

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

A R R Ê T

n^o 246.696 du 16 janvier 2020

A. 229.448/VI-21.630

En cause : **la société Chantiers Allais**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Valentine de FRANCQUEN et
Ikram EABDELLATIN et Patrick THIEL, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par
le Ministre de l'Intérieur – Police Fédérale,
ayant élu domicile chez
M^{es} Nicolas CARIAT et
Bruno LOMBAERT, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

Partie requérante en intervention :

la société de droit français SOCARENAM,
ayant élu domicile chez
M^{es} Alain DELFOSSE et Bob MARTENS, avocats,
avenue Louise 106
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 25 octobre 2019, la société Chantiers Allais demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision "adoptée par la partie adverse, le 10 octobre 2019, aux termes de laquelle il est décidé de ne pas sélectionner" la requérante et de la "décision, de date et de motifs inconnus, d'attribuer le marché à un concurrent".

Par une requête introduite le 6 décembre 2019, la même requérante sollicite l'annulation des mêmes décisions.

II. Procédure

Par une ordonnance du 31 octobre 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 21 novembre 2019.

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

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

Par une requête introduite le 20 novembre 2019, la société de droit français SOCAREMAN demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Patrick THIEL et Emmanuel TORDJMAN, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Nicolas CARIAT et Bruno LOMBAERT, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Alain DELFOSSE, avocat, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Exposé des faits utiles

La requérante expose comme suit les faits utiles à l'examen de la demande de suspension:

- " 1. La partie requérante est spécialisée dans la construction de navires d'une longueur inférieure à 40 mètres. Elle est détenue à 100 % par le Groupe Efinor.
- 2. En date du 13 juin 2017, la partie adverse publie un avis de marché au journal officiel de l'Union européenne intitulé : «Accord-cadre pluriannuel (7 ans) de fournitures pour l'achat et l'entretien (10 ans) de patrouilleurs en eaux intérieures au profit de la police de la navigation.»

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

3. Par la décision qu'elle prend à une date inconnue, mais qu'elle notifie aux candidats en date du 18 juin 2018, la partie adverse retient la candidature de la requérante. Cette dernière peut, ainsi, avoir accès au cahier spécial des charges.

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

4. Il ressort de la décision motivée d'attribution du 17 décembre 2018 que six candidats ont été retenus par la décision notifiée le 18 juin 2018:

- Damen Scheepswerf
- Ocea S.A.
- Socarenam S.A.S
- Société Chantiers Allais
- Astilleros Armon S.A.
- Clemaco Contracting N.V.

5. Les candidats suivants ont déposé une offre :

- La société Chantiers Allais (SAS) - la partie requérante
- La société Socarenam
- La société Astilleros Armon

6. Par une décision motivée d'attribution du 17 décembre 2018, la partie adverse classe les offres comme suit

1. SAS	80.24 /100
2. SOCARENAM	78.73 /100
3. ASTILLEROS ARMON	55.87 /100

Ensuite de quoi, la partie adverse décide :

- de ne pas choisir les offres des firmes Socarenam et Astilleros Armon;
- en vertu de l'article 22 de la loi du 13 août 2011 de conclure l'accord-cadre n° Procurement R3 063 avec la firme SAS (lire -la partie requérante).

7. En date du 31 décembre 2018, la société Socarenam introduisait un recours contre la décision d'attribution prise par la partie adverse en date du 17 décembre 2018 et contre la décision relative à la sélection de la partie requérante lui ayant été notifiée le 18 juin 2018.

8. Du fait de l'introduction de ce recours, la partie adverse décidait en date du 8 février 2019 de retirer sa décision d'attribution.

Cette décision de retrait est notamment motivée comme suit :

« Dans le délai de 15 jours qui lui était ouvert à cette fin, le soumissionnaire Société de Constructions, de Réparations Navales et de Mécanique (Socarenam) a introduit, le 31 décembre 2018, devant le Conseil d'État, une requête de suspension en extrême urgence de la décision motivée d'attribution (sur la base des articles 47 et 56, alinéa 1^{er}; 10 de la loi du 17 juin 2013). Cette procédure a été enrôlée sous le numéro G/A 227 084/VI-21.389 et est actuellement pendante.

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

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

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

9. La requérante introduit alors un recours en suspension d'extrême urgence contre la décision de la partie adverse de retirer l'acte précité en date du 22 février 2019.

Par son arrêt n°244.006 du 21 mars 2019, le Conseil d'État rejette ce recours en suspension d'extrême urgence.

10. La Police fédérale a ensuite de cela demandé, et obtenu, la prolongation du délai de validité des offres.

11. La partie adverse procède alors à un nouvel examen du dossier administratif, en suite duquel, le 10 octobre 2019, la partie adverse notifie à la requérante sa décision de ne pas la sélectionner et de ne pas lui attribuer le marché.

[...]".

Les motifs justifiant la non sélection de la requérante, extraits de la décision motivée et communiqués à la requérante sont rédigés comme suit:

" [...] à l'occasion du recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'État introduit par la société SOCARENAM contre la décision d'attribution, il est apparu que la société CHANTIERS ALLAIS ne remplissait pas toutes les conditions relatives à la sélection qualitative.

En effet, le point 3 de l'annexe B de l'appel à candidatures prévoyait que: «Le candidat transmettra un document avec une déclaration (voir annexe C) concernant le chiffre d'affaires moyen de la société relatif à l'objet du marché au cours des trois (3) derniers exercices avec un minimum par exercice de 2.200.000,00 € hors TVA.». Pour ce critère, la société CHANTIERS ALLAIS a joint à sa demande de participation un document PDF reprenant une déclaration relative au chiffre d'affaires de la société EFINOR. Ce document est par ailleurs signé de façon manuscrite par le directeur général de la société EFINOR. Cependant, l'article 79 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 dispose que lorsqu'un candidat fait valoir la capacité d'autres entités, celui-ci doit produire l'engagement de l'entité en question de mettre sa capacité à disposition du candidat. Cette possibilité était en l'espèce laissée aux candidats par le point 1.2 de l'annexe B de l'appel à candidatures, lequel renvoyait par ailleurs au modèle de déclaration d'engagement (annexe I de l'appel à candidatures) devant être utilisé obligatoirement. Or, la demande de participation de la société CHANTIERS ALLAIS ne comporte aucune déclaration établie selon le modèle de l'annexe I de l'appel à candidatures, ni sous une quelconque autre forme, par laquelle la société EFINOR s'engage à mettre sa capacité financière et économique à disposition de la société CHANTIERS ALLAIS. Il est par ailleurs de jurisprudence constante qu'un tel engagement ne peut se déduire de la simple appartenance du candidat et de l'entité tierce à un même groupe d'entreprises [C.E. (6e ch.), 21 mars 2019, Société de droit français Chantiers Allais, n° 244.006; C.E. (12e ch.), 12 novembre 2013, N.V. Mediatrader, n° 225.428; C.E. (12e ch.), 29 juillet 2010, N.V. Mediatrader, n° 206.853.].

Ce constat suffit dès lors à établir que la société CHANTIERS ALLAIS ne satisfaisait dès lors pas aux critères de sélection qualitative définis dans le cadre du présent marché, de sorte que le pouvoir adjudicateur ne pouvait valablement

sélectionner ce candidat. Par son arrêt n° 244.006 du 21 mars 2019 [C.E. (6e ch.), 21 mars 2019, Société de droit français Chantiers Allais, n° 244.006], le Conseil d'Etat a confirmé, dans les termes suivants la régularité de l'appréciation posée dans ce cadre par le pouvoir adjudicateur, à l'appui de sa décision de retrait du 8 février 2019: «... sur la seule base des informations dont disposait le pouvoir adjudicateur, telles qu'elles figuraient dans le dossier de candidature, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas sélectionner la requérante,...».

Il convient également de souligner que, conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat, un opérateur économique ne peut être autorisé, ni spontanément, ni à la demande du pouvoir adjudicateur, à compléter a posteriori une demande de participation à un marché, en y ajoutant une déclaration d'engagement d'entité tierce qui n'avait pas été valablement donnée ou formalisée de manière préalable à la date ultime de dépôt des demandes de participation [C.E. (6e ch.), 3 janvier 2019, s.p.r.l. Santo Colina, n° 243.327; C.E. (6e ch.), 22 décembre 2014, s.a. Soa People, n° 229.676].

Or, il est constant en l'espèce que la société EFINOR n'avait, à la date du dépôt de la demande de participation de CHANTIERS ALLAIS au présent marché, valablement formalisé (en particulier au moyen du formulaire adéquat prévu par les documents de marché) aucun engagement de mettre ses moyens (en particulier financiers) à la disposition de CHANTIERS ALLAIS dans le cadre de l'exécution potentielle du présent marché. Il découle donc de la jurisprudence précitée du Conseil d'Etat:

- que le pouvoir adjudicateur était et demeure en l'espèce empêché de solliciter de CHANTIERS ALLAIS, après le dépôt de sa demande de participation (que ce soit lors de l'évaluation de ladite demande ou ultérieurement), qu'elle modifie celle-ci en y ajoutant un engagement de la société EFINOR qui n'existait pas à la date de dépôt de la demande de participation;
- que l'absence de satisfaction des exigences de sélection par la société CHANTIERS ALLAIS lors du dépôt des demandes de participation ne peut aucunement être régularisée par la production spontanée d'un engagement émis postérieurement à la date ultime fixée pour le dépôt des demandes de participation; Aucune portée et aucun effet ne peut donc être reconnu à l'engagement de la société EFINOR transmis spontanément par CHANTIERS ALLAIS au pouvoir adjudicateur le 29 avril 2019, cet engagement étant daté du 11 février 2019 (c'est-à-dire bien après la date ultime pour la réception des demandes de participation).

Conclusion: La demande de participation présentée par la société CHANTIERS ALLAIS ne satisfaisait pas aux critères de sélection qualitative définis dans le cadre du présent marché.

Un pouvoir adjudicateur peut revoir la sélection d'un candidat déjà sélectionné à l'occasion de la décision d'attribution dans la mesure où un marché ne peut être attribué qu'à un soumissionnaire dont la capacité est établie.

Pour les motifs qui précèdent, la police fédérale décide de revoir sa décision de sélection qualitative et de ne pas sélectionner la société CHANTIERS ALLAIS. Par conséquent, son offre ne peut être examinée."

Par la même décision, après avoir énoncé qu'aucun élément du dossier administratif ne justifie que le pouvoir adjudicateur revoie sa décision de sélection qualitative en ce qu'elle constate la satisfaction des exigences de sélection par ASTILLEROS ARMON et SOCARENAM, et après une nouvelle analyse des offres, la partie adverse attribue le marché à la SA SOCARENAM.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 20 novembre 2019, la société de droit français SOCAREMAN, demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

Le premier moyen est pris de la violation de

- " • la directive 2009/81 du 13 juillet 2009, relative aux marchés dans le secteur de la défense, notamment de son article 2,
- la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, en ses articles 13 et 15,
- la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, en toutes ses dispositions,
- loi du 17 juin 2013 relative à la motivation et aux recours en matière de marchés publics, notamment son article 10,
- la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en ses articles 2 et 3,
- des principes généraux du droit, en ce compris le principe de bonne administration et de motivation des actes administratifs, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation",
en ce que "la procédure suivie pour l'attribution du marché est la réglementation «défense»;
alors que l'acte attaqué constate que le marché serait régi par la réglementation relative à la défense, et en particulier par la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, et par l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité;
Que, ce faisant, il commet une erreur de droit puisque la réglementation applicable à la commande des bateaux n'est pas celle relative à la défense et à la sécurité, mais est la loi du 15 juin 2006, précitée, et ses arrêtés d'exécution.
Que - première branche - ni l'avis de marché, ni le cahier spécial des charges, ni l'acte attaqué n'exposent ce qui permettrait de faire application de la réglementation spécifique relative à la défense, en méconnaissance de l'obligation de motivation formelle et matérielle des actes administratifs;
Que - deuxième branche - l'objet de la commande: des bateaux, ne la fait pas ressortir au champ d'application *ratione materiae* de la législation spécifique à la défense : du matériel militaire ou de sécurité".

Sur la première branche, la requérante expose que "ni l'avis de marché, ni le cahier des charges, ni aucun autre document à ce stade n'explique en vertu de quoi la loi défense serait d'application". Elle souligne que, "alors que l'on est en présence d'un régime particulier, et distinct du régime ordinaire, qui ne peut trouver à s'appliquer que pour autant que les conditions d'applications soient réunies, aucune mention de ces conditions légales, ni explication relative au fait que ces conditions seraient rencontrées ne sont mises en avant dans les documents du marché".

Sur la seconde branche, après avoir reproduit les articles 13 et 15 de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, et après avoir souligné qu'en vertu de l'article 15, ladite loi est d'application aux marchés publics ayant trait à la fourniture d'équipements militaires et d'équipements sensibles, la partie adverse soutient que l'objet de la commande litigieuse ne satisfait pas aux caractéristiques légales du "matériel militaire" ou du "matériel sensible".

S'agissant de la notion de "matériel militaire", elle soutient que les bateaux concernés par le présent marché ne sont pas spécifiquement conçus à des fins militaires ni destinés à être utilisés comme arme ou matériel de guerre, qu'ils ne sont équipés d'aucun armement spécifique et qu'il s'agit de bateaux patrouilleurs fluviaux, pour les eaux intérieures, sans arme spécifique.

Elle expose ensuite ce qui suit:

" 27. Tout au plus, le cahier spécial des charges précise une forme de blindage, qui se lit comme suit :

6.5.2.3 Blindage

0126. Les parties non vitrées de la passerelle et du poste de commandement situées en dessous de fenêtres résisteront, sans perforation, aux armes de poing 0.357 et 0,44 magnum conformément à la classe FB4 de la norme EN1522/EN1523.

Le pont ne doit pas être blindé OUI/NON Description du matériau utilisé en annexe de l'offre

0127. Les parties non vitrées de la (les) porte(s) d'accès de la passerelle et au poste de commandement situées en dessous de fenêtres résisteront, sans perforation, aux armes de poing 0.357 et 0,44 magnum conformément à la classe FB4 de la norme EN1522/EN1523. OUI/NON

La seule mention d'un blindage, ordinaire au vu des spécifications techniques publiques auxquelles le cahier se réfère, ne suffit pas à qualifier le matériel de « militaire », au sens de la disposition légale précitée. Le blindage utilisé est annoncé, publié dans les documents du marché, non couvert par un secret quelconque, et d'un type commun, comme on le verra ci-après (cf., numéro 36).

28. Comme le souligne la doctrine, la notion de matériel militaire est en effet restrictive :

« Le terme d'équipement militaire est restrictif, puisqu'il désigne le matériel qui est spécialement conçu ou adapté à des fins militaires et qui est destiné à être utilisé comme arme, munition ou matériel de guerre : on y retrouve, par

exemple, des fusils d'assaut, des avions de chasse, des navires de guerre... mais aussi des simulateurs d'entraînement au tir de combat ou des ateliers mobiles de réparation spécialement conçus ou modifiés pour usage militaire. Un bien ne sera donc pas un équipement militaire simplement parce qu'il est utilisé par les forces armées ».

L'Exposé des motifs de la loi défense va dans le même sens :

« 16° équipement militaire : par équipement militaire, au sens du présent projet il faut entendre notamment les types de produits repris sur la liste d'armes, de munitions et de matériel de guerre adoptée par la décision n° 255/58 du Conseil du 15 avril 1958 définissant la liste de produits (armes, munitions et matériel de guerre) auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 223, § 1, b, du Traité (à présent article 346, § 1, b). Cette liste ne comprend que les équipements qui sont conçus, développés et produits à des fins spécifiquement militaires.

Néanmoins, la liste est générique et est à interpréter au sens large à la lumière du caractère évolutif des technologies, des politiques d'acquisition et des besoins militaires conduisant au développement de nouveaux types d'équipements, par exemple sur la base de la Liste commune des équipements militaires de l'Union. Au sens du présent projet, le terme « équipement militaire » couvre également les produits qui, bien qu'initialement conçus pour une utilisation civile, ont ensuite été adaptés à des fins militaires pour pouvoir être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre.

29. Le matériel militaire est - en outre - défini par le Conseil de l'Union européenne.

Conformément au dixième considérant de la directive 2009/81 du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par les pouvoirs adjudicateur ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, le matériel militaire s'entend de celui qui est visé dans la décision du Conseil de l'Union européenne n° 255/58 du 15 avril 1958, à savoir :

Liste des armes, des munitions et du matériel de guerre, y compris les armes nucléaires, auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 296, paragraphe 1, point b), du traité de Rome

1. Armes à feu portatives et automatiques, telles que fusils, carabines, revolvers, pistolets, mitraillettes et mitrailleuses, à l'exception des armes de chasse, pistolets et autres armes à petit calibre, d'un calibre inférieur à 7 mm.

2. Matériel d'artillerie et lance-fumées, gaz, flammes, tels que:

a) canons, obusiers, mortiers, pièces d'artillerie, armes antichars, lance-roquettes, lance-flammes, canons sans recul;

b) matériel militaire pour le lancement des fumées et des gaz.

3. Munitions destinées aux armes reprises aux points 1 et 2 ci-dessus.

4. Bombes, torpilles, roquettes et engins guidés :

a) bombes, torpilles, grenades, y compris les grenades fumigènes, pots fumigènes, roquettes, mines, engins guidés, grenades sous-marines, bombes incendiaires;

b) appareils et dispositifs à usage militaire, spécialement conçus pour la manutention, l'amorçage, le désamorçage, la détonation ou la détection des articles repris sous a) ci-dessus.

5. Matériel de conduite du tir à usage militaire :

a) calculateurs de tir et appareils de pointage en infrarouges et autre matériel de pointage de nuit,

b) télémètres, indicateurs de position, altimètres;

c) dispositifs d'observation électroniques, gyroscopiques, optiques et acoustiques;

d) viseurs de bombardement et hausses de canons, périscopes pour les articles repris dans la présente liste.

6. Chars et véhicules spécialement conçus pour l'usage militaire :

- a) chars;
- b) véhicules de type militaire, armés ou blindés, y compris les véhicules amphibies;
- c) trains blindés;
- d) véhicules militaires semi-chenillés;
- e) véhicules militaires de dépannage des chars;
- f) remorques spécialement conçues pour le transport des munitions énumérées aux points 3 et 4.

7. Agents toxiques ou radioactifs :

- a) agents toxiques biologiques ou chimiques et agents radioactifs adaptés pour produire en cas de guerre des effets destructifs sur les personnes, les animaux ou les récoltes;
- b) matériel militaire pour la propagation, la détection et l'identification des substances reprises sous a) ci-dessus;
- c) matériel de protection contre les substances reprises sous a) ci-dessus.

8. Poudres, explosifs et agents de propulsion liquides ou solides :

- a) poudres et agents de propulsion liquides ou solides spécialement conçus et fabriqués pour le matériel repris aux points 3, 4 et 7 ci-dessus;
- b) explosifs militaires;
- c) compositions incendiaires et gélifiants pour usage militaire.

9. Navires de guerre et leurs équipements spécialisés :

- a) navires de guerre de toutes espèces;
- b) équipements spécialement conçus pour le mouillage, la détection et le dragage des mines;
- c) filets sous-marins. (...).

Les bateaux ici commandés ne relèvent manifestement pas de cette liste : ce ne sont ni des navires de guerre ni des dragueurs de mines.

30. En pratique, la doctrine se réfère également à la Liste commune des équipements militaires de l'Union européenne pour la détermination du régime auquel un marché serait soumis.

Mais même à la lecture de cette dernière, les bateaux ici commandés ne sont pas du matériel militaire. Les navires visés sous cette liste sont en effet :

- tantôt équipés d'armement,
- tantôt des sous-marins, *quod non* en l'espèce.

31. À la lecture de la Note d'observations du 4 mars 2019, c'est le blindage qui aurait conduit au classement du marché comme relevant des équipements militaires :

47. La liste commune des équipements militaires de l'Union européenne, qui fait l'objet d'actualisations très régulières, a été mise à jour par le Conseil le 6 mars 2017⁷ Cette liste actualisée, comme les précédentes, répertorie en tant qu'équipements militaires, sous le poste ML13afPièce 18 du dossier administratif);

« plaques de blindage Mécaniques ou non métalliques présentant l'une des caractéristiques suivantes:

- 1. fabriquées afin de satisfaire à une norme ou une spécification militaire; ou
- 2. appropriées à l'usage militaire,»

Les plaques de blindage exigées en l'espèce afin de blinder la cabine de pilotage relèvent de cette notion dès lors qu'elles sont appropriées à un usage militaire

(tous les blindages utilisés par les forces armées ne devant pas nécessairement résister aux tirs d'armes de guerre) et que les documents du marché exigent la conformité des composants avec les exigences de la classe B4 de la norme européenne EN15221EN15.23, utilisée de manière universelle en Europe (en ce compris à des fins militaires) afin de mesurer la résistance de certains matériaux et équipements aux balles (en ce compris les balles tirées par des fusils d'assaut militaires) (Pièce 19 du dossier administratif).

48. Cette analyse du pouvoir adjudicateur n'est pas propre au présent marché. Dès après l'entrée en vigueur de la Loi Défense et Sécurité, le 6 février 2012, les services de la Police fédérale ont établi une note interne destinée à clarifier les hypothèses dans lesquelles les marchés de la Police fédérale devraient être soumis à la Loi Défense et Sécurité ou aux règles des secteurs classiques.

Parmi les fournitures relevant du champ d'application de la Loi Défense et Sécurité, la note identifie en premier lieu les « panneaux de blindage ».

Ladite note du 29 mai 2012 a été validée par l'Inspection des Finances par un avis du 14 juin 2012 (par laquelle l'Inspection des Finances a pour le surplus souligné que les véhicules d'intervention ne devraient être soumis au cadre légal et réglementaire des secteurs classiques que dans les hypothèses où ils ne sont pas équipés de blindage).

La partie adverse dépose ladite note et l'avis de l'Inspection des Finances y relatif à titre confidentiel dans le cadre de la présente procédure, dès lors que son contenu est considéré comme sensible (Pièce du dossier administratif confidentiel).

Plusieurs observations sont à formuler à la suite de ce raisonnement.

32. Observation 1. Le bateau n'est clairement pas d'usage militaire, au sens où cette notion est définie par la réglementation. La notion de navire militaire est définie à l'article ML9 de la Liste commune des équipements militaires. À sa lecture, on peut constater que sont visés des navires de guerre, sous-marins, etc., toutes caractéristiques étrangères aux bateaux de la police ici commandés.

33. Mais parce qu'une partie de celui-ci est blindée, il en deviendrait approprié à un usage militaire... Autrement dit, du fait qu'une partie du bateau est blindé, il en devient approprié à un usage militaire.

Cette interprétation, très large, se heurte au principe selon lequel le respect de la réglementation est le principe, et les exceptions s'interprètent restrictivement. En l'espèce, c'est par le biais d'une forme d'exception, très largement interprétée, que le bateau deviendrait approprié à l'usage militaire.

Or, les exceptions à une mise en concurrence normale sont de stricte interprétation, comme l'a rappelé la Cour de justice à plusieurs reprises, dont notamment en matière militaire lorsqu'elle était confrontée à l'application de l'article 356 TFUE. En d'autres termes, elle a énoncé ce principe non seulement en droit commun, mais également aussi de manière spécifique à propos des commandes militaires : (...) il est de jurisprudence constante pour les dérogations aux libertés fondamentales, doivent faire l'objet d'une interprétation stricte.

34. Mais on remarque - en outre - que les navires à usage militaire sont définis au numéro ML9 de la liste commune des équipements militaires ... qui ne vise pas le blindage comme étant un équipement susceptible de faire d'un navire un bateau militaire, ou approprié à un usage militaire.

On aurait pu suivre le raisonnement de la partie adverse s'il s'était agi d'un équipement en matière d'armes, de protection nucléaire, radiologique ou chimique, etc., parce que toutes ces notions sont, en tout ou en partie, des éléments qui permettent de qualifier un bateau de militaire, ou par extension approprié à un usage militaire.

Le bateau n'étant pas du matériel militaire au sens de l'article 3, 216° de la loi défense, l'adjudicateur ne pouvait pas faire usage de ladite loi pour fonder la mise en concurrence. Par conséquent, les actes attaqués doivent être suspendus.

35. Observation 2. Les spécifications techniques qui permettent de qualifier du matériel comme militaire sont relatives aux armes, à la protection nucléaire, etc. Mais ce n'est pas de ces spécifications techniques qu'il est ici question. C'est du blindage, dont on a vu que l'article ML9 de la liste commune des équipements militaires considère qu'il s'agit expressément qu'il ne s'agit pas d'un élément caractéristique des navires militaires, comme on va le constater :

En effet, le blindage apparaît comme un élément expressément NON distinctif des navires militaires :

1. Navires (de surface ou sous-marins) spécialement conçus ou modifiés pour l'usage militaire, quel que soit leur état d'entretien ou de service, et qu'ils comportent ou non des systèmes de lancement d'armes ou un blindage, et leurs coques ou parties de coques, ainsi que leurs composants spécialement conçus pour l'usage militaire;

Rappelons à ce stade la jurisprudence de la Cour de justice par rapport aux assouplissements des contraintes juridiques en matière de marchés de défense :

(...) quand bien même un produit relèverait de l'une ou l'autre des catégories de matériels figurant sur la liste du Conseil du 15 avril 1958, il ne saurait, s'il en existe des applications techniques à vocation civile largement similaires, être considéré comme destiné à des fins spécifiquement militaires au sens de l'article 296 CE que si un tel usage est non seulement celui qu'entend lui conférer le pouvoir adjudicateur, mais également, ainsi que l'a relevé Mme l'avocat général au point 48 de ses conclusions, celui qui découle de caractéristiques propres à un équipement spécialement conçu, développé ou modifié substantiellement à de telles fins.

41 À cet égard, il y a lieu de relever, en effet, que les termes «pour l'usage militaire» utilisés au point 11 de ladite liste ainsi que les termes «pour autant qu'elles ont un caractère militaire» et «exclusivement conçus» employés aux points 14 et 15 de la même liste indiquent que les produits visés à ces points doivent présenter objectivement un caractère spécifiquement militaire.

42 Il y a lieu, enfin, de rappeler que, récemment, au dixième considérant de la directive 2009/81, le législateur de l'union a précisé que les termes «équipement militaire» au sens de cette directive devraient couvrir les produits qui, bien qu'initialement conçus pour une utilisation civile, ont ensuite été adaptés à des fins militaires pour pouvoir être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre.

Ou encore :

23 Il y a également lieu de rappeler qu'il est de jurisprudence constante que toute dérogation aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité CE dans le secteur des marchés publics doit faire l'objet d'une interprétation stricte (voir, en ce sens, arrêt du 17 novembre 1993, Commission/Espagne, C-71/92, Rec. p. 1-5923, point 36) et qu'il incombe à celui qui entend s'en prévaloir d'apporter la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement (voir, en ce sens, arrêts du 3 mai 1994, Commission/Espagne, C-328/92, Rec. p. 1-1569, points

15 et 16, ainsi que Commission/Italie, précité, points 57 et 58).

24 En l'espèce, la République italienne fait valoir que le décret ministériel remplit les conditions prévues aux articles 296 CE et 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 93/36 au motif, notamment, que les hélicoptères visés par ce décret sont des biens à double usage, c'est-à-dire pouvant servir aussi bien à des fins civiles que militaires.

25 À cet égard, il importe de rappeler que, en vertu de l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE, tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre, à la condition toutefois que ces mesures n'altèrent pas les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires (voir arrêt Commission/Italie, précité, point 46).

26 Il ressort du libellé de ladite disposition que les produits en cause doivent être destinés à des fins spécifiquement militaires. Il en résulte que l'achat d'équipements, dont l'utilisation à des fins militaires est peu certaine, doit nécessairement respecter les règles de passation des marchés publics (voir arrêt Commission/Italie, précité, point 47).

27 Or, il est constant que le décret ministériel vise, ainsi que l'admet la République italienne, des hélicoptères dont la vocation civile est certaine alors que leur finalité militaire n'est qu'éventuelle.

28 Par conséquent, l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE, auquel renvoie l'article 3 de la directive 93/36, ne saurait utilement être invoqué par la République italienne pour justifier une réglementation nationale autorisant le recours à la procédure négociée pour l'achat desdits hélicoptères.

29 Par ailleurs, ledit État membre invoque l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 93/36.²²

Le seul fait qu'il y la présence de blindage sur une partie des bateaux n'emporte par conséquent pas que l'on puisse qualifier le bateau de matériel militaire, au sens de l'article 3, 16° de la loi défense, qui pour rappel précise que l'on entend sous la notion de matériel militaire « un équipement spécifiquement conçu ou adapté à des fins militaires, destiné à être utilisé comme arme, munition ou matériel de guerre ».

36. Observation 3. Le blindage qui est requis par les documents du marché est de catégorie 4, qui n'est pas spécifiquement destiné à un usage militaire.

À l'inverse de ce qu'affirme la partie adverse dans sa note d'observations du 4 mars 2019, les fusils d'assaut militaire ne correspondent pas à la classe 4 du blindage, mais aux classes supérieures, dans lesquelles les vitesses de balle et le type de balle sont très différents des catégories 1 à 4 :

- Vitesse : plus du double des classes inférieures
- Type de balle : pénétrantes (pour entrer dans des blindages)

Classification et exigences pour le test avec des revolvers et carabines - testé selon NBN EN 1522.

CLASSE	TYPE D'ARME	CALIBRE	BALLE		CIRCONSTANCES	
			TYPE	MASSE	DISTANCE DE TIR	VITESSE BALLE
FB1	Carabine	.22LR	L/RN	2.6 +/- 0.1	10 +/- 0.5	360 +/- 10
FB2	Pistolet automatique	9 mm Luger	FJ ⁽¹⁾ /RN/SC	8.0 +/- 0.1	5 +/- 0.5	400 +/- 10
FB3	Revolver	.357 Magnum	FJ ⁽¹⁾ /CB/SC	10.2 +/- 0.1	5 +/- 0.5	430 +/- 10
FB4	Revolver	.357 Magnum .44 Magnum	FJ ⁽¹⁾ /CB/SC	10.2 +/- 0.1	5 +/- 0.5	430 +/- 10
			FJ ⁽²⁾ /FN/SC	15.6 +/- 0.1	5 +/- 0.5	440 +/- 10
FB5	Pistolet semi-automatique	5.56 x 45*	FJ ⁽²⁾ /PB/SCP1	4.0 +/- 0.1	10 +/- 0.5	950 +/- 10
FB6	Pistolet semi-automatique Carabine	5.56 x 45*	FJ ⁽²⁾ /PB/SCP1	4.0 +/- 0.1	10 +/- 0.5	950 +/- 10
		7.62 x 51		9.5 +/- 0.1	10 +/- 0.5	830 +/- 10
FB7	Carabine	7.62 x 51 **	FJ ⁽²⁾ /PB/HC1	9.8 +/- 0.1	10 +/- 0.5	820 +/- 10

L plomb

CB balle conique

FJ balle avec cartouche en métal

FN forme cylindrique-conique

HC1 noyau dur de métal, masse (3.7 +/- 0.1) g, dureté de plus 63 HCR

PB forme aigüe

RN forme ogive cylindrique

SC noyau délicat de plomb

SCP1 noyau délicat de plomb et masse d'acier pénétrant (Type-typ SS109)

FJ⁽¹⁾ balle avec cartouche en métal

FJ⁽²⁾ balle avec cartouche en alliage de cuivre

* Afin d'obtenir les valeurs fixes pour (5.56x45), un canon de (178 +/- 10) mm de longueur est recommandé = (178 +/- 10) mm.

** Afin d'obtenir les valeurs fixes pour la classe FB7, un canon de (254 +/- 10) mm de longueur est recommandé = (254 +/- 10) mm.

Note 1: Quand un coup de feu doit être tiré d'un point, la distance de tir peut être réduite afin d'obtenir la précision de tir déterminée dans l'article 6 EN 1523: 1998. Dans ce cas, il est possible que la vitesse de la balle ne peut pas être mesurée.

Note 2: Afin d'être classifié FB4 ou FB6, le corps d'épreuve doit être testé avec les deux calibres mentionnés.

Autrement dit, la catégorie 4 du blindage *ne* correspond pas à une arme de guerre ou un fusil d'assaut. Les armes de guerre sont concernées à partir du blindage 5 dans la norme EN/1522 et EN/1523:

Type d'armes utilisées suivant la classe recherchée.

Classe	Type d'arme	Calibre	
FB1	Carabine	22 LR	
FB2	Pistolet automatique	9mm Luger	
FB3	Revolver	357 Magnum	
FB4	Revolver Revolver	357 Magnum 44 Rem. Magnum	
FB5	Fusil d'assaut	5.56 x 45	
FB6	Fusil d'assaut Carabine	5.56 x 45 7.62 x 51	
FB7	Carabine	7.62 x 51 avec noyau dur	

FB5	Fusil d'assaut	5.56 x 45		Noyau mou (plomb) et masse pénétrante en acier	4	
FB6	Fusil d'assaut carabine	5.56 x 45 7.62 x 51		Noyau mou (plomb) et masse pénétrante en acier	9.5 9.8	

La documentation spécialisée est au demeurant concordante:

Classification selon norme européenne EN1522		
Classe de résistance	Arme	Calibre
FB1	Carabine	22LR
FB2	Pistolet	9 mm Luger
FB3	Révolver	357 Magnum
FB4	Révolver	357 Magnum 44 Rem. Magnum
FB5	Fusil d'assaut	5,56 x 45
FB6	Fusil d'assaut + carabine	5,56 x 45 7,62 x 51
FB7	Carabine	7,62 x 51
FSG	Fusil de chasse	Cal. 12/70

NB : Le niveau FB6 est généralement requis pour la résistance aux attaques de type Kalachnikov.

Ou encore:

FB1 (S) et FB1 (NS) – Calibre .22 LR



Fusil

Type: L/RN (Balle plomb / Forme cylindro-ogivale)

Distance de tir (m) : 10m

Nombre impacts : 3

S = Splitting (Anglais) = Eclats vulnérants, risque d'éclats de verre du côté arrière

NS = Non Splitting (Anglais) = Sans éclat vulnérant, aucune projection de verre du côté arrière

FB2 (S) et FB2 (NS) – Calibre 9mm Parabellum



Pistolet

Type: FJ1/RN/SC (Balle chemisée acier / Forme cylindro-ogivale / Noyau mou en plomb)

Distance de tir (m) : 5m

Nombre impacts : 3

S = Splitting (Anglais) = Eclats vulnérants, risque d'éclats de verre du côté arrière

NS = Non Splitting (Anglais) = Sans éclat vulnérant, aucune projection de verre du côté arrière

FB3 (S) et FB3 (NS) – .357 Magnum

FB4 (S) et FB4 (NS) – .44 Remington Magnum



Type: FJ2/RN/SC (Balle chemisée alliage de cuivre / Forme cylindro-conique tronquée / Noyau mou en plomb)

Distance de tir (m) : 5m

Nombre impacts : 3

S = Splitting (Anglais) = Eclats vulnérants, risque d'éclats de verre du côté arrière

NS = Non Splitting (Anglais) = Sans éclat vulnérant, aucune projection de verre du côté arrière

FB5 (S) et FB5 (NS) – 5.56x45mm NATO / OTAN



Fusil de guerre Cal 5,56 x 45

Distance de tir (m) : 10m

Nombre impacts : 3

S = Splitting (Anglais) = Eclats vulnérants, risque d'éclats de verre du côté arrière

NS = Non Splitting (Anglais) = Sans éclat vulnérant, aucune projection de verre du côté arrière

Ce calibre est réglementaire dans toutes les armées de l'OTAN.

Exemples d'armes à feu dans cette classe:

- FN FNC
- Colt AR15 / M16A2
- Steyr AUG
- FAMAS (France)
- Heckler & Koch G36

Exemple munition : 5.56 NATO / OTAN SS109

FB6 (S) et FB6 (NS) – Cal. 5.56x45 NATO Arm. Piercing / Cal. 7.62x51 NATO FMJ



FB7 (S) et FB7 (NS) – Cal. 7.62x51 NATO Armour Piercing



37. Rappelons également la jurisprudence pertinente en la matière, déjà évoquée ci-devant. À propos d'achat d'hélicoptère (Agusta), pouvant servir conjointement à des fins policières et militaires aux dires de l'acquéreur, la Cour de justice a sanctionné le recours à une procédure négociée - comme en l'espèce - parce que les motifs ayant conduit au choix de cette procédure n'avaient pas - comme dans la présente espèce - été démontrés avec pertinence :

Ainsi qu'il résulte, notamment, du douzième considérant de la directive 93/36, la procédure négociée revêt un caractère exceptionnel et ne peut être appliquée que dans des cas limitativement énumérés. À cette fin, il y a lieu de souligner que

l'article 6, paragraphes 2 et 3, de la même directive énumère limitativement et expressément les seules exceptions pour lesquelles le recours à la procédure négociée est permis (voir en ce sens, en ce qui concerne la directive 77/62, arrêt du 17 novembre 1993, Commission/Espagne, C-71/92, Rec. p. 1-5923, point 10; en ce qui concerne la directive 93/36, voir arrêts précités Teckal, point 43, et du 13 janvier 2005, Commission/Espagne, point 47).

57 Selon la jurisprudence de la Cour, les dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité dans le secteur des marchés publics doivent faire l'objet d'une interprétation stricte (voir arrêts du 18 mai 1995, Commission/Italie, C-57/94, Rec. p. 1-1249, point 23; du 28 mars 1996, Commission/Allemagne, C-318/94, Rec. p. 1-1949, point 13, et du 2 juin 2005, Commission/Grèce, C-394/02, Rec. p.1-4713, point 33). Sous peine de priver la directive 93/36 de son effet utile, les États membres ne sauraient, dès lors, prévoir des hypothèses de recours à la procédure négociée non prévues par cette directive ou assortir les hypothèses expressément prévues par la directive en cause de conditions nouvelles ayant pour effet de rendre le recours à ladite procédure plus aisé (voir, en ce sens, arrêt du 13 janvier 2005, Commission/Espagne, précité, point 48).

58 En outre, il convient de rappeler que c'est à celui qui entend se prévaloir d'une dérogation qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant cette dérogation existent effectivement (voir arrêts du 10 mars 1987, Commission/Italie, 199/85, Rec. p. 1039, point 14, et Commission/Grèce, précité, point 33).

59 En l'occurrence, force est de constater que la République italienne n'a pas démontré à suffisance de droit la raison pour laquelle seuls les hélicoptères produits par Agusta seraient dotés des spécificités techniques requises. En outre, cet État membre s'est borné à souligner les avantages d'une interopérabilité des hélicoptères employés par ses différents corps. Il n'a cependant pas démontré en quoi un changement de fournisseur l'aurait contraint à acquérir un matériel fabriqué selon une technique différente de nature à entraîner une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien disproportionnées.

60 Eu égard à l'ensemble de ce qui précède, il convient de constater que, en ayant mis en œuvre une pratique, existant de longue date et maintenue en vigueur, d'attribution directe des marchés pour l'achat à Agusta d'hélicoptères de marques Agusta et Agusta Bell, destinés à couvrir les besoins de plusieurs corps militaires et civils de l'État italien, en dehors de toute procédure de mise en concurrence et, notamment, sans respecter les procédures prévues par la directive 93/36 et, auparavant, par la directive 77/62, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de ces directives.

38. Observation 4. La requérante s'étonne de ce que la Note interne à la Police fédérale du 29 mai 2012 relative au champ d'application de la loi Défense et Sécurité, ainsi que l'avis de l'Inspection des finances du 14 juin 2012, aient été versés à titre confidentiel dans la procédure GA 227.498/VI 21.428, au motif qu'elle serait « sensible », selon l'affirmation contenue dans la note d'observation du 4 mars 2019.

39. Dans la présente espèce, la requérante demande soit que cette note et l'avis de l'inspection des finances ne soit pas versés, soit qu'ils soient versés à titre non confidentiel.

40. Ce qui fut avancé pour justifier la non-communication de la note est le fait qu'elle serait « sensible ».

Or en matière militaire, les informations sensibles font l'objet d'un régime juridique propre, organisé par le législateur à travers la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité. En vertu de l'article 3 de cette loi :

Peuvent faire l'objet d'une classification : les informations, documents ou données, le matériel, les matériaux ou matières, sous quelque forme que ce soit, dont l'utilisation inappropriée peut porter atteinte à l'un des intérêts suivants :

- a) la défense de l'intégrité du territoire national et des plans de défense militaire;
- b) l'accomplissement des missions des forces armées;
- c) la sûreté intérieure de l'État, y compris dans le domaine de l'énergie nucléaire, et la pérennité de l'ordre démocratique et constitutionnel;
- d) la sûreté extérieure de l'État et les relations internationales de la Belgique;
- e) le potentiel scientifique et économique du pays;
- f) tout autre intérêt fondamental de l'État;
- g) la sécurité des ressortissants belges à l'étranger;
- h) le fonctionnement des organes décisionnels de l'État.
- (i) la sécurité des personnes auxquelles en vertu des articles 104, § 2, ou 111quater, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, des mesures de protection spéciales sont octroyées.(...)

La loi détaille ensuite trois degrés de certification, et seules les personnes qui ont fait l'objet d'une habilitation spécifique par un officier de sécurité peuvent avoir accès à ces informations.

En l'espèce, il n'est pas prétendu par l'État belge que la note et l'avis en question relèveraient de la classification précitée.

Par conséquent, l'on ne peut pas se contenter d'affirmer qu'elle serait « sensible » pour refuser de la verser au titre de pièce non confidentielle, dès lors qu'en matière militaire, une loi organise spécifiquement le régime de confidentialité de certains documents ou informations.

41. En outre, les mesures qui portent atteinte aux droits s'interprètent de manière restrictive. Si l'on devait - quod non - se référer exclusivement à l'article 10 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation et aux recours en matière de marchés publics, on constate qu'en versant les deux pièces, dans leur intégralité, à titre de pièces confidentielles, la partie adverse violerait les droits de la défense et le principe du droit à un procès équitable, qui suppose le respect du principe du contradictoire.

Si l'on peut concevoir que certaines parties ou informations puissent le cas échéant être couvertes par la confidentialité justifiée par une contrariété à l'intérêt public (au sens de l'article 10, précité), l'on n'aperçoit pas en quoi un développement juridique fait par la Police et sa prétendue validation par l'Inspection des finances, qui viennent tous deux à l'appui d'une défense juridique exposée dans une note d'observations, devraient être couverts par la confidentialité aux motifs d'une contrariété à l'intérêt public, au sens de l'article 10 de la loi du 17 juin 2013, précitée. L'État belge ne s'en est au demeurant pas expliqué, se contentant d'une simple affirmation.

Alors de deux choses l'une : soit la note est classée « secret défense » au sens de la loi du 11 décembre 1998, et seules les personnes qui disposent d'une habilitation de sécurité peuvent y avoir accès. A priori, tel n'est pas le cas de chacun des magistrats du Conseil d'État qui peut connaître du présent dossier, sauf erreur, de sorte que la pièce ne peut pas simplement être versée à titre confidentiel. Soit il s'agit de développements juridiques, dont on n'aperçoit pas en quoi, dans leur intégralité, ils seraient confidentiels au motif d'une contrariété à l'ordre public. Par conséquent, la requérante demande que ces deux documents, s'ils sont encore déposés, ne le soient pas à titre confidentiel dans leur intégralité.

II Matériel sensible

42. La partie adverse ayant déjà reconnu expressément que le matériel n'est pas sensible (cf. Note d'observation déposée le 4 mars 2019, page 26).

Sauf incohérence dans son chef, il en ira de même dans la cadre de la présente procédure.

43. Le matériel sensible suppose qu'il y ait une confidentialité particulière dans les informations transmises et traitées. C'est ce que l'on appelle, en langage commun, le « secret défense ».

Cette notion est spécifiquement visée à l'article 3, 17° de la loi du 13 août 2011, qui se lit comme suit :

équipements sensibles, travaux sensibles et services sensibles des équipements, travaux et services destinés à des fins de sécurité qui font intervenir, nécessitent et/ou comportent des informations classifiées.

Par information classifiée, la loi vise ce qui suit :

toute information ou tout matériel, quel qu'en soit la forme, la nature ou le mode de transmission, auquel un certain niveau de classification de sécurité ou un niveau de protection a été attribué et qui, dans l'intérêt de la sécurité nationale et conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans un État membre, requiert une protection contre tout détournement, toute destruction, suppression, divulgation, perte ou tout accès par des personnes non autorisées, ou tout autre type de compromission.

44. L'Exposé des motifs de la loi du 13 août 2011 précise ce qui suit à ce sujet :

La classification doit se faire en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur. L'utilisation des informations qui sont protégées pour d'autres raisons que la sécurité nationale, comme la protection de la vie privée ou des intérêts économiques, ne suffit pas pour qualifier un équipement comme sensible. Ainsi, un véhicule d'intervention de la police ou un système de surveillance urbaine par caméras, de protection d'accès à certains bâtiments, de contrôle de voyageurs, de protection d'un port ou un aéroport ou d'un réseau de transport d'énergie ne peuvent être qualifiés comme équipements sensibles si les trois conditions précitées, à savoir l'utilisation d'informations classifiées, en vertu de dispositions en vigueur et dans l'intérêt de la sécurité militaire ou non militaire, ne sont pas rencontrées.

45. Les informations classifiées font l'objet d'un régime juridique particulier, organisé par la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité.

Cette loi organise un contrôle d'accès aux informations sensibles, par le biais d'une certification préalable auprès d'officiers de sécurité; il y a trois niveaux de sécurité : confidentiel, secret, très secret.

46. Or en l'espèce, aucune information relative à la construction des bateaux ou à leur entretien ne requiert, dans les documents du marché, qu'il y ait des informations de cette nature. Le cahier spécial des charges ni l'avis de marché ne prescrivent semblable protection de tout ou partie des informations ou documents. Pour le dire autrement, aucun document ou information relative à ce marché n'a fait l'objet d'une classification, au sens de l'article 3, 19° de la loi du 13 août 2011 et de la loi du 11 décembre 1998. Les informations sont contenues dans l'avis de marché, et dans le cahier des charges, qui ne font en aucune manière état d'une information classifiée. Toutes les informations nécessaires à la construction et l'entretien des bateaux sont en

libre accès.

La seule mention relative aux informations confidentielles (et non « classifiées ») se lit comme suit dans le cahier des charges :

20,3 Renseignements confidentiels

Conformément à l'article 12 de la loi du 13 août 2011, le pouvoir adjudicateur ne divulgue pas, sous réserve des droits acquis par contrat, les renseignements que les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services lui communiquent à titre confidentiel. Ces renseignements concernent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

Le soumissionnaire indiquera dans son offre les données confidentielles qui ne peuvent pas être communiquées.

En toute hypothèse, quelles que soient les circonstances, les candidats, les soumissionnaires et les tiers n'ont aucun accès aux documents relatifs à la procédure de passation des marchés aussi longtemps que le pouvoir adjudicateur n'a pas pris de décision, selon le cas, au sujet de la sélection des candidats, de la régularité des offres, de l'attribution du marché ou de la renonciation à poursuivre la procédure.³⁴

Il ne s'agit assurément pas de ce que l'on catégorise sous la notion de « secret défense », via la notion d'« information classifiée » puisqu'une disposition similaire existe dans la réglementation relative aux marchés passés dans les secteurs classiques".

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Sur la seconde branche

Dans sa version antérieure applicable au présent litige, soit avant sa modification par la loi du 17 juin 2016, l'article 15 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, énonce que ladite loi "s'applique aux marchés publics passés dans les domaines de la défense et de la sécurité ayant pour objet :

- " 1° la fourniture d'équipements militaires, y compris de leurs pièces détachées, composants, et/ou sous-assemblages;
- 2° la fourniture d'équipements sensibles, y compris de leurs pièces détachées, composants, et/ou sous-assemblages;
- 3° des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé aux 1° et 2° pour tout ou partie de son cycle de vie;
- 4° des travaux et services destinés à des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services sensibles [...]"

L'article 3, 16°, définit l'équipement militaire comme étant "un équipement spécifiquement conçu ou adapté à des fins militaires, destiné à être utilisé comme arme, munitions ou matériel de guerre".

L'exposé des motifs précise que constituent des équipements militaires "notamment les types de produits repris sur la liste d'armes, de munitions et de

matériel de guerre adoptée par la décision n° 255/58 du Conseil du 15 avril 1958 définissant la liste de produits (armes, munitions et matériel de guerre) auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 223, § 1^{er}, b, du Traité (à présent article 346, § 1^{er}, b)". Il y est souligné que ladite liste "ne comprend que les équipements qui sont conçus, développés et produits à des fins spécifiquement militaires", mais que, néanmoins, elle "est générique et est à interpréter au sens large à la lumière du caractère évolutif des technologies, des politiques d'acquisition et des besoins militaires conduisant au développement de nouveaux types d'équipements, par exemple sur la base de la Liste commune des équipements militaires de l'Union". Il est également précisé que "le terme "équipement militaire" couvre également les produits qui, bien qu'initialement conçus pour une utilisation civile, ont ensuite été adaptés à des fins militaires pour pouvoir être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre" (*Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, 1592/001, p.16).

Il n'est pas contesté que l'objet du marché ne porte pas sur la fourniture d'équipements sensibles et que les bateaux patrouilleurs faisant l'objet du marché, destinés à la navigation intérieure, ne sont pas, en tant que tels, destinés à être utilisés comme arme, munition ou matériel de guerre.

Par ailleurs, il doit être souligné que la définition légale est fondée sur une logique matérielle et qu'elle ne vise pas uniquement les seuls achats des forces armées, l'exposé des motifs précisant que sont également visés les achats de la police fédérale ou d'une zone de police lorsque ceux-ci portent sur des armements militaires ou des équipements sensibles (*Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, 1592/001, p.6).

S'il est exact que la liste des armes, des munitions et du matériel de guerre, y compris les armes nucléaires, auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 296, paragraphe 1, point b), du traité de Rome, adoptée par la décision n° 255/58 du Conseil du 15 avril 1958, ne vise que les navires de guerre et leurs équipements spécialisés, il convient également de se référer, en vertu des travaux préparatoires de la loi du 13 août 2011 ainsi que du dixième considérant de la directive 2009/81 du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, à La liste commune des équipements militaires de l'Union européenne adoptée par le Conseil le 6 mars 2017 (*J.O.*, C97 du 28 mars 2018, p.1), l'avis de marché ayant été publié le 13 juin 2017.

La Liste commune répertorie, en tant qu'équipements militaires, sous le poste ML13 "Matériel, constructions et composants blindés ou de protection" le matériel identifié comme suit:

- " plaques de blindage métalliques ou non métalliques présentant l'une des caractéristiques suivantes:
 1. fabriquées afin de satisfaire à une norme ou une spécification militaire; ou
 2. appropriées à l'usage militaire".

La requérante fait valoir que les plaques de blindage exigées en l'espèce par le cahier spécial des charges afin de blinder la cabine de pilotage relèvent de la catégorie 4 dans la norme EN1522 et EN1523 alors que ce sont les blindages de catégories 5 et suivantes qui sont destinés à résister aux balles des armes de guerre ou des fusils d'assaut. Cette argumentation ne paraît pas pouvoir être retenue. En effet, ce faisant, la requérante introduit une restriction ou une distinction qui ne paraît résulter ni de la loi du 13 août 2011 ni de la Liste commune des équipements militaires de l'Union européenne. Ainsi que le relève la partie adverse, les forces armées utilisent différents types de blindage, susceptibles ou non de résister aux tirs d'armes de guerre, et ce en fonction du risque auquel est susceptible d'être exposé le véhicule ou l'équipement à blinder et en tenant compte des incidences de poids et de coût liées à chaque blindage. Si tous les blindages utilisés par l'armée ne doivent pas nécessairement résister aux tirs d'armes de guerre, cette circonstance ne paraît pas de nature à impliquer qu'ils ne puissent être considérés comme étant appropriés à l'usage militaire. Force est d'ailleurs de relever que les armes de poing sont elles-mêmes classées, dans la liste commune précitée, parmi les équipements militaires (rubrique ML1). Il paraîtrait peu logique de considérer que des panneaux relevant de la classe FB4, qui permettent la protection contre les tirs de ces armes, lesquelles relèvent de la catégorie d'équipement militaire, ne soient pas considérés comme étant appropriés à l'usage militaire.

Il semble donc, au terme de l'examen *prima facie* auquel il est possible de procéder à l'occasion d'une procédure en référé d'extrême urgence, que les panneaux de blindage constituent des "équipements militaires" au sens de l'article 15, 1°, de la loi du 13 août 2011.

Par ailleurs, il y a lieu d'avoir égard à l'article 16 de la loi du 13 août 2011, applicable en la présente affaire dès lors qu'il a été abrogé par l'article 181 de la loi du 17 juin 2016, lequel est entré en vigueur le 30 juin 2017 pour les marchés publiés à partir de cette date alors qu'en l'espèce, l'avis de marché été publié le 13 juin 2017. Aux termes de cette disposition:

- " Un marché public ayant pour objet des travaux, des fournitures ou des services entrant dans le champ d'application de la présente loi et en partie dans le champ d'application de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services est passé conformément à la présente loi, sous réserve que la passation d'un marché public unique soit justifiée

par des raisons objectives.

Un marché public ayant pour objet des travaux, des fournitures ou des services entrant en partie dans le champ d'application de la présente loi et, pour l'autre partie, ne relevant ni de la présente loi, ni de la loi du 15 juin 2006, ne relève pas de l'application de la présente loi, sous réserve que la passation d'un marché public unique soit justifiée par des raisons objectives.

Cependant, la décision de passer un marché public unique ne peut être prise dans le but de soustraire des marchés à l'application de la présente loi ou de la loi du 15 juin 2006."

Dès lors que les panneaux de blindage exigés par les documents du marché afin de blinder la cabine de pilotage semblent constituer par eux-mêmes des "équipements militaires" au sens de l'article 15, 1° de la loi du 13 août 2011, la présence de ceux-ci en tant que composants des bateaux patrouilleurs paraît de nature à justifier l'application de la loi du 13 août 2011.

Par ailleurs, c'est en vain que la requérante a souligné à l'audience qu'il résulte du texte même du point ML9 de la Liste commune des équipements militaires que la circonstance que les navires comportent ou non un blindage est indifférente. En effet, le point concerné a trait aux navires de guerre. Il est donc dépourvu de pertinence à l'égard des navires dont il est question en l'espèce.

Il semble donc, *prima facie*, que c'est à bon droit que la partie adverse a appliqué la loi du 13 août 2011. La seconde branche du moyen n'est pas sérieuse, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'exception soulevée par la partie adverse quant à l'intérêt au moyen.

Sur la première branche

Il ne résulte ni de la loi du 29 juillet 1991 ni de la loi du 17 juin 2013 que la partie adverse aurait dû motiver la soumission du présent marché aux dispositions de la loi du 13 août 2011 plutôt qu'à celles de la loi du 15 juin 2006, qui régissent les marchés passés dans les secteurs classiques et les secteurs spéciaux. Le moyen n'est pas sérieux en sa première branche.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

Le deuxième moyen est pris "de la violation:

- " - de l'article 159 de la Constitution;
- de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- de l'article 60 § 4 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;

- du principe général de la théorie du retrait d'acte administratif;
- du principe général de motivation interne des actes administratifs;
- du principe général de non-rétroactivité des décisions administratives;
- du principe général de légalité;
- du principe général du respect des droits acquis",

en ce que "le retrait de l'acte par lequel la candidature de la requérante a été sélectionnée a été effectué six mois après la notification de cet acte",

alors qu'"en vertu des règles invoquées à l'appui du moyen, il appartenait à la partie adverse de procéder au retrait de cet acte dans un délai de 60 jours à partir du moment où elle s'est prononcée sur la sélection de la requérante".

Après avoir exposé en quoi réside son intérêt au moyen, la requérante rappelle que le retrait d'un acte créateur de droits n'est régulier que s'il est effectué par l'autorité compétente pour l'adopter, s'il est frappé d'au moins une illégalité et s'il intervient dans le délai de 60 jours de recours en annulation devant le Conseil d'État. Elle fait valoir que cette dernière condition n'a, en l'espèce, pas été respectée: la décision de la sélectionner, prise à une date inconnue, a été notifiée aux candidats en date du 18 juin 2018, de sorte que le retrait aurait, selon elle, dû intervenir au plus tard le 17 août 2018.

Elle expose à cet égard ce qui suit:

" En l'espèce, la décision de retrait est datée du 8 février 2019 (soit environ six mois après que la partie adverse ne se soit prononcée sur la sélection de la requérante) et vise ce qui suit:

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

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

Or en réalité, en ce qui concerne la non-sélection des firmes SOCARENAM et ASTILLEROS ARMON et la sélection de la requérante, la décision du 17 décembre 2018 ne fait que reprendre les termes d'une décision antérieure: la décision de sélection motivée de juin 2018.

En d'autres termes, de deux choses l'une:

- soit la partie adverse entendait retirer la décision motivée de sélection de la requérante avec pour conséquence le fait qu'il appartenait, à nouveau, à la partie adverse d'examiner à nouveau la sélection de la requérante; or pour ce faire, elle était tenue de le faire avant le 17 août 2018 – et non six mois plus tard comme elle l'a fait en l'espèce;
- soit la partie adverse entendait retirer la décision d'attribution avec pour conséquence que, certes, elle pouvait décider de ne plus attribuer le marché à la requérante, mais qu'elle ne pouvait plus retirer la décision adoptée au mois de juin 2018, n'étant pas dans les conditions du retrait.

Or il ressort clairement de la page de la décision de retrait qu'à l'occasion d'un nouvel examen du dossier administratif, la partie requérante [lire: la partie adverse] a décidé que:

« Il découle de ce qui précède que la décision motivée d'attribution attaquée (en ce qu'elle constate la satisfaction des exigences minimales de sélection qualitative par la société Chantier Allais) comporte une erreur d'appréciation

dans le chef du pouvoir adjudicateur ou, à tout le moins, ne contient pas les éléments de motivation permettant de justifier adéquatement cette appréciation. Dès lors qu'un marché ne peut être attribué à un soumissionnaire que si le respect des exigences de sélection qualitative est dûment établi dans son chef, il s'impose de procéder au retrait de la décision attaquée.» [...]

Par conséquent, le retrait de l'acte qui sélectionne la requérante ne respecte pas le délai de recours des 60 jours et est donc, de ce fait, irrégulier.

De même, la partie adverse ne pourrait pas tenter de se prévaloir de l'extension du délai de retrait jusqu'à la clôture des débats dans l'hypothèse où un recours est introduit contre l'acte que l'on entend retirer.

En effet, cette exception n'est valable:

«seulement dans la double mesure où le recours est recevable et où le retrait est limité, quant à ses motifs, aux griefs d'illégalité recevables soulevés dans le recours ou à un grief d'ordre public ».

Si certes, le recours en suspension d'extrême urgence introduit par la SOCARENAM visait effectivement la décision de sélection de la requérante, elle n'en était pas moins irrecevable *ratione temporis* à agir. En effet, la SOCARENAM a introduit son recours le 31 décembre 2018 contre une décision qui lui a été notifiée le 18 juin 2018.

Le recours de la SOCARENAM étant irrecevable en ce qui concerne la sélection de la requérante, la partie adverse ne peut donc pas s'en prévaloir afin de bénéficier de l'extension du délai de recours.

Il ressort de ce qui précède que le retrait de l'acte par lequel la partie adverse décide de sélectionner la requérante n'est pas régulier.

[...]"

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen critique la décision du 8 février 2019 en ce que celle-ci procède, selon la requérante, au retrait de la décision la sélectionnant et que ce retrait est tardif dès lors qu'il aurait dû intervenir au plus tard le 17 août 2018. Il convient à cet égard de constater que la décision du 8 février 2019 est devenue définitive, la demande de suspension ayant été rejetée par l'arrêt n° 244.006 du 21 mars 2019 et aucune requête en annulation n'ayant été introduite. En ce qu'il dénonce l'illégalité de la décision du 8 février 2019, le moyen n'est pas sérieux.

Le moyen ne se limite toutefois pas à critiquer la légalité de la décision du 8 février 2019 mais dénonce plus fondamentalement le caractère tardif du retrait de la décision sélectionnant la requérante. Ainsi que le souligne la partie adverse, la décision du 8 février 2019 a procédé au retrait de la seule décision d'attribution, ce retrait étant motivé notamment par l'irrégularité de la décision sélectionnant la requérante. En refusant de sélectionner cette dernière, l'acte attaqué en la présente affaire paraît devoir être considéré comme procédant au retrait de cette dernière décision.

La faculté pour un soumissionnaire d'introduire éventuellement un recours en annulation et une demande de suspension contre la décision de sélectionner un opérateur économique concurrent, dans le cadre d'une procédure en deux phases, n'empêche pas que les irrégularités que ce soumissionnaire reproche à cette décision

puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation. À l'appui de son recours contre de telles décisions, et notamment contre la décision d'attribution, la partie requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité de la décision de sélection d'un autre opérateur économique, même si devant le Conseil d'État, elle n'a pas attaqué en tant que telle cette décision. La possibilité ainsi reconnue aux opérateurs économiques de contester la validité d'une décision de sélection dans le cadre de recours introduits contre une décision d'attribution et ce même si cette décision n'a pas été préalablement attaquée, paraît impliquer que le pouvoir adjudicateur puisse, dans les mêmes circonstances, retirer une décision de sélection irrégulière avant d'attribuer le marché. C'est d'ailleurs dans cette perspective que l'arrêt n° 244.006 du 21 mars 2019 a admis que la décision d'attribution du 17 décembre 2018 soit retirée en raison de l'illégalité de la décision de sélection, celle-ci n'ayant pu acquérir un caractère définitif qui aurait rendu ce motif inadmissible.

En conséquence, le moyen, en tant qu'il dénonce la tardiveté du retrait de la décision de sélection de la requérante, n'est pas sérieux.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèse de la partie requérante

Le troisième moyen est pris de la méconnaissance

- " - de l'article 60 § 4 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;
 - de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
 - du principe général de la théorie du retrait d'acte administratif;
 - du principe général de motivation interne des actes administratifs;
 - du principe général de non-rétroactivité des décisions administratives;
- En ce que la révision d'une décision de sélection est possible, jusqu'avant la décision d'attribution, dès lors qu'elle se fonde sur des éléments nouveaux
Alors que les éléments qui fondent la décision, d'une part, ne sont pas neufs, mais déjà connus de l'adjudicateur au jour de la décision initiale de sélection et, d'autre part, omet de prendre en considération les éléments neufs intervenus depuis cette décision de sélection".

Après avoir reproduit l'article 60 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, ainsi qu'un extrait du Rapport au Roi relatif au § 4 dudit article 60, la requérante fait valoir ce qui suit:

" Le Rapport au Roi fait expressément référence à la possibilité évoquée dans la circulaire du Premier ministre du 10 février 1998 relative à la sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services, dont il s'inspire par ailleurs largement : celle où « en fonction de renseignements probants nouveaux ou nouvellement connus, le pouvoir adjudicateur peut revoir son appréciation portant sur la sélection de l'entreprise. »

À cet égard, M. Möric relève, à titre d'exemple, que :

« Tel sera le cas en cas de déclaration ou d'aveu de faillite, ou toute autre situation d'exclusion du soumissionnaire retenu, intervenue en cours de procédure d'attribution, avant la conclusion du marché public par la signature du contrat ».

Il ressort de ce qui précède que pour pouvoir être appliquée, cette révision nécessite la réunion de plusieurs conditions :

- le pouvoir adjudicateur doit, en raison d'éléments « probants nouveaux ou nouvellement connus »;
- constater une détérioration, une évolution défavorable frappant la capacité du candidat;
- celle-ci doit se produire « après la sélection, mais avant l'attribution ».

En l'espèce, force est de constater que la partie adverse ne remplit pas les conditions précitées lorsqu'elle décide de revoir sa décision quant à la capacité de la requérante. En effet, celle-ci :

- ne se base sur aucun élément nouveau ou nouvellement connu, mais sur des éléments qui se trouvaient déjà dans le dossier de candidature remise par la requérante, qui n'ont rien de nouveau et dont la partie adverse avait déjà connaissance en début de procédure;
- ne constate aucune évolution négative dans la situation de la requérante entre la sélection et l'attribution;
- elle revoit sa décision postérieurement à une première attribution du marché.

Dès lors qu'elle ne respecte pas les conditions de l'article 60 § 4 de l'arrêté royal précité, la partie adverse ne peut justifier son revirement d'attitude par aucune disposition légale ou réglementaire.

Ce faisant, elle viole cette disposition et fait reposer son acte de retrait sur des motifs de fait et de droits qui sont inexacts.

Par ailleurs, et à titre surabondant, observons encore ce qui suit. Les jurisprudences invoquées dans l'acte attaqué pour ne pas prendre en considération l'engagement transmis le 29 avril 2019 ne sont pas pertinentes.

L'arrêt n° 243.327 du 3 janvier 2019 concerne une procédure d'adjudication, et l'arrêt n° 229.676 du 22 décembre 2014 un appel d'offres. Dans ces deux cas, les procédures de mise en concurrence sont régies par le principe de l'intangibilité des offres, ce qui n'est pas contesté.

Mais, dans la présente espèce, l'on est en présence d'une procédure négociée, qui permet précisément aux parties de faire évoluer tantôt les documents du marché (côté adjudicateur), tantôt les propositions des soumissionnaires, par le biais de négociations. Et, dans les documents du marché, rien n'interdit ou ne limite la négociation « spontanée », de sorte que l'argument de l'État belge manque de pertinence. Rappelons que la procédure négociée :

le pouvoir adjudicateur est libre de choisir, parmi les entreprises qui auront manifesté leur intérêt, celles qu'il consultera et il jouit, dans cette consultation dépourvue de tout formalisme, de la même liberté que les particuliers, et notamment de celle de négocier avec tous ou certains, voire un seul des candidats; que, toutefois, le pouvoir largement discrétionnaire dont dispose l'autorité.

Il est par conséquent inexact de prétendre, comme l'affirme néanmoins l'acte attaqué que l'adjudicateur fut empêché de demander ou de recevoir un complément, tel l'engagement de Efinor, ou qu'une régularisation eut été impossible, alors que la procédure négociée permet, au contraire, de modifier ou compléter toutes les conditions du marché: que ce soit les documents du marché, soit les propositions des opérateurs économiques".

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Aux termes de l'article 60, § 4, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, précité:

" § 4. Lors de la décision d'attribution, le pouvoir adjudicateur peut revoir la sélection d'un candidat déjà sélectionné si sa situation personnelle ou sa capacité ne répondent plus à ce moment aux conditions de sélection déterminées en vertu du § 1^{er}."

Cette disposition autorise un pouvoir adjudicateur, jusqu'à l'adoption d'une décision d'attribution, à revenir sur sa décision antérieure par laquelle il avait valablement sélectionné un opérateur économique, au motif que, à la suite de circonstances postérieures à la décision de sélection, sa situation s'est dégradée, de sorte qu'il ne répond plus aux exigences de sélection initiales.

S'il est exact que, comme le soutient la requérante, les conditions d'application de l'article 60, § 4, ne sont pas réunies, force est toutefois de constater que la partie adverse n'a pas entendu faire application de cette disposition, à laquelle la décision ne se réfère d'ailleurs pas, mais bien des principes régissant le retrait des actes. En effet, la partie adverse a revu la décision sélectionnant la requérante, non parce que la situation de cette dernière se serait dégradée et qu'elle ne répondrait plus aux exigences de sélection mais pour le motif que la décision de sélection était d'emblée irrégulière, cette irrégularité n'ayant été perçue par le pouvoir adjudicateur que postérieurement, à l'occasion de l'introduction d'un recours dirigé contre la décision d'attribution du 17 décembre 2018.

À titre surabondant, la requérante reproche à la partie adverse de n'avoir pas pris en considération l'engagement de la société EFINOR qui lui a été transmis le 29 avril 2019.

L'article 61 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, précité, dispose comme suit:

" Le pouvoir adjudicateur peut:

1° inviter les candidats ou les soumissionnaires à compléter ou à expliciter les renseignements et documents visés aux articles 63 à 84. Il peut également, s'il l'estime nécessaire, leur demander une traduction des documents sauf s'il s'agit d'un document officiel émanant d'une autorité publique et rédigé dans une des langues officielles belges;

2° à quelque stade que ce soit de la procédure de passation, s'informer, par tous moyens qu'il juge utiles, de la situation de tout candidat ou soumissionnaire visée à l'article 60, § 1^{er};

3° à quelque stade que ce soit de la procédure de passation, exiger de toute personne morale la production de ses statuts ou actes de société, accompagnée éventuellement d'une traduction lorsque ceux-ci ne sont pas établis dans la ou les langues du pouvoir adjudicateur, ainsi que de toute modification des informations relatives à ses administrateurs ou gérants".

S'il se conçoit qu'au titre de la faculté que lui laisse l'article 61, 1°, précité, le pouvoir adjudicateur puisse inviter un soumissionnaire à produire le document attestant l'engagement d'une entité tierce, et, partant, qu'il puisse avoir égard à un tel document qui lui est transmis spontanément par le soumissionnaire après la date limite du dépôt de l'offre ou du dossier de candidature, encore faut-il qu'à cette date, ledit engagement ait été pris effectivement. Cette exigence vise à garantir le traitement non discriminatoire des opérateurs économiques. L'allégation de la requérante, selon laquelle il en irait autrement dans le cadre d'une procédure négociée qui permet de faire évoluer le dossier de candidature, méconnaît la distinction entre la phase de sélection qualitative et la phase d'attribution ainsi que la circonstance que, dans le cadre d'une procédure négociée en deux phases, seuls les opérateurs valablement sélectionnés peuvent être autorisés à participer à la phase d'attribution du marché et donc à la négociation des offres. Il ne paraît pas pouvoir être admis que la phase de négociation des offres, à laquelle la requérante ne pouvait participer, aurait pu lui permettre de contourner l'impossibilité de compléter *a posteriori* une demande sa demande de participation.

Le troisième moyen n'est pas sérieux.

VIII. Quatrième moyen

VIII.1. Thèse de la partie requérante

Le quatrième moyen est pris "de la violation

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

La requérante soutient, en une première branche, d'une part, que sa société-mère EFINOR s'engage bien à mettre sa capacité financière et économique à sa disposition et, d'autre part, qu'elle dispose de la capacité technique et professionnelle pour répondre au point 3 de l'annexe B de l'appel à candidatures exigeant la présentation d'une liste d'"au minimum deux livraisons relatives à des bateaux construits par lui-même qui sont mis en œuvre dans la Zone exclusive économique belge et/ou la ZEE des pays voisins effectuées au cours des cinq dernières années indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé", le montant total des livraisons devant atteindre minimum 1.000.000 EUR hors TVA.

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

Elle fait valoir ce qui suit:

" A. Première branche

(i) La capacité économique et financière

La partie requérante dispose des moyens nécessaires pour l'exécution du marché. Elle a présenté dans son offre, la preuve selon laquelle sa société mère, Groupe Efinor, présentait un chiffre d'affaires permettant amplement de répondre au critère de sélection qualitative:

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

Situé à:

ZA MAISON GEORGES
50440 BEAUMONT-HAGUE
France

Déclare avoir réalisé une chiffre d'affaires annuel moyen du domaine d'activités faisant l'objet de l'accord cadre pour les trois derniers exercices, atteignant au minimum 2.200.000,00 EUR hors TVA

- pour 2014: 58 000 000 EUR
- pour 2015: 44 000 000 EUR
- pour 2016: 52 000 000 EUR

Il n'est pas contestable que le Groupe Efinor a signé cette déclaration pour servir précisément dans le cadre du marché litigieux et qu'à partir de cette attestation, le Groupe Efinor entend bien mettre sa capacité au profit de la partie requérante. Le fait que l'annexe dédiée n'ait pas été signée n'enlève rien à l'engagement du Groupe Efinor.

(ii) La capacité technique et professionnelle

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

La partie adverse constate que parmi ces six références:

- la référence relative au bateau «JLD Maëly» est propre à la société Chantiers Allais.
- les autres références présentées sont des livraisons effectuées par la société MSI Solutions.

Il convient de mettre en avant le fait que la société MSI Solutions a été cédée à la SCA Groupe Efinor par un jugement du 26 août 2016 du Tribunal du Commerce de

Terre et de mer de Cherbourg.

La reprise de la société MSI Solutions par une société du Groupe Efinor a fait l'objet d'une importante publicité dans la presse généraliste.

Le jugement se lit notamment comme suit:

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

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

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

Les références d'une société faisant partie des éléments incorporels, la SCA Groupe Efinor s'est vu cédée l'entièreté des références de la société MSI Solutions. La SCA Groupe Efinor a été rebaptisée Société Chantiers Allais. Les références présentées appartiennent donc toutes à la partie requérante.

B. Seconde branche

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

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

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

Madame Eustache,

Je reviens vers vous au sujet de votre offre pour le marché mentionné en objet.

Après analyse de votre offre, quelques documents sont manquants :

1) Nous demandions un extrait de casier judiciaire de votre firme, je sais que cela n'existe pas en France, j'aurai besoin néanmoins d'une déclaration sur l'honneur de Monsieur Kerevan comme quoi votre société ne se trouve pas dans une situation décrite au point 2.2 de l'appel à candidatures.

2) Je n'ai pas trouvé dans une offre le document attestant que votre société ne se trouve pas dans une situation de faillite. Vous pouvez demander le document auprès du greffe du tribunal de commerce.

3) Dans votre offre, ne se trouvent pas les attestations pour le blindage comme demandé au 5^e critère des critères d'aptitude de sélection qualitative.

4) Dans votre offre, vous avez fourni le plan du EDI 1LA qui ne correspond pas vraiment à la définition d'un patrouilleur. De plus nous demandions une dimension entre 10 m et 75 m. Les plans remis font mention d'une longueur hors tout de 8 m.

5) Dans votre offre figure également, une déclaration d'engagement de la firme DN1T, pouvez-vous me à quel niveau faites-vous appel à cette société ?

Bien à vous,

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

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

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

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

certaines soumissionnaires, mais pas d'autre :

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

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

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

Le respect du principe d'égalité impose que deux soumissionnaires placés dans une situation comparable soient, en règle, traités de la même manière. Dès lors que le pouvoir adjudicateur a décidé de demander des informations complémentaires pour les aspects des offres qui lui paraissaient manquants ou imprécis, il devait le faire de manière égale pour tous les aspects concernés, en ce qui concerne les deux offres introduites.

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

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

[...]"

VIII.2. *Appréciation du Conseil d'État*

Sur la première branche

Il convient d'abord de relever que l'acte attaqué ne contient aucun motif relatif à la non-satisfaction, par la requérante, des exigences de capacité technique et professionnelle. Cette décision est en effet motivée par la circonstance que la requérante ne satisfaisait pas aux exigences de capacité économique et financière dès lors qu'elle ne pouvait se prévaloir de la capacité financière de sa maison-mère à défaut d'engagement de cette dernière à la date de dépôt de la demande de participation.

Par une décision du 8 février 2019, la partie adverse a procédé au retrait de la décision d'attribution du 17 décembre 2018, pour le motif suivant:

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

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

Statuant sur une demande de suspension introduite contre cette décision, le Conseil d'État a, par l'arrêt n° 244.006 du 19 mars 2019, considéré que, dès lors que la requérante n'avait pas joint un quelconque engagement de la société EFINOR à mettre ses moyens à sa disposition dans le cadre de l'exécution du marché, la partie adverse ne pouvait pas la sélectionner et que l'irrégularité de cette décision de

sélection affectait la légalité de la décision d'attribution.

Le dit arrêt énonce à cet égard ce qui suit:

" *Quant à la capacité économique*

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

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

Le modèle de déclaration se présente comme suit :

« [...] »

Annexe C Déclaration relative au chiffre d'affaires

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

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

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

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

1.2.2 Les articles 63, 64 et 65 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 sont aussi applicables sur ces entités. Ceci implique que les critères d'exclusion repris au point 2 sont applicables sur ce(s) entité(s).

Le candidat doit transmettre au pouvoir adjudicateur les documents repris au point 2 concernant ces entité(s) ».

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

[...]".

Les motifs ayant fondé le retrait de la décision d'attribution du 8 février 2019 sont demeurés inchangés et s'imposaient à la partie adverse à l'occasion de l'adoption de l'acte attaqué.

En particulier, il y a lieu de souligner que, selon l'article 79 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, précité, tout candidat ou soumissionnaire "peut, pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités". Selon cette disposition, le candidat ou le soumissionnaire est néanmoins tenu, dans cette hypothèse, de "prouv[er] [...] au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition du candidat ou du soumissionnaire". Un tel engagement ne peut être présumé, la preuve devant être apportée par la production, dans la candidature ou dans l'offre, d'un engagement formalisé, ferme et explicite de l'entité tierce, émanant des personnes compétentes au sein de celle-ci pour l'engager. À cet égard, une simple déclaration ne suffit pas. L'engagement de l'entité tierce est indispensable, indépendamment des liens juridiques existant entre les entreprises en cause, la circonstance que l'entité tierce appartient au même groupe que l'entité candidate ou en est la maison-mère s'avérant indifférente à cet égard.

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

Sur la seconde branche

À l'appui de la seconde branche, la requérante soutient que la partie adverse aurait agi illégalement en ne l'interrogeant pas, en vue de lui réclamer les documents qui auraient permis d'établir dans son chef la satisfaction des exigences de sélection qualitative, en particulier afin de lui permettre d'ajouter à sa demande de participation lacunaire un engagement valable de sa société-mère EFINOR. Elle souligne, d'une part, que la partie adverse aurait interrogé d'autres candidats, violant ainsi le principe d'égalité, et, d'autre part, que celle-ci l'a interrogée sur d'autres éléments de sa demande de participation, violant ainsi le principe de bonne administration, de légitime confiance ainsi que le principe *patere legem quam ipse fecisti*.

S'il est exact que la partie adverse a adressé à cinq sociétés candidates, dont la requérante, une demande de clarification ou de complément de leur demande de participation, aucun opérateur économique n'a en revanche été interrogé en vue de lui permettre d'ajouter à sa demande de participation une attestation d'engagement d'une entité tierce.

En tout état de cause, et plus fondamentalement, ainsi qu'il a été exposé à propos du troisième moyen, aucune portée et aucun effet ne peuvent être reconnus à l'engagement de la société EFINOR transmis spontanément par la requérante à la partie adverse le 29 avril 2019, cet engagement étant daté du 11 février 2019, soit

après la date ultime pour la réception des demandes de participation.

C'est en vain qu'à l'audience, la requérante a fait valoir, à propos du quatrième moyen, qu'elle serait privée de son droit d'accès au juge dès lors qu'il ne lui est pas possible de contester la décision d'attribution. En effet, elle a pu exercer son droit en contestant la décision de ne pas la sélectionner.

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

IX. Cinquième moyen

IX.1. Thèse de la partie requérante

Le cinquième moyen est pris "de la violation:

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

La requérante fait valoir ce qui suit:

- " Il ressort de la décision de retrait du 8 février 2019 que différents éléments techniques ont été discutés lors des négociations avec le soumissionnaire Socarenam de telle sorte qu'elle a déposé une nouvelle offre suite aux négociations.
- Or, lors des réunions dites de « négociation », il n'y a pas eu de négociation, mais uniquement des clarifications. À aucun moment lors des négociations avec le pouvoir adjudicateur il n'a été proposé à la partie requérante d'améliorer son offre sur de tels éléments, alors que cela lui aurait justement permis de proposer une offre allant au-delà des prescriptions du cahier spécial des charges.
- Il va de soi que si une telle occasion avait été offerte à la partie requérante, elle aurait pu revoir son offre et obtenir les quelques dixièmes de points qui feraient qu'elle passerait à nouveau première classée.
- Une telle différence de traitement entre les soumissionnaires viole l'article 4 de la Loi du 15 juin 2006 susmentionnée, ainsi que l'article 5 de la Loi du 23 août 2011, l'article 109 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011⁵³ et l'article 114 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Cette différence de traitement traite aussi les principes essentiels de transparence, de bonne administration, d'égalité entre les soumissionnaires, mais également de légitime confiance.
- Votre Conseil a déjà, à plusieurs reprises, censuré un manque de traitement égalitaire des soumissionnaires dans le cadre des négociations, même sans publicité et même pour les marchés de faible montant:

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

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

Conformément à l'article 92 de la loi du 17 juin 2016 et à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016, les principes d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité sont applicables aux marchés publics de faible montant et imposent au pouvoir adjudicateur de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et d'agir d'une manière transparente et proportionnée.

(...)

Les principes d'égalité et de transparence imposent au pouvoir adjudicateur, lorsque celui-ci procède à des négociations, de mener celles-ci dans le strict respect de l'égalité «procédurale» entre les soumissionnaires, ce qui implique, entre autres choses, que chacun de ceux-ci reçoive les mêmes informations utiles à l'élaboration et à l'amélioration de son offre et doive avoir les mêmes possibilités d'améliorer son offre.

[...]"

IX.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen fait grief, en substance, à la partie adverse de n'avoir pas donné à la requérante, dans le cadre de la négociation, la possibilité d'améliorer son offre par le dépôt d'une nouvelle offre, alors qu'elle a laissé cette possibilité à d'autres soumissionnaires.

Par l'acte attaqué, la partie adverse a décidé de ne pas sélectionner la requérante, pour le motif que sa demande de participation ne rencontrait pas les exigences de sélection qualitative énoncées par les documents du marché. Dès lors que les moyens dirigés contre la décision de non sélection ne sont pas sérieux, la requérante est sans intérêt à formuler des critiques relatives à la phase d'attribution du marché.

Le cinquième moyen paraît irrecevable et n'est donc pas sérieux.

X. Confidentialité

La partie requérante demande que son offre, "qui fera selon toute vraisemblance partie du dossier administratif" demeure confidentielle.

La partie adverse dépose à titre confidentiel, dans un "souci de préservation du secret d'affaires et de la libre concurrence entre opérateurs économiques" les pièces suivantes de son dossier administratif:

- les pièces A.1, A.2, A.3, A.4, A.5 et A.6 (demande de participation, offre et seconde offre de SOCARENAM, ainsi que divers courriers et échanges);
- pièces B.1, B.2, B.3, B.4, B.5, B.6, B.7 et B.8 (demande de participation, offre et seconde offre de CHANTIER ALLAIS, ainsi que divers courriers et échanges);
- pièces C.1, C.2, C.3, C.4, C.5 et C.6 (demande de participation, offre et seconde offre de ASTILLEROS ARMON, ainsi que divers courriel et échanges);
- pièces D.1 et D.2 (demande de participation de DAMEN SCHEEPSWERF et échanges avec le pouvoir adjudicateur);
- pièces E.1 et E.2 (demande de participation de CLEMACO CONTRACTING et échanges avec le pouvoir adjudicateur);
- pièce F.1 (demande de participation de OCEA);
- G.1 et G.2 (demande de participation de FB DESIGN échanges avec le pouvoir adjudicateur);
- pièce H.1 (demande de participation de MED SPA);
- pièce I. (décision d'attribution du 10 octobre 2019);
- pièce J (courrier notifiant le marché à SOCARENAM).

Dès lors que ces demandes n'ont pas fait l'objet de contestations, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées

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

Article 1^{er}.

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

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces A.1, A.2, A.3, A.4, A.5, A.6, B.1, B.2, B.3, B.4, B.5, B.6, B.7, B.8, C.1, C.2, C.3, C.4, C.5, C.6, D.1, D.2, E.1, E.2, F.1, G.1, G.2, H.1, I et J du dossier administratif déposées par la partie adverse sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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 seize janvier deux mille vingt par :

Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU

Imre KOVALOVSKY