

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 224.643 du 13 septembre 2013

G./A.209.785/VI-20.036

En cause : **1. la société de droit français OBERTHUR FIDUCIAIRE,
2. la société de droit français OBERTHUR
TECHNOLOGIES,**

ayant élu domicile chez
Me Michaël PILCER, avocat,
drève de Nivelles, n° 182,
1160 Bruxelles,

contre :

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

ayant élu domicile chez
Mes Bob MARTENS et
Alain DELFOSSE, avocats,
avenue Louise, n° 106,
1050 Bruxelles.

Parties intervenantes :

**1. la société anonyme ZETES
2. la société de droit finlandais GEMALTO OY,**

ayant élu domicile chez
Mes Virginie DOR et Sarah BEN MESSAOUD, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 14 août 2013, la société de droit français OBERTHUR FIDUCIAIRE et la société de droit français OBERTHUR TECHNOLOGIES sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision de Monsieur le Vice-Premier Ministre et Ministre des Affaires Etrangères Didier REYNDERS «d'attribuer le marché à l'association temporaire ZETES-GEMALTO» prise le 26 juillet 2013 dans le cadre du marché de services et de fournitures de «production, stockage, personnalisation et livraison de

passports électroniques destinés aux administrations communales et provinciales en Belgique et aux postes diplomatiques et consulaires belges à l'étranger et production de passports non électroniques destinés au SPF Affaires Etrangères»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 19 août 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 10 septembre 2013 à 10 heures.

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

La société anonyme ZETES et la société de droit finlandais GEMALTO OY ont, par une requête introduite le 5 septembre 2013, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

Me Michaël PILCER, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, Mes Alain DELFOSSE et Bob MERTENS, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et Me Virginie DOR, avocat, 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

III. 1. Le S.P.F. Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au développement a décidé de passer un marché public de services et de fournitures aux termes d'une procédure d'appel d'offres restreint dont l'objet est notamment "l'impression, le stockage, la personnalisation et la livraison de passports électroniques destinés aux administrations communales et provinciales en Belgique et aux postes diplomatiques et consulaires belges à l'étranger" (article 1^{er} de la partie A du cahier spécial des charges, "Objet et nature du marché").

III. 2. Le marché est régi par le cahier spécial des charges portant la référence DGC/2009/04.

III. 3. Un avis de marché a été publié sous le n° 25072 au Bulletin des adjudications du 24 décembre 2009.

Un avis de marché a été publié sous le n° 249-358973 au Journal officiel de l'Union européenne du 26 décembre 2009.

III. 4. Les candidatures devaient parvenir au S.P.F. Affaires étrangères au plus tard pour le 12 février 2010 à 11h00.

Les sociétés suivantes ont introduit une demande de participation à la date prévue :

1. la S.A. 3M BELGIUM;
2. la société momentanée ZETES-GEMALTO OY;
3. la société de droit français OBERTHUR TECHNOLOGIES.

III. 5. Par des courriers recommandés du 20 juillet 2011, les sociétés précitées ont été informées de leur sélection par le S.P.F. Affaires étrangères et ont reçu le cahier spécial des charges.

III. 6. Les offres devaient parvenir au pouvoir adjudicateur pour le 20 octobre 2011 à 10h00.

Les soumissionnaires suivants ont déposé une offre à la date prévue :

1. la société momentanée ZETES-GEMALTO OY;
2. la société de droit français OBERTHUR TECHNOLOGIES.

III. 7. Dans le courant de l'année 2011, la société OBERTHUR TECHNOLOGIES a fait l'objet de changements dans sa structure et sa composition. L'entité OBERTHUR FIDUCIAIRE a été scindée de l'entité OBERTHUR TECHNOLOGIES. Aux fins de pouvoir déposer une soumission dans le cadre du marché lancé par le S.P.F. Affaires étrangères, les sociétés requérantes ont demandé au pouvoir adjudicateur l'autorisation de soumissionner sous la forme d'une association momentanée.

III. 8. Les requérantes font état de ce que le 14 et le 18 novembre 2011, alors que la société OBERTHUR TECHNOLOGIES était en voie de changements de structure et de composition et que certaines de ses usines étaient en déménagement, le S.P.F. Affaires étrangères a mené en son siège des audits de sécurité tels que prévus

par le cahier spécial des charges. Elles affirment avoir attiré l'attention du S.P.F. Affaires étrangères sur cette circonstance tant à l'occasion de ces audits qu'ultérieurement, et une dernière fois par un courrier recommandé du 28 juin 2013.

III. 9. Par des courriers recommandés du 20 juin 2012, le S.P.F. Affaires étrangères a informé les soumissionnaires de sa décision du même jour d'arrêter la procédure d'appel d'offres restreint.

Ces mêmes courriers font état de la décision du S.P.F. Affaires étrangères "d'entamer une procédure négociée sans publicité avec les soumissionnaires ayant introduit une offre répondant aux exigences formelles de la première procédure, conformément à l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi susmentionnée du 24 décembre 1993".

Lesdits soumissionnaires étaient invités à se procurer un avenant au cahier spécial des charges n° DGC/2009/04.

III. 10. Par des courriers recommandés du 12 juillet 2012, le S.P.F. Affaires étrangères a communiqué aux soumissionnaires des errata à l'avenant au cahier spécial des charges n° DGC/2009/04.

III. 11. Par courriers recommandés du 20 août 2012, le S.P.F. Affaires étrangères a communiqué aux soumissionnaires la liste des questions et réponses formulées à l'égard du cahier spécial des charges n° DGC/2009/04.

III. 12. L'avenant au cahier spécial des charges prévoit que les offres devaient être déposées pour le 9 novembre 2012 avant 12h00.

Les soumissionnaires suivants ont déposé une offre à la date prévue :

1. la société momentanée ZETES-GEMALTO OY;
2. l'association OBERTHUR.

III. 13. Par un courrier recommandé du 15 janvier 2013, le S.P.F. Affaires étrangères a informé l'association OBERTHUR de ce qu'il avait constaté des anomalies quant aux prix proposés et l'a invitée à justifier ses prix.

III. 14. L'association OBERTHUR a répondu à cette demande de justification par un courriel du 8 février 2013 dont une copie a été communiquée par porteur le 11 février 2013. Un CD-ROM contenant la réponse numérisée a également été déposé par porteur au S.P.F. Affaires étrangères, le 20 février 2013.

III. 15. Le 7 mars 2013 ont eu lieu des négociations entre le S.P.F. Affaires étrangères et l'association OBERTHUR.

III. 16. Par des courriers recommandés du 20 mars 2013, le S.P.F. Affaires étrangères a informé les deux soumissionnaires de ce qu'ils étaient d'accord pour renoncer à un second tour de négociations et les a invités à remettre une "BAFO" (Best And Final Offer).

III. 17. Le 29 avril 2013, l'association OBERTHUR a remis sa BAFO.

III. 18. Aux termes de l'analyse de la sélection qualitative et de la régularité des offres, le S.P.F. Affaires étrangères a considéré que les deux offres étaient conformes aux critères d'exclusion, ainsi qu'aux critères de sélection qualitative, qu'elles étaient administrativement conformes et que l'examen de la conformité technique des offres n'était pas d'application.

Figure au point 4 du rapport d'attribution le classement des offres dans les termes suivants :

- " Sur base de l'analyse des trois critères d'attribution (voir point 3.3 supra), les offres peuvent être classées comme suit (voir Annexe 1):
1. ZETES-GEMALTO
Prix = 40/40
Qualité spécimens passeports = 22,53/30
Sécurité chaîne de production = 24,86/30
TOTAL : 87,39/100
 2. ASSOCIATION OBERTHUR :
Prix = 37,90/40
Qualité spécimens passeports = 25,35/30
Sécurité chaîne de production = 22,14/30
TOTAL = 85,39/100".

Les points 5 et 6 du même rapport mentionnent ce qui suit :

- " 5. Attribution
5.1. Offre retenue
L'offre du soumissionnaire ZETES-GEMALTO est retenue.
[...]
6. Avis du comité d'évaluation
Compte tenu des éléments ci-dessus, le comité d'évaluation propose d'attribuer le marché au soumissionnaire ZETES-GEMALTO".

III. 19. Le 26 juillet 2013, le Vice-Premier Ministre et Ministre des Affaires étrangères, du Commerce extérieur et des Affaires européennes a pris la décision suivante :

- " Compte tenu de l'avis du comité de sélection, l'ordonnateur compétent décide d'attribuer le marché à l'association temporaire ZETES-GEMALTO".

III. 20. Par lettre recommandée du 31 juillet 2013, la partie adverse a informé l'association OBERTHUR de sa décision, ajoutant qu'elle "procédera à la conclusion du marché sans aucun délai d'attente, cela conformément à l'article 65/12, 1° de la Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics".

III. 21. Par lettre recommandée du 31 juillet 2013, la partie adverse a notifié à la société momentanée ZETES - GEMALTO OY l'approbation de son offre, ce qui, selon la partie adverse, a entraîné la conclusion du marché, par application de l'article 122, alinéa 1^{er}, 3°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

L'exécution du nouveau marché aurait commencé immédiatement.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 5 septembre 2013, la société anonyme ZETES et la société de droit finlandais GEMALTO OY demandent à pouvoir intervenir dans la présente procédure.

Les requérantes en intervention s'étant vu attribuer le marché aux termes de la décision attaquée, rien ne paraît s'opposer à la recevabilité de leur requête.

V. DETERMINATION DE LA LEGISLATION APPLICABLE

Les éléments de faits relatés plus haut obligent à s'interroger sur les dispositions législatives applicables au marché litigieux.

L'attention des parties a été attirée sur la question par l'Auditeur qui a instruit l'affaire et la faculté de déposer une note sur cet objet leur a été offerte.

Le marché litigieux a fait l'objet d'un avis publié au Bulletin des adjudications le 24 décembre 2009 et d'un avis publié au Journal officiel de l'Union européenne le 26 décembre 2009.

La procédure alors annoncée était celle de l'appel d'offres restreint.

Cette procédure a cependant été "arrêtée" par le pouvoir adjudicateur le 20 juin 2012, celui-ci décidant alors d'"entamer une procédure négociée sans publicité".

Rien ne permet de douter de ce que le marché soit régi par la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

La difficulté porte sur la détermination de la version de cette loi à prendre en considération, plus précisément sur le point de savoir s'il faut tenir compte ou non, en l'espèce, des articles 65/1 à 65/34 formant un livre IIbis - Motivation, information et voies de recours - qui ont été introduits dans la loi du 24 décembre 1993 par la loi du 23 décembre 2009.

La loi du 23 décembre 2009 est entrée en vigueur le 25 février 2010, en application de son article 7, alinéa 1^{er}, et de l'article 76 l'arrêté royal du 10 février 2010 modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993.

Encore faut-il noter que, par un arrêt n° 105/2011 du 16 juin 2011 (n° du rôle 4981, Moniteur belge, 10 août 2011), la Cour constitutionnelle a annulé l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi du 23 décembre 2009 "en ce qu'il règle l'entrée en vigueur de l'article 65/15, inséré par l'article 2 de la loi du 23 décembre 2009 dans la loi du 24 décembre 1993".

Il paraît bien en être résulté que, isolément, cet article 65/15 est entré en vigueur le dixième jour après la publication de la loi du 23 décembre 2009 au Moniteur belge, soit le 7 janvier 2010, ainsi que paraît l'indiquer le point B.3.1. de l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle, combiné avec le dispositif d'annulation.

Il faut noter encore que l'article 7, alinéa 2, de la loi du 23 décembre 2009 porte que :

" Les marchés publics, les marchés et les concours de projets, publiés avant cette date ou pour lesquels, à défaut de publication d'un avis, l'invitation à présenter une demande de participation ou à remettre une offre est lancée avant cette date, demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'avis ou de l'invitation".

Par l'arrêt n° 105/2011 du 16 juin 2011, la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur la validité de cette disposition, déclarant, en particulier que :

" B.16.2. D'une part, si l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2007/66/CE prévoit que les Etats membres «mettent en vigueur» les dispositions législatives et administratives pour «se conformer» à la directive au plus tard le 20 décembre 2009, cette disposition ne prévoit pas une application immédiate de la loi de transposition aux procédures de marchés publics en cours.
B.16.3. D'autre part, le principe de la sécurité juridique, qui implique la prévisibilité du droit, ne s'oppose pas à ce que le législateur national retienne comme date d'applicabilité de la nouvelle réglementation la date du lancement du

marché public et non la date d'attribution de celui-ci. En effet, la date d'attribution du marché marque la fin de la procédure de passation du marché public, alors que la décision de l'autorité adjudicatrice d'arrêter le cahier des charges et de recourir à telle ou telle procédure de passation est prise au stade initial de celle-ci en fonction du droit applicable à ce moment".

En l'espèce, les requérantes, la partie adverse et les parties intervenantes s'accordent à constater que le marché litigieux a fait l'objet d'avis publiés avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2009 (voir point 3. de la requête en suspension, point 1. de la note d'observations et point 3 de la requête en intervention). Mais cette constatation ne suffit pas à régler la question de la législation applicable.

Il ressort en effet des pièces de la procédure que le comité d'évaluation a examiné les deux offres déposées dans le cadre du marché à passer selon la procédure d'appel d'offres restreint au regard de leur régularité, sur la base de l'article 11.1. "Régularité des offres" des dispositions administratives du cahier spécial des charges, et a établi un rapport en date du 23 mai 2012, soit alors que la loi du 23 décembre 2009 était en vigueur.

Estimant que les deux offres étaient irrégulières, le comité d'évaluation a proposé d'arrêter la procédure en appel d'offres restreint, en application de l'article 18, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993, de refaire la procédure en procédure négociée sans publicité, conformément à l'article 17, § 2, 1^o, d), de la même loi, d'entamer des négociations et de consulter "les soumissionnaires qui répondent aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique, telles que déterminées par le Roi, et qui ont introduit une offre répondant aux exigences formelles de la première procédure", à savoir la société momentanée ZETES - GEMALTO OY et la société OBERTHUR TECHNOLOGIES.

Le ministre compétent a entériné cette proposition le 20 juin 2012.

La partie adverse a établi un avenant au cahier spécial des charges et a invité les deux soumissionnaires à venir s'en procurer un exemplaire.

Prima facie, la procédure initiale d'appel d'offres restreint, puis, après décision d'arrêter celle-ci, la procédure négociée sans publicité que la partie adverse a entendu fonder sur l'art 17, § 2, 1^o, d) de la loi du 24 décembre 1993, paraissent s'inscrire dans une même perspective : elles constituent deux étapes d'un même marché de fournitures et de services,

Le lien entre ces deux étapes paraît bien ressortir des pièces du dossier administratif.

Dans l'avis qui figure au point 3 du rapport d'évaluation du 23 mai 2012, le comité d'évaluation "propose d'arrêter la procédure en appel d'offres restreint et de refaire la procédure sous une autre forme".

La décision d'arrêter la procédure d'appel d'offres restreint a été prise par la partie adverse le 20 juin 2012 "conformément à l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993", "vu les éléments mentionnés dans le rapport d'évaluation du 23/5/2012 et l'avis du Comité d'évaluation".

La partie adverse n'a pas élaboré un nouveau cahier spécial des charges, mais un avenant, lequel se réfère, au point 7.2., pour ce qui concerne les modalités d'exécution du marché, aux avis de marchés et rectificatifs publié dans le journal officiel de l'Union européenne et dans le Bulletin des adjudications.

Ainsi que la partie adverse le rappelle au point 25 de sa note d'observations :

" L'avenant au cahier spécial des charges (p. 5, sub «Introduction») stipule que : «Sur base de l'art. 17, § 2, 1°, d) de la Loi du 24.12.1993 relative aux marchés publics, le pouvoir adjudicateur a donc décidé de passer à une procédure négociée sans publicité avec les soumissionnaires qui ont remis une offre irrégulière dans le cadre de l'appel d'offres restreint, mais qui répondaient aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique et qui ont déposé une offre répondant aux exigences formelles de la première procédure (appel d'offres restreint).»".

Le rapport qui précède l'avis du comité d'évaluation du 9 juillet 2013 comporte, au point 2.4., une relation des "Faits marquants", dans laquelle on peut lire :

" La procédure négociée sans publicité s'est donc poursuivie avec les soumissionnaires Oberthur technologies, entretemps remplacé par l'association Oberthur (voir infra), et l'association temporaire Zetes-Gemalto.

[...]

Sur base des documents actualisés reçus, le pouvoir adjudicateur a pu constater que les deux soumissionnaires répondaient toujours aux critères de sélection (voir points 3.1.1 et 3.1.2 ci-dessous)".

Au point 3 du même rapport, "Analyse des offres", on peut lire :

" 3.1. Conformité administrative

3.1.1. Sélection – Critères d'exclusion (ONSS, TVA ...)

Les offres déposées par les deux soumissionnaires dans le cadre de la procédure d'appel d'offres restreint et la procédure négociée sans publicité consécutive, étaient conformes aux critères d'exclusion mentionnés dans l'avis de marché du

24/12/2009 (voir rapport de sélection des candidatures du 26 janvier 2011 et tableau de réactualisation des documents de sélection du 13 février 2013 (voir Annexe 2)).

3.1.2. Critère de sélection qualitative (capacité économique et financière, capacité technique)

Les offres déposées par les deux soumissionnaires dans le cadre de la procédure d'appel d'offres restreint et la procédure négociée sans publicité consécutive, étaient conformes aux critères de sélection qualitative mentionnés dans l'avis de marché du 24/12/2009 (voir rapport de sélection des candidatures du 26 janvier 2011 et tableau de réactualisation des documents de sélection du 13 février 2013 (voir Annexe 2)).

Le lien entre la procédure d'appel d'offres restreint initiale et la procédure négociée sans publicité apparaît également dans les arguments des parties.

Ainsi les requérantes se réfèrent-elles aux exigences inscrites dans l'avis de marché publié au Journal officiel de l'Union européenne le 26 décembre 2009 en ce qu'elles entendent fonder leur premier moyen sur l'insuffisance de la motivation du rapport de sélection (points 34 et suivants de la requête).

Il paraît en être de même de la partie adverse lorsque, au point 51 de sa note d'observations, elle énonce que l'avenant au cahier spécial des charges (p. 19, sub 3 "Critère sécurité") mentionne que :

" Sauf avis contraire, le pouvoir adjudicateur estime que la sécurité des sites de production et de personnalisation des soumissionnaires n'a pas subi des modifications substantielles depuis les inspections de sécurité de novembre 2011. Par conséquent, l'évaluation se fera sur base du questionnaire audit de sécurité (voir annexe 4 du cahier spécial des charges) et du formulaire de réponse audit de sécurité (voir annexe 5 du cahier spécial des charges) qui a été présenté par les soumissionnaires à l'occasion de la première procédure (appel d'offres restreint), ainsi que sur base des résultats des inspections de sécurité qui ont été effectuées en novembre 2011 sur les sites actuels de production et de personnalisation des soumissionnaires (voir partie A, point 13.3.1 du cahier spécial des charges, tel que modifié)".

Ceci incite à conclure, autant qu'il est possible en extrême urgence, que la procédure n'a pas été recommencée à partir du 20 juin 2012 mais poursuivie sous une autre forme sans modification significative des conditions du marché.

Prima facie, les parties intervenantes ne peuvent être suivies en ce qu'elles soutiennent au point 2 de leur requête que "le marché a fait l'objet de deux procédures de passation distinctes qui se sont succédé" et que seule la décision prise au terme de la seconde constitue l'acte attaqué.

Elles ne peuvent davantage être suivies en ce qu'elles considèrent, au point 5 de leur note du 6 septembre 2013, que le marché passé par procédure négociée sans publicité est un marché autonome par rapport au marché passé par appel d'offres restreint et que "Par conséquent, en vertu de l'article 7, alinéa 2, précité de la loi du 23 décembre 2009 il convient de tenir compte de la date de l'invitation à remettre une offre pour la procédure négociée, afin de déterminer la procédure applicable. Puisque l'invitation à remettre offre date du 20 juin 2012, le livre II Bis de la loi du 24 décembre 1993 devrait être d'application".

Les requérantes elles-mêmes ne peuvent pas être suivies en ce que, dans leur note du 6 septembre 2013 en réponse à la question posée par l'Auditeur, elles affirment au point 4 que :

- " Les termes utilisés ne laissent planer aucun doute quant aux effets de la décision du pouvoir adjudicateur de renoncer à attribuer un marché sur la procédure d'attribution considérée. Cela signifie tout simplement que cette dernière est abandonnée et cesse d'exister, à charge pour le pouvoir adjudicateur d'en relancer une nouvelle s'il maintient son projet.

A ce propos, il convient de ne pas confondre «procédure d'attribution» et «projet». La décision de renoncer à attribuer un marché met un terme à la procédure lancée, et donc au marché, mais pas nécessairement au projet du pouvoir adjudicateur, lequel peut subsister et faire l'objet d'une nouvelle procédure d'attribution.

En l'espèce, la partie adverse a arrêté la procédure d'appel d'offres restreint, faisant l'objet des avis de marché publiés respectivement le 24 décembre 2009 au Bulletin des Adjudications et le 26 décembre 2009 au Journal officiel de l'Union européenne, de sorte que cette procédure d'attribution n'existe plus et ce, dans son entièreté c'est-à-dire de l'avis de marché jusqu'à la décision finale",

puis en ce qu'elles énoncent et concluent, au point 5 de la même note :

- " Il est cependant exact qu'il existe un lien entre les deux procédures successives en raison du choix du mode de passation pour la nouvelle procédure d'attribution.

Le recours à l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services n'est en effet admis que pour autant que les conditions suivantes soient réunies :

- seules des offres irrégulières ont été déposées à la suite d'une adjudication ou d'un appel d'offres;
- les conditions initiales du marché ne peuvent pas être substantiellement modifiées;
- le pouvoir adjudicateur consulte tous les soumissionnaires qui répondaient aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique déterminées par le Roi et qui ont déposé une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure.

En raison de ces conditions particulières, il existe donc nécessairement un lien entre les deux procédures puisque le pouvoir adjudicateur doit prendre en considération certains actes qu'il a posés dans le cadre de la première procédure pour justifier son choix de lancer un nouveau marché par procédure négociée sans publicité. Il en va notamment ainsi de la sélection qualitative et des conditions initiales du marché telles que figurant dans le cahier spécial des charges.

Il est par contre inexact de déduire de la prise en considération de ces actes pour justifier le recours à la procédure négociée sans publicité conformément à l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi que la procédure initiale subsisterait et qu'elle produirait encore quelque effet".

Prima facie, la légalité de la décision attaquée, et dès lors la recevabilité ainsi que le fondement de la présente requête, ne paraissent pouvoir être analysés qu'en référence à la loi du 24 décembre 1993 telle qu'elle était en vigueur aux dates des avis publiés au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne, les 24 et 26 décembre 2009, soit antérieurement à l'entrée en vigueur de la modification apportée par la loi du 23 décembre 2009.

Aucune des dispositions ajoutées par la loi du 23 décembre 2009 à la loi du 24 décembre 1993, en particulier les articles 65/15 relatif à la suspension et 65/23 relatif aux délais de recours, ne paraît applicable au présent litige.

En conséquence, prima facie, il y a lieu de tenir compte, en particulier, de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 tel que modifié par l'article 3 de la loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses II et par l'article 2 de l'arrêté royal du 29 septembre 2009.

En application de cet article 21bis, il appartenait au soumissionnaire de poursuivre la suspension en extrême urgence de la décision écartant son offre.

Il lui fallait alors établir, notamment, un risque de préjudice grave difficilement réparable.

VI. RISQUE DE PREJUDICE GRAVE DIFFICILEMENT REPARABLE

Les requérantes n'ont réservé aucune rubrique spécifique de leur requête à l'exposé d'un tel risque de préjudice.

En admettant néanmoins, par une interprétation bienveillante à leur égard, que ce risque soit invoqué dans leur requête sous l'intitulé "IV. Balance des intérêts", et que les requérantes y soutiennent à juste titre que le marché litigieux constitue un marché de référence compte tenu de sa valeur financière et de l'avantage que représente le fait d'être désigné comme fournisseur de passeports électroniques par le S.P.F Affaires étrangères, encore faudrait-il constater que le préjudice résultant de l'attribution du marché public litigieux à l'association temporaire ZETES-GEMALTO OY ne pourrait plus être évité par un arrêt de suspension.

La partie adverse, au point 15 de sa note d'observations, de même que les parties intervenantes, notamment au point 21 de leur requête, font savoir en effet que le marché est déjà conclu.

Dans ces conditions, force est de constater que les requérantes sont sans intérêt à agir en suspension, le préjudice qu'elles entendaient prévenir étant d'ores et déjà consommé.

VII. CONFIDENTIALITE

A leur demande expresse, les pièces déposées à titre confidentiel par les parties requérantes, adverse et intervenantes sont, à ce stade de la procédure, soustraites à la consultation des parties.

VIII. DEPENS

Prima facie, c'est à juste titre que les requérantes font valoir dans leur note en réponse à la question posée par l'Auditeur qu'elles ont été induites en erreur par la partie adverse.

Dans ces conditions, il paraît s'indiquer de mettre les dépens à la charge de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme ZETES et la société de droit finlandais GEMALTO OY dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces déposées à titre confidentiel par les parties requérantes, adverse et intervenantes sont, à ce stade de la procédure, soustraites à la consultation des parties.

Article 4.

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 5.

Les dépens, liquidés à la somme de 600 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

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

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

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Paul LEWALLE.