

**CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.**

**A R R E T**

n° 220.779 du 27 septembre 2012

G./A.206.269/VI-19.693

En cause : **ISRAEL MILITARY INDUSTRIES LTD,**  
en abrégé I.M.I.,

ayant élu domicile chez  
Mes Jean-Jacques VAN RAEMDONCK et  
Dominique LAGASSE, avocats,  
chaussée de La Hulpe, n° 187,  
1170 Bruxelles,

contre :

**l'Etat belge**, représenté par le Ministre  
de la Défense.

---

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI<sup>e</sup> CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,  
SIEGEANT EN REFERE,**

**I. OBJET DE LA REQUETE**

Par une requête unique introduite le 10 septembre 2012, la société ISRAEL MILITARY INDUSTRIES LTD, en abrégé I.M.I., sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 24 août 2012 de la partie adverse de ne pas sélectionner la requérante pour participer à la deuxième phase du marché 12LP401 relatif à l'acquisition et à l'intégration de 70 SPS pour LMV".

**II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT**

Une ordonnance du 11 septembre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 25 septembre 2012 à 10 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Geoffrey NINANE, loco Mes Jean-Jacques VAN RAEMDONCK et Dominique LAGASSE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M. Valery DE SAEDELEER, capitaine-commandant, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu 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

Le 10 juillet 2012, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications un appel à candidatures dans le cadre du marché de fournitures 12LP401 relatif à "(...) l'acquisition et l'intégration de 70 systèmes d'armes téléopérés (Self-protection Systems) pour l'amélioration de la protection des Light Multipurpose Vehicles (LMV avec RPK) blindés en opération, ainsi qu'une prestation de services connexes". Le 13 juillet 2012, un même appel à candidatures est publié au supplément au Journal officiel de l'Union européenne.

Le 13 août 2012, neuf demandes de participation, dont celle de la requérante, sont communiquées à la partie adverse.

Le 24 août 2012, la partie adverse décide de ne pas sélectionner la requérante et l'en informe par un courrier rédigé de la manière suivante :

- " Suite à votre demande de participation mentionnée en référence 2 et conformément à l'article 65/7 de la loi du 24 décembre 1993 (lire selon l'article 9 de l'arrêté royal du 24 janvier 2012), je vous informe que vous n'avez pas été sélectionné pour participer à la deuxième phase du marché public en objet lors de laquelle seuls les candidats sélectionnés recevront le cahier spécial des charges afin d'être en mesure d'introduire une offre".

Les motifs sont repris dans le document annexé au courrier précité :

- " Capacité technique du candidat :
- Art 73, 3° AR passation D&S
  - Rubrique 3 b.(3) de l'appel à demande de participation 12LP401 – SPS pour LMV - ISRAEL MILITARY INDUSTRY LTD n'a pu démontrer sa capacité technique au moyen d'une liste des principales fournitures. Il était en effet demandé au candidat de fournir la liste des principales livraisons de Self-protection Systems ayant été intégrés sur un véhicule militaire effectuées au cours des trois dernières années, indiquant par contrat le montant, la date, le type d'arme et de véhicule sur lequel l'arme a été intégrée et le nombre produit. Ce nombre devait au moins comporter 100 systèmes d'arme.

Les références mentionnées dans la demande de participation démontrent la livraison de 35 systèmes et des négociations en cours pour 100 systèmes. A ce jour, seuls 35 systèmes ont donc été livrés."

Il s'agit de l'acte attaqué.

#### IV. MOYEN UNIQUE

##### IV. 1. Arguments des parties

La requérante soulève un moyen pris de "la violation des articles 20 et 40 de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, des articles 60, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, et 70 et suivants, spécialement l'article 73, 3<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, des articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que du principe général d'égalité de traitement, des principes généraux de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir".

Elle soutient ce qui suit :

- " Si le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation pour déterminer les critères de sélection qualitative qu'il estime opportuns dans le cadre d'un marché, ces critères doivent toutefois être justifiés au regard de l'objet du marché.

Les critères de sélection doivent permettre au pouvoir adjudicateur d'identifier les entreprises qui disposent des capacités suffisantes pour exécuter le marché. En particulier, l'expérience de marchés similaires lui garantit que l'entreprise candidate dispose de la compétence technique suffisante pour réaliser le marché en fonction.

En l'espèce, le critère de sélection qualitative retenu par la partie adverse est disproportionné, inutilement restrictif, et méconnaît le principe d'égalité entre les différents soumissionnaires.

Le marché porte en effet sur une technologie de pointe, un système d'arme téléopéré avec viseur électronique pour véhicule blindé. La preuve de livraison de cent systèmes d'armement – plutôt que de vingt ou trente par exemple – n'est pas indispensable pour démontrer la capacité technique à fabriquer un tel système. Au contraire, limiter la sélection aux seules entreprises apportant la preuve de cent livraisons reviendrait à limiter le marché à une quantité insuffisante de candidats.

La requérante a apporté la preuve à la partie adverse qu'elle a déjà livré trente-cinq systèmes d'armes téléopérés. Elle dispose donc bien de la capacité technique pour participer au marché.

D'autre part, compte tenu de l'objet spécifique du marché, il est plutôt nécessaire de faire la preuve d'une réputation dans la fabrication de systèmes d'armement, du

fait que l'entreprise dispose du personnel nécessaire pour ce faire et que celle-ci produit effectivement le type d'arme concerné.

Tel est de toute évidence le cas de la requérante.

Comme le souligne la Cour des comptes, «le pouvoir adjudicateur est (...) tenu d'adapter ses exigences en fonction du marché considéré et doit éviter de demander systématiquement toutes les preuves énumérées dans la réglementation et être en mesure d'exploiter les documents et attestations réclamés» (Cour des Comptes, 158<sup>ème</sup> cahier d'observations adressé au Parlement fédéral, p. 143).

Depuis 1933, la requérante est spécialisée dans le développement, l'intégration, la fabrication de systèmes de combat terrestres, aériens et navaux. Il s'agit d'une entreprise détenue intégralement par le gouvernement israélien et regroupant 3200 employés. En 2008, l'entreprise a généré un chiffre d'affaires annuel de 650 millions de dollars (cfr. historique de la requérante, pièce n° 4).

Par ailleurs, celle-ci dispose dans son catalogue de systèmes d'armement téléopérés de haute technologie pouvant être intégrés dans le système de défense de la partie adverse (cfr. catalogues du Wave 200, Wave 300 et Wave 400, pièce n° 5, 6 et 7).

La requérante dispose donc bien des moyens matériels nécessaires pour fabriquer septante systèmes d'armes téléopérés pour la partie adverse.

Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne interdit aux pouvoirs adjudicateurs de recourir à des critères de sélection disproportionnés en exigeant des compétences techniques qui dépassent manifestement l'objet du marché (C.J.U.E., aff. C-327/00 du 27 février 2003).

En demandant à la requérante de prouver la livraison de cent systèmes d'armes alors que la commande ne porte que sur la livraison de septante systèmes d'armement, la partie adverse a recours à un critère de sélection manifestement disproportionné. Partant, elle commet une erreur manifeste d'appréciation.

Le moyen est fondé."

La partie adverse répond ce qui suit :

" [...]

En premier lieu, la partie adverse s'interroge sur l'intérêt de la partie requérante au présent moyen dès lors que la liste de livraisons qu'elle a produite n'a pas été prouvée par «des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente», alors que le matériel a été livré à des acheteurs publics.

Ensuite, s'agissant du choix des critères de sélection, le pouvoir adjudicateur dispose d'une compétence discrétionnaire.

Cette liberté n'est cependant pas illimitée et la jurisprudence tant de la Cour de justice des Communautés européennes que de Votre Conseil est venue cerner les contours de cette limite (C.J.C.E. du 27 février 2003, aff. C-327/00, Rec., p. I-1877, C.E., n° 150.292 du 17 octobre 2005).

L'objectif de la phase de sélection est de choisir les candidats que le pouvoir adjudicateur juge capables d'exécuter le marché de la meilleure façon. Les différentes exigences doivent donc avoir un lien direct avec l'objet ou l'exécution du marché en question et être pertinentes, «afin d'assurer tout à la fois le jeu normal de la concurrence et l'efficacité du mécanisme de la sélection qualitative»

(P. THIEL, memento marchés publics et PPP 2011, Kluwer, Waterloo, 2010, p. 272, voir également K. RONSE. in D. D'Hooghe ed., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, die Keure, Bruges, p. 369).

Dès lors, la question qu'il convient de se poser est celle de savoir si le critère litigieux est un critère admissible au regard des conditions fixées par la jurisprudence nationale et internationale, eu égard au fait que Votre contrôle se limite à vérifier l'existence ou non d'une erreur manifeste d'appréciation dans le choix du critère retenu.

En l'espèce, en déterminant, comme critère de sélection relatif à la capacité technique des firmes, que les candidats produisent une liste de 100 systèmes d'armes téléopérés (SPS) livrées au cours des trois dernières années, le pouvoir adjudicateur entendait non seulement vérifier que les candidats disposaient bien de la capacité technique pour produire ce genre de matériel, mais aussi d'une capacité de production suffisante afin de pouvoir livrer et intégrer le nombre demandé dans le délai voulu, à savoir deux ans (voir pièce 1, page 4).

En effet, si l'on prend en compte que le marché a pour objet l'acquisition et l'intégration de 70 systèmes d'armes téléopérés (SPS) à livrer sur deux ans, cela revient à une cadence et une capacité de production de 35 SPS par an, ce qui correspond, si l'on reporte cette capacité de production sur trois ans à 105 SPS, nombre qui a été arrondi par le pouvoir adjudicateur à 100 SPS. En outre, cette capacité de production de 35 SPS ne tient même pas compte d'autres commandes similaires que les candidats auraient reçues en même temps que celle du pouvoir adjudicateur.

En soumettant une liste de 35 SPS livrés au cours des trois dernières années, la requérante démontre, sans doute, sa capacité technique à produire le système demandé, mais ce nombre ne permet pas au pouvoir adjudicateur de s'assurer que la requérante dispose bien de la capacité à produire 70 SPS sur une période de deux ans.

Le critère retenu par le pouvoir adjudicateur a donc un lien direct avec l'objet et l'exécution du marché querellé. Par ailleurs, le critère litigieux est également pertinent puisqu'il ne limite pas le jeu de la concurrence. Il ressort en effet du rapport de sélection (pièce 6) que cinq candidats ont été sélectionnés et sont en mesure de produire une preuve de la livraison de 100 SPS au cours des trois dernières années.

Dès lors, il n'est pas déraisonnable, et certainement pas manifestement déraisonnable, que le pouvoir adjudicateur se fasse produire la liste des principales livraisons de 100 Self-protection Systems ayant été intégrés sur un véhicule militaire effectuées au cours des trois dernières années en vue d'établir la capacité du soumissionnaire à exécuter une commande de l'importance de celle faisant l'objet du marché litigieux et dans les délais voulus par le pouvoir adjudicateur."

#### IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

##### A. Recevabilité du moyen

La requérante disposerait de l'intérêt requis au moyen même si elle ne démontrait pas, de la manière prescrite, qu'elle répondait à l'exigence de sélection qualitative litigieuse. En effet, si cette exigence était illégale, la partie adverse ne pourrait refuser de sélectionner la requérante parce qu'elle n'y satisferait pas, ni, a

fortiori, en raison du fait qu'elle ne démontrerait pas, de la façon voulue, qu'elle remplirait cette exigence. Le moyen est donc recevable.

#### B. Sérieux du moyen

Le marché concerné a pour objet l'acquisition et l'intégration de septante systèmes d'armes téléopérés (SPS), à livrer sur deux ans. Comme le relève la partie adverse, la fourniture de septante de ces systèmes, au cours de cette période, implique que l'attributaire ait la capacité technique d'en produire au moins trente cinq par an, ce qui correspond approximativement à une production de cent systèmes sur trois ans.

En exigeant que les candidats fournissent "la liste des principales livraisons de Self-protection Systems ayant été intégrés sur un véhicule militaire effectuées au cours des trois dernières années, indiquant par contrat [...] le nombre produit" et que ce "nombre [comporte] au moins [...] 100 systèmes d'arme", la partie adverse a donc choisi un critère ayant un lien direct, proportionné et pertinent avec l'objet du marché.

Cette exigence, permise par l'article 73 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, offrait en effet à la partie adverse la possibilité de s'assurer non seulement de la capacité technique des candidats à lui procurer ces systèmes mais également de leur capacité technique à lui en fournir le nombre demandé dans le délai prescrit.

Enfin, la limitation de la concurrence, dénoncée par la requérante, n'apparaît pas due à l'exigence litigieuse mais à la spécificité de ces systèmes d'armement et au nombre restreint d'entreprises capables d'en fournir le nombre dont la partie adverse a besoin dans un délai de deux ans.

#### V. CONFIDENTIALITE DES CANDIDATURES

Les candidatures transmises à la partie adverse dans le cadre du marché public litigieux peuvent être soustraites, à ce stade, à la consultation des parties, en application de l'article 17 de l'arrêté royal du 24 janvier 2012 fixant l'entrée en vigueur de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, ainsi que les règles relatives à la motivation, à l'information et aux voies de recours concernant ces marchés, sans que ne soient affectées la régularité de la procédure ou les exigences du procès équitable, et ce sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat sur la nécessité éventuelle de les porter à la connaissance des parties à un autre stade de la procédure.

Dès lors que la requérante ne conteste pas que les entreprises sélectionnées ont démontré légalement qu'elles répondaient aux exigences prescrites par la partie adverse, ces pièces ne sont pas nécessaires, à ce stade, à la solution du litige.

**PAR CES MOTIFS,  
D E C I D E :**

**Article 1<sup>er</sup>.**

Les candidatures transmises à la partie adverse dans le cadre du marché public litigieux sont soustraites, à ce stade, à la consultation des parties.

**Article 2.**

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

**Article 3.**

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

**Article 4.**

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI<sup>e</sup> chambre, le vingt-sept septembre deux mille douze par :

|                  |                                    |
|------------------|------------------------------------|
| MM. Yves HOUYET, | Conseiller d'Etat, Président f.f., |
| Vincent DURIEUX, | Greffier.                          |

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Yves HOUYET.