

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

n° 259.153 du 15 mars 2024

A. 241.073/VI-22.736

En cause :

1. **APK WEGENBOUW NV,**
2. **SCANDINAVIAN MANUFACTURING
SCAMA AKTIEBOLAG,**
ayant élu toutes deux domicile chez
M^{es} Kris WAUTERS, Jorien
VAN BELLE et Mina BOEL, avocats,
chaussée de La Hulpe 187
1170 Bruxelles,

contre :

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 30 janvier 2024, les parties requérantes demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « a) la décision du Ministre de la Défense du 15 janvier 2024 par laquelle elle décide que l'offre de la firme (1) Scandinavian Manufacturing SCAMA Aktiebolag pour le marché public MRMP-I/A N° 23IA470 relatif à la livraison, l'installation et la maintenance de systèmes EREA (End Runway Aircraft Energy Absorber) et MAAS (Mobile Aircraft Arresting Systems) à la base Jean Offenbergh (2W Tac) de Florennes (tranche fixe), à la base Général-major Aviateur Du Monceau de Bergendal (10W Tac) de Kleine-Brogel (tranche conditionnelle 1) et à la base Lieutenant-Colonel Aviateur Charles Roman (1W) de Beauvechain (tranche conditionnelle 2) est nulle et non avenue ; et
- (b) la décision de la Ministre de la Défense d'attribuer ce marché à un autre soumissionnaire ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 1^{er} février 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 19 février 2024.

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. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^c Jorien Van Belle, avocat, comparaisant pour les parties requérantes, et M^{me} Alice Bonte, lieutenant-colonel, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M^{me} Esther Rombaux, 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 parties requérantes exposent comme suit les faits utiles à l'examen de la demande de suspension :

« 1. Le 20 juillet 2023, la partie adverse publie au Bulletin des Adjudications un avis de marché concernant la livraison, l'installation et la maintenance (pour la durée de vie) de systèmes EREA (End Runway Aircraft Energy Absorber) et MAAS (Mobile Aircraft Arresting Systems) à la base Jean Offenbergh (2W Tac) de Florennes (tranche ferme), à la base Général-major Aviateur Du Monceau de Bergendal (10W Tac) de Kleine-Brogel (tranche conditionnelle 1) et à la base Lieutenant-Colonel Aviateur Charles Roman (1W) de Beauvechain (tranche conditionnelle 2).

Un avis rectificatif a été publié au Bulletin des Adjudications le 25 juillet 2023.

2. La date ultime pour les demandes de participation est le 21 août 2023.

3. Par décision motivée du 25 septembre 2023, la requérante n'a pas été exclue.

4. Le 18 août 2023, la partie adverse republie au Bulletin des Adjudications un avis de marché concernant la livraison, l'installation et la maintenance (pour la durée de vie) de systèmes EREA (End Runway Aircraft Energy Absorber) et MAAS (Mobile Aircraft Arresting Systems) à la base Jean Offenbergh (2W Tac) de Florennes (tranche ferme), à la base Général-major Aviateur Du Monceau de Bergendal (10W Tac) de Kleine-Brogel (tranche conditionnelle 1) et à la base

Lieutenant-Colonel Aviateur Charles Roman (1W) de Beauvechain (tranche conditionnelle 2).

Un *erratum* a été publié.

5. Le marché est passé selon la procédure négociée avec publicité, conformément à l'article 25 de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité.

6. Le cahier spécial des charges portant la référence MRMP-I /A N° 23IA470 est applicable au présent marché.

Le pouvoir adjudicateur, défini au sens de l'article 2, 1° de la loi, est le Ministère de la Défense, représenté par le service dirigeant Direction Générale Material Resources, Division Marchés Publics, Section Infrastructure, Sous-section Acquisitions (MRMP-I/A) situé à 1140 Evere, Rue d'Evere, 1, BOX 29.

Le cahier spécial des charges décrit l'objet du marché public comme "un marché pluriannuel de fournitures concernant la livraison, l'installation et la maintenance à durée de vie de systèmes EREA (End Runway Aircraft Energy Absorber) et MAAS (Mobile Aircraft Arresting Systems) aux bases opérationnelles à Florennes, à Kleine-Brogel et à Beauvechain".

Le cahier spécial des charges prévoit le suivant [sic] :

"Le contractant est responsable de l'étude, la livraison de tous les matériaux et systèmes (y compris les pièces de rechange pour garantir le bon fonctionnement du système pendant la période de garantie), tous les travaux nécessaires génie civil et techniques spéciales, le suivi complet du chantier et la réception de l'ensemble (inclus les tests et certifications nécessaires). Les formations initiales et continuées du personnel de maintenance et du personnel contrôleur du trafic aérien sont également prévues dans le marché. Un SLA (Service Level Agreement) qui comprend l'entretien préventif et correctif pendant la période de garantie (24 mois à partir de la réception provisoire complète des systèmes) est prévu dans ce contrat. Après la période de garantie, l'entretien et le suivi sont également compris dans ce SLA via le volet fonctionnement du marché 23IA470. La durée du contrat est indéterminée car liée à la durée de vie des systèmes.

Le schéma ci-après donne un aperçu du nombre de systèmes, les tranches et les années d'installation prévues sur nos bases aériennes :

Base	Tranche	Année (planning indicatif des commandes)	Piste	# systèmes
Florennes	Ferme	2023	Principale	02 nouveaux EREA
			Secondaire	01 nouveau MAAS
Kleine-Brogel	Conditionnelle 1	2025	Principale	02 nouveaux EREA
			Secondaire	01 nouveau MAAS
Beauvechain	Conditionnelle 2	2026	Principale	02 nouveaux MAAS

			Secondaire	/
			MOB (<i>Main Operating Base</i>) et DOB (<i>Deployable Operating Base</i>)	01 nouveau MAAS de réserve

7. Le marché est un marché mixte :

“(a) Marché à bordereau de prix

- Les postes de l'inventaire en Ann A - App 1 avec comme unité de mesure ☐FG☐ (forfait global) mentionnent des postes pour lesquels un prix global et forfaitaire (☐all-in☐) est à remettre.
- Les postes de l'inventaire en Ann A - App 1 avec comme unité de mesure ☐QP☐ (quantité présumée) mentionnent des quantités estimées qui sont données uniquement à titre indicatif. Elles seront utilisées pour déterminer le montant de l'offre dans le cadre de l'attribution du marché. Cependant, le pouvoir adjudicateur ne contracte aucune obligation d'acquérir les articles pour les quantités mentionnées. Les quantités exactes et réelles seront déterminées lors de l'exécution.
- Les postes de l'inventaire en Ann A - App 1 avec comme unité de mesure ☐QF☐ (quantité forfaitaire) concernent des postes qui seront pris en compte de manière forfaitaire, sans qu'il y ait de mesures pendant l'exécution.

(b) Marché à remboursement

- Certains postes de l'inventaire en Ann A - App 1 ne sont pas encore quantifiés (voir les postes A.10.2. à A.10.4. avec la mention ☐sur devis☐ dans la colonne (g)). Dans ces cas, une demande de prix séparée pourra être lancée lorsque le contrat sera en exécution. Le contractant remettra alors une offre, qui devra ensuite être approuvée par le service dirigeant.

(c) Marchés à tranches conditionnelles

- Le soumissionnaire est obligé de remettre un prix aussi bien pour la tranche ferme (Florennes) que pour les tranches conditionnelles 1 (Kleine-Broegel) et 2 (Beauvechain).
- Seule la tranche ferme fera l'objet d'une commande ferme.
- Par contre, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne pas commander les tranches conditionnelles et le fournisseur ne pourra prétendre à un quelconque dédommagement.
- Si nécessaire, les tranches conditionnelles seront commandées au moyen de lettres de commande séparées.”

8. Le CSC prévoit concernant les spécifications techniques ce qui suit :

“ i. Spécifications techniques et logistiques

Dans le cadre du présent marché, tout matériel sera neuf avec garantie d'origine. Il doit être exempt de défaut et de toute faute qui pourrait nuire à son aspect ou à son bon fonctionnement.

(1)Conformité

Les fournitures seront conformes aux spécifications énoncées aux Ann C y compris tous les annexes et appendices.
Sauf indication contraire, toutes les exigences énoncées aux Ann C sont des exigences indispensables (type [I] – voir le point ci-dessous en Par 2.i.(2)).

(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.
- [D] : Exigence ayant pour but de démontrer la conformité du matériel à une exigence [I] 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 CSCh 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 l’offre sera entachée d’une irrégularité absolue.
- [I2] : Exigence indispensable à laquelle les fournitures et/ou services devront satisfaire lors de la réception provisoire partielle / complète. Le soumissionnaire doit déclarer qu’il satisfera à ces exigences et il doit également expliquer comment il y satisfera.
- [-]: Spécification fournie à titre d’information.”

L’Annexe C de la Partie B du CSC contient les spécifications techniques.

Les spécifications suivantes sont pertinentes pour le présent marché :

“ 6. EXIGENCES FONCTIONNELLES DES SYSTÈMES EREA FIXES ET MOBILES

(...)

6.3. Afin de réduire au maximum l’effort sur la crosse, le système devra utiliser la distance d’arrêt totale disponible en régulant de manière permanente et automatique (sans reconfiguration manuelle préalable) la force de freinage appliquée en fonction de l’énergie cinétique à absorber, quelles que soient les masses et vitesses d’engagement des appareils dans la limite des paramètres exprimés dans le tableau ci-dessous :

Paramètres/Type d’avion	F-35	F-16
Masse (plage)	De 40.000 à 70.000 livres (lb)	De 15.000 à 40.000 livres (lb)
Vitesse maximum d’engagement	168 nœuds (knots)	160 nœuds (knots)
Effort à la crosse maximum	92.500 livres (lb)	75.000 livres (lb)

Distance d'arrêt totale disponible	1.200 pieds (365m)	1.200 pieds (365m)
------------------------------------	--------------------	--------------------

(...)

8. EXIGENCES FONCTIONNELLES DU CÂBLE RÉTRACTABLE

(...)

8.3. Type de système RCSS : un système électrohydraulique avec une transmission mécanique.

(...)

15. CERTIFICATION, GARANTIE ET RÉFÉRENCES

15.1. Tous les documents de preuve de compatibilité avec le F-35A, comme les notes de calculs, les simulations mathématiques, les diagrammes de performances, les rapports et résultats des tests exécutés préalablement, etc. sont à livrer par l'adjudicataire au moment de l'introduction de l'offre.

15.2. La compatibilité avec le F-35A des freins du système AAS à installer est à certifier. Le certificat est à livrer au plus tard lors du SAT (Site Acceptance Test) de chaque système installé.

Lors de l'analyse de certification, il sera pris en compte les documents dans lesquels la certification des performances est effectuée par l'EG. La méthodologie de ce document est laissée à l'entière discrétion de l'EG, mais elle doit refléter les performances réelles attendues du matériau sur le terrain. La préférence est donnée aux essais en conditions réelles de l'AAS avec le F-35A (Prio1), mais l'utilisation d'un modèle de simulation réaliste sera également envisagée (Prio2).

En outre, des expériences mondiales documentées concernant les installations de l'EG dans les bases aériennes F-35A apporteront certainement une valeur ajoutée à la certification. Une certification officielle de Lockheed Martin ou de l'USAF est un avantage, mais n'est pas obligatoire.

(...)"

Le CSC prévoit que :

“ Lorsqu’une offre est affectée d’une ou plusieurs irrégularités, le pouvoir adjudicateur peut offrir la possibilité de les régulariser, et ce, le cas échéant, jusqu’à l’introduction de l’offre finale.
Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit, pendant les négociations, de déroger aux dispositions non essentielles du CSCh.”

9. L’attribution du marché se fera sur base du montant total offert pour la somme de la tranche ferme et des tranches conditionnelles (CSC, p. 8).

10. Une réunion d’information a eu lieu le 10 octobre 2023.

11. Les négociations se déroulent en français. La partie adverse a fait deux évaluations techniques pendant les négociations. Dans la deuxième il est exposé que :

“ 6. Exigences fonctionnelles des systèmes EREA fixes et mobiles

Remarque de la Défense : 6.3. Afin de réduire au maximum l'effort sur la crosse, le système devra utiliser la distance d'arrêt totale disponible en régulant de manière permanente et automatique (sans reconfiguration manuelle préalable) la force de freinage appliquée en fonction de l'énergie cinétique à absorber, quelles que soient les masses et vitesses d'engagement des appareils dans la limite des paramètres exprimés dans le tableau ci-dessous.

Il est demandé à SCAMA de démontrer que le système EREA fixe règle de manière permanente et automatique (sans reconfiguration manuelle préalable) la force de freinage comme décrit dans l'art. 6.3. des KUR.

L'information que nous avons reçue dans l'offre ne semble pas garantir cette exigence :

'ARRESTO™, a unit recording engagement data to determine the speed and weight of an engaging aircraft. One important safety feature of the ARRESTO™ is that it continuously measures the tension of the pendant and can set an alarm if the tension is too low.' ”

Paramètres/Type d'avion	F-35A	F-16
Masse (plage)	De 40.000 à 70.000 livres (lb)	De 15.000 à 40.000 livres (lb)
Vitesse maximum d'engagement	168 nœuds (<i>knots</i>)	160 nœuds (<i>knots</i>)
Effort à la crosse maximum	95.200 livres (lb)	75.000 livres (lb)
Distance d'arrêt totale disponible	1.200 pieds (365m)	1.200 pieds (365m)

12. La date ultime de dépôt d'offres était le 30 octobre 2023 à 10h.

13. La partie requérante dépose une BAFO le 20 novembre 2023.

14. Après le retrait d'une première décision d'attribution, une décision motivée de déclarer l'offre de la partie requérante irrégulière est établie par la Ministre de la Défense.

La décision expose ce qui suit :

“ Après évaluation technique de votre BAFO en Ref 8, il appert que la BAFO de la Société Simple Momentanée APK – SCAMA en Ref 8 ne satisfait pas aux exigences indispensables suivantes :

- L'exigence 6.3 (Exigences fonctionnelles des systèmes EREA fixes et mobiles) des KUR (Annexe C, Partie B du CSCh) prévoit qu'afin de réduire au maximum l'effort sur la crosse, le système devra utiliser la distance d'arrêt totale disponible en régulant de manière permanente et automatique (sans reconfiguration manuelle préalable) la force de freinage appliquée en fonction de l'énergie cinétique à absorber, quelles que soient les masses et vitesses d'engagement des appareils dans la limite des paramètres exprimés dans le tableau fourni dans les KUR.

Cette exigence est très importante pour la Défense. Non seulement parce que la Défense belge doit être prête à soutenir de manière optimale ses partenaires stratégiques, mais aussi parce que la transition du F-16 au F-35A sera progressive. Cela signifie que les deux types d'avions devront voler

simultanément pendant de nombreuses années. Pour maximiser la durée de vie de l'installation et de l'avion, mais aussi pour minimiser l'impact physique sur le pilote, il est extrêmement important de toujours disposer de la puissance de freinage minimale au niveau du crochet de freinage. Compte tenu de la situation difficile en matière de personnel au sein de la Défense (et certainement du personnel techniquement qualifié), il est impératif qu'aucun réglage manuel ne doive être effectué sur les barillets de frein pour recevoir ces aéronefs et qu'une force de freinage minimale (optimale) soit développée sur le crochet de frein.

Le système proposé par la Société Simple Momentanée APK - SCAMA se règle mécaniquement. Le système proposé n'est pas en mesure de recevoir et d'arrêter tous les types d'aéronefs dans les limites de la course prédéterminée sans réglage manuel avec une répartition minimale de la force de freinage sur le crochet. Le système proposé nécessite des ajustements manuels pour optimiser la force de freinage pour des configurations spécifiques de poids/vitesse de l'avion.

Ces éléments se retrouvent notamment dans l'annexe 15 jointe à la BAFO, qui par manque d'informations claires et précises à ce sujet lors des négociations, a fait l'objet d'une analyse technique par le pouvoir adjudicateur, qui constate qu'il existe trois réglages possibles pour la pression SYNC (Art 1.18 et figures 1-14, 1-15 et 1-16 de l'annexe 15 précitée). Aussi, sans explications supplémentaires de la part du soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur a investigué sur le fonctionnement de la pression de synchronisation dans la documentation de Lockheed Martin. Ainsi, le pouvoir adjudicateur y constate que □ Le circuit de commande du BAK-12 comprend une vanne à pointeau qui permet au personnel sur le terrain d'effectuer des ajustements de "réglage de la masse". Le réglage de la masse est un processus par lequel le système BAK-12 peut être "réglé" pour fournir une force de freinage optimale pour une gamme donnée de masses d'avion. Plus précisément, une vanne à pointeau située dans la conduite de retour hydraulique est réglée pour fournir le niveau de pression de freinage requis, qui est actuellement de 1500 PSI pour toute la gamme de poids des avions de l'USAF équipés d'un crochet de queue. Les KUR prévoient de réduire au maximum l'effort sur la crosse. La vanne à pointeau est réglée lors de la vérification en usine et scellée. Le réglage du BAK-12 pour une gamme de poids différente sur le terrain s'effectue par une procédure utilisant le robinet à pointeau □.

Les KUR prévoient de réduire au maximum l'effort sur la crosse. La configuration standard (1500 PSI) prévoit de pouvoir arrêter toute la gamme des avions USAF. Néanmoins, la force de freinage ne sera pas optimisée (minimale). C'est pourquoi le Technical Manual Operation And Maintenance Instructions TO 35E8-2-5-1 permet aux utilisateurs un réglage manuel pour optimiser la force de freinage en fonction de la masse de l'avion.

Sans réglage manuel préalable, le système proposé (BAK-12 ATECH) ne permet donc pas d'appliquer une force de freinage optimale/minimale pour arrêter les deux types d'aéronefs (F-16 et F-35) dans les limites imposées.

- L'exigence 8.3. (Exigences fonctionnelles du câble rétractable) des KUR (Annexe C, Partie B du CSCh) prévoit un système électrohydraulique avec une transmission mécanique (Type de système RCSS).

Le système proposé par la Société Simple Momentanée APK - SCAMA (BAK-14U) consiste en une unité électrohydraulique qui transfère hydrauliquement la puissance à des ressorts.

Au cours des négociations, la Défense a communiqué à la firme que le système proposé était un système électrohydraulique avec une transmission hydraulique. La Société Simple Momentanée APK - SCAMA a alors répondu qu'il s'agissait d'une transmission mécanique car le système utilise des ressorts.

Le système hydraulique proposé avec un mécanisme à ressort n'est pas une transmission mécanique. La transmission latérale des forces se fait par voie hydraulique et présente plusieurs inconvénients. Premièrement, elle fait intervenir des composants très fins et sensibles, ce qui rend la maintenance plus complexe et augmente le risque de pannes. Ensuite, il a été exigé une transmission mécanique afin d'éviter le risque de fuite d'huile sur la piste du système hydraulique qui compromettrait la sécurité garantie par un système mécanique. Enfin, la durabilité d'une transmission mécanique est supérieure à celle d'une transmission hydraulique.

Le fait d'ajouter un élément mécanique en fin de système (les ressorts) n'enlève rien au fait que la transmission se fasse au moins partiellement de façon hydraulique et non de manière entièrement mécanique.

L'analyse de cette exigence fonctionnelle se base notamment sur l'annexe 1 jointe à la BAFO, et plus précisément sur les photos fournies aux pages 10 et 11 de ce document, sur lesquelles il apparaît clairement que les conduites hydrauliques sont installées dans la rainure faite sur la piste jusqu'aux ressorts.

- Les exigences 15.1 et 15.2. (Certification, garantie et références) des KUR (Annexe C, Partie B du CSCh) prévoient que tous les documents de preuve de compatibilité avec le F-35A, comme les notes de calculs, les simulations mathématiques, les diagrammes de performances, les rapports et résultats des tests exécutés préalablement, etc. soient livrés par le soumissionnaire. De plus, la compatibilité avec le F-35A des freins du système AAS (Aircraft Arresting System) à installer est à certifier. Lors de l'analyse de la certification des performances, les documents pris en compte sont ceux de la firme. La méthodologie est laissée à l'entière discrétion de la firme, mais elle doit refléter les performances réelles attendues du matériau sur le terrain. La préférence est donnée aux essais en conditions réelles de l'AAS avec le F-35A (Prio1) mais l'utilisation d'un modèle de simulation réaliste peut être également envisagée (Prio2). En outre, des expériences mondiales documentées concernant les installations de la firme dans les bases aériennes avec F-35A apporteront certainement une valeur ajoutée à la certification. Une certification officielle de Lockheed Martin ou de l'USAF est un avantage mais n'est pas obligatoire.

Dans son offre initiale, la société Simple Momentanée APK - SCAMA a brièvement décrit un modèle théorique qui devait montrer que tout peut se dérouler dans les limites prédéfinies dans les KUR mais qui ne décrit pas les tests effectués. Lors de la phase de négociation, la firme a présenté des diagrammes de tests effectués sur des modèles d'avions plus légers. Il lui a ensuite été demandé d'également présenter de tels diagrammes pour des avions plus lourds (jusqu'à 70.000 livres). La firme n'a pas été en mesure de les présenter. Les résultats des essais des avions plus légers ont simplement été extrapolés aux avions plus lourds par la firme dans le cadre d'un modèle théorique, présenté notamment à la figure 1-15 de l'annexe 15 jointe à la BAFO. Lors des négociations, il a clairement été indiqué que des informations complémentaires sur ce modèle théorique étaient absolument nécessaires. Or, ces informations complémentaires sur le modèle théorique, la méthodologie de calcul, les marges de sécurité ou les hypothèses n'ont pas été fournies et ne permettent pas d'induire un degré de confiance suffisant dans la sécurité à mettre en place au profit des pilotes et des aéronefs concernés.

Sur base de cette analyse, la BAFO de la Société Simple Momentanée APK – SCAMA doit être considérée comme non régulière du point de vue technique. L'offre est affectée d'irrégularités substantielles dès lors qu'elle ne se conforme pas aux dispositions des documents du marché concernant les spécifications techniques, définies conformément à l'Art 40, alinéa 1^{er} de la Ref 2 et l'Art 7, §1^{er}, b) de la Ref 3, et que ces spécifications techniques revêtent conformément à la Ref 5 un caractère indispensable et donc essentiel au marché public MRMP-I/A N° 23IA470.

Le pouvoir adjudicateur souhaite ajouter, qu'un marché public similaire avait été lancé en 2020 afin d'équiper les pistes de systèmes MREA (Mid Runway Aircraft Energy Absorber). La société Scandinavian Manufacturing (SCAMA) AB avait également présenté une offre dans le cadre de ce marché en y proposant des systèmes identiques à ceux offerts dans le cadre du présent marché public. L'offre n'avait pas été évincée sur base de l'évaluation faite en 2020 tenant compte du classement de cette procédure. L'attribution avait désigné un autre soumissionnaire. Il convient de préciser que l'évaluation technique de 2020 ne change rien au constat d'irrégularité de l'offre introduite pour le présent marché MRMP-I/A No 23IA470 dès lors que cette évaluation avait été réalisée pour une offre dont le prix ne permettait pas de concurrencer les autres."

Cette décision est notifiée à la partie requérante le 15 janvier 2024 par courriel et par envoi recommandé. Avec celle-ci la partie adverse informe la partie requérante que son offre n'est pas régulière. ».

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse des parties requérantes

Les parties requérantes soulèvent un moyen unique, pris de la violation « - des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que les principes d'égalité et de non-discrimination ;

- de Loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité et, notamment, ses articles 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 des services et de concessions et, notamment, ses articles 4, 8° et 5, 8° ;
- de la Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et, notamment, ses articles 2 et 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, et notamment, ses articles 7, § 3 et 100 ;
- du cahier spécial des charges et le principe général *patere legem quam ipse fecisti* ;

- du principe général de motivation des actes administratifs, du principe de proportionnalité, du principe du raisonnable, du principe de diligence et devoir de minutie comme principes généraux de droit administratif »,

en ce que « la partie adverse déclare l’offre de la partie requérante substantiellement irrégulière sur la base d’une prétendue non-conformité de la BAFO de la partie requérante aux exigences 6.3., 8.3. et 15.1. et 15.2. de l’Annexe C du CSC »,

alors que « la partie adverse méconnaît le contenu de la BAFO de la partie requérante en décidant que la BAFO de la partie requérante ne satisfait pas aux exigences 6.3., 8.3. et 15.1. et 15.2. reprises à l’Annexe C du CSC ».

Le résumé du moyen, établi en vertu de l’article 16, § 1^{er}, alinéa 2, de l’arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d’Etat, porte ce qui suit :

« La partie requérante soutient que la partie adverse méconnaît le contenu de la BAFO de la partie requérante en décidant que la BAFO de la partie requérante ne satisfait pas aux exigences 6.3., 8.3. et 15.1. et 15.2. reprises à l’Annexe C du CSC et, par conséquent, en déclarant la BAFO de la partie requérante non conforme et en excluant sa BAFO sur cette base.

En ce qui concerne l’exigence 6.3. reprise à l’Annexe C du CSC, la partie adverse estime que “[l]e système proposé par la Société Simple Momentanée APK - SCAMA se règle mécaniquement” et que “[s]ans réglage manuel préalable, le système proposé (BAK-12 ATECH) ne permet donc pas d’appliquer une force de freinage optimale/minimale pour arrêter les deux types d’aéronefs (F-16 et F35) dans les limites imposées”. La partie requérante soutient que l’Annexe 37 de sa BAFO indique clairement que le système BAK-12 est complètement automatique et qu’aucun réglage manuel n’est nécessaire pour les arrêts consécutifs des F-16 et F-35 qui respectent les limites de performance spécifiées dans le tableau 6.3 de l’Annexe C du CSC. De plus, le marché public précédent MRMP-I/A20IA470, attribué en 2020 à un autre soumissionnaire, prévoit exactement la même exigence technique fonctionnelle 6.3. et, dans le cadre dudit marché, la partie adverse déclare le système BAK-12 proposé par la partie requérante régulière du point de vue technique et logistique. Finalement, l’exigence d’un freinage automatique est motivée par le manque de personnel (qualifié) ce qui ne peut justifier la non-conformité substantielle d’une offre par rapport à une exigence technique.

En ce qui concerne l’exigence 8.3. reprise à l’Annexe C du CSC, la partie adverse estime que “[l]e système hydraulique proposé avec un mécanisme à ressort n’est pas une transmission mécanique” et que “la transmission se fasse au moins partiellement de façon hydraulique et non de manière entièrement mécanique”. La partie requérante soutient que les Annexes 30 et 32 de sa BAFO démontrent que son système RCSS est un “système électro-hydraulique à transmission mécanique” qui comporte une transmission mécanique comme l’exige l’exigence 8.3. de l’Annexe C du CSC. De plus, le marché public précédent MRMP-I/A 20IA470, attribué en 2020 à un autre soumissionnaire, prévoit exactement la même exigence technique fonctionnelle 8.3. et, dans le cadre dudit marché, la

partie adverse déclare le système RCSS proposé par la partie requérante régulière du point de vue technique et logistique.

En ce qui concerne les exigences 15.1. et 15.2. reprises à l'Annexe C du CSC, la partie adverse estime que la partie requérante n'était pas en mesure de communiquer des informations complémentaires sur le modèle théorique, la méthodologie de calcul, les "marges de sécurité ou les hypothèses" de sorte que les informations et le modèle théorique décrites dans la BAFO de la partie requérante "ne permettent pas d'induire un degré de confiance suffisant dans la sécurité à mettre en place au profit des pilotes et des aéronefs concernés". La partie requérante soutient qu'il ressort de l'Annexe 36 de sa BAFO que toutes les données relatives au système BAK-12 et à la certification par l'US Air Force et Lockheed-Martin sont à la disposition de la partie adverse en tant qu'utilisateur du F-35 de sorte que la partie requérante ne doit pas transmettre toutes les informations possibles car la partie adverse peut en disposer. La partie adverse n'a d'ailleurs pas demandé des informations complémentaires lors des négociations. En outre, certaines informations ne sont pas disponibles pour la partie requérante, car secrètes, et ne peuvent donc être communiquées à la partie adverse. De plus, le marché public précédent MRMP-I/A 201A470, attribué en 2020 à un autre soumissionnaire, prévoit des exigences techniques 15.1. et 15.2. similaires et, dans le cadre dudit marché, la partie adverse déclare le système RCSS proposé par la partie requérante régulière du point de vue technique et logistique.

Il s'ensuit que la BAFO de la partie requérante satisfait aux exigences 6.3., 8.3. et 15.1. et 15.2. de l'Annexe C du CSC. L'acte attaqué se base sur des motifs qui ne sont pas exacts et/ou pertinents permettant de déclarer l'offre de la partie requérante substantiellement irrégulière. L'acte attaqué ne repose pas sur une motivation en fait et en droit justifiant la non-conformité des systèmes proposés par la partie requérante par rapport aux spécifications techniques. »

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Les requérantes font valoir que la partie adverse méconnaît les termes de leur offre en décidant que celle-ci ne satisfait pas aux exigences 6.3., 8.3. ainsi que 15.1. et 15.2. reprises à l'annexe C du cahier spécial des charges et, par conséquent, en déclarant que ladite offre est affectée d'irrégularités substantielles.

Il n'est pas contesté que les trois spécifications techniques sur la base desquelles le pouvoir adjudicateur a déclaré l'offre des requérantes irrégulière revêtent un caractère essentiel aux yeux de la partie adverse. Le cahier spécial des charges énonce (page 8) que « Sauf indication contraire, toutes les exigences énoncées aux Ann C sont des exigences indispensables (type [I] [...]) », l'exigence indispensable étant celle « à laquelle l'offre doit satisfaire dès son introduction, sous peine d'être déclarée non conforme et d'être exclue du marché ». L'annexe C ne comporte aucune indication relative aux spécifications 6.3, 8.3, 15.1 et 15.2.

La première spécification technique litigieuse est l'exigence 6.3 du cahier spécial des charges et touche au système EREA (*End Runway Energy Absorber*), qui énonce ce qui suit :

« Afin de réduire au maximum l'effort sur la crosse, le système devra utiliser la distance d'arrêt totale disponible en régulant de manière permanente et automatique (sans reconfiguration manuelle préalable), la force de freinage appliquée en fonction de l'énergie cinétique à absorber, quelles que soient les masses et vitesses d'engagement des appareils dans la limite des paramètres exprimés [dans un tableau annexé] ».

Les requérantes critiquent d'abord les actes attaqués en ce qu'ils remettraient en cause la capacité du système proposé à accueillir consécutivement des F-16 et des F 35 sans réglage manuel préalable. Il s'agit du premier grief formulé à l'encontre de la première irrégularité constatée par la partie adverse

Prima facie, cette allégation paraît erronée.

Selon les termes de la motivation, la partie adverse reproche au système proposé par les requérantes de « [nécessiter] des ajustements manuels pour optimiser la force de freinage pour des configurations spécifiques de poids/vitesse de l'avion ».

Dans sa note d'observations, la partie adverse confirme qu'elle ne reproche pas au système des requérantes de ne pas permettre pas un réglage automatique de la force de freinage. Elle lui reproche « le fait que ce réglage automatique ne permette pas de réduire au maximum la force de freinage et donc appliquer une force de freinage optimale en fonction du poids de l'avion ». Autrement dit, elle considère que ce sont les termes « afin de réduire au maximum l'effort sur la crosse » qui ne sont pas rencontrés par l'offre des requérantes, ce qui se déduit effectivement des termes de la motivation.

Les requérantes ne soutiennent pas que l'exigence formulée par la prescription en cause, en particulier la référence à une réduction maximale sans plus de précisions, ne serait pas admissible en tant que spécification technique au sens de l'article 7 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012.

Le premier grief dirigé contre la première irrégularité reprochée à l'offre des requérantes ne paraît pas pouvoir être retenu.

Dans un deuxième grief, toujours dirigé contre l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur le respect, par l'offre des requérantes, de l'exigence 6.3., les requérantes soulignent qu'elles ont déposé une offre identique à l'occasion d'un marché similaire passé en 2020 et que la partie adverse a déclaré leur offre régulière

à l'époque. Les requérantes en déduisent qu'une obligation de motivation renforcée s'imposait à la partie adverse dans le cadre de la présente attribution.

La motivation fait état de ce qu'un marché public similaire avait été lancé en 2020 et que la société SCAMA avait déposé une offre en y proposant des systèmes identiques à ceux offerts dans le cadre du présent marché public. Si le pouvoir adjudicateur confirme donc la similarité des marchés et des offres déposées, la motivation précise que « [l']offre n'avait pas été évincée [...] tenant compte du classement de cette procédure ». Elle ajoute que « cette évaluation avait été réalisée pour une offre dont le prix ne permettait pas de concurrencer les autres ». La partie adverse semble ainsi admettre implicitement que l'examen de la régularité de l'offre auquel elle a procédé à l'époque aurait été moins minutieux dans la mesure où l'offre de SCAMA n'avait de toute façon aucune chance d'être retenue au stade de la comparaison en application des critères d'attribution.

Il n'incombe pas au Conseil d'État de se prononcer, à l'occasion du présent recours, sur la légalité de la décision adoptée le 23 novembre 2020 à propos d'un précédent marché. En tout état de cause, le pouvoir adjudicateur est tenu de procéder à un examen concret de la régularité des offres qui sont déposées dans le cadre d'un nouveau marché, indépendamment des décisions qu'il a pu prendre dans le passé. Des décisions antérieures, qui concernent d'autres marchés, même similaires au marché litigieux, n'ont aucune valeur péremptoire. À supposer qu'une motivation renforcée s'impose en l'espèce, il paraît pouvoir être considéré que la motivation revêt ce caractère, dès lors qu'elle ne se limite pas à indiquer la raison pour laquelle l'offre ne satisfait pas à une spécification technique applicable au marché, mais qu'elle fait mention de l'existence de sa précédente décision et admet implicitement les lacunes de celle-ci dans la nouvelle décision d'attribution.

Le deuxième grief dirigé contre la première irrégularité reprochée à l'offre des requérantes ne paraît pas pouvoir être retenu.

Dans un troisième et dernier grief, toujours relatif à l'exigence 6.3. du cahier spécial des charges, les requérantes allèguent que le manque de personnel ne peut pas justifier le rejet de sa BAFO. À titre subsidiaire, elles critiquent la proportionnalité de la sanction d'irrégularité substantielle attachée au non-respect de cette spécification technique.

S'il faut comprendre ce grief comme reprochant au pouvoir adjudicateur de faire reposer l'irrégularité de l'offre sur le manque de personnel, le grief manque

en fait dès lors qu'il ressort très clairement des actes attaqués que le manque de personnel est invoqué par la partie adverse, non pas directement pour conclure à l'irrégularité de l'offre, mais pour justifier l'importance de l'exigence 6.3. En effet, la motivation énonce que « compte tenu de la situation difficile en matière de personnel au sein de la Défense (et certainement du personnel techniquement qualifié), il est impératif qu'aucun réglage manuel ne doive être effectué sur les barillets de frein pour recevoir ces aéronefs et qu'une force de freinage minimale (optimale) soit développée sur le crochet de frein ». Il ne fait pas de doute à la lecture de la motivation que l'irrégularité de l'offre découle, non pas du manque du personnel, mais du non-respect d'une spécification technique qui est considérée comme essentielle par le pouvoir adjudicateur notamment en raison du manque de personnel.

Pour le surplus, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour définir ses besoins, ce qui implique qu'il est libre de définir les spécifications techniques qui lui paraissent adéquates, et de les qualifier ou non d'essentiels. Dans ce contexte, la seule critique, qui est lacunaire, d'un des motifs invoqués parmi d'autres pour justifier ce caractère essentiel ne permet pas de conclure au caractère disproportionné de l'exigence 6.3 du cahier spécial des charges.

Le troisième grief dirigé contre la première irrégularité reprochée à l'offre des requérantes ne paraît pas pouvoir être retenu.

Au terme d'un examen mené en extrême urgence, il en résulte que la partie adverse n'a pas violé les principes et dispositions visés au moyen en constatant que l'offre des requérantes ne respectait pas l'exigence 6.3 du cahier spécial des charges et était donc entachée d'une irrégularité substantielle.

Partant, il n'y a pas lieu de statuer sur les critiques dirigées contre les actes attaqués en ce qu'ils constatent d'autres irrégularités, dès lors que ces critiques ne seraient pas de nature à empêcher l'écartement de l'offre sur la base de la première irrégularité relative à la spécification 6.3.

Le moyen unique n'est pas sérieux.

La demande de suspension doit dès lors être rejetée sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse.

V. Confidentialité

Les parties requérantes demandent que les pièces 7 à 12 annexées à la requête demeurent confidentielles.

Ces pièces n'ont toutefois pas été déposées dans la présente affaire. La demande de confidentialité est donc sans objet en ce qui les concerne.

La partie adverse dépose un dossier de pièces confidentielles comportant les offres initiales des requérantes et de l'attributaire (pièces 1 et 2), leurs BAFO (pièces 3 et 4), les annexes 37, 15, 30, 32, 1 et 36 de la BAFO des requérantes (pièces 5 à 10) et la version complètes de la décision motivée d'attribution (pièce 11). Elle demande que la confidentialité de ces pièces soit maintenue.

Cette demande n'étant pas contestée, il 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^{er}

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3

Les pièces 1 à 11 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4

Les parties requérantes supportent les dépens, à savoir les droits de rôle de 400 euros et la contribution de 24 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 15 mars 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Imre Kovalovszky,
Nathalie Roba,

président de chambre,
greffière.

La Greffière,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky