CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R ÊT

n^o^ 244.006 du 21 mars 2019

A. 227.498/VI-21.428

En cause : **la société de droit français CHANTIERS ALLAIS**,

ayant élu domicile chez
M^es^ Patrick THIEL, Isabelle VAN KRUCHTEN
et Valentine DE FRANCQUEN, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par le Ministre
de la Sécurité et de l'Intérieur,

ayant élu domicile chez
M^es^ Nicolas CARIAT et
Bruno LOMBAERT, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société de droit français SOCIÉTÉ DE CONSTRUCTIONS, DE RÉPARATIONS NAVALES ET DE MÉCANIQUE, en abrégé SOCARENAM,

ayant élu domicile chez
M^es^ Bob MARTENS et
Alain DELFOSSE, avocats,
avenue Louise 106
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 22 février 2019, la société de droit français CHANTIERS ALLAIS demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision adoptée par la partie adverse, le 8 février 2019, aux termes de laquelle il est décidé de retirer sa décision du 17 décembre 2018 et, par conséquent, de ne pas attribuer le marché à la partie requérante".

II. Procédure

Par une ordonnance du 25 février 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 mars 2019 à 9 heures 30.

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

Par une requête introduite le 12 mars 2019, la société de droit français SOCIÉTÉ DE CONSTRUCTIONS, DE RÉPARATIONS NAVALES ET DE MÉCANIQUE, en abrégé SOCARENAM, demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 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. Imre KOVALOVSZKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^es^ Patrick THIEL et Valentine DE FRANCQUEN, ainsi que M^e^ Emmanuel TORDJMAN, *loco* M^e^ Sébastien MABILLE, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^e^ Nicolas CARIAT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e^ Alain DELFOSSE, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Elisabeth WILLEMART, 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

La partie requérante expose comme suit les faits utiles à l'examen du recours :

" 1. La partie requérante est spécialisée dans la construction de navires d'une longueur inférieure à 40 mètres. Elle est détenue à 100 % par le Groupe EFINOR.

2. En date du 13 juin 2017, la partie adverse publie un avis de marché au journal officiel de l'Union européenne intitulé: «Accord-cadre pluriannuel (7 ans)

de fournitures pour l'achat et l'entretien (10 ans) de patrouilleurs en eaux intérieurs au profit de la police de la navigation».

Le délai pour la remise des candidatures était fixé au 30 août 2017.

En date du 18 juin 2018, la partie requérante est informée du fait que sa candidature est retenue et il lui est remis le cahier spécial des charges.

Dans le cadre de l'analyse des candidatures, des questions ont été posées aux différents candidats et ces derniers ont été invités à compléter leur candidature.

Il ressort de la décision motivée d'attribution du 17 décembre 2018 que six candidats ont été retenus par une décision du 18 juin 2018 :
- DAMEN SCHEEPSWERF
- OCEA S.A.
- SOCARENAM S.A.S
- SOCIETE CHANTIERS ALLAIS
- ASTILLEROS ARMON S.A.
- CLEMACO CONTRACTING N.V.

3. Les candidats suivants ont déposé une offre :
- La société CHANTIERS ALLAIS (SAS) — la partie requérante
- La société SOCARENAM
- La société ASTILLEROS ARMON

4. Par une décision du 17 décembre 2018, la partie adverse classe les offres comme suit :
1. SAS 80.24/100
2. SOCARENAM 78.73/100
3. ASTELLEROS ARMON 55.87/100

Ensuite de quoi, la partie adverse décide :
- de ne pas choisir les offres des firmes SOCARENAM et ASTILLEROS ARMON ;
- en vertu de l'article 22 de la loi du 13 août 2011 de conclure l'accord-cadre n° Procurement R3 063 avec la firme SAS (lire – la partie requérante).

5. En date du 31 décembre 2018, la société SOCARENAM introduisait un recours contre la décision d'attribution prise par la partie adverse en date du 17 décembre 2018.

6. Du fait de l'introduction de ce recours, la partie adverse décidait en date du 8 février 2018 de retirer sa décision d'attribution.
Il s'agit de l'acte attaqué.
[…]".

La décision attaquée est rédigée comme suit:

"

2 **Motivation du retrait de la décision motivée d'attribution**

2.1 **Décision motivée d'attribution du 17 décembre 2018**

Par sa décision motivée d'attribution du 17 décembre 2018, le pouvoir adjudicateur a décidé

- de ne pas choisir les offres des firmes SOCARENAM et ASTILLEROS ARMON ;
- en vertu de l'article 22 de la loi du 13 août 2011, de conclure l'accord-cadre n° Procurement 2017 R3 063 avec la firme SOCIETE CHANTIERS ALLAIS

2.2 **Introduction d'un recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat par un soumissionnaire évincé**

La décision motivée d'attribution a été notifiée aux soumissionnaires le 17 décembre 2018 (par courrier recommandé et par courrier électronique) conformément à l'article 41/1 de la loi du 17 juin 2013.

Dans le délai de 15 jours qui lui était ouvert à cette fin, le soumissionnaire Société de Constructions, de Réparations Navales et de Mécanique (Socarenam) a introduit, le 31 décembre 2018, devant le Conseil d'État, une requête de suspension en extrême urgence de la décision motivée d'attribution (sur la base des articles 47 et 56, alinéa 1er, 1° de la loi du 17 juin 2013). Cette procédure a été enrôlée sous le numéro G/A 227.084/VI-21.389 et est actuellement pendante.

À l'appui de sa demande de suspension, la société Socarenam a fait valoir deux moyens, par lesquels elle a contesté en substance, d'une part, les motifs de la décision de sélection relatifs à la société Chantiers Allais et d'autre part, les notes attribuées à son offre par le pouvoir adjudicateur (ainsi que le classement des offres établi sur la base de ces notes).

2.3 **Nouvel examen du dossier administratif**

Il ressort d'un nouvel examen du dossier administratif à la lumière des moyens présentés par la société Socarenam à l'appui de son recours que la décision motivée d'attribution du 17 décembre 2018 est entachée de plusieurs motifs d'irrégularité, qui justifient de procéder à son retrait.

Concernant la sélection qualitative

a) En matière de capacité financière et économique

Le point 3 de l'annexe B de l'appel à candidatures prévoyait que : « Le candidat transmettra un document avec une déclaration (voir annexe C) concernant le chiffre d'affaires moyen de la société relatif à l'objet du marché au cours des trois (3) derniers exercices avec un minimum par exercice de 2.200.000,00 € hors TVA. ». Pour ce critère, la société Chantiers Allais a joint à sa demande de participation un document PDF reprenant une déclaration relative au chiffre d'affaires de la société Efinor. Ce document est par ailleurs signé de façon manuscrite par le directeur général de la société Efinor. Cependant, l'article 79 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 dispose que lorsqu'un candidat fait valoir la capacité d'autres entités, celui-ci doit produire l'engagement de l'entité en question de mettre sa capacité à disposition du candidat. Cette possibilité était en l'espèce laissée aux soumissionnaires par le point 1.2 de l'annexe B de l'appel à candidatures, lequel renvoyait par ailleurs au modèle de déclaration d'engagement (annexe I de l'appel à candidatures) devant être utilisé obligatoirement. Or, la demande de participation de la société Chantiers Allais ne comporte aucune déclaration établie selon le modèle de l'annexe I de l'appel à candidatures, ni sous une quelconque autre forme, par laquelle la société Efinor s'engage à mettre sa capacité financière et économique à disposition de la société Chantiers Allais.

b) En matière de capacité technique ou professionnelle

Le point 3 de l'annexe B de l'appel à candidatures prévoyait que : « Le candidat transmettra une liste (voir annexe E) avec au minimum deux livraisons relatives à des bateaux construits par lui-même qui sont mis en œuvre dans la Zone exclusive économique Belge et/ou la ZEE des pays voisins effectuées au cours des cinq dernières années indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le montant total des livraisons doit atteindre minimum 1.000.000,00 EUR hors TVA. ». Pour ce critère, la société Chantiers Allais a joint à sa demande de participation une liste de 6 bateaux qui sont mis en œuvre dans la Zone exclusive économique Belge et/ou la ZEE des pays voisins. Cependant, parmi ces six références, seule la référence relative au bateau « JLD Maëly » est propre à la société Chantiers Allais. Les autres références présentées sont des livraisons effectuées par la société MSI Solutions (une société française actuellement en liquidation) Or, la demande de participation de la société Chantiers Allais ne comporte

- aucune déclaration établie selon le modèle de l'annexe I de l'appel à candidatures, ni sous une quelconque autre forme, par laquelle la société MSI Solutions s'engage à mettre sa capacité technique ou professionnelle à disposition de la société Chantiers Allais (si tant est que pareil engagement par une société en liquidation eut été autorisé).
- aucun autre élément permettant d'établir à quel titre la société Chantiers Allais devrait être autorisée à se prévaloir des références de cette entité juridique.

Conclusion :

Il découle de ce qui précède que la décision motivée d'attribution attaquée (en ce qu'elle constate la satisfaction des exigences minimales de sélection qualitative par la société Chantier Allais) comporte une erreur d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur ou, à tout le moins, ne contient pas les éléments de motivation permettant de justifier adéquatement cette appréciation.

Dès lors qu'un marché ne peut être attribué à un soumissionnaire que si le respect des exigences de sélection qualitative est dûment établi dans son chef, il s'impose de procéder au retrait de la décision attaquée.

Concernant les notes attribuées à Socarenam et le classement des offres

La décision motivée d'attribution comporte trois erreurs matérielles (relatives à la note attribuée à Socarenam pour trois critères d'attribution) ayant eu une incidence sur le classement des offres et l'attribution du marché à la société Chantiers Allais

a) Critère d'attribution « hauteur de la cabine de pilotage et du poste de commandement »

Pour ce critère d'attribution, la police fédérale a tenu compte d'une hauteur de 2,05 mètres pour la société Socarenam. Or, des documents joints à la deuxième offre de la société Socarenam

mentionnent 2,10 m (p. 3 de la synthèse concernant les points techniques du 16 novembre 2018 et p. 19 du document « Patrouilleurs pour eaux intérieures au profit de la police de la navigation – réunion de négociation » du 9/11/2018).

En ne prenant pas en compte la valeur mentionnée dans la deuxième offre du soumissionnaire, la police fédérale a commis une erreur matérielle qui s'apparente à une erreur manifeste d'appréciation, avec pour conséquence une erreur dans les points attribués pour ce critère à la société Socarenam.

En recevant la note de 1 point au lieu de la note de 2 points pour ce critère, Socarenam a été indûment privée de 1 point pour le calcul total de sa note globale.

b) Critère d'attribution « tirant d'eau »

Pour ce critère d'attribution, la police fédérale a tenu compte de 1,30 m pour la société Socarenam alors que cette dernière a proposé 1,27 m dans sa deuxième offre (voir p.17, point 36 du document « matrice de conformité technique » du 30/10/2018, p.7 de la notice architecturale du 12/11/2018 et p.10 du document « Patrouilleurs pour eaux intérieures au profit de la police de la navigation -réunion de négociation » du 09/11/2018).

En ne prenant pas en compte la valeur mentionnée dans la deuxième offre du soumissionnaire, la police fédérale a commis une erreur matérielle qui s'apparente à une erreur manifeste d'appréciation, avec pour conséquence une erreur dans les points attribués pour ce critère à la société Socarenam. En recevant la note de 0,54 point au lieu de la note 0,86 point pour ce critère, Socarenam a été indûment privée de 0,32 point pour le calcul de sa note totale.

c) Critère d'attribution « position de conduite et visibilité »

Pour ce critère d'attribution, la police fédérale a attribué 9/10 à la société Socarenam. Cependant, dans le tableau reprenant les points sous la motivation du critère en question, la police fédérale a commis une inversion entre la société Astilleros Armon et la société Socarenam, attribuant ainsi par erreur 9/10 à la société Astilleros Armon et 7/10 à la société Socarenam. Or, ce sont ces dernières cotations erronées qui ont été prises en compte pour établir le classement final des offres.

La police fédérale a commis une erreur matérielle qui s'apparente à une erreur manifeste d'appréciation, avec pour conséquence une erreur dans les points attribués à la société Socarenam. En recevant la note de 1,4 point au lieu de la note de 1,8 pour ce critère, Socarenam a été indûment privée de 0,4 point pour le calcul de sa note totale.

La décision motivée d'attribution est entachée de trois erreurs matérielles qui ont indûment privé la société Socarenam de 1,72 point (1 point + 0,4 point + 0,32 point) pour le calcul de sa note totale.

Or, vu l'écart de 1,51 point retenu par la décision motivée d'attribution entre la société Chantiers Allais (classée première par la décision motivée d'attribution) et Socarenam (classée seconde par la décision motivée d'attribution), l'octroi de 1,72 point supplémentaire à Socarenam aurait pour effet de modifier le classement des offres.

Il s'impose en conséquence de procéder au retrait de la décision attaquée.

3 Conclusion générale

Eu égard à l'ensemble des éléments qui précèdent, la décision motivée d'attribution du 17 décembre 2018 est entachée de plusieurs irrégularités, qui justifient de procéder à son retrait (ledit retrait intervenant dans le délai ouvert contre cette décision pour le recours en annulation visé par l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État).

4 Décision

En vertu des motifs qui précèdent, le pouvoir adjudicateur décide de retirer la décision motivée d'attribution du 17 décembre 2018.

".

IV. Intervention

Par une requête introduite le 12 mars 2019, la société de droit français SOCIÉTÉ DE CONSTRUCTIONS, DE RÉPARATIONS NAVALES ET DE

MÉCANIQUE, en abrégé SOCARENAM, demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

En tant que soumissionnaire dans le cadre du marché public litigieux dont l'offre a été classée deuxième, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

Le premier moyen est pris de la violation de :

" • la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, en ses articles 13 et 15 ;
• la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, en toutes ses dispositions ;
• la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en ses articles 2 et 3 ;
• des principes généraux du droit, en ce compris le principe de bonne administration et de motivation des actes administratifs"

En ce que l'acte attaqué se limite au retrait de la décision d'attribution, et ne décide pas d'arrêter la procédure;

Alors que l'acte attaqué constate que le marché serait régi par la réglementation relative à la défense, et en particulier par la loi du 13 août 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, et par 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;

Que, ce faisant, il commet une erreur de droit puisque la réglementation applicable à la commande des bateaux n'est pas celle relative à la défense et à la sécurité, mais est la loi du 15 juin 2006, précitée, et ses arrêtés d'exécution

Que — première branche — ni l'avis de marché, ni le cahier spécial des charges, ni l'acte attaqué n'exposent ce qui permettrait de faire application de la réglementation spécifique relative à la défense, en méconnaissance de l'obligation de motivation formelle et matérielle des actes administratifs ;

Que — deuxième branche — l'objet de la commande: des bateaux, ne la fait pas ressortir au champ d'application *ratione materiae* de la législation spécifique à la défense : du matériel militaire ou de sécurité".

La requérante fait valoir qu'elle a intérêt au moyen pour les motifs suivants :

" 16. L'adjudicateur n'a pas le libre choix de la réglementation applicable à une commande publique, dès lors que tant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics, que la loi du 13 août 2011 relative aux marchés dans les domaines de la défense et la sécurité sont d'ordre public.

Cet élément suffit, à lui seul, à justifier l'intérêt au moyen. En effet, la requérante ne doit pas disposer d'un intérêt à soulever un moyen pour qu'il soit recevable dès lors qu'il s'agit d'un moyen d'ordre public.

17. En outre, la procédure utilisée pour la mise en concurrence est une procédure négociée avec publicité, qui est de droit commun dans les domaines de la défense et de la sécurité, mais pas dans les secteurs classiques. C'est alors, à tort, qu'il a été fait usage de la procédure négociée.

18. Qui plus est, le marché est conçu sous la forme d'un accord-cadre, d'une durée supérieure à 4 années, alors que la loi du 15 juin 2006 limite ainsi la durée des marchés, à moins qu'une motivation particulière ait été anticipée. La durée du marché, à défaut d'une motivation, n'est donc pas régulière.

19. En décidant de retirer la décision d'attribution, sans toutefois mettre fin à la procédure d'attribution, l'acte attaqué ne tire pas les conséquences de la violation alléguée, et doit être censuré.

La requérante a d'autant plus intérêt au moyen que l'acte attaqué, en ce qu'il contient des développements relatifs à la sélection qualitative de l'entreprise, et à la cotation des offres, qui peuvent emporter comme conséquence la désignation d'un autre attributaire au présent marché".

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'acte attaqué a pour seul objet le retrait de la décision d'attribution du 17 décembre 2018. Il s'agit d'un retrait pur et simple, intervenant en dehors du contexte d'une renonciation au marché ou d'une relance de la procédure.

Le moyen conteste l'application au marché concerné du cadre légal et réglementaire applicable aux marchés de défense et de sécurité. Ce faisant, il ne critique pas la légalité de l'acte attaqué en tant que tel. Si la décision de retrait expose le contexte dans lequel elle intervient, notamment les "dispositions applicables au marché" ou l'"objet du marché", elle ne se fonde ni sur la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, ni sur 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. Le retrait est décidé pour le motif qu'un "nouvel examen du dossier administratif", effectué à la suite de l'introduction d'un recours en suspension d'extrême urgence par la société SOCARENAM, a fait apparaître que "la décision motivée d'attribution du 17 décembre est entachée de plusieurs motifs d'irrégularité, qui justifient de procéder à son retrait".

Le moyen reproche en réalité au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir décidé d'arrêter la procédure, c'est-à-dire de ne pas avoir adopté une décision qu'en vertu de son pouvoir d'appréciation, il pourrait prendre, ou ne pas prendre, à la suite de

l'acte attaqué. Il est donc dépourvu de pertinence et paraît, *prima facie,* irrecevable. Il n'est pas sérieux.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

Le deuxième moyen est pris de la violation :

" • des articles 10 et 11 de la Constitution ;
• de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et en particulier de son article 4 ; de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité et en particulier de son article 5 ;
• de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, l'information et aux voies de recours et en particulier de ses articles 4 et 5 et ses articles 36 et 37 ;
• de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés dans les secteurs classiques et en particulier des articles 67 à 79 ; ainsi que de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif 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 et en particulier de ses articles 69 à 84 ;
• des documents du marché et en particulier de l'avis de marché ;
• des principes de bonne administration, *patere legem quam ipse fecisti* et de légitime confiance ;
• des principes de transparence, non-discrimination et égalité entre les candidats et les soumissionnaires ;
• de l'erreur manifeste d'appréciation ;
• pour autant que de besoin, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs en ses articles 2 et 3.

En ce que la décision attaquée indique que :

a) En matière de capacité financière et économique

Le point 3 de l'annexe B de l'appel à candidatures prévoyait que : «Le candidat transmettra un document avec une déclaration (voir annexe C) concernant le chiffre d'affaires moyen de la société relatif à l'objet du marché au cours des trois (3) derniers exercices avec un minimum par exercice de 2 200 000,00 € hors TVA.». Pour ce critère, la société CHANTIERS ALLAIS a joint à sa demande de participation un document PDF reprenant une déclaration relative au chiffre d'affaires de la société EFINOR. Ce document est par ailleurs signé de façon manuscrite par le directeur général de la société EFINOR. Cependant, l'article 79 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 dispose que lorsqu'un candidat fait valoir la capacité d'autres entités, celui-ci doit produire l'engagement de l'entité en question de mettre sa capacité à disposition du candidat. Cette possibilité était en l'espèce laissée aux soumissionnaires par le point 1.2 de l'annexe B de l'appel à candidatures, lequel renvoyait par ailleurs au modèle de déclaration d'engagement (annexe 1 de l'appel à candidatures) devant être utilisé obligatoirement. Or, la demande de participation de la société CHANTIERS ALLAIS ne comporte aucune déclaration établie selon le modèle de l'annexe 1 de l'appel à candidatures, ni sous une quelconque autre forme, par laquelle la société EFINOR s'engage à mettre sa capacité financière et économique à disposition de la société CHANTIERS ALLAIS.

b) En matière de capacité technique ou professionnelle

Le point 3 de l'annexe B de l'appel à candidatures prévoyait que «Le candidat transmettra une liste (voir annexe E) avec au minimum deux livraisons relatives à des bateaux construits par lui-même qui sont mises en œuvre dans la Zone

exclusive économique belge et/ou la ZEE des pays voisins effectuées au cours des cinq dernières années indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le montant total des livraisons doit atteindre minimum 1 000 000,00 EUR hors TVA.». Pour ce critère, la société CHANTIERS ALLAIS a joint à sa demande de participation une liste de 6 bateaux qui sont mis en œuvre dans la Zone exclusive économique belge et/ou la ZEE des pays voisins. Cependant, parmi ces six références, seule la référence relative au bateau «JLD Maëly» est propre à la société CHANTIERS ALLAIS. Les autres références présentées sont des livraisons effectuées par la société MSI SOLUTIONS (une société française actuellement en liquidation). Or, la demande de participation de la société CHANTIERS ALLAIS ne comporte :
- aucune déclaration établie selon le modèle de l'annexe 1 de l'appel à candidatures, ni sous une quelconque autre forme, par laquelle la société MSI SOLUTIONS s'engage à mettre sa capacité technique ou professionnelle à disposition de la société CHANTIERS ALLAIS (si tant est que pareil engagement par une société en liquidation eut été autorisé).
- Aucun autre élément permettant d'établir à quel titre la société CHANTIERS ALLAIS devrait être autorisée à se prévaloir des références de cette entité juridique.

Alors que, première branche, d'une part, la société mère EFINOR s'engage bien à mettre sa capacité financière et économique à disposition de la société CHANTIERS ALLAIS et, d'autre part, que la partie requérante dispose bien de la capacité technique et professionnelle pour répondre au point 3 de l'annexe B de l'appel à candidature exigeant la présentation d'une liste d'«au minimum deux livraisons relatives à des bateaux construits par lui-même qui sont mis en œuvre dans la Zone exclusive économique belge et/ou la ZEE des pays voisins effectuées au cours des cinq dernières années indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le montant total des livraisons doit atteindre minimum 1 000 000,00 EUR hors TVA».

Alors que, seconde branche, si les éléments susmentionnés ne devaient pas ressortir à suffisance de la candidature de la partie requérante, qu'il revenait à la partie adverse de l'interroger et de lui permettre de compléter sa candidature".

À propos de la première branche du moyen, la requérante expose ce qui suit :

" (i) La capacité économique et financière

35. La partie requérante dispose des moyens nécessaires pour l'exécution du marché.

Elle a présenté dans son offre, la preuve selon laquelle sa société mère, Groupe EFINOR, présentait un chiffre d'affaires permettant amplement de répondre au critère de sélection qualitative :

« Cette déclaration concerne le marché public N° PROCUREMENT 2017 R3 063 relatif à un accord-cadre pluriannuel de fournitures pour l'acquisition et l'entretien de patrouilleurs au profit de la police de la navigation

EFINOR
situé à :
ZA MAISON GEORGES
50440 BEAUMONT-HAGUE
FRANCE

Déclare avoir réalisé un chiffre d'affaires annuel moyen du domaine d'activités faisant l'objet de l'accord-cadre pour les trois derniers exercices, atteignant au

minimum 2.200.000,00 EUR hors TVA
- pour 2014: 58 000 000 EUR
- pour 2015: 44 000 000 EUR
- pour 2016: 52 000 000 EUR».

Il n'est pas contestable que le Groupe EFINOR a signé cette déclaration pour servir précisément dans le cadre du marché litigieux et qu'à partir de cette attestation, le Groupe EFINOR entend bien mettre sa capacité au profit de la partie requérante.

Le fait que l'annexe dédiée n'ait pas été signée n'enlève rien à l'engagement du Groupe EFINOR.

(ii) La capacité technique et professionnelle

36. Pour ce qui concerne la liste de 6 bateaux qui sont mis en œuvre dans la Zone exclusive économique belge et/ou la ZEE des pays voisins telle que présentée par la partie requérante, il est faux de soutenir que cette liste ne permettrait pas de prouver l'expérience technique et professionnelle de la partie requérante.

La partie adverse constate que parmi ces six références :
- la référence relative au bateau «JLD Maëly» est propre à la société CHANTIERS ALLAIS.
- les autres références présentées sont des livraisons effectuées par la société MSI SOLUTIONS.

Il convient de mettre en avant le fait que la société MSI SOLUTIONS a été cédée à la SCA Groupe EFINOR par un jugement du 26 août 2016 du Tribunal du Commerce de Terre et de mer de Cherbourg […].

La société SOCARENAM ne pouvait l'ignorer compte tenu de la publicité faite sur la reprise de MSI SOLUTIONS par le Groupe EFINOR dans la presse généraliste.

Le jugement se lit notamment comme suit :

«
Vu l'offre présentée par la société SCA GROUPE EFINOR qui remplit les conditions légales,

Ordonne, sur le fondement de l'article L. 631-22 du code de commerce la cession totale des actifs et activités de la société MSI SOLUTIONS au profit de la société SCA GROUPE EFINOR, Société par actions simplifiée au capital de 5 000€, sis à BEAUMONT-HAGUE 50440, ZA Maison Georges, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de CHERBOURG sous le numéro 429 420 474, ou à toute société qui s'y substituerait, dans les termes de son offre de reprise reçue 6 juin 2016, telle que décrite ci-dessous :

- Les éléments corporels et incorporels du fonds de commerce moyennant le prix de 17 000€, prix qui s'entend « net vendeur », hors frais de mutation, impôts et taxes, soit 5 000€ pour les éléments incorporels et 12 000€ pour les éléments corporels et les immobilisations ;

».

Les références d'une société faisant partie des éléments incorporels, la SCA Groupe EFINOR s'est vu cédée l'entièreté des références de la société MSI SOLUTIONS.

37. La SCA Groupe EFINOR a été rebaptisée Société CHANTIERS ALLAIS. Les références présentées appartiennent donc toutes à la partie requérante."

À propos de la seconde branche, la requérante fait valoir ce qui suit :

" 38. S'il devait être considéré qu'il ne serait pas certain que la partie requérante disposerait de capacité financière et économique de la part de la société mère EFINOR, alors se pose la question de comprendre pourquoi la partie requérante n'est pas interrogée sur les deux points soulevés.

En effet, lors de l'analyse des candidatures, les différents candidats ont été interrogés et invités à préciser leur candidature.

C'est d'ailleurs le cas de la partie requérante qui en date du 28 février 2018 s'est vu adresser un courriel par le pouvoir adjudicateur lui demandant des informations complémentaires relatives à la candidature comme suit :

« Madame Eustache,
Je reviens vers vous au sujet de votre offre pour le marché mentionné en objet.
Après analyse de votre offre, quelques documents sont manquants :
1) Nous demandions un extrait de casier judiciaire de votre firme, je sais que cela n'existe pas en France, j'aurai besoin néanmoins d'une déclaration sur l'honneur de Monsieur Kerevan comme quoi votre société ne se trouve pas dans une situation décrite au point 2.2 de l'appel à candidatures.
2) Je n'ai pas trouvé dans une offre le document attestant que votre société ne se trouve pas dans une situation de faillite. Vous pouvez demander le document auprès du greffe du tribunal de commerce.
3) Dans votre offre, ne se trouvent pas les attestations pour le blindage comme demandé au 5ème critère des critères d'aptitude de sélection qualitative.
4) Dans votre offre, vous avez fourni le plan du EDI 1LA qui ne correspond pas vraiment à la définition d'un patrouilleur. De plus nous demandions une dimension entre 10 m et 75 m. Les plans remis font mention d'une longueur hors tout de 8 m.
5) Dans votre offre figure également, une déclaration d'engagement de la firme DN1T, pouvez-vous me à quel niveau faites-vous appel à cette société ?
Bien à vous,».

39. Dans la mesure où la partie requérante a été interrogée, il est certain que les autres candidats l'ont été également.

Si les différents candidats ont été interrogés, il n'y avait pas de raison de ne pas interroger la partie requérante sur les points de sélection qualitative repris dans la décision de retrait.

En n'interrogeant pas la partie requérante sur ces différents points, la partie adverse rompt l'égalité entre les soumissionnaires tel que prévu à l'article 4 de la loi du 15 juin 2006 et l'article 5 de la loi du 13 août 2011.

Au sujet de l'interrogation des soumissionnaires concernant la sélection qualitative, la meilleure doctrine rappelle qu'il n'est pas admissible d'interroger certains soumissionnaires, mais pas d'autres :

« c) Enfin comme cela a déjà été indiqué, le pouvoir adjudicateur doit exercer cette possibilité dans le respect du principe d'égalité. Il n'est pas admissible, à cet égard, d'inviter un soumissionnaire à compléter les documents de sélection qualitative, sans offrir la même faculté aux autres soumissionnaires qui se trouvent dans une situation comparable».

Il convient d'appliquer le même principe à l'égard des soumissionnaires.

Votre Conseil a d'ailleurs déjà jugé en ce sens :

« Le respect du principe d'égalité impose que deux soumissionnaires placés dans

une situation comparable soient, en règle, traités de la même manière. Dès lors que le pouvoir adjudicateur a décidé de demander des informations complémentaires pour les aspects des offres qui lui paraissaient manquants ou imprécis, il devait le faire de manière égale pour tous les aspects concernés, en ce qui concerne les deux offres introduites».

40. Par ailleurs, interroger un candidat au sujet de sa candidature par rapport à certains points de son offre, mais pas d'autres, revient à violer le principe de bonne administration, de légitime confiance et le principe *quam ipse fecisti*.

Sur quelle base un pouvoir adjudicateur peut-il inviter un candidat à compléter son offre sur un point particulier, mais pas sur un autre qui revêt une importance similaire ?"

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Sur la première branche

Quant à la capacité économique

Les documents du marché définissent comme suit le critère de capacité économique :

" Le candidat transmettra un document avec une déclaration (voir annexe C) concernant le chiffre d'affaires moyen de la société relatif à l'objet du marché au cours des trois (3) derniers exercices avec un minimum par exercice de 2.200.00,00 € hors TVA".

Le modèle de déclaration se présente comme suit :

" […]

Annexe C

Déclaration relative au chiffre d'affaires

Cette déclaration concerne le marché public N° PROCUREMENT 2017 R3 063 relatif à un accord-cadre pluriannuel de fournitures pour l'acquisition et l'entretien de patrouilleurs au profit de la police de la navigation
[…]".

En ce qui concerne l'appel à la capacité de tiers, il est précisé ce qui suit :

" I.2 Un candidat peut, pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités.

1.2.1 Il prouve, dans ce cas, au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition du candidat. Cette preuve sera apportée par une déclaration d'engagement établie et signée par l'entité ou les entités à laquelle (auxquelles) le candidat fait appel, sur le modèle obligatoire de déclaration repris en annexe I. Cette déclaration devra être signée par les personnes compétentes ou habilitées pour engager l'entité concernée.

1.2.2 Les articles 63, 64 et 65 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 sont aussi

applicables sur ces entités. Ceci implique que les critères d'exclusion repris au point 2 sont applicables sur ce(s) entité(s).
Le candidat doit transmettre au pouvoir adjudicateur les documents repris au point 2 concernant ces entité(s)".

La requérante a joint à sa demande de participation l'annexe C de l'appel à candidatures, à savoir la "Déclaration relative au chiffre d'affaires", remplie par la société EFINOR. Elle n'a toutefois pas joint un quelconque engagement de cette société à mettre ses moyens à sa disposition dans le cadre de l'exécution du marché. Or, un tel engagement ne peut être déduit implicitement de l'annexe C, ni des divers "indices" d'engagement dont la requérante s'est prévalue en termes de plaidoirie. La circonstance qu'EFINOR est la société-mère de la requérante s'avère à cet égard indifférente, dès lors qu'il s'agit de deux sociétés et donc de deux personnes juridiques différentes.

C'est en vain que la requérante invoque, lors de l'audience, l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 14 janvier 2016, C-234/14, lequel dit pour droit qu'il ne peut être imposé, dans le cadre du cahier spécial des charges, à un soumissionnaire qui fait valoir les capacités d'autres entités l'obligation, avant la passation dudit marché, de conclure avec ces entités un accord de partenariat ou de créer avec celles-ci une société en nom collectif. Il ne s'en déduit pas que le cahier des charges ne peut imposer la production d'une déclaration d'engagement.

En conséquence, sur la seule base des informations dont disposait le pouvoir adjudicateur, telles qu'elles figuraient dans le dossier de candidature, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas sélectionner la requérante, l'illégalité de la sélection affectant la décision d'attribution.

Quant à la capacité technique

Les documents du marché définissent comme suit le critère de capacité technique :

" Le candidat transmettra une liste (voir annexe E) avec au minimum deux livraisons relatives à des bateaux construits par lui-même qui sont mis en œuvre dans la Zone exclusive économique Belge et/ou la ZEE des pays voisins effectuées au cours des cinq dernières années indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le montant total des livraisons doit atteindre minimum 1.000.000,00 EUR hors TVA.

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

La requérante a fourni :

- une référence propre : la référence au bateau "JLD Maëly";
- des références à des livraisons effectuées par la société MSI SOLUTIONS.

Elle précise, pour la première fois en termes de requête, que "la société MSI SOLUTIONS a été cédée à la SCA Groupe EFINOR par un jugement du 26 août 2016 du Tribunal du Commerce de Terre et de mer de Cherbourg" et que "la SCA Groupe EFINOR a été rebaptisée Société CHANTIERS ALLAIS", de sorte que "les références présentées appartiennent donc toutes à la partie requérante".

Force est de constater que le dossier de candidature ne permettait pas au pouvoir adjudicateur de comprendre à quel titre la requérante pouvait se prévaloir des références aux livraisons effectuées par la société MSI SOLUTIONS. Il n'est pas contesté, à cet égard, que le jugement du 26 août 2016 n'était pas joint au dossier.

Conclusion

Il résulte des éléments qui précèdent que le pouvoir adjudicateur a pu à bon droit considérer que sa décision du 17 décembre 2018 était affectée d'une erreur d'appréciation ou, à tout le moins, qu'elle ne contenait pas les éléments de motivation permettant de justifier cette appréciation.

En sa première branche, le moyen n'est pas sérieux.

B. Sur la seconde branche

Ainsi que le relève la partie adverse, à supposer que la requérante ait été en mesure d'établir qu'elle satisfaisait aux exigences minimales de sélection qualitative si le pouvoir adjudicateur l'avait interrogée à cette fin, une telle circonstance serait sans incidence sur le constat que, en l'absence de demande en ce sens du pouvoir adjudicateur, ce dernier ne pouvait que considérer, sur la base du dossier dont il disposait, que lesdites exigences n’étaient pas rencontrées. Les critiques formulées par la requérante ne sont pas de nature à remettre en cause l'illégalité de la décision du 17 décembre 2018 ni, partant, la régularité des motifs de l'acte attaqué qui n'a d'autre objet que de procéder à son retrait. Ces critiques ne présentent aucune pertinence à l'égard de la décision de retrait. Elles portent en réalité sur la procédure antérieure à la décision sélection et à la décision d'attribution. Elles peuvent aussi être considérées comme anticipant une réfection potentielle de la décision d'attribution, dans l'hypothèse où la partie adverse décidait de ne pas sélectionner la requérante sans l'avoir invitée à compléter ou à préciser les documents de sélection.

En sa seconde branche, le moyen doit, *prima facie*, être déclaré irrecevable. Il n'est pas sérieux.

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèse de la requérante

Le troisième moyen est pris de la violation :

" • de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et en particulier de son article 4 ; de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité et en particulier de son article 5 ;
• de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, l'information et aux voies de recours et en particulier de ses articles 4 et 5 et ses articles 36 et 37 ;
• de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés dans les secteurs classiques et en particulier de son article 109 ; ainsi que de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif 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 et en particulier de son article 114 ;
• des principes de bonne administration et de légitime confiance ;
• des principes de transparence, non-discrimination et égalité entre les soumissionnaires."

La requérante soutient qu'elle "a intérêt au moyen dans la mesure où l'acte attaqué contient des éléments relatifs à la façon dont les négociations se sont déroulées, lesquels éléments peuvent emporter comme conséquence la désignation d'un autre attributaire au présent marché".

Elle développe son moyen comme suit :

" Il ressort de la décision de retrait que différents éléments techniques ont été discutés lors des négociations avec le soumissionnaire SOCARENAM et que SOCARENAM a déposé une nouvelle offre suite aux négociations.

Or, lors des réunions dites de «négociation», il n'y a pas eu de négociation, mais uniquement des clarifications. À aucun moment lors des négociations avec le pouvoir adjudicateur, il n'a été proposé à la partie requérante d'améliorer son offre sur de tels éléments, alors que cela lui aurait justement permis de proposer une offre allant au-delà des prescriptions du cahier spécial des charges.

Il va de soi que si une telle occasion avait été offerte à la partie requérante, elle aurait pu revoir son offre et obtenir les quelques dixièmes de points qui feraient qu'elle passerait à nouveau première classée.

Une telle différence de traitement entre les soumissionnaires viole l'article 4 de la Loi du 15 juin 2006 susmentionnée, ainsi que l'article 5 de la Loi du 23 août 2011, l'article 109 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et l'article 114 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Cette différence de traitement traite aussi les principes essentiels de transparence, de bonne administration, d'égalité entre les soumissionnaires, mais également de légitime confiance.

Votre Conseil a déjà, à plusieurs reprises, censuré un manque de traitement égalitaire des soumissionnaires dans le cadre des négociations, même sans publicité et même pour les marchés de faible montant :

« L'autorité dispose dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité d'une marge de manœuvre la plus ample qui soit. Toutefois, indépendamment du respect des conditions dans lesquelles il peut être recouru à cette procédure, le pouvoir adjudicateur se doit également d'observer dans pareil cas les règles de "bonne administration", dont le principe d'égalité entre soumissionnaires.

Si le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation et de négociation des conditions du marché dans la procédure négociée avec publicité, particulièrement dans les secteurs spéciaux, il reste néanmoins tenu de respecter les principes d'égalité et de transparence ainsi que les règles qu'il s'est lui-même fixées dans l'avis de marché et le cahier spécial des charges. Dans l'application de ces principes, il y a lieu de tenir compte de la complexité et de l'importance du marché à attribuer.

Conformément à l'article 92 de la loi du 17 juin 2016 et à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016, les principes d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité sont applicables aux marchés publics de faible montant et imposent au pouvoir adjudicateur de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et d'agir d'une manière transparente et proportionnée.
(…)
Les principes d'égalité et de transparence imposent au pouvoir adjudicateur, lorsque celui-ci procède à des négociations, de mener celles-ci dans le strict respect de l'égalité "procédurale" entre les soumissionnaires, ce qui implique, entre autres choses, que chacun de ceux-ci reçoive les mêmes informations utiles à l'élaboration et à l'amélioration de son offre et doive avoir les mêmes possibilités d'améliorer son offre.
[…]»".

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Le troisième moyen tend à reprocher à la partie adverse de ne pas avoir donné à la requérante, dans le cadre de la négociation, la possibilité d'améliorer son offre par le dépôt d'une nouvelle offre, alors qu'il a laissé cette possibilité à d'autres soumissionnaires. Une telle critique porte soit sur la décision d'attribution du 17 décembre 2018 soit, de manière prématurée, sur une hypothétique décision que le pouvoir adjudicateur serait susceptible d'adopter, après le retrait de la décision du 17 décembre 2018.

Au terme d'un examen *prima facie*, le troisième moyen paraît dépourvu de pertinence à l'égard de l'acte attaqué et, partant, irrecevable. Il n'est pas sérieux.

VIII. Quatrième moyen

VIII.1. Thèse de la requérante

Le quatrième moyen est pris de la violation :

" • de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et en particulier de ses articles 5 et 25 ;
• de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité et en particulier de son article 5 ;
• de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, l'information et aux voies de recours et en particulier de ses articles 4 et 5 et ses articles 36 et 37 ;
• de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif 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 et en particulier de ses articles 112 ;
• du cahier spécial des charges ;
• des principes de bonne administration et de légitime confiance ;
• des principes de transparence, non-discrimination et égalité entre les soumissionnaires ;
• de l'erreur manifeste d'appréciation ;
• pour autant que de besoins, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs en ses articles 2 et 3.

En ce que la méthode d'évaluation des offres utilisée pour l'analyse de certains critères ou sous-critères d'attribution est disproportionnée ;

Alors que, si le pouvoir adjudicateur a le loisir de choisir la méthode d'évaluation des offres, il ne pourrait opérer ce choix de manière disproportionnée."

Elle fait valoir qu'elle a intérêt au moyen "dans la mesure où l'acte attaqué contient des développements relatifs à la cotation des offres, lesquels peuvent emporter comme conséquence la désignation d'un autre attributaire au présent marché". Elle expose que, "à lire la décision attaquée, l'écart entre la partie requérante et SOCARENAM n'est plus que de 0,22 points" et que du fait de cette différence minime de points entre elle et SOCARENAM, la reconnaissance d'une erreur dans l'appréciation d'un seul critère lui permettrait de passer première.

Elle expose ce qui suit :

" 48. Selon la jurisprudence en vigueur, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'annoncer dans l'avis de marché ou le cahier des charges la méthode d'évaluation qu'il appliquera afin d'évaluer et de classer les offres par rapport aux circonstances de l'espèce.

Il est en effet considéré que le pouvoir adjudicateur doit pouvoir disposer d'une certaine liberté dans l'accomplissement de sa tâche.

Par contre, il est tenu d'annoncer tout élément pouvant potentiellement avoir une incidence sur la préparation des offres.

49. Dans le cas présent, plusieurs critères sont cotés de façon à ce que le soumissionnaire qui se conforme au prescrit du cahier des charges obtienne «0» et que seules les améliorations soient prises en considération. Le fait que les offres répondant aux prescrits des exigences techniques seraient cotées à «0» n'était absolument pas annoncé.

De la sorte, on constate par exemple pour le critère «pression sonore», la partie requérante, tout en respectant le prescrit technique, ne se voit octroyer aucun point alors qu'une amélioration minime dans le chef des autres soumissionnaires leur a permis d'obtenir 5 points. Une cotation plus proportionnée de ce critère aurait permis à la partie requérante d'être classée première même en prenant les erreurs identifiées par la société SOCARENAM dans le cadre de son recours introduit le 31 décembre 2018.

[…]

Votre Conseil a déjà rappelé la nécessité de la prévisibilité de la méthode d'évaluation des offres comme suit :

« La question qui se pose est toutefois de savoir si une telle obligation d'information préalable ne s'impose cependant pas dans certaines circonstances, notamment lorsqu'il peut être raisonnablement considéré que, si la méthode d'évaluation retenue par le pouvoir adjudicateur avait été préalablement communiquée aux soumissionnaires au stade des documents du marché, celle-ci aurait immanquablement eu une influence sur la préparation des offres.
(…)
Compte tenu de cette jurisprudence de la Cour et même s'il peut être considéré qu'il y a lieu de laisser une marge d'appréciation plus étendue au pouvoir adjudicateur lorsque celui-ci détermine, ex post, une méthode d'analyse ou d'évaluation des offres, que lorsqu'il décide de fixer ex post des coefficients de pondération de sous-critères correspondant aux critères d'attribution préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires, il semble raisonnable d'appliquer à la détermination d'une méthode d'analyse ou d'évaluation des offres les trois mêmes exigences que celles posées par la jurisprudence de la Cour de justice, s'agissant de la fixation par un pouvoir adjudicateur de coefficients de pondération de sous-critères d'attribution après la présentation des offres (CJUE, arrêt Evropaïki Dynamiki/EMSA, précité, point 33; CJUE, arrêt ATI EAC c/ Viaggi di Maio, C-331/04, point 32). Le recours ex post à une méthode d'évaluation des critères d'attribution d'un marché qui n'a pas été préalablement portée à la connaissance des soumissionnaires n'est admissible que sous réserve du respect des trois conditions suivantes : le recours à cette méthode d'évaluation ne doit tout d'abord pas avoir pour effet de modifier les critères d'attribution du marché définis dans les documents du marché ou d'altérer la pondération annoncée de ces mêmes critères, notamment en ayant pour effet de privilégier le poids d'un critère sur un autre alors que cela n'avait pas été préalablement annoncé; cette méthode d'évaluation ne peut ensuite pas contenir d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation; enfin, cette méthode ne peut avoir été adoptée d'une manière qui a pour effet de prendre en compte des éléments susceptibles d'avoir un impact discriminatoire envers l'un des soumissionnaires».

Par conséquent, s'il s'agissait d'octroyer une note de «0» aux soumissionnaires qui respectaient les exigences techniques et la note maximale à ceux qui formulaient une offre très légèrement améliorée par rapport à ces mêmes exigences, la méthode aurait dû être communiquées aux différents soumissionnaires.

En fonctionnant de la sorte, le pouvoir adjudicateur a rendu son analyse totalement imprévisible avec des conséquences concrètes sur le classement puisque le candidat répondant exactement à la performance technique requise est défavorisé

par rapport à celui qui propose des performances allant au-delà de ce qui est demandé.

50. Le même constat d'imprévisibilité peut être fait par rapport à certains critères dont l'évaluation ne correspond pas au cahier spécial des charges. Il en va ainsi de :
a) Point n° 016 : critère de classification. Le cahier des charges avantage les bateaux pouvant naviguer à 12 Miles de la côte, ce que tous les candidats ont proposé. Or ces derniers ont été départagés d'après un critère de hauteur de vague non requis au cahier des charges (cahier des charges, page 12/23).
b) Point n° 089 et 070 : critère de manipulation du mât et de la grue. Au vu de l'intitulé du tableau au chapitre 16 du cahier des charges, seuls la mâture et le bossoir évoqué au point n° 234 devaient être analysés, or dans les faits le mat et la plate-forme plongeurs ont été analysés et notés.

À cet égard, votre Conseil a déjà considéré que :

« Un pouvoir adjudicateur ne peut modifier a posteriori, au stade de l'évaluation des offres, un critère d'attribution en introduisant dans son évaluation des considérations étrangères à l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse. Une telle modification reviendrait, en effet, à dénaturer ce critère et, partant, à le rendre imprévisible».

51. Enfin, la société CHANTIERS ALLAIS considère avoir été lésée dans la notation des points suivants :
a) Point N° (non indiqué) : position de conduite et visibilité. Le pouvoir adjudicateur indique que « tous les soumissionnaires prévoient une visibilité maximale […]) la seule différence semble provenir de fenêtres (non demandées au cahier des charges) permettant une visibilité vers le haut. Cela ne justifie pas un écart de 4 points sur 10 par rapport aux Astilleros ARMON
b) Point n° 258 et 100 : espaces de stockage. Le pouvoir adjudicateur indique une nette préférence pour le nombre, le volume et la disposition des espaces de rangement, aussi la Société Chantiers ALLAIS aurait pu s'attendre à une note supérieure à 8/10
c) Point n° 033 : création de vague à 8 et 16 km/h. La hauteur de vague générée par la carène de la société Chantiers ALLAIS est toujours largement inférieure à celle des autres soumissionnaires, excepté une fois, à 8 km/h contre un mur droit d'un canal de 50 mètres de largeur. Cet unique et infime écart de 1 mm ne justifie pas la non-obtention de la note maximale, au vu des autres écarts constatés et des efforts importants d'optimisation de la carène demandés à notre architecte.

À nouveau, la méthode d'évaluation retenue et les cotations octroyées lèsent la partie requérante".

VIII.2 Appréciation du Conseil d'État

Le quatrième moyen critique la méthode d'évaluation des offres utilisée pour l'analyse de certains critères ou sous-critères d'attribution, que la requérante estime disproportionnée. Ce moyen porte en réalité, soit sur la décision d'attribution du 17 décembre 2018 soit, de manière prématurée, sur une hypothétique décision que le pouvoir adjudicateur serait susceptible d'adopter, après le retrait de la décision du 17 décembre 2018.

Au terme d'un examen *prima facie*, le quatrième moyen paraît dépourvu de pertinence à l'égard de l'acte attaqué et, partant, irrecevable. Il n'est pas sérieux.

IX. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

X. Confidentialité

La partie requérante dépose la déclaration relative à son chiffre d'affaires signée par la société EFINOR et son offre à titre confidentiel (pièces 1 et 2 de son dossier confidentiel). Elle précise par ailleurs que, si la partie adverse venait à déposer son offre, il y aurait lieu d'en préserver la confidentialité.

La partie adverse dépose, quant à elle, les demandes de participation des différents candidats, les offres des soumissionnaires, les échanges qu'elle a eus avec ces derniers concernant leurs offres ainsi qu'une note interne à la Police fédérale du 29 mai 2012 relative au champ d'application de la Loi Défense et Sécurité en sollicitant qu'ils restent confidentiels (pièces A à I du dossier administratif).

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en garantir provisoirement la confidentialité.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société de droit français SOCARENAM est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 1 et 2 du dossier confidentiel de la requérante et les pièces A à I du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

La partie requérante supporte les autres dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros, accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^{e} chambre siégeant en référé, le vingt et un mars deux mille dix-neuf par :

MM. Imre KOVALOVSZKY, président de chambre,
Vincent DURIEUX, greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX. Imre KOVALOVSZKY.