

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 222.318 du 30 janvier 2013

G./A.207.406/VI-19.842

En cause : **la société anonyme de droit français OCEA,**

ayant élu domicile chez
Mes Frank JUDO et
Natasha NOLET de BRAUWERE, avocats,
boulevard de l'Empereur, n° 3,
1000 Bruxelles,

contre :

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

Partie intervenante :

**la société par actions simplifiées de droit français
SOCIETE DE CONSTRUCTIONS, DE REPARATIONS
NAVALES ET DE MECANIQUE**, en abrégé SOCARENAM,

ayant élu domicile chez
Me Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories, n° 2,
4020 Liège.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 24 décembre 2012, la société anonyme de droit français OCEA sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

- la décision prise le 7 décembre 2012 par le Ministre de la Défense attribuant le marché public de fournitures relatif à l'acquisition de deux patrouilleurs (Ready Duty Ships) pour la Composante marine à la société SOCARENAM,
- la décision implicite du 7 décembre 2012 du Ministre de la Défense par laquelle le même marché public de fournitures n'a pas été attribué à la société OCEA.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 27 décembre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 22 janvier 2013 à 10 heures 30.

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

La société par actions simplifiées de droit français SOCIETE DE CONSTRUCTIONS, DE REPARATIONS NAVALES ET DE MECANIQUE, en abrégé SOCARENAM a, par une requête introduite le 15 janvier 2013, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Mes Frank JUDO et Natasha NOLET de BRAUWERE, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M. Valéry DE SAEDELEER, capitaine-commandant, comparaissant pour la partie adverse, et Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, 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. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 15 janvier 2013, la société par actions simplifiées de droit français SOCIETE DE CONSTRUCTIONS, DE REPARATIONS NAVALES ET DE MECANIQUE, en abrégé SOCARENAM demande à intervenir dans la procédure en référé.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

IV. EXPOSE DES FAITS

IV. 1. Le marché en cause est un marché de fournitures portant sur l'acquisition de deux patrouilleurs (Ready Duty Ship) pour la Composante marine belge.

IV. 2. La procédure choisie pour la passation de ce marché est la procédure négociée avec publicité.

Un appel à candidature a été publié au Bulletin des adjudications le 12 juillet 2012 ainsi qu'au Supplément au Journal officiel de l'union européenne le 14 juillet 2012.

IV. 3. Sept soumissionnaires ont été sélectionnés parmi les neuf demandes de participation reçues par la partie adverse.

IV. 4. Le cahier spécial des charges, portant les références MRMP-N/P12ZPOOZ, a été envoyé aux firmes sélectionnées le 3 septembre 2012.

IV. 5. Le 23 octobre 2012, six offres sont réceptionnées, dont celle de la requérante et de la partie intervenante.

IV. 6. Un rapport d'attribution, établi le 12 novembre 2012, propose d'attribuer le marché à l'offre régulière la plus avantageuse, soit celle de la société SOCARENAM.

IV. 7. Le conseil des ministres approuve cette proposition le 7 décembre 2012 et, le même jour, le Ministre de la Défense adopte une décision motivée d'attribution du marché de fournitures pour l'acquisition de deux patrouilleurs pour la Composante marine belge à la société SOCARENAM.

Il s'agit de la décision attaquée.

Cette décision est notifiée à la partie requérante le 10 décembre 2012.

V. MOYEN UNIQUE

La requérante soulève un moyen unique pris "de la violation du cahier spécial des charges relatif à l'acquisition de deux patrouilleurs (Ready Duty Ship), de l'annexe F «modalités pour l'évaluation» du cahier spécial des charges, de l'annexe C «spécifications opérationnelles et techniques» du cahier spécial des charges, des principes d'égalité et de non-discrimination tels que contenus aux articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 2 et 3 de loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'article 90 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."

En substance, la requérante expose que la décision motivée d'attribution du 7 décembre 2012 et le tableau d'évaluation global annexé à cette décision motivée comportent des erreurs dans l'évaluation de son offre, que l'interprétation faite par le pouvoir adjudicateur des incohérences contenues dans les documents du marché ont été interprétées en sa défaveur alors que les offres des soumissionnaires doivent être évaluées en respectant l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, que l'article 90 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 précité impose d'interpréter les contradictions entre les documents du marché en faveur du soumissionnaire et que les critères d'attribution ne peuvent être interprétés de façon différente.

V. 1. Première branche

A. Thèse des parties

1. Requête

Dans une première branche, la partie requérante expose que deux valeurs différentes de notation apparaissent dans les documents du marché pour ce qui concerne le critère du nombre de personnes par cabine, étant 1,38 dans l'annexe F et 1,83 dans le tableau d'évaluation de cette même annexe, qu'elle a tenu compte du chiffre 1,83, qu'elle devait obtenir 10/10 pour ce critère, que le nombre de cabines de son patrouilleur est de 12, qu'en divisant 22, soit le nombre de membres de l'équipage hors cabines imposées, par 12, elle obtient 1,83, ce qui lui confère 10/10 (et non 4,89) et la place devant la partie intervenante.

2. Requête en intervention

La partie intervenante observe que, en tant qu'il invoque l'existence d'une discordance dans les documents du marché, le moyen est sans pertinence dès lors que la partie requérante soutient s'être basée sur le nombre de 1,83 pour établir son offre, que SOCARENAM a agi de même, que l'évaluation des différentes offres a été réalisée sur base d'un calcul ne tenant compte que du nombre 1,83, que la discordance relevée dans les documents du marché n'a emporté aucune conséquence sur les évaluations, que la requérante n'a donc pas intérêt à élever une telle critique. La partie intervenante poursuit en indiquant que, en tant qu'il invoque l'établissement d'une cotation contraire aux exigences du cahier spécial des charges, le moyen est sans fondement, que, pour apprécier "le nombre de personnes par cabine le plus bas possible", la méthode de cotation suivante a été annoncée clairement, que la seule lecture possible du cahier spécial des charges est de comptabiliser le nombre de cabines dédiées aux vingt-deux membres d'équipage "sans tenir compte des 2 cabines

d'une personne et des 3 cabines de 2 personnes" affectées aux huit autres membres, ainsi que le mentionne expressément la spécification C1-353, laquelle doit être prise en considération. La partie intervenante fait valoir que la requérante propose douze cabines, incluant les cinq cabines obligatoires imposées par ailleurs, que c'est donc à tort que la requérante estime que le critère doit se déterminer en divisant 22 (nombre de membres d'équipage auxquels les cabines sont dédiées) par 12 (soit le nombre total de cabines du navire), au lieu 7 (le nombre de cabines permettant d'accueillir les vingt-deux membres d'équipage), que, contrairement à ce que soutient la requérante, l'évaluation de ce critère selon sa méthode erronée n'aboutit pas à une inversion du classement, SOCARENAM offrant un nombre de cabines supérieur au sien (SOCARENAM offre treize cabines au total, soit huit cabines affectées aux vingt-deux membres d'équipage alors qu'OCEA propose sept cabines).

B. Décision du Conseil d'Etat

A la suite des explications de la partie adverse appuyées des calculs contenus dans la note d'observations, il apparaît clairement que les services de la partie adverse ont retenu le chiffre de 1,83 comme fourchette haute de l'évaluation de ce critère d'attribution, c'est-à-dire, celui permettant d'obtenir la notation maximale après interpolation linéaire, soit 10/10.

L'argumentation de la partie requérante à propos de l'interprétation à donner aux clauses du cahier spécial des charges peut donc être écartée.

Sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur l'intérêt de la partie requérante à la première branche de son moyen unique, la lecture des clauses du cahier spécial des charges permet de comprendre aisément que le nombre de vingt-deux doit être divisé par le nombre de cabines disponibles pour ces vingt-deux marins, les autres membres de l'équipage étant répartis dans les cinq cabines obligatoires (deux cabines d'une personne et trois cabines de deux personnes). Procéder autrement reviendrait à diviser vingt-deux par le nombre total de cabines du patrouilleur, ce qui n'a pas de portée au regard du critère en question car les vingt-deux personnes ne sont pas réparties sur l'ensemble des cabines mais bien sur les cabines non déjà affectées.

Du reste, la clause C1-353, qui sert de fondement au calcul querellé, est rédigée comme suit : "Un nombre de personnes par cabine le plus bas possible, avec priorité pour l'équipage de base et sans tenir compte des 2 cabines d'une personne et des 3 cabines de 2 personnes, aura la préférence de l'Administration". Intégrer ces cinq cabines affectées dans le diviseur de 22 revient à nier cette clause.

La première branche du moyen unique n'est pas sérieuse.

V. 2. Deuxième branche

A. Thèses des parties

1. Requête

La partie requérante expose, dans la deuxième branche de son moyen unique, que, pour ce qui concerne le critère de la "vitesse maximale par état de mer 4", deux interprétations des documents du marché sont possibles car ils ne précisent pas si la vitesse maximale par état de mer 4 est une vitesse moyenne devant pouvoir être tenue pendant quatre heures au moins ou s'il s'agit de la vitesse minimum qui doit pouvoir être atteinte lors de ces quatre heures, qu'elle a de forts doutes que l'interprétation de ce critère ait été différente selon les soumissionnaires, que la vitesse maximale de ses patrouilleurs est la vitesse instantanée à nonante pour cent du "Maximum Continuous Rating", en abrégé M.C.R., que son offre technique indique en effet 20 noeuds, que la partie adverse semble avoir pris en compte la vitesse moyenne pendant quatre heures à nonante pour cent du M.C.R., que la lecture de l'annexe C indique que l'autorité adjudicatrice requiert uniquement qu'une certaine vitesse puisse être atteinte pendant quatre heures, que, dans son interprétation, la vitesse de ses patrouilleurs est de 20,5 noeuds, ce qui lui confère trois points au lieu de zéro et la place en première position.

2. Requête en intervention

La partie requérante observe que toutes et chacune des allégations de la requérante sont dénuées de fondement, que le critère "vitesse maximale par mer 4" est clair, qu'il est impossible de suivre la requérante et de considérer qu'une telle exigence peut se lire comme une vitesse "moyenne", que, selon une règle usuelle, un texte clair ne s'interprète pas, que la requérante allègue, mais ne justifie pas, que la vitesse maximum du navire proposé est de 20,5 noeuds, que le cahier spécial des charges impose au soumissionnaire de démontrer, calculs à l'appui, la vitesse maximale du navire par mer 4, qu'après avoir proposé, dans son offre, une vitesse maximale de 20 noeuds, la requérante affirme dans sa requête que cette vitesse est de 20,5 noeuds, que l'existence d'une vitesse de 20,5 noeuds, jaillie du néant, constitue dans son chef, une pure allégation, qu'au demeurant, l'intervenante n'aperçoit pas comment une vitesse moyenne que la requérante dit maintenant être de 20,5 noeuds, pourrait être supérieure à une vitesse maximale laquelle reste, selon sa requête, fixée à 20 noeuds, qu'à supposer qu'une telle démonstration soit administrée, la partie requérante n'établit pas à la suite de quelle disposition ou principe visé au moyen la

partie adverse aurait dû tenir compte d'une vitesse qui n'était pas annoncée dans son offre, que la procédure d'extrême urgence mise en oeuvre par la requérante implique une démonstration qui est de l'ordre du manifeste, que la requérante se fonde sur de pures supputations et de pures conjonctures, qui ne reposent sur aucun élément et sont au contraire démenties par le dossier administratif.

B. Décision du Conseil d'Etat

La partie requérante n'indique aucun passage des documents du marché visant une vitesse moyenne et non une vitesse maximale. L'ensemble des références aux documents du marché faites par la partie adverse et par la partie intervenante vise la notion de vitesse maximale.

L'interprétation du point C1-115 du cahier spécial des charges proposée par la partie requérante est inconciliable avec les termes de celui-ci qui disposent que la vitesse maximale sera d'au moins 20 noeuds et devra pouvoir être atteinte par mer 4 durant au moins quatre heures consécutives.

L'offre de la partie requérante mentionne une vitesse maximale de 20 noeuds, ce qui lui vaut une notation de 0 pour ce critère.

On n'aperçoit pas pourquoi la partie requérante fait valoir une vitesse de 20,5 noeuds ni surtout comment, à l'examen de son offre, l'autorité adjudicatrice pouvait substituer à la vitesse de 20 noeuds, celle de 20,5 noeuds.

La deuxième branche du moyen unique n'est pas sérieuse.

V. 3. Troisième branche

A. Thèse des parties

1. Requête

La partie requérante expose dans la troisième branche de son moyen unique que, pour ce qui concerne la visibilité depuis la passerelle, elle a indiqué 262°, que cet angle tient compte de l'obstruction des montants des fenêtres de la passerelle, que l'angle est de 298° sans prise en compte des montants, qu'un montant obstrue de 2 à 3°, qu'une passerelle qui offre une visibilité de 360° nécessite des montants de fenêtre, que, pour 7,4 mètres de passerelle, il faut environ 28 montants de fenêtre, qu'il est impossible d'obtenir 10/10 pour ce critère comme l'a fait l'offre de l'attributaire, que la notation du critère devait tenir compte d'un angle de visibilité de

298°, sous peine de violer l'égalité des soumissionnaires, que l'égalité des soumissionnaires est violée selon que l'autorité adjudicatrice tient compte des angles obstrués ou non, qu'il fallait tenir compte du champ de vision libre vers l'extérieur sans obstruction, que les points attribués à son offre auraient dû être de 7,25 et non de 2,75 et que cela la place en première position.

2. Requête en intervention

La partie requérante observe que le cahier spécial des charges exposait (qu') "Une passerelle qui permet une visibilité vers l'extérieur sur un horizon le plus large possible aura la préférence de l'Administration", que le moyen, en cette branche, repose tout entier sur l'affirmation de la partie requérante, selon laquelle la timonerie du navire décrit dans le cahier spécial des charges exige vingt-huit montants pour les fenêtres de la timonerie, que cette affirmation, qui ne repose sur aucun élément, est inexacte, que SOCARENAM a proposé une timonerie comportant seize montants de fenêtres et qu'il en résulte que le moyen, en cette branche, manque en fait.

B. Décision du Conseil d'Etat

Il n'est pas querellé que la partie requérante a proposé une passerelle d'où la visibilité atteignait 262°. La partie intervenante a proposé, quant à elle, un angle de vision de 325°.

L'affirmation de la partie requérante selon laquelle une timonerie de 7,4 mètres environ nécessiterait 28 montants de fenêtre ne repose sur aucun élément déposé en annexe au dossier de la requérante et est démentie par, d'une part, l'offre de SOCARENAM et, d'autre part, par les offres des autres soumissionnaires.

Il n'est pas nécessaire d'examiner l'argumentation relative à l'intérêt à la branche dès lors que celle-ci ne présente pas le caractère sérieux requis.

La troisième branche du moyen unique n'est pas sérieuse.

V. 4. Quatrième branche

A. Thèse des parties

1. Requête

La partie requérante expose, dans la quatrième branche de son moyen unique, que, pour ce qui concerne les angles de roulis, elle a indiqué un angle de

16,54°, qu'il semble que la partie adverse n'a pas tenu compte de la réduction de cet angle par le système de stabilisation active dont est équipé son patrouilleur et qui permet une réduction de 40 % des angles de roulis, que le nombre de 16,54° devait dès lors être ramené à 9,92° et que ce résultat conduit à revoir la note attribuée pour ce critère.

2. Requête en intervention

La partie intervenante expose que le cahier spécial des charges comporte les spécifications suivantes : "Le confort de l'équipage et la mise en oeuvre du navire seront garanties en limitant les accélérations et les angles de roulis du navire", "Les patrouilleurs seront équipés d'un système de stabilisation. Le système de stabilisation devra pouvoir fonctionner à des vitesses allant de 2 noeuds jusqu'au moins 6 noeuds. Les angles de roulis significatifs diminueront d'au moins 40 % à l'aide du système de stabilisation et ce pour une vitesse en avant de 6 noeuds et une hauteur de vague significative de 2 mètres", qu'il appartenait dès lors à la requérante de tenir compte du système de stabilisation imposé lorsqu'elle a indiqué elle-même la valeur des angles de roulis du navire proposé, que la requérante est mal fondée de reprocher à la partie adverse d'avoir commis une erreur, alors que l'erreur si elle existe, est exclusivement de son fait, que l'angle de roulis du navire SOCARENAM étant de 7,07°, son offre est, en toute hypothèse, mieux classée que celle de la requérante, celle-ci affichant une valeur de 9,92° et que la valeur du critère mis en cause à l'occasion de la quatrième branche du moyen unique est de 1,2 points de manière telle que la critique de la requérante est sans pertinence sur le classement final.

B. Décision du Conseil d'Etat

La partie requérante n'indique pas l'influence qu'aurait une éventuelle erreur de calcul sur le classement des offres. A défaut d'établir cette influence, on n'aperçoit pas l'intérêt de la requérante à la quatrième branche qui, comme l'indiquent les parties adverse et intervenante, porte sur un critère représentant 1,2 points sur 100 alors que la différence au total de l'évaluation est de 1,33 points.

La quatrième branche n'est pas recevable.

VI. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

Les parties adverses et intervenantes sollicitent que les offres déposées à l'occasion de l'examen par le Conseil d'Etat du présent recours soient soustraites à la consultation des parties.

Rien ne s'oppose, à ce stade de la procédure, à ce que la confidentialité des offres soit sauvegardée.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société par actions simplifiées de droit français SOCIETE DE CONSTRUCTIONS, DE REPARATIONS NAVALES ET DE MECANIQUE, en abrégé SOCARENAM, dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

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

Article 4.

Les offres des différents soumissionnaires déposées dans les cadre de ce recours sont, à ce stade de la procédure, soustraites à la connaissance des parties.

Article 5.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

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

M ^{mes} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.