

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 251.147 du 29 juin 2021

A. 233.783/VI-22.063

En cause :

1. **la société de droit français CNN-MCO,**
2. **la société de droit français Compagnie Maritime Nantaise,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Yassine LAGHMICHE et
France VLASSEMBROUCK, avocats,
avenue de Tervueren 270
1150 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par
le Secrétaire d'Etat chargé
de la Politique scientifique,
ayant élu domicile chez
M^{es} Barteld SCHUTYSER, Robin MEYLEMANS
et Gauthier VLASSENBOECK, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 31 mai 2021, la société de droit français CNN-MCO et la société de droit français Compagnie Maritime Nantaise demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise à une date inconnue, mais notifiée par *e-mail* du 14 mai 2021, et selon laquelle l'offre des requérantes est considérée comme présentant une irrégularité substantielle et selon laquelle les requérantes ne peuvent pas prendre part aux négociations prévues ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 1^{er} juin 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 16 juin 2021.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

M. David De Roy, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Yassine Laghmiche, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et M^{es} Barteld Schutyser et Gauthier Vlassenbroeck, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Exposé des faits utiles

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

« 1. Le 3 juillet 2020, l'État belge a décidé de lancer un marché relatif à la gestion et à l'exploitation intégrées du nouveau navire de recherche fédéral Belgica [...], par référence au point 9 de la note du Conseil des ministres du 26 juin 2020 [...].

2. L'État belge a ensuite publié un avis de marché au Bulletin des Adjudications le 17 juillet 2021 ainsi qu'au Journal officiel de l'Union européenne le 22 juillet 2021 (pièces 2 et 3). L'objet du marché, qui porte le titre " Gestion et exploitation intégrées du nouveau navire de recherche fédéral BELGICA " y est décrit comme suit :

" Le marché public porte sur la conclusion d'un contrat de service pour la gestion et l'exploitation intégrées du nouveau navire de recherche fédéral BELGICA. Voir guide de sélection."

3. La procédure d'attribution du marché est la procédure concurrentielle avec négociation visée à l'article 38 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après : "Loi du 17 juin 2016").

Le choix de la procédure concurrentielle avec négociation est motivé comme suit dans le guide de sélection :

" Le choix de la procédure concurrentielle avec négociation est motivé comme suit :

- [...]
- le prix offert hors TVA par jour de navigation pour les 140 premiers jours de navigation d'une période comprenant au moins 140 jours de navigation, et dans laquelle la gestion et l'exploitation intégrées du navire de recherche sont assurées, ne peut en aucun cas dépasser le plafond de 15 000 EUR par

- jour de navigation ou de 2,1 millions EUR (hors TVA) pour l'ensemble de la période de 140 jours de navigation (cf. infra) ;
- Le Marché comporte une multitude de prestations diverses pour lesquelles tous les choix ne sont pas encore posés à l'heure actuelle et seront opérés après une évaluation en fonction de la faisabilité budgétaire. En dépit de l'instauration d'un prix plafond, il s'avère donc impossible de fixer à l'avance un prix global ; [...] » [...].

Malgré la difficulté à déterminer à l'avance les prix qui seront offerts par les soumissionnaires, l'État belge a tenu à insister, dès l'entame de la procédure, sur le fait que le prix offert par jour de navigation pour les 140 premiers jours de navigation, ne pouvait dépasser un plafond de 15.000 euros par jour, soit 2.100.000 euros pour les 140 premiers jours au total. Ce plafond est à nouveau mentionné dans la description indicative des critères d'attribution :

“ Les critères d'attribution sont les suivants (à titre indicatif) :

[...]

Critère d'attribution 2. Critère financier tenant compte du budget plafonné à 2 100 000 € (hors TVA) pour les 140 premiers jours de navigation et des prix journaliers (hors TV) spécifiés pour les jours de navigation 1-140, 141-180, 181-220, 221-260, 261-300. » [...].

4. Le navire de recherche fédéral Belgica doit naviguer pendant au moins 140 jours par an. L'ambition est cependant d'effectuer, à terme, 300 jours de navigation par an :

“ 2.1 Exploitation du navire et prix

[...]

La mise en œuvre du programme de monitoring relatif à la qualité du milieu marin dans le cadre des obligations légales découlant, entre autres, des directives européennes nécessite 140 jours de mer. Des sanctions peuvent être imposées à l'État belge en cas d'inexécution ou d'exécution partielle des obligations de monitoring.

[...]

2.2 Financement de l'exploitation et impact budgétaire

[...]

Un développement progressif de l'exploitation du navire est prévu, dans lequel l'objectif est d'effectuer, pendant les premières années d'exploitation du navire (2021 et 2022), un programme de navigation de 200 jours et à partir de 2023 un programme complet de 300 jours de navigation. Cela à condition que les budgets nécessaires soient disponibles.” [...].

“ b. programme de navigation - profils de campagne

Pour les candidats, les paragraphes suivants (b.1. et b.2.) sont à traiter à titre indicatif. Pendant la phase d'attribution, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'y déroger à la suite des négociations.

b.1. Ambition

Le niveau d'ambition tel que défini dans le cahier spécial des charges pour la construction du navire est d'effectuer 300 jours de navigation par an dans les différentes disciplines scientifiques (cf. Cahier spécial des charges p. 138, C1-1207).

Navire de recherche multidisciplinaire	
Activité	Durée par an [jour calendrier] (1 jour = 24 heures)
En mer	300
Autres (mobilisation, démobilisation, fermetures)	45
Période moyenne d'entretien du navire de recherche multidisciplinaire	20
Total	365

300 jours de navigation doivent permettre d'étendre la zone de déploiement par rapport à celle du navire actuel. La zone de déploiement préétablie dans le scénario est une zone maritime qui s'étend entre 80° de latitude nord (Spitzberg) et 28° de latitude nord, délimitée à l'ouest par la dorsale médio-atlantique et à l'est jusqu'à 36° de longitude est, mer Méditerranée incluse. Toute la zone est prise en compte pour la tenue à la mer du navire de recherche multidisciplinaire, mais la mer du Nord et les zones maritimes attenantes demeurent la principale zone de fonctionnement. Les opérations dans la zone la plus au nord sont uniquement prévues durant la période d'été. Les disciplines scientifiques et les profils de campagne sont définis dans le cahier spécial des charges pour la construction (p. 273 - Avenant 5A).”.

Pendant la période de démarrage du marché, l'ambition de réaliser 300 jours de navigation par an ne pourra donc pas être concrétisée, ce pourquoi l'État belge a prévu différents scénarii de navigation, que l'État belge appliquera en fonction des ressources budgétaires disponibles. Ces différents scénarii sont présentés dans le guide de sélection sous la forme d'un tableau, qui précise le programme de navigation qui correspondra à la durée de navigation. Comme précisé ci-dessus, le scénario a minima est que le Belgica naviguera 140 jours, mais le guide de sélection prévoit aussi des durées plus longues possibles :

“ b.2. Trajectoire de croissance prévue

Une période initiale est prévue pendant laquelle l'ambition préétablie par rapport au programme de navigation annuel ne peut pas encore être concrétisée. Pendant cette période de démarrage, ce sera donc l'un des scénarios du tableau ci-dessous qui sera appliqué en fonction des ressources budgétaires disponibles.

jours de navigation par an	Profils de campagne (à titre indicatif) et objet de négociation
1-140	Zone de déploiement limitée à la mer du Nord méridionale et à la Manche anglaise Les missions en mer sont regroupées en trois périodes ou plus par an de l'ordre de 30 jours consécutifs en mer.

141-180	<p>Même scénario 1-140 étendu à un programme substantiellement comparable au programme annuel du navire de recherche actuel, dont l'historique de planification et d'exécution peut être consulté par le biais du lien suivant : https://odnature.naturalsciences.be/belgica/fr/table/2019</p> <p>Le candidat est tenu de faire abstraction de la durée des missions en mer du navire actuel (généralement de 5 jours), étant donné que le nouveau navire permettra d'effectuer des séjours en mer plus longs.</p> <p>Lors de ces campagnes plus longues, des activités scientifiques peuvent aussi être prévues sur les plateaux continentaux et les talus continentaux de l'océan Atlantique Nord-Est, de la Norvège jusqu'au Maroc en passant par l'Irlande, ainsi que dans les eaux de la Baltique.</p>
181-220	<p>Même scénario 141-180 avec extension de la zone de déploiement, conformément au scénario préétabli de 300 jours de navigation (voir b.1. Ambition).</p> <p>Exécuter des missions payées par des tiers.</p>
221-260	Même scénario 181-220
261-300	Même scénario 181-220

Comme pour le navire actuel, c'est un programme annuel fixe qui sera suivi. Actuellement, le programme de navigation est déterminé et fixé d'un commun accord entre les donneurs d'ordre et les scientifiques en septembre X-1 pour l'année X." [...].

5. Dès lors que l'État belge s'est uniquement engagé à faire naviguer le Belgica pour 140 jours, l'État belge a prévu un prix plafond pour cette durée. Pour les jours de navigation supplémentaires, l'État belge n'a pas prévu de plafond, et c'est donc en fonction des ressources budgétaires disponibles et du prix de l'adjudicataire, que l'État belge déterminera si le Belgica naviguera plus de 140 jours.

6. Le 11 décembre 2020, l'État belge a sélectionné les candidats suivants :

- Les parties requérantes, formant ensemble un consortium.
- La SAS Genavir.
- La SA Serco Belgium.

Les candidats suivants n'ont pas été retenus :

- La SRL Delta Marine Crewing.
- Le consortium SPRL Geoxys et la GmbH Offcon.

7. Les candidats sélectionnés ont été ensuite invités à remettre une offre pour le 19 avril 2021, conformément au cahier spécial des charges [...].

Le cahier spécial des charges rappelait l'existence d'un prix plafond :

“ e. Type de détermination des prix de ce marché et utilisation de lots

(1) Quant à la détermination des prix

Ce marché public est un marché à bordereau de prix tenant compte d'un budget maximum de 2 100 000 € (sans TVA) pour les 140 premiers jours de navigation par an et avec des prix journaliers indiqués (sans TVA et TVA incluse) pour les jours de navigation annuels 1-140, 141-180, 181-220, 221-260, 261-300.” [...].

“ Critère d'attribution 2. (40 %) Critère financier prenant en compte le budget maximum de 2 100 000€ (sans TVA) pour les 140 premiers jours de navigation par an et les prix journaliers indiqués (sans TVA et TVA incluse) pour les jours de navigation annuels 1-140, 141-180, 181-220, 221-260, 261-300 ainsi que les prix indiqués (sans TVA et TVA incluse) pour l'option requise pour les jours de navigation annuels 1-140, 141-180, 181-220, 221-260, 261-300 en tenant compte pour l'option requise d'un budget maximum de 286 000€ (sans TVA) pour les 140 premiers jours de navigation par an à partir du moment où l'option est commandée.” [...].

8. Le 19 avril 2021, les trois candidats sélectionnés ont remis une première offre [...]. Ces offres ont ensuite fait l'objet d'une évaluation par la Commission d'évaluation, qui, conformément au guide de sélection, est “le groupe de personnes qui évalue toutes les Offres en fonction des critères d'attribution et qui, sur la base de cette pondération rigoureuse, fait une proposition quant à la poursuite des négociations, le classement et la désignation du Soumissionnaire préférentiel” [...]. Cette évaluation a donné lieu, en ce qui concerne les parties requérantes, à un échange de *mails* quant à la régularité de l'offre des parties requérantes [...]:

- *Mail* du 26 avril 2021 de la Commission d'évaluation aux parties requérantes :

“ Nous avons reçu votre offre en bonne et due forme.

Celle-ci a été soumise au contrôle de régularité.

Lors de celui-ci, il a été constaté une irrégularité matérielle substantielle, à savoir le non-respect d'une des exigences définies comme essentielles dans les documents contractuels, en particulier :

- un manquement au point 3(e)(1) du Cahier spécial des charges :

‘ Ce marché public est un marché à bordereau de prix tenant compte d'un budget maximum de 2 100 000 € (sans TVA) pour les 140 premiers jours de navigation par an et avec des prix journaliers indiqués (sans TVA et TVA incluse) pour les jours de navigation annuels 1-140, 141-180, 181-220, 221-260, 261-300.’

- Un manquement au point 7 du Cahier spécial des charges :

‘ Critère d'attribution 2. (40 %) Critère financier prenant en compte le budget maximum de 2 100 000€ (sans TVA) pour les 140 premiers jours de navigation par an et les prix journaliers indiqués (sans TVA et TVA incluse) pour les jours de navigation annuels 1-140, 141-180, 181-220, 221-260, 261-300 ainsi que les prix indiqués (sans TVA et TVA incluse) pour l'option requise pour les jours de navigation annuels 1-140, 141-180, 181-220, 221-260, 261-300 en tenant compte pour l'option requise d'un budget maximum de 286 000€ (sans TVA) pour les 140 premiers jours de navigation par an à partir du moment où l'option est commandée.’ ”.

- *Mail* du 27 avril 2021 des parties requérantes à la Commission d'évaluation :

“ Nous prenons bonne note du commentaire qui est fait sur notre première offre. Nous vous adressons dans les tous prochains jours un courrier expliquant le montant de notre première offre en complément du document déjà joint à notre soumission en pièce n°02.05 nommée ‘Précisions sur notre offre financière’ ”.

- *Mail* du 3 mai 2021 des parties requérantes à la Commission d'évaluation :

“ Conformément à nos échanges de la semaine dernière, nous vous prions de bien vouloir trouver en pièce jointe un courrier justifiant le niveau financier de notre première soumission.

Nous restons à votre disposition pour tout renseignement complémentaire dont vous auriez besoin pour l'analyse de notre première offre”.

Ce *mail* était accompagné d'un courrier où les parties requérantes précisait entre-autres ce qui suit :

“ Nous avons bien pris note de l'article 3) e) 1) portant sur la détermination des prix ainsi que de l'article 7 portant sur les critères d'attribution du CSCh, lesquels précisent qu'un budget maximum de 2 100 000€ (Hors TVA) doit être respecté pour les 140 premiers jours de navigation par an.

Ce budget est tout à fait atteignable dans la mesure où les exigences du Pouvoir Adjudicateur restent en cohérence avec ce montant plafond. Or, le cahier des charges tel que rédigé à ce jour implique des choix particulièrement onéreux qui ne permettent pas de respecter ce plafond financier.

De plus, l'ouverture actuelle du cahier des charges implique des prises de risque et d'hypothèses prudentes et certainement non nécessaires de notre part, qui méritent d'être confrontées avec le Pouvoir Adjudicateur car elles ne répondent à ce jour qu'à notre compréhension du besoin.” [...].

- *Mail* du 14 mai 2021 de la Commission d'évaluation aux parties requérantes :

“ Le comité d'évaluation a lu avec attention votre lettre du 3 mai 2021, dans laquelle vous indiquez votre éligibilité à participer aux négociations. Chaque offre initiale fait l'objet d'un examen de régularité avant le début des négociations en vertu de l'article 76 de l'AR1. Cela implique que votre offre initiale ne peut pas présenter d'irrégularités substantielles et doit donc être conforme à toutes les exigences minimales définies dans les documents du marché : le Cahier Spécial des Charges et le Guide de Sélection. En effet, le chapitre II.1 'Situation générale du marché'; du Guide de Sélection indique que : 'le prix offert hors TVA par jour de navigation pour les 140 premiers jours de navigation d'une période comprenant au moins 140 jours de navigation, et dans laquelle la gestion et l'exploitation intégrées du navire de recherche sont assurées, ne peut en aucun cas dépasser le plafond de 15 000 EUR par jour de navigation ou de 2,1 millions EUR (hors TVA) pour l'ensemble de la période de 140 jours de navigation'. Votre lettre ne mentionne nulle part que le montant plafond a été respecté. De plus, vous reconnaissez clairement que le montant maximal n'a pas été respecté lors de la soumission de votre offre initiale. Le paragraphe 3 de votre lettre du 3 mai 2021 stipule que : 'Or, le cahier des charges tel que rédigé à ce jour implique des choix particulièrement onéreux qui ne permet pas de respecter ce plafond financier'. Le comité ne voit donc aucune raison de réviser la position qui a déjà été prise. Par conséquent, vous ne pouvez pas prendre part aux négociations.”.

- *Mail* du 25 mai 2021 des parties requérantes à la Commission d'évaluation :

“ Nous prenons acte de votre décision transmise par *mail* le 14 mai dernier. Pourriez-vous officialiser votre décision par un courrier à entête émanant du Pouvoir Adjudicateur et nous préciser au sein de ce courrier, les modalités de recours dont nous disposons en vue d'un éventuel référé précontractuel ?”.

- *Mail* du 31 mai 2021 des parties requérantes à la Commission d'évaluation :

“ A ce jour, nous constatons que nous n'avons pas eu de retour de votre part suite à notre message réclamant des précisions sur les modalités de recours dont nous disposons en référence à votre décision prise à notre rencontre. Nous avons tenté de vous joindre par téléphone la semaine dernière afin de prendre des nouvelles d'un potentiel message ou courrier à venir de votre part à ce titre. Les personnes identifiées comme points de contact au cahier des charges ont tenté d'être jointes, mais en vain puisqu'aucun contact téléphonique n'a pu être établi.

N'ayant pu vous joindre par téléphone, et n'ayant eu aucun message en retour de votre part, nous n'avons pas d'autre choix que de saisir le Conseil d'Etat pour faire entendre notre position.

Nous ne pouvons être d'accords avec la décision qui est la vôtre de nous exclure de ce premier tour de négociation. Nous vous réaffirmons toutefois notre vif souhait de participer à cette étape de négociation pour les motifs que nous vous avons déjà exposés.

Nous vous informons donc par le présent message que nous déposons ce jour un recours auprès du Conseil d'Etat Belge pour la procédure référencée en objet”.

9. Le 31 mai 2021, l'État belge a été informé de l'introduction d'un recours à l'encontre de “la décision prise à une date inconnue, mais notifiée par *e-mail* du 14 mai 2021, et selon laquelle l'offre des requérantes est considérée comme présentant une irrégularité substantielle et selon laquelle les requérantes ne peuvent pas prendre part aux négociations prévues” (formulation reprise de la requête en suspension).

L'État belge comprend que c'est la “décision” qui est contenue dans le *mail* précité du 14 mai 2021 qui est l'acte attaqué. Pour rappel, ce *mail* est formulé de la manière suivante :

“ Le comité d'évaluation a lu avec attention votre lettre du 3 mai 2021, dans laquelle vous indiquez votre éligibilité à participer aux négociations. Chaque offre initiale fait l'objet d'un examen de régularité avant le début des négociations en vertu de l'article 76 de l'AR1. Cela implique que votre offre initiale ne peut pas présenter d'irrégularités substantielles et doit donc être conforme à toutes les exigences minimales définies dans les documents du marché : le Cahier Spécial des Charges et le Guide de Sélection. En effet, le chapitre II.1 ‘Situation générale du marché’; du Guide de Sélection indique que : ‘le prix offert hors TVA par jour de navigation pour les 140 premiers jours de navigation d'une période comprenant au moins 140 jours de navigation, et dans laquelle la gestion et l'exploitation intégrées du navire de recherche sont assurées, ne peut en aucun cas dépasser le plafond de 15 000 EUR par jour de navigation ou de 2,1 millions EUR (hors TVA) pour l'ensemble de la période de 140 jours de navigation’. Votre lettre ne mentionne nulle part que le montant plafond a été respecté. De plus, vous reconnaissez clairement que le montant maximal n'a pas été respecté lors de la soumission de votre offre initiale. Le paragraphe 3 de votre lettre du 3 mai 2021 stipule que : ‘Or, le cahier des charges tel que rédigé à ce jour implique des choix particulièrement onéreux qui ne permet pas de respecter ce plafond financier’. Le comité ne voit donc aucune raison de réviser la position qui a déjà été prise. Par conséquent, vous ne pouvez pas prendre part aux négociations” [...].

En parallèle, la procédure de passation s'est poursuivie avec le seul soumissionnaire ayant remis une première offre régulière, la SAS Genavir. La SAS Genavir a été invitée à remettre une BAFO, et l'évaluation de cette BAFO est en cours. La Commission d'évaluation a préparé un projet de rapport d'attribution, qui n'a pas encore été soumis à l'approbation du Conseil des ministres. Ce projet est déposé de manière confidentielle auprès de Votre Conseil [...] ».

IV. Recevabilité de la demande

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse oppose à la demande une exception d'irrecevabilité *ratione materiae*, qu'elle expose comme suit :

- « 10. Le recours introduit par les parties requérantes doit être déclaré irrecevable en raison de l'absence de décision prise par l'État belge. À titre subsidiaire, dans la mesure où le *mail* du 14 mai 2021 devrait s'analyser en tant que décision administrative (*quod non*), le recours est irrecevable en raison du caractère confirmatif de la "décision" du 14 mai 2021, qui répète le contenu d'un *mail* du 26 avril 2021.

A. RAPPEL DES PRINCIPES APPLICABLES : LES DÉCISIONS SUSCEPTIBLES DE RECOURS

11. *Décisions susceptibles de recours.* Sur pied de l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions (ci-après, "Loi Recours"), toute personne intéressée peut demander la suspension d'une décision prise par une autorité adjudicatrice dans le cadre d'une procédure de passation de marché public.

Sont donc susceptibles de recours les décisions "prises par les autorités adjudicatrices", parmi lesquelles les décisions d'attribution. C'est dans ces décisions d'attribution motivées que les motifs de l'éviction d'une offre irrégulière doivent être repris. L'article 8, § 1^{er}, de la Loi Recours prévoit en effet à cet égard ce qui suit :

" Dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée, l'autorité adjudicatrice communique : [...]
2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière ou non conforme, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée [...]" [...].

12. *Pas de possibilité de recours à l'encontre d'une décision purement préparatoire.* Seule une décision formelle du pouvoir adjudicateur peut régler les relations entre les parties dans le cadre d'une procédure d'attribution .

Par opposition aux décisions administratives, les décisions purement préparatoires ne peuvent faire l'objet d'un recours, puisqu'elles ne modifient ou n'affectent pas elles-mêmes l'ordonnancement juridique , autrement dit, elles n'ajoutent pas quelque chose de manière certaine à celui-ci .

Ainsi, un recours dirigé contre un rapport d'examen des offres et une proposition d'attribution notifiée à la requérante est donc irrecevable, faute d'objet .

13. De manière exceptionnelle, Votre Conseil a considéré dans l'arrêt SA AGC Glass Europe du 30 juin 2020 qu'un courrier électronique qui se présente, au vu des termes en lesquels il est libellé, comme informant un soumissionnaire de ce qu'une décision définitive de rejet de son offre a été prise, après consultation du service juridique, et qui ne contient pas la moindre expression d'une réserve tenant, par exemple, à la nécessité de voir cette analyse confirmée dans une décision à adopter par l'autorité compétente, doit être considéré comme une décision pouvant faire l'objet d'un recours .

Si en revanche ledit courrier électronique exprime des réserves, indique qu'il s'agit d'une analyse provisoire ou annonce l'adoption d'une future décision, la décision ne peut être considérée comme un acte susceptible de recours, puisqu'il ne s'agit pas d'une décision unilatérale qui cause grief audit soumissionnaire . Il ne s'agira en tout état de cause pas d'une décision pouvant faire l'objet d'un recours .

14. *Décisions susceptibles de recours et actes purement confirmatifs.* Constitue un acte administratif annulable par le Conseil d'État la manifestation unilatérale de volonté destinée à produire des effets juridiques. Dès lors, Votre Conseil considère dans sa jurisprudence constante qu'un acte purement confirmatif d'un acte administratif antérieur ne modifie pas l'ordonnement juridique et n'est dès lors pas susceptible d'un recours devant le Conseil d'État.

15. De cette manière, un courrier de l'administration qui a le même objet qu'un courrier antérieur, qui n'énonce aucun nouveau motif et ne répond pas à de nouveaux arguments, mais se borne à confirmer la position antérieurement adoptée par l'administration, constitue un acte purement confirmatif.

16. Ne constitue en revanche pas un acte confirmatif celui pris à la suite d'un réexamen de la situation de l'administré. La circonstance que l'autorité expose les dispositions qui ont été mises en œuvre dans un acte confirmatif, ne peut cependant être assimilée à un réexamen de la situation de l'administré. Il n'y aura de réexamen que dans le cas où de nouveaux motifs sont avancés.

B. LE MAIL DU 14 MAI 2021 NE PEUT FAIRE L'OBJET D'UN RECOURS

17. Les parties requérantes visent, par leur recours, la prétendue décision de l'État belge de rejeter leur offre en raison de son irrégularité, décision qui leur aurait été notifiée par *mail* du 14 mai 2021. Ce *mail* ne constitue cependant ni une décision administrative définitive, ni une décision de l'autorité adjudicatrice dans le cadre du marché en question, soit l'État belge.

18. *À titre principal – absence de décision administrative définitive de l'État belge.* Le *mail* du 14 mai 2021, qui confirme le contenu d'un précédent *mail* envoyé le 26 avril 2021 par la Commission d'évaluation, n'a pas été adopté par l'autorité adjudicatrice, mais exprime expressément et uniquement une position de la Commission d'évaluation, un organe chargé d'évaluer les offres et de faire une proposition de décision à l'État belge.

Il s'ensuit qu'il s'agit – tout au plus, dans l'hypothèse où cette position exprimerait une analyse définitive, *quod non* – uniquement d'une position et non pas d'une décision qui doit encore être ratifiée par l'organe légalement compétent, le Conseil des ministres. La position de la Commission d'évaluation ne constitue dès lors, selon la jurisprudence de Votre Conseil, qu'un acte préparatoire qui n'est pas susceptible de recours.

De plus, ledit *mail* ne fait que répéter une position de la Commission d'évaluation, et non une décision de la Commission d'évaluation. Or, une position ne peut être assimilée à une décision : là où une position exprime une "opinion, [un] parti que l'on adopte dans une situation donnée ou devant un problème donné", la décision est un "acte par lequel quelqu'un opte pour quelque chose". Cette position, même si elle a été confirmée par le *mail* du 14 mai 2021, peut donc encore être modifiée par la Commission d'évaluation.

Les termes du *mail* ne laissent d'ailleurs planer aucun doute quant à l'identité de l'émetteur (la Commission d'évaluation, et non l'État belge), et quant au caractère provisoire de la position prise : "Le comité d'évaluation a lu avec attention votre lettre du 3 mai 2021, dans laquelle vous indiquez votre éligibilité à participer aux négociations. [...] Le comité ne voit donc aucune raison de réviser la position qui a déjà été prise". (pièce 8).

Le recours introduit par les parties requérantes est dès lors irrecevable en raison de l'absence de décision administrative définitive adoptée par l'État belge.

19. À titre subsidiaire - le *mail* du 14 mai 2021 confirme le *mail* du 26 avril 2021. Le *mail* du 14 mai 2021 ne fait que rappeler le contenu du *mail* du 26 avril 2021. La Commission d'évaluation mentionnait en effet déjà dans son *mail* du 26 avril 2021 que l'existence potentielle d'une irrégularité substantielle, à savoir le non-respect d'une des exigences des documents de marché, avait été constatée dans l'offre des parties requérantes. Ce *mail* mentionnait explicitement que le budget maximum de 2.100.000 euros pour les 140 premiers jours de navigation par an n'avait pas été respecté, et faisait référence aux passages du cahier spécial des charges prévoyant cette obligation.

Le *mail* du 14 mai 2021 n'a en rien modifié cette analyse, mais l'a uniquement confirmée. La Commission d'évaluation a simplement rappelé son analyse et constaté que les parties requérantes, dans leur *mail* du 3 mai 2021, reconnaissaient que leur offre ne respectait pas le budget maximum de 2.100.000 euros pour les 140 premiers jours de navigation.

Le motif relatif au dépassement du budget maximum, reste donc inchangé, de telle sorte que le *mail* du 14 mai 2021 doit être considéré comme un acte purement confirmatif, qui ne modifie pas l'ordonnancement juridique. Aucun nouveau motif n'est avancé.

En conclusion, si Votre Conseil devait estimer, par l'impossible, que le *mail* du 26 avril 2021 constitue une décision administrative entraînant une modification de l'ordonnancement juridique, *quod non*, il devrait encore constater que les parties requérantes ont introduit non pas un recours contre le *mail* du 26 avril 2021, mais contre le *mail* du 14 mai 2021, lequel n'a qu'une portée confirmative et ne peut faire l'objet d'un recours ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'acte identifié par les requérantes comme constituant l'objet de sa demande de suspension se présente sous la forme d'un courrier électronique qui leur a été adressé le 14 mai 2021 et se présente comme suit :

De : COX David <David.COX@belspo.be> De la part de belgica-procurement
Envoyé : vendredi 14 mai 2021 17:06
À : Céline BARAZER <Celine.BARAZER@CNN-MCO.fr>; belgica-procurement <belgica-procurement@belspo.be>
Cc : ao@cnn-mco.fr; 'management@mn-nantes.fr' <management@mn-nantes.fr>; 'commercial@mn-nantes.fr' <commercial@mn-nantes.fr>; 'mathias.audrain@mn-nantes.fr' <mathias.audrain@mn-nantes.fr>
Objet : RE: Marché public n° POD WB-RBINS-Belgica-F02_0

Cet email provient de l'extérieur. Vérifiez qu'il est bien légitime avant de cliquer sur les hyperliens ou d'ouvrir les pièces jointes.

Madame, Monsieur,

Le comité d'évaluation a lu avec attention votre lettre du 3 mai 2021, dans laquelle vous indiquez votre éligibilité à participer aux négociations. Chaque offre initiale fait l'objet d'un examen de régularité avant le début des négociations en vertu de l'article 76 de l'AR1. Cela implique que votre offre initiale ne peut pas présenter d'irrégularités substantielles et doit donc être conforme à toutes les exigences minimales définies dans les documents du marché : le Cahier Spécial des Charges et le Guide de Sélection. En effet, le chapitre II.1 "Situation générale du marché" du Guide de Sélection indique que : « le prix offert hors TVA par jour de navigation pour les 140 premiers jours de navigation d'une période comprenant au moins 140 jours de navigation, et dans laquelle la gestion et l'exploitation intégrées du navire de recherche sont assurées, ne peut en aucun cas dépasser le plafond de 15 000 EUR par jour de navigation ou de 2,1 millions EUR (hors TVA) pour l'ensemble de la période de 140 jours de navigation. » Votre lettre ne mentionne nulle part que le montant plafond a été respecté. De plus, vous reconnaissez clairement que le montant maximal n'a pas été respecté lors de la soumission de votre offre initiale. Le paragraphe 3 de votre lettre du 3 mai 2021 stipule que : « Or, le cahier des charges tel que rédigé à ce jour implique des choix particulièrement onéreux qui ne permet pas de respecter ce plafond financier. » Le comité ne voit donc aucune raison de réviser la position qui a déjà été prise. Par conséquent, vous ne pouvez pas prendre part aux négociations.

Cordialement,



David Cox



Belgian Science Policy Office
Programme Manager
WTC III

Simon Bolivarlaan 30 - 1000 Brussel
Bd Simon Bolivar 30 - 1000 Bruxelles
T. +32 (0)2 238 34 03

W. www.belspo.be & www.belspo.be/NewRV
© david.cox@belspo.be



Pour faire valoir l'irrecevabilité *ratione materiae* de la présente demande, la partie adverse conteste, à titre principal, que ce que les requérantes désignent comme étant l'acte attaqué puisse s'analyser en une décision susceptible de recours. À titre subsidiaire, elle soutient qu'il s'agirait tout au plus d'une décision confirmative d'un précédent courriel, du 26 avril 2021.

Il ressort du courrier électronique du 14 mai 2021 qu'il est signifié aux requérantes qu'elles ne peuvent prendre part aux négociations dès lors qu'à l'occasion de l'examen de régularité des offres effectué conformément à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, il est apparu que leur offre était entachée d'une irrégularité substantielle, résultant de ce qu'elle ne respecte pas le plafond financier fixé par les documents du marché, à savoir 15.000 euros par jour ou 2.100.000 euros pour l'ensemble de la période de navigation de 140 jours.

Ce courriel du 14 mai 2021 ne contient pas la moindre expression d'une réserve tenant, par exemple, à la nécessité de voir cette analyse confirmée dans une décision à adopter par l'autorité compétente. En outre, le courriel du 25 mai 2021

dans lequel les requérantes demandaient l' « officialisation » de la décision d'éviction et l'indication des modalités de recours contre cette décision en vue d'un « éventuel référé précontractuel », n'a suscité aucune réaction susceptible d'ébranler la conviction des requérantes quant à l'existence d'une décision d'éviction définitive et susceptible de faire l'objet d'un recours. Ces éléments constituent des indices de ce que le courriel du 14 mai 2021 doit, *prima facie*, être considéré comme rendant compte de l'existence d'une décision d'éviction des requérantes en raison de l'irrégularité de leur offre.

Selon la partie adverse, il ressortirait à suffisance des termes du courriel du 14 mai 2021 que celui-ci ne contiendrait que l'expression d'une « position » de la commission d'évaluation, et n'attesterait pas l'existence d'une décision, laquelle doit encore être ratifiée par l'organe légalement compétent. Elle a ajouté, en termes de plaidoiries, que, conformément aux documents du marché, la commission d'évaluation n'était compétente que pour adopter une position et soumettre une proposition de décision aux autorités compétentes. Cette argumentation appelle les trois observations suivantes :

- il est sans intérêt, pour les besoins de la qualification d'acte susceptible de recours, de faire valoir que l'acte n'aurait pas été pris par l'autorité compétente, un tel vice n'ayant pas, à le supposer vérifié, pour effet de modifier la nature de l'acte attaqué, même s'il peut, le cas échéant, entraîner sa suspension ou son annulation ;
- le Guide de sélection définit comme suit la « Commission d'évaluation » :
 - « Le groupe de personnes qui évalue toutes les Offres en fonction des critères d'attribution et qui, sur la base de cette pondération rigoureuse, fait une proposition quant à la poursuite des négociations, le classement et la désignation du Soumissionnaire préférentiel ».

Il ressort de cette définition que la Commission d'évaluation n'était appelée à intervenir qu'au stade et pour les besoins de l'évaluation des offres au regard des critères d'attribution, ainsi que pour faire des propositions sur la base de cette évaluation ainsi entendue. Il s'en déduit que la Commission d'évaluation devait limiter son examen aux seules offres que l'autorité compétente n'avait pas préalablement décidé d'exclure pour cause d'irrégularité, étant entendu qu'en l'absence d'une telle décision statuant sur la régularité avant que soit entreprise l'évaluation, la Commission ne pouvait entamer celle-ci qu'en prenant en considération l'ensemble des offres déposées, et sans préjudice de ce qui devrait être ultérieurement statué sur leur régularité ;

- la partie adverse demeure en défaut d'expliquer pourquoi – dans un contexte où, selon ce qu'elle soutient dans le cadre de la présente procédure, aucune décision définitive n'aurait été prise par l'autorité compétente, à propos de la régularité des offres – seul le soumissionnaire à l'égard duquel ne semble avoir été retenue aucune critique quant à la régularité de l'offre a été invité à présenter celle-ci, à la négocier et à présenter une offre finale, tandis que les autres étaient déjà exclus de cette phase d'examen des offres.

Il suit de ces deux dernières observations et de la circonstance que « la procédure de passation s'est poursuivie avec le seul soumissionnaire ayant remis une première offre régulière » (selon les termes de la note d'observations), que la Commission d'évaluation a, implicitement mais nécessairement, considéré qu'une décision définitive d'éviction de l'offre des requérantes avait bien été adoptée, en manière telle qu'elle ne devait plus avoir égard à cette offre. L'adoption du mode opératoire consistant à n'évaluer que la seule offre estimée régulière confirme donc l'interprétation du courriel du 14 mai 2021 que le Conseil d'État estime, *prima facie*, devoir retenir pour les raisons précédemment exposées.

Telle que formulée à titre principal, l'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

S'agissant du caractère purement confirmatif que la partie adverse prête au courriel du 14 mai 2021 dans l'hypothèse où le Conseil d'État retiendrait l'existence d'une décision d'éviction des requérantes, il doit être relevé – à propos du courriel du 26 avril 2021 que celui du 14 mai 2021 n'aurait, selon la partie adverse, d'autres objet et portée que de confirmer – que, selon ce qu'a exposé la partie adverse en termes de plaidoiries, il avait été adressé aux requérantes, conformément au droit pour celles-ci d'être entendues, afin de leur permettre de faire valoir leurs observations quant au motif d'irrégularité de leur offre qui pourrait conduire à écarter celle-ci ; les requérantes y ont d'ailleurs répondu dans un courriel du 3 mai 2021. Au vu de l'objet ainsi reconnu par la partie adverse elle-même à l'envoi du courriel du 26 avril 2021, il ne peut raisonnablement être considéré que celui-ci constituerait la décision d'éviction des requérantes au regard de laquelle le courriel du 14 mai 2021, faisant suite – selon ses termes – aux observations formulées par les requérantes, ne ferait figure que d'acte purement confirmatif.

Telle que formulée à titre subsidiaire, l'exception d'irrecevabilité ne peut davantage être accueillie.

Au vu de ces éléments de la cause, ce que les requérantes désignent comme étant l'objet de leur demande doit bien être considéré comme une décision

unilatérale qui leur cause grief, en tant qu'elle écarte leur offre, ce qui exclut que celle-ci puisse être prise en considération pour évaluation et négociations. La demande de suspension est recevable.

V. Second moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes soulèvent un second moyen, « pris de la violation de l'article 33 de la Constitution, de l'article 169 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de la compétence de l'auteur de l'acte, des documents du marché, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux de bonne administration, du principe général d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, du principe général de transparence, du Guide de sélection, du principe général *patere legem quam ipse fecisti*, du principe du raisonnable, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir », « [e]n ce que l'acte attaqué a été pris par le comité d'évaluation (commission d'évaluation) », « [a]lors que le comité d'évaluation n'a qu'un rôle d'avis et ne dispose pas d'un pouvoir décisionnel ». Elles le développent comme suit :

« 37 Il est de jurisprudence constante que le moyen pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte est un moyen d'ordre public qui doit, le cas échéant, être soulevé d'office par le Conseil d'Etat.

38 L'article 169 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme suit :

“ Dans les limites de ses attributions, chaque ministre est compétent pour prendre les décisions relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'autorité fédérale et des organismes qui relèvent de son autorité hiérarchique. Pour les personnes de droit public autres que celles visées à l'alinéa 1^{er}, les pouvoirs relatifs à la passation et l'exécution des marchés sont exercés par les autorités et organes compétents, en vertu des dispositions d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'une disposition réglementaire ou statutaire les régissant.

Les pouvoirs conférés en vertu des alinéas 1^{er} et 2 peuvent, pour les autorités et organes compétents visés auxdits alinéas et relevant de l'autorité fédérale, être délégués dans les limites fixées par le Roi, sauf lorsqu'une disposition légale particulière règle cette délégation”.

39 Le Guide de sélection dispose comme suit :

“ LISTE DES DÉFINITIONS
(...)

Commission d'évaluation : Le groupe de personnes qui évalue toutes les Offres en fonction des critères d'attribution et qui, sur la base de cette pondération

rigoureuse, fait une proposition quant à la poursuite des négociations, le classement et la désignation du Soumissionnaire préférentiel”. [...].

40 Le schéma récapitulatif de la procédure, en page 11 du Guide de sélection, confirme que la Commission d’évaluation ne dispose que du droit de donner un avis, sur la base duquel l’organe compétent prendra une décision.

41 Il résulte de ce qui précède que la Commission/comité d’évaluation n’était pas compétente pour exclure les requérantes.
Or, c’est bien la Commission/comité d’évaluation qui a pris l’acte attaqué.
Le moyen est sérieux ».

B. Note d’observations

La partie adverse répond comme suit à ce moyen :

« La Commission d’évaluation est compétente pour évaluer les offres et faire une proposition d’attribution au Secrétaire d’Etat.
Conformément au guide de sélection, la “compétence requise pour procéder à la sélection des participants à la procédure de négociation est déléguée par le biais du guide de sélection aux fonctionnaires du service principal de l’administration” (pièce 4, p. 12). Conformément au guide de sélection, la Commission d’évaluation est “le groupe de personnes qui évalue toutes les Offres en fonction des critères d’attribution et qui, sur la base de cette pondération rigoureuse, fait une proposition quant à la poursuite des négociations, le classement et la désignation du Soumissionnaire préférentiel” [...].

32. Par ses *mails* du 26 avril 2021 et du 14 mai 2021, la Commission d’évaluation n’a pas excédé ses compétences. Le *mail* du 26 avril 2021, qui indique que la Commission d’évaluation est d’avis que l’offre des parties requérantes est affectée d’une irrégularité substantielle, tout comme le *mail* du 14 mai 2021 qui confirme la position de la Commission d’évaluation, ont été émis par M. David Cox, au moyen de l’adresse *mail* belgica-procurement@belspo.be.

Ces deux communications se sont faites dans le respect des dispositions des documents de marché. Il convient à cet égard de rappeler que la Commission d’évaluation n’a qu’un rôle d’avis, comme le constatent d’ailleurs les parties requérantes [...], et que la “position” qu’elle a adoptée n’entraîne pas le rejet de l’offre des parties requérantes ou l’exclusion des parties requérantes de la procédure de passation. Cette décision sera prise par le Conseil des ministres sur proposition de la Commission d’évaluation.

Dès lors que la Commission d’évaluation s’est limitée à évaluer les offres et n’a pas encore fait de proposition de décision au Conseil des ministres, la Commission d’évaluation n’a pas excédé sa compétence en informant les parties requérantes de la position de la Commission d’évaluation et de l’irrégularité qu’elle a constaté dans le cadre de l’évaluation des offres ».

V.2. Appréciation du Conseil d’État

Comme le fait elle-même valoir la partie adverse dans sa note d’observations, la Commission d’évaluation n’a qu’une compétence d’avis et de proposition, mais non celle de décider du rejet d’une offre ou de l’exclusion d’un candidat ou soumissionnaire. Elle soutient également que l’autorité compétente pour

prendre une telle décision, à savoir le conseil des ministres, n'a pas encore statué sur une éventuelle éviction des requérantes au motif que leur offre serait entachée d'irrégularité.

Dans ces circonstances où, d'une part, il apparaît, *prima facie*, que l'autorité désignée comme compétente par la partie adverse n'a pas pris la décision d'évincer les requérantes et où, d'autre part, l'examen de la cause en extrême urgence semble indiquer que seule la Commission d'évaluation a examiné la régularité des premières offres déposées par les soumissionnaires, il doit être admis que la décision d'évincer les requérantes – qui constitue l'acte attaqué par le présent recours, comme cela ressort de l'examen de l'exception d'irrecevabilité – n'a pas été prise par l'autorité compétente, de sorte que le moyen qui invoque le vice d'incompétence doit être déclaré sérieux.

VI. Balance des intérêts

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

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

VII. Demande de mesures provisoires

VII.1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes demandent que soient ordonnées des mesures provisoires. Elles exposent leur demande dans les termes suivants :

« 42 Pour assurer un effet utile à l'arrêt à intervenir, les requérantes sollicitent du Conseil des mesures provisoires.

43 A ce stade, les requérantes ne savent pas si les négociations ont déjà été entamées et rien n'indique que la partie adverse ait observé une période de *standstill* (au demeurant non légalement obligatoire), après la notification de l'acte attaqué.

Au moment où l'arrêt sera prononcé, il n'est pas exclu que les négociations aient déjà avancé et que les autres candidats aient pu obtenir des informations privilégiées et soient également favorisés s'agissant des délais prévus pour la préparation des offres qui devront encore être déposées.

44 Dans ces circonstances, les requérantes sollicitent de Votre Conseil qu'il ordonne à la partie adverse de prendre toutes les mesures utiles de manière à permettre aux requérantes de participer aux négociations à venir, tout en garantissant l'égalité des chances avec les autres soumissionnaires retenus ».

B. Note d'observations

La partie adverse fait valoir ce qui suit à l'encontre de cette demande de mesures provisoires :

« 34. Les parties requérantes sollicitent de Votre Conseil qu'il ordonne à l'État belge de prendre toutes les mesures utiles de manière à permettre aux parties requérantes de participer aux négociations à venir, tout en garantissant l'égalité des chances avec les autres soumissionnaires retenus.

35. Possibilité d'imposer des mesures provisoires. Conformément à l'article 15 de la Loi Recours, Votre Conseil peut, comme accessoire de la décision de suspendre l'acte attaqué, ordonner les mesures provisoires "ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés", ainsi que les mesures provisoires "nécessaires à l'exécution de sa décision".

Votre Conseil considère que la partie qui sollicite des mesures provisoires, doit démontrer en termes de requête en quoi l'un des objectifs visés à l'article 15 de la Loi Recours serait rencontré grâce à la mesure sollicitée, sous peine de voir la demande de mesures provisoires rejetée.

36. En l'espèce. Les parties requérantes sollicitent de Votre Conseil qu'ils prennent toutes les mesures utiles de manière à permettre aux parties requérantes de participer aux négociations à venir. L'État belge ne voit cependant pas en quoi la suspension de la "décision" de la Commission d'évaluation entraînerait l'obligation pour l'État belge d'autoriser les parties requérantes à participer aux négociations, dès lors que l'État belge dispose de plusieurs choix en opportunité possibles en cas de suspension de l'acte attaqué, à savoir, entre-autres :

- confirmer la position de la Commission d'évaluation et déclarer l'offre des parties requérantes substantiellement irrégulières en raison du motif examiné dans le cadre de ce recours ;
- déclarer l'offre des parties requérantes substantiellement irrégulière en raison d'un autre motif ;
- renoncer au marché ;
- ...

Dès lors que plusieurs choix en opportunité s'offrent à l'État belge, Votre Conseil ne pourrait le forcer à emprunter la voie choisie par les parties requérantes.

37. Conclusion. La demande de mesures provisoires doit être rejetée ».

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Dans les circonstances que les requérantes estiment devoir mettre en évidence, elles demandent au Conseil d'État d'ordonner à la partie adverse de prendre toutes les mesures utiles de manière à leur permettre de participer aux négociations à venir, tout en garantissant l'égalité des chances avec les autres soumissionnaires retenus.

À la lecture de la requête, une telle demande doit se comprendre comme prenant ancrage dans le postulat selon lequel l'arrêt de suspension à prononcer par le Conseil d'État devrait nécessairement permettre aux requérantes de participer aux négociations.

Il ressort de l'examen du moyen déclaré sérieux que la décision d'évincer l'offre des requérantes est entachée d'un vice d'incompétence et que l'autorité compétente pour statuer sur la régularité de cette offre n'a pas exercé sa compétence, de sorte qu'il ne peut nullement être préjugé de ce que cette autorité déciderait à propos de la régularité de cette offre.

Dès lors que rien ne permet, à ce stade, de tenir pour acquis le postulat posé au soutien de la demande de mesures provisoires, celle-ci doit être rejetée.

VIII. Confidentialité

Les requérantes demandent, pour garantir la protection du secret des affaires, que soit maintenue la confidentialité des pièces II.1. et II.2. de leur dossier.

La partie adverse formule la même demande, conformément à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, pour les offres qu'elle dépose partiellement (pièces 7.a, 7.b et 7.c du dossier administratif) ainsi que pour le courriel des requérantes du 3 mai 2021 (pièce 9). Elle sollicite, par ailleurs et en se prévalant de l'article 13 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, le maintien de confidentialité des pièces 1.b. (intitulée « Note au Conseil des Ministres du 26 juin 2020 ») et 10 (intitulée « Projet de rapport d'attribution »).

En termes de plaidoiries, les requérantes contestent la demande formulée par la partie adverse, en tant qu'elle porte sur la pièce 1.b. La partie adverse déclare consentir un accès au contenu de cette pièce, accès toutefois strictement limité au point « 9 Proposition de décision ».

Pour ce qui concerne les pièces dont la confidentialité est demandée, en considération de la protection du secret des affaires visée à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 précitée, par les requérantes, d'une part, et par la partie adverse, d'autre part, ces demandes ne sont pas contestées. Il y a donc lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir leur confidentialité.

S'agissant des pièces 1.b. et 10 du dossier administratif, la partie adverse demande d'en maintenir la confidentialité en invoquant l'article 13 de la loi du 17 juin 2016 précitée, lequel se lit comme suit :

« § 1^{er}. Aussi longtemps que l'adjudicateur n'a pas pris de décision, selon le cas, au sujet de la sélection ou de la qualification des candidats ou participants, de la régularité des offres, de l'attribution du marché ou de la renonciation à la passation du marché, les candidats, les participants, les soumissionnaires et les tiers n'ont aucun accès aux documents relatifs à la procédure de passation, notamment aux demandes de participation ou de qualification, aux offres et aux documents internes de l'adjudicateur.

Il peut être dérogé à l'alinéa premier moyennant l'accord écrit du candidat ou du soumissionnaire participant aux négociations, conformément aux articles 38, § 6, alinéa 2, 39, § 3, alinéa 3, 40, § 4, alinéa 2, et § 5, alinéa 4, 41, § 4, alinéa 2, 121, § 3, alinéa 3, et 122, § 4, alinéa 2, et ce, uniquement pour les informations confidentielles communiquées par ce candidat ou soumissionnaire.

§ 2. Sans préjudice des obligations en matière de publicité concernant les marchés publics attribués et l'information des candidats, des participants et des soumissionnaires, l'adjudicateur ne divulgue pas les renseignements que l'opérateur économique lui a communiqué à titre confidentiel, y compris, les

éventuels secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels de l'offre.

Il en est de même pour toute personne qui, en raison de ses fonctions ou des missions qui lui ont été confiées, a connaissance de tels renseignements confidentiels.

§ 3. L'adjudicateur peut imposer à l'opérateur économique des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'il met à sa disposition.

§ 4. Les données à caractère personnel obtenues aux fins du traitement de factures ne peuvent être utilisées qu'à ces fins ou à d'autres fins compatibles avec celles-ci. Les règles de la publication de données à caractère personnel collectées lors du traitement de factures électroniques sont conformes aux finalités de la publication ainsi qu'au principe de protection de la vie privée ».

Ainsi que cela ressort de l'examen, en extrême urgence, du second moyen, l'autorité compétente n'a pas encore statué sur la régularité de l'offre des requérantes, de sorte que le droit d'accès aux documents internes de la partie adverse ne peut être reconnu aux soumissionnaires, conformément à ce que prescrit l'article 13, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, précité. Par ailleurs, il apparaît, à l'issue des débats tenus en la présente cause, que la divulgation des pièces 1.b. et 10 n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige.

Dans ces circonstances, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité de ces deux pièces.

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

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision, prise à une date inconnue mais notifiée par *e-mail* du 14 mai 2021, selon laquelle l'offre des requérantes est considérée comme présentant une irrégularité substantielle et selon laquelle les requérantes ne peuvent pas prendre part aux négociations prévues, est ordonnée.

Article 2.

La demande de mesures provisoires est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces II.1. et II.2. du dossier des parties requérantes et les pièces 1.b., 7.a, 7.b, 7.c, 9 et 10 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 29 juin 2021 par :

David De Roy,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy