

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 262.000 du 16 janvier 2025

A. 230.744/VI-21.755

En cause : **la société anonyme I'LL BE BAG**,
ayant élu domicile chez
M^e Emmanuel VAN NUFFEL, avocat,
avenue Louise 81
1050 Bruxelles,

contre :

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

Parties intervenantes :

1. **la société anonyme TWEEDS & COTTONS**,
ayant élu domicile chez
M^e Philippe LEVERT, avocat
avenue Louise 140
1050 Bruxelles,

2. **la société anonyme de droit luxembourgeois AVROX**,
(en liquidation), instance reprise par Nicolas THIELTGEN,
curateur
ayant élu domicile chez
M^{es} Laurent KENNES et
Anne FEYT, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 21 mai 2020, la partie requérante demande l'annulation de « la décision du 5 mai par laquelle la partie adverse rejette son offre et attribue, semble-t-il, à la n.v. Cotton&Tweeds et à la société de droit luxembourgeois AVROX le contrat-cadre relatif à la fourniture de masques buccaux réutilisables en étoffe (Community masks) qu'elle a passé par procédure négociée sans publicité [...] ».

Par la même requête, la requérante sollicite l'annulation « de cette décision, ainsi que l'annulation de la décision de date inconnue par laquelle la partie adverse (Conseil des ministres ou ministère de la défense à supposer qu'il en ait reçu la délégation), a décidé de passer le marché par procédure négociée sans publicité ».

Dans sa « dernière note complémentaire à la requête » du 17 juin 2020, déposée sur le fondement de l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite, la requérante sollicite l'extension du recours à « la décision implicite qui [...] est indissolublement liée [au premier acte attaqué] de modifier, en cours d'exécution, les conditions essentielles du contrat-cadre », sans remise en concurrence du marché.

II. Procédure

Un arrêt n° 247.995 du 3 juillet 2020 (ECLI:BE:RVSCE:2020:ARR.247.995) a accueilli provisoirement les demandes en intervention et a rejeté la demande de suspension d'extrême urgence du premier acte attaqué.

La partie requérante a demandé la poursuite de la procédure.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse, en réplique et en intervention de la seconde partie intervenante ont été régulièrement échangés.

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Une requête en reprise d'instance a été introduite le 16 février 2023 par la SA de droit luxembourgeois AVROX.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 1^{er} octobre 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 6 novembre 2024.

M. Xavier Close, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^{me} Alice Bonte, Lieutenant-Colonel, comparaissant pour la partie adverse, M^c Philippe Levert, avocat, comparaissant pour la première partie intervenante et M^c Victorine Nagels, *loco* M^{es} Laurent Kennes et Anne Feyt, avocat, comparaissant pour la seconde partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur, 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

1. Le 24 avril 2020, le Conseil national de sécurité, sur le fondement d'un avis rendu deux jours plus tôt par le Groupe d'experts en charge de l'*exit strategy* (GEES), décide d'un plan d'action en vue d'assurer le déconfinement de la Belgique tout en continuant à lutter contre la propagation du coronavirus COVID-19.

Il prévoit, à cet effet, le maintien des mesures strictes de confinement jusqu'au 3 mai 2020 inclus et l'entame d'un déconfinement progressif à partir du 4 mai « si les conditions le permettent ».

2. Dans ce contexte, le 27 avril 2020, le Conseil des ministres charge le ministre de la Défense d'acquérir, *via* un accord-cadre et sur la base d'une consultation préalable du marché (prospection), des masques buccaux afin de couvrir les besoins de la population belge et des membres du personnel de l'État fédéral. Il décide également que ce marché sera passé selon une procédure négociée sans publication préalable sur le fondement de l'article 42, § 1^{er}, 1^o, b, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Ce choix de la procédure de passation constitue le deuxième acte attaqué.

3. À partir du 28 avril 2020, la partie adverse commence ses activités de prospection dans le cadre du marché en cause. Elle consulte, en parallèle, l'industrie belge de la confection et fourniture de textiles sous la coordination de Créamoda (fédération belge de la mode) ainsi que d'autres soumissionnaires potentiels.

Les tractations réalisées via Créamoda n'aboutissent pas.

En revanche, un premier tour « de consultation du marché » est effectué, selon les déclarations de la partie adverse, auprès de 190 acteurs de la confection textile. Les soumissionnaires potentiels sont invités à déposer une « offre de prospection » pour le 30 avril 2020 à 12h00.

Le document de prospection à compléter par les opérateurs économiques comporte un schéma de livraison et une grille de prix, ainsi que des informations concernant le respect d'exigences de qualités techniques (notamment le respect de la norme NBN/DTG S 65-001 : 2020, version 1, du 24 avril 2020). Le dépôt de ce document doit être accompagné de différentes annexes permettant d'attester du respect des exigences minimales prévues, telles qu'un DUME et des preuves administratives et techniques.

La requérante et les parties intervenantes transmettent des premières propositions.

4. Le 30 avril 2020, à 01h01, la partie adverse adapte le premier document de prospection afin d'augmenter les quantités minimales de masques à fournir.

5. Le 30 avril 2020, à 10h36, la requérante adapte à son tour sa proposition initiale.

6. Le 30 avril 2020, à 23h50, la partie adverse communique un nouveau document « de consultation du marché » dans le cadre d'un second tour (partie 2) renvoyant à « une norme technique modifiée ». C'est désormais la norme « NBN/DTG S 65-001 : 2020, version 1.1 » du 28 avril 2020 qui est visée, le respect des exigences REACH 1907/2006 étant également requis. Il est prévu que le document complété par les opérateurs économiques doit parvenir à la partie adverse pour le samedi 2 mai 2020 à 12h00.

Dans ce document, la partie adverse demande notamment de fournir une

référence d'une livraison de volume équivalent du produit proposé afin de réduire le nombre de soumissionnaires potentiels :

<i>« Veuillez nous fournir au moins une référence d'une livraison de volume équivalent du produit que vous proposez.</i>	<i>Quantité Référence Pays Ville Nom Adresse »</i>
--	--

7. Le 1^{er} mai 2020, la requérante adresse un courriel à la partie adverse reprenant une série d'observations relative au marché en cause, notamment quant aux recommandations de lavage des masques.

8. Le 2 mai 2020, à 11h45, la partie adverse informe les soumissionnaires potentiels d'une nouvelle modification, à savoir que le produit proposé peut non seulement être conforme à la norme belge, mais aussi lui être « équivalent ». Il expose par ailleurs le déroulement de la poursuite de la procédure, le délai pour le dépôt d'une proposition étant reporté à 15 h 00.

Il est notamment précisé ce qui suit

- « Toutes les entreprises qui, sur la base du premier et/ou du deuxième tour de consultation, ont fourni des informations démontrant qu'elles peuvent garantir une capacité de livraison minimale supérieure à 250.000 pièces/semaine, recevront, après cette phase de prospection, un cahier des charges définissant les exigences finales et les modalités d'attribution, y compris une invitation à soumettre une offre, conformément à la législation sur les marchés publics. Ce cahier des charges vous sera envoyé encore aujourd'hui ».
- « La date limite pour le dépôt des offres sera communiquée par le pouvoir adjudicateur. L'intention est de parvenir à une décision d'attribution le plus rapidement possible. Dans ce but les documents administratifs et techniques que vous avez déjà transmis seront au maximum exploités ».

9. Le 2 mai 2020, à 13h10, la requérante transmet à la partie adverse une nouvelle proposition dans le cadre du second tour de prospection (partie 2).

Elle précise ce qui suit concernant la sélection qualitative :

<i>Veuillez nous fournir au moins une référence d'une livraison de volume équivalent du produit que vous proposez</i>	<i>Minister of trade VIETNAM => 40 millions AGTEX Brand (photo en annexe). JAPAN => 15 millions (commande en production) GERMANY => 2 millions (commande confirmée hier)</i>
---	---

10. Le 3 mai 2020, à 00 h 35, 41 opérateurs économiques sont invités à déposer une offre pour le 5 mai, à 15 h 00. Le cahier spécial des charges du marché leur est envoyé simultanément.

Il fait l'objet d'un *erratum* envoyé le 3 mai à 12h30. Outre une date limite du dépôt des offres finalement fixée le 4 mai 2020 à 5 heures, il est notamment prévu ce qui suit :

« [...]

2. Procédure

a. Nature de la procédure

Procédure négociée sans publication préalable sur base de l'article 42, § 1, 1°, b) de la loi du 17 juin 2016.

b. Centrale d'achat

Dans le cadre de ce dossier, le ministère de la Défense (La Défense) acte en tant que centrale d'achat au profit de toutes les institutions gouvernementales qui font partie du gouvernement fédéral, des régions et des communautés.

La Défense (voir service dirigeant ci-dessous) passera les commandes pour les autorités fédérales.

Pour ce qui concerne les autres commandes, les modalités seront communiquées séparément par le service dirigeant de la Défense. [...].

3. Objet

[...]

b. Spécifications techniques minimales

Toutes les livraisons satisfont ou sont équivalentes à la norme NBN /DTD S 65-001 : 2020, version 1.1 du 28 avril 2020 [...].

4. Début, durée et prolongations

L'accord-cadre court, *a priori*, jusqu'au 31 décembre 2020, avec possibilité de prolongation pour une période d'un an. La prolongation ne peut avoir lieu qu'après sa notification par le service dirigeant de la Défense, avant l'expiration du contrat.

[...] Le pouvoir adjudicateur ne contracte aucune obligation d'acquérir les items à concurrence des quantités estimées.

[...]

6. Motifs d'exclusion et sélection qualitative

[...]

b. Déclaration explicite – Document unique de marché européen (DUME)

Le DUME doit être entièrement rédigé, complété et introduit par le soumissionnaire [...]

Par l'introduction d'un DUME entièrement rempli (et signé), le soumissionnaire déclare explicitement sur l'honneur, qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion repris aux articles 67, 68 et 69 de la loi.

[...]

c. Sélection qualitative

Le soumissionnaire est demandé à présenter une déclaration selon laquelle il a déjà fourni au moins 250 000 pièces de masques en étoffe réutilisables avec le nom et l'adresse du destinataire.

[...]

7. L'attribution du marché

a. Exigences minimales

Pour être sélectionné comme participant, vous devez, en tant que fournisseur, AU MOINS répondre aux exigences suivantes :

(1) Être sélectionné (voir Par 6)

(2) Fournir toutes les preuves techniques nécessaires dont il ressort que les masques répondent ou sont équivalents à la norme BNB / DTD S 65-001 : 2020, version 1.1 du 28 avril 2020, et si possible accompagnées d'une photo ou d'un dessin de l'article.

(3) Soumettre un schéma de livraison entièrement complété, avec vos capacités de livraison garanties tablant sur l'hypothèse que les premières commandes seront placées le mardi 5 mai 2020, avant minuit.

(4) Offrir un prix unitaire pour le masque demandé, le cas échéant également pour un masque de taille enfant, si nécessaire en fonction du modèle. Pour être considéré comme conforme, ce prix ne dépassera pas 2,50 EUR hors TVA/pièce et comprendra les frais de transport à Vilvorde Belgique (DDP).

[...]

b. Critères d'attribution

Le marché sera attribué sur la base des critères d'attribution suivants, par ordre d'importance :

(1) la capacité de livraison totale garantie pour les semaines 20-21

(2) la capacité de livraison totale garantie pour les semaines 20-21-22-23

(3) le prix

c. Méthode d'évaluation

Seules les entreprises qui répondent aux exigences minimales du cahier spécial des charges sont prises en considération pour l'évaluation décrite ci-dessous.

(1) Évaluation de la capacité totale de livraison garantie pour les semaines 20-21. Pour les entreprises conformes, un classement sera établi sur base de la capacité de livraison totale garantie pour les semaines 20-21. Sont retenus pour participer à l'accord-cadre autant de participants que nécessaire pour obtenir une capacité d'approvisionnement totale minimale de 18 millions de masques buccaux.

(2) Évaluation de la capacité de livraison totale garantie pour les semaines 21-21-22-23

La liste résultant du Par. (1) ci-dessus sera complétée par autant d'entreprises conformes que nécessaire pour obtenir une capacité d'approvisionnement totale garantie pour les semaines 20-21-22-23 de 50 millions de masques buccaux.

(3) Évaluation du prix

En cas de capacité de livraison égale, le prix sera déterminant pour le classement.

8. Commandes et délais de livraison

[...]

Le délai de livraison sera déterminé précisément dans la lettre de commande, conformément au schéma de livraison garanti.

Concernant la première commande, cela signifie concrètement que, sur la base d'une commande le 5 mai 2020, à minuit au plus tard, que votre capacité de

livraison garantie de la semaine 20 doit être livrée avant le dimanche 17 mai 2020, à minuit.

La capacité de livraison garantie des semaines 21 et suivantes doit être livrée, chaque fois, avant le dernier jour calendrier (= dimanche), à minuit, de la semaine concernée.

Toutes les commandes jusqu'aux premiers 50 millions de masques buccaux, seront placées auprès des participants retenus, conformément à leurs capacités de livraison remises (voir les Par 7.(b) et (c) ci-dessus).

Pour les commandes à partir de 50 millions de masques buccaux (semaine 24 et suivantes), les commandes seront placées auprès des participants retenus à raison du % proportionnel suivant la capacité de livraison remise pour les semaines 24 jusque 52.

[...]

13. Modalités quant aux pénalités et amendes pour retard

Puisque le délai de livraison constitue un critère d'attribution du marché, le présent marché fixe ci-dessous le mode de calcul des amendes pour retard (...) pour les fournitures dont la livraison est effectuée avec retard.

[...]

14. Facturation

a. Avances et acomptes

En principe, il ne sera accordé ni avance, ni acompte.

[...]

16. Billet d'offre

[...]

e. Dossier technique

(1) Certificats et documents à fournir pour démontrer la conformité ou l'équivalence à la norme (NBN / DTD S 65-001 : 2020 du 28 avril 2020) avec, si possible, photographies ou dessins des articles :

(a) Soit les rapports d'essai du fournisseur de matières premières :

(i) Capacité du filtre (pénétration) [...]

(ii) Perméabilité à l'air [...]

(b) Soit les rapports d'essai du masque pour :

(i) Capacité du filtre (pénétration) [...]

(ii) Perméabilité à l'air [...]

(...)

(d) Brève fiche technique du (des) masque(s) buccal (buccaux) avec photographies ou dessins de l'article fini [...].

(...)

(5) Le nombre de cycles de lavage garantis, les instructions d'entretien et le manuel d'utilisation du masque doivent être repris dans le dossier technique.

f. Composition de votre dossier à fournir avant le lundi 4 mai, à 15 heures :

1.	<i>L'offre signée</i>
2.	<i>Le dossier technique (cf Par 16.e.)</i>
3.	<i>Le Document Unique de Marché Européen</i> <i>Attention : l'absence du DUME signé dans l'offre conduit automatiquement à l'éviction du soumissionnaire.</i>
4.	<i>La déclaration des références total de 250 000 pièces (cf Par 6.c)</i>
5.	<i>La preuve du mandat autorisant la signature</i>

[...] ».

11. Le 4 mai 2020, 30 opérateurs économiques déposent une offre, dont la partie requérante et les parties intervenantes.

12. Le 5 mai 2020, le rapport d'attribution est établi par la partie adverse.

Suivant ce rapport, seules les offres de quatre opérateurs économiques sont évaluées, dont celles des deux parties intervenantes. Les offres des autres soumissionnaires ne sont pas sélectionnées sur la base du point 6.c du cahier spécial des charges (absence de déclaration de la fourniture d'au moins 250.000 masques en tissu) ou sont considérées non conformes sur le plan administratif ou sur le plan technique.

Le rapport d'attribution propose de retenir les offres des deux parties intervenantes.

13. Le même jour, le ministre de la Défense décide de ne pas sélectionner l'offre de la requérante et d'attribuer le marché aux sociétés AVROX et TWEEDS & COTTONS.

Il s'agit du premier acte attaqué.

Cette décision est communiquée aux parties intervenantes. Une première commande de 3.000.000 de masques est immédiatement passée auprès de TWEEDS & COTTONS pour une livraison prévue de 1.000.000 de masques le 17 mai 2020 et de 2.000.000 de masques le 24 mai 2020. Une commande de 15.000.000 de masques est également passée auprès de la société AVROX, pour une livraison le 24 mai 2020.

Les commandes auprès de la société TWEEDS & COTTONS seront livrées dans les délais. En revanche, la commande auprès de la société AVROX sera livrée entre le 25 mai 2020 et le 8 juin 2020, soit hors délais.

Les masques ainsi livrés seront jugés conformes par la partie adverse.

La requérante considère cependant que, par l'acceptation de ces masques, la partie adverse a implicitement procédé à une modification substantielle du marché par une décision qu'elle identifie comme étant le troisième acte attaqué.

14. Le 6 mai 2020, à 03h07 la requérante est informée par courriel du fait que son offre n'a pas été sélectionnée :

« Uw offerte voldoet niet: geen aantallen en geen referenties opgegeven. In toepassing van Par 6.c van het bestek en van Art 68, § 4,10, b) van het KB PL van 18 Apr 17 bent u niet geselecteerd.
In het kader van de administratieve regelmatigheid werd geverifieerd of de firma

aan de alle administratieve eisen van het bestek voldoet, zoals bepaald in Par 7.a. (3) t.e.m. (6) van het bestek. Er werd nagezien of er geen voorbehoud werd gemaakt over de essentiële bepalingen inzake prijs, termijnen en betalingsvoorwaarden: Afwijkingen in de leveringschema, voorschot van 30 %, US-wisselkoers ».

Cette information est ensuite confirmée par courrier recommandé.

15. Les 6 et 8 mai 2020, la société AVROX communique à la partie adverse des attestations complémentaires.

16. Les 7 et 8 mai 2020, le ministre de la Défense envoie cinq courriers aux ministres-présidents des communautés et régions dans lesquels il leur propose d'utiliser l'accord-cadre pour passer des commandes de masques buccaux en tissu.

17. Le 3 juillet 2020, par son arrêt n° 247.995, le Conseil d'État rejette le recours en suspension d'extrême urgence de la requérante en jugeant *prima facie* qu'elle n'a, d'une part, pas contesté valablement la décision de considérer son offre comme irrégulière et, d'autre part, qu'elle n'a pas pu démontrer que les offres des attributaires du marché étaient irrégulières.

IV. Reprise d'instance

Par un courriel du 4 décembre 2022, le conseil de la seconde partie intervenante a informé le Conseil d'État que sa cliente avait été déclarée en faillite.

Il ressort des pièces transmises à l'auditeur rapporteur dans le cadre de l'instruction du recours que cette faillite a été prononcée le 17 octobre 2022 par la 15^e chambre du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, sur aveu de la société AVROX.

Par un courrier du 16 février 2023 adressé au greffe, Maître Nicolas Thieltgen a déclaré reprendre l'instance en sa qualité de curateur à la faillite de la seconde partie intervenante.

Il y a lieu d'accueillir cette requête en reprise d'instance.

V. Interventions

Les sociétés TWEEDS & COTTONS et AVROX, qui sont les bénéficiaires des premier et troisième actes attaqués, et qui ont participé à la

procédure d'attribution décidée par le deuxième acte attaqué, disposent d'un intérêt à intervenir.

Il y a dès lors lieu d'accueillir leurs demandes respectives d'intervention.

VI. Objet du recours

Le Conseil d'État a annulé, par un arrêt n° 261.999 (ECLI:BE:RVSCE:2025:ARR.261.999) rendu ce jour, la décision du 5 mai 2020 de la partie adverse attribuant le marché aux sociétés TWEEDS & COTTONS et AVROX.

Cette annulation prive le recours de son premier objet.

Selon la numérotation des moyens utilisée dans le mémoire en réplique, il n'y a dès lors pas lieu d'examiner les premier, deuxième, troisième et quatrième moyens, qui ne sont pas dirigés contre les deuxième et troisième actes attaqués.

VII. Compétence

Il convient d'examiner la compétence du Conseil d'État en ce qui concerne la demande d'annulation du troisième acte attaqué, que la partie requérante identifie comme étant « la décision implicite qui [...] est indissolublement liée [au premier acte attaqué] de modifier, en cours d'exécution, les conditions essentielles du contrat-cadre ».

VII.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante affirme que le contrat-cadre initial, conclu par la notification du premier acte attaqué aux parties intervenantes, a fait l'objet de modifications substantielles, au sens de l'article 38/6 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, dans le cours de l'exécution du marché, et ce au bénéfice de chacune des parties intervenantes.

Elle estime que de telles modifications doivent être considérées comme relevant de la passation d'un nouveau marché public, qui aurait dû faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence, de sorte que le Conseil d'État est bien compétent pour connaître du recours dirigé contre ce qui constitue une nouvelle décision d'attribution.

B. Thèses des parties adverse et intervenantes

Les parties adverse et intervenantes estiment que la décision implicite de modifier en cours d'exécution les conditions essentielles du contrat-cadre relève de l'exécution du marché, et échappe en conséquence à la compétence du Conseil d'État.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

La requérante affirme que les conditions du marché attribué par le premier acte attaqué ont été substantiellement modifiées en cours d'exécution au bénéfice des parties intervenantes, et que ces modifications constituent une nouvelle décision d'attribution dont l'annulation peut être sollicitée devant le Conseil d'État.

L'article 144, alinéa 1^{er}, de la Constitution énonce que « les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux ».

Au regard de cette disposition, le Conseil d'État s'immiscerait dans les attributions des cours et tribunaux s'il se prononçait sur les contestations relatives à l'exécution des contrats.

Le Conseil d'État est toutefois compétent pour connaître de la demande d'annulation d'une décision d'attribution d'un marché public, celle-ci étant détachable du contrat.

En tenant compte des enseignements de l'arrêt *Presstext Nachrichtenagentur GmbH* prononcé le 19 juin 2008 par la Cour de Justice de l'Union européenne, des modifications apportées aux conditions d'un marché public au cours de son exécution pourraient – le cas échéant – constituer une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, alors en vigueur, « lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché ».

L'enseignement de cet arrêt a été intégré dans l'article 72 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, aujourd'hui applicable, qui lui-même a été transposé en droit interne dans les articles 38/5 et 38/6 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les

règles générales d'exécution des marchés publics.

Dans ce contexte, le Conseil d'État pourrait se déclarer compétent pour connaître du recours en annulation dirigé contre un acte modifiant, en cours d'exécution, un marché public de manière à ce point substantielle que cet acte devrait être considéré comme détachable du contrat et constituant alors la décision d'attribuer un nouveau marché.

La compétence du Conseil d'État est, en l'espèce, liée à l'examen des arguments que la requérante développe dans son cinquième moyen pour démontrer l'existence d'une telle décision.

L'exception est dès lors liée au fond.

VIII. Cinquième moyen

VIII.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante soulève un cinquième moyen, selon la numérotation contenue dans son mémoire en réplique, qui est dirigé contre le troisième acte attaqué. Ce moyen est pris de la violation « [du] principe d'égalité et [du] jeu normal de la concurrence, ainsi que [des] dispositions légales qui l'encadrent, en particulier l'article 38/6, alinéa 2, 1°, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics ». La requérante invoque également une violation de l'article 72 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

Dans une première branche, la requérante déduit des procès-verbaux de réception provisoire des 17, 22 et 24 mai 2020, relatifs aux masques livrés par la société TWEEDS & COTTONS, première partie intervenante, que deux modèles de masques distincts ont été déposés et que les lots proviennent d'origines différentes. Elle soutient dès lors que la première partie intervenante a fait appel à un autre sous-traitant que celui dont elle avait annoncé l'intervention et qui avait permis de justifier sa capacité technique pour exécuter le marché. Selon elle, en acceptant cette substitution de sous-traitant, alors que la première partie intervenante avait utilisé la capacité de ce sous-traitant pour satisfaire à la sélection qualitative, la partie adverse a accepté une modification substantielle du marché. Elle se réfère à cet égard à

l'enseignement d'un arrêt du 13 avril 2010 (Wall AG, affaire C-91/08) de la Cour de Justice de l'Union européenne, qui aurait jugé – selon elle – que « le changement de sous-traitant, circonstance apparemment banale, peut constituer une modification substantielle des conditions initiales du marché lorsque les capacités du sous-traitant remplacé ont été déterminantes pour la participation du contractant à la procédure d'attribution du marché ».

Dans une deuxième branche, la requérante affirme que la seconde partie intervenante a fourni des masques qui ne sont pas conformes aux exigences minimales des documents du marché. En réceptionnant ces masques, la partie adverse aurait également accepté une modification substantielle du marché.

B. Thèse de la partie adverse

Au sujet de la première branche, la partie adverse considère que la requérante ne démontre pas que la modification de sous-traitant serait un élément essentiel du marché. Elle soutient que seule importait la conformité des masques délivrés et non pas l'identité du sous-traitant proposé. Elle conteste qu'un changement de fournisseur puisse témoigner de la volonté des parties de renégocier les termes du contrat.

Au sujet de la deuxième branche, la partie adverse considère que les exigences de la norme « NBN/DTG S 65-001 : 2020, version 1.1 », publiée le 28 avril 2020, étaient de simples recommandations, de telle sorte qu'en toute hypothèse, les masques fournis par la seconde partie intervenante sont bien conformes aux exigences du marché.

C. Thèse de la première partie intervenante

Au sujet de la première branche, qui contient le grief concernant ses livraisons, la première partie intervenante relève que les masques fournis proviennent bien de son sous-traitant, celui-ci disposant de plusieurs usines manufacturières au Vietnam et en Chine.

D. Thèse de la deuxième partie intervenante

Au sujet de la deuxième branche, seule à la concerner, la deuxième partie intervenante conteste l'existence d'une modification substantielle au sens où l'entend la partie requérante. Elle estime que les affirmations de celle-ci concernant la qualité

des masques proposés et livrés, et le caractère factice de son engagement, sont fausses et diffamatoires.

Elle estime que les exigences minimales du cahier spécial des charges ont été respectées dès lors que le document technique NBN/DTD S 65-001 : 2020, version 1.1, publié le 28 avril 2020, ne contenait pas une exigence de minimum 25 cycles de lavage à une température constante de 60°. Elle produit néanmoins le rapport d'un laboratoire indépendant qui confirme que les masques peuvent subir au moins 25 cycles de lavage à 60°C.

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

La requérante affirme, en substance, qu'en acceptant des modifications essentielles aux conditions d'exécution du contrat, et ce au bénéfice de chacune des parties intervenantes, la partie adverse a en réalité procédé à l'attribution d'un nouveau contrat-cadre, qui aurait dû être précédée d'une nouvelle procédure de passation.

L'article 72 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, est rédigé comme il suit :

« 1. Les marchés et les accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive dans l'un des cas suivants :

[...]

e) lorsque les modifications, quelle qu'en soit la valeur, ne sont pas substantielles au sens du paragraphe 4.

[...]

4. Une modification d'un marché ou d'un accord-cadre en cours est considérée comme substantielle au sens du paragraphe 1, point e), lorsqu'elle rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ. En tout état de cause, sans préjudice des paragraphes 1 et 2, une modification est considérée comme substantielle lorsqu'une au moins des conditions suivantes est remplie:

- a) elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de marché, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de marché ;
- b) elle modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial ;
- c) elle élargit considérablement le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre ;
- d) lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur

a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus au paragraphe 1, point d) ».

Les articles 38/5 et 38/6 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, qui transposent la disposition précitée, sont rédigés comme il suit :

« Art. 38/5. Une modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation, lorsque la modification, quelle qu'en soit la valeur, est à considérer comme non substantielle.

Art. 38/6. Une modification d'un marché ou d'un accord-cadre en cours est à considérer comme substantielle lorsqu'elle rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ.

Est à considérer comme substantielle la modification qui remplit au moins une des conditions suivantes:

- 1° la modification introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation du marché ;
- 2° la modification modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur de l'adjudicataire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial ;
- 3° la modification élargit considérablement le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre ;
- 4° lorsqu'un nouvel adjudicataire remplace celui auquel l'adjudicateur a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus à l'article 38/3 ».

A. Quant à la première branche

La première partie intervenante a indiqué, dans son offre, qu'elle exécuterait le marché en collaboration avec son sous-traitant ESQUEL ENTERPRISES Ltd, et a invoqué la capacité de ce sous-traitant pour répondre à l'exigence de sélection qualitative reprise au point 6. c) du cahier spécial des charges.

L'invocation, dans son offre, de la capacité technique de cette société, consistant en la fourniture d'au moins 250.000 masques à l'occasion d'un contrat précédent, n'empêche pas la première partie intervenante de recourir, en outre, aux services d'autres sous-traitants en cours d'exécution du marché.

L'argumentation que la requérante déduit de l'arrêt du 13 avril 2010 de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne (Wall AG, C-91/08,

ECLI:EU:C:2010:182) ne peut à cet égard être suivie. Dans cet arrêt, rendu au sujet d'une concession de services, la Cour de Justice a considéré « qu'un changement de sous-traitant, même lorsque la possibilité en est prévue dans le contrat, peut, dans des cas exceptionnels, constituer une [...] modification de l'un des éléments essentiels du contrat de concession lorsque le recours à un sous-traitant plutôt qu'à un autre a été, compte tenu des caractéristiques propres de la prestation en cause, un élément déterminant de la conclusion du contrat, ce qu'il appartient en tout état de cause à la juridiction de renvoi de vérifier ». La Cour a donc jugé que c'est exceptionnellement qu'un changement de sous-traitant peut constituer une modification substantielle du contrat, à savoir lorsque l'identité ou les caractéristiques de ce sous-traitant a été l'un des éléments essentiels de la conclusion du contrat.

En l'occurrence, compte tenu du libellé du critère de sélection qualitative concerné, et du contexte dans lequel le marché a été passé, pour lequel les autorités belges éprouvaient des difficultés à fournir des masques buccaux en suffisance au personnel de soins et à la population, la partie adverse n'a pas fait de l'identité des éventuels sous-traitants des soumissionnaires un élément déterminant de leur désignation, et ce même si la capacité du sous-traitant était invoquée dans le cadre de la sélection qualitative. La partie adverse a entendu s'assurer que l'adjudicataire aurait une capacité de fourniture suffisante pour satisfaire aux exigences du marché, mais elle n'a pas exclu le recours, lors de l'exécution de l'accord-cadre, à d'autres sous-traitants que ceux dont la capacité a été invoquée.

Le moyen manque par ailleurs en fait. La première partie intervenante a déposé, dans le cadre de l'instruction réalisée par l'auditeur rapporteur, les factures émanant de la société ESQUEL ENTERPRISES Ltd (laquelle exploite la marque « DETERMINANT » qui figure sur les factures), qui attestent la livraison par celle-ci, les 14 et 15 mai 2020, de 1.900.000 masques et les 18, 20 et 22 mai 2020 de 1.400.000 masques. Les masques ont donc été livrés par le biais de la société ESQUEL, sous-traitant annoncé de la première partie intervenante. Le fait que celle-ci dispose de plusieurs sites de production auxquels elle a fait appel n'est pas de nature à modifier ce constat.

L'affirmation de la requérante que deux modèles de masques distincts ont été livrés le 17 mai 2020 est dénuée de pertinence s'agissant de déterminer si le marché a été modifié de manière « substantielle » par un changement de sous-traitant en cours d'exécution. En toute hypothèse, comme l'a relevé l'auditeur dans son rapport, les distinctions entre les deux modèles livrés sont anecdotiques (longueur de l'élastique et présence ou non d'un « *koordstopper* »), et les masques livrés ont tous

été approuvés par des procès-verbaux de réception provisoire, attestant – après un examen visuel détaillé – leur conformité apparente avec les documents du marché.

Eu égard à ce qui précède, la partie requérante reste en défaut de démontrer l'existence d'une modification substantielle du marché au sens de l'article 38/6 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

Le moyen n'est pas fondé en sa première branche.

B. Quant à la deuxième branche

Le « document technique belge » NBN/DTD S 65-001:2020, version 1.1, publié le 28 avril 2020, précise être une « spécification technique qui a été développée suivant une procédure d'élaboration et de consultation adaptée à l'objectif poursuivi, et qui ne possède pas le statut de norme formelle ».

Son contenu s'adresse à la fois aux fabricants de masques « *community* », aux vendeurs de tels masques et à leurs usagers.

Il comporte notamment les instructions d'entretien suivantes :

« 5.6.1. Recommandations pour l'entretien

- Le masque est capable de subir 25 cycles d'entretien.
- Aucun produit spécifique autre qu'un détergent neutre ne doit être utilisé, de préférence sans assouplissant.
- Les masques sont toujours lavés séparément avec du ballast supplémentaire (par exemple une serviette de bain usagée) dans le but de générer une action de nettoyage mécanique.
- Pour la désinfection, une température d'au moins 60° C durant le lavage doit être maintenue pendant 30 minutes. Etant donné que certaines machines à laver domestiques ne peuvent pas garantir cela avec un programme de lavage à 60°, le programme de lavage avec la température la plus élevée est recommandé ».

S'il peut être admis que la recommandation concernant la capacité de subir 25 cycles de lavages s'adresse bien aux fabricants de tels masques, tel n'est pas le cas des trois autres recommandations, clairement adressées aux utilisateurs du masque.

En particulier, la recommandation selon laquelle une température d'au moins 60° C pendant trente minutes devrait être maintenue durant le lavage est destinée à informer les utilisateurs du masque de la manière de désinfecter un masque

après usage. Ceci est confirmé par le passage du document technique consacré au « marquage et information » du produit, qui recommande aux vendeurs ou distributeurs de fournir, dans l’emballage du masque, des instructions à l’attention du porteur, dont notamment « e) Les recommandations pour l’entretien (voir 5.6.1) ».

La seconde partie intervenante ne devait donc pas démontrer, à l’aide de la documentation produite à l’appui de son offre, que son produit pouvait supporter 25 cycles de lavages à la température de 60° C pendant trente minutes, pas plus qu’elle ne devait livrer des masques ayant une telle caractéristique.

Il s’ensuit qu’en acceptant de réceptionner les masques livrés par la deuxième partie intervenante, la partie adverse n’a pas modifié le marché conclu de manière substantielle, au sens de l’article 38/6 de l’arrêté royal du 14 janvier 2013 précité.

En ce qu’il affirme le contraire, le moyen manque en fait.

L’examen des deux branches du cinquième moyen ne permet pas de constater que, par le biais d’une modification substantielle du marché, la partie adverse aurait pris une décision considérée comme s’apparentant à l’attribution d’un nouveau marché. Il en résulte que le Conseil d’État est sans compétence pour connaître du recours en ce qu’il est dirigé contre le troisième acte attaqué.

IX. Sixième moyen

IX.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante soulève un sixième moyen, selon la numérotation du mémoire en réplique, pris de la violation de « l’article 42, § 1^{er}, 1^o, b, de la loi du 17 juin 2016 relative à la passation des marchés publics ; le principe de transparence et le principe d’égalité ; les principes de bonne administration, en particulier le défaut de motifs de droit et de fait exacts, pertinents et admissibles, l’erreur manifeste d’appréciation ».

Elle estime disposer d’un intérêt au moyen, bien qu’elle ait déposé une offre dans le cadre de la procédure d’attribution, en raison de la manière dont la procédure négociée sans publicité a été appliquée – qui montre selon elle les dérives

que peut entraîner l'utilisation d'une telle procédure – et au motif que cette procédure déroge aux fondamentaux du droit des marchés publics. Elle insiste sur les délais réduits dans lesquels les soumissionnaires ont dû établir leurs offres.

En réplique, elle ajoute que le grief est d'ordre public car il met en cause l'absence de mise en concurrence par publication préalable. Elle estime par ailleurs que l'illégalité dénoncée lui a causé grief, compte tenu des « nombreuses violations du principe d'égalité commises par la partie adverse » à l'occasion de la mise en œuvre de la procédure, alors que « la procédure qui aurait dû être appliquée garantit de manière plus efficace ses droits ».

Sur le fond, elle rappelle d'abord les principes applicables à l'utilisation de la procédure négociée sans publication préalable en raison d'une urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles. Elle se réfère à cet égard aux explications données par la Commission européenne dans sa communication n° 2020/C 108 I/01 sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19, publiée au Journal officiel de l'Union européenne du 1^{er} avril 2020.

En une première branche, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir passé le marché litigieux par le biais d'une procédure négociée sans publication préalable en invoquant l'urgence impérieuse alors qu'une telle procédure est dérogatoire et que l'urgence invoquée est contredite dans les faits.

Elle réfute, dans son mémoire en réplique, l'affirmation selon laquelle la question de la protection de la population par le port du masque ne s'est posée qu'au moment où le conseil national de sécurité a planifié le déconfinement progressif de la population le 24 avril 2020. Se référant aux « avis et recommandations qui ont été émis dès le mois de janvier en particulier par l'Organisation mondiale de la santé sur la nécessité du port du masque comme moyen de protection de la population, ainsi que sur les décisions qui ont été prises par le gouvernement fédéral pour mobiliser les moyens de protection individuelle vers les personnels soignants », elle soutient que cette question était posée dès que le Gouvernement fédéral a décidé du *lockdown* du pays, par arrêté ministériel du 13 mars 2020 et que le besoin de protéger la population en la dotant de masques était dès lors connu dès cette date et qu'il devait être rencontré à ce moment, déjà pour les personnes en contact avec le virus (personnes atteintes et leurs proches, personnes exerçant des activités qui ne peuvent l'être en télétravail, etc).

Dans son dernier mémoire, outre la répétition des arguments exposés dans ses écrits précédents, la requérante rappelle les dates du mois d'avril 2020 au cours desquelles d'autres pays, institutions ou organes consultatifs ont recommandé le port du masque. Elle réaffirme par ailleurs que, dès le début de la crise sanitaire, l'État belge était bien conscient de la nécessité du port du masque puisque, notamment, il a pris des mesures pour limiter la commercialisation des équipements de protection personnelle aux institutions et aux personnels de soins, puis aux personnes dont l'activité était maintenue pendant le confinement. Elle rappelle que le SPF Santé publique a aussi, à la mi-mars 2020, lancé un programme pour inciter la population à confectionner des masques de protection en tissu. Elle rappelle les initiatives prises, avant la procédure d'attribution en cause, par différents ministres fédéraux en vue de fourniture de masques aux citoyens. Il serait dès lors, à son estime, « incohérent de soutenir [...] que [...] le port du masque n'aurait jamais été envisagé comme pouvant constituer une mesure utile de protection individuelle dans l'espace public [avant] que cette mesure [soit] recommandée par le groupe d'expert en charge de l'*exit strategy* (GEES) pour accompagner la levée du confinement de la population ». Selon elle, la « recommandation [du GEES du 22 avril 2020] et la décision du conseil national de sécurité du 24 avril 2020 [...] ne sont donc pas “un évènement imprévisible” au sens de l'article 42, § 1^{er}, 1^o, b, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ». L'urgence devant laquelle s'est trouvé la Ministre de la Défense serait dès lors la conséquence de la « carence de la partie adverse dans la gestion de l'approvisionnement du pays en équipements de protection individuelle et de l'éclatement des compétences qu'elle a successivement appelées pour gérer son action à ce niveau ».

La partie requérante énonce ensuite les « dérives » et risques d'erreurs qu'entraîne, de son point de vue, l'utilisation d'une procédure d'attribution en urgence, dérogatoire au droit commun.

En une deuxième branche, elle soutient que la procédure négociée sans publication préalable ne peut pas être justifiée par une urgence impérieuse s'il s'agit de conclure un contrat répondant à des besoins de moyen ou long terme. Une telle procédure ne peut, selon elle, être utilisée que pour satisfaire les besoins immédiats qui ne peuvent s'accommoder du temps nécessaire pour passer un marché public par le biais d'une procédure ordinaire, le cas échéant accélérée par l'abréviation des délais en raison de l'urgence. Selon elle, et en substance, la formule de l'accord-cadre et la durée prévue pour cet accord ne sont pas compatibles avec l'urgence impérieuse invoquée pour attribuer le marché par procédure négociée sans publication préalable.

Dans son mémoire en réplique, elle affirme qu'une fois satisfait le besoin immédiat de masques, rien n'empêchait de mettre en œuvre une procédure d'attribution ordinaire, le cas échéant avec des délais abrégés, pour assurer l'approvisionnement de la population.

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse estime que la requérante n'a pas d'intérêt au moyen dès lors qu'elle a déposé une offre et qu'elle n'a jamais critiqué auparavant le recours à la procédure négociée sans publication préalable.

Au sujet de la première branche, la partie adverse rappelle que l'application de la procédure négociée sans publication préalable, telle que prévue par l'article 42, § 1^{er}, 1^o, b de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, est conditionnée à l'exigence d'un événement imprévisible, d'une urgence impérieuse et d'un lien causal entre l'évènement imprévisible et l'urgence impérieuse.

Elle estime que la propagation du coronavirus Covid-19 et la recommandation du GEES du 20 avril 2020 présentée au conseil national de sécurité le 24 avril 2020 constituaient bien un événement imprévisible.

Par ailleurs, à son estime, à la suite des mesures adoptées par le conseil national de sécurité du 24 avril 2020, le besoin urgent de masques pour l'ensemble de la population ne pouvait être rencontré dans les délais qu'impliquent les autres procédures de marché public. Il s'agissait d'une urgence impérieuse ne résultant pas de circonstances dépendant de la partie adverse.

Il est par ailleurs de son point de vue incontestable qu'un lien de causalité existe entre la propagation du virus et la nécessité de fournir un masque réutilisable à l'ensemble de la population.

Au sujet de la deuxième branche, la partie adverse estime que la décision de conclure un accord-cadre courant jusqu'à la fin de l'année 2020 se justifiait eu égard à une situation changeante et incertaine liée à la crise sanitaire afin d'être en mesure, en fonction de l'évolution des résultats épidémiologiques, de passer commande rapidement pour des masques buccaux qui n'ont qu'une durée de vie limitée. Elle souligne que l'accord-cadre permettait de sécuriser l'approvisionnement en masques pour une durée déterminée dans un marché déstructuré par la crise et caractérisé par une demande supérieure à l'offre.

Elle relève que la consultation préalable du marché à laquelle elle a procédé a permis de satisfaire aux obligations de transparence de concurrence et d'égalité de traitement imposées par les principes généraux et les règles fondamentales des marchés publics.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse conteste la position de l'auditeur rapporteur selon laquelle le caractère exceptionnel et dérogatoire de la procédure négociée sans publication préalable implique que la durée du contrat conclu soit limitée à la durée strictement nécessaire. Elle souligne que même si la possibilité de prolonger sa durée était prévue, elle n'y a pas recouru dans les faits et elle confirme « qu'aucune commande de masques n'a été passée au-delà de la semaine 23, ce qui rend la discussion sans objet ».

Elle conteste également l'affirmation que rien ne l'empêchait de passer un nouvel accord-cadre dans le respect des procédures normales d'attribution. Elle affirme que l'urgence impérieuse ne le permettait pas et que la procédure utilisée fait partie des procédures prévues par la loi du 17 juin 2016, notamment en cas d'urgence impérieuse.

C. Thèse de la première partie intervenante

La première partie intervenante conteste l'intérêt de la partie requérante au moyen, notamment au regard du principe général de droit *fraus omnia corrumpit*. Elle reproche à celle-ci de s'être abstenue auparavant de faire valoir ses droits durant la procédure d'attribution pour se plaindre ensuite de la violation de ses droits une fois la décision de l'administration prise.

Au sujet de la première branche, elle soutient que le recours à la procédure d'extrême urgence est justifié par les éléments du dossier administratif. Selon elle, le préambule de l'arrêté ministériel du 30 avril 2020 modifiant l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19, confirme l'existence d'une urgence impérieuse. Elle estime que cette urgence doit s'apprécier au regard de la réunion du conseil national de sécurité du 24 avril 2020 à l'issue de laquelle, pour la première fois, il a été décidé de distribuer deux masques à chaque citoyen. Comme la partie adverse, elle estime que les trois conditions du recours à une procédure négociée sans publication préalable, à savoir un événement imprévisible, une urgence impérieuse et un lien de causalité entre l'urgence et l'évènement, sont bien réunies, et elle s'en explique.

Concernant la deuxième branche, Elle soutient que l'accord-cadre se justifie lorsque la partie adverse ne connaît pas entièrement ses besoins dès le départ et que, dans le cadre de la pandémie, l'objectif était de pouvoir répondre de manière extrêmement rapide à un besoin impérieux et urgent de masques, notamment en cas de deuxième vague de contamination, sans perdre le temps d'une nouvelle procédure négociée avec ou sans publicité.

D. Thèse de la deuxième partie intervenante

La deuxième partie intervenante conteste également l'intérêt de la requérante au moyen. À son estime, dès lors que la requérante a participé à la procédure négociée sans publication, qu'elle n'a jamais critiqué au préalable le choix de la procédure et qu'elle reste en défaut de démontrer le préjudice subi en raison de la procédure choisie.

Selon elle, compte tenu du nombre d'entreprises consultées par la partie adverse lors de la phase de prospection et du nombre d'offres déposées, il est clair qu'une attention particulière a été portée au respect des principes de transparence et d'égalité.

Au sujet de la première branche, la deuxième partie intervenante souligne que la communication n° 2020/C 108 I/01 de la Commission européenne publiée le 1^{er} avril 2020 consacre expressément le caractère urgent et imprévisible de la situation résultant de la crise du coronavirus Covid-19.

Elle estime que l'urgence impérieuse est imprévisible et justifiée par les circonstances de fait – l'urgence devant être évaluée à l'égard de la date de la décision du Conseil national du 24 avril 2020 – et par les délais appliqués lors de la passation de l'accord-cadre.

Elle considère qu'il résulte de la communication précitée de la Commission européenne que le caractère imprévisible de l'événement est présumé pour les marchés publics ayant recours à la procédure négociée sans publication préalable, en vue de répondre aux besoins liés à la pandémie du COVID-19.

Elle soutient qu'il ne faut pas confondre la période de confinement et la période de déconfinement, et que ce sont les circonstances et besoins du déconfinement qui justifient le recours à une procédure négociée sans publication

préalable. Elle rappelle les contradictions et les divergences de points de vue entre les experts sur le rôle des masques buccaux avant le 22 avril 2020. Enfin elle relève que le lien de causalité entre le besoin de masques que le marché entend combler et la pandémie ne peut pas être raisonnablement mis en doute.

Elle affirme que l'argument de la partie requérante selon lequel les autorités belges auraient eu connaissance de la nécessité de porter des masques buccaux à partir du 17 mars 2020 n'est pas étayé par des éléments de preuve.

Au sujet de la seconde branche, la deuxième partie intervenante considère que la communication de la Commission européenne du 1^{er} avril 2020 n'a qu'une valeur d'interprétation. Du reste, elle estime que si elle doit être suivie, elle ne s'oppose pas à l'approche de la partie adverse au vu du caractère particulièrement évolutif de la situation sanitaire.

Elle relève que le port du masque est devenu un élément crucial de la stratégie belge et qu'il fallait disposer d'une capacité de livraison sûre à tout moment. Elle souligne que le marché des équipements de protection individuelle était momentanément gravement perturbé sans que l'on sache quand il se stabiliserait. L'accord-cadre litigieux permettait, selon elle, à la partie adverse de s'assurer des capacités de production et de livraison sur le moyen terme. Elle souligne l'importance de maintenir la production compte tenu des délais nécessaires avant d'arriver à une production optimale et du risque qui existait que les usines décident de commencer à produire d'autres produits à défaut du maintien de la production de masques.

Pour la seconde partie intervenante, l'organisation d'une procédure ouverte pour la conclusion d'un marché pour les commandes de masques sur le moyen terme n'avait aucun sens eu égard à la réalité du marché. Elle relève que la Commission européenne a elle-même eu recours à une procédure négociée sans publication préalable pour conclure un accord-cadre d'une durée de 12 mois pour la fourniture des équipements de protection individuelle tels que les masques médicaux et les gants de protection.

Elle soutient également que le Conseil d'État exerce un contrôle marginal relativement au choix de la procédure d'attribution.

La seconde partie intervenante constate que selon l'article 43 de la loi du 17 juin 2016 un accord-cadre ne peut être supérieur à une durée de 4 ans, sans que ce délai ne doive faire l'objet d'une justification particulière. Elle en déduit que la partie

adverse n'était pas tenue de motiver spécifiquement la durée de l'accord-cadre litigieux. Elle souligne que l'accord-cadre n'oblige en aucune façon la partie adverse à passer des commandes jusqu'au 31 décembre 2020 et encore moins à prolonger celui-ci jusqu'au 31 décembre 2021. Un tel accord-cadre permettait cependant, selon elle, d'être prêt à répondre à un manque de capacité de masques notamment en raison de la seconde vague imminente de la Covid-19, ce qui relève du comportement d'un pouvoir adjudicateur prudent et prévoyant au vu de la situation existante au moment de la conclusion de l'accord-cadre litigieux.

IX.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la recevabilité

La partie adverse, de même que les deux parties intervenantes, contestent l'intérêt de la requérante au moyen. À leur estime, celle-ci, parce qu'elle a été consultée et a pu déposer une offre, n'a pas été lésée par le recours à une procédure négociée sans publication préalable.

S'agissant des recours introduits sur le fondement 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, l'intérêt d'un requérant à invoquer un moyen s'examine au regard de l'existence d'une lésion que lui a causé ou risqué de lui causer la violation alléguée.

En l'espèce, la requérante a certes été invitée à participer à la procédure de passation du marché litigieux. Néanmoins, dans le cadre de cette procédure, la partie requérante de même que les autres soumissionnaires, ont été contraints de déposer des offres dans des conditions d'urgence extrême, les exposant à un risque plus important de commettre des erreurs dans leur préparation.

Dans cette mesure, la requérante, qui n'a pas été sélectionnée et dont l'offre a en outre été considérée comme irrégulière, a pu être lésée par la décision de la partie adverse de recourir à une procédure négociée sans publication préalable.

Le moyen est dès lors recevable.

B. Quant au fond

B.1. Quant à la première branche

Dans son arrêt n° 247.995, rejetant la demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence introduite par la requérante, le Conseil d'État a considéré ce qui suit :

« L'article 42, § 1^{er}, 1°, b), de la loi 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme il suit :

“Il ne peut être traité par procédure négociée sans publication préalable, mais si possible après consultation de plusieurs opérateurs économiques, que dans les cas suivants :

1° dans le cas d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services, lorsque :

[...]

b) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur ne permet pas de respecter les délais exigés pour la procédure ouverte, restreinte ou concurrentielle avec négociation. Les circonstances invoquées ne peuvent, en aucun cas, être imputables au pouvoir adjudicateur ; [...].”

Les documents préparatoires au marché justifient le recours à la procédure exceptionnelle de la procédure négociée sans publication préalable par le fait qu'il est impossible de respecter les délais, même raccourcis, de présentation des offres appliqués dans les autres procédures. Il y est précisé que le marché en cause se situe dans le cadre de l'exécution des mesures de déconfinement de la crise du Covid-19, décidées par le Conseil national de sécurité le 24 avril 2020, qui prévoit la livraison immédiate de masques en tissu à l'ensemble de la population, de préférence à partir du 4 mai 2020.

La requérante reconnaît que “la sauvegarde de la santé publique est un impératif qui justifie l'action urgente”, que “[l]a crise sanitaire provoquée par la COVID-19 est une situation imprévue”, que “la partie adverse était dans une situation d'urgence lorsqu'elle a pris les premières mesures indispensables pour l'affronter, au début du mois de mars”, qu’“elle est toujours dans une situation d'urgence” et qu’ “[à] ne considérer que la mesure de protection de la population par le port du masque réutilisable, l'urgence pouvait être considérée comme impérieuse dans les jours qui ont suivi le confinement du pays”. Elle estime cependant que l'urgence de munir toute la population de masques en tissu “a perdu ce caractère avec l'écoulement du temps”, dès lors que, selon elle, la nécessité de recourir à cette mesure était connue dès le début du confinement.

Cette dernière affirmation est démentie par les pièces déposées par la requérante, elle-même. Il en ressort, en particulier, que l'Organisation mondiale de la santé (OMS) indiquait, le 29 janvier 2020, qu'il n'y avait pas de preuve de l'utilité du port du masque médical pour les personnes non malades et que les masques en tissu n'étaient recommandés “en aucun cas”. Le 6 avril 2020, le ton adopté par l'OMS est encore très sceptique. L'Organisation fait savoir qu’ “aucune donnée ne montre actuellement que le port du masque (médical ou d'un autre type) par les personnes en bonne santé dans les espaces collectifs, y compris s'il est généralisé, peut prévenir les infections par des virus respiratoires, dont celui de la Covid-19”, que si “[d]ans certains pays, le masque est porté selon les coutumes locales ou

suivant les conseils des autorités nationales dans le cadre du Covid-19”, “[l]e port généralisé du masque par des personnes en bonne santé dans les espaces collectifs n’est pas recommandé d’après les données actuelles et engendre des incertitudes et des risques importants”, que, certes, “le port du masque par les personnes en bonne santé dans les espaces collectifs peut avoir comme avantages potentiels de réduire le risque d’exposition potentielle à une personne infectée pendant la phase ‘présymptomatique’ et de ne pas stigmatiser les personnes qui portent un masque parce qu’elles sont infectées”, mais qu’il est également facteur de “risques potentiels” (autocontamination, faux sentiment de sécurité, etc.). Elle ajoute que le port dans les espaces collectifs de masques en tissu, non médicaux, “n’a pas été bien évalué”, qu’il “n’y a actuellement pas de données permettant de formuler des recommandations tendant à conseiller ou à déconseiller le port de ces masques dans les espaces collectifs” et que “des recherches sont menées pour apprécier l’efficacité de ces masques”. Si, dans une communication du 21 mars 2020, le Risk Management Group (RMG) évoque la possibilité d’utiliser des masques en tissu “home made”, c’est uniquement “si des masques chirurgicaux ne sont pas disponibles” pour les “patients Covid-19 possibles ou confirmés isolés à domicile, en vue de protéger leur entourage direct”. Dans les arrêtés ministériels des 18 et 23 mars 2020 portant des mesures d’urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19, il est seulement fait état de ce que le “Covid-19 semble se transmettre d’un individu à un autre, par voie aérienne” et que “la transmission de la maladie semble s’opérer par tous les modes possibles d’émission par la bouche et le nez”. Il n’est pas fait mention du masque buccal, comme instrument de lutte contre la pandémie de Covid-19. Dans l’arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant sur les mesures particulières dans le cadre de la pandémie de SRAS-CoV-2 basées sur le livre XVIII du Code de droit économique, il est uniquement question des masques chirurgicaux, FFP2 et FFP3 et des difficultés rencontrées dans le secteur de la santé pour se procurer ces fournitures.

La requérante reste en défaut de démontrer que la nécessité de fournir toute la population belge en masques pouvait être prévue et planifiée, dès le début du confinement. Les pièces du dossier tendent plutôt à démontrer que le rôle, à grande échelle, que le port du masque peut jouer, dans la stratégie du déconfinement, n’a été que récemment révélé aux autorités compétentes, lors du Conseil national de sécurité du 24 avril 2020, qui se base lui-même sur l’avis du 22 avril 2020 du Groupe d’Experts en charge de l’Exit Strategy (G.E.E.S.). Pour la première fois, celui-ci recommande une utilisation généralisée des masques buccaux. À partir de ce moment, “se couvrir la bouche et le nez” devient obligatoire dans les transports en commun et est fortement recommandé dans l’espace public. Il est, en conséquence, décidé de procurer gratuitement à chaque citoyen au moins une protection en tissu normé, en prévision de la réouverture des commerces le 11 mai et des écoles, dès le 18 mai. Dans ce contexte, il fait peu de doute qu’il faut le plus rapidement possible passer commande de plusieurs millions de masques et qu’il est impossible de respecter les délais des autres procédures de passation, même accélérées (en procédure ouverte, 15 jours pour la réception des offres et, en procédure restreinte ou procédure concurrentielle avec négociation, 15 jours pour la réception des demandes de participation et 10 jours pour la réception des offres, sans compter les jours pour analyser les offres, attribuer le marché, passer commande et se voir finalement livrer les masques). Le lien de causalité entre l’urgence impérieuse de fournir la population belge en masques avec l’événement imprévisible que constitue la pandémie de Covid-19, et son évolution spécifique, n’est pas contestable. Quant à la passation du marché en cause, elle s’effectue dans les meilleurs délais. Le 27 avril 2020, trois jours après la réunion du Conseil national de sécurité, le Conseil des ministres charge le ministre de la Défense d’acquérir des masques buccaux afin de couvrir les besoins de la population belge par un accord-cadre conclu selon la procédure négociée sans publication préalable. Entre le 28 avril et le 2 mai, la partie adverse prospecte le marché auprès d’un très grand nombre d’acteurs de la confection textile. Quarante et une firmes sont

invitées à déposer une offre pour le 4 mai, à 15h00. Trente soumissionnaires introduisent finalement une offre. Le 5 mai, la partie adverse attribue le marché aux deux parties intervenantes et passe auprès d'elles des premières commandes de 18 millions de masques, à livrer au plus tard pour les 17 et 24 mai ».

Les arguments énoncés dans le mémoire en réplique et dans le dernier mémoire de la requérante ne justifient pas de s'écarter des motifs qui précèdent.

Il est seulement ajouté que l'utilisation de la procédure négociée sans publication préalable en application de l'article 42, § 1^{er}, 1^o, b), de la loi 17 juin 2016 relative aux marchés publics est soumise à trois conditions cumulatives, à savoir l'existence d'un événement imprévisible, d'une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés par d'autres procédures et d'un lien de causalité entre l'évènement imprévisible et l'urgence impérieuse qui en résulte.

L'apparition soudaine du coronavirus covid-19, la crise sanitaire engendrée par sa propagation rapide dans la population et l'évolution progressive et hésitante des connaissances quant à la meilleure manière d'y remédier constituaient, dans leur ensemble, un « événement imprévisible » au sens de l'article 42, § 1^{er}, 1^o, b), de la loi 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

L'existence d'une urgence impérieuse, c'est-à-dire celle de procurer des masques buccaux réutilisables au bénéfice de la population, n'est pas sérieusement contestée. La requérante s'abstient du reste de critiquer le motif de l'arrêt rejetant la demande de suspension selon lequel les procédures normales de passation, même selon les délais abrégés qu'autorise la loi, n'auraient pas permis de fournir en temps utile des masques à la population pour accompagner le déconfinement et la réouverture programmée des commerces le 11 mai, et des écoles le 18 mai 2020.

Par ailleurs, contrairement à ce qu'affirme la requérante, l'urgence impérieuse ne peut être sérieusement présentée comme étant la conséquence d'une négligence de la partie adverse, qui aurait eu pour effet de rompre le lien de causalité existant entre cette urgence et l'évènement imprévisible.

Il ressort d'abord des motifs de l'arrêt précité que l'utilité du port du masque par l'ensemble de la population était contestée par l'OMS au début de la crise sanitaire, et que cette organisation internationale faisait encore preuve d'un certain scepticisme à cet égard le 6 avril 2020. Le fait que des avis scientifiques et d'organes consultatifs, notamment ceux cités par la partie requérante, ont évolué à partir de la mi-mars 2020 dans le sens d'une recommandation du port généralisé du masque – par opposition à une utilisation réservée au personnel de soins – ne permet pas de remettre

en cause le constat que cette question a été longtemps controversée, ce qui a nécessairement entraîné certaines hésitations quant à la stratégie à adopter pour entraver la propagation du virus.

Ensuite, la requérante ne conteste pas que le conseil national de sécurité a décidé, le 24 avril 2020, sur la base de recommandations formulées le 22 avril 2020 par le groupe d'experts en charge de *l'exit strategy* (GEES), le principe d'un déconfinement progressif de la population, qui devait nécessairement être accompagné du port généralisé du masque lorsque les distances de sécurité ne pouvaient être maintenues. C'est à la suite de cette décision du conseil national de sécurité, et dès le 27 avril 2020, que le Conseil des ministres a chargé la ministre de la Défense d'acquérir des masques buccaux au bénéfice de l'ensemble de la population. Ce délai de trois jours ne permet pas de constater une quelconque négligence ou un quelconque retard dans la prise de décision, qui serait exclusif de l'urgence impérieuse.

Enfin, la partie adverse a prospecté le marché puis mené la totalité de la procédure de passation entre le 28 avril et le 5 mai 2020, soit en 7 jours seulement, durée qui est, elle aussi, pleinement compatible avec l'urgence impérieuse invoquée pour justifier le recours à la procédure négociée sans publication préalable.

Le recours à cette procédure était donc justifié au regard des conditions imposées par l'article 42, § 1^{er}, 1^o, b), de la loi 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Le sixième moyen n'est pas fondé en sa première branche.

B.2. Quant à la deuxième branche

La requérante affirme, en substance, que le recours à une procédure négociée sans publication préalable en raison d'une urgence impérieuse est incompatible avec la conclusion d'un accord-cadre qui serait en l'espèce, selon elle, destiné à répondre à des besoins de moyen ou long terme.

Il ressort de l'article 42, § 1^{er}, 1^o, b) de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics que le recours à la procédure négociée sans publication préalable, en raison d'une « urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur » ne permettant pas « de respecter les délais exigés par la procédure ouverte, restreinte ou concurrentielle avec négociation », n'est autorisée

que « dans la mesure strictement nécessaire ».

Cette condition de stricte nécessité n'exclut pas, en elle-même, le recours à un accord-cadre. La requérante ne critique du reste le choix de la partie adverse qu'en ce qu'il viserait, en l'espèce, à la rencontre de certains besoins dépassant l'urgence de la situation immédiate. Le grief de la requérante repose dès lors essentiellement sur l'affirmation que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation lorsqu'elle a décidé des modalités suivantes du marché, relatives à sa durée :

« L'accord-cadre court a priori, jusqu'au 31 décembre 2020, avec la possibilité de prolongation pour une période d'un an. La prolongation ne peut avoir lieu qu'après ses notifications par le service dirigeant de la Défense, avant l'expiration du contrat.

Ce marché public est un marché à bordereau de prix. Le pouvoir adjudicateur ne contracte aucune obligation d'acquérir les items à concurrence des quantités estimées ».

La critique de la partie requérante ne peut, en l'espèce, être admise.

Par la procédure d'attribution en cause, la partie adverse a cherché à s'assurer, dans les conditions de l'urgence impérieuse, d'un approvisionnement suffisamment stable et certain de « *community masks* » au bénéfice de la population, alors que l'incidence de la propagation du coronavirus covid-19 sur le commerce mondial des mois à venir, notamment concernant la fourniture de matériel de protection, était inconnue. Comme le relève la requérante elle-même dans ses écrits, au moment où la partie adverse a décidé de cette procédure, la population belge était contrainte de fabriquer des masques elle-même, à défaut de pouvoir s'en procurer dans le commerce ou en pharmacie.

Dans un tel contexte, il n'était pas manifestement déraisonnable pour la partie adverse de considérer qu'il était impératif de prévoir une possibilité d'approvisionnement n'expirant en principe que le 31 décembre 2020, soit huit mois après la décision d'attribution. Ce choix ne dément pas, dans ces circonstances, la notion de stricte nécessité.

La possibilité pour la partie adverse de prolonger l'accord d'un an, en notifiant cette prolongation à l'adjudicataire avant l'échéance précitée, ne peut par ailleurs être envisagée que dans le respect de l'ensemble des règles et principes de la législation sur les marchés publics. La partie adverse n'aurait donc pu prendre une telle décision que si cela était justifiable au regard des conditions strictes de l'article

42, §1^{er}, 1°, b) de la loi du 17 juin 2016, en fonction des circonstances concrètes à l'échéance normale du contrat.

Il ne peut être présumé que l'intention de la partie adverse n'était pas de réexaminer la régularité d'une éventuelle prolongation de l'accord-cadre à l'échéance prévue. À cet égard, il doit être relevé qu'il ressort de l'instruction du dossier par l'auditeur rapporteur que la partie adverse, après avoir effectué des commandes pour un total de 18 millions de masques le 17 et le 24 mai 2020 auprès des deux attributaires, n'a plus fait usage de l'accord-cadre conclu avec les parties intervenantes. Les livraisons ont toutes été effectuées, au plus tard, au cours de la semaine 23, se terminant le 7 juin 2020. L'accord-cadre conclu à l'issue de la procédure contestée n'a donc donné lieu à des commandes que dans les trois semaines qui ont suivi la décision d'attribution.

La partie adverse indique par ailleurs, sans être contredite, ne pas avoir pris la décision de prolonger le marché au-delà du 31 décembre 2020.

La partie requérante ne démontre dès lors aucune erreur manifeste d'appréciation de la partie adverse dans le choix de recourir à la conclusion d'un accord cadre passé selon une procédure négociée sans publication préalable.

Le sixième moyen n'est pas non plus fondé en sa deuxième branche.

X. Confidentialité

X.1. Thèses des parties

A. Thèse de la partie adverse

La partie adverse dépose un « dossier administratif confidentiel » comprenant 36 pièces qui, à son estime, sont couvertes par le secret des affaires.

Au vu de la définition qui est donnée par le Code de droit économique (art. I.17/1, 1°) de la notion de « secret d'affaires », la partie adverse considère que les documents remis dans le cadre de la phase de prospection ainsi que les offres des soumissionnaires doivent être qualifiés de « secrets d'affaires » dans leur intégralité.

Elle estime que l'intérêt de rendre publics les documents confidentiels au regard des droits de la défense ne l'emporte pas sur la protection du caractère par

nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication (au sens de l'article 6, § 1^{er}, 7^o, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration) que contiennent ces documents.

Elle détaille, à l'occasion de sa réponse aux mesures d'instruction décidées par l'auditeur, les raisons pour lesquelles il convient à son estime de maintenir confidentiels, pour chaque soumissionnaire, « les détails de sa chaîne d'approvisionnement, de la composition et l'assemblage de ses produits, et ses données de prix et de coûts », qui ont une valeur commerciale importante pour chaque opérateur économique. De son point de vue « les informations transmises par chaque entreprise au pouvoir adjudicateur et ayant trait aux masques proprement dits (matériaux, composition, type, caractéristiques techniques, performances), aux sites de production, aux capacités, aux références et aux prix, ne sont par conséquent, par nature et dans leur globalité, pas généralement connues des autres personnes actives sur ce marché, ont une importante valeur commerciale pour l'entreprise concernée, et ne sont pas divulguées par celle-ci » et « ces informations se retrouvant partout dans les documents fournis par les entreprises à la Défense, il n'est pas possible de les "flouter" dans les documents concernés pour pouvoir rendre ceux-ci publics ».

La partie adverse énonce aussi dans le détail les divers types de préjudices que pourraient subir les parties intervenantes et adverse en cas de divulgation des informations concernées.

Elle relève qu'une instruction judiciaire est en cours, ce qui justifie d'autant plus selon elle la confidentialité des offres et des documents qui y sont liés.

Elle souligne que l'examen réalisé par la Cour des comptes ou par le Conseil d'État de la procédure d'attribution litigieuse suffit à garantir la légalité de la procédure sans porter atteinte aux secrets d'affaires.

Elle insiste sur le fait qu'elle a toujours collaboré avec les diverses autorités de contrôle compétentes (Conseil d'État, Cour des comptes, CADA, OCRC et Parlement), ce qui témoigne du fait qu'elle n'utilise pas le « secret d'affaires » de façon intempestive afin de se soustraire à ses obligations en matière de droit à l'information.

B. Thèse de la requérante

Dans son mémoire en réplique, la requérante affirme ce qui suit :

« Les écrits de procédure et les pièces non confidentielles déposées jusqu'à présent révèlent des illégalités dont les indices sont sérieux. Ces illégalités révélées sont développées, en l'état de l'information dont la requérante a pu disposer jusqu'à présent, aux moyens fondés sur les défauts d'appréciation des offres et la rupture de l'égalité en ce qui concerne l'appréciation que la partie adverse en a faite et la manière dont elle l'a pratiquée (premier à quatrième moyens) et à l'examen du moyen fondé sur la modification substantielle apportée en cours d'exécution lorsque l'adjudicataire est incapable de fournir ce qu'il a promis (cinquième moyen) ».

Elle estime que la seule invocation du secret d'affaires ne suffit pas à justifier la confidentialité de l'ensemble des pièces concernées. La partie adverse reste, selon elle, en défaut d'expliquer en quoi lesdites pièces seraient confidentielles et pourquoi le maintien de la confidentialité l'emporterait sur ses droits de la défense.

Selon elle, dans le cadre d'une procédure au fond, la question de la confidentialité ne doit pas être examinée de la même manière que dans le cadre d'une procédure en extrême urgence.

Elle relève que l'objet du marché public litigieux est banal, que les normes ou les recommandations techniques que doivent respecter les masques sont publiques et que les adjudicataires n'agissent que comme intermédiaires. Elle considère tout particulièrement que les références produites par les parties intervenantes pour justifier leur capacité technique, les éléments permettant de démontrer la qualité technique des masques et les garanties qui ont été données pour exécuter les engagements des parties intervenantes ne relèvent pas du secret d'affaires.

Elle demande dès lors l'accès au dossier que la partie adverse a tenu pour l'attribution du marché, depuis la saisine du Conseil des ministres à la décision d'attribution, sans restriction.

C. Thèse de la première partie intervenante

La première partie intervenante sollicite la confidentialité de son offre qui est déposée par la partie adverse au sein du dossier administratif.

D. Thèse de la deuxième partie intervenante

La seconde partie intervenante considère que ses réponses à la consultation du marché et son offre relèvent également du secret d'affaires. Elle estime que la demande de la requérante est spéculative dès lors qu'elle n'identifie pas quels sont les documents spécifiques dont elle aurait besoin et n'explique pas en quoi ces pièces seraient nécessaires à la solution du litige.

X.2. Appréciation du Conseil d'État

En application de l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions et de l'article 87, § 4, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, le Conseil d'État ne doit se prononcer sur le caractère confidentiel de certaines pièces du dossier administratif, et mettre en balance le droit au respect des secrets d'affaires avec le droit à la protection juridictionnelle effective, que dans le cadre de la procédure qui est introduite devant lui.

Il s'agit, en l'occurrence, d'un recours en annulation de trois actes administratifs.

La partie requérante demande « l'accès au dossier que la partie adverse a tenu pour l'attribution du marché, depuis la saisine du Conseil des ministres à la décision d'attribution, sans restriction, la partie adverse restant en défaut à ce stade à justifier concrètement de la préservation d'un droit fondamental concurrent auquel l'accès au dossier, élément constitutif du droit à un recours juridictionnel effectif, porterait atteinte ».

Le Conseil d'État ne pouvant se prononcer que sur la confidentialité des pièces déposées dans le cadre de la procédure menée devant lui, la demande de la partie requérante – qui semble notamment concerner des pièces qui ne sont pas versées au dossier – doit être comprise comme visant à la levée de la confidentialité de la totalité des pièces du « dossier administratif confidentiel » déposé par la partie adverse.

La partie adverse a versé au dossier à titre confidentiel les trente offres déposées dans le cadre de la procédure d'attribution (pièces 5 à 34 du dossier

administratif confidentiel), des propositions de la requérante préalables au dépôt des offres (pièces 1, 2 et 4 du dossier administratif confidentiel), de deux courriels de la requérante (pièces 3 et 35 du dossier administratif confidentiel) et du tableau de comparaison des offres (pièce 36 du dossier administratif confidentiel).

Les pièces 1, 2, 3, 4 et 35 du dossier administratif confidentiel sont connues de la requérante. La demande de la requérante concerne donc uniquement les offres déposées et le tableau comparatif de celles-ci.

Les pièces déposées par la partie adverse à titre confidentiel – à savoir essentiellement les offres des différents soumissionnaires et un tableau comprenant leur comparaison – peuvent toutes être considérées comme étant, à tout le moins partiellement, couvertes par le secret des affaires, car elles contiennent certaines informations ayant indéniablement une valeur commerciale.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse soutient que le secret des affaires couvre, pour chaque soumissionnaire, « les détails de sa chaîne d’approvisionnement, de la composition et l’assemblage de ses produits, et ses données de prix et de coûts ». Elle affirme aussi que sont concernés par le secret des affaires « les informations transmises par chaque entreprise au pouvoir adjudicateur et ayant trait aux masques proprement dits (matériaux, composition, type, caractéristiques techniques, performances), aux sites de production, aux capacités, aux références et aux prix ». Elle souligne que, de son point de vue, ces informations étant présentes « partout dans les documents fournis par les entreprises », il n’est pas possible de les occulter dans les documents concernés aux fins de les rendre publics.

Il convient de vérifier si, pour les besoins de la procédure en annulation, le droit à une protection juridictionnelle effective et les droits de la défense justifient la levée de la confidentialité de tout ou partie de certaines des pièces, malgré les arguments en sens contraire de la partie adverse.

Il ressort du mémoire en réplique que la partie requérante souhaite, par la levée de la confidentialité des pièces concernées, y trouver des informations de nature à appuyer les arguments contenus dans ses cinq premiers moyens.

Lorsque les moyens soulevés sont de nature à entraîner l’annulation de l’acte administratif contesté sans qu’il soit nécessaire de lever la confidentialité des informations dont il est affirmé qu’elles relèvent du secret des affaires, il n’y a plus lieu de se prononcer quant à cette question, la partie requérante ayant obtenu ce

qu'elle a sollicité.

Le premier acte attaqué ayant été annulé par l'arrêt n° 261.999 rendu ce jour, les quatre premiers moyens de la requérante, exclusivement dirigés contre cet acte, ne doivent pas être examinés. La protection juridictionnelle effective de la partie requérante dans le cadre de l'examen de ces moyens ne peut donc justifier la levée de la confidentialité des offres.

En ce qui concerne le cinquième moyen, il y a lieu de constater qu'il est fondé sur l'affirmation que les offres des deux parties intervenantes auraient été modifiées par des événements intervenus dans le cadre de l'exécution du marché, et donc postérieurement au dépôt des offres. Aucune des pièces dont la confidentialité est invoquée par la partie adverse ou par les parties intervenantes n'est relative à ces événements.

Le même raisonnement doit être tenu au sujet du sixième moyen, la décision de passer le marché par procédure négociée sans publicité préalable, qui est antérieure au dépôt des offres, n'étant en rien fondée sur des pièces pour lesquelles la confidentialité est demandée.

La levée de la confidentialité des offres, totale ou partielle, ne permettrait donc pas d'alimenter le cinquième ou le sixième moyen soulevé par la partie requérante.

Dans ce contexte, les impératifs de la protection juridictionnelle effective et du procès équitable ne justifient pas que la confidentialité des pièces concernées, demandée par les parties adverse et intervenantes sur le fondement du droit au respect du secret des affaires, soit levée.

La demande de la requérante est rejetée.

XI. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie requérante ne sollicite pas d'indemnité de procédure.

La perte de l'un des objets du recours étant la conséquence de l'annulation du premier acte attaqué justifie que les autres dépens soient laissés à la partie adverse, à l'exception de ceux des interventions.

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

Article 1^{er}

La requête en reprise d'instance introduite par SA de droit luxembourgeois AVROX est accueillie.

Article 2

Les requêtes en intervention introduites par la SA TWEEDS & COTTONS et la SA de droit luxembourgeois AVROX sont accueillies.

Article 3

La requête est rejetée.

Article 4

Les pièces 1 à 36 du dossier administratif sont tenues pour confidentielles.

Article 5

La partie adverse supporte les dépens, à savoir les droits de rôle de 400 euros et les contributions de 40 euros.

Les parties intervenantes supportent chacune le droit de 150 euros lié à leur intervention.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 16 janvier 2025, par la VI^e chambre du
Conseil d'État, composée de :

David De Roy,	président de chambre,
Pierre-Olivier De Broux,	conseiller d'État,
Xavier Close,	conseiller d'État,
Nathalie Roba,	greffière.

La greffière,	Le Président,
---------------	---------------

Nathalie Roba	David De Roy
---------------	--------------