CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

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

A R R Ê T

n^o^ 256.484 du 10 mai 2023

A. 238.841/VI-22.547

En cause : **la société anonyme INDRA SISTEMAS**,
ayant élu domicile chez
M^es^ Miguel TRONCOSO FERRER et
François-Michel HISLAIRE, avocats,
boulevard Bischoffsheim 15
1000 Bruxelles,

contre :

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 11 avril 2023, la société anonyme Indra Sistemas poursuit la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision adoptée par la Défense en date du 10 mars 2023 de ne pas sélectionner INDRA "pour participer à la deuxième phase du marché public [MRMP-C/P N°21CP828 relatif à l'acquisition de matériel dans le cadre des programmes 'Signa Intelligence' (Singa 4), y compris un contrat de maintenance pluriannuel pour la durée de vie de ce matériel]" ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 12 avril 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 28 avril 2023.

La contribution et le droit 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^me^ Florence Piret, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Miguel Troncoso Ferrer avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^me^ Alice Bonte, lieutenant-colonel d'aviation, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

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

« [1]. La Défense publie 1^er^ octobre 2021 un avis de marché MRMP-C/P N°21CP828 relatif à l'acquisition de matériel dans le cadre des programmes "Signal Intelligence" (Singa IV), y compris un contrat de maintenance pluriannuel pour la durée de vie de ce matériel, et invite les potentiels acteurs intéressés à présenter leur candidature.

[2]. La rubrique 3 de l'avis définit les critères de sélection et, par voie de conséquence, les documents à fournir en rapport avec les critères d'exclusion, en application notamment de l'article 63, paragraphe 1, 3° de l'Arrêté Relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité (ci-après, "AR passation D&S").

[3]. Selon l'article 63, paragraphe 1, 3° de l'AR passation D&S, doivent être exclus d'une participation ultérieure à la procédure, les candidats qui ont été condamnés pour fraude fiscale.

[4]. Quant aux capacités techniques, il est exigé de chaque candidat, en vertu de l'article 73 de l'AR passation D&S, qu'il présente la liste des principales livraisons effectuées au cours des cinq dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le candidat doit ainsi fournir la preuve d'au moins trois projets d'une dimension équivalente dans les cinq dernières années. Un projet est accepté s'il s'agit d'une installation d'au moins deux antennes d'au minimum 6 mètres (*remotely controllable* antenne Cassegrain dans la bande ku ou ka).

[5]. Le 25 octobre 2021, INDRA présente sa demande de participation (Annexe 03) Cette demande de participation est accompagnée d'une série de documents annexés qui explicitent et justifient les motifs pour lesquels INDRA doit être sélectionnée au motif que (i) elle ne se trouve pas dans l'une des situations d'exclusion et (ii) remplit les capacités techniques nécessaires […].

[6]. Aucun échange ne s'ensuit entre la Défense et INDRA jusqu'à la Décision.

[7]. La Décision rejette la participation d'INDRA pour deux motifs : (i) l'existence d'une condamnation pour fraude fiscale et (ii) l'absence de capacité technique. Elle est libellé comme suit, pour chacun des deux motifs :

- Votre extrait du casier judiciaire mentionne une condamnation pour fraude fiscale. Cette condamnation a force de chose jugée au 7 juillet 2009 ;
- Vous avez proposé cinq projets de références, dont seulement un répond aux conditions susmentionnées. Deux de ces références (Réf. 1 et 4) concernent l'installation d'antennes bande X. Une référence (Réf. 2) concerne l'installation d'une antenne K/S et une référence concerne un contrat de maintenance (Réf. 5).

[8]. L'extrait du casier judiciaire (Annexe 04 à la présente requête) mentionne effectivement une condamnation d'INDRA pour fraude fiscale suite à un jugement du Tribunal Correctionnel de Madrid rendu en 2019 (Annexe 07). En revanche, ces documents, apportés par INDRA dans sa candidature (Annexe 03) ne sont pas les seuls ayant été produits (et qui, par conséquent, auraient dû être examinés par la Défense, *quod non*).
Nous y reviendrons.

[9]. Le 11 avril 2023, INDRA introduit le présent recours. Un recours en annulation sera également introduit dans les délais légaux.

IV. Quatrième moyen relatif au second motif de non-sélection de la partie requérante

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un moyen, le quatrième de la requête, de « l'erreur manifeste d'appréciation et, par voie de conséquence, la violation des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services [et de concessions] et plus précisément du devoir de motivation matérielle ».

Après avoir rappelé la portée de l'obligation de motivation formelle qui s'impose à la partie adverse, la requérante reproche à cette dernière d'avoir imposé – au titre de preuve de la capacité technique du candidat – des exigences qui ne sont pas prévues dans les documents du marché et, ce faisant, de ne pas avoir correctement évalué les références qu'elle a produites à l'appui de son dossier de candidature. Elle développe son argumentation comme il suit :

« […] Tout d'abord, les références techniques ne sont pas mentionnées à titre de critère obligatoire, mais facultatif.

Référence	Critères de sélection
Art. 63, §1	Critères d'exclusion obligatoires (voir annexe A1, Rubrique 3. a. (1)).
Art. 63, §2 Art. 64 Art. 65	Critères d'exclusion facultatifs (voir annexe A1, Rubrique 3. a. (1) et (2)).
Art. 73, 3°	Preuve de capacité technique du candidat (voir annexe A1, Rubrique 3. b.).
Art. 76	Preuve de capacité de traitement des informations classifiées : Le candidat doit démontrer qu'il dispose d'une habilitation de sécurité du niveau exigé (voir annexe A, Rubrique 3. c.).

Table 1 Demande de participation 3. Critères de sélection

Il était requis de chaque candidat de "fournir la preuve d'au moins TROIS projets d'une dimension équivalente dans les CINQ dernières années. Un projet est accepté s'il s'agit d'une installation d'au moins de DEUX antennes d'au minimum 6m (*remotely controllable* antenne Cassegrain dans la bande Ku ou Ka)" [..].

[…] Il y a lieu de constater que le cahier des charges n'exige pas des projets d'une dimension identique, mais équivalente. Or, l'équivalence des projets peut être appréciée (et l'aurait dû être) en utilisant différents paramètres, selon leur complexité du point de vue technique, la nature des produits livrés, leur similitude avec ceux faisant l'objet du marché ou, surtout, leur ampleur, en ce compris au niveau financier.

[…] En ce sens, si le cahier des charges utilise le mot dimension "équivalente", cela doit vouloir dire, par définition, qu'un projet d'au moins de DEUX antennes d'au minimum 6m (*remotely controllable* antenne Cassegrain dans la bande Ku ou Ka) est l'un des projets acceptables, mais il peut y avoir d'autres.

[…] INDRA avait soumis avec sa candidature […] un dossier et une table identifiant chacune des références. Celles-ci peuvent se détailler comme suit :

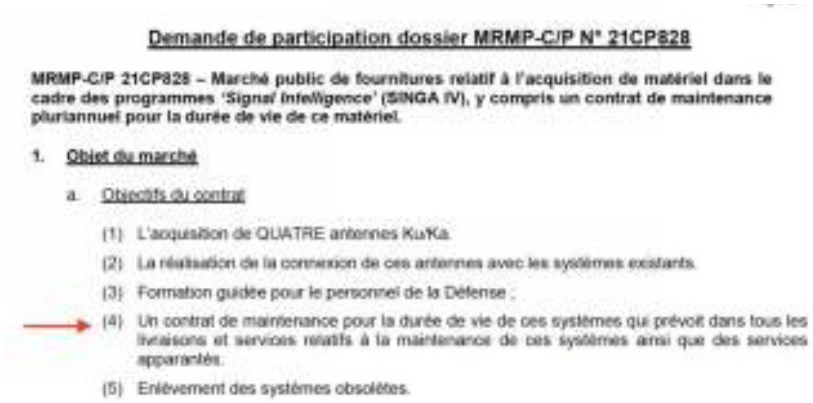
N°	Objet	Type et taille de l'antenne	Nombre d'antennes	Date d'exécution	Cliente	Budget
1	Installation et intégration des stations TT&C s pour Galileo	bande X, >6 mètres	6	2016	Airbus Defense and Space au Royaume-Uni	7,3M€
2	Installation et Intégration d'antennes bande K/S 6m. Une nouvelle station au sol simultanée en bande K / S de 6 m	Bande K/S , 6 mètres	1	2016	ESA (European Space Agency)	
3	SECOMSAT/installation et intégration d'équipements dans les stations d'ancrage de Torrejón et Bermeja".	Bande Ku	2	2018	Ministère de la Défense espagnol	1M€
4	Fourniture et installation d'un sous-système d'antenne pour fournir une capacité de contre-pôle en bande X à ENSANCLA.	Bande X, 13,1M	1	2018	Ministère de la Défense espagnol	3M€
5	Accord-cadre pour la maintenance et l'amélioration du système SATCOM	Bande Ku	6 bande X	2016-2021	Ministère de la Défense espagnol	Voir tableau au chapitre 3.4.2
		>6M et bande X	2 bande Ku			

[…] Il s'ensuit notamment (référence 5) qu'INDRA a fourni autour de 500 stations SATCOM au Ministère de la Défense espagnol (réseau SECOMSAT) dans différentes plateformes (*hubs*, fixes, mobiles, et transportables en bateau, sous-marins ou véhicules), ainsi qu'auyor [*sic*] de 200 SATCOM à des clients étrangers (France, Allemagne, Italie, Pologne, *etc*. et des stations TTC Galileo).

[…] Pour le reste des références apportées, jugées par INDRA équivalentes eu égard à sa connaissance de la technique et de l'industrie, vu son expérience, nous sommes à un total de 10 antennes.

[…] Cette ample expérience dans des terminaux SATCOM démontre à suffisance la solidité technique de la candidature d'INDRA pour ce qui est des projets de fabrication et d'installation et intégration d'antennes de communication par satellite, en ce compris également le service après-installation (support logistique et maintenance). En ce sens, l'équivalence des projets soumis par INDRA est clairement démontrée et aurait dû ainsi être appréciée par la Défense.

[…] Cela est d'ailleurs confirmé par l'objet même du marché, qui comprend :



Demande de participation dossier MRMP-C/P N° 21CP828

MRMP-C/P 21CP828 – Marché public de fournitures relatif à l'acquisition de matériel dans le cadre des programmes 'Signal Intelligence' (SINGA IV), y compris un contrat de maintenance pluriannuel pour la durée de vie de ce matériel.

1. Objet du marché

a. Objectifs du contrat

(1) L'acquisition de QUATRE antennes Ku/Ka.

(2) La réalisation de la connexion de ces antennes avec les systèmes existants.

(3) Formation guidée pour le personnel de la Défense ;

(4) Un contrat de maintenance pour la durée de vie de ces systèmes qui prévoit dans tous les livraisons et services relatifs à la maintenance de ces systèmes ainsi que des services apparentés.

(5) Enlèvement des systèmes obsolètes.

[…] Il s'ensuit à ce titre que, si l'objet du contrat comportait les services de maintenance pour les services installés, des références ayant trait à la maintenance des antennes auraient dû être considérées (en toute logique) comme valables ou équivalentes. Or, étonnamment, ils sont purement et simplement écartés par la Défense.

[…] En définitive, et de manière plus générale, en dehors du simple constat que les références apportées par INDRA n'étaient pas identiques à (pour reprendre les termes de l'exemple du cahier des charges) […] "un projet d'au moins de DEUX antennes d'au minimum 6m (*remotely controllable* antenne Cassegrain dans la bande Ku ou Ka", rien n'est dit par la Défense quant à la prétendue absence d'équivalence desdites références.

[…] Certes, s'agissant du grief de manquement à l'obligation de motivation formelle, selon la jurisprudence, lorsqu'un pouvoir adjudicateur admet que des soumissionnaires répondent à un critère de sélection pour la vérification duquel la production de références était exigée, il peut se contenter de fournir une motivation succincte si l'appréciation des références fournies ne suscite aucune question. Mais ici, il a été démontré à suffisance que l'appréciation des références à la lumière du cahier des charges suscitait ou devait susciter des questions.

[…] En ce sens, la décision n'est pas seulement viciée d'une erreur manifeste d'appréciation des références apportées par INDRA, mais est insuffisamment motivée. »

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le marché litigieux est régi par la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité. Les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin

2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions font partie du titre II de cette loi. Ces deux dispositions s'appliquent aux marchés publics relevant de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, et non à ceux qui relèvent de la loi du 13 août 2011 précitée et qui sont visés au titre III de la loi du 17 juin 2013. En ce qu'il invoque la violation des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013, le moyen est irrecevable.

Le document du marché intitulé « demande de participation dossier MRMP-C/P N° 21CP828 » identifie comme il suit l'objet du marché (point 1) :

a. Objectifs du contrat

(1) L'acquisition de QUATRE antennes Ku/Ka.
(2) La réalisation de la connexion de ces antennes avec les systèmes existants.
(3) Formation guidée pour le personnel de la Défense ;
(4) Un contrat de maintenance pour la durée de vie de ces systèmes qui prévoit dans tous les livraisons et services relatifs à la maintenance de ces systèmes ainsi que des services apparantés.
(5) Enlèvement des systèmes obsolètes.

b. Taille du marché

(1) Le dossier comprend l'achat, l'installation et la mise en œuvre des nouveaux systèmes.
(2) Le contrat de maintenance comprend les activités suivantes :
  (a) Maintenance préventive, corrective et évolutive sur inventaire ;
  (b) Formation, assistance technique et consultance sur inventaire ;
  (c) Prestations contre remboursement.
(3) L'enlèvement des systèmes obsolètes comprend les activités suivantes :
  (a) L'enlèvement de TROIS antennes HF;
  (b) L'enlèvement d'UNE antenne parabolique.

Le point 2 du même document précise le « déroulement de la procédure ». Il est notamment mentionné que « la demande de participation doit prouver que le candidat satisfait aux critères de sélection repris dans le Par. 3 de ce document », que « sur base des demandes de participation introduites, il sera examiné quelles candidatures satisfont aux critères de sélection (voir Par. 3) » et que « seuls les candidats conformes seront retenus ».

Le point 3 identifie les « critères de sélection ». S'agissant de la « preuve de capacité technique du candidat », il est renvoyé à l'annexe A1, rubrique 3.b ainsi qu'à l'article 73, 3°, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité.

La rubrique 3 de l'annexe A1 est intitulée « Répondre aux critères de sélection repris dans l'invitation à introduire une demande de participation ». Le point b de cette rubrique comprend « Les documents à produire prouvant la capacité technique du candidat ». Il y est prévu ce qui suit :

> Capacités techniques – les principales livraisons effectuées au cours des cinq dernières années (art. 73, 3° AR passation D&S)
>
> Sur base des références demandées par le pouvoir adjudicateur, le fournisseur présentera la liste des principales livraisons effectuées au cours des cinq dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les livraisons sont prouvées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente, ou lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du fournisseur.
>
> Au moyen d'attestations le candidat doit fournir la preuve d'au moins TROIS projets d'une dimension équivalente dans les CINQ dernières années. Un projet est accepté s'il s'agit d'une installation d'au moins de DEUX antennes d'au minimum 6m (*remotely controllable* antenne Cassegrain dans la bande Ku ou Ka).
>
> Ces attestations mentionnent par projet le type et la dimension de l'antenne, le montant exacte et la date d'exécution. Chaque attestation doit être signée par le destinataire de l'installation ou en absence de la signature, confirmée par une déclaration sur l'honneur.
>
> *… (à remplir par le candidat, informations ou documents à fournir et inventaire à la page 9 à remplir)*

La requérante ne critique pas la légalité de la prescription précitée ni, en particulier, les exigences qui y sont énoncées. Elle conteste uniquement l'appréciation portée par la partie adverse sur les références qu'elle a produites à l'appui de son dossier de candidature, en affirmant que celles-ci satisfont à ces exigences, contrairement à ce qu'indique l'acte attaqué.

Contrairement à ce que semble affirmer la requérante, les « références techniques » ne sont pas mentionnées à titre de « critère facultatif ». Pour pouvoir être sélectionné, il est exigé du candidat qu'il « présente[…] la liste des principales livraisons effectuées au cours des cinq dernières années », que ces livraisons soient « prouvées » par des attestations de l'autorité compétente ou de l'acheteur privé ou, à défaut d'attestation, dans cette dernière hypothèse, par une déclaration sur l'honneur. Pour remplir le niveau d'exigence requis pour ce critère de sélection, le candidat « doit fournir la preuve d'au moins TROIS projets d'une dimension équivalente dans les CINQ dernières années ». Le document prend soin d'ajouter qu'« un projet est accepté s'il s'agit d'une installation d'au moins DEUX antennes d'au minimum 6m (*remotely controllable* antenne Cassegrain dans la bande Ku ou Ka) ». Par cette dernière précision, la partie adverse indique clairement les conditions à remplir pour qu'un projet soit accepté comme étant de « dimension équivalente ». Contrairement à ce que soutient la requérante, il ne s'agit pas d'une simple indication donnée à titre d'exemple par la partie adverse. La lecture proposée par la requérante se heurte aux termes clairs de l'annexe 1A, rubrique 3.b.

En l'occurrence, la requérante ne conteste pas qu'elle n'a pas produit, à l'appui de son dossier de candidature, la preuve de la réalisation, dans les cinq dernières années, de trois projets portant sur l'installation d'au moins deux antennes d'au minimum 6m (*remotely controllable* antenne Cassegrain dans la bande Ku ou Ka). Comme le relève l'acte attaqué, parmi les cinq projets qu'elle a présentés, un seul répond à cette exigence, dès lors que « Deux de ces références (Réf. 1 et 4) concernent l'installation d'antennes bande X. Une référence (Réf. 2) concerne l'installation d'une antenne K/S et une référence concerne un contrat de maintenance (Réf.5) ».

Prima facie, une telle motivation paraît claire, précise, adéquate et conforme aux pièces du dossier. La requérante ne démontre pas que la décision de ne pas la sélectionner, sur cette base, est affectée d'un défaut de motivation matérielle ou qu'elle procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation.

La requérante n'établit pas, non plus, qu'en écartant les références n^{os} 1, 2 et 4, au motif qu'elles concernent des installations d'antennes d'un autre type de bande que celle qui est requise par les documents du marché et la référence 5 au motif qu'elle porte sur un contrat de maintenance, et non sur l'installation d'antennes, la partie adverse procéderait, comme la requérante le soutient, « à une lecture des exigences relatives à la capacité technique qui ne trouve pas appui dans leur texte ».

Le fait que le marché litigieux a pour objet, outre l'acquisition et l'installation de quatre antennes Ku/Ka, un volet « contrat de maintenance » n'énerve pas ce constat, compte tenu des termes clairs des exigences énoncées à l'annexe 1A, rubrique 3.b., relatives à la capacité technique des candidats. Il en va de même de l'expérience dont la requérante peut se prévaloir dans le domaine d'activité couvert par le marché litigieux, dès lors qu'elle n'a pas fourni, à l'appui de se son dossier de candidature, les références exigées par les documents du marché pour prouver sa capacité technique à exécuter celui-ci.

Le quatrième moyen de la requête n'est pas sérieux.

V. Trois premiers moyens relatifs au premier motif de non-sélection de la requérante.

Les illégalités dénoncées par la requérante dans les trois premiers moyens de la requête concernent un autre motif de la décision attaquée qui justifie, sur un autre fondement, l'exclusion de sa candidature (extrait du casier judiciaire

mentionnant une condamnation pour fraude fiscale ayant force de chose jugée). La requérante est sans intérêt à invoquer des violations à cet endroit, dès lors qu'elle ne conteste pas valablement le motif relatif à l'absence de preuve de sa capacité technique à exécuter le marché : un tel motif est déterminant et justifie, à lui seul, la décision attaquée de ne pas la sélectionner.

Les trois premiers moyens de la requête ne sont pas sérieux.

VI. Demande de mise en balance des intérêts en présence

La partie adverse sollicite l'application de l'article 47, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, pour ne pas accorder la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, en faisant valoir l'obsolescence du matériel actuel et le besoin opérationnel d'installer les nouvelles antennes au plus tôt.

Dès lors qu'aucun des moyens de la requête n'est jugé sérieux, il n'y a pas lieu d'examiner cette demande.

VII. Confidentialité

La partie adverse demande que l'ensemble des pièces confidentielles qu'elle a reçues dans le cadre du marché litigieux soient soustraites à la consultation des parties, pour ne pas nuire aux intérêts commerciaux légitimes et au secret d'affaires des entreprises en lice, ce d'autant plus que le marché en cause n'a pas encore été attribué. Sont visées, les demandes de participation des différents candidats (pièces confidentielles 2 à 8) ainsi que le rapport de sélection et la note de synthèse qui y est jointe (pièces confidentielles 1 et 9).

Cette demande n'étant pas contestée, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées. Par ailleurs, il y a lieu, en application de l'article 58 de la loi du 17 juin 2013 précitée, de garantir la confidentialité de la pièce 12 du dossier administratif ainsi que des pièces 3 et 6 annexées à la requête.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces confidentielles 1 à 9 et la pièce 12 du dossier administratif ainsi que les pièces 3 et 6 annexées à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et la contribution de 24 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre siégeant en référé, le 10 mai 2023, par :

Florence Piret,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
Vincent Durieux	Florence Piret