

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

A R R Ê T

n° 245.885 du 24 octobre 2019

A. 229.148/VI-21.603

En cause : **1. la société anonyme SEMLEX EUROPE,**
2. la société de droit lituanien UAB GARSU PASAULIS,
3. la société de droit français IN CONTINU ET
SERVICES SAS,
ayant élu domicile chez
M^{es} Kris WAUTERS, Sophie BLEUX et
Jorien VAN BELLE, avocats,
chaussée de la Hulpe 187
1170 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par
le Ministre des Affaires étrangères,
ayant élu domicile chez
M^{es} Marie SCULIER et
Marie VASTMANS, avocats,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 18 septembre 2019, la société anonyme SEMLEX EUROPE, la société de droit lituanien UAB GARSU PASAULIS et la société de droit français IN CONTINU ET SERVICES SAS demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- " - la décision motivée de sélection du 21 août 2019 avec laquelle les parties requérantes n'ont pas été sélectionné pour le marché public portant sur la production, le stockage, la personnalisation et la livraison de passeports électroniques destinés aux administrations communales en Belgique et aux postes consulaires belges à l'étranger, la production de passeports provisoires destinés au SPF Affaires Etrangères ainsi que la livraison, l'installation et la maintenance d'une PKI-ICAO et d'un N-PKD (référence n° SPF AE-DGC/C2/PASP-2019/001-F02) et de la décision de sélection de la société momentanée Zetes – Gemalto OY d'une date inconnue. – la première décision attaquée.
- la décision d'attribution de date inconnue avec laquelle le marché public portant sur la production, le stockage, la personnalisation et la livraison de passeports électroniques destinés aux administrations communales en Belgique et aux postes consulaires belges à l'étranger, la production de passeports provisoires destinés au SPF Affaires Etrangères ainsi que la livraison, l'installation et la

maintenance d'une PKI-ICAO et d'un N-PKD (référence n° SPF AE-DGC/C2/PASP-2019/001-F02) aurait être attribué, le cas échéant, à la société momentanée Zetes – Gemalto OY d'une date inconnue. – la deuxième décision attaquée".

II. Procédure

Par une ordonnance du 19 septembre 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 1^{er} octobre 2019 à 10 heures.

Par une lettre du 20 septembre 2019, l'audience a été remise à la date du 3 octobre 2019 à 9.30 heures.

À l'audience du 3 octobre 2019, l'affaire a été mise en continuation à la date du 16 octobre 2019 à 10 heures.

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

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^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Kris WAUTERS et Sophie BLEUX, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, M^{es} Marie SCULIER et Marie VASTMANS, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis DELVAX, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis contraire.

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

III. Exposé des faits utiles

Le 29 avril 2019 est paru au Bulletin des adjudications un avis de marché relatif à la production, au stockage, à la personnalisation et à la livraison de passeports en Belgique ainsi qu'à l'étranger. Un avis a également été publié au Journal Officiel de l'Union européenne du 2 mai 2019.

La procédure choisie est celle de la procédure concurrentielle avec négociation. Les demandes de participation devaient être introduites pour le 7 juin 2019 à 10 heures.

Un avis rectificatif a été publié au Bulletin des adjudications le 13 mai 2019 et au Journal Officiel de l'Union européenne le 15 mai 2019.

Le 21 août 2019, la partie adverse décidé de ne pas sélectionner le consortium formé par les parties requérantes et de sélectionner le consortium "Zetes SA – Gemalto OY". Il s'agit du premier acte attaqué.

La partie adverse indique, dans sa note d'observations, qu'elle n'a pas encore adopté de décision d'attribution.

IV. Recevabilité de la demande en tant qu'elle porte sur le second objet

Les requérantes exposent que le second objet de leur demande n'est repris que "dans l'hypothèse où l'attribution aurait eu lieu". La partie adverse indique, toutefois, qu'elle n'a pas encore adopté de décision d'attribution de telle sorte que le second acte attaqué est inexistant.

Dès lors que la partie adverse n'a pas encore attribué le marché litigieux, la demande est irrecevable en son second objet.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse des parties requérantes

Les parties requérantes prennent un deuxième moyen de la violation de l'article 57 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, du principe de la motivation matérielle et du principe de prudence en tant que principe de bonne administration et du principe de la libre concurrence. Elles résument ce moyen comme suit :

" En ce que la partie adverse a fixé la durée totale du marché public, y compris les renouvellements, à 10 ans;

Alors qu'en vertu de l'article 57 de la Loi relative aux marchés publics, la durée de marchés publics, y compris les reconductions, sont généralement limités à quatre ans;

Que les documents d'appel d'offres n'indiquent pas pourquoi il serait nécessaire de déroger à la règle générale de quatre ans;

Que le marché public ait une durée de dix ans, soit plus du double de la règle générale de quatre ans;

Qu'il n'y a pas de particularités du marché qui justifient une période plus longue que quatre ans;

Qu'une période de dix ans restreint la libre concurrence parce que le marché concerné a une durée d'au moins dix ans;

Que la décision de non sélection des parties requérantes se base notamment sur le fait que le marché va avoir une durée de 10 ans; que le niveau concernant la capacité financière est ainsi déterminé de manière disproportionnée en fonction de la durée du marché;

Le moyen est sérieux".

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen est irrecevable en tant qu'il invoque le principe de prudence à défaut d'indiquer précisément et concrètement en quoi ce principe aurait été violé.

L'article 57 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit ce qui suit :

" Lorsque le pouvoir adjudicateur en démontre la nécessité, il peut recourir à un marché fractionné en une ou plusieurs tranches fermes et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Bien que la conclusion du marché porte sur l'ensemble du marché, elle n'engage le pouvoir adjudicateur que pour les tranches fermes. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur portée à la connaissance de l'adjudicataire selon les modalités prévues dans les documents du marché initiaux. L'exécution de la tranche conditionnelle ne peut pas changer la nature globale du marché.

Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché initiaux. La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché. La reconduction ne peut pas donner lieu à un changement de la nature globale du marché.

Les clauses prévues au présent article doivent être rédigées de manière claire, précise et univoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des éventuelles conséquences qui peuvent en résulter ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

Le Roi peut fixer les modalités additionnelles pour l'utilisation des marchés à tranches fermes et conditionnelles, ainsi que pour l'utilisation des clauses de reconduction".

Si cette disposition n'exclut pas qu'il soit dérogé à la durée maximale de quatre ans ainsi fixée, encore faut-il qu'une telle dérogation soit dûment justifiée. S'il ne peut être reproché au pouvoir adjudicateur de n'avoir pas indiqué les motifs de cette dérogation avant l'adoption de la décision d'attribution du marché, particulièrement de ne pas l'avoir fait dans le cahier spécial des charges ou dans l'avis de marché, le

dossier administratif doit permettre de vérifier que le pouvoir adjudicateur a bien considéré en temps utiles que des motifs justifiaient une telle dérogation.

En l'espèce, la partie adverse dépose une note au Conseil des Ministres du 26 mars 2019 justifiant la durée du marché comme suit :

- " En outre, la durée du contrat proposé doit être assez longue pour les raisons suivantes :
- L'adjudicataire doit d'abord faire lui-même des investissements considérables pour :
 - concevoir un nouveau type de passeport (design, plaques d'impression, filigrane, ...);
 - adapter et configurer sa ligne de production pour la production et la personnalisation du nouveau type de passeport;
 - acheter les matières premières (éléments de sécurité, papier, encres, puces,...) chez ses fournisseurs;
 - prévoir un site de personnalisation à une distance raisonnable de Bruxelles en vue de contrôles réguliers du pouvoir adjudicateur (p.ex. destruction de passeports avec des erreurs de production) et d'une procédure super urgente garantie (délivrance dans les 4 heures après la demande, samedi matin inclus, au guichet central de passeports à Bruxelles);
 - soit prévoir lui-même un service de transport sécurisé pour les livraisons, soit trouver un sous-traitant pour ce faire;
 - pour info : l'exécution des travaux préparatoires mentionnés ci-dessus a duré 9 mois pour le contrat actuel (août 2013 - avril 2014), et ceci dans le but de livrer un livret passeport identique à celui du contrat précédent, alors que maintenant, il s'agit d'un concept complètement nouveau;
 - acheter ou développer lui-même les hardware et software nécessaires pour la livraison d'un PKI-ICAO et d'un N-PKD, si ces parties sont attribuées.
 - Par la complexité de la production d'un nouveau type de passeport, il n'est pas réaliste ou réalisable de changer de fabricant ou de type de passeport tous les 4 ans.
 - Si le contrat avait une durée trop courte (p.ex. les 4 ans habituels), le risque qu'aucun fabricant de passeport sérieux n'introduise d'offre serait considérable. En effet, les investissements sont trop lourds pour les récupérer avec une marge bénéficiaire suffisante dans les quatre ans.

Je plaide donc pour une durée de contrat comparable au contrat attribué récemment par le SPF Intérieur pour la production, la personnalisation et la livraison des eID, un marché public semblable par sa nature et complexité, qui a été conclu immédiatement pour une durée fixe de 10 ans avec ensuite 4 prolongations de chaque fois 6 mois possibles. Mes services proposent cependant une formule un peu plus souple 7 ans (fixe) + trois prolongations tacites de chaque fois 1 an (donc au total maximum 10 ans), ce qui donne la possibilité de, si nécessaire, déjà terminer le contrat après 7 ans, p.ex. si le service du fabricant laissait beaucoup à désirer".

La partie adverse a, dès lors, bien en temps utiles estimé que, pour les motifs mentionnés dans cette note au Conseil des Ministres et touchant notamment aux investissements nécessaires qui y sont concrètement décrits, il se justifiait de déroger à la durée maximale de quatre ans.

Lors de l'audience des 3 et 16 octobre 2019, les parties requérantes n'ont pas contesté la pertinence de ces motifs. Dans leur demande de suspension, elles

exposent que même si des investissements étaient nécessaires, ils ne justifieraient pas un allongement de six ans par rapport à la règle générale de quatre ans. Les parties requérantes n'apportent, toutefois, aucun élément concret à l'appui de cette affirmation et n'établissent, dès lors, pas que le pouvoir adjudicateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que "les investissements sont trop lourds pour les récupérer avec une marge bénéficiaire suffisante dans les quatre ans" et en fixant, en conséquence, la durée du marché à sept ans avec trois prolongations tacites de un an. Elles n'établissent pas davantage que serait entachée d'une telle erreur manifeste l'appréciation de la partie adverse selon laquelle une durée plus longue permettant aux opérateurs économiques de mieux amortir leurs investissements avec une marge bénéficiaire suffisante est de nature à attirer des entreprises sérieuses.

Enfin, les affirmations des parties requérantes selon lesquelles le calendrier du marché "semble d'être fait pour favoriser l'entreprise actuelle" sont dépourvues de toute pertinence au regard de la portée du moyen qui conteste la durée du marché. Au surplus, ces affirmations ne sont pas sérieuses dès lors que la note au Conseil des Ministres du 26 mars 2019 énonce ce qui suit :

- " • Tenant compte des expériences antérieures, il peut être estimé que la procédure d'attribution prendra plus ou moins un an après la publication de l'avis de marché (sous réserve de possibles problèmes juridiques ou techniques qui pourraient survenir). En vue de l'évaluation des critères d'attribution « qualité des spécimens » et « sécurité de la chaîne de production », un labo indépendant devra en effet tester les spécimens de passeports proposés et des audits de sécurité devront être réalisés chez tous les soumissionnaires pendant la procédure d'attribution.
- D'après la prospection de marché exécutée par mes services, un nouvel adjudicataire a besoin d'environ un an après l'attribution du marché pour mettre en place une ligne de production pour les nouveaux passeports (y compris la conception de ces nouveaux passeports).
- Le contrat actuel expire le 30 avril 2021.
- Tenant compte des éléments mentionnés ci-dessus, le contrat doit donc être attribué au plus tard fin avril 2020 et l'avis de marché doit se faire au plus tard fin avril 2019".

Le deuxième moyen qui, tel qu'il est formulé dans la demande de suspension, repose sur le présupposé que rien ne justifiait que le marché ait une durée de plus de quatre ans, n'est, dès lors, pas sérieux.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse des parties requérantes

Les parties requérantes prennent un premier moyen de la violation des articles 5 et 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, 67 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 "portant attribution de marchés publics dans les secteurs

classiques" [lire "relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques"], du principe de traitement égal et du principe de motivation matérielle. Elles résument ce moyen comme suit :

- " En ce que la partie prévoit, dans le cadre du critère de sélection « capacité économique et financière », la présente condition: « Chiffre d'affaires global annuel : minimum 150.000.000 EUR » et un « Chiffre d'affaires spécifique annuel en rapport avec la production, la personnalisation et la livraison des documents de voyage et/ou d'identité: minimum 17.000.000 EUR».

Que la partie adverse a basé sa décision de non-sélection des parties requérantes sur un manquement à cette exigence;

Alors que, conformément à l'article 71 de la Loi relatives aux marchés publics et à l'article 67 de l'AR Passation, la preuve d'un critère de sélection doit être limité à ce qui est propre à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer;

Que l'article 67, § 3, al. 2 de l'AR Passation, prévoit qu'en règle générale, le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser ne peut pas dépasser le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures; que le pouvoir adjudicateur doit indiquer les principales raisons justifiant une telle exigence dans les documents du marché;

Que la preuve concernant des critères de sélection ne peut être adaptée à un candidat spécifique dans le but de le favoriser; qu'en vertu de l'article 5 de la loi relatives aux marchés publics, un marché public ne peut être établi dans le but de restreindre artificiellement la concurrence;

Que le critère de sélection « Chiffre d'affaires global annuel : minimum 150.000.000 EUR » est disproportionné par rapport à l'objet du marché et va au-delà de ce qui est nécessaire pour garantir que le candidat dispose des ressources financières nécessaires à l'exécution du marché;

Que le chiffre d'affaires minimum demandé en l'espèce est supérieur au double de la valeur estimée du marché sans aucune justification à cet égard;

Que le critère de sélection « Chiffre d'affaires global annuel : minimum 150 000 000 EUR » restreint artificiellement la concurrence car un seul candidat remplit ce critère; Qu'ainsi cette disposition du cahier des charges est illégale;

Que dans la mesure où la première décision attaquée se base uniquement sur la méconnaissance de cette exigence du cahier des charges, l'obligation de motivation matérielle manque;

Le moyen est sérieux".

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Selon l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, le pouvoir adjudicateur peut établir des critères de sélection de manière à vérifier "qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à

attribuer". Les conditions ainsi imposées doivent être "liées et proportionnées à l'objet du marché". L'article 67 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques précise, pour sa part, ce qui suit :

- " § 1^{er}. En ce qui concerne la capacité économique et financière, le pouvoir adjudicateur peut imposer aux opérateurs économiques des conditions garantissant que ceux-ci possèdent la capacité économique et financière nécessaire pour exécuter le marché.

La preuve de la capacité économique et financière de l'opérateur économique peut, en règle générale, être apportée par un ou plusieurs des éléments de références suivants :

1° la présentation d'états financiers ou d'extraits d'états financiers, dans les cas où la publication d'états financiers est prescrite par la législation du pays dans lequel l'opérateur économique est établi;

2° la déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché, portant au maximum sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activités de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles;

3° la preuve d'une assurance des risques professionnels ou, le cas échéant, une déclaration bancaire.

Toutefois, si pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les éléments de référence demandés par le pouvoir adjudicateur, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document. Il appartient au pouvoir adjudicateur d'apprécier le caractère approprié ou non du document présenté.

§ 2. Pour ce qui concerne la présentation d'états financiers ou d'extraits d'états financiers visée au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, 1°, le pouvoir adjudicateur peut exiger que les opérateurs économiques fournissent des informations sur leurs comptes annuels indiquant le rapport, notamment entre les éléments d'actif et de passif. Le *ratio*, entre les éléments d'actif et de passif peut être pris en compte lorsque le pouvoir adjudicateur précise les méthodes et les critères à cet effet dans les documents du marché. Ces méthodes et critères sont transparents, objectifs et non discriminatoires.

§ 3. Pour ce qui concerne la déclaration relative au chiffre d'affaires visée au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, 2°, le pouvoir adjudicateur peut exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné, notamment dans le domaine concerné par le marché.

Le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser ne dépasse pas le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures. Le pouvoir adjudicateur indique les principales raisons justifiant une telle exigence dans les documents du marché ou les informations à conserver visées à l'article 164, § 1^{er}, de la loi.

Lorsque des marchés fondés sur un accord-cadre sont attribués totalement ou partiellement à la suite d'une remise en concurrence conformément à l'article 43, § 5, 2° ou 3°, de la loi, l'exigence minimale en termes de chiffre d'affaires annuel est calculée sur la base de la taille maximale prévue des marchés spécifiques qui seront exécutés en même temps ou, si cette dernière n'est pas connue, sur la base de la valeur estimée de l'accord-cadre.

Dans le cas des systèmes d'acquisition dynamiques, l'exigence maximale en termes de chiffre d'affaires annuel est calculée sur la base de la taille maximale prévue des marchés spécifiques devant être attribués dans le cadre desdits systèmes [...]"

L'avis de marché décrit les exigences du pouvoir adjudicateur en ce qui concerne la capacité économique et financière de la manière suivante :

" III.1.2) Capacité économique et financière

Critères de sélection tels que mentionnés dans les documents de la consultation
Liste et description succincte des critères de sélection : Renseignements et formalités pour évaluer si ces exigences sont remplies :

Le candidat joint à sa candidature un document établissant qu'il a réalisé un chiffre d'affaires global minimal (voir ci-dessous) au cours de chacun des trois derniers exercices. Au cours de chacun des exercices concernés, le candidat doit aussi avoir réalisé un chiffre d'affaires spécifique minimal en rapport avec la production, la personnalisation et la livraison des documents de voyage et/ou d'identité (voir ci-dessous). Il joint à sa candidature un document mentionnant le chiffre d'affaires spécifique réalisé ainsi que l'exercice concerné. La capacité financière du candidat sera examinée sur base des comptes annuels approuvés des exercices concernés.

Un candidat peut faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver 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 prestataire de service. Dans les mêmes conditions, un groupement de candidats peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou celles d'autres entités.

Niveau(x) spécifique(s) minimal/minimaux exigé(s) : [...] Chiffre d'affaires global annuel : minimum 150.000.000 EUR

Chiffre d'affaires spécifique annuel en rapport avec la production, la personnalisation et la livraison des documents de voyage et/ou d'identité: minimum 17.000.000 EUR".

Il n'est pas contesté que si les requérantes répondent à la condition liée au chiffre d'affaires spécifique, elles ne rencontrent, par contre, pas le niveau minimal de chiffre d'affaires global annuel.

L'exigence de données relatives au chiffre d'affaires global d'un soumissionnaire permet au pouvoir adjudicateur d'obtenir des informations concernant la situation financière et économique globale du soumissionnaire concerné. Il s'agit d'un élément de référence pour un pouvoir adjudicateur dont le principe n'apparaît pas déraisonnable en l'espèce. Au regard de l'importance du marché telle qu'elle est décrite par les parties requérantes elles-mêmes, il n'apparaît pas que le pouvoir adjudicateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que le niveau minimal de chiffre d'affaires spécifique ne lui permettait pas, à lui seul, de vérifier, en l'espèce, la capacité financière et économique des participants. C'est, dès lors, à tort que les requérantes estiment que leur capacité financière et

économique pouvait être établie sur la base de ce seul seuil de chiffre d'affaires spécifique.

Les parties requérantes soutiennent que le niveau minimal pour le chiffre d'affaires global est disproportionné par rapport à l'objet du marché et en veut pour preuve, d'une part, le fait que le chiffre d'affaires global minimal exigé est presque de neuf fois supérieur au niveau minimal du chiffre d'affaires spécifique et, d'autre part, que ce chiffre d'affaires global est plus de deux fois supérieur au montant estimé du marché.

La critique des parties requérantes impose de vérifier si, au regard des éléments qu'elles avancent, la condition litigieuse - à savoir l'exigence d'un chiffre d'affaires global annuel de minimum 150.000.000 € - n'est pas disproportionnée par rapport à l'objet du marché.

Le constat des parties requérantes selon lequel le chiffre d'affaires global minimal exigé est presque de neuf fois supérieur au niveau minimal du chiffre d'affaires spécifique est, en ce sens, dépourvu de toute pertinence dès lors que ce constat ne permet pas de vérifier si la condition contestée - à savoir le chiffre d'affaires global - est disproportionnée à l'objet du marché. Il ne peut être exclu, en ce sens, que le pouvoir adjudicateur ait fait choix d'un chiffre d'affaires spécifique relativement peu élevé afin de permettre, comme le soutient la note d'observations, "à des opérateurs économiques ou à des groupements d'opérateurs économiques dont l'activité ne se limite pas essentiellement à la production, la personnalisation et la livraison des documents de voyage et/ou d'identité, de participer au marché". L'écart existant entre le chiffre d'affaires global minimal exigé et le niveau minimal du chiffre d'affaires spécifique demandé n'établit, dès lors, pas *prima facie* que le chiffre d'affaires global de minimum 150.000.000 € est disproportionné par rapport à l'objet du marché.

Il est exact que, comme le relèvent les requérantes, les avis de marché ne mentionnent pas la valeur estimée du marché. Il est, par contre, inexact d'évaluer celui-ci, comme le font les parties requérantes, en se référant au montant du marché actuellement en cours d'exécution dès lors que celui-ci n'a pas le même objet que le marché litigieux. Comme le relève, en effet, la note d'observations et outre le fait que le marché en cours a une durée inférieure au présent marché,

" le nouveau marché comprend bien plus de services que le précédent de sorte que son objet — et son estimation — est plus large que celui du marché précédent.

À titre d'exemple, le nouveau marché porte sur la livraison, l'installation et la maintenance d'une infrastructure à clé publique PKI-ICAO, qui doit générer les certificats en vue de l'authentification des données figurant sur la puce des

passports, qui ne figurait pas dans le précédent marché. Le nouveau marché prévoit encore la livraison, l'installation et la maintenance d'un répertoire national de clés publiques (N-PKD), qui servira pour l'échange des certificats CSCA avec le ICAO-PKD, qui ne figurait pas non plus dans le précédent marché.

La partie adverse a encore intégré dans le nouveau marché certains services supplémentaires qui n'étaient pas prévus dans le marché précédent et qui ont fait l'objet de «change requests» en cours d'exécution du contrat. Ces services sont désormais incorporés dans le nouveau marché. Il s'agit, notamment, de la procédure de demande de passports super urgente, ...".

La partie adverse produit, par ailleurs, une estimation du marché dont il n'est pas contesté qu'elle a été établie avant la publication des avis de marché et dont il ressort que le marché peut être évalué à un montant de 85.124.816,49 € HTVA.

Au cours des audiences des 3 et 16 octobre 2019, les parties requérantes n'ont pas contesté cette évaluation reproduite dans la note d'observations, ni les éléments concrets utilisés par la partie adverse pour l'établir. Elles ont, toutefois, fait valoir que l'estimation du présent marché devait être calculée conformément à l'article 7, § 11, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité et ne pouvait donc être supérieure à sa valeur mensuelle multipliée par quarante-huit. La partie adverse a contesté l'application de cette disposition soutenant qu'il convenait d'appliquer l'article 7, § 10 qui se réfère à "la rémunération totale du prestataire de services". L'article 7, § 11, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité précise les règles applicables à l'estimation "des marchés publics de services n'indiquant pas un prix total". Les parties requérantes n'ont apporté aucun élément permettant d'établir que le présent marché entrerait dans le champ d'application du paragraphe 11 de l'article 7 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 alors que l'applicabilité en l'espèce de ce paragraphe était contestée par la partie adverse. Il n'apparaît, par ailleurs, pas *prima facie* que le présent marché puisse être considéré comme un marché n'indiquant pas un prix total.

Enfin, dans la demande de suspension, les parties requérantes ont contesté le principe d'une évaluation tenant compte d'une durée de marché de dix ans. Selon l'article 7 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, l'estimation de la valeur d'un marché doit tenir compte de la durée du marché, en ce compris ses reconductions. Il ne peut, dès lors, être reproché au pouvoir adjudicateur d'avoir pris en compte la durée totale de dix ans pour estimer la valeur du présent marché. En ce qui concerne la régularité de cette durée de 7 ans plus trois reconductions d'un an, il est renvoyé à l'appréciation du deuxième moyen.

Le niveau minimum de chiffre d'affaires global annuel exigé est, en conséquence, inférieur au double de la valeur estimée du marché.

Les parties requérantes ne contestent pas, tel que le moyen est formulé dans leur demande de suspension, que peut, en l'espèce, être considéré comme proportionné à l'objet du marché un montant minimum de chiffre d'affaires global annuel conforme à l'article 67, § 3, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et ne dépassant donc pas le double de la valeur estimée du marché. Les éléments qu'elles avancent dans leur demande de suspension (différence entre le chiffre d'affaires spécifique exigé et le chiffre d'affaires global exigé, importance du marché précédent et calcul du double de la valeur estimée du marché) ne sont pas de nature, pour les raisons indiquées ci-dessus, à établir le caractère disproportionné du chiffre d'affaires global prévu pour la vérification de la capacité économique et financière.

Par ailleurs, les parties requérantes n'établissent pas en quoi un critère de sélection dont elles ne démontrent pas qu'il serait disproportionné par rapport à l'objet du marché aurait pour effet de restreindre artificiellement la concurrence.

Le premier moyen n'est, dès lors, pas sérieux.

Dès lors que le motif de refus de sélection ainsi vainement critiqué suffit à justifier l'acte attaqué – les parties requérantes reconnaissant d'ailleurs qu'il s'agit de la "raison décisive" de leur non-sélection –, il est sans intérêt d'examiner les troisième et quatrième moyens lesquels ne sauraient entraîner la suspension de l'exécution de cette décision.

VII. Cinquième moyen

VII.1. Thèse des parties requérantes

Les parties requérantes prennent un cinquième moyen de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et du principe de prudence, comme principe de bonne administration. Elles résument ce moyen comme suit :

- " En ce que la partie adverse a sélectionné la candidature du consortium «Zetes SA – Gemalto OY», mais a maintenu confidentielle les informations relatives au contenu de la candidature et a maintenu confidentielle la décision motivée de sélection du consortium et, en plus, sans motivé pourquoi;

Alors que sur la base des articles 2 et 3 de la Loi sur la motivation formelle, énoncé expressément dans les considérants de droit de l'acte attaqué, une décision unilatérale d'une autorité publique mentionne les éléments de fait et les éléments juridiques qui ont justifié la décision et qu'en plus la motivation de cette décision doit être adéquate;

Qu'en l'espèce, la décision motivée de sélection ne contient aucune motivation de fait pourquoi le consortium « Zetes SA – Gemalto OY » a été sélectionné et pourquoi le contenu de la candidature du consortium devrait être traité comme

confidentiel; que le pouvoir adjudicateur ne démontre pas que la confidentialité du contenu de la candidature du consortium « Zetes SA – Gemalto OY » tombe sous une des exceptions prévues dans l'article 4 de Loi sur la motivation formelle;

Que les parties requérantes ne peuvent pas non plus contrôler si la décision de sélection est entachée d'une irrégularité ou si les raisons servant de fondement à la décision de traiter confidentiel le contenu de la candidature du consortium, ne sont pas entachées d'inexactitude;

Que la partie adverse a donc agi contraire aux articles 2 et 3 de la Loi sur la motivation formelle et le principe de prudence, comme principe de bonne administration;

Le moyen est sérieux".

Dans un courriel daté du 2 octobre 2019 et à l'audience du 16 octobre 2019, les parties requérantes invoquent une violation de l'article 66 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et des articles 61, 62, 63 et 64 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Elles exposent que la partie adverse avait l'obligation de vérifier si le candidat qu'elle sélectionne remplit toutes les conditions par rapport aux clauses d'exclusion et aux critères de sélection. Elles considèrent qu'il n'est pas établi que la partie adverse a procédé à un tel examen en violation également des principes de minutie, de prudence et de motivation matérielle. Elles constatent, en outre, que si la partie adverse mentionne que le candidat sélectionné fait appel à un sous-traitant, il ne ressort ni de la décision attaquée, ni des pièces auxquelles elle a accès que la partie adverse a vérifié si ce candidat a déposé la preuve qu'il pouvait disposer des moyens de ce sous-traitant, ni si celui-ci remplit toutes les conditions par rapport aux causes d'exclusion. Elles invoquent une violation de l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité. Elles soutiennent, par ailleurs, que le DUME n'était pas suffisant et qu'il appartenait au pouvoir adjudicateur de vérifier concrètement chaque motif d'exclusion. Elles ont enfin contesté le fait que le candidat sélectionné remplit bien tous les critères de sélection qualitative.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen est irrecevable en tant qu'il invoque le principe de prudence à défaut d'indiquer précisément et concrètement en quoi ce principe aurait été violé.

Selon les articles 4 et 5 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 - législation dont la violation n'est pas invoquée dans le cadre du moyen -, l'autorité adjudicatrice rédige une décision motivée lorsqu'elle décide de la sélection des candidats ou des soumissionnaires, décision qui comprend "les noms des candidats ou

soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés et les motifs de droit et de fait justifiant leur sélection ou non-sélection". L'article 7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, de cette même loi précise, toutefois, que dès qu'elle a pris la décision motivée de sélection, l'autorité adjudicatrice communique à tout candidat non sélectionné "les motifs de sa non-sélection, extraits de cette décision". Cette disposition n'impose nullement, lorsque le nombre de candidats sélectionnés n'est pas limité sur la base d'un classement, de communiquer au candidat non sélectionné les motifs de la sélection des autres candidats.

En l'espèce, la partie adverse a, le 21 août 2019, décidé de la sélection des candidats. La décision motivée établie à cette occasion expose les raisons pour lesquelles l'autorité a décidé de ne pas sélectionner les parties requérantes et de sélectionner le consortium "Zetes SA – Gemalto OY".

Les motifs de la non-sélection ont été communiqués aux parties requérantes conformément aux exigences de l'article 7, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 précité. Seuls les motifs de leur non-sélection devant leur être communiqués, il ne peut être reproché à la partie adverse de ne pas avoir également communiqué aux parties requérantes les raisons ayant justifié la sélection de l'autre candidat.

Par ailleurs, la décision motivée de sélection du 21 août 2019 déposée en pièce 4 de la partie non-confidentielle du dossier administratif expose les motifs qui ont conduit la partie adverse à sélectionner le consortium "Zetes SA – Gemalto OY" de la manière suivante :

- " 5.2. Candidature du consortium "Zetes SA – Gemalto OY
- Les sociétés du groupe Zetes et celles du groupe Gemalto ont introduit une demande participation unique en y joignant leurs DUME respectifs (au total 5).

Chacune des sociétés du groupement a clairement indiqué ce qui suit dans son DUME :
 - elle renseigne son rôle au sein du groupement d'opérateurs économiques;
 - elle désigne de manière claire et précise les partenaires au sein du groupement;
 - elle désigne celle d'entre-elles qui les représentera.
 - Lors de la vérification de la validité et de la légalité des DUME introduits par chacun des membres du consortium, il est constaté que les membres ont rempli et signé correctement leurs DUME. S'agissant de la légalité de la signature des DUME, les signataires disposent bien des compétences requises eu égard aux statuts et procurations transmis dans leur demande de participation.
 - Lors de la vérification de l'absence de motifs d'exclusion, il est constaté que chaque membre du consortium déclare satisfaire aux exigences mentionnées dans l'avis du marché.
 - Lors de la vérification et du respect des critères de sélection, il est constaté ce qui suit :

Concernant la condition d'aptitude à exercer l'activité professionnelle, le candidat fournit des certificats prouvant qu'il a la qualité d'imprimeur de sécurité.

Concernant la capacité économique et financière, les membres du consortium communiquent leurs chiffres d'affaires globaux et leurs chiffres d'affaires spécifiques pour chacun des trois derniers exercices (2016-2017-2018).

Au niveau du chiffre d'affaires annuel global, il apparaît que le candidat dispose d'un chiffre d'affaires global qui dépasse le minimum exigé de 150.000.000 d'euros pour chacun des trois derniers exercices comptables. Les montants ne sont pas indiqués en raison de la demande de confidentialité formulée dans la demande de participation de ce candidat.

Au niveau du chiffre d'affaires annuel spécifique en rapport avec la production, la personnalisation et la livraison des documents de voyage et/ou d'identité à réaliser pour chacun des trois derniers exercices comptables, le candidat répond aux exigences minimales requises. Les montants ne sont pas indiqués en raison de la demande de confidentialité formulée dans la demande de participation de ce candidat.

Concernant la capacité technique et professionnelle, le candidat répond à l'ensemble des exigences formulées dans l'avis de marché.

Il confirme disposer de l'équipement technique suivant : un équipement d'impression offset recto-verso simultanée, un équipement d'impression taille-douce, un équipement d'impression sérigraphique, une chaîne de façonnage passeports et des coffres-forts sécurisés. Il joint à sa candidature une description détaillée de ses dispositifs, ainsi que des photos.

Le candidat confirme disposer du personnel qualifié conformément aux exigences formulées à la rubrique capacité technique et professionnelle, fournit une description des mesures prises pour assurer la qualité de ses prestations et de ses moyens d'étude et de recherche. Il joint également à sa candidature un certificat environnemental conforme à la norme ISO 14001 ou équivalent.

Le candidat fournit treize références dont onze correspondant aux exigences spécifiques fixées dans l'avis de marché [...]. Celles-ci ne sont pas indiquées en raison de la demande de confidentialité formulée dans la demande de participation de ce candidat.

La demande de participation mentionne que le candidat fera appel à la sous-traitance pour le transport sécurisé des documents vierges et pour la destruction des éléments d'origination et des stocks restants à la fin du contrat.

Il résulte de ce qui précède que la conformité aux exigences minimales relatives à la capacité économique et financière et à la capacité technique et professionnelle du candidat a été suffisamment démontrée".

La partie adverse produit, par ailleurs, un tableau d'examen des candidatures portant la date du 22 juillet 2019 dont il ressort que le pouvoir adjudicateur s'est livré à un examen approfondi et concret des causes d'exclusion et des critères de sélection tant pour les parties requérantes que pour le consortium "Zetes SA – Gemalto OY". Cet examen n'est *prima facie* entaché ni d'erreur de fait, ni d'erreur manifeste d'appréciation.

Enfin, en ce qui concerne le sous-traitant du consortium "Zetes SA – Gemalto OY", la décision motivée de sélection précise que celui-ci fait appel à la sous-traitance "pour le transport sécurisé des documents vierges et pour la destruction des éléments d'origination et des stocks restants à la fin du contrat". Ainsi que l'a souligné la partie adverse lors de l'audience du 16 octobre 2019, le consortium "Zetes SA – Gemalto OY" ne fait pas appel à ce sous-traitant pour rencontrer les exigences de la sélection qualitative. Par ailleurs, les parties requérantes ne soutiennent pas que les documents du marché interdiraient à un candidat d'avoir recours à de la sous-traitance "pour le transport sécurisé des documents vierges et pour la destruction des éléments d'origination et des stocks restants à la fin du contrat".

Le cinquième moyen n'est, dès lors, pas sérieux.

VIII. Indemnité de procédure

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

IX. Confidentialité

La partie adverse demande la confidentialité pour les pièces A à F de la partie confidentielle du dossier administratif ainsi que pour le tableau d'examen des candidatures. Elle précise que les demandes de participation et les offres des différents candidats et soumissionnaires sont confidentielles de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises. Elle souligne également que "certaines informations figurant dans les documents déposés par la partie adverse à titre confidentiel présentent un caractère hautement sensible pour la partie adverse compte tenu de l'objet du marché" et que le tableau d'examen des candidatures "constitue un document de travail préparatoire" qui "n'a pas vocation à être communiqué à aucune des parties autres que la partie adverse".

Par un courriel daté du 2 octobre 2019, les parties requérantes ont contesté le caractère confidentiel des pièces A, B, C et F du dossier administratif.

Au cours de l'audience du 3 octobre 2019, les parties requérantes ont indiqué renoncer à la demande de levée de confidentialité de la pièce A dès lors que celle-ci était constituée d'un tableau reproduit dans la note d'observations, les autres informations y contenues correspondant à la décomposition des montants contenus dans ce tableau reproduit dans la note d'observations. En ce qui concerne les pièces D, E, F et le tableau d'examen des candidatures, les parties requérantes ont admis, lors de cette même audience, que ces pièces pouvaient demeurer confidentielles dès lors que

les éléments ayant conduits à la sélection du consortium "Zetes SA – Gemalto OY" -sélection qu'elles contestent- seront examinés par le Conseil d'État dans le cadre de la vérification de la validité de la sélection de ce candidat. La partie adverse a, par ailleurs, indiqué, lors de l'audience du 3 octobre 2019, qu'elle déposerait une version des pièces B et C du dossier administratif dans laquelle seules les parties qu'elle estime confidentielles seraient occultées. Les parties requérantes ont pris connaissance de ces documents et ont indiqué, lors de l'audience du 17 octobre 2017, qu'elles ne demandaient pas une levée plus importante de la confidentialité de ces pièces B et C.

Dès lors que la divulgation des pièces sur lesquelles la demande de maintien de confidentialité porte n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces A à F de la partie confidentielle du dossier administratif ainsi que le tableau d'examen des candidatures sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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 5.

Les parties requérantes supportent les dépens, à savoir le droit de rôle de 600 euros, la contribution de 60 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-quatre octobre deux mille dix-neuf par :

Nathalie VAN LAER
Katty LAUVAU,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU

Nathalie VAN LAER