

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 83.406 du 9 novembre 1999

A.86.785/VI-15.254

En cause : **la Société anonyme de droit français
"Matra BAe Dynamics France",**
ayant élu domicile chez
Mes Pierre VAN OMMESLAGHE et
Alain DELFOSSE, avocats,
avenue Louise 81
1050 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par
le Ministre de la Défense nationale.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la demande introduite le 16 septembre 1999 par la Société anonyme de droit français MATRA BAe Dynamics France qui tend à la suspension de l'exécution de "la décision d'exclusion prise à son endroit par Monsieur le Ministre de la Défense nationale André Flahaut et qui lui a été notifiée par lettre du 30 juillet 1999 ("Objet : Dossier SAME 921802 relatif à l'acquisition de systèmes de commandement et de contrôle antiaérien pour le système d'arme MISTRAL (C2AA) Décision motivée d'exclusion du marché - Réf. : votre offre SMO/RC72/JPB/3361 du 16 juillet 1999");

Vu la requête introduite le 17 septembre 1999 par la même requérante, qui demande l'annulation du même acte;

Vu la note d'observations et le dossier administratif de la partie adverse;

Vu le rapport de M. THIBAUT, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 11 octobre 1999 fixant l'affaire à l'audience du 19 octobre 1999 à 10.00 heures;

Vu la notification du rapport et de l'ordonnance de fixation aux parties;

Rapport fait par M. HANSE, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me VAN OMMESLAGHE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M. OFFERMANS, conseiller, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis contraire, M. THIBAUT, auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme suit :

1. La société anonyme de droit français MATRA BAe Dynamics France se présente comme le "premier fabricant européen de missiles", qui "a développé et commercialise une large gamme de missiles, dont le Mistral, qui équipe aujourd'hui 35 forces armées de 24 pays dans le monde, dont 11 forces armées de 5 pays membres de l'OTAN (la Belgique, la France, la Hongrie et la Norvège).

2. Le 1er avril 1999, le Ministre de la Défense nationale marque son accord sur une demande émanant des forces armées relative à l'acquisition de systèmes de commandement et de contrôle antiaérien pour le système d'arme Mistral (C2AA).

Le même jour, le Conseil des ministres approuve la proposition du Ministre de la Défense.

La procédure retenue est celle de l'appel d'offres général.

3. Le 19 avril 1999, le Service général d'achat des forces armées établit le cahier spécial des charges SAME 921802 qui est publié au Bulletin des adjudications le 23 avril 1999.

4. Le 19 juillet 1999, l'ouverture des offres a lieu à 11 heures. Le procès-verbal mentionne que trois offres ont été recueillies.

5. Le 30 juillet 1999, la partie adverse adresse à la requérante la lettre qui suit :

" Objet: Dossier SAME 921802 relatif à l'acquisition de systèmes de commandement et de contrôle antiaérien pour le système d'arme MISTRAL (C2AA).
Décision motivée d'exclusion du marché

Réf : Votre offre SM0/RC72/JPB/3361 du 16 juillet 1999.

J'ai le regret de devoir vous informer que votre offre en référence pour la fourniture de systèmes de commandement et de contrôle antiaérien pour le système d'arme MISTRAL (C2AA) est administrativement irrégulière en application des articles 89 et 110 de l'arrêté royal du 08 janvier 1996.

Le détail des irrégularités constatées est repris ci-après.

- a) L'offre ne répond pas aux critères du CSCh en ce qui concerne l'introduction du volet économique (§ 5.1 et 2^o alinéa de l'annexe K du CSCh): l'offre n'a pas été introduite sous enveloppe séparée et scellée.
- (b) L'offre ne répond pas aux critères du CSCh en ce qui concerne le modèle d'offre (§ 5.1 du CSCh, annexe A

et annexe B du CSCh, Art 89 de l'AR du 08 janvier 1996): l'offre n'est pas signée (page 27/27 de la section 1 de la partie 1 de l'offre et page 28/28 de l'annexe 1 à la section 1 de la partie 1 de l'offre).

- (c) L'offre ne répond pas aux critères du CSCh en ce qui concerne les délais de livraison (annexe B du CSCh): les délais de livraison relatifs à l'ensemble des postes mentionnés en pages 13 et 14 de l'annexe 1 à la section 1 de la partie 1 de l'offre sont trop longs (T2+40 au lieu de T2+36).

Pour ces motifs, j'ai décidé d'exclure votre offre en référence de la participation au marché en objet.

Voies de recours

(...)"

Il s'agit de la décision dont la suspension de l'exécution est demandée.

Considérant que la requérante invoque un premier moyen pris de la "violation des articles 89 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, ainsi que du principe général de bonne administration, illustré notamment, en matière de marchés publics, par l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité"; qu'elle conteste l'un des motifs de la décision attaquée, selon lequel son offre n'a pas été introduite sous enveloppe séparée et scellée; que, dans une première branche, en droit, elle soutient que "cette formalité ne peut pas être considérée comme essentielle ou substantielle, d'autant qu'en l'espèce, l'article 4.1. du cahier spécial des charges écarte explicitement des textes applicables au marché l'arrêté royal du 6 février 1997 relatif aux marchés publics de fournitures et de services auxquels s'applique l'article 3, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services"; que, dans une deuxième branche, elle soutient que "la partie adverse a elle-même invité la demanderesse, lors de l'ouverture des offres, le lundi 19

juillet 1999 à 11 heures, à ouvrir les cartons scellés qui contenaient les différents exemplaires de l'offre, sans excepter de cette demande le volet économique de celle-ci, pour en retirer l'original, invitation à laquelle la demanderesse a déféré", et que "l'offre de compensations industrielles ayant ainsi été produite à la demande de la partie adverse, l'exigence selon laquelle elle devait être introduite «sous enveloppe séparée et scellée» n'avait plus aucune justification"; qu'elle ajoute, dans une troisième branche, que "le principe général de bonne administration commandait à la partie adverse de permettre à la demanderesse de replacer son offre économique sous enveloppe séparée et scellée, cette latitude n'étant pas susceptible de fausser les conditions du marché ni à l'égard de l'administration ni dans les rapports avec les autres soumissionnaires";

Considérant que la partie adverse fait observer en substance que l'arrêté royal du 6 février 1997 était bel et bien applicable en l'espèce, et que les formalités prévues par l'article 2, § 4, dudit arrêté royal du 6 février 1997 sont essentielles; qu'elle explique que, lors de l'ouverture des offres, "la requérante a été invitée par la partie adverse à désigner quel était l'exemplaire original de son offre commerciale et technique", que "jamais, la partie adverse n'aurait demandé d'ouvrir la partie «Compensations industrielles» qui nécessairement doit être et doit rester séparée et scellée", et que "le fait de recourir à des cartons scellés, sans distinction entre l'offre économique et les autres documents, témoigne de la part de la requérante d'une erreur et d'une mauvaise compréhension des dispositions de l'arrêté royal du 6 février 1997 et de celles du C.S.Ch.";

Considérant qu'il est de fait que l'article 4.1. du cahier spécial des charges SAME 921802 porte ce qui suit :

" Les textes relatifs à la législation sur les marchés publics cités ci-dessous s'appliquent au présent marché, à l'exclusion de tout autre texte.

- La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.
- l'AR du 08 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, modifié par l'AR du 08 novembre 1998.
- l'AR du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, modifié par l'AR du 14 octobre 1998.
- L'annexe de l'AR du 26 septembre 1996 établissant le CGCh des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.";

que, partant, il n'est pas évident que "l'arrêté royal du 6 février 1997 était bel et bien applicable en l'espèce";

Considérant qu'il demeure que l'article 5.1. dudit cahier spécial des charges prévoit que "le volet économique de l'offre (DEUX exemplaires, dont UN portera la mention «ORIGINAL») sera introduit séparément suivant les directives décrites dans l'Ann K."; que les seules exigences de forme incluses dans ladite annexe K prévoient ce qui suit :

" (...) les soumissionnaires, qu'ils soient belges ou étrangers, sont tenus d'introduire une offre économique sous enveloppe séparée et scellée, conforme aux dispositions du présent volet «contreparties économiques» du cahier spécial des charges.";

Considérant qu'il appert tant des écrits de procédure que des explications données lors de l'audience du 19 octobre 1999, que les parties conviennent de ce que l'offre de la requérante a été remise à la partie adverse dans plusieurs cartons scellés; que, de ce fait, il ne peut être déduit que l'offre, quant à son volet économique, n'a pas été introduite sous enveloppe séparée et scellée;

Considérant que, toutefois, les parties divergent quant à savoir précisément ce qui s'est passé le 19 juillet 1999 lors de la séance d'ouverture des offres; que, selon la requérante, "le Major VANDENBERGHE et le Capitaine DOUILLEZ ont demandé à son représentant, Mr BARRIERE, d'ouvrir les cartons pour en extraire l'exemplaire original de l'offre, sans excepter de cette demande le volet économique de celle-ci", demande à laquelle il fut déféré sans aucune observation de quiconque; que, en revanche, selon la partie adverse, "la requérante a été invitée par la partie adverse à désigner quel était l'exemplaire original de son offre commerciale et technique";

Considérant que le procès-verbal d'ouverture des soumissions du 19 juillet 1999 ne relate rien de ces péripéties, et notamment pas si les offres ont été remises sous plis scellés et séparés, ni dans quelles conditions l'une ou l'autre aurait été ouverte; que, dans ces conditions, il y a lieu de considérer que les offres, avant leur ouverture sous la responsabilité exclusive de la partie adverse, satisfaisaient aux exigences du cahier spécial des charges, et que, partant, l'irrégularité prétendue de l'offre "économique" de la requérante n'est pas établie en fait; que le moyen doit être tenu pour sérieux;

Considérant que la requérante invoque un deuxième moyen pris de la "violation des articles 89, 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que du principe général de bonne administration, illustré notamment, en matière de marchés publics, par l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité"; qu'elle conteste ainsi le deuxième

motif de l'acte attaqué, selon lequel son offre n'était pas signée; qu'elle souligne que les deux pages où la partie adverse a indiqué discerner cette irrégularité (page 27/27 de la section 1 de la partie 1 de l'offre et page 28/28 de l'annexe 1 à la section 1 de la partie 1 de l'offre) "renvoient expressément à la lettre de soumission de l'offre (p. 2/3), laquelle était dûment signée par M. Jean-Pierre TALAMONI, le directeur commercial export de la demanderesse, qui avait reçu à cet effet une délégation de pouvoir"; qu'elle ajoute que "le principe général de bonne administration commandait à la partie adverse de permettre à la demanderesse de signer les deux pages qui, selon elle, n'étaient pas couvertes par la signature figurant en tête de l'offre";

Considérant que la partie adverse fait observer que le cahier spécial des charges et les modèles qui y sont reproduits prévoyaient clairement la manière dont l'offre devait être établie et dûment signée, qu'une mention dactylographiée n'est pas une signature, et que la "signature" par renvoi telle que pratiquée par la requérante ne permet pas de considérer que l'accord du signataire a été donné sur l'ensemble du contenu du texte qui précède;

Considérant qu'il est constant que la lettre du 16 juillet 1999 à laquelle se réfèrent expressément les pages 27/27 de la section 1 de la partie 1 et 28/28 de l'annexe 1 à la section 1 de la partie 1 de l'offre de la requérante, est dûment signée par Jean-Pierre TALAMONI, directeur commercial export; que c'est par un excès injustifié de formalisme que la partie adverse considère que cette signature ne couvre pas l'ensemble de l'offre qui, pourtant, s'y réfère expressément; que le moyen est sérieux;

Considérant que la requérante invoque un troisième moyen pris de la "violation des articles 89 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés

publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, ainsi que du principe général de bonne administration, illustré notamment, en matière de marchés publics, par l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité"; qu'elle conteste le troisième motif sur lequel se fonde l'acte attaqué et selon lequel les délais de livraison relatifs à l'ensemble des postes mentionnés en pages 13 et 14 de l'annexe 1 à la section 1 de la partie 1 de l'offre sont trop longs; qu'elle souligne que deux seulement des quatorze postes visés par la partie adverse devaient effectivement être livrés dans le délai de "T2 + 36"; qu'elle ajoute que "le cahier spécial des charges contenait, en ce qui concerne les délais de livraison, plusieurs incohérences qui ont induit la demanderesse en erreur", et que "le principe général de bonne administration commandait à tout le moins à la partie adverse d'inviter la demanderesse à lui fournir les justifications nécessaires et le cas échéant à apporter d'éventuelles corrections à des erreurs matérielles, d'autant qu'il s'agit d'une «option obligatoire supplémentaire» et que la partie adverse n'a pas décidé, du moins jusqu'à présent, d'acquiescer cette option";

Considérant que la note portant les "commentaires (de la partie adverse) sur les incohérences relevées par MATRA", note constituant la pièce 12 du dossier administratif, admet, tout en les relativisant, les "incohérences" relevées par la requérante; que, lors de l'audience du 19 octobre 1999, les parties ont convenu de la complexité des calculs à opérer pour vérifier strictement le bien-fondé du moyen, la requérante soulignant toutefois à nouveau, sans être sérieusement contredite sur ce point, que les délais qui lui sont reprochés concernent l'échelon logistique C5, soit la maintenance d'un matériel à fournir en option, alors que cette option n'a pas encore été levée, et que dès lors, l'irrégularité éventuelle ne concerne d'une partie marginale du marché; qu'il est

apparu des débats que l'irrégularité de l'offre de la requérante, à la supposer établie au regard des délais, n'aurait pu à elle seule amener la partie adverse à écarter l'offre dans son ensemble; que, dans le cadre de la présente procédure de suspension, tant le grief que le moyen qui le conteste, ne peuvent être tenus pour déterminants;

Considérant, quant au préjudice que risque de lui causer l'exécution immédiate de la décision attaquée, que la requérante fait valoir :

- que la partie adverse elle-même et la collectivité toute entière subiraient un dommage si, par suite de l'exclusion de deux des trois soumissionnaires, et de la demanderesse en particulier pour des raisons de pure forme, toute comparaison entre différentes offres et la possibilité de choisir la meilleure au point de vue technique et la plus intéressante au point de vue prix étaient exclues;
- que le choix belge servira d'exemple déterminant pour toutes les forces armées de par le monde et que le marché fera de l'adjudicataire la référence internationale en matière de coordination des unités de tir Mistral;
- qu'il s'agit prioritairement, pour la demanderesse, de lutter pour conserver sa place de leader sur le marché des missiles sol-air, et de conserver toutes ses chances de remporter les futurs appels d'offres lancés par d'autres pays;
- que cette question est d'autant plus cruciale pour la demanderesse que les forces armées des pays membres de l'OTAN s'efforceront, à l'avenir, d'harmoniser davantage leurs équipements et matériels, spécialement dans le domaine de la défense anti-aérienne;

Considérant que la partie adverse conteste que le marché litigieux puisse être considéré comme un marché de référence dont la requérante pourrait se prévaloir à l'avenir, et en discerne la preuve dans une note du 24 septembre 1999 établie par ses services;

Considérant qu'il appert de cette note et de la lettre du 2 avril 1999 dont fait état la partie adverse, qu'il y a lieu de distinguer, d'une part, les systèmes de missiles (MISTRAL ou NON-MISTRAL) et, d'autre part, leurs systèmes de commandement et de contrôle; que, si la requérante détient, grâce au MISTRAL, une bonne part du marché des systèmes de missiles, elle ne dispose à ce jour que d'une seule référence (Hongrie) sur le marché des systèmes de commandement et de contrôle; que, compte tenu de l'exiguïté de ce marché, de l'importance de la commande en jeu, et surtout de la nécessaire et future harmonisation des équipements et matériels au sein de l'OTAN, le marché litigieux peut être considéré, pour la requérante, comme un marché de référence dont la privation entraînerait un préjudice grave et difficilement réparable;

Considérant que les conditions prévues par l'article 17, § 2, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat pour que soit accueillie une demande de suspension, sont remplies,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision prise et notifiée le 30 juillet 1999 par le Ministre de la Défense Nationale d'exclure l'offre de la Société MATRA BAe Dynamics de la participation au marché "SAME 921802 relatif à l'acquisition de systèmes de commandement et de contrôle antiaérien pour le système d'arme MISTRAL (C2AA)".

Article 2 .

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique
de la VI^e chambre, le neuf novembre 1900 nonante-neuf par :

M. HANSE,	conseiller d'Etat, président f.f.
M. HARMEL,	greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

P. HARMEL.

Ph. HANSE.