

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o 240.700 du 9 février 2018

A.224.185/VI-21.160

En cause : **la société SA ASTILLEROS GONDAN,**

ayant élu domicile chez
M^e Nele VERCRUYSE, avocat,
Beneluxpark 15
8500 Kortrijk,

contre :

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

Requérante en intervention :

**la société anonyme de droit espagnol CONSTRUCCIONES
NAVALES P. FREIRE,**

ayant élu domicile chez
M^e Ciska SERVAIS, avocat,
posthofbrug 6
2600 Anvers.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 8 janvier 2018, la société SA ASTILLEROS GONDAN sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du Ministère de Défense, sans date, incluant l'attribution du marché pour l'acquisition d'un nouveau navire de recherche océanographique (RV) pour le Service Public de Programmation Politique Scientifique à Freire Shipyard selon le cahier des charges CSCh MRMP-N/P N°17NP002".

II. Procédure

Par une ordonnance du 9 janvier 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 30 janvier 2018 à 10 heures 30.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une requête introduite le 26 janvier 2018, la société anonyme de droit espagnol CONSTRUCCIONES NAVALES P. FREIRE demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Les droits visés à l'article 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.

M. David DE ROY, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Nele VERCRUYSE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M. Mathieu FONTAINE, lieutenant, Pierre DE BLOCK et Bjorn VANHUYSSE, capitaines, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Stéphane VAN MOORLEGHEM, Iwein MOORKENS et Philippe VAN WESEMAEL, *loco* M^e Ciska SERVAIS avocat, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Nathalie VAN LAER, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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 à l'examen de la demande

1. Des avis publiés au Bulletin des adjudications, le 12 juin 2017 (réf. BDA-2017-518360), et au supplément au Journal officiel de l'Union européenne, le 16 juin 2017 (réf. 2017/S 114-230521) annoncent la passation, par la partie adverse, d'un marché public de fournitures, référencé 17NP002, ayant pour objet "l'acquisition d'un nouveau navire de recherche océanographique (RV) pour le Service Public de Programmation Politique scientifique " est publié dans le Bulletin des Adjudications.

Le mode de passation retenu est l'appel d'offres ouvert.

2. Ainsi que cela ressort du point 4 du cahier spécial des charges, l'un des critères retenus pour apprécier la capacité technique des soumissionnaires est libellé comme suit:

" Capacités techniques – liste des principales livraisons effectuées au cours des trois dernières années

Au cours des trois dernières années (2014-2015-2016), le candidat a fait au moins une fois fonction de contractant principal dans le cadre de la conception, la construction et la réception d'un navire de services spécialisés (notation de classe SPS – Special Purpose Ship) avec une longueur minimale de 65 mètres.

Il démontrera ceci après [sic] du Pouvoir Adjudicateur en présentant une liste des principales livraisons de navires de services spécialisés, indiquant le montant, la longueur et la date et des destinataires de droit public auxquelles elles étaient destinées. Les livraisons sont démontrées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente ou, à défaut, par une déclaration du fournisseur".

Par ailleurs, le point 7 de ce même cahier spécial des charges identifie et pondère comme suit les critères d'attribution du marché:

"

Rang 1		Rang 2	
PRIX	40	Prix d'achat	20
		Life Cycle Cost	20
		Consultants indépendants	18
TECHNIQUE	53	Caractéristiques hydrodynamiques	10
		Choix des matériaux de la plateforme	5
		Installation d'énergie électrique	8
		Efficacité électrique	4
LOGISTIQUE	7	Senseurs, systèmes de communication et de navigation	3
		Architecture générale	5
		Période de garantie	7

".

3. Le 22 septembre 2017, lors de la séance d'ouverture des offres, 7 offres sont reçues, dont celles de la requérante et de l'intervenante.

4. Un rapport d'attribution des offres établi le 8 novembre 2017 propose d'attribuer le marché à la société FREIRE SHIPYARD [lire SA CONSTRUCCIONES NAVALES P. FREIRE].

Par une décision non datée, mais communiquée à la requérante par un courrier et un courriel du 22 décembre 2017, la partie adverse attribue le marché litigieux à la société SA CONSTRUCCIONES NAVALES P. FREIRE. Il s'agit de l'acte attaqué. Le motif de cet acte sur lequel repose plus particulièrement la décision de la partie adverse que ce soumissionnaire satisfait au critère de capacité technique cité au point 1 du présent exposé des faits, est libellé comme suit:

" Le soumissionnaire à, conforme [sic] à l'Art 71, 3° de l'AR1 remis une liste des fournitures principales qui ont été livrées lors des trois dernières années (2014, 2015, 2016). La liste satisfait aux exigences minimales c.à.d. la conception, la construction et la réception d'un navire de services spécialisés (notation de classe SPS – Special Purpose Ship) avec une longueur minimale de 65m".

IV. Intervention

Par une requête introduite le 26 janvier 2018, la société SA CONSTRUCCIONES NAVALES P. FREIRE demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

V. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de son offre qu'elle dépose, celle-ci étant la pièce n° 4 de son dossier.

La partie adverse dépose sept pièces inventoriées comme confidentielles, à savoir les offres de la requérante et de l'intervenante (pièces n^{os} 1 et 2), les clarifications apportées par chacune d'entre elles (pièces n^{os} 3 et 4), un document contenant la rectification d'une erreur matérielle commise par la requérante (pièce n° 5), le "Rapport d'évaluation technico-opérationnel et logistique" (pièce n°6) et le "Rapport d'attribution" (pièce n° 7).

L'intervenante dépose également la pièce n° 4 de son dossier à titre confidentiel et demande, par ailleurs, que soit maintenue la confidentialité de son offre déposée par la partie adverse.

Au terme des débats tenus en la présente cause, il apparaît que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige. Il y a donc lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

Ceci n'empêche pas de constater qu'à l'audience du 30 janvier 2018, l'un des représentants de la partie adverse s'est expressément référé à l'une des données contenues dans le rapport d'attribution, à savoir, dans le tableau récapitulatif d'examen de la capacité des soumissionnaires, la mention – figurant au regard de l'exigence de fourniture d'au moins un navire de services spécialisés d'une longueur minimale de 65 mètres au cours des années 2014, 2015 et 2016 – selon laquelle l'intervenante satisfait à cette exigence, mention assortie de la précision selon laquelle le navire pris en considération a été construit en 2016 ("OK gebouwd in 2016").

VI. Premier moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 4 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et de l'article 32 de la Constitution coordonnée. Elle le formule comme suit:

- " Il ressort de la jurisprudence que pour satisfaire aux dispositions des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs la motivation dans la décision doit mentionner les considérations en droit et en fait qui ont présidé à la décision d'attribution du marché.

Ceci implique que cette motivation:

«- doit figurer dans ou en annexe de la décision d'attribution. Ainsi, "afin d'apprécier la légalité de l'acte attaqué au regard de la loi du 29 juillet 1991 précitée, il y a lieu de n'avoir égard qu'aux motifs exprimés dans l'acte lui-même ; que des développements relatifs à des critères d'attribution du marché ou à des qualités de telle ou telle offre, contenus dans les écrits de procédure, constituent une motivation a posteriori de l'acte attaqué et ne peuvent être retenus";

- doit être suffisante de manière à permettre à la personne intéressée de comprendre les motifs pour lesquels son offre n'a pas été retenue, de comprendre les raisons concrètes de la désignation de l'offre jugée la plus intéressante (et notamment dans quelle mesure ont été pris en compte les critères d'attribution) et d'évaluer dûment s'il est sensé de s'opposer à la décision avec tous les moyens que le droit met à sa disposition ;

- doit être pertinente mais peut être sommaire et ne doit pas nécessairement exposer les motifs des motifs;

- peut être faite "par renvoi" mais n'est acceptable que si les pièces auxquelles il est ainsi renvoyé sont elles-mêmes communiquées à la partie concernée et le renvoi à des pièces du dossier interne auquel une partie requérante n'a pas accès ne répond pas à l'obligation de motivation formelle;

- doit résulter d'un examen minutieux et circonstancié des mérites respectifs des offres, spécialement par rapport aux critères fixés dans le cahier spécial des charges».

[...]

La motivation comme légalement prévue est essentielle pour le respect de la protection juridique des soumissionnaires qui ne se voient pas attribuer le

marché.

Le principe de transparence a pour but de garantir la concurrence et le contrôle réel du respect des principes de non-discrimination et de l'égalité des soumissionnaires.

La Cour de Justice Européenne a à plusieurs reprises confirmé l'importance du respect de ce principe de transparence. La requérante cite à ce sujet d'un arrêt C-260/04 du 13.9.2007 -point 24:

«A cet égard, les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité impliquent, notamment, une obligation de transparence qui permet à l'autorité publique concédante de s'assurer que ces principes sont respectés. Cette obligation de transparence qui incombe à ladite autorité consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication» (...).

Cette obligation de transparence impose au pouvoir adjudicateur non seulement une obligation de publication correcte du marché, mais également une obligation de donner toute information utile concernant la procédure appliquée et concernant la décision prise suite à cette procédure de sorte qu'un contrôle utile relative aux principes de l'égalité et de non-discrimination soit possible, sans quoi le respect de la protection juridique des soumissionnaires non retenus devient impossible.

En l'occurrence il s'avère que la décision d'adjudication sans date mais transmise par courrier du 22.12.2017 n'est pas motivée.

Tout contrôle reste puisqu'à ce jour impossible pour la requérante. En ce qui concerne les critères de sélection il est impossible de contrôler si l'adjudicataire possède les références comme demandées dans le cahier des charges. En ce qui concerne les critères d'attribution il est impossible de vérifier si la cotation que l'adjudicataire a reçue par le (sub)critère prix pour « Life Cycle Cost » est correcte.

La requérante reprend les passages de cette décision qui ne laissent aucun doute à ce sujet:

- Pour la vérification du critère de sélection qualitative «capacité technique et professionnelle» du soumissionnaire

(d) FREIRE Shipyard

(i) Analyse

Le soumissionnaire satisfait à la norme de qualité imposée, conforme Art 71, 1° de l'AR1.

Le soumissionnaire à, conforme à l'Art 71, 3° de l'AR1 remis une liste des fournitures principales qui ont été livrées lors des trois dernières années (2014-2015-2016). La liste satisfait aux exigences minimales c.à.d. la conception, la construction et la réception d'un navire de services spécialisés (notation de classe SPS – Special Purpose Ship) avec une longueur minimale de 65m.

Le soumissionnaire satisfait à la capacité technique dans le domaine des titres d'études et professionnels, conforme l'Art 72, 3 de l'AR1.

(ii) Conclusion

Le soumissionnaire satisfait aux critères de sélection concernant la capacité

technique.

- Pour l'évaluation du critère d'attribution prix pour le « Life Cycle Cost »

(3) Prix

Classement en ordre décroissant

Soumissionnaires	*V _{AP}	*V _{LCC}	*V _P	Classement
FREIRE	10,10/20	12,15/20	22,25/40	1
GONDAN	9,90/20	7,85/20	17,75/40	2

*V_{AP} = Points obtenus pour les critères «Prix d'achat»

*V_{LCC} = Points obtenus pour les critères «Life Cycle Cost»

*V_P = Total des points obtenus pour les critères PRIX ($V_P = V_{AP} + V_{LCC}$).

Il ne peut sérieusement être contesté que la décision d'adjudication attaquée ni le rapport de vérification des offres ne permettent à la requérante de vérifier si l'adjudicataire satisfait effectivement aux critères d'exclusion, ni si dans l'offre de l'adjudicataire les critères d'attribution ont correctement été évalués.

La décision attaquée se limite pour la sélection à confirmer que l'offre Freire Shipyard a remis une liste des fournitures principales qui ont été livrées lors des trois dernières années (2014-2015-2016). La liste satisfait aux exigences minimales c.à.d. la conception, la construction et la réception d'un navire de services spécialisés (notation de classe SPS- Spécial Purpose Ship) avec une longueur minimale de 65m.

En ce qui concerne l'évaluation du critère « Life Cycle Cost » l'adjudication attaqué fait uniquement notion de la quotation, de points pour ce critère sans aucune motivation.

Confronté avec cette impossibilité de s'assurer que son offre a correctement été traité la requérante a par courrier du 29.12.2017 demandé des explications, des informations complémentaires au pouvoir adjudicataire.

Le pouvoir adjudicateur a par courrier du 3.12.2018 répondu à cette demande d'information de la requérante.

Dans ce courrier le pouvoir adjudicataire confirme tout simplement que Freire Shipyard démontre suffisamment qu'il satisfait aux critères de sélection mais le pouvoir adjudicateur n'ajoute aucun document produit par Freire Shipyard à ce sujet quoiqu'il s'agit d'information objective. La vérification si les principes d'égalité et de non-discrimination sont respectés reste impossible.

Pour l'information demandée au sujet de l'évaluation du critère d'attribution du prix et notamment le prix pour le « Life Cycle Cost » le pouvoir adjudicataire confirme [que] la décision est correcte et est basée sur l'information donnée par Freire Shipyard mais refuse de donner le rapport de la commission parce qu'il est d'avis qu'il s'agirait d'un «document classifié qui ne peut être divulgué».

Le principe de « transparence de l'administration » comme prévu dans l'art. 32 de la Constitution concerne toute information, quelle qu'en soit la forme, dont dispose l'administration. Le principe est la transparence donc le droit de la requérante de prendre connaissance de chaque document dont dispose le pouvoir adjudicateur et sur lequel il a basé sa décision.

Les exceptions sur ce droit de prendre connaissance des documents du dossier administratif doivent être interprétées restrictivement et concernent essentiellement l'intérêt public et l'information confidentielle. Il est accepté en jurisprudence que tout document relatif à la sélection qualitative peut être

considérée comme non-confidentielle puisque ces documents ne sont pas en état de nuire aux intérêts économiques du soumissionnaire. Cette jurisprudence, notamment de Mr Carlos Dewolf, est d'avis que tous les éléments dans l'offre même ceux relatifs aux prix, aux prix unitaires et prix totaux ne peuvent être considérés comme confidentiels, même pas dans une procédure d'adjudication où le prix est le seul critère. (...)

Le refus du pouvoir adjudicataire [*sic*] de donner plus d'information et de pièces produites par Freire Shipyard en ce qui concerne la sélection de ce soumissionnaire est inacceptable et nuit aux droits juridiques de la requérante, aux principes essentiels, en matière de marchés publics et notamment aux principes de transparence, de l'égalité des soumissionnaires et de non-discrimination.

Il est évident que le pouvoir adjudicataire ne peut se cacher derrière la confidentialité de l'offre pour échapper à son devoir de motivation. En ce qui concerne la cotation de l'offre de l'adjudicataire pour le critère d'attribution « Life Cycle Cost » la requérante renvoie à la jurisprudence qui confirme que les décisions dépourvues de toute motivation sont inacceptables, illégales:

[...]

«Ainsi, à titre d'exemple, le cas de cette commune que, attribuant un marché de fournitures de mobilier scolaire pour ses écoles et son académie de musique en 14 lots, avait limité sa motivation à un tableau constitué en abscisses des critères d'attribution et en ordonnées des offres en présence ou chaque offre se voyait pour chaque critère simplement créditée de "+" ou de "-" sans autre motivation. La carence d'une telle motivation ne demande guère de longue démonstration puisque mise à part celui qui a analysé les offres en regard des critères d'attribution et a sanctionné ainsi les réponses des soumissionnaires, personne – et certainement pas l'autorité de tutelle voire le juge – ne peut comprendre les motifs ayant conduit la cotation. Une telle motivation s'avère totalement incompréhensible et doit être considérée pratiquement comme inexistante.

Ce faisant, l'avis de la tutelle régionale suivait celui de Conseil d'Etat qui jugea insuffisant la motivation de l'attribution d'un marché pour le nettoyage de bâtiments (pour laquelle le cahier spécial des charges avait fixé six critères d'attribution pondérés) qui consistait et un simple tableau récapitulatif des points octroyés sans aucune précision quant à la manière dont ils avaient été attribués. Le Conseil d'Etat considéra en effet qu' "il apparaît certes combien de points chaque offre a reçus pour chaque critère, mais aucun élément n'y est repris concernant les bons et les mauvais [*sic*] côtés des offres justifiant les plus ou les moins bons scores, sauf en ce qui concerne le prix. La requérante ne pouvait de ce fait pas déduire pour cinq critères sur la base de quels éléments de faits l'offre choisie a reçu plus de points que la sienne. Ces éléments n'apparaissent pas non plus du dossier administratif".

Une évaluation des offres sur la base de critères pondérés ne peut se limiter à un classement par le simple moyen d'attribution de points. La commune de Gooik défendit à tort devant le Conseil d'Etat la thèse selon laquelle une attribution de points peut se suffire en elle-même comme technique d'évaluation. Le Conseil d'Etat considéra que lorsque le pouvoir adjudicateur attribue des cotations pour les réponses apportées par les soumissionnaires aux critères énoncés dans les conditions du marché sans autre motivation, il s'ensuit l'impossibilité mis à part pour l'évaluateur lui-même, de vérifier en quoi telle offre a davantage de mérite que telle autre et dès lors d'examiner si les cotations ainsi attribuer s'appuient sur des motifs recevables en fait et en droit. Une telle méthode rend possible l'arbitraire dans le chef du pouvoir adjudicateur qui évalue».

L'information que la requérante demande est manifestement de l'information objective. Le critère « Life Cycle Cost », la longueur, la largeur et la profondeur du navire sont essentielles. Maintenant la partie défenderesse ne donne aucune information et par conséquent la requérante n'est pas possible de contrôler si la décision est correcte. La requérante ne demande pas d'information confidentielle mais demande des informations qui n'est pas sensitive".

B. Note d'observations

La partie adverse répond au moyen, dans les termes suivants:

- " La partie requérante reproche en substance au travers du premier moyen le défaut de motivation de la décision attaquée qui ne lui permet pas de comprendre les raisons qui ont amené le pouvoir adjudicateur à classer l'offre de ce dernier en deuxième position.

Conformément aux articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, il importe que la décision attaquée mentionne les considérations de droit et de fait qui ont présidé à l'attribution du marché.

Cette décision est motivée à suffisance dès lors que les informations contenues dans celle-ci suffisent pour comprendre les raisons factuelles et juridiques concrètes qui ont déterminé le choix de l'autorité en faveur de l'offre retenue et qu'il lui est possible sur la base de ces informations d'intention un recours contre la décision (arrêt MBH Panasonic Marketing Europe, n° 191.247 du 10 mars 2009). Plus précisément, la partie requérante reproche au pouvoir adjudicateur d'une part de n'avoir pas suffisamment motivé le choix de sélectionner l'offre retenue, et d'autre part de n'avoir pas suffisamment motivé le critère d'attribution «Life Cycle Cost» rendant tout contrôle impossible.

En ce qui concerne la motivation relative à la sélection qualitative, il n'est pas raisonnable d'attendre d'un pouvoir adjudicateur qu'il indique chaque détail de chaque critère de sélection interprété à la lumière de chaque document reçu et qui l'amène à déterminer que telle candidature doit être ou non rejetée (arrêt, NV Aclagro, n° 227.233 du 19 avril 2011).

Dès lors, la simple mention du fait que «Le soumissionnaire à, conforme (*sic*) à l'Art 71, 3° de l'AR1 remis une liste des fournitures principales qui ont été livrées lors des trois dernières années (2014, 2015, 2016). La liste satisfait aux exigences minimales c.à.d. la conception, la construction et la réception d'un navire de services spécialisés (notation de classe SPS – *Special Purpose Ship*) avec une longueur minimale de 65m» doit être considérée comme étant une motivation adéquate.

Au regard de la motivation du critère «Life Cycle Cost», il est de jurisprudence constante que «(...) l'exigence de motivation formelle d'un acte administratif est proportionnelle au caractère discrétionnaire du pouvoir d'appréciation de l'auteur de cet acte; qu'au plus ce pouvoir est large, au plus la motivation se doit d'être précise et doit refléter et justifier les étapes du raisonnement de l'autorité; qu'ainsi, dans la matière des marchés publics, la motivation formelle de la décision d'attribution qui clôt une procédure d'adjudication consiste la plupart du temps en une simple comparaison du prix des offres régulières et sélectionnées; que dans une procédure d'appel d'offres, la motivation formelle de la décision d'attribution est fonction du caractère plus ou moins ouvert des critères d'attribution et des exigences du cahier spécial des charges; qu'en outre, chaque étape du processus que constitue une procédure de mise en concurrence doit faire l'objet d'une motivation, lorsqu'elle est significative» (voy. notam. arrêts CNIM n° 154.549 du 6 février 2006 ; Afrique-édition, n° 172.400 du 18 juin 2007 et DALKIA, n° 181.351 du 19 mars 2008).

En l'espèce, le CSCh définit la «méthode de détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse» comme suit :

«Cote attribuée pour le critère "PRIX"»

Tous les critères du PRIX (le total général des postes repris dans l'inventaire en Ann A, la consommation des moteurs de propulsion et la consommation des groupes électrogènes diesels, tous les deux calculés suivants les modalités pour le Life Cycle Cost en Ann F) de chaque offre régulière reçoivent une valeur égale au résultat de la formule suivante :

$$\text{Cote Prix} = 50\% - 100\% \times \frac{(\text{Prix} - \text{Prix Moyen})}{\text{Prix Moyen}}$$

L'annexe F du CSCh («Modalité pour l'évaluation») mentionne quant à elle, le tableau suivant :

Critère	Exigence Ann C App 1	Description	Pondération (%)
Prix d'achat	-	Prix d'achat (rubrique 3 de l'Ann A) d'un navire de recherche multidisciplinaire avec tous les accessoires conformément à l'inventaire en Ann A	20
Life Cycle Cost	C1-3023	Consommation totale de carburant	12
	C1-3027	Consommation de carburant pour le(s) groupe(s) électrogène(s) diesel en mode traction au point fixe («Bollard Pull»)	2
	C1-3027	Consommation de carburant pour le(s) groupe(s) électrogène(s) diesel en mode «DP Position Keeping»	6

La méthode d'évaluation est reprise au point 5 de l'annexe F :

5.2 Consommation totale de carburant

La consommation totale de la propulsion hybride (diesel-électrique) est déterminée selon la norme ISO 3046-1 et est donnée en fonction du profil de navigation pour chaque vitesse en transit normal (conformément à SOLAS).

La méthode de calcul, les résultats et données du fabricant de l'installation d'énergie (courbe de consommation) sont clairement mentionnées dans l'offre.

Pour les calculs, on prend toujours la vitesse la plus élevée du profil de navigation: 2.330 heures à 4 noeuds, 675 heures à 8 noeuds, 2.020 heures à 11 noeuds et 140 heures à 13 noeuds.

Pour les calculs, on tient compte des conditions environnementales suivantes :

- température extérieure: 25 °C;
- pression atmosphérique: 100 kPa;
- hygrométrie relative : 60 %;
- eaux profondes (pas d'influence des fonds marins);
- état de la mer 3 (jusqu'à la limite supérieure);
- transit normal;
- vitesse du vent: 10 m/s (vent réel et vent venant de droit devant);
- chargement complet;
- température du carburant: 15 °C – densité: 850 kg/m³.

La consommation totale de la propulsion hybride (diesel-électrique) sur un an conformément au profil de navigation est multipliée par un prix de revient de référence du carburant par litre. L'évaluation se fait en comparant, dans les différentes offres, le coût de la consommation en carburant pour une période d'un an.

Le coût total CI de l'offre I est comparé au coût moyen C_{avg} de toutes les offres.

C_{avg} est calculé pour tous les CI = valeur de référence du prix du litre de carburant (en Euro/litre)*VI moy = valeur de référence du prix du litre de carburant (en Euro/litre)*(2.330 *VI 4noeuds + 675 *VI 8noeuds + 2.020*VI 11noeuds + 140

*VI 13noeuds)/5.165

5.3 Consommation de carburant pour le(s) groupe(s) électrogène(s) diesel en mode traction au point fixe (« Bollard Pull »)

La consommation du groupe électrogène diesel est déterminée selon la norme ISO 3046-1 et en fonction du profil en charge imposé pour le groupe électrogène diesel. Pour les calculs, on tient compte des conditions environnementales suivantes:

- • température du carburant: 15 °C – densité: 850,0 kg/m³;
- • température de l'air extérieur: 25 °C;
- • pression atmosphérique: 100 kPa;
- • hygrométrie relative: 30 %.

La consommation totale du groupe électrogène diesel sur une période d'une heure en mode traction au point fixe (« Bollard Pull ») de 30 tonnes à une vitesse de 4 noeuds, par un état de la mer 4, est multipliée par un prix de revient de référence du carburant par litre. L'évaluation se fait en comparant, dans les différentes offres, le coût de la consommation en carburant pour une période d'une heure.

Le coût total CI genset de l'offre I est comparée au coût moyen Cavg genset de toutes les offres.

Le coût moyen de toutes les offres Cavg genset est calculé pour tous les CI genset = valeur de référence du prix du litre de carburant (en Euro/litre) * VI genset BollardPull

5.4 Consommation de carburant pour le(s) groupe(s) électrogène(s) diesel en mode « DP Position Keeping »

La consommation d'un groupe électrogène diesel est déterminée selon la norme ISO 3046-1 et en fonction du profil en charge imposé pour le groupe électrogène diesel.

Pour les calculs, on tient compte des conditions environnementales suivantes:

- • température du carburant: 15 °C – densité: 850,0 kg/m³;
- • température de l'air extérieur: 25 °C;
- • pression atmosphérique: 100 kPa;
- • hygrométrie relative: 30 %.

La consommation totale du (des) groupe(s) électrogène(s) diesel en mode « DP Position Keeping » dans les limites des écarts autorisés de position (cf. chapitre 1), par un état de la mer 4, un vent de travers constant de 20 noeuds et un courant transversal de 2 noeuds, est multipliée par un prix de revient de référence du carburant par litre. L'évaluation se fait en comparant, dans les différentes offres, le coût de la consommation en carburant pour une période d'une heure.

Le coût total CI genset de l'offre I est comparée au coût moyen Cavg genset de toutes les offres.

Le coût moyen de toutes les offres Cavg genset est calculé pour tous les CI genset = valeur de référence du prix du litre de carburant (en Euro/litre) * VI PosKeeping.

Enfin, la décision attaquée mentionne sous le point d. « Evaluation des offres régulières », (3) Prix :

Soumissionnaires	*V _{AP}	*V _{LCC}	*V _P	Classement
FREIRE	10,10/20	12,15/20	22,25/40	1
GONDAN	9,90/20	7,85/20	17,75/40	2

*V_{AP} = Points obtenus pour les critères «Prix d'achat»

*V_{LCC} = Points obtenus pour les critères «Life Cycle Cost»

*V_P = Total des points obtenus pour les critères PRIX ($V_P = V_{AP} + V_{LCC}$).

Force est dès lors de constater que le résultat du sous-critère «Life Cycle Cost» provient d'un raisonnement purement mathématique qui était connu de la partie requérante. La partie adverse n'a en effet rien fait d'autre que d'appliquer la méthode de calcul prévu dans le cahier des charges.

La requérante ne peut ignorer la méthode d'évaluation du sous-critère précité. C'est d'ailleurs lui-même qui a fourni les chiffres liés à la consommation en carburant de sa plateforme. Il sait que la partie adverse a évalué son offre en appliquant la

formule reprise à l'annexe F du CSCh dont la clé est la moyenne des données de consommation des offres.

Dès lors, la seule mention dans la motivation de l'acte attaqué des notes conférées pour ce sous-critère était suffisante afin de permettre au requérant de comprendre l'évaluation des offres faite par le pouvoir adjudicateur étant donné qu'il connaissait la méthode utilisée pour y aboutir (voy. dans ce sens l'arrêt GETRONIS BELGIUM, n° 212.894 du 2 mai 2011).

Par ailleurs, la requérante démontre lui-même avoir compris la différence des notes obtenues pour le sous-critère «Life Cycle Cost». On peut en effet lire au troisième moyen de sa requête : «(...) l'offre de Freire Shipyard reçoit en effet 4,3 points (*sic*) plus que la requérante pour ce sous-critère « Life Cycle Cost ». Cela veut dire que l'offre de Freire Shipyard est 25 % plus avantageuse pour ce critère. Cela veut dire qu'il y a une différence de +/- 25 % dans la réduction de consommation (*sic*) de carburant !».

Force est de constater que, contrairement à ce que prétend la requérante, elle est bien en mesure de comprendre les raisons de l'attribution du marché à Freire Shipyard.

Par ailleurs, les règles relatives à la confidentialité des offres font obstacle à la mention, dans l'acte attaqué des points obtenus pour les sous-critères d'attribution.

Conformément à l'article 10 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions «(...) certains renseignements peuvent ne pas être communiqués lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci».

En l'espèce, les points obtenus pour le sous-critère litigieux reposent exclusivement sur une formule mathématique.

«Le coût total CI de l'offre I est comparé au coût moyen C_{avg} de toutes les offres.

C_{avg} est calculé pour tous les CI = valeur de référence du prix du litre de carburant (en Euro/litre)*VI moy = valeur de référence du prix du litre de carburant (en Euro/litre)*(2.330 *VI 4noeuds + 675 *VI 8noeuds + 2.020*VI 11noeuds + 140 *VI 13noeuds)/5.165 ».

Or, révéler le détail des points d'un soumissionnaire revient à divulguer les secrets d'affaire de l'autre. Il est en effet simple pour l'un des soumissionnaires de calculer, à partir de son score, la consommation moyenne et, partant, la consommation de son concurrent. Il s'agit d'une donnée particulièrement sensible.

La partie adverse a dans ce sens estimé, dans sa réponse du 3 janvier 2018 (pièce 11), qu'il n'était pas possible de reproduire les explications du rapport d'évaluation dans la décision attaquée ou dans un courrier subséquent sans rendre public certains des éléments pouvant porter atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires.

D'ailleurs, dans une affaire similaire, il a été jugé que le caractère *prima facie* sommaire de la motivation ne paraît pas suffire à la rendre irrégulière; (arrêt AUBAY, n° 211.865 du 9 mars 2011)

Conclusion : le moyen doit être rejeté".

C. Requête en intervention

A l'encontre de ce premier moyen, l'intervenante fait valoir ce qui suit:

" [...]. CONCERNANT LA MOTIVATION DE LA SÉLECTION DE LA REQUÉRANTE EN INTERVENTION

[...].

Votre Conseil d'Etat a déjà ordonné à maintes reprises qu'une partie peut simplement déduire de la sélection d'un soumissionnaire et de l'indication que ce soumissionnaire satisfait aux critères de sélection indiqués dans le cahier des charges que le pouvoir adjudicateur considérait que le soumissionnaire sélectionné a ajouté les documents requis par le cahier de charges à son offre, et qu'il ne peut pas être attendu d'un pouvoir adjudicateur de reprendre tous ces documents dans la motivation formelle de la décision de sélection (C.E. 26 juillet 2013, n° 224.400).

Une décision positive qui sélectionne des soumissionnaires, sans que le déroulement de la phase de sélection ait suscité quelque difficulté, peut contenir une motivation plus succincte qu'une décision qui exclut un soumissionnaire ou refuse de le sélectionner (C.E. 25 février 2016, n° 233.939).

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur admet que des soumissionnaires répondent à un critère de capacité technique pour la vérification duquel la production de références était exigée, il peut se contenter de fournir une motivation succincte si l'appréciation des références fournies ne suscite aucune question (C.E. 13 décembre 2016, n° 236.742; C.E. 19 avril 2011, n° 227.233).

Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu à offrir tous les détails concernant chaque critère de sélection dans le cadre de chaque document remis par un soumissionnaire, indiquant chaque fois les raisons positives pour lesquelles un candidat ne devrait pas être exclu, et il lui suffit d'indiquer avec «OK» qu'un soumissionnaire répond aux critères de sélection après examen des documents produits afin de répondre aux exigences de la motivation formelle (C.E. 24 octobre 2014, n° 228.931; C.E. 5 avril 2012, n° 218.828; C.E. 21 février 2003, n° 116.194).

[...].

Conformément à la jurisprudence susmentionnée, la partie défenderesse pouvait se limiter à une motivation plus succincte pour conclure que la requérante en intervention satisfaisait au critère de sélection qualitative «Capacité technique et professionnelle du soumissionnaire».

Le Cahier Spécial de Charges prévoyait que les pièces suivantes devaient être produites par un soumissionnaire afin de démontrer sa capacité technique (PIECE 2 de la partie défenderesse, p. 11):

[...]. Les pièces à produire prouvant la capacité technique du candidat/soumissionnaire

- (1) Capacités techniques — les normes de garantie de la qualité Le candidat est certifié ISO 9001:2008 ou ISO 9001:2015 (ou équivalent).
- (2) Capacités techniques — liste des principales livraisons effectuées au cours des trois dernières années
Au cours des trois dernières années (2014-2015-2016), le candidat a fait au moins une fois fonction de contractant principal dans le cadre de la conception, la construction et la réception d'un navire de services spécialisés (notation de classe SPS — Special Purpose Ship) avec une longueur minimale de 65 mètres.
Il démontrera ceci après du Pouvoir Adjudicateur en présentant une liste des principales livraisons de navires de services spécialisés, indiquant le montant, la longueur et la date et les destinataires de droit public auxquelles elles étaient destinées. Les livraisons sont démontrées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente, ou, à défaut, par une déclaration du fournisseur.
- (3) Capacités techniques — des titres d'études ou professionnels
Le candidat dispose d'une expertise dans les domaines :
 - Underwater Radiated Noise

- Bubble Sweep Down
- Dynamic Positioning 2
- Basic Polar Class
- La pêche

Il démontrera ceci auprès du Pouvoir Adjudicateur en présentant une liste des titres d'études ou professionnels des personnes (les soumissionnaires inclus) chargées de l'étude et la réalisation du projet.

Vu que la requérante en intervention a produit ces documents lors de la soumission de son offre, la partie défenderesse a simplement pris acte de la présence de ces documents et a conclu que la requérante en intervention satisfaisait à ce critère de sélection (PIECE 1, p. 4-5):

« [...]. FREIRE Shipyard

(i) Analyse

La soumissionnaire satisfait à la norme de qualité imposée, conforme Art 71,1° de l'AR1.

Le soumissionnaire à, conforme à l'Art 71, 3° de l'AR1 remis une liste des fournitures principales qui ont été livrées lors des trois dernières années (2014-2015-2016). La liste satisfait aux exigences minimales c.à.d, la conception, la construction et la réception d'un navire de services spécialisés (notation de classe SPS — Special Purpose Ship) avec une longueur minimale de 65m.

Le soumissionnaire satisfait à la capacité technique dans le domaine des titres d'études et professionnels, conforme l'Art 72, 3 de l'AR1.

(ii) Conclusion

Le soumissionnaire satisfait aux critères de sélection concernant la capacité technique ».

La partie défenderesse n'était donc pas tenue de motiver sa décision de sélection d'une façon plus élaborée, vu qu'il est suffisamment clair pour des tiers que la requérante en intervention se conformait aux exigences du Cahier Spécial de Charges.

Par conséquent, la motivation formelle de la Décision Attaquée est parfaitement conforme aux dispositions invoquées par la partie requérante.

Le premier moyen n'est dès lors pas sérieux pour autant qu'il est dirigé contre la motivation formelle de la Décision Attaquée sur le point de la sélection de la requérante en intervention.

[...]. CONCERNANT LA MOTIVATION DE L'ATTRIBUTION DU MARCHÉ À LA REQUÉRANTE EN INTERVENTION

[...].

Il est de jurisprudence constante que l'exigence de motivation formelle d'un acte administratif est proportionnel au caractère discrétionnaire du pouvoir d'appréciation de l'auteur de cet acte (C.E. 19 mars 2008; C.E. 6 février 2006, n° 154.549).

En l'espèce, le Cahier Spécial de Charges définit la méthode de détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse comme suit en ce qui concerne le critère d'attribution prix pour le «Life Cycle Cost» (PIECE 2 de la partie défenderesse, p. 19):

L'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée comme suit :

(1) Cote attribuée pour le critère «PRIX»

Tous les critères du PRIX (le total général des postes repris dans l'inventaire en Ann A, la consommation des moteurs de propulsion et la consommation des groupes électrogènes diesels, tous les deux calculés suivants les modalités

pour le Life Cycle Cost en Ann F) de chaque offre régulière reçoivent une valeur égale au résultat de la formule suivante :

$$\text{Cote Prix} = 50\% \text{ — } 100\% \times \frac{(\text{Prix} - \text{Prix moyen})}{\text{Prix moyen}}$$

L'annexe F du Cahier Spécial de Charges clarifie la méthode d'évaluation comme suit:

[...].. « Critère d'attribution "Prix"

Critère	Exigence Ann C App 1	Description	Pondération (%)
Prix d'achat	-	Prix d'achat (rubrique 3 de l'Ann A) d'un navire de recherche multidisciplinaire avec tous les accessoires conformément à l'inventaire en Ann A	20
Life Cycle Cost	C1-3023	Consommation totale de carburant	12
	C1-3027	Consommation de carburant pour le(s) groupe(s) électrogène(s) diesel en mode traction au point fixe ("Bollard Pull")	2
	C1-3029	Consommation de carburant pour le(s) groupe(s) électrogène(s) diesel en mode "DP Position Keeping"	6

».

Cette méthode d'évaluation est également reprise sous le point F de ce même annexe F du Cahier Spécial de Charges.

Il ressort de cette méthode d'évaluation que le critère d'attribution «Life Cycle Cost» serait apprécié d'une façon strictement quantitative et mathématique, vu que le Cahier Spécial de Charges obligeait la partie défenderesse de simplement appliquer la formule susmentionnée.

A cet égard, référence peut être faite à la jurisprudence de votre Conseil d'Etat concernant la motivation formelle d'une décision d'attribution dans le cadre d'une procédure réalisé selon l'adjudication, où votre Conseil a déjà ordonné à maintes reprises qu'une telle décision est suffisamment motivée par référence au prix le plus bas (C.E. 21 octobre 2011, n° 215.934 ; C.E. 28 juillet 2011, n° 214.718; C.E. 12 avril 2011, n° 212.606; C.E. 17 janvier 2008, n° 178.640; C.E. 17 mars 2008, n° 181.351).

Dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché public selon la procédure d'appel d'offres, le prix n'est qu'un seul critère d'attribution, donc la décision attribuant un tel marché ne doit que divulguer les prix totaux afin de se conformer aux exigences de la motivation formelle (J. MOSSELMANS, «De motivering van de gunningsbeslissing in het zakegeheim: un mariage parfait ?», CPDK 2014, (45) 55, n° 43).

La partie défenderesse a simplement appliqué les dispositions du Cahier Spécial de Charges dans la Décision Attaquée, ce qui a mené à la cotation suivante (...):

[...]. Prix

Classement en ordre décroissant

Soumissionnaires	*V _{AP}	*V _{LCC}	*V _P	Classement
FREIRE	10,10/20	12,15/20	22,25/40	1
GONDAN	9,90/20	7,85/20	17,75/40	2

*V_{AP} = Points obtenus pour les critères «Prix d'achat»

*V_{LCC} = Points obtenus pour les critères «Life Cycle Cost»

*V_P = Total des points obtenus pour les critères PRIX ($V_P = V_{AP} + V_{LCC}$).

Tenant compte du fait que la partie requérante était parfaitement au courant des formules qui seraient appliquées et de la méthode d'évaluation du critère d'attribution « Life Cycle Cost », et que la partie défenderesse a simplement appliqué le Cahier Spécial de Charges, une violation de la motivation formelle n'est pas démontrée.

La requérante en intervention se réfère à l'arrêt suivant de votre Conseil d'Etat qui est parfaitement applicable dans le présent cas:

«qu'en égard à ces explications fournies dans le cahier spécial des charges, la requérante n'ignorait pas la méthode d'évaluation des deux critères précités; qu'elle savait donc que la partie adverse les avait évalués en appliquant une règle de trois dont la base de comparaison était l'offre la meilleure; que, dès lors, la seule mention dans la motivation de l'acte attaqué des notes conférées pour ces critères était suffisante afin de permettre à la requérante de comprendre l'évaluation des offres faite par la partie adverse étant donné qu'elle connaissait la méthode utilisée pour y aboutir;»

(C.E. 2 mai 2011, n° 212.894).

La Décision Attaquée respecte donc *la ratio legis* des dispositions invoquées par la partie requérante, vu que la partie requérante est parfaitement en mesure de comprendre les raisons de l'attribution du Marché à la requérante en intervention.

Le premier moyen n'est dès lors pas sérieux pour autant qu'il est dirigé contre la motivation formelle de la Décision Attaquée sur le point de l'attribution du Marché à la requérante en intervention.

[...].

La partie requérante fait également valoir que la partie défenderesse invoquerait injustement la confidentialité de l'offre de la requérante en intervention suivant la demande de la partie requérante pour plus d'informations concernant l'évaluation du critère d'attribution «Life Cycle Cost».

Nonobstant le fait que la partie requérante n'invoque pas en soi une violation des dispositions concernant la confidentialité, la requérante en intervention souhaite néanmoins répondre aux critiques invoqués à cet égard.

L'article 11, 1^{er} membre de la Loi Marché Publics ordonne que les pouvoirs adjudicateurs et toute personne qui, en raison de ses fonctions ou des missions qui lui ont été confiées, a connaissance de renseignements confidentiels relatifs à un marché ou qui ont trait à la passation et à l'exécution du marché, communiqués par les candidats, soumissionnaires, entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, ne divulguent aucun de ces renseignements.

Ces renseignements concernent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

Une obligation similaire découle de l'article 10 de la Loi Motivation, qui prévoit que des renseignements dont, entre autres, la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises, ne peuvent pas être communiqués, et que les autorités adjudicatrices et toute personne qui, en raison de ses fonctions ou des missions qui lui ont été confiées par celle-ci, a connaissance de renseignements confidentiels relatifs à un marché ou qui ont trait à la passation et à l'exécution du marché, communiqués par les candidats, soumissionnaires, entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, ne divulguent aucun de ces renseignements.

Ces renseignements concernent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

Le Conseil d'Etat a déjà ordonné que, si la partie requérante ne démontre pas que les prix unitaires ne seraient pas des informations confidentielles dont la divulgation pourrait nuire aux intérêts commerciaux légitimes de ce soumissionnaire ainsi qu'à la concurrence loyale entre la partie requérante et la partie intervenante, la partie défenderesse n'est pas tenue à divulguer les prix unitaires, la composition des prix ou d'autres détails (C.E. 10 août 2011, n° 214.782; C.E. 28 juillet 2011, n° 214.718; C.E. 9 mars 2011, n° 211.865).

Dans le présent cas, il va de soi que l'offre de la requérante en intervention contient des informations confidentielles sur ce point.

Comme indiqué dans le Cahier Spécial de Charges, le critère d'attribution «Life Cycle Cost» concerne la consommation de carburant, ce qui est essentiellement une solution technique de chaque soumissionnaire qui tombe clairement sous la confidentialité de l'offre.

La divulgation de telles informations risque à nuire les intérêts commerciaux de l'entreprise concernée, vu que ses concurrents pourraient prendre connaissance du procédé technique appliqué par l'entreprise en question.

La partie défenderesse a donc justement refusé de divulguer les détails sur la composition du «Life Cycle Cost».

En plus, la partie requérante a elle-même déposé son offre de façon confidentielle, ce qui confirme qu'elle avoue que son offre, qui comprend les mêmes informations concernant la composition du «Life Cycle Cost», contient également des informations confidentielles dont elle ne souhaite pas la divulgation (voire aussi C.E. 28 juillet 2011, n° 214.718)".

D. Exposé des thèses relatives au deuxième moyen

L'examen du premier moyen, particulièrement en ce qu'il invoque le défaut de motivation formelle de la décision de sélection de l'intervenante, requiert qu'il soit lu en combinaison avec le deuxième moyen et les différentes thèses soutenues à ce propos.

Pris de la violation de l'article 71, 3°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe d'égalité consacré par l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ainsi que de

l'"adagium" Patere legem quam ipse fecisti, ce deuxième moyen est exposé comme suit:

- " Art. 71, 3° l'AR 15.07.2011 prévoit que le pouvoir adjudicateur peut demander dans les documents du marché que les fournisseurs doivent ajouter une liste des principales livraisons afin de démontrer leur capacité technique.

Dans le cahier des charges il est précisé à la page 11 il est stipulé à ce sujet :

- « (2) Capacités techniques – liste des principales livraisons effectuées au cours des trois dernières années
Au cours des trois dernières années (2014-2015-2016), le candidat a fait au moins une fois fonction de contractant principal dans le cadre de la conception, la construction et la réception d'un navire de services spécialisés (notation de classe SPS – Special Purpose Ship) avec une longueur minimale de 65 mètres.
Il démontrera ceci après du Pouvoir Adjudicateur en présentant une liste des principales livraisons de navires de services spécialisés, indiquant le montant, la longueur et la date et les destinataires de droit public auxquelles elles étaient destinées. Les livraisons sont démontrées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente, ou, à défaut, par une déclaration du fournisseur ».

Les soumissionnaires doivent ajouter une liste avec au moins une référence «d'une fonction de contractant principal dans le cadre de la conception, la construction et la réception d'un navire de services spécialisés (notation de classe SPS – Special Purpose Ship) avec une longueur minimale de 65 mètres».

À la page 4 -5 de la décision il est noté que Shipyard Freire est conforme à l'art. 71, 3° l'AR 15.07.2011 :

« (d) FREIRE Shipyard

(i) Analyse

La soumissionnaire satisfait à la norme de qualité Imposée, conforme Art 71,1° de l'AR1.

Le soumissionnaire à, conforme à l'Art 71, 3° de l'AR1 remis une liste des fournitures principales qui ont été livrées lors des trois dernières années (2014-2015-2016), La liste satisfait aux exigences minimales c.à.d, la conception, la construction et la réception d'un navire de services spécialisés (notation de classe SPS — Special Purpose Ship) avec une longueur minimale de 65m.

Le soumissionnaire satisfait à la capacité technique dans le domaine des titres d'études et professionnels, conforme l'Art 72, 3 de l'AR1.

(ii) Conclusion

Le soumissionnaire satisfait aux critères de sélection concernant la capacité technique ».

La requérante ne peut pas vérifier si la sélection de Freire Shipyard est correcte car le rapport de vérification des offres ne mentionne pas quelles références Freire Shipyard a ajouté. La requérante réfère à son exposé dans son premier moyen. Les références ne sont pourtant pas de l'information confidentielle.

La requérante renvoie aux listes que le Ministère d'industrie, d'énergie et tourisme d'Espagne publie chaque année à ce sujet.

Il ressort de ces listes contrairement, à la décision du pouvoir adjudicataire que Freire Shipyard ne peut satisfaire aux références comme demandées dans le cahier des charges. De la vérification de ces listes il semble que la situation pour Freire Shipyard est comme suit:

- Pour 2014 : néant

Aucun navire

- Pour 2015 : néant

Aucun navire

- Pour 2016 : un navire pour PRESTFJORD HAVFISKE AS

C.N. FREIRE, S.A.

N° de Const.	TIPO OCDE	ARMADOR	PAIS
C-708	15	PRESTFJORD HAVISKE A/S	Norvega
1	BUQUES		TOTAL...

De la fiche plus détaillée de ce navire la requérante peut déduire qu'il s'agit d'un navire de pêche et ne correspond nullement, n'est pas du tout comparable avec le navire objet du marché.

Ce navire ne satisfait pas aux exigences du cahier des charges qui demande un navire de service spécialisé (notation de classe SPS (Special Purpose Ship)).

- Pour 2017 : un navire pour MARINA G. DE PERU

De la fiche détaille de ce navire il semble que ce navire est construit 21.03.2017 et ne satisfait donc pas aux exigences du cahier des charges qui exige des navires est livré en 2014, 2015 et 2016.

Il est manifeste que l'offre de Shipyard Freire ne peut pas être sélectionnée sur base de ce navire sans faire tort au principes de l'égalité, non-discrimination, aux clauses du cahier des charges qui font loi entre les parties.

Où l'adjudicateur a sélectionné Shipyard Freire il viole les exigences du cahier des charges, l'art. 71, 3° l' AR 15.07.2011, l'égalité entre les soumissionnaires et la principe de «*patere legem quam ipse fecisti*».

La partie adverse répond à ce deuxième moyen dans les termes suivants:

- " En substance, la requérante avance dans son deuxième moyen que l'offre de FREIRE Shipyard ne pouvait être sélectionnée étant donné que ce dernier ne disposait pas, selon la requérante, de la capacité technique requise par le CSCh. S'agissant du choix des critères de sélection, le pouvoir adjudicateur dispose d'une compétence discrétionnaire. Cette liberté n'est cependant pas illimitée et tant la loi que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et 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. arrêt S.A. Yvan PAQUE, 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 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» (...). Pour apprécier la capacité technique, l'arrêté royal passation du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, en son article 71, dispose que cette capacité peut être justifiée d'une ou plusieurs des façons suivantes selon la nature, la quantité ou l'importance et l'utilisation des fournitures et notamment «3° par la présentation d'une liste des principales livraisons

effectuées au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les livraisons sont prouvées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente ou lorsque le destinataire a été un acheteur privé par une attestation de l'acheteur ou à défaut simplement par une déclaration du fournisseur;». Cette formule est d'ailleurs reprise dans le CSCh. Selon le CSCh (point 4, b. (2)), le candidat/soumissionnaire doit démontrer sa capacité technique notamment par la production d'une liste des principales livraisons effectuées au cours des trois dernières années. Plus particulièrement :

«Au cours des trois dernières années (2014, 2015, 2016), le candidat a fait au moins une fois fonction de contractant principal dans le cadre de la conception, la construction et la réception d'un navire de service spécialisé (notation de classe SPS – Special Purpose Ship) avec une longueur minimale de 65 mètres.

Il démontre ceci a[u]près du Pouvoir Adjudicateur en présentant une liste des principales livraisons de navires de services spécialisés, indiquant le montant, la longueur et la date et les destinataires de droit public auxquelles elles étaient destinées. Les livraisons sont démontrées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente, ou, à défaut, par une déclaration du fournisseur.»

La firme FREIRE Shipyard, mentionne, à l'annexe A, Appendice 3 du volet 1 administratif et financier de l'offre déposée (pièce confidentielle 2) les références suivantes :

BAP Carrasco	95.30m	Navire de recherche Océanographique polaire	Marina de Guerra (Peru)	Livré (Mars 2017)
RRS Discovery	99.70m	Oceanographic research vessel	Natural Environment research council (UK)	Livré (July 2013)
NB-719	55.58m	Navire de recherche Océanographique	Kuwait institute for scientific research (Kuwait)	En construction
NB-717	43.20m	Navire de recherche océanographique	Technology Development and investment company (Saudi Arabia)	En construction

La partie requérante fait précisément grief au pouvoir adjudicateur d'avoir sélectionné, selon elle, un soumissionnaire dont «il semble que ce navire [BAP Carrasco] est construit 21.03.2017 et ne satisfait donc pas aux exigences du cahier des charges qui exige des navires est livré en 2014, 2015, 2016».

La date mentionnée par la partie requérante se confond avec celle issue du registre du Bureau de Classification DnV GL qui reprend les caractéristiques suivantes pour le BAP Carrasco :

V Yard

Hull yard:	CONSTRUCCIONES NAVALES PAULING FREIRE, S.A. (Hull number: 710)	Contract date:	2014-12-12
		Keel laid:	2015-07-20
Outfitting yard:	CONSTRUCCIONES NAVALES PAULINO FREIRE, S.A. (Hull number: 710)	Launch:	2016-05-07
Contracted bulden :	CONSTRUCCIONES NAVALES PAULING FREIRE, S.A. (Hull number: 710)	Date of build:	2017-03-21

Il n'est pas contesté que le navire référence de la société FREIRE Shipyard a bien été livré à la Marine péruvienne en mars 2017. Cela n'a néanmoins pas empêché le pouvoir adjudicateur de considérer que la référence mentionnée satisfait aux

exigences de la sélection technique requise.

Suivant une jurisprudence récente, en l'absence de précision suffisante dans le CSCh quant à l'interprétation à donner à la période de référence, il y a lieu de prendre en considération la période de trois ans précédant le document qui y fait référence, à savoir la période précédant l'avis de marché (publié le 12 juin 2017). Ce critère a, en effet, un caractère objectif puisqu'il vise une période identique pour tous les soumissionnaires. Vous avez en effet jugé à cet égard :

«Considérant que le cahier des charges n'apporte aucune précision quant à la détermination des cinq années de référence; qu'en l'absence d'une telle détermination, il y a lieu de prendre en considération la période de cinq ans précédant le document qui y fait référence, à savoir la période de cinq ans précédant l'avis de marché; qu'en effet, non seulement il appartient à l'auteur de l'avis de marché de préciser le *dies a quo ou ad quem* du délai de cinq ans s'il entend y apporter une précision particulière au cas d'espèce, mais encore le critère de l'avis de marché comme *dies ad quem* du délai de cinq ans a un caractère objectif puisqu'il vise, dans le temps écoulé, une période identique, de date à date, pour tous les soumissionnaires;

Considérant qu'en l'espèce, l'avis de marché a été publié le 18 février 2015 de sorte que la période de référence a pris cours le 18 février 2010;» (arrêt Franki et BC Nord, n° 232.772 du 29 octobre 2015).

En outre, ce critère étant *in casu* impératif, il n'est, en principe, pas possible d'en déroger, de le raccourcir (arrêt NV Fire Technics, n° 222.725 du 5 mars 2013) et *a contrario* de l'étendre.

Dès lors, sur la base de cette interprétation, il faudrait considérer que la période de référence des trois dernières années en cause est comprise entre le 12 juin 2014 et le 12 juin 2017, date de publication de l'avis de marché.

Par conséquent, le moyen de la partie requérante doit être rejeté car c'est à bon droit que le pouvoir adjudicateur a sélectionné l'offre d'un soumissionnaire dont le navire référence, le BAP Carrasco, a été livré en mars 2017. Le soumissionnaire satisfait au critère de sélection qualitative.

A titre subsidiaire, la partie adverse s'interroge sur l'intérêt de la partie requérante à invoquer le deuxième moyen. En effet, suivant l'article 14, §1^{er} des lois sur les Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973, «Les irrégularités visées à l'alinéa 1^{er} ne donnent lieu à une annulation que si elles ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, ont privé les intéressés d'une garantie ou ont pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte».

Pour que la critique de la requérante puisse être entendue, il faut qu'elle ait un intérêt au moyen soulevé c'est-à-dire que son bien-fondé serait de nature à restituer à cette dernière une chance de se voir attribuer le marché en cause (...).

En l'espèce, la firme S.A. Astilleros GONDÁN n'a proposé qu'une référence d'un navire construit au cours des trois dernières années répondant aux caractéristiques techniques requises. Il s'agit d'un navire de recherche océanographique, le Dr Fridtjof Nansen, propriété de Norad, l'agence norvégienne pour le développement et la coopération (annexe A, Appendice 7 du volet administratif et financier de l'offre déposée (pièce confidentielle 1)).

Projet	Length over All	Delivery Date	Owner	Price
Dr Fridtjof Nansen	74,5 meters	28/12/2016	Institute of Marine Research (Bergen)	Approx. 55 million €
Edda Passat	81 meters	Expected December 2017	Ostensjo Rederi	Approx. 35 million €
Edda Passat	81 meters	Expected Summer 2018	Ostensjo Rederi	Approx. 35 million €

Il est utile de relever les données relatives au Dr Fridtjof Nansen issues du Bureau de Classification DnV GL:

V Yard

Hull yard:	ASTILLEROS GONDAN S.A. (Hull number: C460)	Contract date:	2014-03-21
Outfitting yard:	ASTILLEROS GONDAN S.A. (Hull number: C460)	Keel laid:	2015-03-30
Contracted bulden :	ASTILLEROS GONDAN S.A. (Hull number: C460)	Launch:	2015-12-23
		Date of build:	2017-01-05

Il ressort des documents de l'Organisation maritime internationale (...), des documents de Norad (...), des documents de l'institut de recherche marine de Norvège (...) mais aussi de documents de l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (...) que le navire en question a été livré en Espagne le 5 janvier 2017, est arrivé dans son port d'attache à Bergen le 10 janvier 2017 et a été baptisé au cours d'une cérémonie le 24 mars 2017 à Oslo. Cela correspond également avec les dates mentionnées (ci-dessus) au registre du Bureau de Classification DnV GL.

En ce qui concerne le soumissionnaire dont l'offre a été retenue et comme le relève très justement la partie requérante, une seule référence rencontre les caractéristiques techniques requises et le critère de construction au cours des trois dernières années. Il s'agit d'un navire de recherche océanographique et polaire le BAP Carrasco de la Marine péruvienne. Au même titre que le navire référence de la partie requérante, bien que construit et réceptionné en 2016(...), le navire n'a été livré que le 22 mars 2017(...).

Sur la base de ce constat il semble malvenu à la partie requérante de critiquer l'appréciation faite par le pouvoir adjudicateur dans la mesure où la livraison des deux navires références date de 2017. Soucieux du respect du principe d'égalité qui requiert que tous les candidats/soumissionnaires soient traités de manière égale et non discriminatoire, le pouvoir adjudicateur s'est efforcé, à chaque étape de la procédure, d'appliquer la même appréciation à l'égard de chacun.

Force est de constater que l'intérêt au moyen de la partie requérante fait défaut. La suspension de l'attribution du marché et son éventuelle annulation aurait pour conséquence l'impossibilité d'attribution du marché en raison de l'exclusion des deux offres aujourd'hui jugées recevables.

A titre infiniment subsidiaire, il a été reconnu que le pouvoir adjudicateur dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire pour décider si un candidat répond ou non aux critères de sélection qualitatifs. Il a été jugé dans ce sens et sous certaines conditions, qu'une attitude flexible du pouvoir adjudicateur peut être acceptée, notamment lorsque aucun des soumissionnaires n'a remis tous les documents nécessaires relatifs à la capacité financière et économique, mais que cette capacité peut néanmoins être déterminée de manière suffisamment claire (arrêt BVBA Vandezande, n° 212.054 du 15 mars 2011).

Si le pouvoir adjudicateur avait entendu donner une interprétation restrictive de la notion de livraison mentionnée dans le CSCh, le marché n'aurait vraisemblablement pu être attribué faute d'offre conforme sur le plan de la capacité technique de la sélection qualitative.

Partant de ce constat, le pouvoir adjudicateur, gardant à l'esprit les principes d'égalité et de non-discrimination, a adopté une approche flexible dans le respect du principe *patere legem quam ipse fecisti* en estimant régulière les offres en cause.

Conclusion : le moyen doit être rejeté".

Toujours à propos de ce deuxième moyen, l'intervenante fait valoir ce qui suit:

" [...]. CONCERNANT LA RECEVABILITÉ DU DEUXIÈME MOYEN

[...].

L'article 71, 3° de l'A.R. Passation prévoit que, dans le cas d'un marché de fournitures, la capacité technique ou professionnelle du soumissionnaire peut être justifiée par la présentation d'une liste des principales livraisons effectuées au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé.

Les livraisons sont prouvées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente ou, lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du fournisseur.

Suivant cette disposition réglementaire, le Cahier Spécial de Charge prévoyait que certaines références devaient être produites par un soumissionnaire afin de démontrer sa capacité technique (...):

(...) Capacités techniques — liste des principales livraisons effectuées au cours des trois dernières années

Au cours des trois dernières années (2014-2015-2016), le candidat a fait au moins une fois fonction de contractant principal dans le cadre de la conception, la construction et la réception d'un navire de services spécialisés (notation de classe SPS — Special Purpose Ship) avec une longueur minimale de 65 mètres. Il démontrera ceci après du Pouvoir Adjudicateur en présentant une liste des principales livraisons de navires de services spécialisés, indiquant le montant, la longueur et la date et les destinataires de droit public auxquelles elles étaient destinées. Les livraisons sont démontrées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente, ou, à défaut, par une déclaration du fournisseur.

[...].

La partie défenderesse prétend qu'il ressortirait de certaines listes annuelles du Ministre d'industrie, d'énergie et de tourisme d'Espagne que la requérante en intervention ne pouvait pas fournir les références requises par le Cahier Spécial de Charges et a donc injustement été sélectionnée par la partie défenderesse.

La requérante en intervention souligne premièrement que, dans le cadre de la présente procédure d'extrême urgence, votre Conseil d'Etat n'est que compétent pour ordonner la suspension de l'exécution d'un acte administratif pour autant qu'au moins un moyen sérieux est invoqué qui est susceptible prima facie de justifier l'annulation de l'acte attaqué (article 17 §1, 2^{ème} membre, 2° des Lois Coordinées).

Par conséquent, seulement des moyens dont il ressort à première vue et sans examen approfondi que ils pourraient justifier l'annulation de l'acte, peuvent mener à la suspension.

La requérante en intervention se réfère à la jurisprudence constante de votre Conseil d'Etat à cet égard (C.E. 8 septembre 2015, n° 232.112; C.E. 27 mai 2014, n° 227.575; C.E. 4 février 2014, n° 226.319; C.E. 5 décembre 2013, n° 225.728).

[...].

La partie requérante demande essentiellement à votre Conseil d'Etat d'examiner si les références produites par la requérante en intervention lors de la soumission de son offre correspondent (ou ne correspondraient pas) aux listes provenant du gouvernement espagnol.

Un tel examen dépasse clairement la marge d'appréciation de votre Conseil dans le cadre d'une procédure de suspension en extrême urgence.

Nonobstant le fait que les références produites par la requérante en intervention suffisent bien pour répondre aux conditions du Cahier Spécial de Charges (voire *infra*), la partie requérante ne peut pas raisonnablement attendre que votre Conseil d'Etat fasse une telle analyse de nature technique dans le cadre de la présente procédure.

Le deuxième moyen doit dès lors être déclaré non-recevable.

[...]. CONCERNANT LE FONDEMENT DU DEUXIÈME MOYEN

[...].

Même si votre Conseil d'Etat ordonnerait que le deuxième moyen serait quand-même recevable, force est de constater que les références produites par la requérante en intervention suffisent bien pour répondre aux conditions du Cahier Spécial de Charges.

En absence de détermination de la période de référence concernant un critère de sélection, il y a lieu de prendre en considération la période de cinq ans précédant le document qui y fait référence (C.E. 29 octobre 2015, n° 232.772).

Dans le présent cas, l'article 4, b, (2) du Cahier Spécial de Charges prévoit que la capacité technique du soumissionnaire doit être prouvée par la production d'une liste des principales livraisons effectuées «au cours des trois dernières années» (...).

Tenant compte de la jurisprudence de votre Conseil d'Etat, cette période de référence s'étend sur les trois années qui précèdent l'avis du Marché.

Vu que l'avis du Marché date du 12 juin 2017, la période de référence se situe entre le 12 juin 2014 et le 12 juin 2017.

La requérante en intervention a, conformément aux exigences de cet article, produit les références nécessaires lors de la soumission de son offre. A ces fins, elle se réfère à sa PIECE 2 confidentielle de la partie défenderesse (...).

Cette liste de références correspond intégralement aux exigences du Cahier Spécial de Charges. La partie défenderesse a donc justement estimé que la partie requérante répondait au critère de sélection en question.

Par conséquent, une violation de l'article 71, 3° de l'A.R. Passation, de l'article 5 de la Loi Marchés Publics ou de l'adagio «*patere legem quem ipse fecisti*» n'est pas démontrée.

Le deuxième moyen n'est dès lors pas sérieux et non fondé.

[...].

La partie requérante prétend à nouveau dans son second moyen que l'information contenue dans les références produites par les soumissionnaires ne constitueraient pas d'information confidentielle, mais n'invoque pas de violation des dispositions concernant la confidentialité.

Il est pourtant clair que les informations fournies par les soumissionnaires concernant ces livraisons constituent des faits techniques qui sont de nature à procurer au fabricant des avantages techniques et à lui assurer sur les concurrents une supériorité d'une nature telle qu'il y a pour lui un avantage économique à ce que ces informations ne soient pas connues de ses concurrents (Cass. 27 septembre 1943, Pas. 1941, I, 358).

La partie défenderesse a donc justement refusé de divulguer cette information confidentielle à la partie requérante, et l'allégation de la partie requérante que ces références ne constitueraient pas d'information confidentielle est manifestement non-fondée.

Ceci est à nouveau confirmé par le fait que la partie requérante dépose elle-même son offre – avec les mêmes références pour répondre aux critères de sélection du Cahier Spécial de Charges – de façon confidentielle".

A l'audience du 30 janvier 2018, l'un des conseils de l'intervenante a fait observer que, dans le cadre de contrats ou marchés de fourniture de navires, les opérations de réception et de livraison ne se confondent pas nécessairement et que les modalités de leur déroulement font l'objet de dispositions contractuelles sur lesquelles les parties s'accordent. Il s'ensuit, à son estime, que l'identification précise du (ou des) moment(s) au(x)quel(s) ces opérations sont effectuées suppose que soient examinées les clauses contractuelles applicables dans chaque cas d'espèce. Il en infère que la technicité des débats sur la livraison et la réception est telle qu'ils dépassent la limite de ce qui se conçoit comme examen auquel il y a lieu de procéder dans le cadre d'une procédure en extrême urgence.

VI.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Une décision positive qui sélectionne un soumissionnaire, sans que le déroulement de la phase de sélection ait suscité quelque difficulté, peut comporter une motivation plus succincte qu'une décision qui exclut un soumissionnaire ou refuse de le sélectionner. Pour admettre une telle motivation plus succincte, encore faut-il que le pouvoir adjudicateur n'ait précisément pas été confronté à une difficulté, qui le contraindrait alors à expliciter davantage les raisons pour lesquelles il a estimé que le candidat ou soumissionnaire concerné répondait au(x) critère(s) à propos duquel (desquels) cette difficulté pourrait faire surgir une contestation.

En l'espèce, s'agissant de l'exigence de fourniture d'un navire de services spécialisés d'une longueur minimale de 65 mètres au cours des années 2014, 2015 et 2016, l'acte attaqué contient l'affirmation suivante, pour ce qui concerne l'intervenante:

- " Le soumissionnaire a, conforme à l'Art 71, 3° de l'AR1 [sic] remis une liste des fournitures principales qui ont été livrées lors des trois dernières années (2014-2015-2016). La liste satisfait aux exigences minimales c.à.d. la conception, la construction et la réception d'un navire de services spécialisés (notation de classe SPS – Special Purpose Ship) avec une longueur minimale de 65m".

Cette affirmation ne peut être considérée comme révélant la raison pour laquelle la partie adverse a estimé que l'intervenante répondait à cette exigence de fourniture d'un navire de services spécialisés d'une longueur minimale de 65 mètres au cours des années 2014, 2015 et 2016.

Si elle doit, en effet, être comprise en ce sens que la partie adverse aurait constaté la livraison, par l'intervenante, d'un navire répondant à ces caractéristiques au cours des années 2014, 2015 et 2016, cette affirmation est inexacte et, d'ailleurs, contredite tant par les pièces de la procédure que par la partie adverse elle-même, dans sa note d'observations. En effet, ainsi qu'il ressort du rapport d'attribution établi le 8 novembre 2017, et plus particulièrement de la mention "OK gebouwd in 2016" relative au navire de la fourniture duquel l'intervenante voulait se prévaloir, la partie adverse a seulement constaté que ce navire avait été construit en 2016, et non qu'il avait été livré au cours de cette même année. Par ailleurs, si la partie adverse s'attache, dans sa note d'observations, à soutenir la thèse selon laquelle le délai des "trois dernières années" visé à l'article 71, 3°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques doit prendre cours à la date de publication de l'avis de marché, c'est bien pour rendre admissible, au regard de l'exigence précitée, la fourniture du navire concerné, invoquée par l'intervenante, et dont la livraison est située au 21 mars 2017.

Au vu de ce qui précède, ce ne peut donc être que pour une (ou plusieurs) raison(s) autre(s) que celle que paraît révéler à tort l'affirmation ci-dessus reproduite, que la partie adverse a estimé pouvoir sélectionner l'intervenante, à tout le moins au regard du critère litigieux.

Sans qu'il y ait lieu de se prononcer, dans le cadre de cette procédure, sur leur admissibilité, certaines raisons pourraient être révélées par le dossier administratif ainsi que par les débats tenus en la présente cause. Tel pourrait, par exemple, être le cas de la prise en considération de la construction (et non d'une livraison) assurée en 2016 ou celui d'une livraison effectuée le 21 mars 2017, à savoir dans le délai des trois années précédentes prenant cours à la date de la publication de l'avis de marché.

Rien, à la lecture de l'acte attaqué, ne permet toutefois d'établir que c'est l'une ou l'autre de ces raisons qui a déterminé la partie adverse à statuer dans le sens où elle l'a fait ou, le cas échéant, quels autres motifs ont pu être retenus. Cette indigence dans la motivation formelle sur ce point précis de l'acte attaqué – indigence qui apparaît à l'évidence au terme d'une procédure en extrême urgence, et ce sans qu'il faille, à tout le moins dans le cadre de l'examen du premier moyen, faire état d'une "technicité" particulière – interpelle d'autant plus qu'il ne peut être soutenu – au vu des

circonstances de la cause – que la sélection de l'intervenante, au regard du critère de sélection litigieux, ne présentait aucune difficulté.

Les considérations qui précèdent imposent, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, de décider que dans la mesure où il dénonce le défaut de motivation de l'acte attaqué, en tant que la partie adverse décide de sélectionner l'intervenante au regard du critère de sélection litigieux, le moyen est sérieux.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'Etat n'en identifie pas davantage.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société SA CONSTRUCCIONES NAVALES P. FREIRE est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision du Ministère de Défense attribuant le marché, régi par le cahier spécial des charges n°MRMP N/P N° 17NP002, relatif à l'acquisition d'un nouveau navire de recherche océanographique (RV) pour le service public de Programmation Politique Scientifique à la société SA CONSTRUCCIONES NAVALES P. FREIRE est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

La pièce portant le numéro 4, annexée à la requête, les pièces 1 à 7 du dossier administratif qualifié de "confidentiel", ainsi que la pièce 4 annexée à la requête en intervention sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 6.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le neuf février deux mille dix-huit par :

M. David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
M ^{me} Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.