CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

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

A R R ÊT

n^o^ 246.459 du 18 décembre 2019

A. 229.420/VI-21.629

En cause : **1. la société de droit français AVICO**,
2. la société anonyme FLYING SERVICE,
3. la société anonyme FLYING GROUP HOLDING,

ayant élu domicile chez
M^e^ Philippe VANDE CASTEELE, avocat,
klamperdreef 7
2900 Schoten,

contre :

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

Partie intervenante :

la société anonyme ABELAG AVIATION,

ayant élu domicile chez
M^es^ Pierre FRÜHLING et Stéphanie GOLINVAUX, avocats,
avenue Louise 326
Blue Tower bte 19
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 25 octobre 2019, la société de droit français AVICO, la société anonyme FLYING SERVICE et la société anonyme FLYING GROUP HOLDING demandent, d'une part, la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution et, d'autre part, l'annulation de "la «décision motivée d'attribution» relative au dossier MRMP A/P N° 17AP006 — relatif à la réalisation d'un contrat de services pour une capacité de transport aérien du type «*corporate*» (17AP006/A) et à la vente des avions commerciaux de la Défense Belge (17AP006/B), — prise par le ministre de la Défense en date du 14 octobre 2019 […] en ce compris d'une part la décision d'attribuer ainsi le marché 17AP006/A (Lot 1) à ABELAG AVIATION, et d'autre part la décision de ne pas attribuer le marché 17AP006/A (Lot 1) aux requérants et de ne pas choisir l'offre (*Best and Final Offer*) des requérants.".

Par la même requête, les parties requérantes sollicitent également une mesure provisoire "relative à la vente des avions commerciaux, adjugée à Regourd Aviation pour les lots 2-3-4-5-6". Elles formulent cette demande comme suit :

" d'interdire […] que la vente des avions Embraer (ERJ) 135 (2EA), ERJ 145 (2EA) et d'un avion Dassault F900 (1EA) soit conclue avant que la décision du 14 octobre 2019 (relative au Lot 1) ne soit devenue définitive après la clôture de la présente procédure en annulation" et

" de disposer par ailleurs que cette mesure provisoire aura effet jusqu'au moment où la décision du 14 octobre 2019 (relative au Lot 1) est devenue définitive".

II. Procédure

Par une ordonnance du 29 octobre 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 22 novembre 2019 à 10 heures 30, date à laquelle l'affaire a été mise en continuation à l'audience du 26 novembre 2019 à 13 heures 30.

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

Par une requête introduite le 21 novembre 2019, la société anonyme ABELAG AVIATION demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Les contributions et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

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

M^e^ Philippe VANDE CASTEELE, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, MM. Valéry DE SAEDELEER, lieutenant-colonel administrateur militaire, et Mathieu FONTAINE, capitaine, comparaissant pour la partie adverse, et M^es^ Pierre FRÜHLING, Stéphanie GOLINVAUX et Thomas GODENER, avocats, 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

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme suit:

" 1. Le 22 novembre 2017, l'état-major de la Défense transmet au ministre de la Défense une demande d'accord préalable en vue de la réalisation d'un contrat de service pour une capacité de transport aérien de type *corporate* [...].

2. Le 12 janvier 2018, le Conseil des ministres décide d'autoriser le ministre de la Défense à lancer une marché public relatif à la réalisation d'un contrat de service pour une capacité de transport aérien de type *corporate* [...].

3. Le 2 février 2018, le ministère de la Défense publie dans le Bulletin des Adjudications (BDA) un avis de marché de service, 17AP006, relatif à la « réalisation d'un contrat de services pour une capacité de transport aérien du type '*corporate*' et/ ou la vente des avions Embraer (ERJ) 135 (2EA), ERJ 145 (2EA) et un Dassault F900 (1EA) » [...].

Le marché est régi par les dispositions de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de service dans les domaines de la Défense et de la Sécurité.

La procédure d'attribution du marché est la procédure négociée avec publicité.

Le marché 17AP006 comprend deux volets distincts. D'une part le marché 17AP006/A relatif à la réalisation d'un contrat de service pour une capacité de transport aérien de type '*corporate*' et d'autre part le marché 17AP006/B relatif à la vente d'avions Embraer ERJ135 et ERJ145 et Dassault F900.

4. Le 6 février 2018, l'avis de marché est publié au JOUE (JO/S S25 55582-2018) [...].

5. La demande de participation est reprise en annexe A des avis de marché [...].

6. Le 9 mars 2018, la Direction générale *Material Resources* - Division Marchés Publics - Section Aviation Systems - Sous-section Programmes (MRMP-A/P), réceptionne 12 demandes de participation au marché 17AP006. Les firmes suivantes sollicitent la participation au marché [...] :

Candidats	Adresse	Pays
ASL Nv	Voogdijstraat 29, 3500 Hasselt	Belgique
AVICO	Avenue de Wagram 33, 75017 Paris	France
ACIA Investments Ltd	Kingston Chambers PO, BOX 173, Road Town	British Virgin Islands
	Administrative address – 11th Floor, Tower 1A CyberCity, Wall Street, Ebene	Mauritius
DC Aviation GmbH	Flughafen Stuttgart, 70629 Stuttgart	Allemagne
Sovereign Aviation Lease	Richmond Street West, Suite 300, Toronto Ontario	Canada

JV	M5H 2G4	
ABELAG Aviation	Kortrijkstraat 345/D, 8560 Wevelgem	Belgique
NetJets Management Ltd	Young Street 5, London W8 5EH	Royaume-Uni
FlyingService NV	Luchthavenlei 1,2100 Deurne	Belgique
Chapman Freeborn Airchartering	Koningin Astridlaan 97, 8200 Brugge	Belgique
REGOURD Aviation SAS	Avenue Georges V 21, 75008 Paris	France
OGMA SA	Parque Aeronautico de Alverca 2615-173. Alverca do Ribatejo	Portugal
ELIX Aviation Capital	Second Floor, 12/13 Exchange Place, Custom House Docks, ISFC, Dublin 1	Irlande

7. Le 19 août 2018, le rapport de sélection est visé favorablement par le ministre de la Défense. Le rapport confirme la sélection pour le lot 1 du marché des 8 candidats suivants [...]:

Candidats	**Sélectionnés lot 1**	**Recevra le CSCh**
ASL Nv	Oui	Oui (pour tous les lots)
AVICO	Oui	Oui (pour tous les lots)
ACIA Investments Ltd	Non	
DC Aviation GmbH	Oui	Oui (pour le lot 1)
Sovereign Aviation Lease JV	Non	
ABELAG Aviation	Oui	Oui (pour tous les lots)
NetJets Management Ltd	Oui	Oui (pour le lot 1)
FlyingService NV	Oui	Oui (pour tous les lots)
Chapman Freeborn Airchartering	Oui	Oui (pour le lot 1)
REGOURD Aviation SAS	Oui	Oui (pour les lots 1, 3, 4, 5 et 6)
OGMA SA	Non	
ELIX Aviation Capital	Non	

8. Le 7 septembre 2018, la décision motivée de sélection est communiquée aux 8 candidats sélectionnés [...].

9. Le même jour, le cahier spécial des charges (CSCh) relatif au lot 1 est communiqué aux candidats sélectionnés [...].

Les critères d'attribution du lot 1 du marché 17AP006 sont les suivants :

a. Choix de l'offre régulière la plus avantageuse

En ce qui concerne le contrat de service le Pouvoir Adjudicateur choisira l'offre régulière qu'il juge économiquement la plus avantageuse en tenant compte des critères et des pondérations ci-dessous :

- PRIX : 60%
  La méthode utilisée pour la comparaison des offres est détaillé dans l'Ann A App VII.

- TECHNIQUE : 40%

Operational aspects	40%	
Aircraft characteristics	20%	
Aircraft operational capabilities	80%	6,40%
Aircraft interior and comfort	20%	1,60%
Availability	50%	
Missions performance guarantee	30%	6,00%
Mission up-front warning time	40%	8,00%
Contractor capabilities	30%	6,00%
Flexibility	30%	
Chartering (flexibility)	40%	4,80%
Adjustment of flight plan	10%	1,20%
Operating constraints and enablers	20%	2,40%
Usage of BD crew	30%	3,60%

b. Méthode de détermination de l'offre régulière économiquement la plus avantageuse

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

- Cote attribuée pour le critère « TECHNIQUE »
  La cote attribuée pour le critère « TECHNIQUE » est calculée sur base de la matrice d'évaluation présentée en annexe B.

- Cote attribuée pour le critère « PRIX »
  Chaque offre reçoit une cote égale au résultat des calculs effectués suivant l'Ann A App VII.

- La cote finale attribuée à chaque offre est la moyenne pondérée des cotes exprimées en %, en tenant compte de la pondération liée à chaque critère d'attribution, en application de la formule suivante :

$$Cote\ finale = \frac{\sum (cotes(en\%) \times pondération)}{\sum pondérations}$$

10. Le 28 novembre 2018, quatre soumissionnaires déposent une offre initiale. La partie requérante dépose également une variante (Falcon X7) de son offre initiale (Global 5000) :

1. ABELAG AVIATION	**Pièce confidentielle 2**
2.1. AVICO/Flying Group G5000	**Pièce confidentielle 3**
2.2. AVICO/Flying Group F7X	**Pièce confidentielle 3**
3. DC Aviation	**Pièce confidentielle 4**
4. REGOURD Aviation	**Pièce confidentielle 5**

11. Entre le 11 et le 20 décembre 2018 a lieu une première phase de négociation. Des remarques et demandes d'éclaircissement sont envoyées aux soumissionnaires qui ont jusqu'au 18 janvier 2019 pour y répondre [...].

12. Entre le 28 janvier 2019 et le 7 février 2019 a lieu une seconde phase de négociation en vue du dépôt d'une offre finale (BAFO). Les soumissionnaires ont jusqu'au 25 février 2018 pour déposer leur BAFO [...].

13. Le 1er mars 2019, le pouvoir adjudicateur clôture l'évaluation technique des offres. Il ressort de l'évaluation technico opérationnelle que trois offres sont régulières et reçoivent les points suivants :
- ABELAG Aviation (31,35%)
- AVICO/Flying Group - Falcon 7X (27,18%)
- DC Aviation (26,61%)

Les offres de Regourd Aviation ainsi que de AVICO/Flying Group (Global 5000) sont jugées irrégulières en raison du fait que l'avion de remplacement offert ne dispose pas du même type de '*rating*' que l'avion principal [...].

14. Le 23 avril 2019, le pouvoir adjudicateur clôture l'évaluation financière des offres. Il ressort de l'évaluation financière des offres le classement suivant [...] :
- ABELAG Aviation (44,77/60)
- AVICO/Flying Group – Falcon 7X (30,66/60)
- AVICO Flying Group – Global 5000 (30,26/60)
- DC Aviation (28,76/60)
- REGOURD Aviation (15,55/60)

15. Le 24 avril 2019, l'officier acheteur rédige le rapport d'attribution et conclut que Abelag Aviation a introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse [...].

16. Le 6 septembre 2019, le Conseil des ministres autorise le ministre de la Défense à attribuer à Abelag Aviation le marché relatif à la réalisation d'un contrat de services pour une capacité de transport aérien de type *corporate* 17AP006/A [...].

17. Le 10 septembre 2019, le ministre de la Défense décide d'attribuer le marché 17AP006/A à Abelag Aviation ayant introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse [...].

18. Le 11 septembre 2019, le colonel d'Aviation RODELET, chef de section MRMP-A, notifie la décision motivée d'attribution aux soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue [...].

19. Le 27 septembre 2019, un recours en suspension en extrême urgence est enregistré au greffe du Conseil d'État à l'encontre de la décision d'attribution du marché à Abelag Aviation.

20. Le 14 octobre 2019, le ministre de la Défense décide de retirer la décision d'attribution du 10 septembre 2019 et de la remplacer par une nouvelle décision d'attribution du marché 17AP006/A à Abelag Aviation [...]".

La nouvelle décision d'attribution du marché litigieux constitue l'acte attaqué par le présent recours.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 21 novembre 2019, la société anonyme ABELAG AVIATION demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans la procédure en référé.

À l'audience du 22 novembre 2019, les requérantes ont contesté la recevabilité de la requête en intervention, soutenant en substance qu'en l'introduisant la veille de cette audience, la requérante en intervention avait usé d'un procédé inapproprié, déloyal et portant atteinte aux droits de la défense des autres parties.

Si les requérantes ont fait état, à l'appui de cette exception d'irrecevabilité, de désagréments pratiques que leur aurait causé l'introduction de la requête en intervention la veille de l'audience, elles n'ont toutefois pas indiqué en quoi il a été précisément et concrètement porté atteinte à l'exercice de leurs droits de la défense.

Il y a lieu, en conséquence, de rejeter cette exception d'irrecevabilité et d'accueillir la requête en intervention.

V. Recevabilité de la demande

V.1. Recevabilité de la demande ratione personae

Les articles 46 et 47 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 sont libellés comme suit:

" Art. 46. À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics applicable au marché concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics;
2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché concerné;
3° les documents du marché.

Art. 47. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 46, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine

d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 46 et, en ce qui concerne le Conseil d'État, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :
1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;
2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.
Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 56, la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites, devant le Conseil d'État, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé.
L'instance de recours peut, d'office ou à la requête d'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, en particulier en matière de défense et/ou de sécurité, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.
La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.
La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1er ou, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation visée à l'article 46 ou séparément".

Il ressort des pièces de la procédure qu'une offre a bien été déposée par la seule première requérante.

Interrogées à l'audience, les requérantes n'ont apporté aucune indication permettant d'établir en quoi les deuxième et troisième d'entre elles seraient recevables à introduire le présent recours, au regard des conditions fixées par les dispositions précitées.

La demande est, en conséquence, irrecevable en tant qu'elle est introduite par les deuxième et troisième requérantes.

À l'audience, l'intervenante a mis en cause l'existence d'une décision d'agir régulièrement prise par la première requérante.

Aux termes de l'article 19, alinéa 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, "sauf preuve contraire, l'avocat est présumé avoir été mandaté par la personne capable qu'il prétend représenter".

À la suite de l'insertion de cet article 19, alinéa 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, par l'article 7, 5°, de la loi du 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État, et conformément à l'intention du législateur, l'article 3, 4°, du règlement général de procédure a été modifié par l'arrêté royal du 28 janvier 2014 modifiant divers arrêtés relatifs à la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État et n'impose

plus aux personnes morales requérantes, lorsqu'elles sont représentées par un avocat, de joindre à la requête l'acte de désignation de leurs organes ni la preuve que l'organe habilité a décidé d'agir en justice.

Tant la loi du 20 janvier 2014 que son arrêté d'exécution tendent donc à alléger les obligations des personnes morales requérantes. Il ne peut donc être question d'exiger de celles-ci la démarche dont le législateur a précisément voulu les dispenser lors de l'introduction d'un recours, et ce d'autant plus lorsqu'aucun indice ou élément n'est avancé qui pourrait constituer même un début de preuve contraire ou imposer d'instruire la question plus avant.

En l'espèce, l'intervenante se borne à exprimer un doute sur l'existence d'une décision d'agir régulièrement prise par l'organe compétent de la première requérante, sans faire état de quelque élément précis sur lequel ce doute prendrait appui et qui imposerait d'instruire la question plus avant.

L'exception d'irrecevabilité dirigée contre la demande, en tant que celle-ci est introduite par la première requérante, doit donc être rejetée.

V.2. Recevabilité de la demande quant à l'exposé des thèses des requérantes

Les parties adverse et intervenante contestent la recevabilité de la demande de suspension, en faisant notamment état de la longueur de la requête, de la complexité et du manque de clarté de l'exposé des moyens ou encore de l'imprécision des références aux dispositions et principes prétendument violés, et en estimant qu'une requête ainsi présentée rend irrecevable la demande de suspension, selon la procédure d'extrême urgence, qu'elle contient.

L'instance de recours saisie de la demande de suspension visée à l'article 47 de la loi du 17 juin 2013 précitée doit examiner la requête dans les conditions de l'extrême urgence, ce qui implique notamment qu'il ne lui incombe pas de suppléer les carences de cette requête si un moyen n'indique pas précisément les normes dont la violation est alléguée ou si l'argumentation n'est pas suffisamment claire et précise pour être examinée dans les conditions de l'extrême urgence.

Les griefs ainsi formulés par les parties adverse et intervenante ne suffisent toutefois pas à déclarer irrecevable, pour ces seuls motifs, la demande de suspension.

L'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

V.3. Recevabilité de la demande au regard du but poursuivi par les requérantes

L'intervenante estime que la demande de suspension est irrecevable, faisant notamment valoir à ce propos que "la grande majorité des moyens développés par la partie requérante n'ont pour but que de paralyser la procédure d'attribution, tout en sachant pertinemment que cela ne lui permettra pas de remporter le marché".

La première requérante a déposé une offre dans le cadre de la procédure d'attribution du marché litigieux et fait valoir, à l'appui de sa demande de suspension, au moins un moyen fondé sur une violation l'ayant lésée ou risquant de l'avoir lésée.

L'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse des requérantes

Les requérantes prennent un premier moyen intitulé "réfection de l'acte – motivation adéquate après un recours – impartialité" qu'elles développent comme suit :

"

Excès de pouvoir et motifs illégaux et contradictoires,

ainsi que méconnaissance – notamment – :

- *des articles 10, 11, 13, 33, 37, 46, 149 et 160 de la Constitution, et du principe général déterminant l'exercice des compétences du gouvernement en charge de l'expédition des affaires courantes ;*
- *des principes de bonne administration, de précaution, de bonne gestion et d'impartialité ;*
- *de la règle « patere legem quam ipse fecisti » et des articles 10 et 11 de la Constitution ;*
- *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 ; - ci-après : loi du 13 août 2011 –*
- *de la Directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité ;*
- *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 ; - ci-après : loi du 17 juin 2013 -*
- *de l'Arrêté Royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité ; - ci-après : A.R. du 23 janvier 2012 –*
- *de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. – ci-après : loi du 29 juillet 1991 –*

VI.1 Synthèse

34. La décision d'attribution du 14 octobre 2019 mentionne : *« Réf. 1. (…) 2. Décision motivée 19-50082975 d'attribution du 10 Septembre 2019. 3. Recours Conseil d'Etat G/A 229.215/VI-21.615 ».*

C'est illégalement que la partie adverse n'y répond pas à tous les griefs d'illégalité, soulevés dans la requête *G/A 229.215/VI-21.615*, et qu'elle se limite à *« mieux expliquer »* ce qui a déjà été décidé.

C'est illégalement que la partie adverse ne motive pas formellement (dans la décision du 14 octobre 2019) (1) d'une part son choix de ne pas reprendre la procédure *ab initio* et (2) d'autre part son choix de ne pas répondre à tous les griefs d'illégalité, soulevés dans la requête *G/A 229.215/VI-21.615*.

V.2 Développements

35. Le 10 septembre 2019, le ministre de la Défense a pris une « *décision motivée d'attribution* » relative au dossier MRMP A/P N° 17AP006 – relatif à la réalisation d'un contrat de services pour une capacité de transport aérien du type 'corporate » (17AP006/A) et à la vente des avions commerciaux de la Défense Belge (17AP006/B). Celle-ci comprend la décision d'attribuer le marché 17AP006/A (Lot 1) à ABELAG AVIATION et la décision de ne pas attribuer le marché 17AP006/A (Lot 1) aux parties requérantes et de ne pas choisir leur offre *(Best and Final Offer)*. *(pièce 2)*

36. Le 26 septembre 2019, les parties requérantes ont sollicité l'annulation et la suspension, sous le bénéfice de l'extrême urgence, de l'exécution de la « *décision motivée d'attribution* » relative au dossier MRMP A/P N° 17AP006 – relatif à la réalisation d'un contrat de services pour une capacité de transport aérien du type 'corporate » (17AP006/A) – et à la vente des avions commerciaux de la Défense Belge (17AP006/B), – décision prise par le ministre de la Défense en date du 10 septembre 2019,

en ce compris d'une part la décision d'attribuer ainsi le marché 17AP006/A (Lot 1) à ABELAG AVIATION, et d'autre part la décision de ne pas attribuer le marché 17AP006/A (Lot 1) aux parties requérantes et de ne pas choisir l'offre *(Best and Final Offer)* des parties requérantes. *(pièce 3)*

La requête a été enregistrée au greffe du Conseil d'Etat sous le n° de rôle *G/A 229.215/VI-21.615*.

37. Le 9 octobre 2019, la Défense a diffusé le « *communiqué de presse* » suivant : *(pièce 4)*

> « ***Communiqué de presse de la Défense à Belga***
>
> *Vu les différents articles parus ce matin dans la presse concernant le dossier de « remplacement de la flotte blanche », la Défense tient à apporter les précisions suivantes :*
>
> *Le Conseil des ministres a décidé le 6 septembre 2019 d'attribuer le marché à la société ABELAG.*
>
> *A ce stade, le recours en suspension et annulation de la décision motivée d'attribution introduit devant le Conseil d'Etat par le soumissionnaire non retenu, AVICO / Flying Group, empêche la notification officielle de l'attribution du contrat.*
>
> *Par ailleurs, afin de mieux expliquer aux soumissionnaires non retenus les raisons qui soutiennent le choix effectué, la Défense a l'intention de retirer sa décision motivée d'attribution et d'en rédiger une nouvelle plus détaillée qui sera soumise au ministre de la Défense, puis sera portée à la connaissance de tous les soumissionnaires. Celle-ci confirmera la décision prise par le Conseil des ministres en faveur de la société ABELAG. »*

38. Le 14 octobre 2019, le ministre de la Défense a pris une nouvelle décision. *(pièce 1)*

La décision du 14 octobre 2019 est introduite comme suit :

Décision motivée d'attribution

Objet : **Décision motivée d'attribution relative au dossier MRMP A/P N° 17AP006 - relatif à la réalisation d'un contrat de services pour une capacité de transport aérien du type 'corporate' (17AP006/A) et à la vente des avions commerciaux de la Défense Belge (17AP006/B).**

Ref. :
1. CSCh N° 17AP006/A (Lot 1) et CSCh N° 17AP006/B (Lot 2 à 6) (18-50075898)
2. Décision motivée d'attribution 19-50082975 du 10 septembre 2019
3. Recours Conseil d'Etat G/A. 229.215/VI-21.615

La décision du 14 octobre 2019 est clôturée comme suit :

Décision motivée d'attribution MRMP-A/P 17AP006

- 24/27 -

7. **Décision motivée d'attribution de l'ordonnateur compétent**

Considérant la requête en suspension introduite auprès du Conseil d'Etat en Ref 3, j'ai décidé de retirer la décision d'attribution en Ref 2.

Vu que Abelag Aviation a introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, il n'y a, dès lors, aucune objection d'attribuer le marché à ce soumissionnaire. J'ai décidé, sur base de l'art. 112 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, d'attribuer le marché 17AP006/A (Lot 1) à ce soumissionnaire.

Vu que Regourd Aviation a introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, il n'y a, dès lors, aucune objection d'attribuer le marché à ce soumissionnaire. J'ai décidé, sur base de l'art. 112 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, d'attribuer le marché 17AP006/B pour les Lots 3, 4, 5 et 6 à ce soumissionnaire.

39. Au marché litigieux s'applique la loi du 29 juillet 1991 (relative à la motivation formelle des actes administratifs). Les articles 2 et 3 prescrivent une obligation générale de motivation formelle adéquate.

40. Au marché litigieux s'applique aussi 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).

L'article 112 de l'A.R. 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) prévoit qu'en procédure négociée, le marché peut être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre économique la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicataire en tenant compte des critères d'attribution liés à l'objet du marché et permettant une comparaison objective des offres sur la base d'un jugement de valeur.

En l'espèce s'applique également l'obligation de motivation formelle accrue et particulière, prescrite par les articles 4-5 et 36-37 de la loi du 17 juin 2013.

41. Saisi par une requête en annulation (recevable), le Conseil d'Etat statue sur les moyens soulevés et les moyens à soulever d'office. En d'autres termes, le Conseil répond à tous les moyens qu'il doit examiner.

Toutefois, le Conseil d'Etat statue également que *« Le premier moyen est dès lors fondé et il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens qui ne pourraient conduire à une annulation plus étendue »*. (n° 238.163 du 11 mai 2017) Jugé dans le même sens : *« Les autres griefs et moyens ne pouvant donner lieu à une annulation plus étendue, ils ne doivent pas être examinés »*. (CC n° 2019-146, B.19)

42. Par ailleurs, l'application de la théorie du retrait est résumée par l'enseignement suivant :

- *« Selon la théorie classique du retrait, un acte créateur de droit régulier ne peut pas être retiré par l'autorité administrative, tandis que s'il est irrégulier, son auteur ne peut le retirer que pendant le délai prévu pour l'introduction du recours en annulation ou, lorsqu'un recours est introduit, jusqu'au moment de la clôture des débats »*. (CE n° 238.163 du 11 mai 2017)

- *« Le pouvoir de retirer un acte administratif dans les limites où un tel retrait est par ailleurs admis, n'appartient qu'à l'autorité qui, soit a pris cet acte, soit eût été compétente pour le prendre ».* (CE n° 156.827 du 23 mars 2006)
- *"Lorsque le choix de l'autorité se porte sur la réfection de l'acte, elle peut soit reprendre la procédure ab initio, soit la reprendre au stade de l'irrégularité constatée, afin de corriger celle-ci".* (CE n° 244.610 du 24 mai 2019)

Dans l'arrêt n° 230.781 du 3 avril 2015, le Conseil d'Etat a précisé (en ce qui concerne le retrait d'acte et l'éventuelle réfection en remédiant aux illégalités dénoncées dans le recours initial au Conseil d'Etat) :

« Considérant qu'une décision de retrait a la même portée qu'un arrêt d'annulation dès lors qu'elle a pour conséquence de faire disparaître rétroactivement de l'ordonnancement juridique la décision retirée; que le retrait d'un acte individuel ne peut intervenir que s'il n'a pas encore acquis un caractère définitif; que tel était bien le cas en l'espèce dès lors que le requérant avait introduit un recours devant le Conseil d'État à l'encontre de la sanction du déplacement qui avait été prise à son encontre; qu'à la suite d'un tel retrait, la partie adverse disposait de la faculté de reprendre une nouvelle décision sous réserve de respecter la règle de droit qui avait été méconnue et qui justifiait le retrait intervenu; que ledit retrait a été décidé afin de remédier aux irrégularités de procédure dénoncées par le requérant lui-même; que le fait que celui-ci remette en cause la régularité de la nouvelle procédure suivie ne peut justifier l'illégalité du retrait d'acte; qu'au surplus, l'examen du deuxième moyen a permis d'établir la régularité de la nouvelle procédure disciplinaire ayant conduit à l'adoption de l'acte attaqué; qu'enfin, aucune disposition légale ou aucun principe général de droit imposait à la partie adverse, dans le cadre de la réfection de l'acte retiré, d'adopter une sanction identique ou moins grave que celle retirée; (…) ».

43. Pour rappel, les requérants ont donc saisi le Conseil d'Etat par la requête *G/A 229.215/VI-21.615*.

L'article 13 de la Constitution implique un droit d'accès au juge compétent. Ce droit est également garanti par l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, par l'article 14, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et par un principe général de droit. *(CC n° 2019-049, B.9.1)* Idem : l'article 160 de la Constitution *(Conseil d'Etat)*. L'article 6 de la CEDH et l'article 149 de la Constitution confirment le principe de motivation des arrêts et jugements.

Le droit d'accès au juge, qui constitue un aspect du droit à un procès équitable et qui doit être garanti à chacun dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution, peut faire l'objet de limitations, y compris de nature financière. Les restrictions à ce droit doivent être raisonnablement proportionnées au but légitime qu'elles poursuivent *(CEDH, Stagno c. Belgique, 7 juillet 2009, § 25). (CC n° 2019-49, B.33.2.1*)

44. L'exercice de la compétence de retrait d'un acte emporte l'obligation, pour l'autorité administrative, de se prononcer sur tous les griefs d'illégalité soulevés dans la requête en annulation, le retrait d'acte empêchant le juge de statuer sur le litige lui soumis et restreignant ainsi le droit d'accès à un juge.

Lorsqu'une autorité administrative, saisie d'une requête en annulation, retire un acte administratif et qu'en même temps, par ailleurs, *« le choix de l'autorité se porte sur la réfection de l'acte »*, l'autorité administrative doit en outre motiver formellement et adéquatement son choix de « *soit reprendre la procédure ab initio, soit la reprendre au stade de l'irrégularité constatée, afin de corriger celle-ci".*

45. C'est ici illégalement que la partie adverse ne motive pas formellement (dans la décision du 14 octobre 2019) (1) d'une part son choix de ne pas reprendre la procédure *ab initio* et (2) d'autre part son choix de ne pas répondre à tous les griefs d'illégalité, soulevés dans la requête initiale *G/A 229.215/VI-21.615*.

46. Dans le communiqué de presse du 9 octobre 2019, la partie adverse a donc exposé que « *afin de mieux expliquer aux soumissionnaires non retenus les raisons qui soutiennent le choix effectué, la Défense a l'intention de retirer sa décision motivée d'attribution et d'en rédiger une nouvelle plus détaillée qui sera soumise au ministre de la Défense, puis sera portée à la connaissance de tous les soumissionnaires. Celle-ci confirmera la décision prise par le Conseil des ministres en faveur de la société ABELAG* ». *(pièce 4)*

47. Si la cause était ainsi *de facto* déjà prématurément entendue, il n'en reste pas moins que la partie adverse restait tenue par l'obligation de motivation formelle qui s'applique en de telles circonstances.

48. Certes, la nouvelle décision diffère de la décision retirée par une motivation formelle plus ample. Par cette nouvelle motivation formelle, la Défense entend uniquement rencontrer le grief de motivation formelle non-adéquate, formulé dans la requête initiale en annulation auprès du Conseil d'Etat.

Telle motivation formelle ne permet toutefois pas de dire que la cause est ainsi dûment close en défaveur des requérants ; cette motivation méconnaît en l'espèce l'obligation de motivation formelle.

En effet, alors même que la nouvelle décision d'attribution mentionne explicitement la requête (C.E.), relevée comme une référence cruciale (n° 3), cette décision du 14 octobre 2019 ne rencontre pas les autres griefs majeurs, déjà formulés dans la requête initiale *G/A 229.215/VI-21.615*. Relevons ainsi :

- le grief que la décision d'attribution ne relève pas d'un gouvernement en affaires courantes ;
- le grief de l'absence d'un examen de la fiabilité du lauréat ;
- le grief que les prix, repris dans l'offre d'*Abelag*, sont anormalement bas ;
- le grief que l'évaluation du critère « *prix* » est illégale, dès lors que les cotes attribuées *(47/60, 30/60 et 28/60)* révèlent qu'on a nécessairement pris en compte au moins une 4ème offre (qui n'est encore toujours pas divulguée). Sur ce point, le contrôle « *mathématique* » révèle d'ailleurs une anomalie (réitérée) que les requérants exposent (à nouveau) dans le 4ème moyen *(infra, IX., p. 52)*.

L'appréciation (du caractère fondé) de ces griefs restait de mise, quand bien même *Abelag* resterait classé 1er dans la rubrique « *technique* ». En effet, si tel grief est retenu (par le Conseil d'Etat), la partie adverse *soit* ne peut pas adopter une nouvelle décision (à défaut d'un gouvernement responsable devant le Parlement) *soit* doit d'abord examiner la fiabilité du lauréat (comme le prescrivent l'article 63, § 2, 5° de l'A.R. du 23 janvier 2012 et l'article 39.2 de la Directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009).

49. La méconnaissance de l'obligation de motivation formelle est établie. Elle est d'autant plus établie qu'en l'espèce la partie adverse n'y soutient également pas qu'il n'y avait pas lieu d'examiner les autres moyens soulevés (dans la requête *G/A 229.215/VI-21.615*) au prétexte que ces autres moyens, tout aussi cruciaux et en outre relatifs au fond, n'auraient pas pu conduire à une annulation plus étendue.

Autrement dit, la partie adverse n'établit pas dans la motivation formelle que les autres moyens n'auraient pas pu donner lieu à une annulation plus étendue et que pour cette raison-là – l'absence d'une annulation plus étendue **– ces autres moyens ne devaient quand même pas être examinés.**

50. C'est tout aussi illégalement que la partie adverse ne répond pas à tous les (autres) griefs d'illégalité, soulevés dans la requête initiale *G/A 229.215/VI-21.615*. Sa réponse limitée méconnaît ainsi d'autant plus l'obligation de motivation formelle (adéquate) que la nouvelle décision d'attribution mentionne explicitement la requête en annulation déjà introduite comme une référence cruciale *(= réf. n° 3)*.

La réponse de la partie adverse à tous les autres griefs déjà soulevés est en effet très sommaire.

On lit dans le dispositif de la décision du 14 octobre 2019 uniquement :

> **7. Décision motivée d'attribution de l'ordonnateur compétent**
>
> Considérant la requête en suspension introduite auprès du Conseil d'Etat en Ref 3, j'ai décidé de retirer la décision d'attribution en Ref 2.
>
> Vu que Abelag Aviation a introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, il n'y a, dès lors, aucune objection d'attribuer le marché à ce soumissionnaire. J'ai décidé, sur base de l'art. 112 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, d'attribuer le marché 17AP006/A (Lot 1) à ce soumissionnaire.
>
> Vu que Regourd Aviation a introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, il n'y a, dès lors, aucune objection d'attribuer le marché à ce soumissionnaire. J'ai décidé, sur base de l'art. 112 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, d'attribuer le marché 17AP006/B pour les Lots 3, 4, 5 et 6 à ce soumissionnaire.

Non-adéquate, insuffisante et stéréotypée est la motivation formelle dans laquelle la partie adverse soutient uniquement que *« vu que Abelag Aviation a introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, il n'y a, dès lors, aucune objection d'attribuer le marché à ce soumissionnaire. (…) »*.

Telle motivation formelle (consistant à dire que *Abelag* a introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse et que *« dès lors … »*) ne constitue pas une réponse adéquate et suffisante aux (autres) griefs, soulevés par les requérants dans la requête *G/A 229.215/VI-21.615.*

Addendum 1 ***(partialité suite à l'absence de réponse aux autres griefs déjà soulevés)***

51. Le 9 octobre 2019, la Défense a publié le *« communiqué de presse (…) à Belga »* suivant : *(pièce 4)*

> *« Vu les différents articles parus ce matin dans la presse concernant le dossier de « remplacement de la flotte blanche », la Défense tient à apporter les précisions suivantes :*
>
> *Le Conseil des ministres a décidé le 6 septembre 2019 d'attribuer le marché à la société ABELAG.*
>
> *A ce stade, le recours en suspension et annulation de la décision motivée d'attribution introduit devant le Conseil d'Etat par le soumissionnaire non retenu, AVICO / Flying Group, empêche la notification officielle de l'attribution du contrat.*
>
> *Par ailleurs, afin de mieux expliquer aux soumissionnaires non retenus les raisons qui soutiennent le choix effectué, la Défense a l'intention de retirer sa décision motivée d'attribution et d'en rédiger une nouvelle plus détaillée qui sera soumise au ministre de la Défense, puis sera portée à la connaissance de tous les soumissionnaires. Celle-ci confirmera la décision prise par le Conseil des ministres en faveur de la société ABELAG. »*

52. La partie adverse, pourtant saisie d'une requête en suspension et annulation, a donc décidé de se limiter à *« mieux expliquer »* ce qui avait déjà été décidé et a décidé de ne pas retenir un autre lauréat. Dans une précipitation particulière, le ministre a signé, outre un acte de retrait, une nouvelle adjudication.

Ce faisant, la partie adverse méconnaît en l'espèce également le principe d'impartialité *(en l'espèce le principe d'impartialité, pris isolément et juncto l'obligation de motivation formelle*), ce en

- ne répondant pas à tous les autres griefs d'irrégularité et d'illégalité, soulevés dans la requête *G/A 229.215/VI-21.615,* et en se limitant à uniquement *« mieux expliquer »* ce qui a déjà été décidé.

- ne motivant pas formellement (dans la nouvelle décision) (1) d'une part son choix de ne pas reprendre la procédure *ab initio* et (2) d'autre part son choix de ne pas répondre à tous les autres griefs d'irrégularité et illégalité, soulevés dans la requête *G/A 229.215/VI-21.615*.

En l'espèce et compte tenu de la survenance ultérieure du communiqué de presse, le défaut de partialité n'aurait pu être évacué ou évité qu'en répondant à tout le moins à tous les autres griefs. Or, la partie adverse s'abstient précisément de répondre aux autres griefs soulevés et connus.

53. La partialité de la partie adverse est d'autant plus établie que, et ce en dépit du communiqué de presse, la partie adverse n'a pas consulté le Conseil des ministres (en date du 6 septembre 2019).

Dans la note d'observations *G/A 229.615/VI-21.615*, établie le 3 octobre 2019, la partie adverse a d'ailleurs présenté les rétroactes comme suit (sans donc mentionner une hypothétique consultation du Conseil des ministres, au demeurant à quelque date que ce soit) :

> 12. Le 23 avril 2019, le pouvoir adjudicateur clôture l'évaluation financière des offres. Il ressort de l'évaluation financière des offres le classement suivant **(pièce confidentielle 16)** :
>
> - ABELAG Aviation (44,77/60)
> - AVICO/Flying Group – Falcon 7X (30,66/60)
> - AVICO Flying Group – Global 5000 (30,26/60)
> - DC Aviation (28,76/60)
> - REGOURD Aviation (15,55/60)
>
> 13. Le 24 avril 2019, l'officier acheteur rédige le rapport d'attribution et conclut que ABELAG Aviation a introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse **(pièce confidentielle 17)**.
>
> 14. Le 10 septembre 2019, le ministre de la Défense décide d'attribuer le marché 17AP006/A à ABELAG Aviation ayant introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse sur la base des motifs suivants **(pièce 7)** :
>
> (...)

La partie adverse n'a donc pas consulté le Conseil des ministres en date du 6 septembre 2019.

La motivation formelle de la décision du 14 octobre 2019 ne mentionne pas l'accomplissement de cette formalité, pas plus que la motivation formelle de la décision du 10 septembre 2019 ne l'a mentionnée.

Le *dossier administratif G/A 229.215*, déposé le 4 octobre 2019, n'établit d'ailleurs pas cette formalité.[3]

➢ Les requérants rappellent avoir mentionné ci-dessus explicitement l'agenda du Conseil des ministres, ce plus précisément dans les Chapitres 1 et 2. *(supra, I., p. 4, II., point 17, p. 9)*

L'agenda du Conseil des ministres, diffusé au public, établit que la partie adverse n'a pas soumis le dossier du marché litigieux au Conseil des ministres en date du 6 septembre 2019. *(pièce 12)*

54. Ces constats confirment la volonté réitérée de la partie adverse de retenir en tout état de cause le lauréat initial *Abelag*.

En effet, pour ce faire, la partie a donc même soutenu dans un *« communiqué de presse à Belga »* que :

(1) en tout état de cause la cause était et restait entendue en faveur du lauréat initial *Abelag* ;

(2) ce procédé de confirmation de la décision (déjà prise et donc ici à nouveau à imposer) pouvait se prévaloir d'un élément crucial : l'accord du Conseil des ministres, donné le 6 septembre 2019.

La méconnaissance du principe d'impartialité, pris isolément et *juncto* l'obligation de motivation formelle, est établie.

La méconnaissance du principe d'impartialité, pris isolément et *juncto* l'obligation de motivation formelle, est en l'espèce d'autant plus établie que :

(a) le Conseil des ministres n'a pas statué dans ce dossier sur la proposition d'adjudication à *Abelag* ;

(b) la partie adverse n'a pas établi l'accomplissement de cette formalité substantielle dans le dossier administratif *G/A 229.215/VI-21.615*.

(c) la partie adverse n'a pas relevé l'hypothétique accomplissement de cette formalité substantielle dans la motivation formelle des décisions d'attribution des 10 septembre 2019 et 14 octobre 2019.

[3] Sauf à considérer que le dossier *administratif G/A 229.215* eut été incomplet, le dossier administratif, déposé dans le cadre du présent recours, ne pourra pas établir la prétendue consultation du Conseil des ministres.

Addendum 2 **Retrait d'acte – Motivation formelle restreinte – Illégalité – Question préjudicielle**

55. Au marché litigieux s'applique la Directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 (relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité). Cette Directive prescrit les exigences impératives du droit communautaire, en ce compris le contenu des *« procès-verbaux »*, les « *Règles applicables aux recours »* et le contrôle des prix et de la fiabilité.

56. L'article 35 de la Directive 2009/81/CE évoque une obligation de motivation formelle.

L'article 37 de la Directive 2009/81/CE prescrit des obligations de motivation formelle comme suit :

"Contenu des procès-verbaux

1. Pour tout marché et tout accord-cadre, les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices établissent un procès-verbal pour confirmer que la procédure de sélection s'est déroulée de manière transparente et non discriminatoire, procès verbal comportant au moins:

a) (…)

f) le nom des candidats retenus et la justification de ce choix;

g) le nom des candidats exclus et les motifs de leur rejet;

h) les motifs du rejet des offres;

i) le nom de l'adjudicataire et la justification du choix de son offre, ainsi que, si elle est connue, la part du marché ou de l'accord-cadre que l'adjudicataire a l'intention ou sera tenu de sous-traiter à des tiers;

L'article 55 de la Directive 2009/81/CE prescrit une efficacité procédurale comme suit :

"Champ d'application et accès aux procédures de recours

1. Les procédures de recours prévues par le présent titre s'appliquent aux marchés visés à l'article 2 de la présente directive sous réserve des exceptions prévues aux articles 12 et 13.

2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 56 à 62, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

L'article 56 prescrit comme suit que soient prises des mesures pour corriger les violations alléguées :

"Exigences en matière de procédure de recours

1. Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des procédures de recours visées à l'article 55 prévoient les pouvoirs permettant:

a) soit de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit encore porté atteinte aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché en cause ou l'exécution de toute décision prise par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, et d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans l'appel d'offres, le cahier des charges ou tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause;

b) soit de prendre, dans les délais les plus brefs, si possible par voie de référé et, si nécessaire, par une procédure définitive quant au fond, d'autres mesures que celles qui sont prévues au point a), ayant pour but de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés; notamment d'émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée.

Dans les deux cas susmentionnés, les pouvoirs prévus incluent celui d'accorder des dommages et intérêts aux personnes lésées par la violation.

2. Les pouvoirs visés au paragraphe 1 et aux articles 60 et 61 peuvent être conférés à des instances distinctes responsables d'aspects différents des procédures de recours.

3. (…)"

Par ailleurs, l'article 39.2 de la Directive 2009/81/CE prescrit : « *Peut être exclu de la participation à un marché, tout opérateur économique: (…) e) au sujet duquel il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, qu'il ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État membre;* ».

Enfin, l'article 49 de la Directive 2009/81/CE est consacré aux « *offres anormalement basses* ». Le contrôle à effectuer a lieu d'office.

57. Les articles 4-5 et 36-37 de la loi du 17 juin 2013 prescrivent les modalités de motivation et de notification des décisions d'attribution, ce respectivement (1) de manière générale et (2) dans les domaines de la défense et de la sécurité. Les articles 2-3 de la loi du 29 juillet 1991 s'appliquent aussi.

58. Les requérants ont établi ci-dessus que la décision du 14 octobre 2019 méconnaît les articles 4-5 et 36-37 de la loi du 17 juin 2013 et les articles 2-3 de la loi du 29 juillet 1991, pris isolément et combinés avec les articles 13 et 160 de la Constitution et l'article 6 CEDH, ce pour diverses raisons :

- L'exercice de la compétence de retrait d'un acte emporte l'obligation, pour l'autorité administrative, de se prononcer (par une motivation formelle adéquate) sur tous les griefs d'illégalité soulevés dans la requête en annulation, le retrait d'acte empêchant le juge de statuer sur le litige lui soumis et restreignant ainsi le droit d'accès à un juge. Au regard du droit d'accès à un juge, il serait particulièrement problématique de (devoir) conclure à l'absence d'obligation, pour l'autorité, de se prononcer en cas de retrait d'acte et de réfection de l'acte sur tous les griefs d'illégalité soulevés dans la requête en annulation. Ceci engendre également un carrousel néfaste.
- Lorsqu'une autorité administrative, saisie d'une requête en annulation, retire un acte administratif et qu'en même temps, par ailleurs, *« le choix de l'autorité se porte sur la réfection de l'acte »*, l'autorité administrative doit en outre motiver formellement son choix de *« soit reprendre la procédure ab initio, soit la reprendre au stade de l'irrégularité constatée, afin de corriger celle-ci".*

59. ***Quid*** de l'éventuelle objection (de la partie adverse) soutenant que le moyen, pris de la méconnaissance de l'obligation (nationale) de motivation formelle, manquerait en droit ? Autrement dit, selon elle, l'obligation de motivation formelle ne serait par hypothèse pas méconnue par l''absence de réponse à tous les griefs soulevés dans la requête initiale en annulation, introduite auprès du Conseil d'Etat.

L'objection est particulièrement problématique au regard du droit à la protection juridique, du droit d'accès au juge et des autres exigences en matière de recours, formulées par le droit communautaire.

En effet, telle objection nuit à l'efficacité procédurale que poursuit le droit communautaire – *l'article 55 de la Directive 2009/81/CE exige des recours célères et efficaces* – et empêche la correction, *« dans les plus brefs délais »*, des violations du droit communautaire et national en matière de marchés publics.

Dans ce cas, il y a même illégalité : les articles 4-5 et 36-37 de la loi du 17 juin 2013, les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 et les articles 14 et 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (LCCE) méconnaissent les articles 10, 11, 13 et 160 de la Constitution, les articles 35, 37, 39, 49, 55 et 56 de la Directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009. Ce dans l'interprétation (de la partie adverse) suivant laquelle l'obligation de motivation formelle ne serait par hypothèse pas méconnue par l'absence de réponse à tous les griefs soulevés dans la requête initiale en annulation, introduite auprès du Conseil d'Etat.

L'illégalité provient dans ces cas du fait que ces dispositions législatives sont ainsi conçues et interprétées comme ne prescrivant qu'une obligation de motivation formelle restreinte, à savoir plus particulièrement (1) d'une part comme ne prescrivant pas que l'exercice de la compétence de retrait d'un décision d'attribution ou d'adjudication à la suite de l'introduction d'un recours en annulation auprès du Conseil d'Etat contre cette décision emporte l'obligation, pour l'autorité administrative, de se prononcer par une motivation formelle adéquate sur tous les griefs d'illégalité soulevés dans la requête en annulation – par hypothèse l'autorité se limite à examiner un seul grief qui ne conduit pas l'annulation la plus étendue – et (2) d'autre part comme ne prescrivant pas que lorsqu'une autorité administrative, pouvoir adjudicateur saisi d'une requête en annulation, retire tel acte administratif et qu'en même temps, par ailleurs, le choix de l'autorité se porte sur la réfection de l'acte, l'autorité administrative doit en outre motiver formellement et adéquatement son choix de soit reprendre la procédure *ab initio,* soit la reprendre au stade des irrégularité constatées, afin de corriger celles-ci.

Etant entendu, circonstance aggravante, que l'obligation de motivation formelle ne s'applique par hypothèse alors également même pas aux griefs d'illégalité (auxquels il n'est pas répondu) qui ont trait d'une part au contrôle des prix anormalement bas et/ou d'autre part à l'absence de fiabilité nécessaire (du lauréat) pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat. (Directive 2009/81/CE, articles 39 et 49).

L'illégalité est établie car en application de l'article 55 de la Directive 2009/81/CE « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 56 à 62, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit* » et, ici, pis, l'obligation de motivation formelle restreinte hypothèque la correction requise des violations alléguées.

Il y d'autant plus discrimination que le Conseil d'Etat doit examiner tous les griefs soulevés ou à soulever d'office, sauf à constater que les autres moyens ne pourraient conduire à une annulation plus étendue.

60. A les supposer établies, de telles restrictions à l'efficacité procédurale sont ici excessives. Elles résultent ici de dispositions législatives qui discriminent le candidat en le privant de droits et garanties essentiels.[4]

Les requérants demandent donc de poser la question préjudicielle suivante à la Cour constitutionnelle :

---

[4] *'Lorsqu'une partie requérante dénonce, dans le cadre d'un recours en annulation, la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec d'autres dispositions ou avec des principes généraux du droit contenant une garantie fondamentale, le moyen consiste en ce que cette partie estime qu'une différence de traitement est établie, parce que la disposition qu'elle attaque dans le recours la prive de cette garantie fondamentale, alors que celle-ci vaut sans restriction pour d'autres justiciables'.* (CC n° 2018-143, B.3.2)

« Les articles 4-5 et 36-37 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), les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 (relative à la motivation formelle des actes administratifs) et les articles 14 et 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (LCCE) ne méconnaissent-ils pas les articles 10, 11 et 13 de la Constitution, pris isolément et lus en combinaison avec les articles 35, 37, 39, 49, 55 et 56 de la Directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 (relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité), - ci-après : Directive 2009/81/CE - , et avec l'article 160 de la Constitution,

Interprétés comme ne prescrivant qu'une obligation de motivation formelle restreinte, à savoir plus particulièrement (1) d'une part comme ne prescrivant pas que l'exercice de la compétence de retrait d'un décision d'attribution ou d'adjudication à la suite de l'introduction d'un recours en annulation auprès du Conseil d'Etat contre cette décision emporte l'obligation, pour l'autorité administrative, de se prononcer par une motivation formelle adéquate sur tous les griefs d'illégalité soulevés dans la requête en annulation – par hypothèse l'autorité se limite à examiner un seul grief qui ne conduit pas l'annulation la plus étendue – et (2) d'autre part comme ne prescrivant pas que lorsqu'une autorité administrative, pouvoir adjudicateur saisi d'une requête en annulation, retire tel acte administratif et qu'en même temps, par ailleurs, le choix de l'autorité se porte sur la réfection de l'acte, l'autorité administrative doit en outre motiver formellement et adéquatement son choix de soit reprendre la procédure ab initio, soit la reprendre au stade des irrégularité constatées, afin de corriger celles-ci,

Etant entendu que l'obligation de motivation formelle ne s'applique par hypothèse alors également pas aux griefs d'illégalité (auxquels il n'est pas répondu) qui ont trait d'une part au contrôle des prix anormalement bas et/ou d'autre part à l'absence de fiabilité nécessaire (du lauréat) pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat (Directive 2009/81/CE, articles 39 et 49),

Alors qu'en application de l'article 55 de la Directive 2009/81/CE « les États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 56 à 62, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit » et que l'obligation de motivation formelle restreinte hypothèque la correction des violations alléguées,

et alors que le Conseil d'Etat est tenu d'examiner tous les griefs soulevés ou à soulever d'office, sauf à constater que les autres moyens ne pourraient conduire à une annulation plus étendue ? »

".

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant au moyen

Le moyen qui, à titre principal, reproche à la partie adverse d'avoir manqué à son obligation de motivation formelle repose en substance sur deux griefs synthétisés comme suit, au point 34 de la requête :

" C'est illégalement que la partie adverse [ne] répond pas à tous les griefs d'illégalité, soulevés dans la requête G/A 229.215/VI-21.615, et qu'elle se limite à «mieux expliquer» ce qui a déjà été décidé.
C'est illégalement que la partie adverse ne motive pas formellement (dans la décision du 14 octobre 2019) (1) d'une part son choix de ne pas reprendre la procédure *ab initio* et (2) d'autre part son choix de ne pas répondre à tous les griefs d'illégalité, soulevés dans la requête G/A 229.215/VI-21.615".

Ces griefs reposent sur un double postulat que la requête présente comme suit, en son point 44 :

" L'exercice de la compétence de retrait d'un acte emporte l'obligation, pour l'autorité administrative, de se prononcer sur tous les griefs d'illégalité soulevés dans la requête en annulation, le retrait d'acte empêchant le juge de statuer sur le litige qui lui est soumis et restreignant ainsi le droit d'accès au juge.
Lorsqu'une autorité administrative, saisie d'une requête en annulation, retire un acte administratif et qu'en même temps, par ailleurs, «le choix de l'autorité se porte sur la réfection de l'acte», l'autorité administrative doit en outre motiver formellement et adéquatement son choix de «soit reprendre la procédure *ab initio*, soit la reprendre au stade de l'irrégularité constatée, afin de corriger celle-ci»".

En dépit des termes en lesquels sont énoncés ces deux postulats et qui – à tout le moins pour le premier d'entre eux – pourraient laisser entendre qu'est en cause la légalité d'une décision de retrait (et pas seulement de réfection), au regard de l'obligation de motivation formelle qui incombe à son auteur, il convient de souligner – avant de procéder à leur examen – que les griefs formulés au titre du premier moyen ne mettent en cause que la légalité non pas du retrait de la précédente décision d'attribution du marché litigieux, prise le 10 septembre 2019, mais de la seule décision du 14 octobre 2019 par laquelle le ministre de la Défense attribue une nouvelle fois ce marché et, ce faisant, procède à la réfection de sa précédente décision du 10 septembre 2019. Cet objet des critiques formulées au titre de ce premier moyen est révélé à suffisance aux points 45, 48 et 50 de la requête. C'est donc en tenant compte de l'objet des griefs ainsi précisé et délimité que le moyen doit être examiné.

À supposer, à propos du premier postulat, que l'obligation de motivation formelle des actes administratifs individuels emporterait – selon ce que semblent soutenir les requérantes – l'obligation, pour l'autorité qui procède à la réfection d'un acte préalablement retiré, de répondre à tous les griefs et qu'il devrait être reproché, en l'espèce, à la partie adverse de l'avoir méconnue, le Conseil d'État n'aperçoit pas, au

terme d'un examen effectué en extrême urgence, en quoi l'illégalité qui – à cause de cette méconnaissance – affecterait l'acte attaqué causerait grief aux requérantes ou, en d'autres termes, en quoi celles-ci seraient concrètement lésées par le défaut de réponse, dans la décision de réfection de la décision du 10 septembre 2019, à des griefs devenus sans objet en raison du retrait préalable de cette décision contre laquelle ils étaient dirigés. Les requérantes semblent invoquer une atteinte à leur droit d'accès à un juge, qui résulterait du retrait de l'acte administratif contre lequel un recours juridictionnel a été préalablement introduit. Cette référence au droit d'accès à un juge qu'elles déduisent des dispositions et principes visés au point 43 de leur requête ne convainc pas. D'une part, les requérantes semblent perdre de vue que la disparition de la décision du 10 septembre 2019, à la suite du retrait de celle-ci, constitue une forme de succédané de l'annulation postulée par la requête G/A 229.215/VI-21.615 et – s'en tenant à l'affirmation péremptoire selon laquelle le retrait d'acte empêche le juge de statuer sur le litige qui lui est soumis et restreint ainsi le droit d'accès à un juge – n'indiquent pas concrètement comment elles ont pu être lésées par la tournure que le retrait de cette décision du 10 septembre 2019 a fait prendre au litige soumis au Conseil d'État. D'autre part, il ne paraît pas davantage devoir être question d'une restriction du droit d'accès à un juge pour ce qui concerne les contestations dont peut faire l'objet l'opération de "retrait-réfection", puisque la décision de retrait est susceptible de recours (à tout le moins par ceux qui y ont intérêt), tout comme l'est également la réfection (comme l'atteste d'ailleurs le présent recours).

S'agissant du deuxième postulat, il convient de rappeler que, pour satisfaire aux obligations imposées notamment par les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, la motivation formelle d'un acte administratif doit permettre à son destinataire de comprendre les raisons qui ont déterminé l'autorité à statuer dans le sens qu'indique l'acte concerné. Appliquée à la décision par laquelle l'autorité détermine le stade auquel elle situera la réfection d'un acte retiré, cette obligation se conçoit comme devant permettre aux destinataires de cette décision de comprendre pourquoi l'autorité reprend la procédure *ab initio* ou au stade de l'irrégularité constatée. En l'espèce, les requérantes, qui n'élèvent aucune critique à l'encontre du retrait de la décision du 10 septembre 2019, indiquent ce qui suit, au point 48 de leur requête : "Certes, la nouvelle décision diffère de la décision retirée par une motivation formelle plus ample. Par cette nouvelle motivation formelle, la Défense entend uniquement rencontrer le grief de motivation formelle non-adéquate, formulé dans la requête initiale en annulation auprès du Conseil d'État". Par ces indications, les requérantes montrent clairement qu'elles ont compris le choix de la partie adverse de ne pas reprendre la procédure *ab initio*, mais à un stade ultérieur déterminé par le grief de motivation formelle non adéquate pris en compte pour retirer la décision du 10 septembre 2019. Dans ces circonstances, elles ne

pourraient sérieusement pas soutenir que l'objectif de l'obligation de motivation formelle n'est pas atteint en l'espèce.

B. Quant à l'"Addendum 1"

La pièce 15 du dossier administratif (partie "Inventaire des pièces complémentaires") est la décision du Conseil des ministres, prise le 6 septembre 2019, dans le cadre de la procédure d'attribution du marché litigieux. *Prima facie*, elle atteste, au contraire de ce que soutient la requête, la consultation du Conseil des ministres. En tant qu'il infère notamment la partialité de la partie adverse du défaut de consultation du Conseil des ministres le 6 septembre 2019, ce grief des requérantes repose sur une affirmation erronée en fait.

En outre, dans les développements de la requête exposés au titre de l'"Addendum 1", les requérantes ne livrent aucun élément qui permettrait au Conseil d'État de constater, à la faveur d'un examen en extrême urgence, que les deux reproches faits à la partie adverse (quant au défaut de réponse aux griefs formulés dans la première requête, d'une part, et à l'absence de consultation du Conseil des ministres, d'autre part) attesteraient, à eux seuls, un défaut d'impartialité.

C. Quant à l'"Addendum 2"

Par les considérations émises sous le titre "Addendum 2", les requérantes n'expriment pas d'autres griefs que ceux qu'elles formulent, à titre principal, dans le moyen et auxquels il a déjà été répondu. Tels qu'exposés en termes de requête, ces développements de l'"Addendum 2" n'ont d'autre sens et d'utilité que d'étayer l'invitation à poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, que les requérantes adressent au Conseil d'État.

Les exigences de la procédure en extrême urgence – que ne peuvent ignorer les requérantes, sauf à contredire les préoccupations qu'elles expriment au point 59 de leur requête, à propos des exigences de droit communautaire relatives au droit d'accès au juge et à l'efficacité procédurale – ne permettent pas qu'une telle question soit, à ce stade de la procédure, posée à la Cour constitutionnelle. Par ailleurs, les conditions visées à l'article 26, § 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle apparaissent réunies en l'espèce et aucune contestation n'a d'ailleurs été élevée à ce propos. Il ne se justifie donc pas de poser la question préjudicielle formulée par les requérantes à ce stade de la procédure.

Au vu de l'ensemble des développements qui précèdent, le premier moyen ne peut être déclaré sérieux.

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèse des requérantes

Les requérantes prennent un deuxième moyen intitulé "cahier des charges – illégalité – «cote finale» – clauses contradictoires" qu'elles développent comme suit :

"

Excès de pouvoir et motifs illégaux et contradictoires,

ainsi que méconnaissance – notamment – :

- *des articles 10 et 11 de la Constitution ;*
- *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 ;*
- *de la Directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité ;*
- *de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions ;*
- *de l'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 ;*

et application de l'article 159 de la Constitution à l'égard du Cahier des charges du Lot 1 MRMP-A/P n° 17AP006

61. Au marché litigieux s'applique 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).

L'article 112 de l'A.R. 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) prévoit qu'en procédure négociée, le marché peut être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre économique la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicataire en tenant compte des critères d'attribution liés à l'objet du marché et permettant une comparaison objective des offres sur la base d'un jugement de valeur. La partie adverse peut dans ce sens rédiger un cahier des charges.

62. La décision du 14 octobre 2019 mentionne : *(pièce 1, p. 1)*

Ref. :
1. CSCh N° 17AP006/A (Lot 1) et CSCh N° 17AP006/B (Lot 2 à 6) (18-50075898)
2. Décision motivée d'attribution 19-50082975 du 10 septembre 2019
3. Recours Conseil d'Etat G/A. 229.215/VI-21.615

La référence 1 est le cahier des charges du marché litigieux.

63. La partie adverse a établi pour le 1er lot un cahier des charges, libellé comme suit : *(pièce 6)*

> **CAHIER SPECIAL DES CHARGES du lot 1 MRMP-A/P N° 17AP006/A**
>
> **relatif à la réalisation d'un contrat de services pour une capacité de transport aérien du type 'corporate'**
>
> **rédigé sur base de la Loi du 13 août 2011 (Défense et Sécurité)**

64. Le paragraphe « *7. Critères d'attribution* » du cahier des charges prescrit : *(p. 12-13)*

7. Critères d'attribution

a. Choix de l'offre régulière la plus avantageuse

En ce qui concerne le contrat de service le Pouvoir Adjudicateur choisira l'offre régulière qu'il juge économiquement la plus avantageuse en tenant compte des critères et des pondérations ci-dessous :

- PRIX : 60%
  La méthode utilisée pour la comparaison des offres est détaillé dans l'Ann A App VII.

- TECHNIQUE : 40%

Operational aspects	40%	
Aircraft characteristics	20%	
Aircraft operational capabilities	80%	6,40%
Aircraft interior and comfort	20%	1,60%
Availability	50%	
Missions performance guarantee	30%	6,00%
Mission up-front warning time	40%	8,00%
Contractor capabilities	30%	6,00%
Flexibility	30%	
Chartering (flexibility)	40%	4,80%
Adjustment of flight plan	10%	1,20%
Operating constraints and enablers	20%	2,40%
Usage of BD crew	30%	3,60%

b. Méthode de détermination de l'offre régulière économiquement la plus avantageuse

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

- Cote attribuée pour le critère « TECHNIQUE »
  La cote attribuée pour le critère « TECHNIQUE » est calculée sur base de la matrice d'évaluation présentée en annexe B.
- Cote attribuée pour le critère « PRIX »
  Chaque offre reçoit une cote égale au résultat des calculs effectués suivant l'Ann A App VII.

- La cote finale attribuée à chaque offre est la moyenne pondérée des cotes exprimées en %, en tenant compte de la pondération liée à chaque critère d'attribution, en application de la formule suivante :

$$Cote\ finale = \frac{\sum (cotes(en\%) \times pondération)}{\sum pondérations}$$

65. L'Annexe A du cahier des charges comporte un « *Appendice VII au Volet Administratif et Financier* ».

La formule pour le calcul de la « *cote finale d'un soumissionnaire* » est établie comme suit :

> La cote finale d'un soumissionnaire est calculée suivant la formule suivante :
>
> $$Cote\ Financière = 50\% - 100\% \times \frac{(Coût - Coût_{Moyen})}{Coût_{Moyen}}$$
>
> $Coût_{Moyen}$: moyenne des « Coût » (comme calculé au § 10) ci-dessus) de toutes les offres conformes (de tous les soumissionnaires)

66. La note d'observations *G/A 229.215/VI-21.615* (du 3 octobre 2019) précise la succession des opérations de vérifications « *technique* » et « *prix* » en mentionnant les rétroactes suivants : *(p. 5)*

> 11. Le 1er mars 2019, le pouvoir adjudicateur clôture l'évaluation technique des offres. Il ressort de l'évaluation technico opérationnelle que trois offres sont régulières et reçoivent les points suivants :
>
> - ABELAG Aviation (31,35%)
> - AVICO/Flying Group - Falcon 7X (27,18%)
> - DC Aviation (26,61%)
>
> Les offres de REGOURD Aviation ainsi que de AVICO/Flying Group (Global 5000) sont jugées irrégulières en raison du fait que l'avion de remplacement offert ne dispose pas du même type de 'rating' que l'avion principal (**pièce confidentielle 15**).
>
> 12. Le 23 avril 2019, le pouvoir adjudicateur clôture l'évaluation financière des offres. Il ressort de l'évaluation financière des offres le classement suivant (**pièce confidentielle 16**) :
>
> - ABELAG Aviation (44,77/60)
> - AVICO/Flying Group – Falcon 7X (30,66/60)
> - AVICO Flying Group – Global 5000 (30,26/60)
> - DC Aviation (28,76/60)
> - REGOURD Aviation (15,55/60)

67. La décision du 14 octobre 2019 mentionne « *le résultat financier* » comme suit : *(pièce 1, p. 20/27)*

> • Le résultat financier
>
> Le résultat financier est basé sur le scénario susmentionné et calculé sur la base du coût moyen de 141.586.233,55 euros.
>
Soumissionnaire	Type A/C	Financier (/60)	Classement
ABELAG Aviation	2 x F7X	44,77	1
AVICO/Flying Group	2 x F7X	30,66	2
DC Aviation	2 x G5000	28,76	3
>
> Sur la base du tableau ci-dessus et les éléments décrits, on peut conclure qu'Abelag Aviation a présenté l'offre la plus avantageuse par rapport au prix, en obtenant 44,77 points. AVICO/Flying Group se classe en deuxième position avec 30,66 points. La troisième place est occupée par DC Aviation qui a obtenu 28,76 points sur un total de 60 points.

68. L'emploi correct de la formule linéaire de la « *cote finale* » induit et consacre nécessairement un « *équilibrage* » ou « *compensation* » autour du seuil de référence, à savoir *50 %*.

Le seuil de *50 %* (dans la formule de la « *Cote Financière* ») est précisément le seuil de référence au niveau duquel se situe la moyenne des « *coûts* » des offres, définie comme étant le « *coût moyen* ».

Le candidat qui, par hypothèse, a proposé le « *coût moyen* » (ou un montant analogue), obtient 50 %.

Le candidat qui a proposé un coût inférieur, dépasse ce seuil de 50 % à raison de la différence négative.

Le candidat qui a proposé un coût supérieur (au « *coût moyen* »), se situe par contre en dessous de ce seuil de 50 %, ce plus précisément à raison de la différence (« positive ») qu'engendre ce coût supérieur.

Dans une échelle sans pondération, la somme des résultats, attribués à trois candidats (dont l'offre est « *conforme* »), équivaut donc toujours à 150. En l'espèce, la pondération de la rubrique « *prix* » est de 60 % (et donc pas de 100 %) ; l'addition des chiffres des trois candidats résulte donc nécessairement toujours dans la somme de : 90. (= *150 x 60 %)* Les requérants y reviendront dans le 4ème moyen *(IX.)*.

69. Si même « *l'évaluation financière des offres* » eut été correcte – *quod non est*, cfr. le 4ème moyen - , encore la différence entre d'une part la « *cote finale* », attribuée au lauréat, et d'autre part la « *cote finale* », attribuée aux requérants, peut-elle déterminer la décision de l'ordonnateur compétent.

En l'espèce, le cahier des charges comporte des formules contradictoires pour le calcul de la « *cote finale* ». En effet, si dans une version on tient compte de « *toutes les offres conformes de tous les soumissionnaires* », dans l'autre version chaque offre a une « *cote finale* », c'est-à-dire sans condition de conformité de l'offre. Avec tel cahier des charges, on s'emmêle donc pour ainsi dire les pinceaux.

Ici, la partie adverse attribue donc formellement uniquement trois chiffres *(47,77/60, 30,66/60 et 28,26/60)* pour désigner ensuite *Abelag*, alors que la somme des trois chiffres dépasse le montant de 90 et que ce résultat ne s'explique que par la prise en compte d'autres offres, jugées non conformes. Etant entendu que la partie adverse a ici d'abord statué sur la régularité « *technique* », donc sur la conformité.

70. **Le cahier des charges comportant des prescrits contradictoires pour le calcul de la « *cote finale* » et étant par conséquent illégal, il faut en écarter l'application en vertu de l'article 159 de la Constitution**.

La partie adverse ayant fait application d'un cahier des charges comportant une clause illégale en ce qui concerne le calcul de la « *cote finale* », il convient d'annuler la décision du 14 octobre 2019.

71. Il y a plus. (en ce qui concerne l'illégalité des clauses *« cote finale »* du cahier des charges)

En effet, les clauses *« cotes finales »* du cahier des charges contiennent une autre contradiction.

La formule pour le calcul de la *« cote finale d'un soumissionnaire »* est établie comme suit :

> La cote finale d'un soumissionnaire est calculée suivant la formule suivante :
>
> $$Cote\ Financière = 50\% - 100\% \times \frac{(Coût - Coût_{Moyen})}{Coût_{Moyen}}$$
>
> $Coût_{Moyen}$: moyenne des « Coût » (comme calculé au § 10) ci-dessus) de toutes les offres conformes (de tous les soumissionnaires)

Ce faisant, le cahier des charges comporte une autre incertitude et contradiction, ce avec le terme *« toutes les offres conformes »*. En effet, il n'est ainsi pas dit quelle conformité est prise en compte : la conformité *« technique »* ou la conformité *« financière »* ? Le cahier des charges est donc illégal.

A priori, les offres déclarées *« non conformes »* après leur *« évaluation technique »* n'entrent pas en compte pour leur *« évaluation financière »* et le calcul du *« coût moyen »*. Toutefois, le cahier des charges est imprécis et contradictoire, et il permet une toute autre approche dans laquelle le pouvoir adjudicateur semble pouvoir ignorer la non-conformité technique. La clause est donc illégale.

72. L'objection des requérants n'est pas une simple considération académique, car le dossier litigieux illustre que ces contradictions surgissent concrètement et la partie adverse cumule les contradictions.

Pour rappel, la décision du 14 octobre 2019 se réfère explicitement au cahier des charges.

Dans la note d'observations *G/A 229.215/VI-21.615,* la partie adverse divulgue ces contradictions.

D'abord, elle clôture le 1er mars 2019 *« l'évaluation technique »* et révèle que 3 offres sont régulières.

Ensuite, le 23 avril 2019, elle *« clôture l'évaluation financière des offres »* duquel ressort le classement :

> 12. Le 23 avril 2019, le pouvoir adjudicateur clôture l'évaluation financière des offres. Il ressort de l'évaluation financière des offres le classement suivant (**pièce confidentielle 16**) :
>
> - ABELAG Aviation (44,77/60)
> - AVICO/Flying Group – Falcon 7X (30,66/60)
> - AVICO Flying Group – Global 5000 (30,26/60)
> - DC Aviation (28,76/60)
> - REGOURD Aviation (15,55/60)

Autrement dit, les deux offres déjà jugées *« non conformes »* sont quand même prises en considération.

Enfin, la décision du 14 octobre 2019 mentionne « *le résultat financier* » avec la particularité que n'y apparaissent plus que les trois offres initialement jugées « *conformes* » : *(p. 20/27)*

- Le résultat financier

Le résultat financier est basé sur le scénario susmentionné et calculé sur la base du coût moyen de 141.586.233,55 euros.

Soumissionnaire	Type A/C	Financier (/60)	Classement
ABELAG Aviation	2 x F7X	44,77	1
AVICO/Flying Group	2 x F7X	30,66	2
DC Aviation	2 x G5000	28,76	3

Sur la base du tableau ci-dessus et les éléments décrits, on peut conclure qu'Abelag Aviation a présenté l'offre la plus avantageuse par rapport au prix, en obtenant 44,77 points. AVICO/Flying Group se classe en deuxième position avec 30,66 points. La troisième place est occupée par DC Aviation qui a obtenu 28,76 points sur un total de 60 points.

La contradiction et l'imprécision du cahier des charges permettent, voire amènent donc la partie adverse à ne reprendre dans le dossier pour le « *résultat financier* » (établi le 14 octobre 2019) que les trois offres qu'elle a jugées initialement (en date du 1er mars 2019) conformes après l'évaluation « *technique* », ce tout en ayant mentionné pour la phase intermédiaire de la « *clôture l'évaluation financière des offres* », réalisée le 23 avril 2019, que cinq offres étaient prises en considération.

Un tel fouillis légistique est illégal et engendre l'illégalité des décisions ultérieures.

73. Le cahier des charges comportant donc d'autres prescrits contradictoires et étant donc ainsi d'autant plus illégal, il faut d'autant plus en écarter l'application en vertu de l'article 159 de la Constitution.

La partie adverse ayant fait application d'un cahier des charges illégal, il convient d'annuler la décision du 14 octobre 2019.

Addendum *(on ne peut pas préjuger d'une nouvelle décision)*

74. On ne peut pas soutenir un défaut d'intérêt au moyen au prétexte qu'en tout de cause la partie adverse choisira à nouveau le même lauréat *Abelag*, par hypothèse classé 1er. Après un (nouveau) retrait d'acte, et si même le choix de l'autorité se porte à nouveau sur la réfection de l'acte, elle peut soit reprendre la procédure *ab initio,* soit la reprendre au stade des irrégularités constatées, ce afin de corriger celles-ci.

On peut d'autant moins préjuger de la nouvelle décision que, après un nouvel acte de retrait motivé par les illégalités, dénoncées par les requérants, la partie adverse doit d'abord décider si elle refait l'acte.

".

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Il s'impose, avant tout, de constater que, tel que l'expose la requête, le moyen entretient une confusion, en ce qu'il dénonce, d'une part, des "motifs illégaux et contradictoires" (ce qui doit raisonnablement se comprendre comme étant un grief formulé à l'encontre de l'acte attaqué) et, d'autre part, une (ou des) contradiction(s) que contiendrait le cahier spécial des charges. Par ailleurs, si, à la lecture des points 70 à 73 de la requête, le moyen paraît globalement critiquer les conditions du marché (au travers précisément de contradictions qui entacheraient le cahier des charges), c'est bien la mise en œuvre de ces conditions du marché qui semble mise en cause à propos de l'évaluation financière des offres, comme incite notamment à le considérer l'interprétation des cotes d'évaluation financière défendue au troisième alinéa du point 69 de cette requête.

Si le moyen doit être compris comme critiquant une (ou des) contradictions dans les documents du marché, il n'indique pas clairement et précisément où elle(s) se situerai(en)t et en quoi elle(s) consisterai(en)t. En tout état de cause, si les requérantes entendent dénoncer quelque contradiction dans l'identification des offres qui doivent être prises en compte pour l'évaluation financière (à savoir l'ensemble des offres ou seulement les offres conformes, comme semble le comprendre la partie adverse, selon ce qu'elle indique à la page 13, *in fine*, de sa note d'observations), les documents du marché ne semblent, *prima facie*, pouvoir être raisonnablement compris qu'en ce sens que seules les offres conformes doivent être prises en compte. Une interprétation contraire imposerait d'admettre que la valorisation du prix dépendrait de celui qui a été offert pour des offres écartées à raison d'irrégularités, alors que de telles offres ne pourraient être comparées aux autres. Telle n'a pu être l'intention de la partie adverse dans la fixation du mode de calcul de la cote attribuée pour le critère "PRIX". La critique portant sur la contradiction alléguée (mais non établie au terme d'un examen en extrême urgence) dans les documents du marché n'apparaît pas sérieuse.

Si le moyen doit plutôt être compris comme reprochant à la partie adverse d'avoir, pour l'attribution des cotes relatives au critère "PRIX", eu égard aux cinq offres déposées et non aux trois seules qui sont considérées comme régulières, ce qui serait contraire aux prescriptions des documents du marché telles qu'elles doivent être interprétées, il faut relever – à la suite de la partie adverse dont l'analyse purement arithmétique et les conséquences qu'elle en tire à la page 14 de sa note d'observations ne peuvent être sérieusement contestées – qu'une application rigoureuse des prescriptions en cause aurait fait perdre – en comparaison avec l'évaluation sur laquelle repose l'acte attaqué – 3,87 points à l'intervenante et 5,08 points aux

requérantes. Dans ces circonstances où il n'apparaît pas que, à la supposer vérifiée, l'illégalité dénoncée aurait pu faire grief aux requérantes, la critique qu'exprimerait le moyen, selon cette deuxième interprétation, est irrecevable à défaut d'intérêt.

L'observation formulée au point 74 de la requête n'apparaît pas remettre en cause les considérations qui précèdent.

Quelle que soit l'interprétation qu'il doive appeler quant à l'objet des griefs, le deuxième moyen ne peut être déclaré sérieux.

VIII. Troisième moyen

VIII.1. Thèse des requérantes

Les requérantes prennent un troisième moyen intitulé "gouvernement en affaires courantes – Conseil des ministres" qu'elles développent comme suit :

"

Excès de pouvoir et motifs illégaux et contradictoires, ainsi que méconnaissance de la Constitution, en ce compris les articles 10, 11, 33, 37 et 46, du principe général déterminant l'exercice des compétences du gouvernement en charge de l'expédition des affaires courantes, et de la circulaire du 21 décembre 2018, intitulée « Prudence budgétaire pendant la période des affaires courantes »

75. La décision litigieuse (du 14 octobre 2019) est *in fine* motivée et ensuite signée comme suit :

Considérant la requête en suspension introduite auprès du Conseil d'Etat en Ref 3, j'ai décidé de retirer la décision d'attribution en Ref 2.

Vu que Abelag Aviation a introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, il n'y a, dès lors, aucune objection d'attribuer le marché à ce soumissionnaire. J'ai décidé, sur base de l'art. 112 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, d'attribuer le marché 17AP006/A (Lot 1) à ce soumissionnaire.

Vu que Regourd Aviation a introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, il n'y a, dès lors, aucune objection d'attribuer le marché à ce soumissionnaire. J'ai décidé, sur base de l'art. 112 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, d'attribuer le marché 17AP006/B pour les Lots 3, 4, 5 et 6 à ce soumissionnaire.

Didier Reynders
Ministre de la Défense

76. Le ministre de la Défense est à cette date-là membre d'un gouvernement en affaires courantes, avec comme circonstance complémentaire que la coalition gouvernementale est en outre minoritaire.[5]

77. Il existe des hypothèses où le Gouvernement, quoiqu'il ne soit pas démissionnaire, voit ses attributions limitées à l'expédition des affaires courantes. Tel est le cas toutes les fois que le Gouvernement concerné est privé de "sa base parlementaire" et qu'un contrôle politique efficace ne peut être exercé sur son action. Il en va ainsi lorsque le contrôle politique dont il est question ne peut matériellement pas être exercé parce que le Parlement est dissous ou que, quoiqu'il ait été renouvelé par voie d'élection, il n'est pas encore installé. Il en va de même pour un Gouvernement qui n'a jamais obtenu la confiance de la part du Parlement, pour la simple raison qu'il n'a pas été élu par ce Parlement mais bien par le Parlement qui l'a précédé. En effet, s'il est formellement responsable devant le nouveau Parlement, un tel Gouvernement ne tient de celui-ci ni sa légitimité, ni ses pouvoirs, ni même son existence. Il n'a donc, au même titre qu'un Gouvernement qui a perdu la confiance du Parlement, plus rien à redouter du

[5] Le Gouvernement MR-CD&V-Open VLD ne dispose pas d'une majorité depuis la démission des ministres N-VA.

contrôle politique qui s'exerce à son encontre. Démissionnaire ou non, il s'agit là d'un Gouvernement privé de "sa base parlementaire", laquelle n'existait qu'au sein du Parlement qui l'a élu et peut fort bien ne pas subsister au sein du Parlement renouvelé.[6] Les articles 33, 37 et 46 de la Constitution confirment l'assise de ces principes généraux, coutumes et enseignements de nature constitutionnelle.

78. Le préambule de la Directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 (…) prescrit : - nous soulignons -

> *« (67) Étant donné la sensibilité des secteurs de la défense et de la sécurité, la fiabilité des opérateurs économiques qui obtiennent des marchés est cruciale. Cette fiabilité dépend notamment de leur capacité à répondre aux exigences imposées par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice en matière de sécurité d'approvisionnement et de sécurité de l'information. En outre, aucune disposition de la présente directive ne devrait empêcher un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice d'exclure un opérateur économique à quelque stade que ce soit de la procédure d'attribution d'un marché si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice disposent d'informations selon lesquelles l'attribution de tout ou partie du marché à l'opérateur économique en question pourrait menacer les intérêts essentiels de sécurité de l'État membre concerné. »*

Aux termes de l'article 63, § 2, 5°, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 (relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité) : - nous soulignons -

> *« Conformément à l'article 20 de la loi (ndlr = du 13 août 2011), peut être exclu de l'accès au marché, à quelque stade que ce soit de la procédure, le candidat ou le soumissionnaire :*
>
> *[…]*
>
> *5° au sujet duquel il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, qu'il ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat ; ».*

79. En l'espèce, le Gouvernement – ou à tout le moins le ministre – doit donc déterminer si le lauréat possède la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat dans le cadre de la mise à la disposition du transport aérien du Chef de l'Etat, des membres du Gouvernement, des officiers généraux et supérieurs des Forces Armées belges et des armées des Alliés de l'Etat belge, ainsi que du transport aérien des militaires vers les théâtres d'opérations de façon secrète, quasi-secrète ou discrète.

La décision d'adjudication contestée ne relève donc pas des compétences restreintes d'un ministre du gouvernement, ici aussi démissionnaire et minoritaire, en charge d'expédier les affaires courantes.

[6] Propos, empruntés à CE n° 234.463, 21 avril 2016, Commune d'Uccle. Idem : CE n° 227.311, 8 mai 2014.

80. Les requérants relèvent l'importance cruciale de la sensibilité du secteur de la Défense et la fiabilité des opérateurs auxquels le Gouvernement décide d'octroyer le présent marché public militaire. Une chose est de décider de lancer ce marché public, une autre chose est ensuite de choisir le lauréat (fiable).

Non seulement, le Gouvernement doit s'assurer qu'il dispose de toutes les informations militaires, fiscales et sécuritaires pour choisir l'opérateur. Les requérants y reviendront dans le 5ème moyen *(X.)*.

De plus, tel choix discrétionnaire ne peut pas relever d'un gouvernement en charge des affaires courantes, même si le choix du lauréat (fiable) semblerait plutôt résulter d'une évaluation présentée comme étant pour ainsi dire quasi-mathématique (sans qu'il y ait pour autant une compétence liée).

La partie adverse commet donc un excès de pouvoir en désignant maintenant *Abelag*, alors même que le gouvernement n'a plus rien à redouter du contrôle politique qui s'exerce à son encontre.

81. **Le caractère fondé du grief des requérants est confirmé par la circulaire du 21 décembre 2018, *« Prudence budgétaire pendant la période des affaires courantes »*, signée par la ministre du Budget.**

La circulaire énonce la règle à laquelle le Gouvernement et ses membres sont tenus : *(pièce 11)*

> Dans le cadre de l'application des affaires courantes, il y a lieu de signaler que les engagements budgétaires doivent être limités à ce qui est strictement nécessaire aux initiatives (nouvelles dépenses) permettant :
>
> 1) de continuer la gestion quotidienne de routine des affaires administratives nécessaires au bon fonctionnement des services publics ;
> 2) d'assurer les compétences de tutelle à exercer dans un délai déterminé ;
> 3) de traiter les affaires qui ne nécessitent pas de nouvelle initiative gouvernementale et qui sont à traiter par le pouvoir exécutif en vue de la continuité du service public, faute de quoi un vide nuisible au citoyens serait créé ;
> 4) de prendre en charge les affaires urgentes qui doivent être traités avec célérité, faute de quoi les intérêts fondamentaux de la nation pour lesquels le gouvernement est responsable, seraient exposés à des risques ou risqueraient d'être mis en péril.

Or, en l'espèce, le dossier litigieux ne relève pas de la gestion quotidienne de routine des affaires administratives nécessaires au bon fonctionnement des services publics. Le ministre ne le motive pas.

Par ailleurs, il n'est pas établi (dans la motivation formelle) que l'affaire est urgente et doit être traitée avec célérité, faute de quoi les intérêts fondamentaux de la nation pour lesquels le gouvernement est responsable, seraient exposés à des risques ou risqueraient d'être mis en péril.

La décision d'adjudication contestée ne relève donc pas des compétences restreintes d'un ministre du gouvernement, ici démissionnaire et aussi minoritaire, en charge d'expédier les affaires courantes.

Addendum 1 ***(pas de consultation du Conseil des ministres)***

82. La circulaire du 21 décembre 2018, *« Prudence budgétaire pendant la période des affaires courantes »*, entend préciser ce qu'un gouvernement, chargé des affaires courantes, pourrait quand même décider.

La partie adverse s'inscrit dans cette circulaire en soutenant dans le *« communiqué de presse à Belga »* que le dossier aurait été soumis au Conseil des ministres en date du 6 septembre 2019. *(pièce 4)*

83. Si même la décision litigieuse eut pu être prise en considération dans le cadre des affaires courantes – *quod non est* – , encore la partie adverse n'a-t-elle pas consulté le Conseil des ministres (en date du 6 septembre 2019), même si elle l'a suggéré dans le communiqué de presse précité du 9 octobre 2019.

Dans la note d'observations *G/A 229.615/VI-21.615,* établie le 3 octobre 2019, la partie adverse a d'ailleurs relevé les rétroactes comme suit (sans donc mentionner une hypothétique consultation) :

> 12. Le 23 avril 2019, le pouvoir adjudicateur clôture l'évaluation financière des offres. Il ressort de l'évaluation financière des offres le classement suivant **(pièce confidentielle 16)** :
>
> - ABELAG Aviation (44,77/60)
> - AVICO/Flying Group – Falcon 7X (30,66/60)
> - AVICO Flying Group – Global 5000 (30,26/60)
> - DC Aviation (28,76/60)
> - REGOURD Aviation (15,55/60)
>
> 13. Le 24 avril 2019, l'officier acheteur rédige le rapport d'attribution et conclut que ABELAG Aviation a introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse **(pièce confidentielle 17)**.
>
> 14. Le 10 septembre 2019, le ministre de la Défense décide d'attribuer le marché 17AP006/A à ABELAG Aviation ayant introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse sur la base des motifs suivants (**pièce 7**) :
>
> (...)

La partie adverse n'a donc pas consulté le Conseil des ministres en date du 6 septembre 2019.

La motivation formelle de la décision du 14 octobre 2019 n'énonce d'ailleurs pas que cette formalité a été accomplie (pas plus d'ailleurs que la décision du 10 septembre 2019 ne l'énonçait).

Le *dossier administratif G/A 229.215*, déposé le 4 octobre 2019, n'établit en outre pas cette formalité.

84. La partie adverse méconnait ainsi non seulement la circulaire du 21 décembre 2018, mais également la règle « *patere legem quam ipse fecisti* » et les dispositions régissant la période d'affaires courantes. Ce donc d'autant plus que le Conseil des ministres n'a pas été consulté alors qu'il aurait dû être consulté.

85. Pour être complet, les requérants rappellent l'agenda du Conseil des ministres : *(pièce 12)*

21-10-2019 presscenter.fb.emailing.belgium.be/c17438/e6535058/hff371/index.html#child-99802

Si vous recevez cet e-mail en format texte, sans images, cliquez ici!

PRESSCENTER.ORG by RESIDENCE PALACE INTERNATIONAL PRESS CENTRE .be

Conseil des ministres du 6 septembre 2019

Le Conseil des ministres s'est réuni le vendredi 6 septembre 2019 au 16 rue de la Loi, sous la présidence du Premier ministre Charles Michel. Le Conseil des ministres a pris les décisions suivantes :

- Suppression du ticket modérateur relatif aux prestations de santé octroyées aux donneurs vivants d'organe
- Transposition de la directive européenne relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes
- Désignations dans le cadre du règlement sur le Single Digital Gateway
- Marchés publics pour le SPF BOSA
- Entrée en vigueur de l'échange électronique de messages par le biais de l'eBox au SPF Finances - Deuxième lecture
- Application de la circulaire relative à la prudence budgétaire pendant la période des affaires courantes
- Chiffres du budget économique 2019-2020

Suppression du ticket modérateur relatif aux prestations de santé octroyées aux donneurs vivants d'organe

Sur proposition de la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique Maggie De Block, le Conseil des ministres a approuvé un projet d'arrêté royal qui vise à supprimer le ticket modérateur relatif aux prestations de santé octroyées aux donneurs vivants d'organe.

En savoir plus

Transposition de la directive européenne relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes

Sur proposition du ministre de la Justice Koen Geens, le Conseil des ministres a approuvé un projet d'arrêté royal modifiant divers arrêtés royaux portant exécution de la loi sur les armes.

En savoir plus

Désignations dans le cadre du règlement sur le Single Digital Gateway

Sur proposition du Premier ministre Charles Michel et du ministre chargé de la Simplification administrative Philippe De Backer, le Conseil des ministres a a marqué son accord sur la désignation des services fédéraux responsables de l'implémentation du règlement Single Digital Gateway.

En savoir plus

Marchés publics pour le SPF BOSA

Sur proposition de la ministre de la Fonction publique Sophie Wilmès, le Conseil des ministres a marqué son accord sur trois dossiers de marchés publics pour le SPF Stratégie et Appui.

En savoir plus

Le Conseil des ministres n'a évoqué aucun dossier de la Défense en réunion du 6 septembre 2019.

<u>Addendum 2</u> ***(absence de consultation du Conseil des ministres – non-examen de la requête 229.215)***

86. Les requérants rappellent l'importance cruciale de la sensibilité du secteur de la Défense et de la fiabilité de l'opérateur auquel le Gouvernement décide d'octroyer le présent marché militaire. Une chose est de décider de lancer ce marché, une autre chose est ensuite de choisir le lauréat (fiable).

87. Le 9 octobre 2019, la Défense a diffusé le « *communiqué de presse* » suivant : *(<u>pièce 4</u>)*

> « ***Communiqué de presse de la Défense à Belga***
> *Vu les différents articles parus ce matin dans la presse concernant le dossier de « remplacement de la flotte blanche », la Défense tient à apporter les précisions suivantes :*
> *Le Conseil des ministres a décidé le 6 septembre 2019 d'attribuer le marché à la société ABELAG.*
> *A ce stade, le recours en suspension et annulation de la décision motivée d'attribution introduit devant le Conseil d'Etat par le soumissionnaire non retenu, AVICO / Flying Group, empêche la notification officielle de l'attribution du contrat.*
> *Par ailleurs, afin de mieux expliquer aux soumissionnaires non retenus les raisons qui soutiennent le choix effectué, la Défense a l'intention de retirer sa décision motivée d'attribution et d'en rédiger une nouvelle plus détaillée qui sera soumise au ministre de la Défense, puis sera portée à la connaissance de tous les soumissionnaires. Celle-ci confirmera la décision prise par le Conseil des ministres en faveur de la société ABELAG. »*

La partie adverse a ainsi rappelé *urbi et orbi* l'importance cruciale de la formalité de la consultation du Conseil des ministres. Le *dossier administratif* n'établit pas l'accomplissement de cette formalité en date du 6 septembre 2019 (évoquée dans le « *communiqué de presse de la Défense* »).

C'est <u>illégalement</u> et aussi en méconnaissance du principe de précaution que le Conseil des ministres, *par hypothèse consulté le 6 septembre 2019,* <u>n'a ensuite pas re-statué en connaissance de cause des griefs essentiels déjà soulevés par les requérants</u> (dans la requête *G/A 229.215/VI-21.615*), **à savoir :**

- la décision d'attribution ne relève pas d'un gouvernement en affaires courantes ;
- l'absence d'un examen de la fiabilité du lauréat ;
- les prix, repris par *Abelag*, sont anormalement bas ;
- l'évaluation du critère *« prix »* est douteuse et est illégale, dès lors que les chiffres attribués aux trois offres (*47/60, 30/60* et *28/60*) révèlent qu'on a nécessairement pris en compte au moins une 4ème offre voire une 5ème (qui n'ont par ailleurs encore toujours pas été divulguées).

Le Conseil des ministres aurait dû re-statuer (entre le 26 septembre 2019 et le 14 octobre 2019) en connaissance de cause de cette requête en annulation et des griefs, y soulevés par les requérants.

<u>Addendum 3</u> ***(rejet d'une exception relative à l'application de la circulaire du 21 décembre 2018)***

88. Il serait vain de soutenir que les requérants ne pourraient pas invoquer la méconnaissance de la circulaire du 21 décembre 2018, ce document n'étant qu'une circulaire sans conséquence particulière.

89. Dans le « *communiqué de presse* » du 9 octobre 2019, la partie adverse a explicitement soutenu que « *Le Conseil des ministres a décidé le 6 septembre 2019 d'attribuer le marché à la société ABELAG* ». Les requérants peuvent donc dûment vérifier si le dossier, à le supposer soumis au Conseil des ministres – *quod non est* - , y a été traité suivant les règles auxquelles le Conseil des ministres est tenu dans ce cas.

90. Par ailleurs, le relevé des rétroactes ci-dessus établit que le Conseil des ministres déclare explicitement se référer à « *L'application de la circulaire relative à la prudence budgétaire pendant la période des affaires courantes* ». En effet, le « *communiqué de presse* » s'y réfère comme suit : *(supra, II., point 17)*

PRESSCENTER.ORG by RESIDENCE PALACE INTERNATIONAL PRESS CENTER — Communiqué de presse du Conseil des ministres du 6 septembre 2019

Application de la circulaire relative à la prudence budgétaire pendant la période des affaires courantes

Par Sarah Delafortrie, Christophe Springael
Publié le 06/09/2019

Le Conseil des ministres a marqué son accord sur une série de dossiers dans le cadre de l'application de la circulaire du 21 décembre 2018 relative à la prudence budgétaire pendant la période des affaires courantes.

Il s'agit de :

- SPF Chancellerie du Premier Ministre : marché public dans le cadre de la campagne "Droits des patients" du SPF Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement
- Coopération au développement : cinq subsides (SFERA - UNHCR - UNICEF - WFP - FAO)
- Santé publique : dossier concernant l'extension du module d'enregistrement des victimes du SPF Santé publique
- Budget : deux dossiers (Fujitsu Service Now - Service Management IT / Deloitte Consulting - Business Intelligence Competence Center)
- Politique scientifique : octroi d'une subvention à la Chapelle musicale Reine Elisabeth
- Agenda numérique : réalisation d'un BosaBot pilote pour la Direction générale Transformation digitale du SPF BOSA
- Emploi : dossier concernant une demande de détachés spécialisés via un contrat Smals pour la réalisation de projets en informatique

En d'autres termes, il est vain de soutenir que les requérants ne pourraient pas invoquer la méconnaissance de la circulaire du 21 décembre 2018, ce document n'étant qu'une circulaire sans conséquence particulière. De plus, les requérants peuvent à cette occasion relever de façon recevable la méconnaissance de la règle « *patere legem …* » et des articles 10 et 11 de la Constitution.

".

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant au moyen formulé à titre principal

Le grief sur lequel reposent les principaux développements du moyen est formulé comme suit :

" La décision d'adjudication contestée ne relève […] pas des compétences restreintes d'un ministre du gouvernement, ici démissionnaire et aussi minoritaire, en charge d'expédier les affaires courantes".

Dans une période où du fait de la dissolution des Chambres législatives, le gouvernement est privé de sa base parlementaire et échappe au contrôle de la Chambre des représentants, il ne dispose plus de la plénitude de ses attributions et peut uniquement expédier les "affaires courantes". Il en est de même lorsque le gouvernement a présenté sa démission au Roi.

Relèvent des affaires courantes, les affaires de gestion journalière, les affaires constituant la poursuite normale d'une procédure régulièrement engagée avant la dissolution ou la démission, et les affaires urgentes.

L'examen de la présente cause ne permet pas, *prima facie*, de considérer que l'adoption de l'acte attaqué relèverait de la première ou de la troisième des catégories d'affaires ci-dessus identifiées.

La deuxième catégorie d'affaires ne peut relever des affaires courantes que si la procédure d'élaboration répond à des conditions bien précises. Notamment, une affaire dont l'importance dépasse celle des affaires de gestion journalière et qui n'est pas urgente peut néanmoins être finalisée par le gouvernement ou l'un de ses membres, malgré la dissolution du parlement ou la démission du gouvernement, si la procédure qui a donné lieu à la décision concernée a été engagée bien avant la période critique, si elle a ensuite été réglée sans précipitation et si les questions politiques, qui ont pu se poser sur le plan administratif, ont été résolues avant cette période critique. Ne relèvent, en revanche, pas de cette deuxième catégorie, les affaires dont le traitement donne lieu à des choix politiques importants, c'est-à-dire des affaires qui impliquent des options dont l'importance sur le plan de la politique générale est par essence telle que ces affaires ne pourraient être décidées que par un gouvernement qui a l'appui du parlement et qui risque de perdre cet appui en raison de la décision qu'il a prise.

En l'espèce, et telle que retracée sur la base du dossier administratif, la chronologie de la procédure d'attribution du marché litigieux permet, sur la base d'un examen effectué en extrême urgence, de considérer que :

- Les premières demandes d'accords préalables au lancement de la procédure de passation ont été établies et adressées aux autorités compétentes (en particulier le ministre de la Défense pour ce qui concerne la demande d'accord préalable identifiée comme étant la pièce 11 du dossier administratif) en novembre 2017 et l'accord du Conseil des ministres requis préalablement au lancement de cette procédure de passation a été donné le 12 janvier 2018. La procédure d'attribution du marché litigieux a ainsi été régulièrement engagée avant la période des affaires courantes dans laquelle s'inscrit l'adoption de la décision attaquée. Il peut être considéré que les choix politiques requis par l'opération ont été posés au travers de la formalité d'approbation ainsi accomplie le 12 janvier 2018.
- La procédure d'attribution a été menée sans célérité inhabituelle.
- Au vu des conditions d'attribution du marché, cette attribution ne paraît pas procéder de considérations d'ordre politique, de sorte que le choix de l'attributaire ne paraît pas, sur le plan de la politique générale, représenter une importance telle qu'il ne pourrait être posé que dans un contexte où un gouvernement est soumis au contrôle de l'assemblée parlementaire. En particulier, et telles que les émettent les requérantes aux points 78 à 80 de leur requête, les considérations relatives à l'importance que revêt la fiabilité des opérateurs auxquels doit être attribué le marché litigieux n'attestent pas que cette préoccupation de fiabilité et les mesures qu'elle impose, le cas échéant, de prendre en vertu des dispositions applicables relèveraient de la politique générale, justifiant que la décision d'attribution litigieuse ne pût être prise qu'à un moment où le gouvernement et ses membres disposent de la plénitude de leurs compétences et ne voient pas celles-ci limitées à l'expédition des affaires courantes.

Il s'ensuit que, *prima facie,* la décision litigieuse paraît bien relever de la catégorie des actes constituant la poursuite normale d'une procédure régulièrement engagée avant la période des affaires courantes, de sorte qu'il ne peut être reproché à la partie adverse de l'avoir adoptée en méconnaissance de l'étendue de ses compétences en période d'affaires courantes.

Prétendant pouvoir ainsi confirmer le caractère "fondé" de leur grief relatif à l'excès de pouvoir qui entacherait l'acte attaqué pris en période d'affaires courantes, les requérantes invoquent la violation de la circulaire "Prudence budgétaire pendant la période des affaires courantes" du 21 décembre 2018. Il suffit, à ce propos et dans le cadre d'un examen effectué en extrême urgence, de constater ce qui suit :

- Les requérantes présentent comme étant une "règle à laquelle le Gouvernement et ses membres sont tenus" un extrait de la circulaire précitée relatif à la limitation des engagements budgétaires. Elles ne permettent toutefois pas d'identifier, en l'espèce, un engagement budgétaire qui serait précisément associé à la décision attaquée et qui aurait été pris en méconnaissance de ce qu'elles présentent comme constituant une règle contraignante.
- Rien ne permet, en toute hypothèse, d'établir que la circulaire serait dotée d'une portée réglementaire en raison de laquelle sa méconnaissance pourrait être invoquée dans le cadre d'un moyen invoquant l'illégalité d'un acte attaqué devant le Conseil d'État. À cet égard, c'est sans pertinence que – pour prévenir une exception d'illégalité susceptible d'être opposée au moyen en tant qu'il est pris de la violation de cette circulaire – les requérantes se réfèrent, sous le titre "Addendum 3 (rejet d'une exception relative à l'application de la circulaire du 21 décembre 2018)", à un communiqué de presse mentionnant l'application de ladite circulaire. Le Conseil d'État n'aperçoit pas l'utilité de ce communiqué de presse pour déterminer la portée de cette circulaire et la mesure dans laquelle celle-ci doit, ou non, conditionner la légalité de l'acte attaqué et, partant, le contrôle de cette légalité.

Prima facie, le moyen paraît irrecevable en tant qu'il invoque la méconnaissance de la circulaire du 21 décembre 2018.

B. Quant à l'"Addendum 1"

Les développements de la requête exposés sous le titre "Addendum 1 (pas de consultation du Conseil des ministres)" reposent sur l'affirmation selon laquelle le Conseil des ministres n'aurait pas été consulté le 6 septembre 2019.

Ainsi qu'il ressort de la réponse au premier moyen, la pièce 15 du dossier administratif (partie "Inventaire des pièces complémentaires") est la décision du Conseil des ministres, prise le 6 septembre 2019, dans le cadre de la procédure d'attribution du marché litigieux et atteste, *prima facie*, la consultation du Conseil des ministres. Les développements de l'"Addendum 1" reposent, en conséquence, sur une affirmation erronée et la critique qu'ils expriment manque en fait.

C. Quant à l'"Addendum 2"

Au vu de la pièce 15 du dossier administratif, dont il a déjà été question dans le présent arrêt, il ne peut être contesté que le Conseil des ministres a donné, le 6 septembre 2019, son accord sur l'attribution du marché litigieux à la société ABELAG AVIATION pour un montant de 124.792.868,00 euros.

Les requérantes soutiennent que c'est illégalement que le Conseil des ministres n'a pas "re-statué en connaissance de cause des griefs essentiels déjà soulevés par les requérantes", sans toutefois indiquer – à l'exception d'une référence non argumentée à un "principe de précaution" – les principes ou dispositions qui ainsi seraient méconnus.

Dès le moment où l'autorité compétente pour attribuer le marché avait ainsi obtenu l'approbation donnée par le Conseil des ministres le 6 septembre 2019 et qu'elle décidait – après avoir retiré la décision prise le 10 septembre 2019 sur la base de cette approbation – de prendre une nouvelle décision d'attribution pour mieux la motiver en la forme et sans rien changer de son contenu matériel qui avait été soumis au Conseil des ministres, l'approbation donnée le 6 septembre 2019 doit, *prima facie*, être considérée comme restant valable, de sorte qu'une nouvelle approbation ne paraissait pas s'imposer.

D. Quant à l' "Addendum 3"

Il a, pour l'essentiel, été précédemment répondu aux développements de la requête exposés sous ce titre. S'agissant, pour le surplus, de l'affirmation des requérantes selon laquelle celles-ci "peuvent à cette occasion relever de façon recevable la méconnaissance de la règle «*patere legem*…» et des articles 10 et 11 de la Constitution", force est de constater qu'elle n'est nullement étayée et ne permet pas au Conseil d'État de constater en quoi elle devrait conduire à déclarer le moyen sérieux en tant qu'il invoquerait la méconnaissance de ces règles.

Il ressort de l'ensemble de ces développements que le troisième moyen ne peut être déclaré sérieux.

IX. Quatrième moyen

IX.1. Thèse des requérantes

Les requérantes prennent un quatrième moyen intitulé "Motifs et motivation formelle – Prix anormalement bas" qu'elles développent comme suit :

"

Excès de pouvoir et motifs illégaux et contradictoires,

ainsi que méconnaissance – notamment – :

- *de la Constitution, en ce compris les articles 10, 11, 33, 37 et 46, et du principe général déterminant l'exercice des compétences du gouvernement en charge de l'expédition des affaires courantes ;*
- *des principes de bonne administration, de précaution, de bonne gestion et de motivation formelle ;*
- *de la règle « patere legem quam ipse fecisti », des articles 10 et 11 de la Constitution et du cahier des charges du Lot 1 MRMP-A/P N° 17AP006/A ;*
- *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 ; - ci-après : loi du 13 août 2011 –*
- *de la Directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité ;*
- *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 ; - ci-après : loi du 17 juin 2013 -*
- *de l'Arrêté Royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité ; - ci-après : A.R. du 23 janvier 2012 –*
- *de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.*

IX.1 Synthèse des griefs (Motifs et motivation formelle – Prix anormalement bas)

91. La motivation formelle inadéquate et les motifs contradictoires ne permettent aux requérants ni de comprendre l'adjudication du Lot 1 à *Abelag Aviation* ni de conclure à la légalité de l'adjudication.

92. Ainsi, la formule pour le calcul de la *« cote finale d'un soumissionnaire »* est la suivante : *(pièce 6)*

La cote finale d'un soumissionnaire est calculée suivant la formule suivante :

$$Cote\ Financière = 50\% - 100\% \times \frac{(Coût - Coût_{Moyen})}{Coût_{Moyen}}$$

$Coût_{Moyen}$: moyenne des « Coût » (comme calculé au § 10) ci-dessus) de toutes les offres conformes (de tous les soumissionnaires)

93. L'application de la formule linéaire de la « *cote finale* » induit et consacre un « *équilibrage* » ou « *compensation* » autour du seuil de référence de 50 %. Dans une échelle sans pondération, la somme des résultats, attribués à trois candidats (dont l'offre est « *conforme* »), équivaut donc toujours à 150. En l'espèce, la pondération de la rubrique « *prix* » est de 60 % (et donc pas de 100 %) ; l'addition des chiffres des trois candidats résulte donc nécessairement toujours dans la somme de : 90. (= *150 x 60 %)*

Or, ici, le total est : *104,19.* La partie adverse octroie donc erronément *44,77* points à *Abelag*, les deux autres candidats ayant obtenu *30,6* (*requérants*) et *28,7* (*DC Aviation*), c.-à-d. environ le « *coût moyen* ».

94. Dans le calcul de la « *Cote Financière* », la partie adverse prend nécessairement en compte l'offre d'un autre candidat (*Regourd Aviation*) et l'autre offre des requérants, chacune jugée non conforme, alors même que ces autres offres n'étaient (selon la partie adverse) pas conformes.

La partie adverse ne respecte ainsi pas ses propres règles (du cahier des charges), à savoir calculer le « *Coût moyen* » en ne prenant en compte que « *toutes les offres conformes* », en l'espèce trois offres.

95. Le ministre a communiqué à *Belga* le 14 septembre 2019 le prix de l'offre adjugée : 124 millions €.[7]

Un « *calcul renversé* » permet maintenant de fixer les offres similaires de *Avico/Flying Group* et *DC Aviation* – , équivalant au « *coût moyen* », vu leur « *cote finale* » de 30,6 points – , à circa 141 millions €.

Les offres similaires de *Avico/Flying Group* et *DC Aviation,* chacune une BAFO *conforme*, étant d'environ 141 millions € dans ce « *calcul renversé* », l'offre d'*Abelag (106 Mio)* est anormalement basse. C'est illégalement, et en méconnaissance du principe de précaution, que la partie adverse n'a pas examiné le caractère anormalement bas des prix de l'offre de *Abelag*, et en outre ne motive rien, ni sur l'examen relatif au caractère anormal des prix, ni sur l'absence d'un examen relatif au caractère anormal des prix.

Il ne suffit pas d'évoquer ici « *une évaluation financière détaillée* » sans autre précision et document.

96. La décision d'adjudication ne relève pas des compétences restreintes d'un ministre d'un gouvernement en affaires courantes. Ce d'autant moins qu'il doit déterminer si le lauréat possède la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat dans le cadre de la mise à la disposition du transport aérien du Chef de l'Etat, des membres du Gouvernement, des officiers généraux et supérieurs des Forces Armées belges et des armées des alliés de l'Etat belge, ainsi que du transport aérien des militaires sur le théâtre des opérations de façon adéquate, c.-à-d. secrète, quasi-secrète ou discrète.

[7] https://www.hln.be/de-krant/defensie-huurt-privejets-voor-vip-vluchten-124-miljoen-euro~ae36b2fb/

IX.2 **1ère branche** (motivation formelle inadéquate, motifs illégaux et contradictoires, *patere legem*)

97. Au marché litigieux s'applique 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).

L'article 112 de l'A.R. 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) prévoit qu'en procédure négociée, le marché peut être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre économique la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicataire en tenant compte des critères d'attribution liés à l'objet du marché et permettant une comparaison objective des offres sur la base d'un jugement de valeur.

En l'espèce s'applique l'obligation de motivation formelle accrue, prescrite par les articles 4-5 et 36-37 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).

98. La motivation formelle des décisions litigieuses (du 14 octobre 2019) comporte un volet préalable, consacré à la *« régularité matérielle »*. La partie adverse y expose notamment : *(p. 4/27)*

> (c) Conclusions
>
> Les offres formellement et matériellement régulières du CSCh 17AP006/A (Lot 1) sont les suivantes:
>
> - Abelag Aviation
> - AVICO/Flying Group (Falcon 7X)
> - DC Aviation
>
> (3) Evaluation des offres régulières
>
> (a) Offres évaluées
>
> Les offres de Abelag Aviation, AVICO/Flying Group (Falcon 7X) et DC Aviation répondent aux spécifications du type "I" (cfr l'explication qui est donnée ci-dessus) et font donc l'objet d'une évaluation.
>
> (b) Méthode appliquée pour l'analyse des spécifications de type « S »
>
> La méthode appliquée est conforme au CSCh 17AP006/A.
>
> (i) Choix de l'offre régulière la plus avantageuse
>
> Le Pouvoir Adjudicateur choisira l'offre régulière qu'il juge économiquement la plus avantageuse en tenant compte des critères et des pondérations ci-dessous:
>
> - Prix: 60% (La méthode utilisée pour la comparaison des offres est détaillée dans l'Ann A App VII du CSCh).
> - Technique: 40%

99. La décision litigieuse comprend notamment la motivation formelle suivante : *(p. 20/27)*

- Le résultat financier

Le résultat financier est basé sur le scénario susmentionné et calculé sur la base du coût moyen de 141.586.233,55 euros.

Soumissionnaire	Type A/C	Financier (/60)	Classement
ABELAG Aviation	2 x F7X	44,77	1
AVICO/Flying Group	2 x F7X	30,66	2
DC Aviation	2 x G5000	28,76	3

Sur la base du tableau ci-dessus et les éléments décrits, on peut conclure qu'Abelag Aviation a présenté l'offre la plus avantageuse par rapport au prix, en obtenant 44,77 points. AVICO/Flying Group se classe en deuxième position avec 30,66 points. La troisième place est occupée par DC Aviation qui a obtenu 28,76 points sur un total de 60 points.

(...)

Décision motivée d'attribution MRMP-A/P 17AP006

- 21/27 -

(e) Classement final du CSCh 17AP006/A (Lot 1) :

Soumissionnaire	Type A/C	Ops./Tech (/40)	Financier (/60)	Total (/100)	Classement
Abelag Aviation	2 x F7X	31,35	44,77	76,12	1
AVICO/Flying Group	2 x F7X	27,18	30,66	57,84	2
DC Aviation	2 x G5000	26,61	28,76	55,37	3

L'offre régulière la plus avantageuse économiquement est celle du soumissionnaire suivant:

ABELAG Aviation (Luxaviation Belgium)
Brussels National Airport Building 28, B-1930 Zaventem

(...)

Décision motivée d'attribution MRMP-A/P 17AP006

- 24/27 -

7. Décision motivée d'attribution de l'ordonnateur compétent

Considérant la requête en suspension introduite auprès du Conseil d'Etat en Ref 3, j'ai décidé de retirer la décision d'attribution en Ref 2.

Vu que Abelag Aviation a introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, il n'y a, dès lors, aucune objection d'attribuer le marché à ce soumissionnaire. J'ai décidé, sur base de l'art. 112 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, d'attribuer le marché 17AP006/A (Lot 1) à ce soumissionnaire.

Vu que Regourd Aviation a introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, il n'y a, dès lors, aucune objection d'attribuer le marché à ce soumissionnaire. J'ai décidé, sur base de l'art. 112 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, d'attribuer le marché 17AP006/B pour les Lots 3, 4, 5 et 6 à ce soumissionnaire.

100. Telle motivation formelle est inadéquate *(au regard de la loi du 17 juin 2013 et de la loi du 29 juillet 1991)*. Elle ne permet pas de comprendre l'adjudication du Lot 1 à *Abelag Aviation* (et donc pas aux requérants), alors même que les obligations qu'imposent p.e. les articles 4-5 et 36-37 de la loi du 17 juin 2013 à l'autorité adjudicatrice, doivent permettre d'informer le destinataire d'une décision des raisons qui ont amené son auteur à l'adopter, de façon à ce qu'il puisse apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont il peut disposer. Il y a en outre des erreurs de calcul.

En l'espèce, l'évaluation « *technico-légistique* » et l'évaluation du critère « *prix* » posent problème et comportent aussi des erreurs. Il faut donc prendre en compte l'effet cumulatif des diverses illégalités.

101. Les requérants formulent en particulier des griefs à l'encontre de l'évaluation du critère « *prix* ».

102. Pour rappel, le cahier des charges consacre la règle suivante pour « *la cote finale* » : *(pièce 6)*

> 10) Détermination du coût total
>
> Le coût total d'un soumissionnaire correspond à la formule suivante :
>
> Coût = A + B + C + D – E + F + G + H + I
>
> La cote finale d'un soumissionnaire est calculée suivant la formule suivante :
>
> $$Cote\,Financière = 50\% - 100\% \times \frac{(Coût - Coût_{Moyen})}{Coût_{Moyen}}$$
>
> $Coût_{Moyen}$: moyenne des « Coût » (comme calculé au § 10) ci-dessus) de toutes les offres conformes (de tous les soumissionnaires)

103. La motivation formelle retenue par la partie adverse est la suivante : *(pièce 1, p. 20/27)*

> • Le résultat financier
>
> Le résultat financier est basé sur le scénario susmentionné et calculé sur la base du coût moyen de 141.586.233,55 euros.
>
Soumissionnaire	Type A/C	Financier (/60)	Classement
ABELAG Aviation	2 x F7X	44,77	1
AVICO/Flying Group	2 x F7X	30,66	2
DC Aviation	2 x G5000	28,76	3
>
> Sur la base du tableau ci-dessus et les éléments décrits, on peut conclure qu'Abelag Aviation a présenté l'offre la plus avantageuse par rapport au prix, en obtenant 44,77 points. AVICO/Flying Group se classe en deuxième position avec 30,66 points. La troisième place est occupée par DC Aviation qui a obtenu 28,76 points sur un total de 60 points.

Telle motivation formelle pour la rubrique « *prix* » n'est pas adéquate et les motifs retenus sont illégaux.

104. **Il y a un premier motif illégal (pour la rubrique *« prix »*) parce que le calcul ainsi effectué prend en compte les offres d'autres soumissionnaires qu'uniquement ceux dont l'offre est déclarée conforme**.

Autrement dit, dans le calcul de la « *Cote Financière* », la partie adverse prend nécessairement en compte l'offre d'un autre candidat (*Regourd Aviation*) et l'autre offre des requérants, chacune jugée non conforme, alors même que ces autres offres n'étaient (selon la partie adverse) pas conformes.

La partie adverse ne respecte donc pas ses propres règles (du cahier des charges), à savoir calculer le *« Coût moyen »* en ne prenant en compte que *« toutes les offres conformes »*, en l'espèce trois offres. Elle méconnaît donc ainsi le cahier des charges et la règle « *patere legem quam ipse fecisti* ».

105. **L'erreur de la partie adverse est d'autant plus établie que l'application « *mathématique* » de la formule finale** (qu'elle a ainsi conçue et retenue) **permet de détecter telle erreur de calcul**.

En effet, l'emploi correct de cette formule linéaire (de la *« cote finale »*) induit et consacre nécessairement un « *équilibrage* » ou « *compensation* » autour du seuil de référence, à savoir *50 %*.[8]

Le seuil de *50 %* (dans la formule de la « *Cote Financière* ») est précisément le seuil de référence au niveau duquel se situe la moyenne des « *coûts* » des offres, définie comme étant le *« coût moyen »*.

Le candidat qui, par hypothèse, a proposé le *« coût moyen »* (ou un montant analogue), obtient 50 %.

Le candidat qui a proposé un coût inférieur, dépasse ce seuil de 50 % à raison de la différence négative.

Le candidat qui a proposé un coût supérieur (au *« coût moyen »*), se situe par contre en dessous de ce seuil de 50 %, ce plus précisément à raison de la différence (« positive ») qu'engendre ce coût supérieur.

---

[8] On consultera utilement l'arrêt (de suspension) n° 244.263 du 23 avril 2019. Le Conseil d'Etat y a conclu : *« En l'espèce, le seul critère d'attribution fixé par les parties adverses était celui du prix (considéré au travers d'un coefficient). Au regard de ce seul critère, les offres devaient être classées de manière telle que celle qui proposait le coefficient le plus bas obtenait 100 points, celle qui proposait le coefficient le plus élevé n'obtenait aucun point et les offres intermédiaires devaient recevoir une note calculée sur la base de la formule énoncée par les documents du marchés. Il ressort du rapport d'analyse des offres que cette formule n'a pas dû être appliquée, puisque seules deux offres ont finalement été prises en considération, à savoir celle de l'intervenante (qui a obtenu 100 points) et celle de la requérante (qui a obtenu 0 point). »*

L'équilibrage autour de 50 % (avec une formule « mathématique ») a donc dans ce dossier-là eu pour effet que lorsqu'il y a deux candidats, l'un obtient 100 % et l'autre 0 %. Le Conseil d'Etat a suspendu l'exécution de la décision litigieuse, constatant (dans l'arrêt n° 244.263) que *« Dans ces circonstances, une motivation qui ne mentionne pas les coefficients proposés par les soumissionnaires au titre de l'unique critère de comparaison des offres qu'est le prix ne satisfait pas aux exigences déduites des dispositions précitées »*.

106. Les écarts respectifs des toutes les offres par rapport à cette référence de 50 % se compensent.

En effet, la formule retenue (par la partie adverse) intègre dans le mode de calcul linéaire un autre point de référence, à savoir le « *coût moyen* ». Dans une échelle sans pondération, la somme des résultats, attribués à trois candidats (dont l'offre est régulière ou « *conforme* »), équivaut donc toujours à : 150.[9]

En l'espèce, la pondération de la rubrique « *prix* » est de 60 % (et donc pas de 100 %). L'addition des chiffres des trois candidats résulte donc ici nécessairement dans la somme de : 90. (= *150 x 60 %)*

107. **Le tableau, établi par la partie adverse, révèle et établit la pierre d'achoppement comme suit** :

- Le résultat financier

Le résultat financier est basé sur le scénario susmentionné et calculé sur la base du coût moyen de 141.586.233,55 euros.

Soumissionnaire	Type A/C	Financier (/60)	Classement
ABELAG Aviation	2 x F7X	44,77	1
AVICO/Flying Group	2 x F7X	30,66	2
DC Aviation	2 x G5000	28,76	3

Sur la base du tableau ci-dessus et les éléments décrits, on peut conclure qu'Abelag Aviation a présenté l'offre la plus avantageuse par rapport au prix, en obtenant 44,77 points. AVICO/Flying Group se classe en deuxième position avec 30,66 points. La troisième place est occupée par DC Aviation qui a obtenu 28,76 points sur un total de 60 points.

En effet, la partie adverse attribue une cotation de *30,66* points aux requérants, c'est-à-dire à peu de choses près précisément le « *coût moyen* » (en l'espèce donc pondérée dans une échelle de 60 points).

Par ailleurs, elle attribue *28,76* points au 3ème candidat (*DC Aviation*) – en d'autres termes un montant légèrement supérieur au « *coût moyen* » – et aucun autre candidat (que les 3 candidats) a déposé une « *offre conforme* » (comme la partie adverse l'expose dans la « *décision motivée d'attribution* »).

C'est donc erronément que la partie adverse octroie 44,77 points à *Abelag*, car c'est impossible (étant entendu que la partie adverse a octroyé 30,66 points aux requérants et 28,76 points à *DC Aviation*).

➢ **L'illégalité est d'autant plus établie que la somme des chiffres, attribués aux trois candidats précités et réduits par une pondération de 60 %, est ici : *104,19 (= 44,7 + 30,6 + 28,7),* et pas 90 (= 150 x 60 %).**

[9] Illustration de la « *cote financière* » dans le cas de trois candidats avec une offre conforme : Candidat 1 : coût 2.000. Candidat 2 : coût 3.000. Candidat 3 : 4.000. Le « *coût moyen* » est : 3.000. Le candidat 1 obtient donc : 100 ; le candidat 2 obtient : 50 ; le candidat 3 obtient : 0. La somme globale *sans pondération* : **150** (= 100 + 50 + 0).

Dans le cas de figure pour quatre candidats (avec une offre conforme), la somme globale serait : **200**.

108. Par ailleurs, le tableau, établi par la partie adverse, révèle ainsi une autre illégalité. Lorsque ces trois chiffres sont repris – ici : *44,7 ; 30,6 et 28,7* – et puisque l'équilibrage se fait à hauteur de 30 points (vu la pondération à 60 %), il y a nécessairement (et pour une raison essentiellement « *mathématique* ») un 4ème chiffre qui a été retenu. Celui-ci « équilibre » ainsi le tout autour du seuil de référence de *« 30 »*.

Or, il est illégal de tenir compte de 4 offres, car *in casu* seul trois offres sont déclarées « *conformes* ».

109. Le grief de *« motifs illégaux et contradictoires et de méconnaissance de la règle « patere legem quam ipse fecisti » et du principe d'égalité »* est en l'espèce d'autant plus fondé et établi que :

(1) le conseil des requérants a demandé par des courriers du 19 septembre 2019 et du 18 octobre 2019 à la partie adverse si celle-ci avait bel et bien notifié tous les documents corrects ; *(pièce 5)*

(2) la partie adverse a ensuite uniquement transmis (le 21 septembre 2019) aux requérants un exemplaire digital plus lisible de la décision motivée d'attribution du 10 septembre 2019 sans pour autant leur transmettre ultérieurement d'autres documents différents et plus amples.

110. C'est en vain que la partie adverse soutiendrait *a posteriori* que, suite à une erreur matérielle – *laquelle* ? - , le tableau (du « *classement financier* ») proposé tiendrait quand même la route dans la mesure où la partie adverse y aurait intégré une 4ème et 5ème offre, tout en omettant de les mentionner.

Autrement dit, *si le grief des requérants est fondé dans la mesure où le classement proposé ne tient « mathématiquement » pas la route si on s'en tient aux trois offres,* le grief des requérants ne serait par contre pas fondé lorsqu'on tient compte d'une 4ème et 5ème offre (qu'on aurait donc omis de relever).

111. Cette (éventuelle) réponse *a posteriori* de la partie adverse n'est pas fondée pour les raisons suivantes.

Pour rappel, la formule de la *« **cote finale d'un soumissionnaire** »* à appliquer est la suivante :

> La cote finale d'un soumissionnaire est calculée suivant la formule suivante :
>
> $$Cote\ Financière = 50\% - 100\% \times \frac{(Coût - Coût_{Moyen})}{Coût_{Moyen}}$$
>
> $Coût_{Moyen}$: moyenne des « Coût » (comme calculé au § 10) ci-dessus) de toutes les offres conformes (de tous les soumissionnaires)

Certes, dans la rubrique « *régularité formelle* » (de la décision du 14 octobre 2019), la partie adverse évoque « *les offres des quatre candidats* », à savoir : « *Avico/Flying Group (G5000), Avico/FlyingGroup (Falcon 7X), DC Aviation, Abelag Aviation et Regourd Aviation SAS* ». Mais il y a donc là 5 offres.

En effet, on y lit : *(p. 3/27)*

(2) Régularité

(a) Régularité formelle

Les offres des quatre candidats (Abelag Aviation, AVICO/FlyingGroup, DC Aviation, et Regourd Aviation) répondent entièrement aux exigences décrites à la section 5 du CSCh 17AP006/A, dans lequel les exigences formelles de régularité suivantes ont été contrôlées:

- Les 4 offres ont toutes été introduites dans les délais (avant la date limite du 25 février 2019 à 12 heures);

Avec la circonstance que la partie adverse s'emmêle aussi les pinceaux, car elle évoque ensuite :

(b) Régularité matérielle

(i) Régularité administrative

Les offres des quatre candidats (Abelag Aviation, AVICO/FlyingGroup, DC Aviation et Regourd Aviation) respectent l'ensemble des conditions et des clauses définies à l'annexe A (partie administrative et financière) du cahier spécial des charges 17AP006/A, dans lequel les exigences administratives de régularité suivantes ont été contrôlées:

Il y a là indéniablement déjà une confusion car quatre candidats ont donc introduit cinq offres !

Mais la partie adverse constate tout autant ensuite en ce qui concerne la « *régularité matérielle* » :

(c) Conclusions

Les offres formellement et matériellement régulières du CSCh 17AP006/A (Lot 1) sont les suivantes:

- Abelag Aviation
- AVICO/Flying Group (Falcon 7X)
- DC Aviation

(3) Evaluation des offres régulières

(a) Offres évaluées

Les offres de Abelag Aviation, AVICO/Flying Group (Falcon 7X) et DC Aviation répondent aux spécifications du type "I" (cfr l'explication qui est donnée ci-dessus) et font donc l'objet d'une évaluation.

(b) Méthode appliquée pour l'analyse des spécifications de type « S »

La méthode appliquée est conforme au CSCh 17AP006/A.

(i) Choix de l'offre régulière la plus avantageuse

Le Pouvoir Adjudicateur choisira l'offre régulière qu'il juge économiquement la plus avantageuse en tenant compte des critères et des pondérations ci-dessous:

- Prix: 60% (La méthode utilisée pour la comparaison des offres est détaillée dans l'Ann A App VII du CSCh).
- Technique: 40%

Par conséquent, il n'y a en tout état de cause que trois *« offres conformes »*, et pas quatre ou cinq.

L'autre argumentation consistant à soutenir que le calcul de la partie adverse tiendrait compte de 4 et/ou 5 offres *« conformes »*, est illégale. En effet, la définition de la *« cote finale »* prescrit la prise en compte de *« toutes les offres conformes (de tous les soumissionnaires »*), mais pas de toutes les offres de tous les soumissionnaires. Ce faisant, la partie adverse méconnait aussi la règle *« patere legem … »*.

En effet, et pour rappel, le « *coût moyen* » est défini dans le cahier des charges comme la « *moyenne des « Coûts (…) de toutes les offres conformes (de tous les soumissionnaires) ».* – *nous soulignons* -

112. C'est par ailleurs tout autant en vain que la partie adverse contesterait *a posteriori,* pour ainsi dire dans le sens complètement inverse, **qu'elle a établi, sans erreur matérielle, les calculs en intégrant une 4ème et/ou 5ème offre (qu'elle ne divulgue néanmoins pas dans la décision du 14 octobre 2019).**

En effet, dans la note d'observations *G/A 229.215/VI-21.615* (du 3 octobre 2019), elle expose :

> 11. Le 1er mars 2019, le pouvoir adjudicateur clôture l'évaluation technique des offres. Il ressort de l'évaluation technico opérationnelle que trois offres sont régulières et reçoivent les points suivants :
>
> - ABELAG Aviation (31,35%)
> - AVICO/Flying Group - Falcon 7X (27,18%)
> - DC Aviation (26,61%)
>
> Les offres de REGOURD Aviation ainsi que de AVICO/Flying Group (Global 5000) sont jugées irrégulières en raison du fait que l'avion de remplacement offert ne dispose pas du même type de 'rating' que l'avion principal (**pièce confidentielle 15**).
>
> 12. Le 23 avril 2019, le pouvoir adjudicateur clôture l'évaluation financière des offres. Il ressort de l'évaluation financière des offres le classement suivant (**pièce confidentielle 16**) :
>
> - ABELAG Aviation (44,77/60)
> - AVICO/Flying Group – Falcon 7X (30,66/60)
> - AVICO Flying Group – Global 5000 (30,26/60)
> - DC Aviation (28,76/60)
> - REGOURD Aviation (15,55/60)

La partie adverse a donc établi ses calculs en intégrant une 4ème et/ou 5ème offre, certes tout en ne les divulguant pas dans la décision du 14 octobre 2019. En effet, elle y expose : *(pièce 1, p. 20/27)*

- Le résultat financier

Le résultat financier est basé sur le scénario susmentionné et calculé sur la base du coût moyen de 141.586.233,55 euros.

Soumissionnaire	Type A/C	Financier (/60)	Classement
ABELAG Aviation	2 x F7X	44,77	1
AVICO/Flying Group	2 x F7X	30,66	2
DC Aviation	2 x G5000	28,76	3

Sur la base du tableau ci-dessus et les éléments décrits, on peut conclure qu'Abelag Aviation a présenté l'offre la plus avantageuse par rapport au prix, en obtenant 44,77 points. AVICO/Flying Group se classe en deuxième position avec 30,66 points. La troisième place est occupée par DC Aviation qui a obtenu 28,76 points sur un total de 60 points.

Le moyen, en ce compris plus particulièrement la 1ère branche, est et reste donc fondé.

IX.3 2ème branche (prix anormalement bas de l'offre retenue – « *Reversed Calculation* »)

113. Il y a plus. Les griefs des requérants dépassent (1) le constat crucial de la prise en considération d'offres qui ne sont pas conformes et (2) le constat, *par un contrôle mathématique*, d'erreurs.

114. Le ministre a révélé à *Belga* le 14 septembre 2019 le prix du marché finalement adjugé : 124 millions €.[10]

Par ailleurs, la décision du 14 octobre 2019 évoque un « *coût moyen* » de « *141.586.233,55 €* ».[11]

115. Tout en divulguant la *« cote finale »,* attribuée aux requérants – *30,6/60* – c'est-à-dire à peu près le *« coût moyen »* - , la partie adverse se refuse par contre à divulguer le prix de l'offre du lauréat (*Abelag*).

En effet, elle ne mentionne que la *« cote finale »* de *44,77/60,* laissant le soin aux requérants de procéder à un « *calcul renversé »,* tout en oubliant que les requérants ont relevé un mécanisme de vérification.

116. L'absence de motivation formelle adéquate (dans la décision d'attribution) empêche les requérants de formuler en connaissance de cause des griefs relatifs aux prix anormaux, proposés par *Abelag Aviation*.

Or, telle critique doit d'autant plus être soulevée (d'office) que dans la structure du calcul du prix, arrêtée par la Défense, diverses rubriques ne varient en principe même pas en fonction de l'offre.

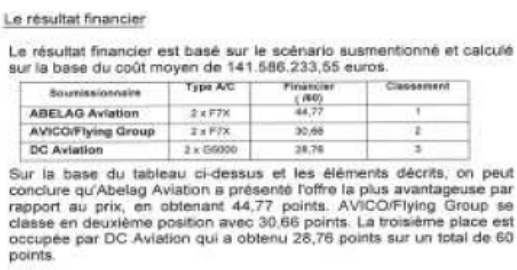
Autrement dit : en principe, les candidats ne peuvent *de facto* pour le même avion que proposer des prix identiques, voire manifestement similaires pour les rubriques classiques, notamment les rubriques consacrées au « carburant », à la formation *extra muros* des équipages, aux assurances, etc.

C'est d'autant plus le cas que les candidats ont été invités à déposer une *Best and Final Offer (BAFO)*. D'éventuels écarts ont donc ici été lissés en se référant aux lois du marché (régissant les frais constants des rubriques, consacrées aux « carburant », formation *extra muros* des équipages, assurances, etc.).

---

[10] https://www.hln.be/de-krant/defensie-huurt-privejets-voor-vip-vluchten-124-miljoen-euro~ae36b2fb/

[11] La décision du 14 octobre 2019 expose à la page 20/27 : *(pièce 1)*



- Le résultat financier

Le résultat financier est basé sur le scénario susmentionné et calculé sur la base du coût moyen de 141.586.233,55 euros.

Soumissionnaire	Type A/C	Financier (/60)	Classement
ABELAG Aviation	2 x F7X	44,77	1
AVICO/Flying Group	2 x F7X	30,66	2
DC Aviation	2 x G5000	28,76	3

Sur la base du tableau ci-dessus et les éléments décrits, on peut conclure qu'Abelag Aviation a présenté l'offre la plus avantageuse par rapport au prix, en obtenant 44,77 points. AVICO/Flying Group se classe en deuxième position avec 30,66 points. La troisième place est occupée par DC Aviation qui a obtenu 28,76 points sur un total de 60 points.

117. Le prix de l'offre *d'Abelag* est donc : *124 millions* € (si l'information publique de la Défense est exacte).

Le prix de l'offre d'Abelag est d'environ *106 millions* € si on procède à un « *calcul renversé* » en prenant en compte que la partie adverse a caché dans son « calcul » deux offres (qu'elle ne divulgue donc pas).

118. Les requérants rappellent que le contrôle relatif au prix anormalement bas (1) d'une part est effectué d'office et (2) d'autre part prend en compte divers éléments découlant de l'offre finale déposée.[12]

Force est de constater que les prix dans l'offre *BAFO* de *Abelag Aviation* sont à ce point éloignés des prix des deux autres candidats (dont l'offre BAFO est conforme), que ces prix sont anormalement bas.

119. Le caractère anormalement bas du prix de l'offre de *Abelag* doit être examiné et jaugé en reprenant les cotations attribuées à *Avico/Flying Group* et *DC Aviation* – respectivement *30,66/60* et *28,76/60,* c'est-à-dire environ le « *coût moyen* » – , et ayant égard (1) aux prix identiques, voire au moins manifestement similaires pour les rubriques, consacrées au « carburant », à la formation *extra muros* des équipages, aux assurances, etc., et (2) à la circonstance que les requérants et *Abelag* proposent les mêmes avions.

Ces indicateurs relatifs aux offres qui ont un « *coût moyen* », révèlent qu'il y a un problème essentiel avec l'offre de *Abelag* qui s'en démarque avec le chiffre de *44,77/60* (qui exprime un prix très inférieur).

On peut et doit conclure qu'ici l'offre (finale *BAFO*) de *Abelag – qu'elle soit fixée à 124 millions € ou, pis, ici 106,732 millions €* – comprend donc des rubriques essentielles avec des prix anormalement bas.

La décision litigieuse est d'autant plus illégale que la partie adverse s'y limite à soutenir que « *les offres des quatre candidats (…) respectent l'ensemble des conditions et clauses définies à l'Annexe A* ».

En d'autres termes, c'est illégalement que la partie adverse ne motive rien, ni sur l'examen relatif au caractère anormal des prix, ni même sur l'absence d'un examen relatif au caractère anormal des prix.

Tout ceci méconnaît en l'espèce l'obligation de motivation formelle et l'obligation de procéder à un examen relatif au caractère anormal des prix. L'excès de pouvoir et les motifs illégaux sont établis.

---

[12] Rappelons ainsi que l'article 41 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 impose à l'adjudicateur de procéder à la vérification des prix proposés dans les offres reçues, quels que soient le mode de passation retenu et le montant estimé du marché. Par ailleurs, jugé dans l'arrêt n° 240.661 : « *L'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques définit les exigences de vérification des prix proposés et, le cas échéant, des justifications présentées par les soumissionnaires concernés à la demande du pouvoir adjudicateur. Pareilles vérifications doivent permettre à celui-ci de s'assurer de ce que le prix proposé peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents dudit marché* ».

120. C'est précisément le tableau, établi par la partie adverse, qui met la puce à l'oreille, sans même que les requérants ne connaissent l'offre de *Abelag Aviation*, et sans même qu'ils ne doivent divulguer dans la présente requête la teneur précise de leur offre (= BAFO). **Pour rappel, ce tableau énonce :**

- Le résultat financier

Le résultat financier est basé sur le scénario susmentionné et calculé sur la base du coût moyen de 141.586.233,55 euros.

Soumissionnaire	Type A/C	Financier (/60)	Classement
ABELAG Aviation	2 x F7X	44,77	1
AVICO/Flying Group	2 x F7X	30,66	2
DC Aviation	2 x G5000	28,76	3

Sur la base du tableau ci-dessus et les éléments décrits, on peut conclure qu'Abelag Aviation a présenté l'offre la plus avantageuse par rapport au prix, en obtenant 44,77 points. AVICO/Flying Group se classe en deuxième position avec 30,66 points. La troisième place est occupée par DC Aviation qui a obtenu 28,76 points sur un total de 60 points.

Le ministre de la Défense a communiqué à *Belga* le coût du marché *Abelag* à 124 millions €.[13]

Dès lors que le tableau situe les offres de *Avico/Flying Group* et *DC Aviation,* chacune une *BAFO*, environ au seuil de *30/60,* ces deux offres avoisinent dans ce calcul chacune environ 160 (ou 164) Mio €.

Ceci résulte de l'application de la formule suivante aux trois offres, jugées conformes :

La cote finale d'un soumissionnaire est calculée suivant la formule suivante :

$$Cote\ Financière = 50\% - 100\% \times \frac{(Coût - Coût_{Moyen})}{Coût_{Moyen}}$$

Les offres similaires de *Avico/Flying Group* et *DC Aviation,* une BAFO *conforme*, étant de 160 millions € dans ce « *calcul renversé* », le prix de l'offre de *Abelag* est anormalement bas (ici : *23 %)* C'est donc illégalement, et en méconnaissance du principe de précaution, que la partie adverse n'a pas examiné le caractère anormalement bas des prix de *Abelag*, et en outre ne motive rien, ni sur l'examen relatif au caractère anormal des prix, ni sur l'absence d'un examen relatif au caractère anormal des prix.

121. Pis. Le prix de l'offre *d'Abelag* est d'autant plus anormalement bas que – pour rappel – le prix de l'offre *d'Abelag* est d'environ *106,732 millions* € si on procède à un autre *« calcul renversé »* après le constat que la partie adverse a intégré dans son *« calcul »* deux offres (*qu'elle ne divulgue pas, mais que les requérants ont détectées par le mécanisme de vérification inhérent à la règle de calcul du prix*).

[13] https://www.hln.be/de-krant/defensie-huurt-privejets-voor-vip-vluchten-124-miljoen-euro~ae36b2fb/

122. **<u>Il y a plus</u>.** En effet, le grief de *« prix anormalement bas »* est d'autant plus fondé que – *pour rappel* - les candidats ne peuvent *de facto* pour les mêmes avions que proposer des prix identiques, voire au moins des prix très similaires pour les rubriques classiques *(p.e. assurances, formations extra muros, fuel, etc.).*

123. Le tableau du cahier des charges permet d'illustrer les griefs des requérants. *L'Annexe A* établit : *(p. 14)*

A	*Coût pour la solution principale et de remplacement*
B	*Coût pour le « ad hoc chartering »*
C	*Dedicated chartering*
D	*Spare aircraft*
E	*Gain pour l'utilisation principale au profit de tiers*
F	*Coût pour les formations initiales, récurrentes et additionnelles*
G	*Consommation de fuel*
H	*Coût lié aux assurances*

Le cahier détermine le *« coût total »* : *« Coût = A + B + C + D – E + F + G + H + I ».* (p. 18/18)

124. Ainsi que le confirme l'offre des requérants, le ***« coût A »*** occupe une place cruciale dans le *« coût total ».* Il en va de même pour les offres des autres candidats. Pour le même avion, ceux-ci ne peuvent *de facto* que proposer des prix identiques ou similaires pour les autres rubriques classiques, notamment celles consacrées au « *carburant »,* à la formation *extra muros* des équipages, aux assurances, etc.

Par conséquent, la différence essentielle entre (1) l'offre des requérants, évaluée à *30,66*, et (2) l'offre de *Abelag Aviation,* évaluée à *44,77*, dérive du « *Coût pour la solution principale et de remplacement ».*

Le coût que les requérants ont retenu, est considéré (à *30,66/60*) comme étant le *« coût moyen ».*

Sans même connaître le *dossier administratif*, les requérants constatent que le « *<u>Coût pour la solution principale et de remplacement »</u>*, proposé par *Abelag Aviation,* est <u>anormalement bas</u>. En effet, ce prix est inférieur (de plus) de 23,8 % au coût, relevé par les requérants dans leur offre (*BAFO*).

Telle différence est anormalement basse, dès lors qu'il s'agit du « *Coût pour la solution principale et de remplacement »,* autrement dit la mise à la disposition du <u>même avion</u>, et que l'offre est une *BAFO*. C'est donc <u>illégalement</u>, et en <u>méconnaissance du principe de précaution</u>, que la partie adverse n'a pas examiné le caractère anormalement bas des prix de *Abelag*, et en outre ne motive rien, <u>ni</u> sur l'examen relatif au caractère anormal des prix, <u>ni</u> sur l'absence d'un examen relatif au caractère anormal des prix.

Addendum 1 (l'ensemble de toutes les offres citées détermine l'examen du prix anormalement bas)

125. Les requérants rappellent que le contrôle relatif aux prix anormalement bas (1) d'une part est effectué d'office et (2) d'autre part prend en compte les éléments découlant de l'offre finale déposée.

Force est de constater que les prix dans l'offre de *Abelag Aviation* sont à ce point éloignés des prix des deux autres candidats (dont l'offre BAFO est conforme), que ces prix sont anormalement bas. D'autant plus que les avions, présentés dans les offres de *Abelag* et de *Avico/Flying Group*, sont identiques.

126. Le contrôle des prix anormalement bas fait toujours partie de l'évaluation financière des offres.

La note d'observations *G/A 229.615/VI-21.615* (du 3 octobre 2019) renseigne :

> 12. Le 23 avril 2019, le pouvoir adjudicateur clôture l'évaluation financière des offres. Il ressort de l'évaluation financière des offres le classement suivant **(pièce confidentielle 16)** :
>
> - ABELAG Aviation (44,77/60)
> - AVICO/Flying Group – Falcon 7X (30,66/60)
> - AVICO Flying Group – Global 5000 (30,26/60)
> - DC Aviation (28,76/60)
> - REGOURD Aviation (15,55/60)

Dans le cadre de l'examen du critère « *prix* », la partie adverse a donc pris en compte cinq offres.

Ce constat accroît l'illégalité du fait de ne pas avoir examiné le caractère anormalement bas des prix de l'offre de *Abelag*, et en outre de n'avoir pas motivé formellement, ni sur l'éventuel examen relatif au caractère anormal des prix, ni l'absence d'un examen relatif au caractère anormal des prix.

En effet, la partie adverse ne peut pas dûment soutenir que les prix de l'offre *d'Abelag* sont, *que ce soit après une sommaire vérification ou un examen approfondi,* normaux en considérant dans la nouvelle décision (du 14 octobre 2019) qu'il y a trois offres (conformes), ce alors même que le mode de calcul (de la Défense), évoqué dans la note d'observations du 3 octobre 2019, révèle que la partie adverse a pris en compte quatre ou cinq offres dont une ou deux offres complémentaires (non divulguées) dépassent l'offre (conforme) de *Avico/Flying Group,* c'est-à-dire qu'elles ont un montant supérieur. **Or, tels prix influencent précisément l'appréciation de l'éventuelle anormalité des prix de l'offre de *Abelag*.**

Le *dossier administratif 229.215/VI-21.615* (non divulgué aux requérants) révèle précisément que le montant de ces deux (autres) offres dépasse le montant de l'offre, jugée conforme, des requérants.

Addendum 2 *(« évaluation financière détaillée » – explication sommaire – illégalité et contradiction)*

127. Il est vain de proposer le rejet les griefs des requérants au motif que, dans la décision du 14 octobre 2019, le ministre aurait innové en se référant maintenant à une « *évaluation financière détaillée* ».

128. Confrontée aux griefs des requérants, soulevés dans la requête *G/A 229.215/VI-21.615,* la partie adverse a décidé de se limiter *« à mieux expliquer aux soumissionnaires non retenus les raisons qui soutiennent le choix effectué ».* Etant entendu et précisé que la nouvelle décision *« confirmera la décision prise par le Conseil des ministres en faveur de la société ABELAG ».* *(« communiqué de presse à Belga »,* pièce 4)

129. Dans la décision du 14 octobre 2019, la partie adverse a évoqué *« une évaluation financière détaillée »* dont les offres des candidats *Abelag Aviation*, *Avico/Flying Group* et *DC Aviation* auraient fait l'objet.

La partie adverse se limite toutefois à y indiquer – en résumé – que *« Abelag maintient les coûts fixes à un niveau moins élevé que ceux des autres candidats »* et que *« Avico/Flying Group ont un prix horaire avantageux compensé par les frais fixes annuels les plus élevés ».* Elle ne précise par contre rien d'autre.

Etant entendu qu'en ce qui concerne *DC Aviation*, la partie adverse décide comme suit :

Après analyse du prix proposé pour la solution principale et l'avion de remplacement, DC Aviation se classe entre les autres soumissionnaires.

DC Aviation a proposé de manière similaire à AVICO/Flying Group, des tarifs horaires avantageux par heure de vol. Ce prix horaire avantageux est compensé par les frais fixes annuels les plus élevés. Par ailleurs, contrairement à une solution principale plutôt favorable, le prix de l'affrètement *ad hoc* et occasionnel s'est avéré très élevé par rapport aux autres candidats.

Enfin, l'offre de DC Aviation en ce qui concerne la formation est la plus élevé.

DC Aviation a obtenu, après analyse, un chiffre de 28,76 sur 60.

Le résultat financier

Le résultat financier est basé sur le scénario susmentionné et calculé sur la base du coût moyen de 141.586.233,55 euros.

Soumissionnaire	Type A/C	Financier (/60)	Classement
ABELAG Aviation	2 x F7X	44,77	1
AVICO/Flying Group	2 x F7X	30,66	2
DC Aviation	2 x G9000	28,76	3

Sur la base du tableau ci-dessus et les éléments décrits, on peut conclure qu'Abelag Aviation a présenté l'offre la plus avantageuse par rapport au prix, en obtenant 44,77 points. AVICO/Flying Group se classe en deuxième position avec 30,66 points. La troisième place est occupée par DC Aviation qui a obtenu 28,76 points sur un total de 60 points.

130. L'explication ainsi donnée (dans la décision du 14 octobre 2019) est sommaire et illégale.

131. Les calculs sont contradictoires et donc illégaux car, comme le classement l'établit, *DC Aviation* ne se classe pas du tout « *entre les autres soumissionnaires* ». En effet, *DC Aviation* est 3ème (et donc dernier).

En d'autres termes, la partie adverse s'emmêle les pinceaux et est manifestement contradictoire en soutenant (1) d'une part que « *DC Aviation se classe entres les autres soumissionnaires* » et (2) d'autre part que « *le résultat financier … est le suivant : 1. Abelag 2. AVICO/Flying Group 3. DC Aviation* ».

132. Il y a plus. (que ce constat de telles illégalité et contradiction)

La « *note d'observations G/A 229.615/VI-21.615* » (du 3 octobre 2019) renseigne :

> 12. Le 23 avril 2019, le pouvoir adjudicateur clôture l'évaluation financière des offres. Il ressort de l'évaluation financière des offres le classement suivant **(pièce confidentielle 16)** :
>
> - ABELAG Aviation (44,77/60)
> - AVICO/Flying Group – Falcon 7X (30,66/60)
> - AVICO Flying Group – Global 5000 (30,26/60)
> - DC Aviation (28,76/60)
> - REGOURD Aviation (15,55/60)

Par un courrier du 18 octobre 2019, le conseil des requérants a exposé à la partie adverse que divers éléments essentiels ne leur ont pas (encore ?) été communiqués. Il y indique : *(pièce 5)*

> *« Je vous demande donc, ce sous le bénéfice de l'extrême urgence, soit de me transmettre, de préférence par courriel, les éventuels documents relatifs à cette « évaluation financière détaillée » soit de me préciser, ne fût-ce d'ailleurs que pour une bonne compréhension du dossier, que tels documents n'existent pas ou qu'ils ne sont pas communiqués à mes clients, même s'ils existent. »*

Le 22 octobre 2019, la partie adverse a répondu ne pas transmettre d'autres documents aux requérants, quand bien même en a-t-elle pourtant déjà concédé l'existence dans la note d'observations (où elle a déclaré déposer un document « *Rapport d'évaluation financière* » dans le dossier administratif (n° 16)).

L'explication ainsi donnée (dans la décision du 14 octobre 2019) reste donc illégale.

En effet, l'obligation de motivation formelle impose de communiquer ces documents « *financiers* » aux requérants. C'est d'autant plus le cas qu'en mentionnant le « *coût moyen* » (de *141.586.233 €)* et la « cote finale » des requérants (= *30,66/60*), la partie adverse a divulgué le prix de l'offre des requérants.

Addendum 3 *(une éventuelle objection de la partie adverse est sans fondement)*

133. L'article 35.1 de la Directive 2009/81/CE prescrit :

> *« Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices informent dans les meilleurs délais les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant l'adjudication d'un marché ou la conclusion d'un accord-cadre, y compris des motifs pour lesquels ils ont décidé de renoncer à passer un marché ou à conclure un accord-cadre pour lequel il y a eu mise en concurrence ou de recommencer la procédure; cette information est donnée par écrit si la demande en est faite aux pouvoirs adjudicateurs ou aux entités adjudicatrices. »*

134. Sans fondement serait l'éventuelle réponse (de la partie adverse) consistant à écarter (pour défaut d'intérêt) l'objection des requérants, ce au motif que l'article 35.2 de la Directive 2009/81/CE prescrit :

> *« Sur demande de la partie concernée, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, sous réserve du paragraphe 3, communiquent, dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, les éléments suivants:*
>
> *a) à tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature;*
>
> *b) à tout soumissionnaire écarté les motifs du rejet de son offre, en particulier, dans les cas visés à l'article 18, paragraphes 4 et 5, les motifs de sa décision de non-équivalence ou de sa décision selon laquelle les travaux, fournitures ou services ne répondent pas aux performances ou exigences fonctionnelles, et dans les cas visés aux articles 22 et 23, les motifs de sa décision selon laquelle les exigences relatives à la sécurité de l'information et à la sécurité d'approvisionnement ne sont pas satisfaites;*
>
> *c) à tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable et ayant été écartée, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'adjudicataire ou des parties à l'accord-cadre. »*

On objecterait ainsi à tort que les requérants pourraient ou devraient au préalable demander *« les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue »*, ce avant de pouvoir saisir le Conseil d'Etat.

En effet, la partie adverse a clairement précisé dans la lettre de notification : *« Voies de recours – En application de l'article 11 ou 30 de la loi du 17 juin 2013, vous disposez de 15 jours à partir du lendemain de la date de la présente lettre pour nous faire part de tout recours introduit - Ce recours peut être introduit exclusivement devant le Conseil d'Etat, par une procédure d'extrême urgence »*.

- **Au demeurant, le conseil des requérants a demandé le 18 octobre 2019 à la partie adverse si elle n'allait pas leur envoyer un document différent et plus ample. La partie adverse l'a refusé.** *(pièce 5)*

IX.4 **3ème branche** (gouvernement en affaires courantes – Conseil des ministres)

135. La décision litigieuse (du 14 octobre 2019) est *in fine* motivée et ensuite signée comme suit :

> Considérant la requête en suspension introduite auprès du Conseil d'Etat en Ref 3, j'ai décidé de retirer la décision d'attribution en Ref 2.
>
> Vu que Abelag Aviation a introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, il n'y a, dès lors, aucune objection d'attribuer le marché à ce soumissionnaire. J'ai décidé, sur base de l'art. 112 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, d'attribuer le marché 17AP006/A (Lot 1) à ce soumissionnaire.
>
> Vu que Regourd Aviation a introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, il n'y a, dès lors, aucune objection d'attribuer le marché à ce soumissionnaire. J'ai décidé, sur base de l'art. 112 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, d'attribuer le marché 17AP006/B pour les Lots 3, 4, 5 et 6 à ce soumissionnaire.
>
> Didier Reynders
> Ministre de la Défense

136. Le ministre de la Défense est à cette date-là membre d'un gouvernement en affaires courantes, avec comme circonstance complémentaire que la coalition gouvernementale est en outre minoritaire.

137. Il existe des hypothèses où le Gouvernement, quoiqu'il ne soit pas démissionnaire, voit ses attributions limitées à l'expédition des affaires courantes. Les articles 33, 37 et 46 de la Constitution confirment l'assise de ces principes généraux, coutumes et enseignements de nature constitutionnelle.

138. En l'espèce, le Gouvernement – ou à tout le moins le ministre – doit donc déterminer si le lauréat possède la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat dans le cadre de la mise à la disposition du transport aérien du Chef de l'Etat, des membres du Gouvernement, des officiers généraux et supérieurs des Forces Armées belges et des armées des Alliés de l'Etat belge, ainsi que du transport aérien des militaires vers les théâtres d'opérations de façon secrète, quasi-secrète ou discrète.

La décision d'adjudication contestée ne relève donc ici pas des compétences restreintes d'un ministre du gouvernement, ici démissionnaire et aussi minoritaire, en charge d'expédier les affaires courantes.

Les requérants ont déjà formulé ce grief essentiel dans la requête initiale *G/A 229.215/VI-21.615.*

Pour une bonne compréhension, les requérants ont repris ci-dessus de façon distincte ce grief essentiel, ce dans le 3ème moyen du présent recours. *(supra, VIII., p. 45)* Ils s'y réfèrent.

".

IX.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la première branche

En sa première branche, le quatrième moyen repose en substance sur deux griefs. D'une part, et à titre principal, il reproche à la partie adverse d'avoir, pour l'évaluation des offres au regard du critère "prix", tenu compte – en méconnaissance du cahier des charges – d'offres autres que celles qui étaient conformes. D'autre part, il dénonce la motivation formelle inadéquate de l'acte attaqué, qui ne permet pas de satisfaire à l'exigence d'"informer le destinataire d'une décision des raisons qui ont amené son auteur à l'adopter, de façon à ce qu'il puisse apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont il peut disposer" (requête, point 100).

S'agissant du premier grief, il a été relevé, en réponse au deuxième moyen, qu'une application rigoureuse des prescriptions du cahier des charges invoquées par les requérantes aurait fait perdre – en comparaison avec l'évaluation sur laquelle repose l'acte attaqué – 3,87 points à l'intervenante et 5,08 points aux requérantes, et considéré que, dans ces circonstances où il n'apparaît pas que, à la supposer vérifiée, l'illégalité dénoncée aurait pu faire grief aux requérantes, la critique qu'exprimerait le moyen est irrecevable à défaut d'intérêt. La même conclusion s'impose en réponse à ce grief formulé au titre du quatrième moyen.

En ce qui concerne le deuxième grief, il ressort de la requête que les motifs erronés – selon ce que font valoir les requérantes au titre du premier grief – ne les ont pas empêchées de comprendre la manière dont la partie adverse avait procédé à l'évaluation des offres au regard du critère "coût", ce qui leur a permis de critiquer la mise en œuvre des prescriptions du marché et le prix du soumissionnaire ABELAG, en mettant en cause – comme elles le font au titre de la deuxième branche de ce quatrième moyen – le caractère normal de ce prix de leur concurrent. Dans ces circonstances, elles ne pourraient sérieusement soutenir que – tel qu'elles prennent soin de le définir au point 100 de leur requête – l'objectif de l'obligation de motivation formelle n'est pas atteint en l'espèce.

Le quatrième moyen ne peut être déclaré sérieux en sa première branche.

B. Quant à la deuxième branche

Il ressort des développements de la deuxième branche que les requérantes y dénoncent en substance la méconnaissance, par la partie adverse, d'une "obligation de procéder à un examen relatif au caractère anormal des prix" qui lui incomberait.

Force est toutefois de constater que, dans leur requête, elles ne visent aucune disposition, prescrite par la réglementation applicable (plus particulièrement 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) ou par les documents du marché, qui imposerait une telle obligation à la partie adverse et dont la méconnaissance entacherait d'illégalité l'acte attaqué. Sans doute se réfèrent-elles, en note infra-paginale 12 de leur requête, notamment à "l'article 41 de l'arrêté royal du 18 juin 2017", qui "impose à l'adjudicateur de procéder à la vérification des prix proposés dans les offres reçues, quels que soient le mode de passation et le montant estimé du marché". Elles semblent toutefois perdre de vue que l'arrêté royal du 18 juin 2017 est applicable aux marchés passés dans les secteurs spéciaux, alors que le marché litigieux est – *prima facie*, et sans qu'une contestation ait été élevée à ce propos – soumis à l'arrêté royal du 23 janvier 2012.

En tant qu'il ne permet pas – par l'indication claire des dispositions ou principes qui auraient été méconnus et de la manière dont ils auraient été méconnus – au Conseil d'État de contrôler, dans le respect des droits de la défense, la légalité de l'acte attaqué au regard desdits principes ou dispositions, le moyen est irrecevable. Sans doute le point 124 de la requête se réfère-t-il à la méconnaissance d'un "principe de précaution". Celui-ci ne paraît toutefois, *prima facie*, pas avoir pour effet d'imposer un contrôle des prix apparemment anormaux.

L'irrecevabilité du moyen en tant qu'il dénonce une méconnaissance de l'obligation de procéder à un examen du caractère anormal des prix, affecte nécessairement ce même moyen, en tant que – et toujours au titre de la deuxième branche – il reproche l'absence de motivation formelle relative à l'examen (ou l'absence d'examen) du caractère anormal des prix (point 119 de la requête), dès lors que la critique de la méconnaissance de l'obligation de vérification des prix est irrecevable et ne peut, pour cette raison, être examinée plus avant. Pour le surplus, et ainsi que cela a déjà été relevé en réponse à la première branche de ce quatrième moyen, les requérantes ne peuvent, pour invoquer l'absence de motivation formelle adéquate, sérieusement soutenir qu'elles n'ont pas été en mesure de formuler, en connaissance de cause, des griefs relatifs aux prix anormaux de leur concurrent.

Les développements de l'"Addendum 1", présentés comme renforçant le grief formulé à titre principal par le moyen, doivent suivre le sort réservé à celui-ci, en tant qu'il est déclaré irrecevable.

S'agissant de l'"Addendum 2", le Conseil d'État n'aperçoit pas, dans le cadre de l'examen effectué en extrême urgence, quelle incidence pourraient avoir sur la légalité de l'acte attaqué, et à les supposer vérifiées, les contradictions que les requérantes estiment devoir déceler à propos du classement de l'offre du soumissionnaire DC Aviation. Il n'aperçoit pas davantage (et même au vu de l'obligation de motivation formelle invoquée au point 132, *in fine*) l'incidence, sur la légalité de l'acte attaqué, d'un refus de transmission du "Rapport d'évaluation financière" postérieur à l'adoption de cet acte.

Enfin, les considérations émises sous le titre "Addendum 3 (une éventuelle objection de la partie adverse est sans fondement)", ne permettent pas au Conseil d'État de déceler un grief formulé contre l'acte attaqué et susceptible d'être examiné en extrême urgence.

Il suit de l'ensemble de ces développements que le moyen n'est pas sérieux en sa deuxième branche.

C. Quant à la troisième branche

Pour les mêmes motifs que ceux qui ont été exposés en réponse au troisième moyen auquel les requérantes déclarent d'ailleurs expressément se référer, le quatrième moyen ne peut être déclaré sérieux en sa troisième branche.

X. Cinquième moyen

X.1. Thèse des requérantes

Les requérantes prennent un cinquième moyen intitulé "Fiabilité du lauréat du Lot 1 – sécurité de l'État" qu'elles développent comme suit :

"

139. La décision litigieuse est *in fine* motivée, libellée et ensuite signée comme suit : *(pièce 1, p. 24/27)*

> 7. **Décision motivée d'attribution de l'ordonnateur compétent**
>
> Considérant la requête en suspension introduite auprès du Conseil d'Etat en Ref 3, j'ai décidé de retirer la décision d'attribution en Ref 2.
>
> Vu que Abelag Aviation a introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, il n'y a, dès lors, aucune objection d'attribuer le marché à ce soumissionnaire. J'ai décidé, sur base de l'art. 112 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, d'attribuer le marché 17AP006/A (Lot 1) à ce soumissionnaire.

140. L'article 37 de la loi du 17 juin 2013 détermine les mentions que doit comporter telle décision motivée (pour les marchés publics relevant de la défense et sécurité). Ainsi :

> *« 1° (...)*
>
> *8° les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction. Ces motifs sont notamment relatifs au caractère anormal des prix, au constat de non-équivalence des solutions proposées par rapport aux spécifications techniques ou à leur non-satisfaction par rapport aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues, ainsi qu'à la décision selon laquelle les exigences relatives à la sécurité de l'information et à la sécurité de l'approvisionnement ne sont pas satisfaites;*
>
> *9° les noms du soumissionnaire retenu ou du ou des participants retenus dans l'accord-cadre et des participants et soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue;*
>
> *10° les motifs de droit et de fait pour lesquels l'autorité adjudicatrice a éventuellement renoncé à passer le marché et, le cas échéant, l'indication de la nouvelle procédure d'attribution suivie. »*

141. Les candidats dont l'offre n'a pas été retenue, peuvent formuler des griefs à l'encontre de la décision de la partie adverse de déterminer si le lauréat mentionné dans la décision motivée d'attribution, en l'occurrence *ABELAG Aviation,* a satisfait aux exigences préalables relatives à la sécurité et la fiabilité.

Les requérants peuvent dans leur recours relever (1) l'illégalité de l'examen relatif à la sécurité et la fiabilité ou (2) l'illégalité de l'absence de tel examen qui doit au demeurant être effectué d'office.

Telle illégalité entraîne l'illégalité de la décision finale motivée d'attribution du 14 octobre 2019.

142. Aux termes de l'article 63, § 2, 5°, 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) :

> « *Conformément à l'article 20 de la loi (ndlr : du 13 août 2011), peut être exclu de l'accès au marché, à quelque stade que ce soit de la procédure, le candidat ou le soumissionnaire :*
>
> *[…]*
>
> *5° au sujet duquel il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, qu'il ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat ; ».*

Le rapport au Roi qui précède l'arrêté royal du 23 janvier 2012, précise : - nous soulignons -

> *« Le paragraphe 2 énumère les hypothèses dans lesquelles un candidat ou un soumissionnaire peut être exclu de l'accès au marché, et ce sans préjudice de la législation relative à l'agréation d'entrepreneurs de travaux, qui établit les règles obligatoires de base dans le cadre de la passation des marchés publics de travaux. […]*
>
> *Dans les cas énumérés dans cette disposition, même si le pouvoir adjudicateur n'est pas a priori obligé d'exclure un candidat ou un soumissionnaire de la participation au marché, il faut néanmoins tenir compte du principe de bonne gestion. Ce principe implique qu'un pouvoir adjudicateur ne se lie pas à un tel candidat ou soumissionnaire. Ce n'est qu'exceptionnellement, par exemple si une entreprise en difficulté détient un monopole pour la fourniture de produits destinés à compléter une installation, que le pouvoir adjudicateur pourrait justifier une décision d'admission à l'accès au marché. »*

143. La clause d'exclusion, prescrite ci-dessus et propre à la législation dans les domaines « défense et sécurité », provient et résulte de la Directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 (relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité).

L'article 39.2 de la Directive 2009/81/CE prescrit :

> « *Peut être exclu de la participation à un marché, tout opérateur économique:*
>
> *e) au sujet duquel il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, qu'il ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État membre;*
>
> *(…)*
> *Les États membres précisent, conformément à leur droit national et dans le respect du droit communautaire, les conditions d'application du présent paragraphe.* »

Le préambule de la Directive 2009/81/CE prévoit à ce sujet que : - nous soulignons -

« (67) Étant donné la sensibilité des secteurs de la défense et de la sécurité, la fiabilité des opérateurs économiques qui obtiennent des marchés est cruciale. Cette fiabilité dépend notamment de leur capacité à répondre aux exigences imposées par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice en matière de sécurité d'approvisionnement et de sécurité de l'information. En outre, aucune disposition de la présente directive ne devrait empêcher un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice d'exclure un opérateur économique à quelque stade que ce soit de la procédure d'attribution d'un marché si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice disposent d'informations selon lesquelles l'attribution de tout ou partie du marché à l'opérateur économique en question pourrait menacer les intérêts essentiels de sécurité de l'État membre concerné.

(68) En l'absence d'un régime communautaire dans le domaine de la sécurité de l'information, il appartient aux pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices ou aux États membres de définir le niveau de capacité technique exigé dans ce domaine pour pouvoir participer à un marché public spécifique et d'apprécier si ce niveau est assuré. Dans de nombreux cas, les États membres ont des accords de sécurité bilatéraux assortis de règles concernant la reconnaissance mutuelle des habilitations de sécurité nationale. Même lorsque de tels accords existent, la capacité des opérateurs économiques des autres États membres dans le domaine de la sécurité de l'information peut être vérifiée. Cette vérification devrait être effectuée conformément aux principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et de proportionnalité. »

144. Par ailleurs, l'article 49.1 de la Directive 2009/81/CE prescrit en ce qui concerne les *« offres anormalement basses »* :

« Si, pour un marché donné, des offres concernant des biens, des travaux ou services apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, avant de pouvoir rejeter ces offres, demandent, par écrit, les précisions sur la composition de l'offre qu'ils jugent opportunes. »

Tel examen relatif au caractère anormalement bas des prix – *le cas échéant initié après la réception des BAFO* – doit inclure d'office un examen plus ample relatif à la sécurité et la fiabilité des candidats.

En effet, la partie adverse peut ainsi *« établir par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, que (le candidat) ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État membre »*, les moyens de preuve résidant notamment dans l'examen attentif de l'historique du candidat et des mouvements de capitaux qui révèlent ou peuvent révéler, directement ou indirectement, une ingérence d'une puissance qui est étrangère à l'Etat belge sans pour autant être son allié (privilégié). Tel examen a en outre lieu d'office et n'est pas subordonné à la demande d'un autre candidat (qui ignore le dossier global du marché public jusqu'à la notification de la décision finale).

145. Les requérants relèvent l'importance cruciale de la sensibilité du secteur de la Défense et de la fiabilité des opérateurs auxquels le Gouvernement décide d'octroyer le présent marché public militaire.

Une chose est de décider de lancer ce marché, une autre chose est ensuite de choisir le lauréat (fiable).

Comme déjà ré-exposé dans le 2ème moyen, le Gouvernement doit s'assurer qu'il dispose de toutes les informations fiscales et sécuritaires pour choisir le lauréat pour le Lot 1, en l'espèce *Abelag Aviation*.

146. Les requérants résument leurs premières recherches et investigations relatives au lauréat comme suit.

- Abelag Aviation (BE0427155930), au travers de Abelag Holding (BE0890113075) est propriété à raison de 100 % de Luxaviation Holding Company SA, enregistrée au Grand-Duché du Luxembourg.[14]

  L'actionnariat de Luxaviation Holding Company SA est composé comme suit :

Luxaviation Holding Company 2 S.	*45,83 %*
CM Luxembourg Investment Company S.A	*31,34 %*
LPS Holding Limited	*15,83 %*
LXA Capital Capital S.à.r.l	*7,00 %*

  Luxaviation Holding Company 2 S.A. est contrôlé par Monsieur [P. H.].

  CM Luxembourg Investment Company SA est propriété, à raison de 100 %, de China Minsheng Investment Group, un groupe international basé à Shanghai, Chine.[15]

- L'actionnariat de la société Aviation Holding Company 2 SA présente une structure particulière englobant une douzaine de sociétés.

  Luxaviation Holding Company 2 SA a été créée avec notamment les actionnaires prééminents suivants : Aberfoyle Trading Ltd, ECP Investments S.A et ECP Holdings S.A., enregistré aux Îles Vierges, un paradis fiscal.[16]

---

[14] Les données financières /comptables "grand-ducales" sont en principe consultables sur le site https://www.lbr.lu. Luxembourg Official Trade Register.

[15] Luxaviation Holding Company 2 S.A. – Annual Accounts 31.12.20117 – page 44.

[16] Luxaviation Holding Company 2 S.A. – Acte de constitution.

Luxaviation Holding 2 a été créée le 30 janvier 2015 avec un capital de 86.813 €, dont plus de 36 % pour le compte des trois sociétés précitées.

Le 6 février 2015, c'est-à-dire 6 jours plus tard, le capital est rehaussé sans explication officielle convaincante à plus de 110 millions € par annulation d'actions et rémission de nouvelles actions.

Dans les comptes de Lux Aviation Holding 2 – Comptes 2017, Lux Aviation Holding Cy est évalué à 110 millions € (p. 3). La page 7 renseigne comme administrateur : [A. B.], résident professionnel à 42, Brook Straat, GB-W1K5DB Londres et évoqué dans le dossier *« Panama Papers »*. [17] Ce dossier établit le recours à des sociétés comme sociétés-écran dans l'évasion fiscale et le blanchiment d'argent.

- Abelag Aviation Holding et Luxaviation Holding Company 2 ont comme membre du conseil d'administration Monsieur [A. B.], né en Russie et évoqué dans le dossier « *Panama Papers* ».

- LPS Holding Limited est une société, enregistrée à Chypre sous le n° HE 340124, et antérieurement connue sous le nom de Basgoda Investment Limited.

- Le président du Conseil d'administration de Abelag Holding et de diverses autres sociétés est Monsieur [P. H.]. Il contrôle *de facto* Luxaviation Holding Company 2 S.A.

  Dans la structure et séquence de Luxaviation Holding Company et de son actionnariat, la société European Capital Partners SA, enregistrée au Luxembourg, et diverses sociétés associées (dites Sicav Offshore companies …) ont un rôle financier majeur. European Capital Partners SA a été constituée le 5 décembre 2007 par Yamalco Investments Ltd, enregistrée à Chypre.

---

[17] *« Les Panama Papers (« documents panaméens » en français) désignent la fuite de plus de 11,5 millions de documents confidentiels issus du cabinet d'avocats panaméen Mossack Fonseca, détaillant des informations sur plus de 214 000 sociétés offshore ainsi que les noms des actionnaires de ces sociétés. Parmi eux se trouvent des hommes politiques, des milliardaires, des sportifs de haut niveau ou des célébrités. Les chefs d'État ou de gouvernement de six pays — l'Arabie saoudite, l'Argentine, les Émirats arabes unis, l'Islande, le Royaume-Uni et l'Ukraine — sont directement incriminés par ces révélations, tout comme des membres de leurs gouvernements, et des proches et des associés de chefs de gouvernements de plus de 40 autres pays, tels que l'Afrique du Sud, la Chine, la Corée du Sud, le Brésil, la France, l'Inde, la Malaisie, le Mexique, le Pakistan, la Russie et la Syrie. (…) Ces documents concernent des sociétés extraterritoriales — dites offshore — que la firme Mossack Fonseca a aidé à créer, ou avec qui ses clients ont été en contact. Si dans la législation de la plupart des pays, les sociétés offshore ne sont pas illégales en elles-mêmes, c'est leur usage comme sociétés-écran dans l'évasion fiscale ou le blanchiment d'argent qui l'est. »*

Résumé emprunté à https://fr.wikipedia.org/wiki/Panama_Papers.

Les dirigeants initiaux de European Capital Partners SA sont notamment Mr. [P. H.] précité et Mr. [N. B.], de nationalité russe, ancien diplomate soviétique entre-temps actif dans le secteur du pétrole et du gaz et dont le nom est également évoqué dans le dossier « *Panama Papers* ».

147. En l'espèce, le Gouvernement – à tout le moins le ministre – doit donc déterminer si le lauréat possède la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat dans le cadre de la mise à la disposition de transport aérien du Chef de l'Etat, des membres du Gouvernement, des officiers généraux et supérieurs des Forces Armées belges et des armées des Alliés de l'Etat belge, ainsi que du transport aérien des militaires belges vers les théâtres d'opérations de façon secrète, quasi-secrète ou discrète.

Les requérants rappellent l'importance cruciale de la sensibilité du secteur de la Défense et la fiabilité de l'opérateur auquel le Gouvernement décide d'octroyer le présent marché public. Une chose est de décider de lancer le marché public, une autre chose est ensuite de choisir le lauréat (fiable). L'Etat doit s'assurer qu'il dispose de toutes les informations fiscales et sécuritaires pour choisir tel ou tel opérateur.

148. Pour rappel, l'article 39.2 de la Directive 2009/81/CE prescrit :

> *« Peut être exclu de la participation à un marché, tout opérateur économique:*
>
> > *e) au sujet duquel il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, qu'il ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État membre;*
> >
> > *(...)*
> > *Les États membres précisent, conformément à leur droit national et dans le respect du droit communautaire, les conditions d'application du présent paragraphe.* »

149. La sécurité de l'Etat – Chef de l'Etat, Famille royale, Gouvernement, Forces armées – ne peut pas sans plus être dûment assurée par un adjudicataire auquel le marché a été attribué sans examen approfondi relatif à la sécurité et la fiabilité ou sans tel examen. Celui-ci doit au demeurant être effectué d'office.

En l'espèce, les premières vérifications des requérants révèlent et confirment que le marché public dans le domaine de la *« Défense et Sécurité »* est attribué à un lauréat qui ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État. Ce d'autant moins que, au moins *de facto*, il est dirigé pour partie par des sociétés à capital étranger, notamment chinois et russe, et à propos desquelles la partie adverse n'a mené aucune investigation de fiabilité et sécurité conséquente. Rien ne justifie donc l'absence d'un examen relatif à la sécurité et la fiabilité du lauréat *Abelag Aviation*.

150. C'est à tort que la partie adverse soutiendrait que l'Etat belge n'a pas encore précisé les conditions d'application de l'article 39.2 de la Directive 2009/81 et que, par conséquent, le grief serait irrecevable.

L'article 39.2 de la Directive 2009/81/CE est suffisamment précis en prescrivant : « *Peut être exclu de la participation à un marché, tout opérateur économique: (…) e) au sujet duquel il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, qu'il ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État membre; ».*

Cette disposition européenne s'applique directement sans que l'Etat doive pour autant en avoir aussi précisé les conditions d'application, et peut être invoquée dans le cadre d'un grief reprochant à l'Etat l'absence d'un examen conséquent relatif à la sécurité et la fiabilité du lauréat.

En d'autres termes, cette disposition du droit communautaire s'applique en l'espèce directement sans que l'Etat doive en avoir précisé, voire arrêté les modalités particulières dans le cahier des charges.

151. Qui plus est, et pour n-ième rappel, aux termes de l'article 63, § 2, 5°, 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) : - nous soulignons -

> *« Conformément à l'article 20 de la loi (ndlr : du 13 août 2011), peut être exclu de l'accès au marché, à quelque stade que ce soit de la procédure, le candidat ou le soumissionnaire :*
>
> *[…]*
>
> *5° au sujet duquel il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, qu'il ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat ; ».*

Pour rappel également, le rapport au Roi qui précède cet arrêté royal, précise : - nous soulignons -

> *« Le paragraphe 2 énumère les hypothèses dans lesquelles un candidat ou un soumissionnaire peut être exclu de l'accès au marché, et ce sans préjudice de la législation relative à l'agréation d'entrepreneurs de travaux, qui établit les règles obligatoires de base dans le cadre de la passation des marchés publics de travaux. […]*
> *Dans les cas énumérés dans cette disposition, même si le pouvoir adjudicateur n'est pas a priori obligé d'exclure un candidat ou un soumissionnaire de la participation au marché, il faut néanmoins tenir compte du principe de bonne gestion. Ce principe implique qu'un pouvoir adjudicateur ne se lie pas à un tel candidat ou soumissionnaire. Ce n'est qu'exceptionnellement, par exemple si une entreprise en difficulté détient un monopole pour la fourniture de produits destinés à compléter une installation, que le pouvoir adjudicateur pourrait justifier une décision d'admission à l'accès au marché. »*

152. En d'autres termes, la législation nationale a en outre même déjà explicitement transposé, ce pour autant que de besoin, le prescrit de l'article 39.2 de la Directive 2009/81/CE, avec la précision cruciale que l'examen de la sécurité et de la fiabilité a également comme assise le « *principe de bonne gestion* ».

Ce dans le champ d'application de l'A.R. du 23 janvier 2012, à savoir les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité.

153. **Par ailleurs, ni la motivation formelle de la décision d'attribution ni, au demeurant, le dossier administratif établissent que la partie adverse a procédé aux investigations de sécurité et de fiabilité pour s'assurer de *« la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat »*** (au sens de l'article 39.2 de la Directive 2009/81/CE et de l'article 63, § 2, 5°, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012).

154. **Les requérants ont établi (1) l'illégalité de l'examen relatif à la sécurité et la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat, ou (2) l'illégalité de l'absence de tel examen lequel doit au demeurant en tout état de cause être effectué d'office. L'illégalité est d'autant plus établie que le grief de prix anormalement bas est établi** (4ème moyen) **et commande un examen de la fiabilité du lauréat.**

Qui plus est, tout en connaissant donc la requête G/A 229.215/VI-21.615, la partie adverse a continué de s'abstenir de mener une investigation alors qu'elle peut le faire *« à quelque stade que ce soit (…) ».*

Par son *modus operandi*, la partie adverse méconnaît ainsi en particulier :

- **l'article 39.2 de la Directive 2009/81/CE ;**
- **l'article 63, § 2, 5°, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 ;**
- **les principes de précaution et de bonne gestion ;**
- **l'obligation de motivation formelle, prescrite par (1) la loi générale du 29 juillet 1991 et (2) la loi du 17 juin 2013, en ce compris les articles 4-5 et 36-37 de cette loi.**

Est donc illégale la décision de la partie adverse (1) de considérer que le lauréat mentionné dans la décision motivée d'attribution, *ABELAG*, satisfait aux exigences préalables relatives à la sécurité et la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État et/ou (2) de considérer qu'il n'y a pas lieu de procéder à la vérification de la fiabilité pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État.

Telle illégalité entraîne l'illégalité de la décision finale motivée d'attribution du 14 octobre 2019.

Addendum 1 *(l'Assemblée Nationale française exprime ses réticences dans le Rapport d'information)*

155. Dans un Rapport d'Information *« sur l'externalisation du soutien aux forces en opération extérieures »*, déposé le 19 juin 2019, l'Assemblée nationale française relève dans le Préambule *« la forte dépendance des forces françaises à l'égard de la Russie et de l'Ukraine ainsi que des pratiques juridiques et financières étonnantes »*. (http://www.assemblee-nationale.fr/15/rap-info/i2040.asp)

L'Assemblée nationale y recommande (p. 9) « *de mettre un terme aux sociétés-écrans* » et insiste *« sur la protection du secret des opérations »*. Evoquant la « *confidentialité* », le *Rapport* relève : « *En transportant hommes et matériels sur la bande sahélo-saharienne, les opérateurs privés accèdent à des informations sensibles sur les opérations menées par la France. Ils sont également amenés à véhiculer des officiers supérieurs et généraux et des autorités politiques dont dépend l'engagement des forces sur le terrain. Aussi,* ***la confidentialité revêt une importance cruciale dans l'exécution des marchés pour la sécurité des hommes et la réussite des opérations »***. (p. 31, le *Rapport* souligne)

Ces diverses conclusions confortent le grief (des requérants) de l'illégalité de l'absence d'un examen, en bonne et due forme, de la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État belge.

Addendum 2 *(absence de motivation formelle en dépit du recours antérieur G/A 229.215/VI-21.615)*

156. Dans la requête *G/A 229.215/VI-21.615*, les requérants ont notamment déjà objecté : *(pièce 3)*

- le grief, amplement motivé, qu'aucun examen de la fiabilité du lauréat a été effectué ;
- le grief, amplement motivé, que les prix, repris par *Abelag*, sont anormalement bas ;

Même si l'examen de la fiabilité doit être effectué d'office par la partie adverse, les requérants ont également déjà résumé dans cette requête initiale leurs premières investigations et résultats relatifs au lauréat qui ne s'avère pas fiable. **La partie adverse a déclaré connaître ces investigations et résultats, car elle mentionne la requête en annulation et suspension comme une référence en droit *(n° 3).***

Les griefs d'absence d'examen de la fiabilité et d'absence de motivation formelle relative à l'absence de l'examen de la fiabilité sont donc d'autant plus établis que la partie adverse n'ignorait (depuis le 26 septembre 2019) ni les griefs particuliers des requérants (auxquels elle aurait donc dû répondre) ni leurs investigations et résultats. L'illégalité de l'absence de réponse est exposée dans le 1er moyen.

".

X.2. Appréciation du Conseil d'État

Il s'impose, au préalable, de relever qu'à la lecture du point 144 de la requête, le Conseil d'État n'aperçoit pas – particulièrement au regard de la distinction entre ces deux phases d'une procédure de passation – quel rapport les requérantes tentent d'établir entre la vérification des causes d'exclusion d'un opérateur économique (ce qui paraît en jeu à propos du prétendu défaut de fiabilité du soumissionnaire ABELAG) et le contrôle des prix anormaux. Les considérations émises à ce propos ne se prêtent pas à l'examen du moyen dans le cadre d'une procédure en extrême urgence.

À la lecture de l'exposé du moyen, il apparaît que les critiques formulées à l'appui de celui-ci doivent principalement être examinées au regard de l'article 63, § 2, 5°, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, libellé comme suit :

" Conformément à l'article 20 de la loi, peut être exclu de l'accès au marché, à quelque stade que ce soit de la procédure, le candidat ou le soumissionnaire :
[…]
5° au sujet duquel il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, qu'il ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État".

Cette disposition permet au pouvoir adjudicateur de constater qu'un soumissionnaire ne présente pas, le cas échéant, la fiabilité requise et d'écarter ce soumissionnaire pour cette raison et sur la base des informations dont dispose le pouvoir adjudicateur en ce sens. En d'autres termes, l'exclusion d'un soumissionnaire dans l'hypothèse visée à l'article 63, § 2, 5°, précité est une faculté laissée au pouvoir adjudicateur et non une obligation qui incombe à celui-ci. L'exercice de cette faculté suppose, en toute hypothèse, que le défaut de la fiabilité requise soit établi à suffisance. En revanche, il n'apparaît pas, *prima facie*, que cette disposition imposerait au pouvoir adjudicateur l'obligation de mener systématiquement une enquête sur la fiabilité des opérateurs économiques concernés.

Le moyen paraît reposer sur le postulat d'une obligation d'examen systématique et approfondi de la fiabilité des candidats qui incomberait au pouvoir adjudicateur. Les requérantes n'indiquent toutefois pas la disposition ou le principe qui – au contraire de ce qui, *prima facie*, paraît ainsi se déduire de l'article 63, § 2, 5° – imposerait une telle obligation. Même à supposer qu'elles entendent se prévaloir du "principe de bonne gestion" auquel se réfère l'extrait cité du rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 23 janvier 2012, encore faut-il relever que ce principe n'est invoqué dans ce rapport qu'à propos de faculté d'exclusion (à exercer, ou non, une fois le

défaut de fiabilité établi aux yeux du pouvoir adjudicateur), et non pour fonder une obligation d'examen approfondi et systématique. *Prima facie*, le postulat sur lequel repose le moyen ne paraît, pour les raisons ainsi exposées, pas vérifié en droit. Les griefs fondés sur une prétendue méconnaissance d'une telle obligation d'examen ne peuvent être tenus pour sérieux.

Par ailleurs, les affirmations de la requête (au point 146 de celle-ci, où les requérantes déclarent résumer "leurs premières recherches et investigations relatives au lauréat") ne suffisent pas à établir que le soumissionnaire ABELAG ne dispose pas de la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État. En particulier, ces affirmations ne permettent pas de considérer que le défaut de fiabilité allégué serait à ce point établi objectivement qu'il pourrait être reproché à la partie adverse de n'y avoir eu aucunement égard.

S'agissant des considérations émises sous l'"Addendum 1" au cinquième moyen, le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi les éléments contenus dans le rapport d'information cité par les requérantes conforteraient précisément et concrètement (au vu des circonstances propres au marché litigieux) leur grief de "l'illégalité de l'absence d'un examen, en bonne et due forme, de la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État belge".

Enfin, et pour répondre aux développements de l'"Addendum 2", la critique paraît – à tout le moins pour partie – se confondre avec l'un des griefs formulés au titre du premier moyen. Dans cette mesure, il est renvoyé à la réponse apportée à celui-ci. Pour le reste, dès lors, d'une part, que la partie adverse a estimé devoir retirer sa précédente décision d'attribution du 10 septembre 2019 sur la base du seul grief relatif à la motivation formelle de cette décision (alors qu'elle avait connaissance d'autres griefs formulés dans la requête G/A 229.215/VI-21.615) et, d'autre part, que cette décision de retrait n'est pas contestée, les requérantes ne démontrent pas – si leur critique doit être comprise en ce sens – ce qui contraignait la partie adverse, dans ces circonstances, à examiner une nouvelle fois la fiabilité du soumissionnaire ABELAG. En toute hypothèse, et comme cela a déjà été relevé précédemment dans l'examen de ce cinquième moyen, les éléments issus des "recherches et investigations" des requérantes n'établissent, *prima facie*, pas objectivement et à suffisance le défaut de fiabilité qu'elles prétendent déceler dans le chef du soumissionnaire ABELAG.

Il suit de l'ensemble de ces développements que le cinquième moyen ne peut être déclaré sérieux.

XI. Moyen nouveau

À l'audience du 22 novembre 2019, les requérantes ont soulevé un moyen nouveau, pris de la violation des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966. Elles ont fait valoir, à ce propos, que c'est au mépris notamment de ces lois que certains documents du marché litigieux, qu'elle considère comme essentiels, sont rédigés en langue anglaise. Elles citent, à ce propos, l'annexe B au cahier spécial des charges, intitulée "*Operational and technical requirements for the services*". En exposant leur moyen en termes de plaidoiries, elles n'ont pas soutenu que l'irrégularité dénoncée les avait lésées, tout en précisant qu'un tel moyen était d'ordre public.

Il ressort de l'article 47 de la loi du 17 juin 2013 précitée que la demande de suspension dont est saisi le Conseil d'État en la présente cause et les moyens soulevés à l'appui de celle-ci doivent être examinés exclusivement dans le cadre d'une procédure en extrême urgence, ce qui réduit sensiblement les droits de la défense des autres parties ainsi que la contradiction des débats. Cette procédure ne paraît certes pas, dans son principe, incompatible avec la faculté de soulever de nouveaux moyens. Encore faut-il que le moyen nouveau puisse être débattu en tous ses aspects à l'audience. Par ailleurs, dans l'hypothèse où le moyen nouveau est présenté comme étant d'ordre public, il peut se justifier qu'il ne soit pas examiné lorsque l'invocation de ce moyen par la partie requérante apparaît, au vu des circonstances propres au cas d'espèce, comme portant une atteinte avérée à la loyauté procédurale, qui constitue un manquement substantiel au déroulement normal et adéquat de l'examen du recours.

En l'espèce, il n'apparaît pas que les requérantes n'étaient pas en mesure de soulever leur moyen nouveau dès l'introduction de leur requête. Elles ne font d'ailleurs valoir aucune circonstance qui les en aurait empêchées.

Au vu des exigences de traitement procédural de la présente demande et des circonstances dans lesquelles les requérantes invoquent pour la première fois à l'audience l'irrégularité des documents du marché au regard des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, leur moyen nouveau doit être déclaré irrecevable.

L'irrecevabilité du moyen nouveau n'empêche certes pas que la légalité des documents du marché, au regard des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, soit examinée d'office par le Conseil d'État au titre d'un moyen d'ordre public qui serait formulé en ce sens et que, si une irrégularité devait être constatée à cette occasion, le moyen qui la dénonce puisse être déclaré sérieux.

Toutefois, le Conseil d'État ne peut – sous peine de méconnaître le principe du contradictoire – considérer comme sérieux au sens de l'article 47 de la loi du 17 juin 2013 précitée un moyen soulevé dans ces circonstances et ordonner, sur la base de ce moyen, la suspension de l'exécution de l'acte attaqué si les parties n'ont pas été mises en mesure de s'exprimer utilement sur les différentes questions que peut susciter le traitement d'un tel moyen. Cette exigence doit être combinée avec l'exigence, précédemment évoquée, d'examen de la demande de suspension exclusivement selon la procédure d'extrême urgence.

La jurisprudence et la doctrine pertinentes ont mis en évidence les questions que peut susciter un moyen (soulevé d'office, le cas échéant) pris de la violation des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, et ce particulièrement au regard de l'article 14, § 1er, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973. Cette disposition est libellée comme suit :

" Les irrégularités visées à l'alinéa 1er ne donnent lieu à une annulation que si elles ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, ont privé les intéressés d'une garantie ou ont pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte".

Cette disposition contraint à se demander si – à la supposer vérifiée – l'irrégularité des documents du marché au regard des dispositions des lois sur l'emploi des langues en matière administrative peut entraîner l'annulation (et, le cas échéant, la suspension) de la décision d'attribution du marché prise en application de ces documents. Par ailleurs, lorsque – comme en l'espèce – le Conseil d'État est saisi d'une demande de suspension au sens de l'article 47 de la loi du 17 juin 2013 précitée, se pose également – pour tirer les conséquences de l'irrégularité constatée – la question de l'applicabilité de l'article 14, § 1er, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'État précitées au traitement des recours soumis au régime juridique défini par cette loi du 17 juin 2013.

À raison de l'incidence – sur le sort d'un constat d'irrégularité des documents du marché au regard des lois sur l'emploi des langues en matière administrative – des réponses qu'appellent ces questions, celles-ci doivent avoir été débattues utilement par les parties, même lorsque c'est l'instance de recours qui se saisit d'une telle cause d'irrégularité, sous peine de méconnaître le principe du contradictoire. Cette instance ne peut, en soulevant un moyen d'office reposant sur des moyens de fait et de droit non discutés durant la procédure, prendre les parties au dépourvu.

À l'audience du 22 novembre 2019, les parties n'ont pas été en mesure de débattre utilement de ces questions. Il n'apparaît pas – au vu des exigences procédurales précédemment rappelées – qu'elles puissent le faire à ce stade de la

procédure, sous peine de retarder (plus encore que ce qu'impose, par ailleurs, l'examen particulièrement fastidieux de la requête introduite en l'espèce) le traitement de la demande de suspension, dans une mesure incompatible avec l'objectif de traitement rapide et efficace des demandes de suspension introduites sur le fondement de la loi du 17 juin 2013.

Dans ces circonstances, l'irrégularité des documents du marché au regard des lois sur l'emploi des langues en matière administrative ne peut, à la supposer établie, être invoquée d'office par le Conseil d'État en la présente cause et au stade de l'examen de la demande de suspension, au point que soit déclaré sérieux un moyen formulé en ce sens**.**

XII. Demande de mesures provisoires

XII.1. Thèse des requérantes

Les requérantes sollicitent une mesure provisoire "relative à la vente des avions commerciaux, adjugée à Regourd Aviation pour les lots 2-3-4-5-6". Elles formulent cette demande comme suit :

" d'interdire […] que la vente des avions Embraer (ERJ) 135 (2EA), ERJ 145 (2EA) et d'un avion Dassault F900 (1EA) soit conclue avant que la décision du 14 octobre 2019 (relative au Lot 1) ne soit devenue définitive après la clôture de la présente procédure en annulation" et

" de disposer par ailleurs que cette mesure provisoire aura effet jusqu'au moment où la décision du 14 octobre 2019 (relative au Lot 1) est devenue définitive".

XII.2. Appréciation du Conseil d'État

Conformément à l'article 47 de la loi du 17 juin 2013 précitée, et dès lors qu'aucun moyen n'est déclaré sérieux, le Conseil d'État ne peut ordonner les mesures sollicitées en termes de requête.

La demande de mesures provisoires doit, en conséquence, être rejetée.

XIII. Confidentialité

Les requérantes déposent à titre confidentiel leur offre, identifiée comme étant la pièce 13 de leur dossier.

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des pièces numérotées de 1 à 17 selon l'"Inventaire des pièces confidentielles".

L'intervenante sollicite également le maintien de la confidentialité des pièces A ("Offre administrative et financière finale de ABELAG AVIATION") et B ("Offre technique et logistique finale de ABELAG AVIATION") de son dossier de pièces.

Aucune de ces demandes n'a été contestée.

Il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

XIV. Demande d'indemnité pour procédure téméraire et vexatoire

XIV.1. Thèse de l'intervenante

L'intervenante sollicite la condamnation des requérantes à une indemnisation pour recours téméraire et vexatoire, conformément à l'article 59 de la loi du 7 juin 2013. Après avoir rappelé les termes de cette disposition, elle fait valoir ce qui suit :

" 179. L'article 59 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marché publics prévoit ce qui suit dans le cadre des marchés publics relevant du domaine de la sécurité et de la défense :
« En cas de procédure téméraire et vexatoire, à la demande de l'autorité adjudicatrice ou du bénéficiaire de l'acte, l'instance de recours peut octroyer une indemnisation adéquate à l'autorité adjudicatrice ou au bénéficiaire à charge du requérant. Le montant total des éventuelles indemnités ne peut en aucun cas dépasser 5 % du montant hors taxe sur la valeur ajoutée du marché attribué.
Le pourcentage précité peut être majoré par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres. Cet arrêté royal doit être confirmé par la loi dans un délai de douze mois à partir de son entrée en vigueur ». [...]

180. Or, au vu du passif de la Partie requérante à l'égard de la Partie intervenante […], conjugué à la teneur de la Requête en suspension qui ne contient sans l'ombre d'un doute aucun moyen sérieux, et qui va jusqu'à dénigrer des personnes physiques n'ayant aucun lien avec le marché en cause sans aucun commencement de preuve […], il ne fait aucun doute que la Requête en suspension n'a pour seul but que de ralentir l'exécution du marché en cause et de porter atteinte à la réputation de la Partie intervenante.

181. À cet égard, la Partie intervenante souhaite faire référence à un *e-mail* tout à fait surprenant qui lui a été adressé par un journaliste, et dont il ressort sans aucun doute possible que le conseil de la Partie requérante a émis des allégations au sujet de la partie intervenante au sujet de ses soi-disant liens avec la Chine. Le conseil de la Partie requérante a ainsi déclaré au journaliste que l'actionnariat de la Partie intervenante représentait un risque dans la mesure où le gouvernement chinois pourrait avoir placé des appareils de mise sur écoute dans les aéronefs de la Partie intervenante. Il s'agit de propos graves et qui ne se fondent sur aucun début de preuve. Cela permet toutefois de démontrer encore un peu plus l'intention véritable de la Partie requérante derrière l'introduction de son recours.

182. La Partie intervenante déplore cette énième procédure, qui démontre une fois de plus que la seule volonté de la Partie requérante est de porter préjudice à la Partie intervenante, comme elle tente de le faire, sans succès, depuis que Luxaviation est entrée dans le capital du groupe Abelag. Bien que la Partie intervenante ait pu, pour chaque procédure, obtenir gain de cause, il n'empêche que l'attitude de la Partie requérante altère la liberté de commercer de la Partie intervenante et créée une charge financière énorme en terme de mobilisation de ressources internes et externes (en ce compris les frais de ses conseils).

183. Le Recours en suspension revêt donc un caractère téméraire et vexatoire.

184. Dans ces conditions, la Partie intervenante demande à Votre Conseil de condamner la Partie requérante à lui verser une indemnité qu'il estime adéquate en vertu de l'article 59 de la loi du 17 juin 2013. La Parte intervenante estime à cet égard qu'une indemnité de 50.000 € permettra de rétablir, pour ce qui concerne la présente procédure, le caractère téméraire et vexatoire de l'action intentée par la

Partie requérante".

XIV.2. Appréciation du Conseil d'État

À la lecture des arguments sur lesquels prend appui la demande d'indemnité pour procédure vexatoire et téméraire, il apparaît que cette demande doit être examinée à la lumière du sort que réserve le présent arrêt à la demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, ce dont les parties n'ont évidemment pas pu débattre au cours des audiences des 22 et 26 novembre 2019.

En conséquence, il y a lieu de rouvrir les débats pour permettre aux parties de s'exprimer à ce sujet.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société anonyme ABELAG AVIATION est accueillie dans la présente procédure.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence et la demande de mesures provisoires sont rejetées.

Article 3.

Les débats sont rouverts sur la demande d'indemnité pour procédure téméraire et vexatoire.

Article 4.

La pièce 13 du dossier des parties requérantes, les pièces 1 à 17 de l'"Inventaire des pièces confidentielles" du dossier administratif et les pièces A et B du dossier de la partie intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 6.

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

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

David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent DURIEUX	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX David DE ROY