CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 267.424 du 22 juillet 2026

A. 241.551/VI-22.787

En cause :

1. **la société anonyme CIT BLATON**,
2. **la société anonyme ENTREPRISES GÉNÉRALES DHERTE**,
3. **l'organisme d'intérêt public CENTRE RÉGIONAL DE SOINS PSYCHIATRIQUES LES MARRONNIERS**,
4. **la société anonyme AG REAL ESTATE**,

formant ensemble le groupement FORECARE,

ayant toutes élu domicile chez
M^es Pieter PUELINCKX, Melissa VERPLANCKE et Atdhe KRASNIQI, avocats,
rue Brederode 13
1000 Bruxelles,

contre :

la Régie des Bâtiments,

ayant élu domicile chez
M^es Bérénice WATHELET et Valentine COENRAETS, avocates,
rue aux Laines 70
1000 Bruxelles.

Requérant en intervention :

l'État belge, représenté par le ministre de la Justice,

ayant élu domicile chez
M^es Nicolas BONBLED, My-Van LAM et Sebastiaan DE MEUE, avocats,
boulevard Bischoffsheim 33
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 28 mars 2024, les parties requérantes demandent l'annulation de « la décision de la partie adverse (prise à une date inconnue) de ne pas sélectionner le groupement Forecare (composé des parties requérantes), et ce ni pour le lot 1 ni pour le lot 2 du projet "DBFMO pour la réalisation

d’un centre de psychiatrie légale à Wavre et Paifve” ».

II. Procédure

Un arrêt n° 259.671 du 30 avril 2024 a ordonné la suspension de l’exécution de l’acte attaqué et a réservé les dépens. Il a été notifié aux parties (ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.671).

Le dossier administratif a été déposé.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 de l’arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d’État ont été acquittés.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Pacôme Noumair, auditeur au Conseil d’État, a rédigé un rapport sur la base de l’article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Par une requête introduite le 28 mai 2025, l’État belge, représenté par le ministre de la Justice demande à être reçu en qualité de partie intervenante.

Les parties requérantes et adverses ont déposé des derniers mémoires.

M. Pacôme Noumair, auditeur au Conseil d’État, a rédigé un rapport sur la base de l’article 14, alinéa 3 du règlement général de procédure.

Par une ordonnance du 5 février 2026, l’affaire a été fixée à l’audience du 11 mars 2026.

M. Xavier Close, conseiller d’État, a exposé son rapport.

M^e^ Atdhe Krasniqi, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, M^es^ Valentine Coenraets et Bérénice Wathelet, avocates, comparaissant pour la partie adverse, et M^e^ Nicolas Bonbled, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Pacôme Noumair, auditeur, a été entendu en son avis contraire.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles

1. Le 26 juillet 2023, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications (BDA) un avis relatif à la passation d'un marché de travaux DBFMO (*Design, Build, Finance, Maintain, Operate*) pour la réalisation de centres de psychiatrie légale (CPL) à Wavre et Paifve. Le même avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) le 31 juillet 2023.

Un avis rectificatif est publié le 29 septembre 2023 au BDA et le 4 octobre 2023 au JOUE.

Le marché est scindé en deux lots, le premier concernant le CPL de Wavre, le second concernant le CPL de Paifve. Son objet est succinctement décrit comme suit dans l'avis de marché :

« Le Pouvoir adjudicateur envisage de réaliser des CPL conformes à la dignité humaine à Wavre et à Paifve. Chaque CPL aura une capacité de 250 personnes.

Le marché DBFMO concerne la conception, la construction, le financement, la maintenance et les services opérationnels (y compris aspects soins et services facilitaires) du CPL dans une démarche de développement durable.

L'objet du marché est plus amplement décrit dans la section 4 du guide de sélection annexé au présent avis de marché et qui doit être considéré comme en faisant partie intégrante ».

La procédure de passation choisie est le dialogue compétitif. Il est prévu que les demandes de participation doivent être déposées au plus tard le 2 octobre 2023 à 10 heures.

2. La partie adverse explique comme suit, dans son mémoire en réponse, le contexte dans lequel intervient le marché :

« Il importe tout d'abord de revenir sur les diverses condamnations de l'État belge par la Cour européenne des droits de l'Homme, entre 1998 et 2021, pour ne pas avoir garanti le respect des droits fondamentaux des personnes internées dans les établissements de soin. Ces condamnations s'articulent en deux temps.

D'abord, "[s]ous l'empire de la loi de 1930, la Belgique sera condamnée à de

multiples reprises par les juges de Strasbourg pour le type de détention réservé aux internés […] sur base des articles 3 et 5 voir 2 de la Convention […]. Dans son arrêt pilote W.D. contre Belgique, la Cour épinglera la nature structurelle du problème, auquel l'État est invité à remédier dans un délai de deux ans".

Ensuite, afin de répondre à cette invitation à remédier à ce problème structurel, l'État belge a adopté la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement des personnes, entrée en vigueur le 1er janvier 2016.

3. Malgré l'accueil chaleureux par la Cour européenne des droits de l'Homme et par le CPT de cette législation et des divers *Masterplans* mis sur pied par l'État en la matière, la Belgique fut condamnée en 2019 et en 2021 par les juges strasbourgeois.

Dans son dernier arrêt à ce sujet, du 6 septembre 2021, la Cour fut saisie par cinq requérants ayant été condamnés pour des infractions qu'ils avaient commises, mais ayant été déclarés pénalement irresponsables. Ils devaient dès lors être placés dans un centre de psychiatrie légale en vertu de la loi du 5 mai 2014. Dans cet arrêt, la Cour constate l'adoption, par la Belgique, de la loi du 5 mai 2014. Un des moyens pris par les plaignants était la violation par la Belgique des articles 3 et 5, § 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après la "Convention") pour avoir été détenus dans l'aile psychiatrique de prisons ordinaires. À cet égard, la Cour souligne les efforts fournis par la Belgique, notamment dans la création des CPL à Anvers et Gand. Toutefois, elle indique qu'elle "doit dès lors inciter l'État défendeur à confirmer cette tendance positive en poursuivant les efforts menés jusqu'à présent dans le but de résoudre définitivement le problème litigieux et de garantir à chaque personne internée des conditions de vie compatibles avec les dispositions de la Convention".

Cet arrêt conclut à la violation par l'État belge des articles 3 et 5, § 1er, de la Convention en estimant que "leur maintien en aile psychiatrique sans espoir réaliste d'un changement, sans encadrement médical approprié et pendant une période significative a également constitué une épreuve particulièrement pénible les ayant soumis à une détresse d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérente à la détention […]".

Enfin, en 2017, lors de sa visite en Belgique, le CPT a constaté la situation particulièrement "alarmante" de l'établissement de défense sociale (ci-après "EDS") de Paifve. Il indique dans son rapport faisant suite à cette visite que "les autres structures psychiatriques visitées, qu'il s'agisse des annexes psychiatriques pénitentiaires ou de l'EDS de Paifve, souffraient de problèmes systémiques bien connus : fonctionnement et logique de prise en charge de type carcéral […]. La situation des internés dans les prisons, ainsi qu'à l'EDS de Paifve, appelle à des mesures immédiates" […]. Le CPT semblait se montrer enthousiaste quant aux mesures prises par l'État belge qui "d'après le *Masterplan* Internement, l'EDS en tant que tel est voué à disparaître au cours des prochaines années. Il doit être remplacé par un nouveau CPL de 250 places qui verra le jour sur le terrain jouxtant l'établissement actuel, qui sera, quant à lui, transformé en prison. Le modèle de l'EDS actuel n'a pas été jugé satisfaisant par les autorités pour être maintenu ou dupliqué. En effet, à bien des égards, et malgré son statut particulier d'établissement réservé aux personnes internées, l'EDS partage beaucoup des défaillances identifiées dans le fonctionnement des annexes psychiatriques des prisons" […].

Il existe donc une réelle urgence à ce que des CPL soient mis en place dans le respect de la Convention et plus particulièrement, au vu du rapport du CPT, que l'EDS de Paifve fasse place à un nouveau CPL respectant la dignité humaine à laquelle toute personne a droit, peu importe son état psychiatrique. Dans ce

contexte et au vu du manque criant de places, la construction d'un nouveau CPL à Wavre est également capitale. C'est l'objet du marché dont question et de la procédure de sélection, à la suite de laquelle Votre Conseil a été saisi.

[…] ».

3. Le guide de sélection prévoit que la procédure doit se dérouler en trois phases, à savoir la sélection, le dialogue et l'attribution. Une décision motivée doit être prise à l'issue de la phase de sélection.

Il ressort par ailleurs de ce guide que la Régie des bâtiments (partie adverse) agit en son nom et pour son compte, ainsi qu'au nom et pour le compte de l'INAMI, du SPF Santé publique et du SPF Justice.

4. Les requérantes déposent, en tant que groupement « Forecare », une demande de participation le 9 octobre 2023 de même que quatre autres groupements d'opérateurs économiques.

5. Le 14 novembre 2023, la partie adverse sollicite des précisions de la part des requérantes. Celles-ci répondent le 27 novembre 2023.

6. Un rapport de sélection est rédigé comprenant l'analyse suivante de la capacité technique et professionnelle du groupement formé par les requérantes :

« (ii) Capacité technique et professionnelle

[…]

(B) Références : liste des projets réalisés au cours de la période précédente

[…]

III. Ingénierie d'un bâtiment complexe (technique et durabilité)

Le groupement FORECARE a soumis 2 références pour l'ingénierie d'un bâtiment complexe (technique et durabilité), à savoir "CHC Montlégia" et "Brussels Airport Company". Le Guide de sélection exige au moins 2 références pertinentes.

Concernant la première référence (CHC Montlégia), la date de réception de permis mentionnée est le 8 juillet 2013. Aucune date de réception de permis de régularisation ou modificatif n'a été mentionnée dans le dossier initial de Demande de participation. Or le Guide de sélection impose, en ce qui concerne la "conception de qualité de bâtiments", des bâtiments dont le permis a été approuvé dans une période de cinq (5) ans préalablement à la Date de référence, étant entendu que les éléments de preuve relatifs à des travaux exécutés il y a plus de cinq (5) ans, mais de maximum dix (10) ans, seront également pris en compte.

De plus, les questions-réponses disponibles sur le Forum de la plateforme de publication de l'avis de marché précisent les éléments suivants :

• “Pour les références de conception, il est référé au Guide de sélection - point 2.1.3.2.3 : ‘En ce qui concerne les références pour la ‘conception de qualité de bâtiments’ : des bâtiments dont le permis a été approuvé dans une période de cinq (5) ans préalablement à la Date de référence.’. Cette période de cinq ans peut être étendue à dix ans, comme indiqué en bas de page. La période des références de conception est donc établie sur base de la date d’approbation du permis, et non d’exécution”.
• “Conception de qualité de bâtiments : la date d’approbation du permis dans la période mentionnée. Autrement dit, le permis des références présentées (ou sa régularisation/modification significative comme indiqué dans le Guide de sélection) doit avoir été octroyé entre le 3 octobre 2013 et le 2 octobre 2023”.

La date de réception de permis de la référence CHC Montlégia est le 8 juillet 2013. Elle est donc antérieure à la période autorisée préalable à la Date de référence. Le Pouvoir adjudicateur a ainsi constaté que la référence en question ne pouvait être prise en compte, raison pour laquelle il a interrogé le Candidat à ce sujet à l’occasion du courrier envoyé au Candidat FORECARE le 14 novembre 2023.

À la suite du courrier de questions envoyé le 14 novembre 2023, le Candidat a fourni, en date du 27 novembre 2023, les éléments suivants :
a. Une justification du choix de cette référence, tout en confirmant la date du 8 juillet 2013 comme date d’approbation du permis d’urbanisme.
b. Une annexe, à savoir un permis d’urbanisme modificatif de la référence, daté du 8 décembre 2017, et ayant pour objet “l’extension du parking gravier prévu à l’arrière de la clinique du MontLégia afin de passer d’une capacité de +/- 300 places à +/- 700 places et réalisation d’aménagements paysagers au parking autorisé”.
c. Une justification du travail d’ingénierie qui a été réalisé pour ce permis modificatif : renforcement de l’électricité dédiée à l’installation de l’ouvrage, nouvelle étude relative à la disposition et la quantité de luminaires, gestion des places et barrières électriques du parking, création de nouvelles voiries et modification de voiries existantes, réalisation de tranchées complémentaires et mises à jour des tableaux électriques et réceptions de ceux-ci.
d. Une mention que “La conception supplémentaire et importante en ce qui concerne l’ingénierie de la référence doit également se voir dans l’ensemble du projet complexe, ayant pour objet la construction du grand hôpital CHC Montlégia”.

Le Pouvoir Adjudicateur, après analyse des réponses du Candidat, précise les éléments suivants :
a. La date d’approbation du permis d’urbanisme principal étant en dehors de la période de référence, la conception de l’ingénierie propre au CHC Montlégia ne peut être prise en compte dans l’analyse.
b. Le permis d’urbanisme modificatif concerne uniquement l’extension du parking, qui ne répond pas à la définition d’un bâtiment complexe comme défini dans le Guide de sélection.
c. La justification du travail de conception d’ingénierie réalisé pour le permis modificatif est pertinente en ce qui concerne un travail de conception d’ingénierie normal mais n’est pas significative à la lumière de l’ingénierie d’un bâtiment complexe.
d. Comme mentionné au point a), la référence de la conception du CHC Montlégia dont il est question dans le permis d’urbanisme approuvé en dehors de la période de référence ne peut pas être prise en compte car elle ne respecte pas l’exigence de délai du Guide de sélection.

Pour ces raisons, la première référence n’est pas conforme aux dispositions du Guide de sélection et est donc jugée non-pertinente. La deuxième référence est conforme aux dispositions du Guide de sélection. L’absence d’une troisième référence et donc d’au moins 2 références pertinentes ne permettent pas de

démontrer l'expérience du Candidat pour l'ingénierie d'un bâtiment complexe (technique et durabilité).

Le Candidat FORECARE ne fournit pas au minimum deux (2) références pertinentes concernant l'ingénierie d'un bâtiment complexe (technique et durabilité).

	Nom de la référence	Ingénierie d' un bâtiment complexe (technique et durabilité)	Valeur totale des bâtiments conçus de l' ensemble des références (min. 35 millions €)	Valeur du bâtiment conçu d' au moins une référence (min. 18 millions €)	Au moins 1 référence porte sur les études en matière de durabilité dans les bâtiments	Au moins 1 référence porte sur les études en matière de techniques de sécurité	Permis approuvé dans une période de 10 ans préalable à la date de référence	Attestation de bonne exécution pour chaque référence	Référence prise en compte ?
1	CHC Montlégia	OK	OK	OK	OK	OK	NON	OK	NON
2	Brussels Airport Company	OK					OK	OK	OUI

[…]

Conclusion concernant les critères de sélection qualitative relatifs à la capacité technique et professionnelle du groupement FORECARE :
La Demande de participation du Candidat FORECARE ne satisfait pas aux critères de sélection qualitative relatifs à la capacité technique et professionnelle (section 2.1.4.2. du Guide de sélection).

(d) Décision

Sur la base de l'analyse qui précède, il convient de ne pas sélectionner le groupement FORECARE ».

7. Le 12 mars 2024, la partie adverse prend la décision de ne pas sélectionner le « consortium FORECARE », pour les motifs indiqués dans le rapport de sélection.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Intervention

IV.1. Thèse de l'État belge

Dans une requête en intervention déposée le 3 mai 2025, l'État belge soutient disposer d'un intérêt à intervenir à la cause dès lors qu'il est l'un des bénéficiaires du marché litigieux, celui-ci étant exécuté pour son compte dans le cadre de ses compétences en matière d'application des peines et de défense sociale.

Il fait valoir que l'éventuelle annulation de la décision de non-sélection des requérantes imposerait la reprise intégrale de la procédure *ab initio*, ce qui retarderait substantiellement la réalisation de deux centres de psychiatrie légale et pérenniserait la situation problématique affectant les internés et les établissements pénitentiaires (surpopulation, absence de structures adaptées).

Il évoque également le risque d'un effet de ricochet sur d'autres procédures d'attribution en cours, fondées sur des critères de sélection similaires.

Il en conclut qu'il dispose d'un intérêt personnel, direct et actuel à intervenir.

Concernant la recevabilité *ratione temporis* de son intervention, l'État belge relève ne pas avoir reçu de notification du recours en application de l'article 6, § 4, du règlement général de procédure. Dès lors, il estime que son intervention doit être appréciée au regard de l'article 52 de cet arrêté, qui permet une intervention ultérieure pour autant qu'elle ne retarde pas la procédure.

Il reconnaît la jurisprudence constante selon laquelle une intervention postérieure au rapport de l'auditeur retarde la procédure en raison du principe du double examen, mais estime qu'en l'espèce, plusieurs éléments justifient une appréciation différente.

D'abord, la nécessité d'intervenir n'est apparue qu'à la lecture du rapport de l'auditeur, dont il n'a pu prendre connaissance qu'à partir du moment où la partie adverse en a disposé. Ensuite, les évolutions récentes et significatives de la population carcérale et du nombre d'internés (notamment depuis 2025) renforcent la nécessité de l'intervention. Par ailleurs, la requête en intervention a été notifiée aux parties requérantes avant que leur soit notifié le rapport de l'auditeur et le dernier mémoire de la partie adverse, de manière à préserver pleinement le caractère contradictoire de la procédure. Il souligne que sa requête vise essentiellement à introduire une demande de maintien des effets de l'acte attaqué, laquelle peut, en vertu de l'article 14, alinéa 3, du règlement général de procédure, être formulée dans le dernier mémoire, sans qu'une réouverture des débats ne soit nécessaire.

L'État belge conclut que l'intervention ne retarde pas la procédure au sens de l'article 52 du règlement général de procédure, et doit donc être déclarée recevable.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 52, § 1er, du règlement général de procédure dispose que :

« § 1er. La requête en intervention est introduite dans un délai de soixante jours au plus tard après la réception de l'envoi visé à l'article 6, § 4, ou la publication de l'avis visé à l'article 3*quater*.

En l'absence de notification ou de publication, la chambre saisie de l'affaire peut permettre une intervention ultérieure pour autant qu'elle ne retarde pas la procédure ».

En application de cette disposition, une requête en intervention ne peut être admise que si elle n'a pas pour effet de retarder la procédure.

L'État belge, pour le compte duquel le marché est passé, a été tenu informé du déroulement de la procédure, et notamment de la suspension de l'exécution de l'acte attaqué par l'arrêt n° 259.671 du 30 avril 2024. Il ne le conteste pas, puisqu'il précise n'avoir estimé nécessaire d'intervenir qu'en raison « de l'orientation du rapport de l'auditeur » et compte tenu « des évolutions récentes de la capacité des établissements pénitentiaires ».

L'intervention tardive dans la procédure, postérieure au rapport de l'auditeur, résulte donc d'un choix.

Cette intervention a clairement eu pour effet de retarder la procédure, puisqu'elle a contraint l'auditeur, qui avait déjà déposé son rapport sur le recours en annulation, à rédiger un rapport complémentaire sur le fondement de l'article 14, alinéa 3, du règlement général de procédure, afin d'examiner la demande de maintien des effets contenue dans la requête en intervention.

La requête en intervention est dès lors irrecevable.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique pris de la violation de l'article 68, § 4, 1°, a) et b), de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et de l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative

aux marchés publics.

Elle résume son argumentation en ces termes :

« En ce que la décision attaquée est basée sur le Guide de sélection qui précise que les références pour le sous-critère "conception de qualité de bâtiments" et, en particulier, les références pour l'aspect de "l'ingénierie d'un bâtiment complexe (technique et durabilité)", qui fait partie du critère de sélection de la capacité technique et professionnelle, doivent concerner des bâtiments dont le permis a été approuvé dans une période de cinq ans, pouvant être étendue à maximum dix ans, préalablement à la date limite de dépôt de la demande de participation,

Alors que la liste des moyens de preuve admissibles pour démontrer la capacité technique et professionnelle des opérateurs économiques, reprise à l'article 68, § 4, 1°, a), [de l'arrêté royal du 18 avril 2017], a un caractère limitatif et impératif ; cette liste se référant, pour des références de travaux, exclusivement à des travaux exécutés au cours de la période de référence envisagée (à savoir, la période des cinq dernières années au maximum, le cas échéant prolongée comme en l'espèce), sans remplacer ce moyen de preuve par - ou sans exiger en plus - la preuve non seulement que ces travaux se rapportent à des bâtiments disposant d'un permis approuvé mais aussi que pareil permis a été approuvé dans cette période de référence (première branche),

Alors que les références demandées pour sonder la capacité technique des opérateurs par rapport à l'aspect "ingénierie d'un bâtiment complexe" (comme l'un des aspects faisant partie de la "conception de qualité de bâtiments") se rapportent, en réalité, à des services, à savoir des services d'ingénierie, et non pas à des travaux ; pour les services, les références qu'un pouvoir adjudicateur peut demander sont déterminées à l'article 68, § 4, 1°, b), [de l'arrêté royal du 18 avril 2017], et non à l'article 68, § 4, 1°, a) de cet arrêté ; tout comme la liste des moyens de preuve admissibles mentionnée dans cette dernière disposition, la liste des moyens de preuve pour démontrer la capacité technique et professionnelle des opérateurs économiques en ce qui concerne des services, reprise à l'article 68, § 4, 1°, b) de l'AR Passation, a un caractère limitatif et impératif ; cette liste ne requiert, à titre de références, que des services fournis au cours de la période de référence envisagée pour le marché spécifique, sans remplacer ce moyen de preuve par - ou sans exiger en plus - la preuve que non seulement ces services se rapportent à des bâtiments disposant d'un permis approuvé mais aussi que pareil permis aurait dû être approuvé dans cette période de référence (deuxième branche),

Et alors que la nouvelle condition introduite dans le Guide de sélection pour les moyens de preuve attestant des capacités techniques et remplaçant les conditions légales imposées par les dispositions précitées de [l'arrêté royal du 18 avril 2017], en exigeant exclusivement l'existence d'un permis approuvé pour admettre les références relatives à l'ingénierie d'un bâtiment complexe, manque de pertinence et n'est pas proportionnée, en violation de l'article 71 de la [loi du 17 juin 2016] (troisième branche) ».

B. Mémoire en réponse

La partie adverse résume son argumentation en réponse comme suit, au sujet de la première branche :

« Dans un premier temps, la partie adverse a tenu, dès l'entame des développements

en droit, à clarifier la question de la qualification de travaux ou de services de l'ingénierie de bâtiments complexes (techniques et durabilité) relative à la conception dans le cadre d'un DBFMO.

Après avoir réaffirmé les raisons pour lesquelles elle avait qualifié ces références de "travaux" lors de la rédaction du Guide de sélection, elle expose que, pour des raisons de clarté du raisonnement, il convient de retenir la qualification de "services".

À l'instar de l'arrêt n° 259.671 du 30 avril 2024, elle relève toutefois que la question de la qualification importe peu dans le cadre du présent litige. Il s'agit avant tout de savoir de quoi il est question : des prestations d'ingénierie qui ont lieu lors de la phase de conception d'un projet, soit avant l'obtention du permis d'urbanisme. Il ne s'agit en aucun cas de prestations qui auraient lieu lors de la phase de construction d'un projet.

En ce qu'il examine la question sous l'angle des marchés publics de travaux, alors que pour la clarté du raisonnement dans le cadre de la présente procédure, il convient de l'examiner sous l'angle des marchés publics de services, la première branche du moyen unique n'est pas fondée.

Dans un deuxième temps, en renvoyant au raisonnement fait sous la deuxième branche, qui doivent être tenus pour être intégralement repris sous la première branche *mutatis mutandis*, la partie adverse conclu au non-fondement de la première branche du moyen unique ».

Elle résume comme suit son argumentation relative à la deuxième branche du moyen :

« Dans un premier temps, la partie adverse se réfère aux développements fait sous le titre "Sur la qualification de travaux ou de services" dans la réponse à la première branche du moyen unique qui doivent, pour autant que de besoin, être tenus pour être intégralement reproduits dans la réponse à la deuxième branche.

Dans un deuxième temps, la partie adverse rappelle le contenu de l'article 68, § 4, 1°, b) de l'AR passation 2017 et s'appuie sur le rapport au Roi commentant cet article et le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Dans un troisième temps, se basant sur l'arrêt n° 222.725 du 5 mars 2013 du Conseil d'État cité par les parties requérantes, elle explique que l'article 68, § 4, 1°, b) de l'AR passation 2017 constitue un cadre que le pouvoir adjudicateur doit respecter, mais dans lequel un mouvement est possible puisque chaque critère de sélection doit être formulé de façon précise (art. 65, al. 4 de l'AR Passation 2017). Cette interprétation est confirmée par l'arrêt Ambisig du 7 juillet 2016 de la Cour de justice de l'Union européenne (C-46/15), également cité par les parties requérantes. La partie adverse demande la date d'obtention du permis, non pas comme moyen de preuve des services fournis, mais bien comme simple élément permettant de fixer avec certitude la temporalité des services listés puisqu'il s'agit d'un document officiel dont la date est fixée par un tiers. Ceci permet de garantir l'égalité entre les candidats et la comparabilité de leurs demandes de participation. La partie adverse insiste sur le fait qu'il est bien question de l'ingénierie relative à la conception du projet qui doit intervenir dans le cadre de la préparation du dossier de demande d'obtention du permis.

Dans un quatrième temps, la partie adverse analyse la jurisprudence, tant francophone que néerlandophone, du Conseil d'État sur la question de la fixation de la temporalité des références. Il ressort clairement de cette jurisprudence que (i)

un cadre temporel est régulièrement fixé par les pouvoirs adjudicateurs dans les affaires soumises à la censure du Conseil d'État sans violation aucune de l'article 68, § 4, 1° de l'AR Passation 2017, (ii) s'il entend apporter une précision particulière au cas d'espèce, il appartient au pouvoir adjudicateur de préciser le *dies a quo* et/ou *ad quem* du délai prévu à l'article précité (C.E., n° 232.772 du 29 octobre 2015), (iii) ce cadre temporel peut aller au-delà de la période où les travaux ont été effectués (C.E., n° 244.522 du 16 mai 2019), (iv) la date d'inauguration de travaux a déjà été jugée comme étant admissible pour fixer le cadre temporel de références de travaux alors même que cela n'était pas prévu par le cahier des charges (C.E., n° 232.772 du 29 octobre 2015), (v) la date de la réception provisoire a également été admise pour fixer le cadre temporel de références de travaux (C.E., n° 237.332 du 9 février 2017, C.E., n° 243.914 du 8 mars 2019, C.E., n° 249.974 du 4 mars 2021), (vi) la date de la conception finale (qui advient nécessairement avant la date d'obtention d'un permis), en dépit de son caractère imprécis, a été retenue pour fixer le cadre temporel de références de services d'architectures (C.E., n° 237.332 du 9 février 2017). Il ressort de ces arrêts que l'élément choisi pour fixer le point de départ du cadre temporel est régulièrement un élément qui marque l'aboutissement des prestations (travaux ou services) du contrat donné à titre de référence. Une analogie peut clairement être faite entre cette jurisprudence et le cas d'espèce où le permis marque l'aboutissement des prestations d'ingénierie relatives à la conception d'un bâtiment complexe (technique et durabilité).

Il ressort clairement de la jurisprudence étudiée ci-avant que déterminer le cadre temporel d'une référence n'est pas de nature à imposer un moyen de preuve contraire à l'article 68, § 4, 1° de l'AR passation 2017. Déterminer le cadre temporel, ce n'est d'ailleurs pas imposer un moyen de preuve, c'est localiser avec précision et de la manière la plus objective possible une référence dans le temps. Il convient de ne pas oublier que la partie adverse est également tenue de respecter l'article 65 de l'AR passation 2017 qui prévoit que les critères de sélection soient formulés de manière suffisamment précise. Cette jurisprudence, tant néerlandophone que francophone, tranche nettement avec l'arrêt de suspension rendu dans le cadre de la présente affaire (C.E., n° 259.671 du 30 avril 2024) qui met à mal l'unité de la jurisprudence.

En conclusion, en exigeant que les références relatives à la conception de qualité de bâtiments (qui comprend l'ingénierie d'un bâtiment complexe (technique et durabilité)) concernent des "bâtiments dont le permis a été approuvé dans une période de cinq (5) ans préalablement à la Date de référence", le guide de sélection ne vient nullement remplacer le moyen de preuve prévu par l'article 68, § 4, 1°, b) de l'AR passation 2017. La partie adverse a bien demandé, comme moyen de preuve des services fournis, une liste de référence (incluant la date d'obtention du permis) assortie d'une attestation de bonne exécution comme permis par l'article 68, § 4, 1°, b) de l'AR passation 2017, lu à la lumière du Rapport au Roi (Pièces n° 3 et 8, p. 29). Le guide de sélection ne vient pas non plus exiger un moyen de preuve supplémentaire, la date d'obtention du permis permettant uniquement de déterminer avec certitude l'espace temporel des références ainsi que cela est permis par la jurisprudence du Conseil d'État. Ce faisant, le guide de sélection ne fait qu'appliquer au cas d'espèce le libellé de l'article 68, § 4, 1°, b) de l'AR passation 2017, tout en respectant l'article 65 du même arrêté.

Il résulte de ce qui précède que la deuxième branche du moyen unique n'est pas fondée ».

La partie adverse résume son argumentation au sujet de la troisième branche du moyen comme suit :

« La partie adverse présente, tout d'abord, la réglementation applicable et analyse les arrêts cités par les parties requérantes. Il résulte notamment d'un arrêt (C.E., n° 251.330 du 30 juillet 2021) qu'une requérante reprochant à un critère de capacité technique et professionnelle de ne pas être proportionné à l'objet du marché ou de vicier le jeu de la concurrence, doit démontrer, et au moins prétendre, qu'il ne lui serait pas possible de remplir le critère en question. En l'espèce, les parties requérantes ne le démontrent pas, bien au contraire. En effet, il ressort clairement du courriel du 21 novembre 2023 que les parties requérantes auraient pu proposer une autre référence vu qu'elles ont, à la fin dudit courriel, proposé d'en fournir une autre "pour la clarté du dossier quant à [leurs] compétences" (Pièce n° 10.d).

En outre, les parties requérantes font grief au guide de sélection d'avoir exigé une date d'obtention du permis pour déterminer la temporalité de la référence. Or, compte tenu notamment de l'extension du cadre temporel à dix ans, pour garantir le principe d'égalité, la partie adverse devait pouvoir déterminer avec certitude l'espace temporel dans lequel avaient été effectuées les prestations de conception. Il fallait pouvoir fixer une date objective. Celle de l'obtention du permis l'est. Les parties requérantes ne proposent d'ailleurs aucun document alternatif qui permettrait de déterminer avec la même certitude la période temporelle pertinente. La partie adverse ne voit pas quel autre document elle aurait pu demander à cette fin. Il est, en tout état de cause, inconcevable qu'un projet similaire au présent marché n'ait pas fait l'objet d'un permis d'urbanisme.

Par ailleurs, la réglementation urbanistique applicable dans les trois Régions du Royaume prévoit un certain nombre d'exigences en matière de durabilité (notamment au niveau du PEB), voire de sécurité, qui doivent être reprises dans le dossier de demande de permis.

La partie adverse attire l'attention de Votre Conseil sur la souplesse dont elle a fait preuve pour assurer un maximum de concurrence dans le cadre du présent marché. Pour ce faire, elle a prolongé la période de référence à dix ans au lieu de trois ans. Dans sa marge d'appréciation, la partie adverse a donc déterminé avec raison que la date d'obtention du permis était pertinente, adéquate et proportionnée comme cadre de référence pour déterminer l'admissibilité temporelle des références relatives à la conception de qualité de bâtiments – ingénierie d'un bâtiment complexe (technique et durabilité).

Contrairement à ce que prétendent les parties requérantes, prendre en compte un projet qui a plus de dix ans d'âge ne lui aurait pas permis d'évaluer au mieux la capacité technique et professionnelle actuelle du candidat sur des prestations de conception, relatives à l'ingénierie d'un bâtiment complexe (technique et durabilité), dont une partie est antérieure à l'obtention du permis et l'autre ultérieure. En effet, dans le cadre d'un bâtiment complexe, au stade de la conception, les ingénieurs interviennent fréquemment avec les architectes dans le cadre du dossier de demande de permis. Outre les exigences urbanistiques, il est important de concevoir également le passage des techniques et la stabilité – ce qui relève de l'ingénierie – lors de l'élaboration du dossier de demande de permis afin de prévoir dès le début la hauteur des plafonds, les locaux techniques, la forme du bâtiment, *etc.* (phase de conception) Ceci est d'autant plus vrai dans le cadre de bâtiments complexes. Ce sont bien toutes ces compétences de conception que la demande de référence visait à évaluer. Les prestations ultérieures à l'obtention du permis relèvent de l'exécution des prestations effectuées en vue de son obtention (phase de construction). Les parties requérantes ne peuvent pas nier qu'en dix ans, les techniques et les exigences relevant tant du *hard law* (droit européen, fédéral et régional) que de la *soft law* (normes techniques) évoluent et qu'accepter des projets dont le permis aurait été octroyé il y a plus de dix ans n'aurait aucune pertinence.

Il résulte de ce qui précède que la troisième branche du moyen unique n'est pas

fondée ».

C. Mémoire en réplique

Les requérantes résument leur argumentation comme suit, en ce qui concerne la première branche :

« Dans un premier temps, les parties requérantes reprennent intégralement leur exposé de la première branche du moyen unique comme exposé dans leur requête en annulation.

Dans un deuxième temps, les parties requérantes renvoient à l'argumentation de la partie adverse dans son mémoire en réponse, à laquelle elles ne peuvent adhérer, et ce, pour les raisons suivantes :

- En ce qui concerne la qualification de "l'ingénierie de bâtiments complexes" comme "travaux" ou "services", les parties requérantes ne voient pas pourquoi, pour "la clarté du raisonnement" (comme l'allègue la partie adverse dans son mémoire en réponse), il faudrait supposer que les références concernant "l'ingénierie de bâtiments complexes" doivent être qualifiées de services ; elles peuvent néanmoins se rallier au raisonnement de la partie adverse, en suivant le raisonnement de votre Conseil du 30 avril 2024 (n° 259.671) dans son arrêt concernant la suspension, selon lequel la qualification en tant que "travaux" ou "services" est de moindre importance en l'espèce, étant donné qu'une même argumentation a été développée par les parties requérantes (dans la première et la deuxième branche du moyen unique), c'est-à dire que la liste des moyens de preuve admissibles pour démontrer la capacité technique et professionnelle des opérateurs économiques, reprise à l'article 68, § 4, 1° a) de l'AR Passation et à l'article 68, § 4, 1°, b) de l'AR Passation, a un caractère limitatif et impératif et que remplacer ce moyen de preuve – ou exiger en plus de celui-ci – la preuve non seulement que les travaux/services des bâtiments sont exécutés au cours de la période de référence envisagée (à savoir, la période des cinq dernières années au maximum, le cas échéant prolongée comme en l'espèce), mais aussi que ces bâtiments disposent d'un permis approuvé dans cette période de référence, constitue une violation des articles précités.

- Étant donné que la partie adverse se réfère pour son argumentation à son raisonnement exposé pour la deuxième branche du moyen unique, lequel est repris *mutatis mutandis* pour sa défense contre la première branche du moyen unique, les parties requérantes renvoient également à leur réponse figurant dans ce mémoire en réplique, sous la deuxième branche du moyen unique, qui doit être considérée ici comme intégralement reproduite *mutatis mutandis*.

Dans un troisième temps, les parties requérantes concluent que, dans sa première branche, le moyen unique est donc fondé ».

Les requérantes résument leur argumentation comme suit au sujet de la deuxième branche :

« Dans un premier temps, les parties requérantes reprennent intégralement leur exposé de la deuxième branche du moyen unique, comme exposé dans leur requête en annulation.

Dans un deuxième temps, les parties requérantes renvoient à l'argumentation de la

partie adverse dans son mémoire en réponse, à laquelle elles ne peuvent adhérer, et ce, pour les raisons suivantes :

- La partie adverse part d'une prémisse erronée en affirmant que la date d'obtention du permis est nécessaire pour vérifier objectivement quand les prestations en matière de "l'ingénierie d'un bâtiment complexe (technique et durabilité)" ont été réalisées, étant donné que la majorité des travaux/services liés à "l'ingénierie des bâtiments complexes" ne sont exécutés qu'après la délivrance du permis. Dans ce contexte, les parties requérantes se réfèrent à leur exposé dans le cadre de la troisième branche du moyen unique.

- En ajoutant ce cadre temporel, le fait est que les travaux/services réalisés pendant la période de référence mais pour lesquels le permis a été délivré depuis plus de dix ans ne peuvent pas être présentés en tant que référence valide, ce qui est contraire à l'article 68, § 4, 1°, b), de l'AR Passation et à l'objet de cet article.

- La jurisprudence citée par la partie adverse dans son mémoire en réponse, qui serait censée démontrer que Votre Conseil adopte une attitude flexible et admet que le pouvoir adjudicateur dispose d'un certain pouvoir d'appréciation pour déterminer le cadre temporel d'une référence pour démontrer la capacité d'un candidat, n'est pas pertinente car, dans ces affaires, les travaux/services devaient encore être exécutés dans la période de référence prévue, ce qui, dans la présente cause, n'est pas le cas en raison de l'ajout du cadre temporel basé sur la date d'obtention du permis. En effet, dans la présente cause, la partie adverse a ajouté un élément temporel ayant pour conséquence que, bien que les prestations aient été réalisées dans la période de référence, la référence est considérée comme non valide uniquement parce que le permis date d'avant la période de référence.

Dans un troisième temps, les parties requérantes concluent que dans sa deuxième branche, le moyen unique est donc fondé ».

Les requérantes résument comme suit leur argumentation relative à la troisième branche du moyen :

« Dans un premier temps, les parties requérantes reprennent intégralement leur exposé de la troisième branche du moyen unique comme exposé dans leur requête en annulation.

Dans un deuxième temps, les parties requérantes renvoient à l'argumentation de la partie adverse dans son mémoire en réponse, à laquelle elles ne peuvent adhérer, et ce, pour les raisons suivantes :

- La partie adverse tente de démontrer que l'utilisation de la date d'obtention du permis comme cadre de référence pour déterminer l'admissibilité des références pour l'aspect "conception de qualité de bâtiments" (y compris le sous critère "l'ingénierie d'un bâtiment complexe (technique et durabilité)") est pertinente et proportionnelle, ce qui ne peut convaincre, notamment pour les raisons décrites ci-après.

- Le sous-critère "l'ingénierie d'un bâtiment complexe (technique et durabilité)" concerne les compétences du candidat en matière de techniques spéciales. Cependant, lorsque la partie adverse fait valoir qu'une grande partie de la durabilité et de la sécurité a été étudiée lors de l'introduction de la demande de permis, elle ne spécifie pas qu'il s'agit de la sécurité et de la durabilité liées à la construction des bâtiments et sous les responsabilités de l'architecte. Pour la sécurité et la durabilité au niveau des techniques spéciales, la conception est réalisée après l'obtention du permis. Ainsi, dans le cadre de la référence grand hôpital Montlégia,

une très grande partie de cette mission a été réalisée après la date de début de la période envisagée par le Guide de sélection, ceci ressort des montants facturés par le prestataire (pièce n° 6).

- Le fait que, dans le cadre de la demande de permis, des documents doivent être fournis dans les différentes régions concernant, entre autres, la sécurité et la durabilité, ne prouve en aucun cas que la majorité des travaux/services relatifs à "l'ingénierie des bâtiments complexes" se déroulent avant l'obtention du permis.

- Les techniques, modalités et normes sont sujettes à changement au fil du temps. La date de délivrance du permis n'est donc pas un critère pertinent pour permettre aux candidats de démontrer leurs compétences techniques. En ce qui concerne la référence grand hôpital Montlégia, de nombreuses adaptations ont été mises en œuvre après l'obtention du permis en termes de durabilité (type de chaudières), de sécurité (conception liée à la séparation des flux des soins) et concernant la conception du système de ventilation HVAC.

Dans un troisième temps, les parties requérantes concluent que dans sa troisième branche, le moyen unique est donc fondé ».

D. Dernier mémoire des requérantes

En ce qui concerne les première et deuxième branches, les requérantes résument leur argumentation comme suit :

« La partie adverse soutient que (i) les prestations d'ingénierie sur des bâtiments complexes doivent être qualifiées de "services" ; et (ii) l'essentiel de la conception serait achevé avant la délivrance du permis d'urbanisme, justifiant selon [elle] l'adéquation du critère de référence litigieux.

Concernant la qualification des prestations, les parties requérantes renvoient à leur mémoire en réplique.

Les parties requérantes relèvent une contradiction dans l'argumentation de la partie adverse, qui veut limiter l'évaluation à la conception préalable au permis d'urbanisme (sans la phase construction), mais de l'autre, elle insiste sur la nécessité de démontrer la capacité à concevoir et à réaliser de tels bâtiments, ce qui ne peut être vérifié via le seul critère de la délivrance du permis.

Les parties requérantes s'appuient sur les arguments déjà développés, ainsi que sur la conclusion de Votre Conseil dans le cadre de la demande en suspension en extrême urgence (également suivie par l'Auditeur Adjoint) : utiliser la date du permis d'urbanisme comme critère de référence prive certains candidats de pouvoir faire valoir des références valables, ce qui va à l'encontre des moyens de preuve prescrits par l'article 68, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et méconnaît ainsi cette disposition.

Pour le reste, les parties requérantes se réfèrent à leur requête en annulation et mémoire en réplique et au rapport de l'Auditeur Adjoint.

Les parties requérantes considèrent que le moyen unique est fondé dans ses première et deuxième branches.

Par conséquent, le moyen unique est fondé […] ».

En ce qui concerne la troisième branche, les requérantes résument leurs arguments comme suit :

« La partie adverse et la partie intervenante soutiennent en substance que : (i) l'essentiel des prestations de conception pour un bâtiment complexe se déroule avant la délivrance du permis d'urbanisme ; et (ii) le critère contesté visait à évaluer la capacité des candidats à concevoir un bâtiment, en distinguant bien la conception de la réalisation.

Avant tout, les parties requérantes rappellent que la délivrance d'un permis d'urbanisme atteste uniquement de la conformité d'un projet avec la réglementation et le bon aménagement du territoire, sans évaluer la compétence technique ni la qualité de la conception – ce qui a été confirmé par l'Auditeur Adjoint.

La partie adverse affirme qu'une grande partie de la conception (et notamment les études d'ingénierie) précède l'obtention d'un permis d'urbanisme, en citant notamment les études réalisées dans le cadre de l'évaluation des incidences environnementales d'un projet. Les requérants contestent toutefois ces arguments pour plusieurs raisons :

- selon la Fédération Belge des Ingénieurs Civils et des Ingénieurs Agronomes, la majorité des prestations de conception intervient après la délivrance du permis d'urbanisme (pièce 7, page 3). Ce n'est qu'à ce stade que commence le travail de fond : dimensionnements détaillés, plans d'exécution, cahiers des charges, coordination technique et suivi de chantier. Avant l'obtention du permis d'urbanisme, seules les grandes lignes des techniques spéciales sont définies, en vue de répondre aux contraintes administratives et réglementaires, soit le strict nécessaire pour introduire une demande de permis d'urbanisme ;

- de nombreuses études d'ingénierie sont donc encore réalisées après la délivrance d'un permis d'urbanisme (à savoir, entre la délivrance dudit permis et la phase d'exécution du projet), notamment (i) les dimensionnements détaillés (local par local) ; et (ii) la coordination fine avec les autres intervenants, permettant d'intégrer tous les équipements dans des bâtiments complexes (pièce 7, page 4 et pages suivantes) ;

- les prestations de conception réalisées avant la délivrance du permis ne représentent qu'environ 20% des honoraires pour l'ensemble de la conception (tel que confirmé par la Fédération Belge des Ingénieurs Civils et des Ingénieurs Agronomes), confirmant qu'il s'agit donc d'une part minoritaire du travail total (pièce 7, page 13) ;

- pour le projet Montlégia, la majorité des prestations de conception a effectivement été réalisée après la délivrance du permis (compte tenu de la réglementation de la Fédération Belge des Ingénieurs Civils et des Ingénieurs Agronomes), contrairement à ce qu'avance la partie adverse, qui ne fournit d'ailleurs aucune preuve de ses prétendues discussions avec le directeur du CHC Montlégia ; et

- concernant l'évaluation des incidences environnementales, (i) les sources de la partie adverse ne sont pas pertinentes pour les discussions en cause ; (ii) les critères sur la base desquels les législateurs régionaux imposent l'évaluation des incidences de tout projet (qu'il soit complexe ou non) sont sans lien direct avec sa conception technique ; et (iii) les éléments pris en compte par une évaluation des incidences environnementales ne comprennent généralement pas les documents relatifs aux techniques spéciales d'un projet d'ingénierie comme celui en l'espèce (par exemple, câblage, électricité, plomberie, sanitaires, gaines, tuyaux, *etc.*).

En outre, la partie adverse minimise de façon erronée l'impact des conditions particulières et des charges d'urbanisme imposées lors de la délivrance d'un permis d'urbanisme. Les requérants soulignent que ces conditions et charges peuvent avoir un impact significatif : (i) les conditions particulières peuvent être nombreuses et contraignantes, surtout dans le cas d'un projet d'envergure comme celui-ci ; et (ii) les autorités disposent d'une grande marge pour imposer des charges d'urbanisme, qui peuvent précisément avoir un impact sur la conception du projet (par exemple, affectation d'une partie de la propriété à une activité spécifique et aménagements nécessaires à cet égard, aménagements et installations supplémentaires, cession d'une partie de la propriété aux autorités, création de servitudes impactant la conception du bâtiment concerné, *etc.*).
Par ailleurs, l'argument selon lequel ces charges seraient toujours anticipées dans la demande de permis d'urbanisme est juridiquement erronée.

La partie adverse affirme également que toute modification substantielle intervenue après la délivrance du permis d'urbanisme nécessiterait un permis d'urbanisme modificatif. Les parties requérantes soulignent, à cet égard, que de nombreuses modifications concernant les techniques spéciales d'ingénierie (par exemple, changement de type de générateur thermique, adaptation de conduits, modifications de luminaires et éléments techniques, HVAC, électricité, plomberie, sanitaires, *etc.*) peuvent être apportées sans permis d'urbanisme modificatif, dès lors que de tels éléments ne sont pas soumis à l'obtention d'un permis d'urbanisme préalable.

Les parties requérantes réfutent enfin toute confusion entre conception et réalisation. Elles rappellent que la conception doit être considérée dans son ensemble, intégrée à la mise en œuvre, et qu'une telle approche est essentielle dans le cadre d'un projet DBFM, qui est justement l'objet du marché contesté. Prendre la délivrance du permis d'urbanisme comme unique critère d'évaluation de la capacité est donc inadéquat.

Enfin, la référence de la partie adverse concernant l'utilisation antérieure du critère litigieux dans ses propres marchés publics ne prouve ni la pertinence, ni la légalité de ce critère. Les parties requérantes soulignent que la légalité du critère litigieux est précisément contestée et contrôlée par Votre Conseil dans le cadre de la présente procédure.

Pour le reste, les parties requérantes renvoient à leurs argumentaires déjà développés dans leur requête en annulation et mémoire en réplique et le rapport de l'Auditeur Adjoint.

Les parties requérantes considèrent que le moyen unique est fondé dans sa troisième branche. »

V.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Examen du critère de sélection retenu

Le marché en cause est un marché dit « DBFMO » (*Design, Build, Finance, Maintain, Operate*), dans lequel l'opérateur économique qui obtient le lot doit concevoir les installations du centre de psychiatrie légale, le construire, le financer, en assurer la maintenance et l'exploiter pendant vingt-cinq ans.

La partie adverse a considéré, sur la base de l'article 20 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, et sans que cela soit contesté dans le cadre du présent recours, que l'objet principal du marché était la réalisation de travaux.

Le marché implique toutefois, selon l'expression utilisée par le guide de sélection, « plusieurs aspects de projet », pour lesquels la partie adverse a souhaité juger de la capacité technique et professionnelle des candidats. À cet effet, le guide de sélection comporte notamment les exigences suivantes, concernant les références nécessaires à la démonstration de la capacité technique et professionnelle des candidats :

« 2.1.3.2.3. Références : liste des projets réalisés au cours de la période précédente

Le Candidat doit présenter des références démontrant qu'il possède les connaissances et l'expérience requises dans chacun des aspects suivants du Projet :
(1) conception de qualité de bâtiments ;
(2) construction de bâtiments complexes ;
(3) réalisation juridique et financière de projets DBFM ;
(4) maintenance de bâtiments complexes ;
(5) prestation de services généraux (*facility management*) ;
(6) prestation et gestion organisationnelle de soins.

En ce qui concerne les exigences de référence exposées ci-dessous, par aspect du Projet, il convient de noter qu'il est permis d'utiliser la même référence pour plusieurs aspects si cette référence répond à plusieurs exigences en même temps (d'un ou plusieurs aspects du Projet). Il est toutefois exigé de la part du Candidat de référencer au moins deux projets différents, sans préjudice du nombre de références demandées par aspect.

Chaque référence doit être étayée par une attestation de bonne exécution fournie par le maître d'ouvrage qu'il soit public ou privé. Si l'attestation de bonne exécution a été rédigée dans une langue autre que le néerlandais ou le français, le Pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'en exiger une traduction, jurée si nécessaire, conformément au point 11. Le modèle d'attestation de bonne exécution est repris en annexe VII.

Chaque référence doit avoir été exécutée au cours des cinq (5) dernières années, à compter de la date limite de dépôt de la Demande de participation. Il est précisé que c'est la date de signature du contrat de la référence concernée qui doit être prise en considération pour savoir si elle rentre bien dans le champ temporel défini ci-avant. Toutefois, compte tenu de la crise sanitaire qui a sévi ces dernières années et afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les éléments de preuve relatifs à des travaux exécutés / services prestés il y a plus de cinq (5) ans, mais de maximum dix (10) ans à compter de la date limite de dépôt de la Demande de participation, seront également pris en compte (art. 68, § 4, 1°, a) de l'Arrêté royal du 18 avril 2017). Ceci implique ce qui est énuméré ci-après.

• En ce qui concerne la "conception de qualité de bâtiments" : des bâtiments dont le permis a été approuvé dans une période de cinq (5) ans préalablement à la Date de référence.

• En ce qui concerne la "construction de bâtiments complexes" : des projets dont la construction a été entamée ou (au moins provisoirement) réceptionnée dans une

période de cinq (5) ans préalablement à la Date de référence, dont au moins un projet doit être réceptionné (au moins provisoirement) dans la période mentionnée (avec transmission obligatoire d'un procès-verbal de réception provisoire, un certificat de disponibilité ou un document similaire).

Chaque référence doit être étayée par une attestation de bonne exécution fournie par le maître d'ouvrage qu'il soit public ou privé. Si l'attestation de bonne exécution a été rédigée dans une langue autre que le néerlandais ou le français, le Pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'en exiger une traduction, jurée si nécessaire, conformément au point 11. Le modèle d'attestation de bonne exécution est repris en annexe VII.

[…]

a) Conception de qualité de bâtiments

Le Candidat doit prouver qu'il possède de l'expérience et de l'expertise pour la réalisation d'un projet de qualité (i) qui, tant d'un point de vue architectural que technique, tient compte de l'affectation du bien immobilier à concevoir et bâtir et (ii) qui tient également compte des objectifs spécifiques futurs visés par le Marché :

- sur le plan de l'exploitation (entre autres sur le plan de la vision de l'internement, de la réhabilitation et de la réintégration, sur le développement des trajets et de la gestion de l'internement, sur la mise à disposition du personnel, sur la sécurité…),

- sur le plan de l'utilisation optimale d'un projet complexe (par exemple : attention aux flux provenant de divers groupes cibles, déploiement optimal du personnel, installations de sécurité, contrôle d'accès, *etc.*), et/ou

- sur le plan de la qualité de vie des internés.

Les trois éléments listés ci-avant doivent se retrouver dans les références, sans toutefois se retrouver tous les trois dans chaque référence.

Le Candidat doit, à cet effet, joindre à sa Demande de participation un portefeuille de références composé de :

• Minimum deux (2) et maximum quatre (4) références de conception architecturale d'un bâtiment complexe, pour lesquelles : […]

• Minimum deux (2) et maximum quatre (4) références de conception architecturale d'un bâtiment résidentiel représentatif, pour lesquelles : […]

• Minimum deux (2) et maximum trois (3) références concernant l'ingénierie d'un bâtiment complexe (technique et durabilité), au sein desquelles :

o Au moins une (1) référence concerne des études en matière de durabilité dans les bâtiments.

o Au moins une (1) référence concerne des études en matière de techniques de sécurité, avec une attention particulière pour les différents profils d'accès, la charge continue de ces techniques de sécurité et leur zonage et couverture.

o La valeur totale (au moment de l'estimation du budget de la construction) des bâtiments conçus de toutes les références ensemble s'élève à minimum trente-cinq millions d'euros (35 000 000 EUR) HTVA.

o La valeur (au moment de l'estimation du budget de la construction) du bâtiment

conçu d'au moins une des références s'élève à minimum dix-huit millions d'euros (18 000 000 EUR) HTVA.

[…]

b) Construction de bâtiments complexes

Le Candidat doit prouver qu'il possède de l'expérience et de l'expertise pour la réalisation de bâtiments d'une ampleur et d'une complexité de réalisation similaires.

Le Candidat doit, à cet effet, joindre à sa Demande de participation un portefeuille de références composé de :

• Minimum deux (2) et maximum quatre (4) références en matière de construction de bâtiments complexes, pour lesquelles : […] ».

Il résulte de ces extraits, en particulier de l'énoncé des différents aspects du projet, que la partie adverse a décidé, pour les besoins de la sélection qualitative, de distinguer la conception des installations (« conception de qualité de bâtiments », comprenant notamment « l'ingénierie d'un bâtiment complexe ») de leur construction (« construction de bâtiments complexes »).

Elle a, pour ce faire, imposé des critères de sélection qualitative distincts pour ces deux aspects du marché. Elle a aussi imposé, concernant les références exigées, des périodes pertinentes différentes, propres à la capacité technique et professionnelle qu'elle entendait évaluer.

Au sujet du critère de la « conception de qualité de bâtiments », le guide de sélection exige des candidats qu'ils possèdent l'expérience et l'expertise « pour la réalisation d'un projet de qualité (i) qui, tant d'un point de vue architectural que technique, tient compte de l'affectation du bien immobilier à concevoir et bâtir et (ii) qui tient également compte des objectifs spécifiques futurs visés par le marché ».

Il résulte de l'énoncé du critère de sélection que la partie adverse entend, par ce critère, évaluer la capacité du candidat à concevoir un bâtiment, sur le plan architectural et sur le plan technique (ingénierie). Le critère de sélection concerné est donc spécifique à la prestation d'un service.

Ce choix de la partie adverse de distinguer, sur le plan de la sélection qualitative des candidats, la conception d'un bâtiment – considérée comme un service – de sa construction n'est nullement critiqué par les requérantes.

B. Quant aux deux premières branches

L'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est rédigé comme suit :

« § 1er. En ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, le pouvoir adjudicateur peut imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié.
Le pouvoir adjudicateur peut notamment exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement.

§ 2. Dans le cas d'un marché de travaux, d'un marché de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou d'un marché de services, le pouvoir adjudicateur peut :
1° évaluer la capacité technique ou professionnelle des candidats ou des soumissionnaires d'exécuter les travaux, de réaliser l'installation ou de prester les services en vertu notamment de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité ;
2° imposer aux personnes morales d'indiquer dans leur demande de participation ou dans leur offre les noms et les qualifications professionnelles appropriées des personnes chargées de l'exécution du marché.

§ 3. La preuve des capacités techniques et professionnelles des opérateurs économiques peut être fournie par un ou plusieurs des moyens énumérés au paragraphe 4 selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des travaux, des fournitures ou des services.

§ 4. Les moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques sont :
1° les listes suivantes :
a) une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années au maximum, assortie de certificats de bonne exécution et de résultats pour les travaux les plus importants ; le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des travaux exécutés il y a plus de cinq ans seront pris en compte ;
b) une liste des principales fournitures effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années au maximum, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des fournitures effectuées ou des services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte ;
[…] »

Les paragraphes 3 et 4 de cette disposition transposent en droit interne des exigences de l'article 60 et de l'annexe XII de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics. Ils établissent une liste fermée des moyens de preuve que les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des opérateurs économiques afin qu'ils démontrent satisfaire aux critères de sélection qualitative relatifs à la capacité technique et professionnelle. Il résulte à cet égard de l'arrêt Ambisig du 7 juillet 2016 de la Cour de Justice de l'Union

européenne que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent ni exiger de nouveaux moyens de preuve, ni limiter la portée des moyens déjà prévus, ni formuler des exigences supplémentaires apportant une modification substantielle quant à la nature et aux conditions de production des moyens déjà prévus (CJUE, 7 juillet 2016, *Ambisig*, C-46/15, ECLI:EU:C:2016:530, points 36 et 49).

Il résulte également de cet arrêt que la *ratio legis* de l'existence d'une liste fermée est de prévenir l'imposition, par les pouvoirs adjudicateurs, d'exigences probatoires excessives pour la démonstration, par les opérateurs économiques, de leur capacité à réaliser le marché. Selon la Cour de Justice, de telles exigences excessives seraient de nature à rendre plus difficile l'accès aux marchés publics et à porter atteinte aux objectifs de la directive (CJUE, Ambisig, précité, points 39, 41, 42, 50 à 52).

En l'occurrence, pour démontrer la capacité technique nécessaire à « l'ingénierie d'un bâtiment complexe (technique et durabilité) », le guide de sélection exige des candidats qu'ils produisent « minimum deux (2) et maximum trois (3) références concernant l'ingénierie d'un bâtiment complexe (technique et durabilité) […] ».

Le guide de sélection précise toutefois également, concernant ce critère de sélection qualitative spécifique, que seuls seront pris en compte les « bâtiments dont le permis a été approuvé dans une période de cinq (5) ans préalablement à la date de référence » – période portée à dix ans par la partie adverse pour garantir un niveau adéquat de concurrence.

Selon l'argumentation développée par les requérantes dans les deux premières branches de leur moyen, les mentions précitées du guide de sélection, lues ensemble, constitueraient un moyen de preuve de la capacité technique et professionnelle qui, à défaut d'être prévu par l'article 68, § 4, alinéa 1er, 1°, a) ou b), de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ne serait pas admissible.

Les requérantes rappellent à cet égard que le mode de preuve prévu par cet article est soit une liste des « travaux exécutés » ou une liste des « principaux services fournis » au cours de la période concernée. De leur point de vue, l'exigence que ces travaux ou services soient démontrés par un « permis approuvé » modifierait le mode de preuve prévu réglementairement, car les services d'ingénierie dans le cadre de la conception d'un bâtiment sont, en réalité, largement fournis après la délivrance du permis. La preuve exigée de la capacité technique et professionnelle aurait donc

pour effet d'exclure la prise en considération des services fournis au cours de la période pertinente. Elles affirment également que le moyen de preuve prévu par la disposition précitée est modifié puisque celle-ci n'exige pas que « pour pouvoir admettre la référence », il serait nécessaire que « pareil permis ait été approuvé dans la période de référence envisagée dans le cahier des charges ».

Cette argumentation ne peut être suivie.

Dans le cadre du critère de sélection qualitative litigieux, la date de délivrance du permis n'est qu'une caractéristique de la référence invoquée par un soumissionnaire permettant de déterminer si celle-ci entre ou non dans la période de référence de « maximum dix (10) ans » fixée par le guide de sélection. Cette caractéristique n'est pas différente dans sa nature de « la date de signature du contrat de la référence », utilisée pour d'autres critères de sélection dans le cadre du même marché.

Au terme d'un examen au fond, cette caractéristique de la référence invoquée ne modifie pas le moyen de preuve de la capacité technique et professionnelle des candidats prévu par l'article 68, § 4, 1°, a) et b), de l'arrêté royal du 18 avril 2017. La preuve requise reste en effet la production d'une liste de références de travaux exécutés ou de services fournis, comme le prévoit cette disposition. Les références invoquées dans cette liste doivent simplement être conformes, dans chacune de leurs caractéristiques, au critère de sélection qualitative déterminé par le pouvoir adjudicateur.

Les requérantes n'ont d'ailleurs pas été confrontées à une difficulté de démontrer l'existence d'une référence, mais seulement au fait que l'une des références qu'elles entendaient invoquer ne correspondait pas aux exigences de la sélection qualitative.

La partie adverse n'a pas exigé un moyen de preuve qui n'est pas autorisé par la réglementation. Il se justifie dès lors de s'écarter de la solution retenue au stade de la suspension par l'arrêt n° 259.671 du 30 avril 2024.

Les divers arguments exposés par les requérantes dans le cadre des deux premières branches du moyen visent en réalité à mettre en doute la pertinence et la proportionnalité du critère de sélection choisi par la partie adverse, au regard de l'objet du marché. Ces arguments doivent donc être examinés avec la troisième branche du moyen.

Le moyen, en ses deux premières branches, n'est pas fondé.

C. Quant à la troisième branche

L'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est libellé comme suit :

« Le ou les critères de sélection peuvent avoir trait :
1° à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle ; et/ou
2° à la capacité économique et financière ; et/ou
3° aux capacités techniques et professionnelles.
Le pouvoir adjudicateur ne peut imposer d'autres critères que ceux susvisés comme conditions de participation aux candidats et aux soumissionnaires. Ils limitent ces conditions à celles qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Toutes les conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché.
Le Roi précise les modalités relatives à la fixation de ces conditions ».

Étant le mieux placé pour évaluer ses propres besoins, le pouvoir adjudicateur s'est vu reconnaître un large pouvoir d'appréciation pour fixer les critères de sélection et les seuils d'exigence à atteindre. L'exercice de sa compétence discrétionnaire est cependant soumis au respect de certaines conditions. Ainsi, l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics impose au pouvoir adjudicateur de limiter ces critères à ceux qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose des capacités juridiques, financières, techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer.

L'exercice du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur trouve donc ses limites dans la nécessité que le critère de sélection et le seuil choisis soient pertinents et proportionnés compte tenu de l'objet du marché.

C.1. Quant à la pertinence du critère

Les requérantes affirment que le critère choisi par la partie adverse n'est ni pertinent, ni proportionné, parce qu'il aboutit à exclure la prise en considération de références pour lesquelles des services ont été fournis pendant la période de référence. Or selon elles, la majorité du travail de conception des ingénieurs conseils est réalisé après l'obtention du permis, ce qui démontrerait l'absence de pertinence d'un critère de sélection basé sur la délivrance d'un permis. Elles prennent à cet égard en exemple les prestations d'ingénierie réalisées dans le cadre de la construction du CHC Montlegia, dont elles affirment qu'elles sont majoritairement postérieures à la

délivrance du permis autorisant ce projet.

Il ressort toutefois du guide de sélection que la partie adverse a notamment entendu évaluer la capacité technique des candidats à concevoir un bâtiment de qualité, par l'intégration, dès les premiers stades de la conception, des considérations techniques relatives à son affectation concrète, en tenant compte « des objectifs spécifiques futurs visés par le marché ». Le guide de sélection précise que ces objectifs concernent l'exploitation du bâtiment (entre autres sur le plan de la vision de l'internement, de la réhabilitation et de la réintégration, sur le développement des trajets et de la gestion de l'internement, sur la mise à disposition du personnel, sur la sécurité…), son utilisation optimale (par exemple : attention aux flux provenant de divers groupes cibles, déploiement optimal du personnel, installations de sécurité, contrôle d'accès, *etc.*), et la qualité de vie des internés.

En définissant de cette manière le critère de sélection, la partie adverse a marqué sa volonté de juger de la capacité technique des candidats à mener une mission complète de conception d'un bâtiment complexe. Le critère choisi n'est donc pas, *a contrario*, destiné à évaluer la capacité des candidats à mener des missions partielles de conception.

Dans le cadre du pouvoir d'appréciation important dont elle dispose lorsqu'elle choisit les critères de sélection qualitative, la partie adverse pouvait raisonnablement estimer qu'en conditionnant l'invocation d'une référence relative à la conception d'un bâtiment complexe au fait que le permis relatif à ce bâtiment ait été délivré durant la période de référence, elle s'assurait que l'expérience invoquée porte sur une mission complète et suffisamment récente de conception.

À la supposer avérée, la circonstance invoquée par les requérantes selon laquelle une partie importante des prestations d'ingénierie est réalisée après la délivrance du permis ne suffit pas à établir le défaut de pertinence du critère choisi.

D'une part, les requérantes elles-mêmes ne contestent pas que des prestations d'ingénierie sont nécessaires dès la préparation de la demande de permis. Ceci résulte du reste notamment du document « conditions d'intervention des ingénieurs-conseils de la fédération belge des ingénieurs civils et des ingénieurs agronomes » qu'elles déposent à l'appui de leur dernier mémoire. Ce document reprend notamment, dans la mission usuelle de conception, les « études d'avant-projet » et les « études de projet », ces dernières se terminant par la « fourniture des documents permettant l'introduction, par le client, des demandes d'autorisations et de

raccordements aux réseaux ». Ces deux premières phases de la mission donnent lieu, selon le même document, au paiement de soixante pourcents des honoraires pouvant être réclamés au total par l'ingénieur.

Même si les requérantes devaient être suivies lorsqu'elles affirment, dans leur dernier mémoire, que seules les « études d'avant-projet » précèdent la demande de permis – ce qui semble contredit par le document qu'elles déposent – le fait que des prestations d'ingénierie interviennent après la délivrance du permis ne permet pas de considérer que l'expérience acquise dans le cadre de cette conception préalable serait dépourvue de pertinence au regard des capacités que la partie adverse entendait apprécier.

D'autre part, en application du critère de sélection contesté, les prestations d'ingénierie postérieures à la délivrance du permis sont bien prises en considération dans le cadre de la sélection qualitative, pour autant que le permis ait été délivré dans la période de référence. Sur le plan des seuils applicables à ce critère de sélection, les exigences sont en effet que la « valeur totale (au moment de l'estimation du budget de la construction) des bâtiments conçus de toutes les références ensemble s'élève à minimum trente-cinq millions d'euros […] HTVA » et que « la valeur (au moment de l'estimation du budget de la construction) du bâtiment conçu d'au moins une des références s'élève à minimum dix-huit millions d'euros […] HTVA ». Les seuils sont ainsi fixés relativement à la valeur totale des bâtiments conçus, ce qui implique la prise en considération de l'ensemble des services d'ingénierie, avant et après la délivrance du permis.

Les requérantes évoquent également, pour contester la pertinence du critère, la possibilité qu'un projet de conception ayant donné lieu à des prestations d'ingénierie ne doive pas être couvert par un permis.

Outre le fait que les requérantes n'ont pas mentionné dans leur demande de participation une référence pour laquelle aucun permis n'aurait été délivré, elles ne démontrent pas qu'il existe des hypothèses dans lesquelles un projet pouvant servir de référence conforme aux exigences du guide de sélection, notamment quant aux seuils applicables, pourrait être mis en œuvre sans qu'une autorisation administrative soit, au préalable, délivrée.

Les requérantes soutiennent enfin que la date de délivrance d'un permis d'urbanisme n'est pas un critère pertinent pour apprécier l'expérience de conception, dès lors qu'un projet autorisé peut ne jamais être réalisé en raison d'une annulation,

d'une péremption ou d'une renonciation du bénéficiaire. Selon elles, le critère litigieux permet ainsi de retenir des projets qui ne seront jamais exécutés alors que le marché porte sur la conception de bâtiments destinés à être effectivement construits et exploités.

Cet argument ne correspond pas à la réalité du guide de sélection, qui exige que chaque référence soit « étayée par une attestation de bonne exécution fournie par le maître d'ouvrage qu'il soit public ou privé ». Le guide de sélection exige donc bien que le bâtiment complexe constituant la référence invoquée ait été construit.

Compte tenu de ce qui précède, les requérantes ne démontrent pas que le critère retenu par la partie adverse pour juger de la capacité technique des candidats en matière de conception d'un bâtiment complexe n'est pas pertinent au regard de l'objet du marché.

C.2. Quant à la proportionnalité du critère

L'argumentation des requérantes ne permet pas de déterminer ce qui, selon elles, relève de la pertinence du critère d'attribution et ce qui relève de sa proportionnalité.

Il peut toutefois se déduire de leurs arguments qu'elles considèrent que le critère choisi par la partie adverse est disproportionné en ce qu'il peut conduire à écarter certaines références comportant des prestations d'ingénierie importantes réalisées durant la période pertinente, en raison du fait que le permis autorisant les travaux a été délivré avant cette période.

Il appartient aux requérantes de démontrer que le critère de sélection qu'elles contestent excède ce qui est nécessaire pour apprécier la capacité technique recherchée, et exclut de ce fait du marché des opérateurs économiques qui pourraient le réaliser.

Le simple constat, par les requérantes, que le critère de sélection en question ne leur permet pas de faire valoir leurs références de conception dans le cadre de la construction du CHC Montlegia, alors même qu'elles affirment qu'une majorité des prestations d'ingénierie ont été accomplies après la délivrance du permis et durant les dix ans qui précèdent la date limite de dépôt de la demande de participation, ne suffit pas à apporter une telle démonstration.

Il doit en toute hypothèse être relevé qu'une restriction de la concurrence est inhérente au choix d'un critère de sélection qualitative. Le constat qu'un opérateur économique est exclu du marché au stade de la sélection qualitative n'est donc pas suffisant pour conclure au caractère disproportionné du critère concerné.

Les circonstances de la cause ne permettent pas de conclure que le critère de sélection litigieux serait disproportionné.

En premier lieu, l'exigence contestée doit être évaluée au regard du fait qu'il s'agit d'un marché conséquent, aussi bien sur le plan financier que sur le plan politique, qui a notamment donné lieu à une publication européenne. L'importance du marché justifie des exigences élevées sur le plan de la sélection qualitative.

En deuxième lieu, il convient de rappeler que le guide de sélection est clair quant au fait que la partie adverse entend, compte tenu des spécificités du marché, être exigeante sur la qualité de la conception du projet, pour l'ensemble de ses aspects. Elle n'a pas entendu simplement sélectionner des opérateurs économiques capables de construire un bâtiment complexe, mais elle a aussi voulu s'assurer qu'ils pouvaient en garantir la conception optimale, et ce dès la phase de conception initiale.

En troisième lieu, parmi les cinq opérateurs économiques ayant déposé une demande de participation, les requérantes ont été les seules à être exclues en raison de ce critère de sélection qualitative. Le fait que quatre opérateurs économiques soient en mesure d'y satisfaire tend à démontrer que le critère n'a pas entraîné une restriction excessive de la concurrence.

En quatrième lieu, comme le relève la partie adverse, il ressort d'un courriel du 21 novembre 2023 des requérantes que celles-ci, dans le cadre d'une demande de précisions de la partie adverse, ont proposé de fournir une autre référence, en plus du CHC Montlégia. Même si cette proposition n'a pas été suivie d'effets, elle semble indiquer que les requérantes s'estimaient en mesure de fournir une référence pertinente.

En cinquième lieu, et surtout, la partie adverse a fixé une période de référence très étendue, à savoir 5 ans, pouvant être portés à dix ans, ce qui est considérablement plus élevé que la période minimale prévue par l'article 68, § 4, 1°, b) de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Cette extension substantielle de la période de référence tend à préserver un niveau suffisant de concurrence et atténue de manière significative les effets restrictifs pouvant résulter de l'exigence litigieuse.

Compte tenu de la marge d'appréciation reconnue au pouvoir adjudicateur en matière de sélection qualitative, de la nature particulière du marché en cause, de l'objectif poursuivi par le critère litigieux et de l'extension de la période d'admissibilité des références jusqu'à dix ans, les requérantes ne démontrent pas que le critère de sélection qualitative en question est disproportionné.

Le moyen unique, en sa troisième branche, n'est pas fondé.

VI. Demande d'application de l'article 35/1 des lois coordonnées sur le Conseil d'État

Dans son dernier mémoire, la partie adverse sollicite qu'en application de l'article 35/1 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, le Conseil d'État « indique, dans les motifs de son arrêt d'annulation, les mesures à prendre pour remédier à l'illégalité ayant conduit à l'annulation ».

Le présent arrêt rejetant le recours en annulation, il n'y a pas lieu d'examiner cette demande, qui est sans objet.

VII. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure au montant de base. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

Le rejet du recours justifie également que les autres dépens soient mis à charge des requérantes, sauf les dépens liés à l'intervention, qui restent à charge de l'État belge.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par l'État belge est rejetée.

Article 2.

Le recours est rejeté.

Article 3.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

Les parties requérantes supportent – à concurrence d'un quart chacune – les autres dépens, à savoir les droits de rôle de 1.600 euros, les contributions de 48 euros et l'indemnité de procédure de 924 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 22 juillet 2026, par la VI[e] chambre du Conseil d'État, composée de :

Florence Piret,	conseillère d'État, présidente f.f.,
Xavier Close,	conseiller d'État,
Aurélien Vandeburie,	conseiller d'État,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,	La Présidente,
Vincent Durieux	Florence Piret