

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

n° 251.502 du 16 septembre 2021

A. 234.346/VI-22.129

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'État chargé
de la Politique scientifique,
ayant élu domicile chez
M^{es} Barteld SCHUTYSER, Robin MEYLEMANS
et Gauthier VLASSENBRÖECK, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 18 août 2021, la société de droit français CNN-MCO et la société de droit français Compagnie maritime nantaise demandent, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise à une date inconnue, 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 (...) [ainsi que] de l'éventuelle décision d'attribution du marché litigieux » et, d'autre part, l'annulation de ces décisions.

Dans cette requête, les mêmes requérantes sollicitent, au titre de mesures provisoires, que le Conseil d'État « ordonne 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 dans l'hypothèse où des premières négociations auraient déjà eu lieu ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 19 août 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 8 septembre 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, comparaisant pour les parties requérantes, et M^e Robin Meylemans, avocat, comparaisant 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

L'exposé des faits utiles à l'examen de la demande, auquel se réfère l'arrêt n° 251.147 du 29 juin 2021, se présente 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	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 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. 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.
181-220	Même scénario 141-180 avec extension de la zone de déploiement, conformément au scénario préétabli de 300 jours de navigation (voir b.1. Ambition). Exécuter des missions payées par des tiers.
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 précisaient 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'AR. 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’AR. 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 [...] ».

L'arrêt n° 251.147, prononcé le 29 juin 2021 par le Conseil d'État, ordonne notamment 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.

À la suite de cet arrêt, la partie adverse a – à une date inconnue, qu'elle situe en juillet, dans sa note d'observations – pris une décision dans laquelle elle considère notamment que l'offre de la requérante est entachée d'une irrégularité substantielle. Selon les requérantes qui ne sont pas contestées sur ce point, cette décision, qui constitue le premier acte attaqué par le présent recours, leur a été communiquée par courrier électronique le 5 août 2021. Les requérantes déclarent, par ailleurs, ignorer si une décision d'attribution du marché litigieux a été prise, auquel cas celle-ci constituerait le second acte attaqué par le présent recours.

IV. Objet de la demande de suspension

Il ne ressort ni des écrits et pièces de la procédure, ni des débats tenus à l'audience du 8 septembre 2021, qu'une décision d'attribution du marché litigieux aurait été prise avant la clôture des débats.

Le demande de suspension doit être déclarée sans objet en tant qu'elle porte sur l'éventuelle décision d'attribution du marché litigieux.

V. Moyen unique

V.1. Thèse des requérantes

Les requérantes soulèvent un moyen unique, « pris de la violation de l'article 38 de la loi du 17 juin 2016, de l'article 76, §1-2-4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, 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, des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe général d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, du principe général de transparence, des articles 8 et 9 du cahier des charges, du principe général *patere legem quam ipse fecisti*, du principe du raisonnable, du principe de motivation matérielle des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir », « [e]n ce que la partie adverse a écarté l'offre des requérantes au motif que cette offre présenterait une irrégularité substantielle », « [a]lors que selon les dispositions et principes visés au moyen :

- La partie adverse ne pouvait pas considérer l'existence d'un plafond financier comme prescrit à peine d'irrégularité substantielle, compte tenu notamment des déclarations de la partie adverse préalablement à la remise des premières offres;
- Le plafond financier indiqué au cahier des charges ne pouvait légalement s'appliquer que pour les offres finales;
- la partie adverse aurait dû motiver formellement sa décision de déclarer l'offre des requérantes irrégulière; à tout le moins, la motivation de cette décision est inexacte ».

Elles développent ce moyen comme suit :

« 26 Il est indéniable que la partie adverse devait encore formuler certaines précisions et apporter davantage d'informations sur le projet puisqu'elle n'avait pas encore une vision précise de ses besoins.
Il était convenu que tout ceci serait éclairci dans le cadre des négociations.
Les documents du marché présentaient diverses imprécisions, et il était clair que celles-ci seraient – et devaient être levées – dans le cadre des négociations notamment par le biais de “réflexion commune” et des propositions des uns et des autres.

27 En la matière, le cahier spécial des charges dispose notamment comme suit :

“ La méthode d'évaluation pour déterminer la cote pour chaque critère d'attribution sera déterminée pendant la phase de négociation. Elle sera communiquée aux Soumissionnaires avec qui des négociations sont entreprises au plus tard au moment de l'invitation à soumettre la *Best And Final Offer* (BAFO).

Lors de la soumission de la BAFO, le Soumissionnaire joindra un document détaillé contenant tous les éléments dont le comité d'évaluation a ou aura besoin pour appliquer la méthode d'évaluation, mentionnée dans l'invitation à soumettre la BAFO, pour attribuer une cote à chaque critère d'attribution.

Le Pouvoir Adjudicateur opte pour la méthode décrite ci-dessus parce que le marché concerne des services et des fournitures pour lesquels le marché ne peut être attribué sans négociations préalables en raison de circonstances particulières liées à la nature, à la complexité, aux conditions juridiques et financières et aux risques qui s'y rattachent visés à l'article 38, §1, 1°, c) de la loi sur les marchés publics du 17 juin 2016.

Le choix d'établir la méthode d'évaluation au cours des négociations est justifié comme suit :

- le marché ne concerne pas seulement l'entretien préventif et correctif du navire de recherche par la fourniture des pièces de rechange nécessaires, mais aussi son armement partiel, la fourniture du carburant nécessaire et la gestion opérationnelle et technique complète du navire; une réflexion commune entre les Soumissionnaires et le Pouvoir Adjudicateur doit pouvoir aboutir à une formule qui s'inscrit pleinement dans le programme de navigation prévu avec un équipage mixte de civils et de militaires détachés et dans laquelle les ambitions de [lire : du] Pouvoir Adjudicateur sont pleinement et qualitativement réalisées;
- en même temps, la gestion logistique doit tenir compte des relations logistiques, de l'orientation, de la fonctionnalité et de l'efficacité; les aspects techniques ne peuvent donc pas être décrits de manière suffisamment

détaillée pour définir, avant les négociations proprement dites, une méthodologie d'évaluation pour chacun des critères d'attribution sur la base desquels une cote peut être attribuée. L'interaction entre le Pouvoir Adjudicateur et les Soumissionnaires sera nécessaire afin d'optimiser la gestion et la maintenance opérationnelles et techniques pour répondre aux besoins des utilisateurs et des scientifiques embarqués.
(...)"

28 S'agissant du prix, le cahier des charges indiquait également que :

" Le prix ne peut être déterminé de manière définitive qu'après être passé par les différentes étapes de la procédure et donc après les négociations avec les Soumissionnaires concernés. Il ne sera possible de déterminer le montant attribué qu'après l'attribution sur la base de la ☐ Best And Final Offer ☐ du soumissionnaire préférentiel".

29 De même, en ce qui concerne les spécifications, le cahier des charges indiquait bien que

" Les prestations de services seront conformes aux spécifications énoncées à l'annexe B, telle que jointe au présent document, et aux spécifications supplémentaires ou modifiées telles que formulées lors des négociations et au plus tard lors de l'invitation de la BAFO à chaque Soumissionnaire.

Au cours des négociations, le Pouvoir Adjudicateur se réserve le droit de déroger à toutes les spécifications mentionnées dans l'annexe B, telle que jointe au présent document, dans la mesure où elles sont marquées comme des dispositions non essentielles dans le cadre du présent cahier spécial des charges".

30 Les réponses aux questions posées étaient également claires sur le fait que tout devait encore être négocié :

" Nous ne souhaitons rien ajouter au contenu du CSCh pour le moment. Veuillez noter que, sans préjudice des dispositions à cet égard, le CSCh ne comprend que les exigences minimales auxquelles l'offre initial doit satisfaire et que tout le reste fera l'objet des discussions lors de la phase de négociation, à condition qu'il ne soit pas décidé d'attribuer le marché immédiatement"
(...).

31 Certes, comme le souligne l'acte attaqué, le 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".

32 Néanmoins, compte tenu de la rédaction des documents du marché et, en particulier, du cahier spécial des charges, il n'apparaît nulle part que cette exigence serait prescrite à peine d'irrégularité substantielle.

Le cahier spécial des charges indique d'ailleurs que les exigences essentielles prescrites à peine d'irrégularité substantielle sont spécifiées à l'aide du signe "[I]" ou [I1], ce qui n'était pas le cas de la spécification relative au prix maximal.

Le cahier spécial des charges indique, en effet, ceci :

" (2) Types de spécifications

[I] ou [I1] : Exigence indispensable à laquelle l'offre doit satisfaire dès son introduction, sous peine d'être déclarée non conforme et d'être exclue du marché.

[I2] : Exigence indispensable à laquelle les services devront satisfaire lors de l'exécution.

[S] : Exigence souhaitable apportant une plus-value lors de l'évaluation des offres.

[D] : Exigence ayant pour but de démontrer la conformité du matériel à une exigence [I] ou [S] au moment de l'introduction de l'offre. Une exigence [D] est satisfaite par la production des pièces probantes exigées sous forme de documents et/ou de données. Pour chaque exigence [D], le CSCCh précise clairement quel doit être le contenu qualitatif et quantitatif minimum de ces documents et/ou données. Fournir des documents et/ou des données incomplets a pour conséquence que :

Pour une exigence [I], l'offre sera entachée d'une irrégularité substantielle.

Pour une exigence [S], il n'y aura pas de plus-value attribuée à l'offre.

[-] : Spécification fournie à titre d'information."

Le cahier spécial des charges précisait d'ailleurs à de nombreuses reprises que certaines exigences étaient véritablement essentielles, mais ce n'était pas le cas du plafond financier, à tout le moins en ce qui concerne la première offre.

33 Soutenir une autre interprétation irait d'ailleurs à l'encontre des dispositions du cahier spécial des charges reprises ci-avant et les priverait de leur utilité.

L'existence du plafond ne pouvait pas légalement s'interpréter à ce stade comme prescrit à peine d'irrégularité substantielle, compte tenu des affirmations de la partie adverse selon lesquelles tout devait encore être négocié, ce qui aurait permis, *in fine*, la remise d'une offre finale en bonne et due forme.

En effet, il était impossible de remettre un prix compte tenu des imprécisions du cahier des charges, imprécisions relevées d'ailleurs *in tempore non suspecto*.

Le cahier spécial des charges lui-même indiquait que "Le prix ne peut être déterminé de manière définitive qu'après être passé par les différentes étapes de la procédure et donc après les négociations avec les Soumissionnaires concernés. Il ne sera possible de déterminer le montant attribué qu'après l'attribution sur la base de la ☐ *Best And Final Offer* ☐ du soumissionnaire préférentiel".

Cette précision du cahier spécial des charges était également parfaitement logique compte tenu :

- De la complexité du marché, des difficultés de chiffrage liées à l'étendue du périmètre à chiffrer et de l'interprétation libre des exigences du cahier des charges;
- Du fait que la partie adverse n'avait elle-même pas encore établi ses besoins précis;
- des nombreux points encore en suspens :
 - qui devaient être discutés;
 - qui devaient être négociés;
 - et qui, en fonction des propositions des uns et des autres, devaient aboutir à un choix précis de la partie adverse. Ensuite de quoi la BAFO serait établie et le marché attribué dans le respect des principes visés au moyen.

34 En tout état de cause, le dépassement du prix maximal pour la première offre ne peut pas être considéré comme constitutif d'une irrégularité substantielle compte tenu de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

L'article 76 dispose comme suit :

Art. 76. § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.

L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.

Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;

2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi,

- pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;
- 3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.
- § 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.

En l'espèce, le fait que le prix (temporairement) proposé par les requérantes soit supérieur au maximum prévu n'est pas de nature à donner un avantage discriminatoire, ni à entraîner une distorsion de concurrence, ni n'empêche l'évaluation de l'offre et ne rend pas non plus inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Cela n'est d'ailleurs pas soutenu par la partie adverse.

A ce stade, comme indiqué plus bas, la partie adverse ne pouvait de toute façon pas comparer les premières offres remises puisque celles-ci ne sont pas comparables.

Une attribution sur la base des premières offres serait même interdite vu l'absence manifeste de comparabilité des premières offres.

L'absence de comparabilité des premières offres est également liée au fait que le cahier spécial des charges lui-même indiquait que "La méthode d'évaluation pour déterminer la cote pour chaque critère d'attribution sera déterminée pendant la phase de négociation. Elle sera communiquée aux Soumissionnaires avec qui des négociations sont entreprises au plus tard au moment de l'invitation à soumettre la *Best And Final Offer* (BAFO)".

Or, comment peut-on comparer des offres et *a fortiori* se réserver le droit d'attribuer un marché sans avoir prévu de méthode d'évaluation ?

A cet égard, le simple fait que la partie adverse indiquait le 1^{er} avril 2021 que les candidats "auront la possibilité, lors de la première phase des négociations, d'expliquer en détail [l'] offre et les hypothèses retenues aux membres du comité de négociation", n'implique pas que les offres remises soient comparables au premier tour ?

Par ailleurs, à supposer qu'il y ait irrégularité, *quod non*, celle-ci ne relève pas d'une des trois hypothèses visées à l'article 76, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et la fixation d'un plafond ne suffit pas à conclure que son dépassement serait constitutif d'une irrégularité substantielle.

35 Il n'est naturellement pas déraisonnable que, pour des raisons budgétaires, la partie adverse fixe un plafond financier.

Ainsi, il ne serait pas déraisonnable d'écarter une offre finale dont le montant est supérieur au plafond financier.

Néanmoins, la fixation d'un prix maximal n'a pas de sens pour une première offre :

- dont la contrepartie du prix n'est pas encore suffisamment précisée;
- lorsque les éléments à dispositions des soumissionnaires ne sont pas suffisants pour établir des offres comparables entre elles;
- et surtout lorsqu'il était convenu que la partie adverse communique les informations pertinentes après le brainstorming supposé avoir lieu lors des négociations;

Il n'est pas acceptable qu'un candidat soit exclu sur la base d'une première offre lorsque la contrepartie du prix, à savoir les prestations à accomplir, ne sont pas, au moment du dépôt de la première offre, déterminées.

36 Le fait que la partie adverse se soit réservée "le droit d'attribuer le marché sur la base des offres initiales" n'implique pas que ce droit soit inconditionnel vu les nombreux éléments encore indéterminés au premier tour.

De plus, une telle réserve est contraire à l'article 38, §1, 1^o, c), de la loi du 17 juin 2016 invoqué par la partie adverse pour justifier le recours à la procédure

concurrentielle avec négociation, puisque cet article concerne précisément l'hypothèse dans laquelle :

“ c) le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent”.

37 Il serait également contraire au principe d'égalité et aux dispositions visées au moyen qu'un contrat soit conclu avec un candidat pour qu'ensuite une partie importante soit négociée dans un sens ou dans un autre.

A la vérité, c'est la conclusion d'un contrat sur la base de spécifications et de précisions non encore établies qui “rendrait inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché”.

Comme le souligne une certaine doctrine :

“ Comment comparer objectivement et sérieusement des offres qui ne concernent pas le même projet ? Ce serait comparer des pommes et des poires.”

Au vu de ce qui précède, l'acte attaqué est également contraire au principe d'égalité et au principe de motivation matérielle.

38 Les requérantes précisait bien cela dans leur *e-mail* 27 avril 2021 :

(...)

“ Comme vous avez dû le lire au sein de notre offre, nous vous avons signalé que le prix que nous vous avons remis ne saurait être un prix définitif. En effet, l'ouverture très large des exigences du cahier des charges laissant la place à des compréhensions variées des attendus, ainsi que l'absence de données techniques, ou d'exploitation, jointes au cahier des charges, nous ont amené à émettre un grand nombre d'hypothèses et de marge pour risques impliquant de fait un prix élevé sur cette première offre.

Nous avons évidemment bien pris note des exigences financières que vous signalez. Toutefois nous avons considéré tels que le § 9 du CSCH le précise, que des explications seraient données par le Pouvoir Adjudicateur sur son besoin et des échanges interviendraient afin de lever les ambiguïtés et questions elles-mêmes réclamées dans les pièces à fournir au titre de l'offre, de sorte que tous les candidats soient amenés à chiffrer des périmètres techniques identiques sur une seconde demande d'offre en conformité avec les règles de la commande publique.

(...)”

(...).

Le moyen est sérieux et fondé ».

V.2. *Appréciation du Conseil d'État*

Le moyen ne met pas en cause la légalité de la prescription relative à l'exigence de respect d'un plafond financier, mais bien son application par la partie adverse, en considérant qu'était entachée d'irrégularité substantielle l'offre des requérantes, dont le montant dépassait ce plafond. Ce moyen ne conteste pas davantage la réalité du dépassement du plafond financier constaté par la partie adverse dans l'offre des requérantes.

L'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit :

- « § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.
L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.
Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.
Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :
- 1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;
 - 2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;
 - 3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.
- § 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.
- § 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3.
- § 4. Sans préjudice de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres autres que les offres finales, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Lorsqu'il s'agit d'une offre finale, le paragraphe 3 s'applique.
- Lorsqu'une offre comporte plusieurs irrégularités non substantielles qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, le pouvoir adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations.
- Le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.
- § 5. Sans préjudice du paragraphe 2 et de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Le pouvoir adjudicateur décide soit de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser cette irrégularité. Il en va de même si l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3 ».

Le Guide de sélection diffusé dès le début de la procédure de passation du marché litigieux contenait, sous le titre « II.1. Situation générale du marché » la mention suivante relative à l'exigence de limitation du prix offert :

- « 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*) ».

Comme annoncé par cette mention, celle-ci était assortie, sous le titre « III.12. Critères d'adjudication », de l'indication suivante :

« 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 ».

Le cahier spécial des charges diffusé parmi les candidats sélectionnés contenait, par ailleurs, les prescriptions suivantes :

- « 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 » (p.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» (p.14 du cahier spécial des charges).

Il apparaît bien, à la lecture de ces extraits des documents du marché, que le prix proposé par chaque soumissionnaire devait l'être dans le respect d'un plafond financier qui ne pouvait être dépassé « en aucun cas ». Cette dernière précision atteste clairement l'importance que la partie adverse attachait au respect du plafond financier ainsi fixé, lequel peut donc, *prima facie*, apparaître comme constituant une « exigence minimale » au sens de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, 3°. En conséquence, les requérantes ne peuvent sérieusement – et à tout le moins sur la base des développements de leur requête – soutenir que l'irrégularité identifiée par la partie adverse ne relèverait pas d'une des trois hypothèses visées à l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, précité. Pour cette raison, est vain l'argument exposé au point 34 de la requête et tiré d'une prétendue absence de comparabilité des offres, qui – à le supposer digne d'être suivi – n'exclurait pas que l'irrégularité de l'offre des requérantes résultant de la dérogation à l'exigence de plafond financier doive être qualifiée de substantielle au regard d'une des autres hypothèses énumérées à l'article

76, § 1^{er}, alinéa 3. La requête ne contient pas de démonstration incitant à en juger différemment.

Contrairement à ce que soutiennent les requérantes, ce caractère d'« irrégularité substantielle » ne peut être contesté à la lecture des autres indications des documents, dont elles prétendent pouvoir tirer argument. Deux observations doivent être formulées à ce propos :

- La prescription litigieuse n'était certes pas expressément prescrite à peine d'irrégularité substantielle. L'absence d'une telle mention expresse n'exclut toutefois pas le caractère d'irrégularité substantielle retenu par la partie adverse; l'argument exposé à ce propos au point 32 de la requête ne peut, *prima facie*, être accueilli, et ce pour le motif qu'expose la partie adverse au point 20 de sa note d'observations, dans les termes suivants :

« 20. Par ailleurs, il n'est pas exact de soutenir que “le cahier des charges indique d'ailleurs que les exigences essentielles prescrites à peine d'irrégularité substantielle sont identifiées à l'aide du signe □[I]□ ou [I1]” (la requête, p. 19). Ces signes ne sont en effet utilisés que dans le cadre des spécifications techniques, à l'exclusion de toutes autres exigences (financières ou de forme). Le cahier des charges ne laisse planer aucun doute là-dessus : l'usage de ces signes est mentionné sous le titre “3.g. spécifications techniques” (pp. 7-8), “5.g documents à joindre au volet technique” (p. 11) et apparaissent systématiquement à l'Annexe B : Spécifications techniques. Aucune mention de ces signes n'est faite sous le titre “5.h inventaire” (p. 12) ou “9. prix” (p. 16) ou dans les différents passages du cahier des charges relatifs aux exigences formelles (signature, dépôt électronique, etc.). Cela ne signifie naturellement pas pour autant que les exigences autres que purement techniques ne sont jamais essentielles. Les requérantes ne peuvent pas raisonnablement soutenir cette thèse ».

- La qualification d'« irrégularité substantielle » qu'impose le libellé clair de la prescription relative au « prix plafond » ne peut être remise en cause, comme le suggèrent les requérantes, par les indications des documents du marché faisant état des précisions, évolutions et adaptations attendues – en plusieurs aspects – lors des négociations projetées, ce dont elles déduisent notamment qu'« il était impossible de remettre un prix compte tenu des imprécisions du cahier des charges, imprécisions relevées d'ailleurs *in tempore non suspecto* ». Les développements de la requête à ce sujet s'apparentent en réalité à une critique de la prescription relative au plafond financier, en ce que celle-ci serait en contradiction avec les autres prescriptions rendant compte de l'organisation de la procédure de passation conçue par la partie adverse. De tels griefs sont étrangers au moyen qui, comme cela a déjà été relevé, met en cause l'application de la prescription litigieuse, mais non sa validité.

Par ailleurs, la thèse des requérantes selon laquelle l'exigence relative au plafond financier n'aurait pas revêtu un caractère essentiel pour ce qui concerne l'offre initiale ne peut être suivie. En effet, elle implique nécessairement – à en juger en extrême urgence par ce que les requérantes paraissent tenter d'en tirer argument – que l'offre initiale déposée par celles-ci ne les aurait pas engagées, alors que rien n'indique que le marché litigieux aurait – à supposer que ce soit possible dans le respect de la législation applicable – été conçu de façon à ce que les offres initiales puissent être dépourvues d'un tel effet juridique. Par ailleurs, les documents du marché ne pouvaient être interprétés dans un sens conforme à la thèse des requérantes, au vu des réponses aux questions posées, et notamment de celle dont elles reproduisent la teneur au point 30 de leur requête et qui se lit comme suit :

« Nous ne souhaitons rien ajouter au contenu du CSCh pour le moment. Veuillez noter que, sans préjudice des dispositions à cet égard, le CSCh ne comprend que les exigences minimales auxquelles l'offre initial doit satisfaire et que tout le reste fera l'objet des discussions lors de la phase de négociation, à condition qu'il ne soit pas décidé d'attribuer le marché immédiatement ».

En effet, d'une part, il ressort de cette réponse que l'offre initiale devait satisfaire aux « exigences minimales », parmi lesquelles – comme cela a déjà été constaté – figurait l'obligation de respect du plafond financier; cette obligation que l'offre initiale satisfasse aux exigences minimales implique nécessairement que l'offre dérogeant à l'une de celles-ci était susceptible d'être sanctionnée, conformément à l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, 3^o de l'arrêté royal du 18 avril 2017; d'autre part, la possibilité d'attribuer immédiatement le marché, sans passer par une phase de négociations, suppose nécessairement une vérification de la régularité des offres initiales et, le cas échéant, l'éviction de celles qui contenaient une dérogation les entachant d'irrégularité substantielle au sens de l'article 76 précité; cette possibilité d'attribution immédiate n'a, par ailleurs et pour le surplus, pas été présentée comme un droit inconditionnel, quoi que puissent suggérer les requérantes à ce propos, au point 36 de leur requête.

S'agissant enfin de l'argument du point 36 de la requête, selon lequel la possibilité d'attribuer le marché sur la base des offres initiales serait contraire à l'article 38, § 1^{er}, 1^o, c), de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, les requérantes n'exposent pas en quoi il est de nature à établir le caractère sérieux du grief qui fait l'objet du moyen. Dans la mesure où cet argument doit se comprendre comme revenant à critiquer une possibilité d'attribution immédiate du marché avant toute négociation, un tel argument est étranger au grief du moyen qui, comme cela a déjà été relevé, met en cause l'application de la prescription litigieuse, mais non sa validité.

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

VI. Demande de mesures provisoires

Les requérantes sollicitent le bénéfice de mesures provisoires, dans les termes suivants :

« 41 Conformément à l'article 15 de la loi du 17 juin 2013, Votre Conseil est compétent pour ordonner des mesures provisoires :

Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'Etat, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;

2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

(...)

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*, 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.

La demande de mesure provisoire est d'autant plus pertinente que depuis la première procédure introduite en mai 2021, la situation n'a pas évolué. »

Il se déduit des termes 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, invoqué par les requérantes, que le rejet de la demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué entraîne, en règle, celui de la demande de mesures provisoires.

En l'espèce, la demande de suspension étant, pour partie, déclarée sans objet et devant, pour le surplus, être rejetée à défaut de moyen sérieux, la demande de mesures provisoires doit, en conséquence, être rejetée.

VII. Confidentialité

Les requérantes demandent que soit maintenue la confidentialité des pièces II.1 et II.2 de leur dossier.

Cette demande n'étant pas contestée, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

La partie adverse fait de même pour les pièces 1.b, 7.a, 7.b, 7.c, 9 et 10 du dossier administratif. Elle ne produit toutefois pas ces pièces, déposées dans le cadre de la procédure inscrite sous la référence A. 233.783/VI-22.063 et dont la confidentialité est maintenue par l'arrêt n° 251.147, prononcé le 29 juin 2021.

La demande de la partie adverse est, en conséquence, sans objet.

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

Article 1^{er}.

Les demandes de suspension et de mesures provisoires d'extrême urgence sont rejetées.

Article 2.

Les pièces II.1 et II.2 annexées à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 16 septembre 2021 par :

David De Roy,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy