adverse confirmée le 17 décembre 2010, autorisant le recours à la procédure négociée avec publicité sur base de l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 et qui est visée dans les considérants de la décision attaquée a été prise en violation de l'article 105 de la Constitution combiné avec l'article 159 de la Constitution.

Lorsque le Conseil des ministres est démissionnaire, il ne peut qu'expédier les affaires dites «courantes» selon la jurisprudence du Conseil d'Etat (C.E., n° 17.131 du 14 juillet 1975, RACE, 1975, p.194) :

«Qu'ainsi la règle non écrite suivant laquelle la compétence des membres d'un gouvernement démissionnaire se borne à l'expédition des affaires courantes apparaît comme une règle obligatoire en ce qu'elle procède de l'économie générale de la Constitution (...)».

Il existe trois types de décisions pouvant être prises en période d'affaires courantes. Il s'agit des affaires de gestion journalière, des affaires constituant la poursuite normale de la procédure régulièrement engagée avant la démission et des affaires urgentes.

En l'espèce, la décision de recourir au mode de passation exceptionnel qu'est la procédure négociée avec publicité, sur base de l'article 17, §3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 aurait été prise le 15 mai 2010, et aurait été confirmée le 17 décembre 2010. Or, le Conseil des ministres était démissionnaire depuis le 26 avril 2010 et ne pouvait à partir de ce moment qu'expédier les affaires courantes.

La décision de lancer le marché public litigieux et de choisir un mode de passation exceptionnel, à savoir la procédure négociée avec publicité sur base de l'article 17, § 3, 2°, précité pour un marché public dont la valeur actualisée de la redevance brute estimée par les requérantes s'élèvent à 595.175.009,64 € n'est ni une affaire de gestion journalière, ni la poursuite normale d'une procédure régulièrement

engagée - la décision relative au mode de passation étant la première décision du pouvoir adjudicateur dans une procédure de passation - et ni une affaire urgente.

En conséquence, la décision prétendument adoptée par le Conseil des ministres le 15 mai 2010, et selon la partie adverse confirmée le 17 décembre 2010, autorisant le recours à la procédure négociée avec publicité sur base de l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 et qui est visée dans les considérants de la décision attaquée a été pris en violation de l'article 105 de la Constitution combiné avec l'article 159 de la Constitution.

La faculté pour un soumissionnaire d'introduire immédiatement un recours en annulation et, le cas échéant, une demande de 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.

En conséquence, la seconde branche de ce moyen est recevable, sérieuse et fondée."

X. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la première branche

Tel qu'exposé par la requête et complété en termes de plaidoiries après que les requérantes aient pris connaissance du dossier administratif, le moyen revient, en substance, à dénoncer le fait qu'aucune décision relative au lancement du marché litigieux et au recours à la procédure négociée avec publicité préalable n'aurait été prise par les autorités compétentes et dans le respect de l'obligation de motivation du recours à cette procédure, qui s'imposait à la partie adverse.

L'article 6 de la loi du 24 décembre 1993 est libellé comme suit, en son premier alinéa:

- " Chaque ministre est, dans les limites de ses attributions, compétent pour prendre les décisions relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'Etat et des organismes qui relèvent de son autorité hiérarchique".

L'article 2, § 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal du 14 octobre 1996 relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière d'octroi de concessions de travaux publics au niveau fédéral, est libellé comme suit:

- " Art. 2. § 1. Avant d'entamer toute procédure de passation, les propositions de marchés publics visés à l'article 6, alinéa 1^{er}, de la loi doivent être soumises, avec l'indication du mode de passation, à l'accord du Conseil des ministres dans les cas ci-après :
[...]

2° les marchés publics à passer par adjudication restreinte, par appel d'offres restreint ou par procédure négociée avec publicité lors du lancement de la procédure au sens des articles 17, § 3, et 39, § 1^{er}, de la loi, dont le montant estimé, hors taxe sur la valeur ajoutée, est égal ou supérieur à :

- a) 3.500.000 EUR pour les marchés publics de travaux;
- b) 2.700.000 EUR pour les marchés publics de fournitures;
- c) 2.200.000 EUR pour les marchés publics de services".

La pièce 39 du dossier administratif, intitulée "Conseil des ministres. 15/12/2010. Notification point 79", est libellée comme suit:

" OBJET: MINISTRE DES FINANCES
MINISTRE DE LA JUSTICE

Masterplan 2008-2012-2016 pour une infrastructure carcérale plus humaine – Etat d'avancement, exécution et remplacement.
2008A20140.003

NOTIFICATION : 1. Le Conseil a pris acte de la note du 14 décembre 2010 et de l'état d'avancement de l'exécution du Masterplan.

2. Le Conseil marque son accord sur les propositions contenues dans ladite note, à l'exception de la proposition concernant Paifve, qui est retirée.

Dans le cadre des propositions relatives au complexe pénitentiaire de Haren, il est convenu que l'engagement pour l'acquisition/expropriation du terrain concerné, aura lieu via un transfert de la provision interdépartementale.

Le Secrétaire du Conseil,

E. KIRSCH".

Les extraits suivants de la note du 14 décembre 2010 à laquelle il est fait référence et qui est annexée à la notification, doivent être mentionnés:

" NOTE AU CONSEIL DES MINISTRES

Objet: Masterplan 2008-2012-2016 pour une infrastructure carcérale plus humaine. Etat d'avancement, exécution et remplacement.

1. Introduction et rétroactes

Les déclarations de gouvernement des 21 décembre 2007 et 20 mars 2008 du gouvernement fédéral indiquent explicitement qu'il convient d'élaborer un plan d'action concernant l'exécution des peines et, en particulier, de s'atteler de façon accélérée à la surpopulation carcérale à laquelle nos établissements pénitentiaires sont confrontés.

En exécution de l'accord de gouvernement, le gouvernement a approuvé le 18 avril 2008 le masterplan 2008-2012 pour une infrastructure pénitentiaire dans des conditions humaines.

[...].

2. Présentation du dossier

2.1. Point de la situation :

[...].

2.2. Exécution : Remplacement de Saint-Gilles, de Forest et de Berkendael

2.2.1. Introduction

Immédiatement après l'approbation de cette construction de remplacement lors du Conseil des ministres du 19 décembre 2008, un site adéquat a été recherché pour la construction de ce complexe pénitentiaire, avec une infrastructure supplémentaire pour la tenue d'audiences nécessitant un haut degré de sécurité.

Après examen de plusieurs sites, un espace adéquat offrant une superficie suffisante a été trouvé rue du Chicon à Haren (Bruxelles).

[...].

2.2.4. Consultant

Le Conseil des ministres du 12 mars 2010 a marqué son accord sur la poursuite de la mise en œuvre du programme de construction des nouvelles prisons via une formule DBFM. Comme pour la construction des nouvelles prisons de Beveren, Termonde, Leuze-en-Hainaut et Marche-en-Famenne, la Régie des Bâtiments souhaite faire appel à un consultant externe. Sa mission consistera à prêter assistance et à rendre des avis dans le cadre de l'élaboration de la procédure d'adjudication, d'organiser l'appel aux candidats et leur sélection, de rédiger les dispositions du guide de remise des offres, du cahier spécial des charges et des autres documents contractuels, d'analyser les offres, de mener les négociations en vue d'optimiser les offres, de choisir la meilleure offre et d'assurer le suivi de l'exécution du marché. Pour l'exécution de sa mission, le consultant sera tenu d'utiliser les documents d'adjudication et les documents contractuels qui ont servi pour la passation des marchés relatifs à la construction des quatre établissements précités, documents qu'il devra optimiser et, le cas échéant, adapter au marché actuel. Le Conseil des ministres du 15 mai 2010 a marqué son accord sur la procédure de négociation après publication en tant que procédure de passation pour les marchés DBFM pour les quatre prisons précitées sur la base de l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics. Etant donné que l'argumentation qui a conduit au choix de cette procédure s'applique toujours à la construction de la nouvelle prison de Haren, le consultant devra également utiliser cette procédure.

[...].

9. Proposition de décision

[...].

Il est demandé au Conseil des ministres :

[...].

- de marquer son accord sur la désignation d'un consultant externe chargé d'accomplir la mission visée au point 2.2.4. conformément aux modalités prévues à ce même point;

[...].

10. Membres du gouvernement qui introduisent le dossier
Monsieur Didier REYNDERS, Vice-Premier Ministre et Ministre des Finances et
des Réformes Institutionnelles, Ministre de tutelle de la Régie des Bâtiments.
Monsieur Stefaan DE CLERCK, ministre de la Justice.

[...]"

Il apparaît ainsi à la lecture de ces extraits de la pièce 39 du dossier administratif que le ministre alors compétent a pris la décision d'initier la procédure d'attribution du marché litigieux et de recourir, à cette fin, à la procédure négociée avec publicité préalable sur le fondement de l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993. La circonstance que le document annexé à la notification soit intitulé "Note au conseil des ministres" n'exclut nullement que le ministre compétent ait bien pris une décision préalable, celle-ci ne pouvant produire ses effets qu'après approbation par le conseil des ministres. Cette décision a précisément été soumise au conseil des ministres qui, en sa séance du 15 décembre 2010, l'a approuvée.

"Prima facie", l'initiative de lancer la procédure d'attribution du marché litigieux et le choix du recours à la procédure négociée avec publicité préalable résulte bien d'une décision prise par l'autorité compétente et munie de l'approbation requise.

Par ailleurs, l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 est libellé comme suit:

- " Art. 65/4. L'autorité adjudicatrice établit une décision motivée :
- 1° lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée sans publicité;
 - 2° lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée avec publicité dans les secteurs classiques;
 - 3° lorsqu'elle décide de la qualification ou du retrait de la qualification dans le cadre d'un système de qualification dans les secteurs spéciaux;
 - 4° lorsqu'elle décide de la sélection des candidats quand la procédure comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation;
 - 5° lorsqu'elle attribue un marché, quelle que soit la procédure;
 - 6° lorsqu'elle renonce à la passation du marché et, le cas échéant, décide de lancer un nouveau marché.
- Dans les cas mentionnés à l'alinéa 1^{er}, 1° et 2°, les motifs de la décision doivent exister au moment où celle-ci est prise mais la décision motivée peut cependant être établie a posteriori, et au plus tard lors de l'établissement de la décision d'attribution visée à l'alinéa 1^{er}, 5°.
- Dans le cas visé à l'alinéa 1^{er}, 5°, si la décision d'attribution ne peut être établie immédiatement, celle-ci est établie a posteriori, et au plus tard dans les quinze jours qui suivent la décision, dans les hypothèses visées aux articles 17, § 2, 1°, b, alinéa 2, 2° tiret, et c, 39, § 2, 1°, c, et 3°, b et c, et 59, § 2, 1°, d, et 4°, b et c".

Il ressort de cette disposition que les motifs du recours à la procédure négociée avec publicité préalable doivent exister lorsqu'est prise la décision ayant pour objet le choix du mode de passation, même s'ils ne sont formellement énoncés que dans une décision ultérieure.

Il apparaît à la lecture des extraits précités de la pièce 39 du dossier administratif que la décision prise par le ministre alors compétent et approuvée ensuite par le conseil des ministres prend appui sur ce que l'argumentation qui a conduit au choix de la procédure négociée avec publicité pour les marchés relatifs aux prisons de Beveren, Termonde, Marche-en-Famenne et Leuze-en-Hainaut, s'appliquait à la construction de la prison de Haren. Il s'en déduit que les motifs du recours à ce mode de passation existaient bien lorsque la décision ayant cet objet a été prise, et ce, même s'ils n'ont été formellement énoncés que dans le "Guide de sélection" approuvé, le 26 janvier 2012, par le secrétaire d'Etat désormais compétent.

Au regard de l'article 65/4 précité, le recours à la procédure négociée avec publicité ne paraît pas être entaché d'une illégalité manifeste.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa première branche.

B. Quant à la seconde branche

Compte tenu de la nécessaire rectification d'erreurs matérielles dans l'identification des dates auxquelles ont été prises deux délibérations du conseil des ministres, il y a lieu de considérer qu'en sa seconde branche, le moyen revient à dénoncer le fait que la délibération du conseil des ministres du 15 décembre 2010 a été prise en période d'affaires courantes, alors que l'approbation du recours à la procédure négociée avec publicité préalable pour la passation du marché litigieux ne relève pas des décisions que le conseil des ministres a le pouvoir d'adopter en pareille période.

Dans une période où du fait de la dissolution des Chambres législatives, le gouvernement est privé de sa base parlementaire et échappe au contrôle de la Chambre des représentants, il ne dispose plus de la plénitude de ses attributions et peut uniquement expédier les «affaires courantes». Il en est de même lorsque le gouvernement a présenté sa démission au Roi.

Relèvent des affaires courantes, les affaires de gestion journalière, les affaires constituant la poursuite normale d'une procédure régulièrement engagée avant la dissolution ou la démission, et les affaires urgentes.

La première catégorie d'affaires n'a pas lieu d'être analysée, la décision de recours à la procédure négociée avec publicité préalable n'en faisant manifestement pas partie.

La deuxième catégorie d'affaires ne peut relever des affaires courantes que si la procédure d'élaboration répond à des conditions bien précises. Notamment, une affaire dont l'importance dépasse celle des affaires de gestion journalière et qui n'est pas urgente peut néanmoins être finalisée par le gouvernement, malgré la dissolution du parlement ou la démission du gouvernement, si la procédure qui a donné lieu à l'arrêté concerné a été engagée bien avant la période critique, si elle a ensuite été réglée sans précipitation et si les questions politiques, qui ont pu se poser sur le plan administratif, ont été résolues avant cette période critique.

Ne relèvent pas de cette deuxième catégorie, les affaires dont le traitement donne lieu à des choix politiques importants, c'est-à-dire des affaires qui impliquent des options dont l'importance sur le plan de la politique générale est par essence telle que ces affaires ne pourraient être décidées que par un gouvernement qui a l'appui du parlement et qui risque de perdre cet appui en raison de la décision qu'il a prise.

Relèvent de la troisième catégorie, les affaires dont le règlement ne souffre aucun retard sous peine de mettre en danger des intérêts fondamentaux ou de leur porter préjudice. De telles affaires relèvent des affaires courantes, même si à cet égard le gouvernement doit faire des choix politiques importants.

En l'espèce, dès lors que la délibération du 15 décembre 2010 s'inscrit dans ligne des décisions précédentes relatives au "Masterplan 2008-2012-2016 pour une infrastructure carcérale plus humaine", décisions dont les premières avaient été adoptées par le conseil des ministres dès 2008, soit avant que débute la période d'affaires courantes, il ne paraît, "prima facie", pas déraisonnable de considérer que l'approbation du recours à la procédure négociée sans publicité constitue la poursuite normale d'une procédure régulièrement engagée avant la démission du gouvernement.

Par ailleurs, dans un contexte où la période d'affaires courantes avait pris cours à la suite de la démission du gouvernement, présentée le 22 avril 2010, et faisait peser une grande incertitude sur le délai de formation d'un nouveau gouvernement, il doit être admis, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, que le conseil des ministres a pu considérer, sans commettre une erreur manifeste d'appréciation, que l'approbation du mode de passation du marché litigieux revêtait un caractère urgent au sens précité.

Il s'ensuit que le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa seconde branche.

XI. CONFIDENTIALITE

La partie adverse souhaite garder la confidentialité des pièces 9a, 9b, 9c, 9d, 10h, 10i, 14bi, 15i, 15ii, 15iii, 16a, 16b, 17g, 17h, 20 et 42, versées au dossier administratif.

Les parties requérantes demandent par une requête introduite le 27 juin 2013 que la pièce 23 du dossier administratif déposé par la partie adverse soit également déclarée confidentielle.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société de droit australien MACQUARIE CAPITAL GROUP LIMITED, la société de droit espagnol VIALIA SOCIEDAD GESTORA DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS S.L., la société de droit espagnol FCC CONSTRUCCION S.A. et la société anonyme DENYS dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Les pièces 9a, 9b, 9c, 9d, 10h, 10i, 14bi, 15i, 15ii, 15iii, 16a, 16b, 17g, 17h, 20, 23 et 42 du dossier administratif de la partie adverse demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

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

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

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.