

**CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF**  
**LE PRÉSIDENT DE LA VI<sup>e</sup> CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ**  
**A R R Ê T**

n° 251.335 du 2 août 2021

A. 233.749/VI-22.062

En cause :

**1. la société à responsabilité limitée**  
**ITURRI – SOURCE EUROPE,**  
**2. la société anonyme ETABLISSEMENTEN**  
**VAN MOER,**  
ayant toutes deux élu domicile chez  
M<sup>es</sup> William TIMMERMANS,  
Vera VAN THUYNE et Lies VANQUATHEN, avocats,  
avenue du Port 86C 414  
1000 Bruxelles,

contre :

**l'État belge**, représenté par  
la ministre de la Défense,

---

*I. Objet de la requête*

Par une requête introduite le 27 mai 2021, la SRL Iturri-Source et la SA Etablissementen Van Moer demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de date inconnue de sélection des candidats pour participer au dialogue compétitif portant la référence de Marché Public "MRMP-S/PrO N° 21SPT01 : L'acquisition du *Belgian Defence Clothing System* (BDCS)", qui contient la décision de ne pas sélectionner les parties requérantes pour ce marché, dont un extrait des motifs a été notifiée aux parties requérantes le 12 mai 2021».

*II. Procédure*

Par une ordonnance du 31 mai 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.

Les parties requérantes ont déposé une note complémentaire.

La partie adverse a déposé une note d'observations complémentaire.

M. Imre Kovalovszky, président, a exposé son rapport.

M<sup>es</sup> William Timmermans et Manon Verbeeren, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, M. Mathieu Fontaine, capitaine, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M<sup>me</sup> Muriel Vanderhelst, 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. Faits utiles à l'examen de la demande*

Les requérantes exposent comme suit les faits de la cause :

- « 1. La partie adverse a décidé de remplacer le système de vêtements actuel datant des années 90 en investissant dans un système de vêtements plus moderne sur les plans opérationnel et technique. Un tel changement permettra aux militaires engagés d'être mieux protégés contre les risques et dangers des tâches et missions actuelles et futures.
- 2. La partie adverse a lancé un marché public de fournitures pour le "*Belgian Defence Clothing System*" (BDCS). Ce marché est basé sur la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité ainsi que ses arrêtés d'exécution (ci-après la "Loi DS").
- 3. Le marché a fait l'objet d'un avis de publication au *Bulletin des adjudications* en date du 27 janvier 2021 (...), ainsi qu'au *Journal officiel de l'Union européenne* en date du 1er février 2021 (...). Des rectifications et informations complémentaires ont été publiées au Bulletin des adjudications le 26 février 2021 (...), le 17 mars 2021 (...) et le 22 mars 2021 au Journal officiel de l'Union européenne (...).
- 4. La partie adverse a organisé une procédure selon le mode de passation du dialogue compétitif visé par l'article 27 de la Loi DS.
- 5. Il s'agit d'un marché considérable : la partie adverse envisage, pour une durée minimale de quinze (15) ans, voire même de vingt (20) ans, la mise en place d'un

accord-cadre avec un seul adjudicataire (*l'intégrateur*) permettant, d'une part, le (ré)approvisionnement de plusieurs articles de vêtements de l'équipement militaire individuel et permettant, d'autre part, le renouvellement conceptuel (l'innovation) de ceux-ci afin d'évoluer vers un futur système de vêtements intégrés "*multi layer*" (le *Belgian Defence Clothing System*).

Le marché est estimé à une valeur de 410 millions d'euros (TVAC) (...).

6. Le guide de sélection contient des critères de sélection détaillés.

7. Quant au critère relatif à l'expérience, le paragraphe 5.c.(2).(d).1) du guide de sélection (...) contient les exigences suivantes quant aux références qui doivent être apportées par les candidats :

(d) Expérience (*Art. 73, 3° AR passation DS*)

1) Set référentiel du candidat (références)

- Le candidat doit soumettre au minimum une (1) référence et au maximum trois (3) références concernant un "marché similaire", effectué dans le passé ou en cours d'exécution. Par "marché similaire", le Pouvoir Adjudicateur sous-entend la livraison de sets de vêtements et d'équipement de combat, provenant d'un portfolio d'articles (catalogue commercial) existant du candidat qui en est le propriétaire intellectuel. Ces références concernent un set intégré d'au minimum trois (3) articles provenant du même portfolio d'articles (catalogue commercial) existant et appartenant au set référentiel BDCS.
- De ces références, il doit ressortir que le candidat a des commandes en cours OU qu'il a effectué des livraisons OU qu'il a lancé la production d'au minimum 5.000 sets intégrés d'au minimum trois (3) articles de vêtements provenant du même portfolio d'articles (catalogue commercial) existant et appartenant au set référentiel BDCS.
- En particulier, en ce qui concerne la référence concernant "le marché similaire", le candidat indiquera le nombre exact de sets commandés, livrés et/ou dont la production a été lancée, leur composition exacte, le montant et la date de la commande et/ou de la livraison.
- Au cas où le candidat se présenterait comme consortium, le critère ci-dessus est examiné pour le membre individuel du consortium qui dispose des droits de propriété intellectuelle sur le portfolio d'articles (catalogue commercial).

8. Le titre du paragraphe 5.c.(2).(d).1) a été rectifié par le PV de la session d'information du 16 février 2021 (...)

Par. 5.c.(2).(d).1) – pages 20-21 – Titre : lire ~~Set référentiel~~ Références du candidat (références)

9. Le guide de sélection définit le "Set référentiel BDCS" comme suit : Un set de vêtements de combat, défini par le Pouvoir Adjudicateur afin de pouvoir évaluer la proposition du candidat. Ce set est composé de cinq articles de vêtements essentiels : veste et pantalon de combat (couche 3), shirt de combat (couche 3), veste et pantalon haute isolation (couche 4). Indépendamment des exigences du critère de sélection 5.c.(2).d.1), les candidats sont également tenus de fournir un échantillon correspondant au Set référentiel BDCS, comme défini dans l'annexe D du guide de Sélection (...).

10. Quant à la méthode d'évaluation pour les exigences minimales, le système suivant est applicable:

Le candidat répond (*pass*) ou ne répond pas (*fail*) aux exigences minimales. En cas de 'fail', le Pouvoir Adjudicateur se réserve le droit d'exclure le candidat de l'analyse des autres critères de sélection et de la suite de la procédure (guide de sélection, page 9).

Il découle de cette disposition que la partie adverse n'a pas l'obligation d'exclure un candidat qui ne répond pas aux exigences minimales. Elle en a uniquement le droit.

11. Les parties requérantes ont soumis leur demande de participation en date du 23 mars 2021 sous le nom du consortium "MARTE" (...).

12. Par courriel du 12 mai 2021, la partie adverse a informé la partie requérante de sa décision de non-sélection.

13. Quant aux motifs de non-sélection, ce courriel est libellé comme suit :

“ Vous trouverez ci-dessous les motifs qui ont mené à la décision de non-sélection prise par l'ordonnateur compétent :

Expérience – Art. 73, 3° 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 (AR Passation DS).

L'analyse des critères d'exclusion et des critères de sélection qualitative par le Pouvoir Adjudicateur a démontré que le candidat NE répond PAS au critère de sélection qualitative par rapport à l'expérience (Art. 73, 3° AR Passation DS), comme stipulé au Par 5.c.(2).(d).1) du guide de sélection BDCS. Les références apportées ne répondent pas aux exigences minimales et ne peuvent dès lors pas être prises en compte par le Pouvoir Adjudicateur.

Le candidat NE répond PAS à l'exigence minimale (5.000 sets intégrés d'au moins trois (3) articles de vêtements provenant du même portfolio d'articles et appartenant au set référentiel BDCS) comme stipulée au Par 5.c.(2).(d) du guide de sélection BDCS.

Le candidat fournit une (1) référence, via ITURRI, d'articles de vêtement provenant du portfolio d'articles d'ITURRI et une (1) référence via SOURCE :

(1) ITURRI – *UK Ministry of Defence/Leidos*.

(2) SOURCE – UK MOD VIRTUS PROGRAM (2015-2025): £250m.

Tenant compte des exigences, stipulées au Par 5.c.(2).(d).1) du guide de sélection BDCS, les références apportées NE peuvent PAS être acceptées. La référence d'ITURRI concerne quatre (4) articles de vêtements dont uniquement deux (2) répondent à la définition du set référentiel BDCS, nommément le pantalon et la veste de combat. Les deux (2) autres articles concernent des vêtements de pluie qui NE font PAS partie du set référentiel, comme défini par le Pouvoir Adjudicateur dans le cadre du présent marché (voir Ann D au guide de sélection). De plus, ces articles ne font pas partie du set référentiel BDCS apporté/présenté par le candidat. Ce set provient du portfolio d'articles de la société SOURCE.

La référence de SOURCE concerne le programme VIRTUS (UK MOD) qui se focalise surtout sur les équipements et qui n'a pas trait à des articles de vêtement, comme envisagé dans ce critère.

Par conséquent, les références apportées NE peuvent PAS être prises en compte par le Pouvoir Adjudicateur”.

14. Il s'agit du premier acte attaqué.

15. Les parties requérantes ont immédiatement réagi avec une note datée du 18 mai 2021 dans laquelle elles expliquent en quoi l'appréciation de la partie adverse est erronée (...).

16. Jusqu'à ce jour, les parties requérantes n'ont pas reçu de retour écrit quant à leur note.

17. Les parties requérantes ne pouvant comprendre la décision attaquée vu la déficience de motivation et le refus de la partie adverse de répondre à leur note,

elles n'ont eu d'autre choix que de porter l'affaire devant Votre Conseil par le biais de la présente demande ».

#### *IV. Premier moyen*

##### *IV.1. Thèse des parties requérantes*

Les requérantes prennent un premier moyen de la violation de l'article 73, 3°, 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 *patere legem quam ipse fecisti*, du principe selon lequel « chaque décision doit reposer sur des motifs de droit et de fait exacts, pertinents et admissibles » et de l'erreur manifeste d'appréciation,

en ce que, première branche, la partie adverse caractérise deux articles de vêtements (70015861 et 70015860) de la référence utile des parties requérantes comme « vêtements de pluie » et n'autorise pas leur qualification comme « veste haute isolation » et « pantalon haute isolation »,

alors que ces vêtements, ayant à la fois des propriétés d'isolation et de protection contre la pluie, répondent parfaitement à la qualification « veste haute isolation » et « pantalon haute isolation » et s'inscrivent complètement dans la philosophie de superposition (« multi layer » ou « multi couches ») de la partie adverse,

et en ce que, seconde branche, la partie adverse fait valoir que « ces articles ne font pas partie du set référentiel BDCS apporté/présenté par le candidat. Ce set provient du portfolio d'articles de la société SOURCE »,

alors qu'il ressort indubitablement du procès-verbal de la session d'information du 16 février 2021 que les modèles fournis par le candidat (set référentiel) peuvent être liés aux références ou peuvent provenir du catalogue existant du candidat.

##### *Première branche*

Les requérantes développent la première branche comme suit :

« 32. La décision attaquée stipule ce qui suit :

“ La référence d'ITURRI concerne quatre (4) articles de vêtements dont uniquement deux (2) répondent à la définition du set référentiel BDCS, nommément le pantalon et la veste de combat. Les deux (2) autres articles concernent des vêtements de pluie qui NE font PAS partie du set référentiel, comme défini par le Pouvoir Adjudicateur dans le cadre du présent marché (voir Ann D au guide de sélection)”.

33. Les parties requérantes ont, entre autres, donné la référence suivante pour remplir le critère de sélection qualitatif 5.c.(2).(d) (...).

For the ISEU Joint Venture, Iturri has performed over the last 48 months the production and successful delivery of **similar sets of combat clothing and equipment and related to the BDCS reference set** to the British MOD's supply chain organization, Leidos Supply Ltd. (UK).

Items delivered:

| Item                                                       | Quantity delivered<br>2017-2020 |
|------------------------------------------------------------|---------------------------------|
| TROUSER WATERPROOF OAV (Open Architecture Vehicle) MVP MTP | 15.862                          |
| SMOCK WATERPROOF OAV (Open Architecture Vehicle) MVP MTP   | 16.357                          |
| TROUSERS LIGHTWEIGHT MTP                                   | 35.536                          |
| JACKET LIGHTWEIGHT MTP                                     | 44.322                          |

Traduction libre :

“ Pour la *Joint Venture ISEU*, Iturri a réalisé, au cours des 48 derniers mois, la production d'ensembles similaires de vêtements et d'équipements de combat, liés à l'ensemble du set référentiel BDCS, et les a livrés avec succès à Leidos Supply Ltd, l'organisation d'approvisionnement du ministère de la Défense britannique”.

34. Selon la partie adverse, seuls les articles “*trousers lightweight MTP*” et “*jacket lightweight MTP*” peuvent être considérés comme un vêtement défini dans le set référentiel BDCS, comme demandé par le critère de sélection 5.c.(2).(d).1. Elle considère que les “*trousers lightweight MTP*” et le “*jacket lightweight MTP*” doivent être considérés comme respectivement un pantalon de combat et une veste de combat comme repris dans le set référentiel BDCS de l'annexe D du guide de sélection.

Les mots “Les deux (2) autres articles” se réfèrent aux articles 70015860 (pantalon, ou “*trouser waterproof OAV (Open Architecture Vehicle) MVP MTP*”) et 70015861 (veste, ou “*smock waterproof OAV (Open Architecture Vehicle) MVP MTP*”) du portefeuille commercial d'Iturri. Selon la partie adverse, ces deux articles sont des vêtements de pluie qui ne correspondent pas au set référentiel BDCS, et qui ne peuvent dès lors pas être considérés comme étant un vêtement de “haute isolation”.

35. Cette appréciation est erronée.

Il s'agit en l'espèce de vêtements ayant à la fois des propriétés d'isolation et de protection contre la pluie, qui répondent donc parfaitement à la qualification “veste haute isolation” et “pantalon haute isolation” et s'inscrivent parfaitement dans la philosophie de superposition (“*multi layer*”) de la partie adverse pour ce marché.

Le concept “*multi layer*” est défini comme suit au début du guide de sélection (...).

Le *Belgian Defence Clothing System* se base sur le concept « *multi layer* » où chaque couche a un but spécifique et où chaque couche doit répondre à des exigences techniques spécifiques en matières textiles :

- Couche de base (couche 1) : évacuer l'humidité de la peau ;
- Couche intermédiaire (couche 2) : Absorption et élimination de l'humidité (transpiration) + isolation ;
- Couche externe (couche 3) : Coupe-vent, protection contre la pluie et résistance à l'abrasion + isolation ;
- Couche statique (couche 4) : Protection supplémentaire en cas d'activités statiques ;
- Equipement et matériel (couche 5) : Mobilité et protection supplémentaire (par exemple plaques balistiques).

Chaque couche consiste par la suite d'un ou plusieurs article(s), comme stipulé ci-dessous de manière indicative :

- Couche de base (couche 1) : T-shirt, T-shirt Wicking, Netshirt et sous-vêtements ;
- Couche intermédiaire (couche 2) : pull nordique ;
- Couche externe (couche 3) : veste et pantalon de combat, combat shirt, veste et pantalon tactique de combat ;
- Couche statique (couche 4) : veste et pantalon haute isolation, veste et pantalon de pluie ;
- Equipement et matériel (couche 5) : Load Bearing Vest (LBV) et/ou Quick Release Vest (QRV), accessoires modulaires (poches), sac à dos, daypack, casque, etc.

Le set de référence est défini comme suit dans l'annexe D du guide de sélection :

Le set de référence consiste en :

- (1) Un combat shirt
- (2) Un pantalon de combat
- (3) Une chemise de combat
- (4) Une veste haute isolation
- (5) Un pantalon haute isolation




| Layer         | Base                                                                                | Middle                                                                              | Base/ Middle                                                                        | Base/ Middle                                                                        | Middle                                                                               | Middle                                                                                | Static                                                                                |
|---------------|-------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Functionality | Underwear FR/NM/ND                                                                  | Medium Isolation layers                                                             | UBACS** & Combat pants                                                              | UBACS** & Combat pants EP*                                                          | Combat suit                                                                          | Combat suit EP*                                                                       | High Isolation layers                                                                 |
| Upper body    |  |  |  |  |  |  |  |
| Lower body    |  |                                                                                     |  |  |  |  |  |

\*\*UBACS: Under Body Armour Cooling Shirt



36. Contrairement à l'appréciation de la partie adverse, les articles 70015860 (pantalon) et 70015861 (veste) sont en effet utilisés comme vêtements hautement isolants dans le cadre d'un système de superposition de vêtements dans des conditions statiques, notamment dans des véhicules ouverts (*"open architecture vehicle"*).

Ces articles offrent une protection extrêmement efficace contre les effets débilissants de la pluie, du froid et du vent lorsque le militaire n'est pas en mouvement et est exposé à ces éléments.

Les vêtements pour véhicules à architecture ouverte sont, entre autres, adaptés pour être portés dans des véhicules militaires ouverts, sans cabine et donc exposés au froid, au vent et à la pluie. L'effet du vent dans ce type d'utilisation est très important en raison de la vitesse du véhicule lui-même, qui peut dépasser 60 km/h. C'est pourquoi des tissus avec des membranes coupe-vent sont utilisés pour protéger du froid et bien entendu de la pluie.

37. Plus précisément, un “vêtement de pluie” est un nom générique qui doit être défini plus précisément en termes de protection et d'isolation globale qu'il fournit pour la durée de la mission et l'environnement auxquels il est destiné et, surtout, en conjonction avec d'autres vêtements avec lesquels il forme un système de combat multicouche. Les articles concernés s'inscrivent aussi parfaitement dans la philosophie de superposition qui est instauré pour le système “BDCS”.

38. En outre, les termes “vêtement haute isolation” ne sont pas définis dans le guide de sélection. Il faut dès lors les comprendre dans le sens usuel dans l'industrie militaire, c'est-à-dire, des vêtements qui gardent la chaleur du porteur dans des conditions de temps froid. “Les deux (2) autres articles” répondent dès lors aux termes de “vêtement de haute isolation”.

A cet égard, les parties requérantes voudraient se référer à la séance d'information organisée par la partie adverse. Cette séance est accessible à Votre Conseil via le lien suivant :

<https://vimeo.com/510252387/8ba034cb3a> (en néerlandais)  
<https://vimeo.com/510254628/d48f2d8d5b> (en français)

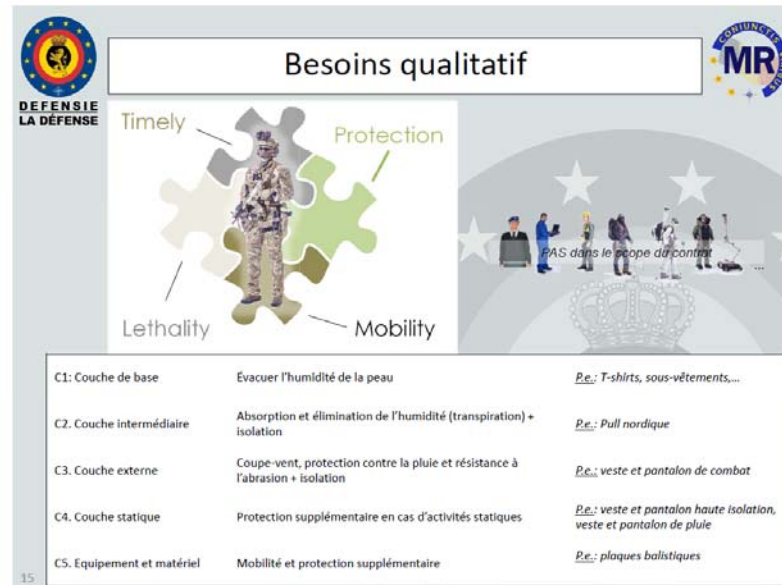
Les parties requérantes se réfèrent notamment aux passages suivantes de cette séance:

Min. 27:46 : “Ce n'est pas toujours facile à appréhender en tant que lecteur pour bien comprendre ce que l'on entend par tous les éléments, raison pour laquelle nous avons tenu à organiser une session d'information pour vous permettre et pour pouvoir mieux comprendre les choses nous allons expliquer certains aspects et éclairer certaines choses”.

Min. 45:10 “Alors les besoins qualitatifs mêmes, il y a quelques paramètres qu'il faudra considérer, mais il s'agit surtout de l'effet que doit pouvoir générer le vêtement pour nos militaires. Les différentes couches sont purement indicatives, la solution que vous allez offrir par l'ensemble des références ce sera surtout pour obtenir la solution adéquate intégrée par rapport à un problème, c'est-à-dire le militaire belge en mission.” (...)

Min. 45:50 “Les exemples, c'est une question qui est revenue régulièrement, ce ne sont que des exemples, ici (slide avec layers L1 à L5) c'est ce que nous avons pour le moment dans notre armoire à vêtements mais ce n'est pas une réponse, ce n'est pas non plus quelque chose d'exhaustif, si vous avez d'autres solutions nous aimerions les connaître. Il faut bien sûr que les réponses répondent à l'ensemble des références, les détails seront discutés pendant le dialogue pour savoir quelles caractéristiques doivent avoir les vêtements” (...)

A partir de 45:15 (...), le slide suivant a été montré :



39. Les parties requérantes souhaiteraient souligner que la notion d’“isolation”, désigne une caractéristique d’un vêtement, et non un type de vêtement. Le concept “*multi layer*” est depuis longtemps devenu la norme dans les pays membres de l’OTAN.

Il ne faut pas non plus oublier qu’en-dessus de leurs vêtements, les militaires portent aussi leur équipement sur eux, tel qu’un gilet pare-balles. Toutes ces couches, et en particulier les vêtements conçus pour être utilisés dans des conditions statiques dans des véhicules non-couverts, ont des qualités isolantes.

En outre, il existe des spécifications techniques pour exprimer les qualités isolantes d’un vêtement. Ceci a été confirmé par l’organisation indépendante Aitex, spécialiste en équipement militaire (...).

Néanmoins, à aucun moment, la partie adverse n’a indiqué les qualités spécifiques isolantes qui seraient demandées. En plus, la partie n’a pas demandé aux candidats de joindre une preuve particulière des qualités isolantes des vêtements utilisés pour les références.

Il résulte également de ce qui précède (voir n° 39) que l’effet que doit pouvoir générer le vêtement est essentiel pour la partie adverse. Les parties requérantes se sont inscrites dans cette philosophie.

A cet égard, les parties requérantes se réfèrent expressément à la déclaration de l’organisation indépendante Aitex, spécialiste en équipement militaire (pièce 16) qui confirme ce qui suit :

“ Pour éviter le refroidissement dû au vent, les vêtements présentant une faible perméabilité à l’air peuvent réduire ce type de risque”.

Partant, les parties requérantes ont interprété les exigences de la référence demandée dans le sens habituellement utilisé dans l’industrie et pouvaient donc à juste titre soumettre les deux articles précités comme référence valable et comme “vêtement haute isolation”.

Par conséquent, les deux articles (70015860 (pantalon) et 70015861 (veste)) de référence fournis par les parties requérantes peuvent être considérés comme un vêtement défini dans le set référentiel BDCS. Ainsi, la référence donnée par les parties requérantes (fourniture par Iturri pour le ministère de la Défense

britannique) répond bien aux exigences du paragraphe 5.c.(2).(d).1 du guide de sélection.

40. Selon le principe général de motivation, tout acte administratif doit reposer sur des motifs objectivement exacts, pertinents en fait et admissibles.

41. En jugeant que les deux articles en question ne répondent pas au set référentiel BDCS, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation. La décision attaquée ne repose pas sur des motifs exacts. Cette décision viole les dispositions et les principes cités dans le moyen ».

### *Seconde branche*

À propos de la seconde branche, les parties requérantes font valoir ce qui suit :

« 42. La décision attaquée stipule que :

“ De plus, ces articles ne font pas partie du set référentiel BDCS apporté/présenté par le candidat. Ce set provient du portfolio d'articles de la société SOURCE”.

43. Les mots “ces articles” renvoient aux articles 70015860 (pantalon) et 70015861 (veste) du portefeuille commercial d'Iturri.

44. Il est correct que ces articles ne font pas partie du set référentiel BDCS apporté/présenté par la partie requérante. En revanche, il est partiellement correct que le set qui a été apporté/présenté par les parties requérantes provient du portfolio d'articles de la société SOURCE, qui est un des partenaires dans le consortium. En réalité, le set qui a été présenté comme échantillon, contient des articles provenant de la société SOURCE, mais également des articles provenant de la société Iturri.

Dans un souci d'exhaustivité, le set référentiel BDCS fourni comme échantillon par les parties requérantes contenait les articles suivants :

| DESCRIPTION ON REMOVABLE LABEL                    | COMMERCIAL CATALOGUE DESCRIPTION     | ITEM REF. (Commercial catalogue) | CATALOGUE NAME | PDF CATALOGUE PAGE No. | PICTURE                                                                               | CORRESPONDANCE WITH BDCS REFERENCE SET (Ann. D) |
|---------------------------------------------------|--------------------------------------|----------------------------------|----------------|------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|
| HIGH ISOLATE VEST<br>VESTE HAUTE ISOLATION        | LIGHTWEIGHT INSULATING JACKET        | 70019934                         | ITURRI         | 12                     |  | (4) HIGH ISOLATION VEST                         |
| HIGH ISOLATE TROUSERS<br>PANTALON HAUTE ISOLATION | LIGHTWEIGHT INSULATING TROUSERS      | 11002506                         | ITURRI         | 13                     |  | (5) HIGH ISOLATION TROUSERS                     |
| COMBAT SHIRT<br>COMBAT SHIRT                      | (ACCS) UMAC SHIRT                    | 409010                           | SOURCE         | 29                     |  | (1) COMBAT SHIRT (UMACS)                        |
| JEVECHTSHEND<br>CHEMISE DE COMBAT                 | LIGHTWEIGHT COMBAT JACKET            | 70018576                         | SOURCE         | 33                     |  | (3) COMBAT SHIRT                                |
| JEVECHTSHEND<br>PANTALON DE COMBAT                | C TROUSERS<br>(ACCS) COMBAT TROUSERS | 409020                           | SOURCE         | 30                     |  | (2) COMBAT TROUSERS                             |

45. Cela étant dit, cette considération ne peut pas justifier la non-sélection des parties requérantes. Par ailleurs, elle est en parfaite contradiction avec le procès-verbal qui suit :

8 Q : Dient er een 1 op 1 relatie te zijn tussen de gebruikte referentieset en de gebruikte referenties voor de referentieset? Of mag dat ook 'een gelijkaardige opdracht' zijn zoals op pagina 20 onderaan omschreven?

A : Voir GUIDE DE SELECTION n° 21SPT01, Par. 5.c.(2)(d) (Pag. 20) et le PV Session d'information.

*Les modèles fournis par le candidat (le set référentiel) peuvent être liés aux références relatives aux 5.000 sets intégrés ou peuvent provenir du catalogue commercial existant du candidat. Ceci veut dire que ces modèles peuvent, mais ne doivent pas, être liés aux références apportées. De toute façon, les références comme les modèles doivent tous avoir un lien direct avec le catalogue commercial unique du candidat.*

*Dans le cadre de la sélection, un (1) seul set référentiel du candidat sera présenté au Pouvoir Adjudicateur (voir GUIDE DE SELECTION n° 21SPT01, annexe D, Par. 2.b. (Pag. 44)) en vue de pouvoir entamer la phase de dialogue. Les modèles apportés représentent alors la solution dont le candidat estime être la meilleure solution disponible à ce moment qui répond à la description du set référentiel BDCS.*

*Cette solution sera considérée comme point de référence pour entamer le dialogue et ne peut donc évoluer positivement.*

46. Le texte de ce procès-verbal ne pourrait être plus clair : “Ceci veut dire que ces modèles peuvent, mais ne doivent pas, être liés aux références apportées”.

47. La partie adverse ne pouvait donc légitimement décider de ne pas sélectionner les parties requérantes sur base de la considération que “ces” articles (à savoir le pantalon et la veste précités du portefeuille commercial d'Iturri) ne font pas partie du set référentiel BDCS apporté/présenté par les parties requérantes.

48. En adoptant les motifs de l'acte attaqué, la partie adverse s'est non seulement basée sur des faits inexacts et impertinents, mais a également méconnu ses propres règles, ce qui est contraire au principe général de droit “*patere legem quam ipse fecisti*”.

Partant, en adoptant la décision attaquée, la partie adverse a violé les dispositions et les principes cités dans le moyen.

Le premier moyen est sérieux ».

Dans la note complémentaire du 14 juin 2021, les requérantes indiquent qu'elles déposent une nouvelle pièce (pièce additionnelle 19), qu'elles disent avoir reçue postérieurement à l'introduction de la requête, et qui est une déclaration du 11 juin 2021 de la Défense du Royaume-Uni démontrant, selon elle, que les vêtements qualifiés « de pluie » par la partie adverse sont utilisés par l'armée britannique dans des opérations aux pays Baltes dans des conditions particulièrement froides. Elles expliquent que les troupes britanniques dirigent un groupement tactique multinational dans le cadre d'une présence avancée renforcée (PAR) en vue de consolider la sécurité euro-atlantique et qu'il s'agit de forces robustes, multinationales et prêtes au combat en Estonie, en Lettonie, en Lituanie et en Pologne, sur la base d'une rotation permanente.

Elle exposent que le véhicule de combat utilisé par les troupes britanniques est un véhicule de reconnaissance ouvert, appelé véhicule à architecture ouverte (*Open Architecture Vehicle* ou OAV). Elles allèguent que la veste et le

pantalon Iturri *Open Architecture Vehicle* (OAV) ont été développés en fonction des besoins opérationnels urgents du ministère britannique de la Défense dans le cadre de l'opération PAR et qu'ils ont été conçus pour offrir une protection contre le froid, la pluie et le vent.

Elles font valoir qu'au cours des quatre dernières années, Iturri a livré plus de 15.000 ensembles de vêtements OAV aux troupes britanniques, que ce vêtement est porté par-dessus le gilet pare-balles et la tenue de combat afin de fournir une isolation thermique élevée pendant une activité statique (debout sur une plate-forme de véhicule ouvert) ainsi qu'une protection contre le vent. Elles en déduisent que ces vêtements ont des caractéristiques d'isolation importantes et doivent être qualifiés de « vêtements d'isolation » tels que visés par le paragraphe 5.c.(2).(d).1, du guide de sélection.

#### *IV.2. Appréciation du Conseil d'État*

S'agissant du critère de sélection relatif à l'expérience, le paragraphe 5.c.(2).(d).1., du guide de sélection énonce ce qui suit :

- « • Le candidat doit soumettre au minimum une (1) référence et au maximum trois (3) références concernant un “marché similaire”, effectué dans le passé ou en cours d'exécution. Par “marché similaire”, le Pouvoir Adjudicateur sous-entend la livraison de sets de vêtements et d'équipement de combat, provenant d'un portfolio d'articles (catalogue commercial) existant du candidat qui en est le propriétaire intellectuel. Ces références concernent un set intégré d'au minimum trois (3) articles provenant du même portfolio d'articles (catalogue commercial) existant et appartenant au set référentiel BDCS.
- De ces références, il doit ressortir que le candidat a des commandes en cours OU qu'il a effectué des livraisons OU qu'il a lancé la production d'au minimum 5.000 sets intégrés d'au minimum trois (3) articles de vêtements provenant du même portfolio d'articles (catalogue commercial) existant et appartenant au set référentiel BDCS.
- En particulier, en ce qui concerne la référence concernant “le marché similaire”, le candidat indiquera le nombre exact de sets commandés, livrés et/ou dont la production a été lancée, leur composition exacte, le montant et la date de la commande et/ou de la livraison.
- Au cas où le candidat se présenterait comme consortium, le critère ci-dessus est examiné pour le membre individuel du consortium qui dispose des droits de propriété intellectuelle sur le portfolio d'articles (catalogue commercial). (...)

#### Remarque

CHAQUE référence doit remplir au moins les conditions suivantes :

- Par dérogation à l'Art 73, 3° AR passation DS, porter sur les quatre (4) dernières années, à compter du jour de la publication de l'invitation à introduire une demande de participation, c'est-à-dire la période 2017-2020;
- Se rapporter à un service de sécurité ou à une force armée d'un ou de plusieurs partenaires de l'OTAN ou de l'UE ou de pays appartenant à la zone économique européenne (ZEE);

- Être accompagné d'une attestation/déclaration délivrée par l'autorité compétente du service ou de la force de sécurité concerné ou, à défaut, d'une simple déclaration du fournisseur ».

Le guide de sélection définit le « Set référentiel BDCS [*Belgian Defence Clothing System*] » de la manière suivante (page 3) :

« Un set de vêtements de combat, défini par le Pouvoir Adjudicateur afin de pouvoir évaluer la proposition du candidat. Ce set est composé de cinq articles de vêtements essentiels : veste et pantalon de combat (couche 3), shirt de combat (couche 3), veste et pantalon haute isolation (couche 4). Indépendamment des exigences du critère de sélection 5.c.(2).d.1), les candidats sont également tenus de fournir un échantillon correspondant au set référentiel BDCS, comme défini dans l'annexe D du guide de sélection (pièce 8) ».

Le guide de sélection précise ce qui suit (page 6) :

- « Le *Belgian Defence Clothing System* se base sur le concept « *multi layer* » où chaque couche a un but spécifique et où chaque couche doit répondre à des exigences techniques spécifiques en matières textiles :
- Couche de base (couche 1) : évacuer l'humidité de la peau;
  - Couche intermédiaire (couche 2) : Absorption et élimination de l'humidité (transpiration) + isolation;
  - Couche externe (couche 3) : Coupe-vent, protection contre la pluie et résistance à l'abrasion + isolation;
  - Equipement et matériel : (couche 5) : Mobilité et protection supplémentaire (par exemple plaques balistiques).

Chaque couche consiste par la suite d'un ou plusieurs articles(s), comme stipulé ci-dessous de manière indicative :

- Couche de base (couche 1) : T-shirt, T-shirt Wicking, Netshirt et sous-vêtements ;
- Couche intermédiaire (couche 2) : pull nordique;
- Couche externe (couche 3) : veste et pantalon de combat, combat shirt, veste et pantalon tactique de combat;
- Couche statique (couche 4) : veste et pantalon haute isolation, veste et pantalon de pluie;
- Equipement et matériel (couche 5) : Load Bearing Vest (LBV) et/ou Quick Release Vest (QRV), accessoires modulaires (poches), sac à dos, daypack, casque, etc. ».

Par ailleurs, à propos des modalités relatives à l'introduction des demandes, le guide de sélection énonce ce qui suit (page 26) :

- « (4) Set référentiel du candidat
- Le candidat est invité à soumettre les articles de vêtements de son portfolio d'articles qui répondent à la définition du set référentiel BDCS au Pouvoir adjudicateur en même temps que la demande de participation, y compris les fiches techniques et les certificats de conformité et de qualité pertinents, afin d'évaluer les caractéristiques et les qualités des matériaux proposés (voir également l'annexe D de ce guide de sélection).

[...]

#### IMPORTANT

Ces articles de vêtements soumis au Pouvoir Adjudicateur pour évaluation reflètent la qualité et la philosophie avec lesquelles le candidat est familier en tant

qu'entreprise, démontrent le sérieux avec lequel les candidat souhaite aborder ce marché et constituent le point de départ (d'un point de vue qualitatif) de toute discussion ultérieure pendant la phase de dialogue ».

La partie adverse a décidé que les requérantes ne satisfont pas au critère de sélection relatif à l'expérience énoncé au paragraphe 5.c.(2).(d).1. du guide de sélection. La décision attaquée est motivée de la manière suivante :

« • Expérience – Art. 73, 3° 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 (AR Passation DS).

L'analyse des critères d'exclusion et des critères de sélection qualitative par le Pouvoir Adjudicateur a démontré que le candidat NE répond PAS au critère de sélection qualitative par rapport à l'expérience (Art. 73, 3° AR Passation DS), comme stipulé au Par 5.c.(2).(d).1) du guide de sélection BDCS. Les références apportées ne répondent pas aux exigences minimales et ne peuvent dès lors pas être prises en compte par le Pouvoir Adjudicateur.

Le candidat NE répond PAS à l'exigence minimale (5.000 sets intégrés d'au moins trois (3) articles de vêtements provenant du même portfolio d'articles et appartenant au set référentiel BDCS) comme stipulée au Par 5.c.(2).(d) du guide de sélection BDCS.

Le candidat fournit une (1) référence, via ITURRI, d'articles de vêtement provenant du portfolio d'articles d'ITURRI et une (1) référence via SOURCE :

(1) ITURRI – UK *Ministry of Defence/Leidos*

(2) SOURCE – UK MOD VIRTUS PROGRAM (2015-2025): £250m.

Tenant compte des exigences, stipulées au Par 5.c.(2).(d).1) du guide de sélection BDCS, les références apportées NE peuvent PAS être acceptées. La référence d'ITURRI concerne quatre (4) articles de vêtements dont uniquement deux (2) répondent à la définition du set référentiel BDCS, nommément le pantalon et la veste de combat. Les deux (2) autres articles concernent des vêtements de pluie qui NE font PAS partie du set référentiel, comme défini par le Pouvoir Adjudicateur dans le cadre du présent marché (voir Ann D au guide de sélection). De plus, ces articles ne font pas partie du set référentiel BDCS apporté/présenté par le candidat. Ce set provient du portfolio d'articles de la société SOURCE.

La référence de SOURCE concerne le programme VIRTUS (UK MOD) qui se focalise surtout sur les équipements et qui n'a pas trait à des articles de vêtement, comme envisagé dans ce critère.

Par conséquent, les références apportées NE peuvent PAS être prises en compte par le Pouvoir Adjudicateur ».

Les requérantes ne contestent pas la motivation de la décision attaquée en ce qu'elle considère que la seconde référence apportée, à savoir celle de SOURCE, ne peut être prise en considération.

*Quant à la première branche*

La première référence apportée par les requérantes se présente comme suit :

“ *For the ISEU Joint Venture, Iturri has performed over the last 48 months the production and successful delivery of similar sets of combat clothing and equipment and related to the BDCS reference set to the British MOD’s supply chain organization, Leidos Supply Ltd. (UK).*

*Items delivered :*

| Item                                                       | Quantity delivered<br>2017 – 2020 |
|------------------------------------------------------------|-----------------------------------|
| TROUSER WATERPROOF OAV (Open Architecture Vehicle) MVP MTP | 15.862                            |
| SMOCK WATERPROOF OAV (Open Architecture vehicle) MVP MTP   | 16.357                            |
| TROUSERS LIGHTWEIGHT MTP                                   | 35.536                            |
| JACQUET LIGHTWEIGHT MTP                                    | 44.322                            |

”.

Les requérantes en proposent la traduction suivante :

« Pour la *Joint Venture* ISEU, Iturri a réalisé, au cours des 48 derniers mois, la production d'ensembles similaires de vêtements et d'équipements de combat, liés à l'ensemble du set référentiel BDCS, et les a livrés avec succès à *Leidos Supply Ltd*, l'organisation d'approvisionnement du ministère de la Défense britannique ».

Il résulte de la motivation de la décision attaquée que la partie adverse estime que les deux derniers articles mentionnés dans la liste susvisée produite à titre de référence doivent être considérés, respectivement, comme le pantalon et la veste de combat (couche 3) inclus dans le set référentiel BDCS. En revanche, elle constate que les deux premiers articles sont des vêtements de pluie qui ne sont pas inclus dans le set référentiel, de sorte que la référence déposée par les requérantes ne porte pas sur trois articles appartenant au set référentiel BDCS.

Les requérantes soutiennent que c’est à tort que la partie adverse a qualifié les deux premiers articles, identifiés comme étant « *waterproof* », comme des vêtements de pluie dès lors que, selon elles, ils auraient à la fois des propriétés d’isolation et de protection contre la pluie et qu’ils constituent donc bien des vestes et pantalons « haute isolation » compris dans le « set référentiel BDCS ». Elles font valoir en substance que ces articles sont en effet utilisés comme vêtements hautement isolants dans le cadre d’un système de superposition de vêtements dans des conditions statiques, notamment dans des véhicules ouverts. Elles exposent qu’un « vêtement de pluie » est un terme générique qui doit être défini plus précisément en tenant compte des qualités de protection et d’isolation globale qu’il fournit pour la mission et surtout en conjonction avec d’autres vêtements avec lesquels il forme un système de combat multicouche. Elles allèguent également que,

dès lors que les termes « vêtement haute isolation » ne sont pas définis dans le guide de sélection, il faut les comprendre dans le sens usuel militaire, c'est-à-dire des vêtements qui gardent la chaleur du porteur dans des conditions de temps froid. Elles font également valoir que la notion d'« isolation » désigne une caractéristique d'un vêtement et non un type de vêtement. Elles en concluent qu'elles ont interprété les exigences de la référence demandée dans le sens habituellement utilisé dans l'industrie et qu'elles pouvaient donc considérer les deux articles en question, désignés « *Waterproof* », comme des vêtements « haute isolation ». Dans leur note complémentaire, elles font état de la déclaration du 11 juin 2021 de la Défense du Royaume-Uni, qui démontre, selon elles, que les vêtements qualifiés « de pluie » par la partie adverse sont bien utilisés par l'armée britannique dans des opérations aux pays Baltes dans des conditions particulièrement froides, et que ces vêtements possèdent donc d'importantes caractéristiques d'isolation, de sorte qu'ils doivent être qualifiés de « vêtements d'isolation » au sens où l'entend le paragraphe 5.c.(2).(d).1), du guide de sélection.

L'argumentation des requérantes ne paraît pas pouvoir être suivie.

Dans la description que le guide de sélection donne du *Belgian Defence Clothing System*, les vestes et pantalons de pluie sont repris comme des vêtements relevant de la couche 4 (couche statique); ils y sont mentionnés à côté des vêtements « haute isolation », qui relèvent également de la couche 4. Il résulte de ce document que le pouvoir adjudicateur distingue les deux catégories de vêtements et qu'il ne considère donc pas les vestes et pantalons de pluie comme étant de « haute isolation ». Dès lors que les seuls vêtements de couche 4 inclus dans le set référentiel sont la veste et le pantalon « haute isolation », il paraît devoir en être déduit que les références exigées des candidats ne pouvaient porter sur la livraison de vestes et pantalons de pluie.

Par ailleurs, il ressort des éléments fournis dans la demande de participation (pièce 18a du dossier des requérantes) que le catalogue commercial d'Iturri distingue lui-même clairement :

- les vêtements de pluie, dénommés *Waterproof Garment (Lightweight UBA Waterproof Jacquet*, p. 115 – *Lightweight Waterproof Trousers*, p. 116), à propos desquels il est précisé : « *for rain protection and easy package* »)
- et les vêtements de haute isolation, dénommés *Cold Weather Garment (Lightweight Insulation Jacquet*, p. 119 – *Lightweight Insulation Trousers*, p.120), à propos desquels il est précisé: « *to protect from the cold* » et « *for cold conditions* ».

Il convient également de constater que, dans leur « set référentiel », les requérantes ont produit deux vêtements issus du catalogue de Iturri, à savoir : *Lightweight Insulation Jacquet* et *Lightweight Insulation Trouser* (veste et pantalon « haute isolation ») et trois vêtements issus du catalogue de Source, à savoir : combat shirt, chemise de combat et pantalon de combat). Les requérantes n'ont donc pas produit, comme échantillons, des vêtements *Waterproof* mais bien des vêtements *Insulation* (haute isolation).

Les requérantes, qui devaient avoir pris connaissance des documents du marché et, partant, qui devaient savoir que le pouvoir adjudicateur n'assimilait pas les vêtements de pluie et les vêtements « haute isolation », n'ont, dans leur demande, apporté aucune explication tendant à démontrer que les deux articles *Waterproof* repris dans leur référence constituaient également des vêtements haute isolation. Force est, notamment de souligner que la déclaration de la Défense du Royaume – Uni, postérieure à la décision attaquée ne figurait évidemment pas au dossier.

Il résulte de ce qui précède qu'en se fondant sur les éléments dont elle disposait, en particulier le catalogue commercial d'Iturri, et sur la base des documents du marché, qui distinguent les vêtements de pluie et les vêtements de haute isolation, la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur d'appréciation, considérer que la veste et le pantalon *Waterproof* mentionnés dans la référence d'Iturri ne correspondent pas aux vêtements « haute isolation » composant le set de référence BDCS.

Le premier moyen n'est pas sérieux en sa première branche.

#### *Quant à la seconde branche*

La seconde branche critique la motivation de la décision attaquée en ce que, après avoir considéré que seuls deux articles concernés par la référence d'Iturri répondent à la définition du set référentiel BDCS, elle énonce ce qui suit :

« De plus, ces articles ne font pas partie du set référentiel BDSC apporté/présenté par le candidat. Ce set provient du portfolio d'articles de la société SOURCE ».

Selon les termes du guide de sélection, les références doivent concerner « un set intégré d'au minimum trois (3) articles de vêtements provenant du même portfolio d'articles (catalogue commercial) existant et appartenant au set référentiel BDCS ».

Les conditions ainsi énoncées sont cumulatives. Il résulte de l'examen de la première branche que, *prima facie*, le pouvoir adjudicateur a pu considérer que

la première référence, à savoir celle d'Iturri, ne portait pas sur trois articles appartenant au set référentiel BDCS. Il s'ensuit que cette référence ne pouvait être prise en considération. Une éventuelle irrégularité du motif critiqué par la seconde branche serait à cet égard sans incidence, de sorte que cette branche est inopérante.

Le premier moyen n'est pas sérieux en sa seconde branche.

## V. Deuxième moyen

A l'audience, les requérantes ont déclaré se désister du deuxième moyen.

## VI. Troisième moyen

### VI.1. Thèse des parties requérantes

Le troisième moyen, soulevé à titre subsidiaire, est pris de la violation de l'article 5, 6°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, de l'article 60, § 2, 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 *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que des articles 2 et 3 de la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs,

en ce que la partie adverse a décidé d'exclure les parties requérantes, considérant que les références apportées par elles ne pouvaient pas être prises en compte, sans indiquer les motifs pour lesquels cette décision justifie l'exclusion des parties requérantes et sans assurer que la concurrence réelle soit encore assurée après l'exclusion des parties requérantes,

alors que, en vertu des dispositions du guide de sélection, la partie adverse s'est seulement réservé le droit d'exclure un candidat qui a obtenu un « *fail* » de l'analyse des autres critères de sélection et de la suite de la procédure. La partie adverse n'est donc pas obligée d'exclure un candidat qui a obtenu un « *fail* »,

et alors que l'article 60, § 2, 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 souligne l'importance d'une concurrence réelle et exige que le nombre de candidats retenus soit suffisant pour assurer une concurrence réelle.

Les requérantes font valoir ce qui suit :

« 54. Le guide de sélection prévoit que la méthode d'évaluation des critères de sélection est la suivante (...) :

“ Le candidat répond (*pass*) ou ne répond pas (*fail*) aux exigences minimales. En cas de ‘fail’, le Pouvoir Adjudicateur se réserve le droit d'exclure le candidat de l'analyse des autres critères de sélection et de la suite de la procédure” (...).

Partant, le guide de sélection prévoit que la partie adverse peut exclure un candidat qui ne répond pas aux exigences minimales. Cette formulation implique que la partie adverse n'est pas obligée d'exclure un tel candidat.

Conformément à cette formulation, le guide de sélection impose une obligation de motivation renforcée de la part de la partie adverse. La partie adverse doit en fait décider si elle exclura le candidat et, le cas échéant, elle doit indiquer les raisons pour lesquelles elle considère que le non-respect des critères de sélection est suffisant pour justifier l'exclusion de ce candidat. Cette obligation de motivation renforcée s'applique d'autant plus si l'exclusion restreint davantage la concurrence réelle.

55. Dans le document “Motifs de non-sélection” la partie adverse indique que (...) :

“ [...] Par conséquent, les références apportées NE peuvent PAS être prises en compte par le Pouvoir Adjudicateur”

La partie adverse a expliqué dans le document “Motifs de non-sélection” les raisons pour lesquelles elle a décidé que les parties requérantes ne répondent pas au critère de sélection qualitative comme stipulé au Par. 5.c.(2).(d). Néanmoins, ce document ne contient pas des motifs justifiant l'exclusion des parties requérantes suite à leur défaut (présumé) de satisfaire à ce critère de sélection qualitative.

Les parties requérantes ne sont donc pas en mesure de déterminer pourquoi le prétendu manque de références visées par le Par. 5.c.(2).(d) du guide de sélection est suffisamment grave pour qu'elles soient immédiatement exclues de la procédure d'attribution, alors que la partie adverse n'est pas obligée de le faire en vertu du guide de sélection.

En ne motivant pas pourquoi le fait de ne pas satisfaire à ce critère de sélection particulier est suffisant pour exclure les parties requérantes, la partie adverse n'a pas respecté (i) l'article 5, 6° 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, (ii) les articles 2 et 3 de la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que (iii) l'obligation de motivation renforcée conformément au guide de sélection et donc le principe général de droit “*patere legem quem ipse fecisti*”.

56. En outre, le nombre minimum de candidats sélectionnés ne peut être inférieur à trois. En tout état de cause, le nombre de candidats retenus doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle (Article 60, § 2 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).

La partie adverse n'a pas indiqué dans l'avis de marché le nombre minimal de candidats qu'il envisage de sélectionner (Article 60, § 2 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). Les parties requérantes ne peuvent donc pas vérifier si la partie adverse a sélectionné le nombre minimal de candidats.

57. Les motifs de non-sélection tels que transmis aux parties requérantes ne font pas mention du fait qu'une concurrence réelle était garantie, ni du nombre de candidats sélectionnés.

Bien qu'elle n'était pas tenue d'exclure les parties requérantes, la partie adverse a opté pour cette exclusion. Une autorité administrative raisonnable et diligente veille à ce que la concurrence réelle soit adéquatement préservée, puisqu'un nombre suffisant de candidats aurait néanmoins été sélectionné pour la phase suivante. Or, cela ne ressort pas de la décision attaquée, de sorte que, sur ce point également, la motivation de la décision attaquée est insuffisante. En effet, il est impossible de savoir si, malgré l'exclusion des parties requérantes, la concurrence réelle est toujours assurée.

La partie adverse jouit d'un pouvoir discrétionnaire dans le choix de l'exclusion d'un candidat grâce aux dispositions du guide de sélection. Ce pouvoir doit s'exercer dans le respect de la concurrence. Quand la partie adverse décide d'exclure les parties requérantes et quand cette exclusion a un impact néfaste sur la concurrence, la partie adverse doit certainement motiver pourquoi cette exclusion est néanmoins justifiée. Les motifs de non-sélection qui ont été communiqués aux parties requérantes ne contiennent pas une telle motivation.

Enfin, les parties requérantes constatent qu'il est même possible qu'un autre candidat qui n'a pas obtenu un "*pass*" pour un des critères de sélection qualitative soit quand même sélectionné par la partie adverse. Ceci constituerait, le cas échéant, une violation du principe d'égalité.

Partant, en adoptant la décision attaquée, la partie adverse a violé les dispositions et les principes cités dans le moyen.

[...] ».

Le troisième moyen est sérieux.

## VI.2. *Appréciation du Conseil d'État*

Le guide de sélection énonce ce qui suit (pages 9 à 11) :

### « a. Généralités

En ce qui concerne l'évaluation des critères de sélection repris au Par. 5, le Pouvoir Adjudicateur se servira d'une des méthodes reprises ci-dessous ou d'une combinaison des méthodes.

La matrice d'évaluation sous forme de tableau en Par. 4.e de ce document permet au candidat de s'informer sur la méthode d'évaluation appliquée et les coefficients de pondération (les poids [*sic*]) pour les critères d'exclusion et de sélection.

### b. Pass/Fail (Méthode 1)

Le candidat répond (*pass*) ou ne répond pas (*fail*) aux exigences minimales. En cas de "*fail*", le Pouvoir Adjudicateur se réserve le droit d'exclure le candidat de l'analyse des autres critères de sélection et de la suite de la procédure.

[...]

### e. Matrice d'évaluation

En synthèse, le Pouvoir Adjudicateur se servira en première instance de la méthode “*Pass/Fail*” (méthode 1) pour évaluer les critères. Par la suite, des appréciations additionnelles peuvent être accordées sur base de la méthode 2 ou sur base des points bonus. UNIQUEMENT les candidats que réussissent le test “*Pass/Fail*”, peuvent alors gagner des points additionnels et peuvent être repris dans le classement final, qui sera rédigé sur base de la matrice d’évaluation suivante :  
[suit un tableau] ».

Les parties requérantes reprochent au pouvoir adjudicateur de ne pas indiquer les motifs pour lesquels la circonstance que les références apportées par elles ne pouvaient être prises en compte justifiait, leur exclusion, sans vérifier que la concurrence réelle soit encore assurée.

En énonçant qu’en cas de « *fail* », le pouvoir adjudicateur « se réserve le droit d’exclure le candidat de l’analyse des autres critères de sélection et de la suite de la procédure », le guide de sélection semble indiquer que l’autorité peut, dans cette hypothèse, arrêter son examen au critère en cause. Il ne semble pas qu’il puisse en être déduit que le pouvoir adjudicateur pourrait choisir, parmi les candidats invités à présenter une offre, un opérateur économique qui ne satisfait pas à un critère de sélection.

En l’espèce, force est de constater qu’il ressort du rapport de sélection, en particulier de son annexe D, que la partie adverse a procédé, en ce qui concerne la demande de participation des requérantes, à l’examen de tous les critères de sélection et qu’elle ne s’est donc pas limitée au seul critère de l’expérience. Par ailleurs, dès lors que le premier moyen, qui critique les motifs de la non-sélection des requérantes, n’est pas sérieux, il ne semble pas que le présent moyen soit de nature à présenter quelque effet utile pour les requérantes.

Le troisième moyen paraît soit inopérant soit dépourvu d’intérêt pour les requérantes. Il n’est donc pas sérieux.

## VII. Quatrième moyen

### VII.1. Thèse des parties requérantes

Dans leur note complémentaire, les requérantes soulèvent un moyen nouveau, le quatrième, pris de la violation de l’article 69, § 1<sup>er</sup>, et l’article 75 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 ainsi que du principe *patere legem quam ipse fecisti*, en ce que la partie adverse a sélectionné un candidat qui ne répond pas aux exigences du

critère de sélection qualitative 1.c (ancrage local) et 2.a (fiabilité et expérience – capacité financière et économique).

En ce qui peut être qualifié de première branche, elles soutiennent que le troisième candidat sélectionné, à savoir le consortium Goldeck (AT) – Rheinmetall (DE) (ci-après « Consortium Goldeck Rheinmetall », ne possède pas l’ancrage local demandé dans le critère de sélection qualitatif 1.c, lequel est rédigé comme suit :

« (c)Ancrage local

Le candidat doit fournir une description claire de sa structure organisationnelle (locale) et démontrer son fonctionnement efficace au moyen d'un effectif correspondant, d'un aperçu des équipements et des infrastructures (par exemple, bureaux, entrepôts, etc.) en Belgique. Le cas échéant, il fournit également une description de la répartition des rôles et/ou des tâches attribués dans le cadre de ce marché. L’ancrage local doit montrer que le candidat a (non exhaustif) :

- o Une capacité en Belgique qui permet au candidat d’assurer le suivi général et journalier de ce marché;

- o Une capacité “*Frontoffice*” en Belgique qui se charge notamment du “service après-vente” (SAV). Par le SAV, le Pouvoir Adjudicateur sous-entend, entre autres, le traitement de plaintes, les appels à la garantie, l’entretien, l’instruction via “*online tutorials*” et/ou autre matériel vidéo (par exemple le “*fitting*” des vêtements et des équipements), la documentation (par exemple des fiches techniques), etc.

- o Une capacité “*Backoffice*” en Belgique comme élément d’un “plan de soutien logistique intégré et durable”. Par cela, le Pouvoir Adjudicateur sous-entend, entre autres, la prise de tailles, la livraison, la distribution, l’évacuation et le réusage des vêtements de combat.

MÉTHODE D’ÉVALUATION

En ce qui concerne les exigences minimales relatives à l’ “Ancrage local”, le Pouvoir Adjudicateur se servira de la méthode 1 (*Pass/Faill*) ».

Les requérantes soutiennent par ailleurs que la société Goldeck « ne possède aucune présence en Belgique », tandis que la société, allemande « Rheinmetall Aktiengesellschaft » a une unité d’établissement en Belgique située rue Royale 75 à 1000 Bruxelles et qu’une simple recherche sur *Google Maps* montre qu’il s’agit simplement d’un immeuble de bureaux. Elles ajoutent que le site *web* de Rheinmetall renseigne pour Rheinmetall AG l’adresse suivante : square de Meeus 21, laquelle est différente de l’adresse enregistrée dans la BCE, avec un numéro de portable allemand

Elles allèguent qu’il n’existe aucun élément qui démontre que le consortium Goldeck Rheinmetall puisse répondre au critère de sélection 1.c, y compris les critères non-exhaustifs, d’avoir en Belgique une capacité « *frontoffice* » permettant de garantir le suivi des plaintes, les appels à la garantie, l’entretien, ou d’avoir un « *backoffice* » pour pouvoir prendre des tailles, garantir la livraison, la distribution, l’évacuation et le réusage des vêtements de combats.

En ce qui peut être qualifié de seconde branche, les requérantes font valoir que le critère de sélection qualitatif 1.c. prévoit que le candidat doit atteindre un chiffre d'affaires annuel moyen d'au minimum 105 millions d'euros dans le cadre de l'activité économique qui fait l'objet du marché, à savoir la production/livraison de vêtements et équipements militaires. Or, elles soulignent que les sociétés impliquées dans le consortium Goldeck Rheinmetall sont surtout actives dans d'autres secteurs que celui des vêtements :

- d'une part, la société Rheinmetall est spécialisée dans la technologie militaire, mais pas dans l'objet du marché, à savoir la production et la livraison de vêtements et d'équipements militaires;
- d'autre part, la société Goldeck produit des vêtements isolants mais également des matelas à eau et des produits de literie; à première vue, sur la base du catalogue disponible, les *combat shirt* et *combat trousers* ne font pas partie de leur offre.

Elles en déduisent que, sur le vu des informations dont elles disposent, le consortium Goldeck Rheinmetall n'est pas capable de démontrer un chiffre d'affaires supérieur à 105 millions d'euros lié à l'objet du marché, de sorte qu'elle a sélectionné un candidat ne répondant pas au guide de sélection.

## *VII.2. Appréciation du Conseil d'État*

### *Quant à la première branche*

Sous le titre « Ancrage local » (page 17), le guide de sélection impose au candidat de fournir une description de la répartition des rôles ou des tâches attribués dans le cadre du marché. L'ancrage local doit montrer que le candidat a une capacité en Belgique lui permettant d'assurer le suivi général et journalier de ce marché, une capacité « *Frontoffice* » qui se charge notamment du service après-vente et une activité « *Backoffice* » comme élément d'un plan de soutien intégré et durable.

Le guide de sélection (page 5) décrit comme suit l'ancrage local : « l'adjudicataire travaille ensemble avec une entreprise belge qui peut intervenir au nom et pour compte de l'adjudicataire en ce qui concerne par exemple la gestion journalière et le service après-vente ».

Il ressort de l'annexe E au rapport de sélection que le pouvoir adjudicateur a vérifié si les conditions énoncées dans le guide de sélection relatives à l'ancrage local sont remplies. Il y est indiqué que Rheinmetall a une unité d'établissement à Bruxelles, laquelle peut constituer l'ancrage local offrant

notamment une capacité de « *Frontoffice* » et de « *Backoffice* ». Dans sa note d'observations complémentaire, la partie adverse précise que le bureau de Bruxelles dispose d'employés attachés à son établissement et que la structure comprend notamment un *front office* et un *back office*

dont les tâches sont définies avec précision dans la demande de participation, ce que confirme l'examen de ladite demande, qui constitue une pièce confidentielle.

Le pouvoir adjudicateur a donc pu raisonnablement considérer que les requérantes satisfaisaient au critère de l'ancrage local eu égard, en particulier, à l'objectif poursuivi. Une antenne locale semble de nature à permettre la gestion journalière et le service après-vente. Force est de rappeler à cet égard qu'il s'agit d'un critère de sélection qualitatif, permettant au pouvoir adjudicateur de se prononcer sur la capacité du candidat à répondre à ses attentes, mais pas sur la structure qui sera le cas échéant mise en place. Il suffit ici de constater que la capacité d'ancrage local ne semble pas manifestement inexistante.

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

#### *Quant à la seconde branche*

Selon les termes du guide de sélection, le candidat doit indiquer qu'il dispose d'un chiffre d'affaires annuel moyen d'au minimum 105 millions d'euros « dans le cadre de l'activité économique qui fait l'objet de ce marché (la production/livraison de vêtements et équipements militaires) ». Il est précisé qu'au cas où le candidat se présenterait comme consortium, le critère en cause sera examiné sur base de la somme des chiffres d'affaires des membres individuels du consortium.

L'annexe E du rapport de sélection indique que le pouvoir adjudicateur a pu constater, sur la base des éléments disponibles, que le chiffre d'affaires du consortium Goldeck Rheinmetall est d'au moins 105.000.000 euros.

Les requérantes soutiennent que, sur la base des informations dont elles disposent, ce candidat ne pouvait être sélectionné dès lors qu'il n'est pas capable de démontrer un chiffre d'affaires supérieur à 105 millions d'euros lié à l'objet du marché. Cette branche du moyen repose sur le postulat que les sociétés impliquées dans le consortium « sont surtout actives dans d'autres secteurs que celui des vêtements ».

Il convient d'abord de relever que le procès-verbal de la session d'information du 16 février 2021 comporte la « clarification » suivante relative au « domaine de l'équipement militaire » :

« Dans le cadre du présent marché, le domaine de l'équipement militaire doit être entendu au sens large : les vêtements et équipements destinés à des services de sécurité publique spécifiques tels que (non exhaustif) les services de police, les services d'incendie, les forces de sécurité, etc. peuvent également être inclus dans ce domaine ».

Il s'ensuit que, comme le souligne la partie adverse dans sa note complémentaire d'observations, cette définition est large et vise, outre le textile, tout équipement spécifique destiné à des services de sécurité, tels que, notamment, « des casques, *Load bearing Vest* et protections balistiques ». Une telle conception extensive paraît admissible eu égard à l'objectif du critère de sélection en cause, qui a trait à la capacité financière et économique, et non à la capacité technique et professionnelle. Il s'agit, pour le pouvoir adjudicateur, de s'assurer qu'il entre dans une relation commerciale avec un opérateur économique disposant d'une bonne santé financière et non de vérifier ses capacités techniques dans le domaine du marché.

Si les requérantes allèguent, en se fondant sur le rapport annuel de Rheinmetall pour l'année 2020, que les différentes divisions et activités de cette société ne couvrent pas les activités dans le secteur du textile, force est toutefois de constater qu'il ressort de la demande de participation du consortium que le domaine de l'équipement militaire et, en particulier, des vêtements, n'est pas étranger aux activités de cette société, notamment par la réalisation du projet « *Infanterist der Zukunft* ». En ce qui concerne Goldeck, la demande de participation du consortium montre que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, les chemises et pantalons de combat font partie de l'assortiment de cette société. Le postulat sur lequel se fonde la seconde branche du moyen semble erroné dès lors qu'il paraît déraisonnable de considérer que les sociétés formant le consortium ne seraient pas actives dans le secteur concerné.

Il peut encore être relevé que le pouvoir adjudicateur a pu constater que le consortium a apporté un set référentiel conforme aux prescriptions du guide de sélection et qu'il a produit une référence conforme à ce qu'exige le guide et qui implique un volume de livraison conséquent.

Sur la base des éléments qui précèdent, au terme d'un examen *prima facie* en référé d'extrême urgence, il ne paraît pas pouvoir être considéré que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que le

consortium Goldeck Rheinmetall respecte l'exigence, formulée dans le guide sélection, relative au chiffre d'affaires.

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

### *Conclusion*

Le quatrième moyen n'est pas sérieux, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur sa recevabilité.

### *VIII. Confidentialité*

Les requérantes déposent à titre confidentiel la pièce 18 de leur dossier. Il s'agit de leur demande de participation accompagnée de ses annexes.

La partie adverse dépose un dossier de pièces dont elle demande que la confidentialité soit préservée. Il s'agit du rapport de sélection (pièce n° 1), ainsi que des demandes de participation de Cooneen (UK), NFM (PL), RA Company (BE) (pièce 2), de Seyntex (BE), Sioen (BE), Crye Precision (US) (pièce 3), des requérantes (pièce 5) et de Goldeck (AT), Rheinmetall (DE) (pièce 6).

Dans leur note complémentaire, les requérantes demandent de lever la confidentialité de la pièce n° 1 (rapport de sélection) ou, à titre subsidiaire, de lever sa confidentialité en supprimant de celle-ci les données à titre strictement confidentiel. Dès lors que la partie adverse a transmis une version dudit rapport expurgée de ses éléments confidentiels, la demande des requérantes a perdu son objet.

En conséquence, y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

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

### **Article 1<sup>er</sup>.**

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

### **Article 2.**

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

**Article 3.**

Les pièces 18 annexée à la requête et 1, 2, 3, 5 et 6 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

**Article 4.**

Conformément à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur à la partie adverse qui n'a pas choisi la procédure électronique.

**Article 5.**

Les parties requérantes supportent les dépens, à savoir les droits de rôle de 400 euros et la contribution de 20 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI<sup>e</sup> chambre siégeant en référé, le 2 août 2021 par :

Imre Kovalovszky,  
Nathalie Roba,

président de chambre,  
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky