

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 264.904 du 19 novembre 2025

A. 229.420/VI-21.629

A. 230.137/VI-21.707

En cause :

1. **la société de droit français AVICO,**
2. **la société anonyme FLYING SERVICE,**
3. **la société anonyme FLYING GROUP HOLDING,**

ayant élu domicile chez
M^e Philippe VANDE CASTEELE, avocat,
klamperdreef 7
2900 Schoten,

contre :

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

Partie requérante en intervention :

la société anonyme ABELAG AVIATION,

ayant élu domicile chez
M^e Pierre FRÜHLING, avocat,
avenue Louise 326
Blue Tower bte 19
1050 Bruxelles.

I. Objet des requêtes

Par une requête introduite le 25 octobre 2019, les parties requérantes demandent l'annulation de « la “décision motivée d'attribution” relative au dossier MRMP A/P N° 17AP006 - relatif à la réalisation d'un contrat de service pour une capacité de transport aérien du type “*corporate*” (17AP006/A) et à la vente des avions commerciaux de la Défense belge (17AP006/B), - prise par le ministre de la Défense en date du 14 octobre 2019 [...] en ce compris d'une part la décision d'attribuer ainsi le marché 17AP006/A (Lot 1) à ABELAG AVIATION, et d'autre part la décision de ne pas attribuer le marché 17AP006/A (Lot 1) aux requérant[e]s et de ne pas choisir l'offre (*Best and Final Offer*) des requérant[e]s ».

Il s'agit du recours enrôlé sous le numéro de rôle A. 229.420/VI-21.629.

Par une requête introduite le 11 décembre 2019, les parties requérantes demandent l'annulation de « la “décision motivée d'attribution” relative au dossier MRMP A/P N° 17AP006 - relatif à la réalisation d'un contrat de service pour une capacité de transport aérien du type “*corporate*” (17AP006/A) et à la vente des avions commerciaux de la Défense belge (17AP006/B), - prise par le ministre de la Défense en date du 14 octobre 2019 [...] en ce compris d'une part la décision d'attribuer ainsi le marché 17AP006/A (Lot 1) à ABELAG AVIATION, et d'autre part la décision de ne pas attribuer le marché 17AP006/A (Lot 1) aux requérant[e]s et de ne pas choisir l'offre (Best and Final Offer) des requérant[e]s ».

Il s'agit du recours enrôlé sous le numéro de rôle A. 230.137/VI-21.707.

II. Antécédents de procédures

II.1. Dans le cadre de l'affaire A. 229.420/VI-21.629

Le 25 octobre 2019, les parties requérantes ont introduit, contre la décision attaquée du 14 octobre 2019, une « requête en annulation et en suspension sous le bénéfice de l'extrême urgence ». Cette requête a été enrôlée sous le numéro de rôle A. 229.420/VI-21.629.

Par une requête introduite le 21 novembre 2019, la SA Abelag Aviation a demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans l'affaire précitée.

Le 24 novembre 2019, les parties requérantes ont adressé une « requête en annulation ampliative » en renseignant le numéro de rôle A. 229.420/VI-21.629.

Par un arrêt n° 246.459 du 18 décembre 2019, le Conseil d'État a accueilli la demande en intervention de la SA Abelag Aviation, a rejeté la demande de suspension d'extrême urgence et la demande de mesures provisoires sollicitée par les requérantes, a rouvert les débats sur la demande de condamnation des requérantes à une indemnité pour procédure téméraire et vexatoire, formulée par la SA Abelag Aviation, a tenues pour confidentielles les pièces 1 à 17 de l'« inventaire des pièces confidentielles » du dossier administratif et les pièces A et B du dossier de la partie intervenante et a réservé les dépens.

Par un courrier recommandé du 28 décembre 2019, les parties requérantes ont demandé la poursuite de la procédure dans l'affaire A. 229.420/VI-21.629.

La contribution et les droits de rôle visés aux articles 66, 6°, et 70, § 1^{er}, du règlement général de procédure ont été acquittés.

Un dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse, en réplique et en intervention ont été régulièrement échangés.

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, 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.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 25 août 2025, l'affaire a été fixée à l'audience du 1^{er} octobre 2025.

II.2. Dans le cadre de l'affaire A. 230.137/VI-21.707

Le 11 décembre 2019, les parties requérantes ont introduit une nouvelle « requête en annulation » contre la décision du 14 octobre 2019 précitée. Cette requête semble, dans un premier temps, avoir été perdue par Bpost.

Le 24 décembre 2019, les parties requérantes ont procédé à un nouvel envoi de cette requête en annulation.

Le 4 février 2020, la requête en annulation, envoyée le 11 décembre 2019, a été réceptionnée par le greffe du Conseil d'État, qui l'a enrôlée sous le numéro de rôle A. 230.137/VI-21.707.

Par une requête introduite le 25 mars 2020, la SA Abelag Aviation a demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans l'affaire précitée. Cette intervention a été accueillie provisoirement par une ordonnance du 16 juillet 2020.

La contribution et les droits de rôle visés aux articles 66, 6°, et 70, § 1^{er}, du règlement général de procédure ont été acquittés.

La partie adverse a, pour ce qui concerne le dossier administratif, renvoyé aux pièces déjà déposées dans l'affaire 229.420/VI-21.629.

Les mémoires en réponse, en réplique et en intervention ont été régulièrement échangés.

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, 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.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 25 août 2025, l'affaire a été fixée à l'audience du 1^{er} octobre 2025.

II.3. Sur les deux affaires A. 229.420/VI-21.629 et A. 230.137/VI-21.707

M^{me} Florence Piret, conseillère d'État, présidente f.f., a exposé son rapport.

M^e Dominiek Vandenbulck *loco* M^e Philippe Vande Castele, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{me} Alice Bonte, Lieutenant-Colonel, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Pierre Frühling, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, auditeur, a été entendue en ses deux avis conformes.

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 présent litige porte sur la procédure de passation et d'attribution d'un marché public de service portant sur la réalisation d'un « contrat de service pour une capacité de transport aérien du type '*corporate*' », qui constitue le lot 1 d'un marché public 17AP006 dont les lots 2 à 6 portent sur la vente des avions Embraer (ERJ) 135 (02 EA), ERJ 145 (02 EA) et un Dassault F900 (01 EA).

Ce marché est soumis à la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la Défense et de la Sécurité, ainsi qu'à ses arrêtés d'exécution.

2. Le 22 novembre 2017, la Défense transmet au ministre de la Défense une demande d'accord préalable en vue de la passation et de la conclusion d'un contrat de service pour une capacité de transport aérien du type '*corporate*'. Une note explicative est jointe à cette demande. La valeur du lot 1 du marché est estimée à 124.941.385 euros.

Le 12 janvier 2018, le conseil des ministres autorise la Défense à « conclure, via procédure négociée avec publication, un contrat de service pour une capacité de transport aérien de type '*corporate*' d'une durée de 8 ans, avec une possibilité de prolonger de 4 ans », avec la précision que le « dossier sera représenté au conseil des ministres en phase d'attribution ».

La demande d'accord préalable est ensuite signée par le ministre de la Défense le 16 janvier 2018.

3. Un avis de marché relatif au marché public 17AP006 est publié au *Bulletin des Adjudications* le 2 février 2018, ainsi qu'au *Journal officiel de l'Union européenne* le 6 février 2018.

Le formulaire de demande de participation est joint à ces avis de marché. Les candidats sont invités à transmettre leur demande de participation avant le 9 mars 2018.

4. Douze demandes de participation sont introduites. Dans le rapport de sélection, sont notamment référencées une demande introduite par la première requérante, la société de droit français Avico, et une autre demande introduite par la deuxième requérante, la SA Flying Service.

Toutes deux ont introduit une demande de participation relative aux six lots du marché.

5. Sur la base du rapport de sélection, une décision motivée de sélection est établie et signée par le ministre de la Défense, le 19 août 2018.

Plusieurs opérateurs économiques sont sélectionnés pour le lot 1 et reçoivent le cahier spécial des charges relatif à ce lot. C'est notamment le cas des première et deuxième requérantes, de la partie intervenante, Abelag Aviation, de la société DC Aviation GmbH et de la société Regourd Aviation SAS.

6. La passation du lot 1 (17AP006/A) du marché, selon la procédure négociée avec publicité, est réglée par un cahier spécial des charges spécifique.

En vertu des points 2.f et 2.g du cahier spécial des charges, la durée du marché est fixée à une période minimale de 8 ans, à laquelle est ajoutée une période optionnelle de 4 années supplémentaires « après décision du pouvoir adjudicateur et accord avec l'adjudicataire ».

En vertu du point 2.h du cahier spécial des charges, les prestations de services doivent respecter les spécifications énoncées à l'annexe B du cahier. Celui-ci distingue expressément les différents types de spécifications, notamment en identifiant celles qui entraîneront la non-conformité des offres et leur irrégularité.

Le point 2.i autorise le dépôt de variantes libres, alors que le point 2.j traite des options obligatoires et libres.

Le point 5.j traite de la sous-traitance et impose au soumissionnaire de joindre une liste de ses sous-traitants impliqués dans le marché selon un modèle joint en annexe A, appendice V. Le cahier des charges prescrit le respect des critères de sélection par les sous-traitants.

Les critères d'attribution sont prévus au point 7 du cahier spécial des charges, en distinguant le critère du prix (60 %) et le critère technique (40 %) :

a. Choix de l'offre régulière la plus avantageuse

En ce qui concerne le contrat de service le Pouvoir Adjudicateur choisira l'offre régulière qu'il juge économiquement la plus avantageuse en tenant compte des critères et des pondérations ci-dessous :

- **PRIX : 60%**

La méthode utilisée pour la comparaison des offres est détaillé dans l'Ann A App VII.

- **TECHNIQUE : 40%**

Operational aspects	40%	
Aircraft characteristics	20%	
Aircraft operational capabilities	80%	6,40%
Aircraft interior and comfort	20%	1,60%
Availability	50%	
Missions performance guarantee	30%	6,00%
Mission up-front warning time	40%	8,00%
Contractor capabilities	30%	6,00%
Flexibility	30%	
Chartering (flexibility)	40%	4,80%
Adjustment of flight plan	10%	1,20%
Operating constraints and enablers	20%	2,40%
Usage of BD crew	30%	3,60%

b. Méthode de détermination de l'offre régulière économiquement la plus avantageuse

L'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée comme suit :

- Cote attribuée pour le critère « **TECHNIQUE** »

La cote attribuée pour le critère « **TECHNIQUE** » est calculée sur base de la matrice d'évaluation présentée en annexe B.

- Cote attribuée pour le critère « **PRIX** »

Chaque offre reçoit une cote égale au résultat des calculs effectués suivant l'Ann A App VII.

- La cote finale attribuée à chaque offre est la moyenne pondérée des cotes exprimées en %, en tenant compte de la pondération liée à chaque critère d'attribution, en application de la formule suivante :

$$Cote\ finale = \frac{\sum (cotes(en\%) \times pondération)}{\sum pondérations}$$

Le point 8.d concerne la vérification des prix. Il est prévu ce qui suit :

«

- Les soumissionnaires fourniront toutes les indications destinées à permettre au Pouvoir Adjudicateur de vérifier les prix offerts.
- Le Pouvoir Adjudicateur se réserve le droit d'effectuer toutes vérifications sur pièces comptables et tous contrôles sur place de l'exactitude des indications fournies et ceci également auprès des sous-traitants/cocontractants.
- Par l'introduction de son offre, le soumissionnaire (prestataire de services) s'engage à autoriser les autorités de contrôle tant nationales, que les autorités du pays d'origine des matériels, mandatés par les autorités nationales de contrôle, à vérifier tous les éléments relatifs aux prix et/ou à la formule de révision des prix, sur pièces et sur place ; non seulement chez lui-même, mais également chez ses sous-traitants et fournisseurs éventuels.
- Au niveau national, les agents du Pouvoir Adjudicateur, qui sont habilités à réaliser ces vérifications, font partie la sous-section MRMP-G/E/F, au sein de la Division Marchés Publics. Les indications fournies en application des

dispositions qui précèdent ne peuvent être utilisées par le Pouvoir adjudicateur à d'autres fins que celle de la vérification prévue au présent titre.

- Si le pouvoir adjudicateur décide de réaliser une vérification des prix, le soumissionnaire sera officiellement averti au moyen d'une lettre recommandée envoyée par un contrôleur de prix du service compétent (MRMP-G/E/F).
- Des informations complémentaires en rapport avec la vérification des prix sont reprises dans la clause comptable (Ann N) ».

7. Des offres sont remises pour le lot 1 par quatre soumissionnaires différents le 28 novembre 2018.

La première requérante dépose deux offres : une offre de base et une variante. Elle se présente comme déposant ces offres avec « Flying Group » (troisième requérante), dont « Flying Service » (deuxième requérante) est membre.

8. Dans le cadre des négociations organisées par la partie adverse, les soumissionnaires déposent des offres adaptées en janvier 2019, puis des *BAFO* (« *Best and Final Offer* ») en février 2019.

9. La partie adverse procède ensuite à l'analyse des offres déposées à travers, d'une part, une évaluation technique des offres le 1^{er} mars 2019 et, d'autre part, une évaluation financière des offres le 23 avril 2019.

Saisi d'une demande d'avis, l'inspecteur des Finances critique, par courrier du 19 avril 2019, la qualité du rapport d'attribution qui lui est soumis et demande des explications sur plusieurs points qu'il détaille. La partie adverse répond à ce courrier le 23 avril 2019.

Le rapport d'attribution est signé le 24 avril 2019. Il conclut que, pour le lot 1, l'offre de la partie intervenante est l'offre régulière économiquement la plus avantageuse et qu'il y a lieu de lui attribuer ce lot.

L'inspecteur des Finances donne, le 26 avril 2019, un avis favorable tout en émettant des réserves concernant la vérification des prix de l'offre retenue.

10. Le 14 mai 2019, une note concernant l'attribution du marché est transmise au conseil des ministres. Le point 9 de la note demande d'autoriser la Défense à attribuer le lot 1 pour un montant de 124.792.868,00 euros.

11. Le 6 septembre 2019, le conseil des ministres approuve la proposition contenue au point 9 de la note du 14 mai 2019.

12. Le 10 septembre 2019, le ministre de la Défense décide d'attribuer le marché 17AP006/A, relatif au lot 1, à la partie intervenante.

13. Le 26 septembre 2019, les parties requérantes introduisent, contre cette décision, une « requête en annulation et en suspension sous le bénéfice de l'extrême urgence ».

Cette requête est enrôlée sous le numéro de rôle A. 229.215/VI-21.615.

14. Le 14 octobre 2019, le ministre de la Défense décide, avant l'audience fixée pour examiner la demande de suspension d'extrême urgence, de retirer la décision d'attribution prise le 10 septembre 2019 et de prendre une nouvelle décision attribuant à nouveau le lot 1 à la partie intervenante.

Il s'agit de l'acte attaqué, communiqué aux soumissionnaires le 15 octobre 2019 par des courriers recommandés et électroniques.

V. Intervention de la SA Abelag Aviation

Par un arrêt n° 246.459 du 18 décembre 2019, le Conseil d'État a accueilli la demande en intervention de la SA Abelag Aviation dans le cadre du recours enrôlé sous le numéro de rôle A. 229.420/VI-21.629.

Le 25 mars 2020, la SA Abelag Aviation a déposé une requête pour intervenir dans le cadre du recours enrôlé sous le numéro de rôle A. 230.137/VI-21.707. En tant que bénéficiaire du lot 1 du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans cette procédure. Il y a lieu d'accueillir sa requête.

VI. Demande de jonction des affaires A. 229.420/VI-21.629 et A. 230.137/VI-21.707

VI.1. Thèses des parties

Les parties adverse et intervenante sollicitent la jonction des affaires A. 229.420/VI-21.629 et A. 230.137/VI-21.707, en particulier dans l'hypothèse où le deuxième recours introduit serait jugé recevable.

La requérante estime que cette demande doit être refusée, le deuxième recours devant être examiné sans avoir égard au premier recours introduit.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Les recours enrôlés sous les numéros de rôle A. 229.420/VI-21.629 et A. 230.137/VI-21.707 sont introduits par les mêmes parties requérantes, ont un objet identique et invoquent des griefs en partie similaires.

Il y a lieu de joindre l'examen des deux affaires dans l'intérêt d'une bonne justice.

La jonction des deux affaires ne permet cependant pas de considérer que la réponse donnée par la partie adverse aux moyens soulevés dans le premier recours vaut également réponse aux moyens invoqués dans le deuxième recours. C'est d'autant plus le cas que le premier recours est jugé irrecevable par le présent arrêt.

VII. Recevabilité des recours

VII.1. Cumul de recours contre un même acte

A. Thèses des parties

1. Mémoires en réponse

La partie adverse conteste la recevabilité du deuxième recours enrôlé sous le numéro de rôle A. 230.137/VI-21.707 en considérant qu'il s'agit du second recours en annulation introduit contre le même acte, que celui-ci repose sur les mêmes moyens et qu'il est superflu et dès lors irrecevable. Elle ajoute qu'en sollicitant la poursuite de la procédure dans le cadre du premier recours introduit, les requérantes ont renoncé à leur second recours.

2. Mémoires en réplique

Les requérantes estiment que, s'il y a une interdiction d'introduire deux recours en annulation contre un même acte, ce qu'elles contestent en affirmant, à titre principal, que les deux recours sont recevables, la deuxième requête en annulation, introduite le 11 décembre 2019 doit primer sur le premier recours, au regard notamment des dates de paiement des droits de rôle respectif à chaque requête. Elles ajoutent que vu le contexte et le risque que le second recours en annulation envoyé le 11 décembre 2019 ait été égaré par bpost, elles n'ont pas eu d'autre choix que de demander la poursuite de la première procédure, tant que l'envoi du deuxième recours

restait renseigné comme non retrouvé par les services de bpost. Elles ajoutent que l'incertitude procédurale n'a ensuite pas pu être levée et qu'elles ont, dès lors, maintenu leur intérêt à poursuivre les deux recours.

Les requérantes rappellent qu'aucun texte législatif ne prohibe le cumul de recours en annulation introduits contre un même acte, sauf dans le cadre du référé administratif. Elles précisent avoir introduit le second recours parce que la partie intervenante contestait la possibilité de déposer une requête ampliative. Elles ajoutent que le paiement des droits de rôle relatifs au deuxième recours démontre qu'elles n'ont pas renoncé à celui-ci. Elles expliquent que le second recours est un recours actualisé et complété, qu'elles n'ont pas renoncé à celui-ci et qu'elles sont, tout au plus, présumées avoir renoncé à leur premier recours. Elles invoquent encore la jurisprudence relative au désistement d'instance et à la recevabilité *ratione temporis* des recours, ainsi que l'arrêt *Vilho Eskelinen* du 19 avril 2007 rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, et considèrent que la partie adverse ne peut leur dénier un droit d'accès au juge.

3. Mémoires en intervention

La partie intervenante critique l'attitude procédurale des requérantes qui ont introduit une première requête en annulation, une requête ampliative, puis une deuxième requête en annulation.

Elle considère que le second recours en annulation est irrecevable, car cette deuxième requête est superflue et inutile puisqu'elle contient les mêmes moyens que la première requête, soulignant que le deuxième moyen de la deuxième requête a un énoncé nouveau, mais concerne des éléments déjà développés dans le cadre du quatrième moyen de la première requête.

Elle ajoute que cette deuxième requête en annulation de 96 pages viole les droits de la défense en développant sept moyens, eux-mêmes divisés en branches et *addenda*. Ces moyens sont, selon elle, basés sur plusieurs fondements légaux imprécis de sorte qu'il est difficile d'y répondre. Elle fait aussi valoir que le comportement procédural des requérantes a créé une situation confuse qui a empêché la partie adverse de faire valoir ses droits et de répondre aux moyens développés dans ce second recours en annulation.

À titre subsidiaire, elle considère que le second recours en annulation, s'il est recevable, ne doit pas primer sur le premier recours introduit qui doit être

privilegié, car il est plus avancé. À cet égard, elle estime que la demande de poursuite de la procédure déposée dans la première procédure démontre le souhait de ne pas poursuivre la mise en état du second recours.

4. Derniers mémoires de la partie adverse

La partie adverse conteste que le deuxième moyen développé dans le second recours en annulation soit un moyen nouveau. Elle soutient qu'il est question du même grief dans les premier et quatrième moyens de la requête unique déposée le 25 octobre 2019 et dans les développements que consacre le mémoire en réplique au quatrième moyen, déposé le 23 juin 2020, qui concernent le premier recours enrôlé sous le numéro A. 229.420/VI-21.629. Elle maintient donc que le second recours en annulation est superflu et dès lors irrecevable.

5. Derniers mémoires de la partie intervenante

La partie intervenante soutient également que le grief formulé dans le deuxième moyen soulevé dans le second recours est déjà développé dans le cadre du premier recours et qu'il ne s'agit donc pas d'un moyen nouveau. Elle affirme que la deuxième procédure en annulation n'apporte aucun élément neuf, mais ne fait que reformuler et « actualiser » les arguments déjà développés dans la première requête, « sans rien apporter au débat ».

Elle maintient que le deuxième recours est irrecevable, car il viole les droits de la défense des parties intervenante et adverse.

Elle soutient que le premier recours est également irrecevable, mais pour d'autres raisons que celles qui sont liées à l'introduction d'un deuxième recours, en renvoyant, sur ce point, à ses précédents écrits de procédure.

6. Derniers mémoires des parties requérantes

Les parties requérantes font valoir que l'irrecevabilité du premier recours est étroitement liée à la recevabilité du deuxième recours et qu'il ne peut être conclu que les deux recours seraient irrecevables.

B. Appréciation du Conseil d'État

Lorsqu'une partie requérante opte pour l'introduction, dans le délai prévu à cet effet, d'un second recours en annulation et ne se limite pas à déposer une requête ampliative de sa requête initiale, elle doit, en principe, être présumée avoir renoncé à son premier recours. L'on ne peut en effet permettre à une partie requérante de cumuler plusieurs recours en annulation contre un même acte ; admettre une telle pratique serait contraire au principe de bonne administration de la justice.

Par exception, il a déjà été jugé que lorsqu'une partie requérante introduit deux recours en annulation qui ont le même objet et sont fondés sur les mêmes moyens, la seconde requête en annulation doit être jugée superflue et est, dès lors, irrecevable. Dans ce cas, il doit être constaté que le second recours n'apporte rien au premier recours introduit. Il s'agit, par exemple, de deux requêtes qui sont en tous points identiques ou d'un deuxième recours pour lequel il est précisé qu'il est introduit à titre conservatoire, en sorte que l'introduction de celui-ci ne peut en aucune manière être considérée comme impliquant le désistement de la requérante à l'égard de son premier recours.

En l'espèce, la seconde requête en annulation ne se présente pas comme une requête ampliative de la requête initiale, mais apparaît sous la forme d'un recours autonome. Les requérantes y précisent d'ailleurs ce qui suit :

« La requête [...] tient compte de ce que, dans le dossier G/A 229.420/VI21.629, la SA Abelag a estimé irrecevable la requête ampliative complétant la requête initiale (du 25 octobre 2019). Telle objection n'est en l'espèce pas de mise car la présente nouvelle requête intègre, en les actualisant, les moyens de la [1^{ère}] requête G/A. 229.420/VI-21.629 et la requête ampliative G/A 229.420/VI-21.629 ».

La partie intervenante reconnaît elle-même que, dans leur deuxième requête en annulation, les parties requérantes tentent de corriger un motif d'irrecevabilité qui frappe leur premier recours et de pallier certaines carences dans la formulation des moyens, ce qu'elles sont en droit de faire pour autant que la nouvelle requête soit introduite dans le délai de recours. Elles y formulent aussi formellement un nouveau moyen, le deuxième de la requête, alléguant l'illégalité du cahier spécial des charges en raison de l'absence d'une clause devant permettre, à des personnes désignées, de vérifier sur place les informations fournies dans le cadre de la vérification des prix, conformément à ce que prévoit l'article 22, § 2, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité. Contrairement à ce qu'affirment les parties adverse et intervenante, il s'agit bien d'un

nouveau moyen, qui ne s'identifie pas aux premier et quatrième moyens de la requête initiale, même en y ajoutant les arguments complémentaires contenus dans la requête ampliative. Par ailleurs, lorsqu'est vérifiée l'identité de deux requêtes introduites contre un même acte, il n'y a pas lieu de prendre en compte, comme la partie adverse le suggère à tort, le contenu des mémoires en réplique.

Compte tenu des éléments qui précèdent, il ne peut être considéré que le nouveau recours serait superflu et partant irrecevable.

Quant aux autres critiques formulées par la partie intervenante, il y a lieu de rappeler que la recevabilité des moyens est vérifiée à l'occasion de l'examen de chacun d'entre eux, notamment au regard des normes dont la violation est invoquée et de la manière dont les griefs sont formulés. À ce stade, il suffit de relever que la partie intervenante ne démontre pas que le second recours en annulation ne contient aucun moyen qui pourrait être jugé recevable au sens de l'article 2 du règlement général de procédure. La formulation des moyens n'a, par ailleurs, pas empêché la partie intervenante d'y répondre, de manière exhaustive, dans son mémoire.

Enfin, le second recours ne peut être déclaré irrecevable au motif que la partie adverse a, dans son mémoire en réponse, choisi de se limiter à invoquer l'irrecevabilité de ce recours, sans répondre aux différents moyens de la requête. La partie intervenante ne peut sérieusement affirmer que la partie adverse aurait été contrainte de limiter son intervention à l'exception d'irrecevabilité qu'elle soulève, que ce soit en raison du contenu de la requête ou du comportement procédural des requérantes. La partie adverse ne soutient d'ailleurs pas elle-même cette thèse.

Le recours enrôlé sous le numéro de rôle A. 229.420/VI-21.629 est irrecevable, sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres causes éventuelles de rejet.

Le caractère irrecevable de ce recours ne porte pas atteinte au droit à l'accès au juge des requérantes puisque, comme le soulignent les requérantes elles-mêmes, le second recours est plus « complet » que le premier recours et « actualise » celui-ci.

L'exception d'irrecevabilité du recours enrôlé sous le numéro de rôle A. 230.137/VI-21.707 – tenant à l'introduction, par les parties requérantes, d'un premier recours en annulation ayant le même objet – ne peut être accueillie.

Dans la suite de l'arrêt, il est, sauf mention contraire, fait référence au « recours » pour désigner le recours enrôlé sous le numéro de rôle A. 230.137/VI-21.707.

VII.2. Recevabilité du recours ratione personae

A. Thèse des parties requérantes

Dans leur mémoire en réplique, les requérantes anticipent la question de la recevabilité du recours en tant qu'il est introduit par les deuxième et troisième requérantes, en se référant à ce qui a été jugé dans l'arrêt n° 246.459 du 18 décembre 2019 prononcé sur la demande de suspension d'extrême urgence introduite dans le cadre du recours A. 229.420/VI-21.629. Elles invoquent différents arrêts qui jugent que tous les opérateurs économiques concernés par une offre doivent agir par une requête commune.

En ce qui concerne la SA Flying Service (deuxième requérante), elles soulignent qu'elle a déposé une demande de participation et qu'elle a été sélectionnée. Elles en déduisent que cette société doit être admise à contester la décision finale d'attribution, en faisant valoir qu'il ne peut être préjugé des suites que donnera la partie adverse à la procédure de passation en cas d'annulation de l'acte attaqué. Selon elle, la SA Flying Service a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché au sens de l'article 46 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.

S'agissant de la SA Flying Group Holding (troisième requérante), elles relèvent que le courrier d'information notifiant l'acte attaqué a été adressé à « Avico/Flying Group » et que leur offre de base et leur variante ont été identifiées par la partie adverse comme provenant de « Avico/Flying Group ». Elles font aussi référence à une note infrapaginale de la décision motivée d'attribution, qui mentionne que « [p]our le marché public 17AP006/A, Flying Group et Avico ont décidé de déposer ensemble une offre ». Elles renvoient enfin à un « document confidentiel » qu'aurait divulgué la partie adverse, qui indiquerait que les trois parties requérantes ont joint leurs compétences « pour répondre à l'appel d'offres ».

Dans leur dernier mémoire, les requérantes maintiennent qu'elles sont toutes recevables à agir dans le cadre du présent recours.

En ce qui concerne la SA Flying Service (deuxième requérante), elles estiment « sans incidence » le fait qu'elle n'a pas déposé offre puisque « certains moyens soulevés établissent l'illégalité du cahier des charges » et que cette illégalité « emporte que la procédure doit être reprise *ab initio* » en cas d'annulation de l'acte attaqué.

Elles ajoutent que d'autres moyens de la requête démontrent que la partie intervenante ne pouvait pas être désignée comme attributaire du marché, en sorte que « leur offre » subsiste comme « seule offre encore en lice ».

Elles affirment encore justifier de l'intérêt requis au sens de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, dès lors qu'en cas d'annulation de l'acte attaqué, elles recevront une nouvelle chance de voir leur situation réglée plus favorablement.

B. Appréciation du Conseil d'État

Il n'est pas contesté que le marché litigieux relève de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics, à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, en sorte que 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 s'y applique. L'article 35, alinéa 1^{er}, de cette loi dispose, en particulier, que le chapitre 1^{er} du titre III « s'applique aux marchés [...] atteignant le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne et relevant de la loi défense et sécurité ».

Le chapitre 1^{er} du titre III de la loi du 17 juin 2013 contient un article 46 qui dispose comme suit :

- « À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics applicable au marché concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché concerné ;
 - 3° les documents du marché ».

La disposition précitée prévoit que l'instance de recours peut annuler des décisions prises par les autorités adjudicatrices pour autant, d'une part, que le recours

soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé ou risqué de léser la partie requérante.

La condition d'avoir, ou d'avoir eu, un intérêt à obtenir le marché est en principe remplie pour l'opérateur économique qui a déposé offre et, le cas échéant, une *BAFO*, en vue d'obtenir le marché. En revanche, l'opérateur économique qui n'a pas soumissionné ne satisfait pas à cette condition, sauf dans l'hypothèse où il a été empêché de participer à la procédure de passation et de déposer offre pour des raisons qu'il estime devoir critiquer.

En l'espèce, la deuxième requérante se présente, tout d'abord, comme un opérateur économique qui avait vocation à obtenir le lot 1 du marché dès lors qu'elle a introduit une demande de participation pour ce lot.

Il ressort du dossier administratif que la deuxième requérante a déposé, seule, une demande de participation en date du 8 mars 2018, notamment pour le lot 1 du marché, qu'elle a été sélectionnée par décision du 19 août 2018 et qu'elle a été invitée à remettre offre pour ce lot. Elle n'a toutefois pas répondu à cette invitation et ne soutient pas qu'elle aurait été empêchée de déposer offre pour des raisons qu'elle critique dans le recours. La circonstance qu'elle a préalablement été sélectionnée n'est pas suffisante pour considérer qu'elle a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché au sens de l'article 46 de la loi du 17 juin 2013, puisqu'elle a choisi de ne pas faire offre.

Les trois parties requérantes soutiennent, ensuite, avoir joint leurs compétences pour répondre à l'appel d'offres, en sorte qu'elles ont, à ce titre, vocation à obtenir le marché.

Dans l'offre déposée, la première requérante se présente comme soumettant celle-ci « *in partnership with Flying group* », dont la SA Flying Service est un des membres. Le document qui introduit l'offre de base et sa variante indique que « Flying Group et Avico ont décidé d'unir leurs compétences pour offrir [les] solutions les plus pertinentes et les plus efficaces pour répondre au besoin de transport aérien de la Défense belge ». L'offre est toutefois introduite par la seule société Avico et signée par le représentant de cette société. L'appendice IV qui est joint à l'offre est un document qui atteste que « Flying Services NV [...] représentée par [B.V.], agissant dans sa capacité de représentant de Flying Group NV et Avico SAS, représentée par [G.G.] agissant dans sa capacité de représentant de Aviation & Coopération [...] ont signé un *Memorandum of Understanding* le 12 octobre 2018 ('Convention') en vue de joindre leurs réseaux, leur expertise et leurs efforts pour

répondre à l'appel d'offres référencé '17AP006' publié par le Ministère de la Défense Belge ». Cette attestation précise que « dans le cadre de cette convention, Flying Service sera le sous-traitant principal d'Avico pour fournir les capacités de transport [...] attendues si Avico est sélectionné par la Belgian Defense [pour] le Lot 1 de l'appel d'offres susnommé ». « Flying Service » figure, par ailleurs, dans la liste des sous-traitants pour assurer l'exécution du marché (Appendice V joint à l'offre déposée).

Il n'est ni allégué ni établi que les deuxième et troisième requérantes auraient formé, avec la première requérante, une association momentanée pour déposer une offre commune.

La SA Flying Service n'intervient clairement qu'en tant que sous-traitant pour la société Avico, qui est le seul candidat sélectionné qui remet effectivement offre. Or, la qualité de personne ayant, ou ayant eu, un intérêt à obtenir le marché, au sens de l'article 46 de la loi du 17 juin 2013, ne peut être reconnue aux opérateurs économiques sous-traitants puisque le marché ne peut pas être obtenu par ceux-ci, mais uniquement par le soumissionnaire remettant offre.

Quant à la société Flying Group Holding, qui n'a introduit aucune demande de participation, n'a pas été sélectionnée ni n'a été invitée à déposer offre, les documents produits ne permettent pas de comprendre en quelle qualité elle serait intervenue dans la procédure de passation du lot 1 du marché. La partie adverse a, certes, identifié les deux offres déposées par les termes « Avico/Flying Group ». Cette désignation est toutefois expliquée dans le rapport d'attribution (pièce confidentielle), qui confirme que l'offre est bien introduite par la seule société Avico, tout en précisant que les deux noms « Avico/Flying Group » sont mentionnés dans tous les documents pour préserver la cohérence de l'offre.

La seule perspective de voir, à la suite d'un arrêt d'annulation, invalider toute la procédure, de la faire recommencer *ab initio* et d'obtenir une nouvelle chance d'emporter le marché ne permet pas d'établir, dans le chef d'une partie requérante, la recevabilité du recours, si les conditions prévues par l'article 46 de la loi du 17 juin 2013 ne sont pas rencontrées.

L'affirmation des requérantes selon laquelle l'écartement de l'offre de l'intervenante laisserait « leur offre » seule en lice ne permet pas non plus de justifier la recevabilité du recours *ratione personae* des deuxième et troisième requérantes puisqu'il est établi qu'elles n'ont pas déposé offre pour le lot 1 du marché litigieux.

Pour justifier la recevabilité du recours à leur égard, les deuxième et troisième requérantes invoquent leur qualité d'opérateur économique ayant vocation à obtenir le marché. Comme il vient d'être exposé, elles n'établissent toutefois pas qu'elles ont, ou ont eu, un intérêt à obtenir le marché, au sens de l'article 46 de la loi du 17 juin 2013. Pour le reste, elles n'invoquent pas une autre qualité qui justifierait d'examiner la recevabilité du recours au regard de l'article 19 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

Le recours est irrecevable en tant qu'il est introduit par les deuxième et troisième requérantes.

Dans la suite de l'arrêt, il est, sauf mention contraire, fait référence à « la requérante » pour désigner la société de droit français Avico (première requérante).

VII.3. Recevabilité du recours en tant qu'il est dirigé contre le refus implicite de ne pas attribuer le lot 1 du marché à la requérante

A. Thèse de la requérante

Dans sa requête, la requérante anticipe l'exception d'irrecevabilité du recours en tant qu'il est dirigé contre le refus implicite de ne pas lui attribuer le lot 1 du marché. Elle affirme qu'elle avance les éléments concrets permettant d'aboutir à la conclusion que la partie adverse n'avait pas d'autre option que de lui attribuer le lot 1 du marché et que l'examen de la recevabilité du recours est lié à celui des moyens.

Dans son dernier mémoire, elle précise que « plusieurs moyens soulevés (dans la requête en annulation) établissent concrètement que la partie intervenante ne pouvait pas et n'aurait pas pu légalement être désignée comme le lauréat », en sorte que son offre restait seule en lice. Elle expose, en particulier, que la candidature ou la soumission de son concurrent aurait dû être écartée pour des raisons de sécurité (5^e moyen) ou en raison du caractère anormalement bas des prix de son offre (6^e moyen).

B. Appréciation du Conseil d'État

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître *ipso facto* que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus

implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite – résultant de l'attribution – de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, la requérante se limite, dans sa requête, à affirmer que la partie adverse n'avait d'autre option que de leur attribuer le marché litigieux, ce qui ressortirait de l'examen des moyens. Elle n'invoque toutefois pas les éléments concrets qui, eu égard à tous ceux dont il faut tenir compte dans le cadre du présent recours, permettraient d'aboutir à la constatation que l'autorité n'avait d'autre choix que de la désigner comme attributaire du lot 1 du marché, si les violations qu'elle dénonce – pour autant qu'elles soient établies – n'avaient pas été commises.

En particulier, concernant les cinquième et sixième moyens de la requête, la requérante invoque des carences dans l'examen relatif à la sécurité et la fiabilité de la candidature de la partie intervenante ainsi que dans le contrôle des prix qu'elle considère comme anormalement bas dans l'offre de cette société. À les supposer établis, de tels griefs – relatifs à des défauts de vérification qui s'imposaient à la partie adverse – ne suffisent pas à conclure que le lot 1 du marché devait revenir à la requérante.

En tant qu'il est dirigé contre le refus implicite d'attribuer le lot 1 du marché à la requérante, le recours est irrecevable.

VIII. Complétude du dossier administratif, demandes de mesures d'instruction et confidentialité des pièces

A. Thèse de la requérante

La requérante estime que les moyens qu'elle soulève ne sont pas « à ce point complexes et techniques qu'ils nécessiteraient [...] une instruction particulière ». Elle sollicite néanmoins la mise en œuvre de plusieurs mesures d'instruction qu'elle considère comme indispensables pour compléter le dossier administratif en vue de l'examen des moyens.

Elle critique également l'absence de dépôt de dossier administratif dans le cadre de la procédure initiée par le recours enrôlé sous le numéro de rôle A. 230.137/VI-21.707 et ajoute que le dossier administratif déposé dans le cadre de procédures précédentes était, de toute façon, incomplet.

Elle demande, dans le même temps, l'écartement des pièces qui auraient été déposées par la partie adverse après le dépôt du mémoire en réponse.

Elle conteste aussi le dépôt, à titre confidentiel, de plusieurs pièces du dossier administratif.

B. Appréciation du Conseil d'État

Quant à l'absence de dépôt de dossier administratif dans le cadre de la procédure initiée par le recours enrôlé sous le numéro de rôle A. 230.137/VI-21.707, la partie adverse a précisé, dans son mémoire en réponse, qu'elle renvoyait au dossier administratif déposé dans le cadre du recours enrôlé sous le numéro de rôle A. 229.420/VI-21.629, dirigé contre le même acte. Un tel renvoi peut, en l'occurrence, être admis et ne conduit pas à devoir, lors de l'examen du présent recours, réputer comme établis les faits cités par la requérante, comme celle-ci le souhaiterait en se référant à l'article 21, alinéa 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Un tel procédé ne porte aucunement atteinte aux droits de la défense de la requérante et n'empêche pas le bon examen de son recours.

La requérante fait grief à la partie adverse de ne pas avoir déposé la circulaire ministérielle du 21 décembre 2018 relative à la prudence budgétaire pendant la période des affaires courantes. Ladite circulaire figure toutefois en annexe de la requête. Dans son mémoire en réplique, la requérante demande également d'ordonner le dépôt des « courriers et courriels, échangés entre (1) la SGRS1 et (2) le ministre et son cabinet, relatifs aux enquêtes de sécurité “effectuées *a priori* et *a posteriori*”, incluant les dossiers de “vérification de sécurité individuelle de tous les membres du personnel d'Abelag chargés d'effectuer des tâches dans l'avion, évoqués à la Chambre lors de la séance de la Commission de la Défense, tenue le 19 février 2020” ». Ces différentes pièces ne sont pas utiles pour l'examen du sixième moyen de la requête relatif au contrôle des prix, qui constitue le seul moyen examiné par le présent arrêt. Il n'y a dès lors pas lieu de rouvrir les débats pour ordonner leur dépôt.

La requérante estimait, dans sa requête, que le prix global de l'offre de la partie intervenante n'était plus confidentiel dès lors qu'elle était parvenue à estimer

elle-même ce montant dans une fourchette de prix. À la suite d'une demande formulée par l'auditeur en charge de l'instruction de l'affaire, le montant exact du prix de l'offre de la partie intervenante a été divulgué par la partie adverse, à savoir 106.733.009,02 euros. La demande de la requérante de lever la confidentialité du prix global de l'offre de la partie intervenante n'a, dès lors, plus d'objet. Il importe, par ailleurs, d'emblée de préciser, comme l'auditeur l'a clarifié à l'audience, que le montant précité correspond à un scénario théorique qui applique certains paramètres pour permettre la comparaison des offres au regard du critère d'attribution du prix, ces paramètres n'étant pas nécessairement les mêmes que ceux qui ont été pris en compte pour estimer, en 2017, la valeur du marché à 124.941,384 euros, laquelle tenait, par ailleurs, compte d'un taux d'inflation annuel de 3 %. Il ressort des pièces du dossier qu'en appliquant les mêmes paramètres ainsi qu'un taux d'inflation annuel de 2 %, le prix de l'offre de la partie intervenante est de 124.792.868 euros, qui est le montant qui figure dans la note au conseil des ministres du 6 septembre 2019.

La requérante demande d'ordonner le dépôt des documents qui, d'une part, auraient conduit la partie adverse à estimer la valeur du marché à un montant de 124.941,384 euros pour 12 ans, comme cela ressort des pièces 11, 12 et 23 du dossier administratif, et, d'autre part, établiraient les données des rubriques dont le « montant cumulé » mène au montant de 124.792.898 euros, mentionné dans la pièce 14 du dossier administratif, en affirmant que ces pièces ne sont pas confidentielles. Dans la mesure où le dossier administratif déposé permet au Conseil d'État de se positionner sur le caractère fondé de la deuxième branche du sixième moyen et que ce constat entraîne l'annulation de l'acte attaqué, il n'y a pas lieu de rouvrir les débats pour ordonner à la partie adverse à compléter le dossier administratif sur les deux aspects précités.

Dans son dernier mémoire, la requérante consacre de longs développements à la transmission « tardive » de pièces après le dépôt du mémoire en réponse. Il s'agit de pièces renseignées pour la première fois dans l'inventaire du dernier mémoire de la partie adverse, à savoir les pièces 24 à 28 et les pièces confidentielles 18 à 21.

L'auditeur en charge de l'instruction de l'affaire a pu clarifier, avant l'audience, que les pièces 24 à 27 et la pièce confidentielle 18 ne figuraient pas au dossier administratif. Cet élément a été confirmé à l'audience. Pour ces pièces, la demande d'écartement formulée par la requérante est, dès lors, sans objet. Quant à la pièce 28 et à la pièce confidentielle 21, elles ont été déposées par la partie adverse, à la suite de la demande formulée en ce sens par l'auditeur dans son rapport. Il n'y a pas

non plus lieu d'écarter ces pièces. La pièce 28 est d'ailleurs la même que la pièce 21 du dossier administratif et n'est donc pas nouvelle. En toute hypothèse, ces pièces ne sont pas utiles pour l'examen du sixième moyen de la requête, qui constitue le seul moyen examiné par le présent arrêt.

Concernant les pièces confidentielles 19 et 20, le dossier de la procédure confirme qu'elles ont été déposées avant que l'auditeur établisse son rapport. L'auditeur a donc pu avoir égard à ces pièces avant de considérer comme fondé le sixième moyen en sa deuxième branche. Il n'y a, dès lors, aucune raison d'écarter, pour tardiveté, ces deux pièces confidentielles.

Dans son dernier mémoire, la requérante conteste également, pour la première fois, le dépôt, à titre confidentiel, de pièces alors que la partie adverse n'a pas demandé formellement de les considérer comme telles ni justifier ce dépôt, en méconnaissance de ce que prescrit l'article 87, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, lu en combinaison avec l'article 57 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. Elle en déduit qu'il n'y a pas lieu de garantir la confidentialité de ces pièces.

Comme il a déjà été indiqué, le chapitre 1^{er} du titre III la loi du 17 juin 2013 s'applique au présent litige.

L'article 57, alinéa 1^{er}, de cette loi prévoit que les règles de compétence et de procédure, fixées par les lois coordonnées sur le Conseil d'État et ses arrêtés d'exécution, s'appliquent au contentieux des marchés atteignant les seuils de publicité européenne et relevant de la loi défense et sécurité « à moins que des dispositions de la présente loi n'y dérogent ».

Or, le dépôt de pièces confidentielles est réglé spécifiquement par l'article 58 de la loi du 17 juin 2013. Cette disposition déroge à l'article 87, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, en disposant comme suit :

« L'instance de recours doit garantir un niveau de confidentialité approprié et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations, le cas échéant classifiées, contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par l'autorité adjudicatrice qui est tenue de déposer l'intégralité du dossier. L'instance de recours peut cependant connaître de telles informations et les prendre en considération. Elle agit dans le respect des intérêts en matière de défense ou de sécurité tout au long de la procédure. Elle décide dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de concilier la confidentialité et le secret de ces informations avec le respect des droits de la défense et de veiller à ce que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable ».

Conformément à cette disposition, le Conseil d'État doit d'office garantir la confidentialité des pièces dont la divulgation méconnaît le secret d'affaires, même si les parties n'en font pas elles-mêmes la demande. En l'occurrence, la requérante se borne à soutenir que les pièces – pour lesquelles la partie adverse n'a pas justifié, dans ses écrits de procédure, le dépôt à titre confidentiel – ne peuvent pas bénéficier de cette protection. Elle ne conteste cependant pas le caractère intrinsèquement confidentiel de ces pièces. En toute hypothèse, dans la mesure où le Conseil d'État juge fondé le sixième moyen, en sa deuxième branche, et que ce constat entraîne l'annulation de l'acte attaqué, il n'est pas nécessaire de rouvrir les débats pour ordonner la levée de la confidentialité des pièces déposées à ce titre par les différentes parties au présent litige.

IX. Sixième moyen

IX.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un sixième moyen de la violation « de l'excès de pouvoir et de motifs illégaux et contradictoires ; des articles 10, 11, 33, 37 et 46 de la Constitution ; du principe général déterminant l'exercice des compétences du Gouvernement en charge de l'expédition des affaires courantes ; des principes de bonne administration, de précaution, de bonne gestion et de motivation formelle ; du principe *patere legem quam ipse fecisti* et du cahier des charges du lot 1 MRMP-A/P n°17AP006/A ; de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité ; de l'article 49 de la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité ; 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 ; de l'article 22 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité ; de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ».

À l'appui de la deuxième branche de ce moyen, « consacrée à l'absence de contrôle des prix anormalement bas », la requérante soutient qu'au regard de l'estimation initiale du lot 1 du marché et des offres de ses concurrents, le montant total de l'offre de la partie intervenante apparaît comme anormalement bas (étant inférieur de 15 % du montant estimé du marché et de 24 % de celui de la moyenne des offres), alors que la partie adverse n'a pas examiné le caractère anormalement bas des prix de cette offre et ne motive en rien l'examen relatif au caractère anormal des prix et l'absence d'un tel examen.

Elle rappelle le contenu de l'article 49 de la directive 2009/81/CE et de l'article 22 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 et l'obligation de contrôle des prix qui s'impose au pouvoir adjudicateur.

Elle constate que le prix total de l'offre de la partie intervenante n'est pas mentionné dans la décision attaquée, ce qui l'empêche de formuler, en connaissance de cause, des griefs au sujet des prix anormaux proposés par cette société. Elle relève toutefois l'écart de prix entre celui qui a été annoncé publiquement (124 millions) et celui qu'elle croit pouvoir déduire d'un « calcul renversé » (106 millions). Elle ajoute que l'offre de la partie intervenante comprend des rubriques essentielles avec des prix qui sont nécessairement anormalement bas, tant les prix dans la *BAFO* de la partie intervenante « sont à ce point éloignés » des prix des deux *BAFO* conformes remises par deux autres soumissionnaires. Elle précise que les prix de certains postes ne devraient pas différer de manière sensible (carburant, formation *extra muros* des équipages, assurances, etc.) et qu'elle propose les mêmes avions que la partie intervenante. Selon elle, le coût moyen des offres révèle qu'« il y a un problème essentiel avec l'offre de Abelag qui s'en démarque [...] qu'elle soit fixée à 124 millions € ou, pis, ici 106,732 millions € ». Elle déduit aussi des différentes rubriques de coûts que le prix proposé par la partie intervenante pour la rubrique A « Coût pour la solution principale et de remplacement » est celui qui serait anormalement bas.

Elle relève que l'acte attaqué se limite à indiquer que « les offres des quatre candidats [...] respectent l'ensemble des conditions et clauses définies à l'annexe A » et en déduit que la décision d'attribution n'est pas motivée au sujet de l'examen relatif au caractère anormal des prix ou de l'absence d'un tel examen, ce qui est contraire à l'obligation de motivation formelle et à l'obligation de procéder à un examen relatif au caractère anormal des prix.

Elle ajoute que la partie adverse a, dans le cadre de l'évaluation financière des offres, pris en compte cinq offres, au lieu des trois seules offres conformes, ce qui, selon elle, accroît encore l'illégalité tirée du défaut de vérification de prix anormaux dans la *BAFO* de la partie intervenante.

Elle estime que la référence faite, dans la décision d'attribution, à une « évaluation financière détaillée » des offres est sommaire, contradictoire et illégale. Elle souligne avoir réclamé la communication du rapport d'évaluation financière, mais que cela a été refusé par la partie adverse, de sorte que la motivation formelle de la décision d'attribution « reste donc illégale ».

B. Mémoire en réponse

La partie adverse ne répond pas à ce moyen.

C. Mémoire en réplique

Quant à la deuxième branche du moyen, la requérante estime que le grief qui y est formulé est lié à l'examen du deuxième moyen de la requête et à la question préjudicielle qu'elle demande de poser à la Cour de justice de l'Union européenne.

Elle ajoute avoir intérêt au grief pris de l'absence de vérification des prix dès lors que ce contrôle « peut établir que le grief de prix anormalement bas est fondé » et qu'« on ne peut ici pas préjuger de l'examen des prix à effectuer *a priori* ».

D. Mémoire en intervention

La partie intervenante conteste la recevabilité du moyen en affirmant qu'il est tiré de la violation d'un grand nombre de normes et qu'il est difficile de comprendre la « logique » et les intentions de la requérante.

En ce qui concerne la deuxième branche du moyen, elle renvoie aux considérations développées dans l'arrêt n° 246.459 rendu sur la demande de suspension d'extrême urgence, en affirmant que les griefs soulevés dans cette branche ne font référence à aucune disposition normative de sorte qu'ils sont irrecevables. Elle ajoute que la référence à l'article 49 de la directive 2009/81/CE n'est pas pertinente, car il ne s'agit pas d'une disposition directement applicable en droit belge.

Sur le fond, elle rappelle, dans un premier temps, la portée de l'obligation

de contrôle des prix qui semblent anormaux. Elle ajoute que le caractère anormal des prix d'une offre ne s'évalue pas par rapport aux prix des autres offres déposées, mais par rapport à l'exécution possible du marché, que la partie adverse a pu estimer la valeur du marché en amont du lancement de la procédure, en consultant les acteurs du marché économique, et que les prix qu'elle propose « se rapprochent très fortement de cette estimation ». Elle considère qu'il ne peut être reproché à la partie adverse de ne pas avoir suffisamment motivé sa décision sur ce point puisqu'il n'y a pas lieu d'expliquer les raisons pour lesquelles des prix ne sont pas anormaux.

Dans un second temps, elle entend démontrer que ses prix sont justifiés dans son offre et ne sont pas anormaux. Elle fait référence à la stratégie commerciale qu'elle a mise en place et qui est fondée sur des coûts fixes très bas et des coûts variables plus élevés par heure de vol. Elle explique, à ce propos, ce qui suit :

« Les avions utilisés dans l'aviation d'affaires tels que les Falcon 7x ne volent généralement que très peu d'heures sur une année. Dans la présente affaire, le cahier spécial des charges prévoit que l'évaluation soit faite en se basant sur un montant de 1600 heures de vol par an, avec la possibilité d'augmenter ces heures jusqu'à 2500 heures de vol par an à partir de 2021.

Le cahier spécial des charges permettait également aux soumissionnaires d'accepter l'éventualité que la partie adverse commande moins d'heures de vol que celles prévues dans le cahier des charges. Si le soumissionnaire acceptait dans son offre cette diminution, elle recevait des points à cet égard. En revanche, accepter de voler moins a souvent un impact de proposer une offre incluant un prix à l'heure de vol plus élevé. En effet, le prix à l'heure de vol d'une compagnie d'affaires est forcément plus haut si elle accepte l'éventualité de ne pas voler du tout sur l'année ! Or, la partie requérante a inclus dans son offre la possibilité que les programmes de vols soient réduits à zéro. De son côté, la partie intervenante n'a pas inclus dans son offre la possibilité de voler moins d'heures que prévu dans les programmes de vol. Elle n'a donc pas reçu de point à cet égard, mais s'assurant par son offre de percevoir, au minimum, le nombre d'heures prévues aux programmes de vols multiplié par le prix à l'heure de vol. Il s'agit d'un choix stratégique qui explique bien entendu une différence de prix, mais ne peut en rien être qualifié de prix anormalement bas.

La partie intervenante a donc été en mesure de proposer un prix bien plus avantageux que ses concurrents qui avaient proposé des coûts fixes bien plus élevés et des coûts par heure de vol moins importants.

Ainsi, la différence de prix entre la partie intervenante et la partie requérante s'explique par la stratégie commerciale mise en place.

Le refus de la partie intervenante d'abaisser le nombre d'heures de vol prouve le sérieux avec lequel l'offre de la partie intervenante a été établie. Celle-ci a en effet effectué des prévisions sur la durée du marché afin de savoir quels prix pouvaient être proposés, tout en restant rentables.

Les prix qu'elle propose ne sont donc en aucun cas anormaux, puisqu'ils permettent à la partie intervenante de garantir qu'elle exécutera le marché dans les conditions fixées dans le cahier des charges, et ce durant toute la durée du marché ».

Elle renvoie à la décision motivée d'attribution relative à l'exigence de l'ajustement du plan de vol, puis invoque trois éléments supplémentaires pour justifier ses prix :

- premièrement, son appartenance au groupe Luxaviation qui dispose d'une flotte importante permettant de réaliser des économies d'échelle sur la maintenance, ainsi que ses partenariats avec d'autres sociétés, notamment le constructeur des avions proposés ;
- deuxièmement, sa base technique et opérationnelle à l'aéroport de Bruxelles-Zaventem, ce qui permet d'effectuer la maintenance des avions à moindres coûts et d'entreposer les aéronefs sur place ;
- troisièmement, son partenariat avec Dassault Aviation pour la maintenance de ses appareils.

Elle explique que ces précisions étaient renseignées dans son offre et qu'elles ont permis à la partie adverse de décider « de par son pouvoir discrétionnaire en la matière » de ne pas demander de plus amples explications, la normalité des prix étant démontrée.

E. Dernier mémoire de la partie adverse

Quant à la deuxième branche du moyen, la partie adverse rappelle les principes applicables en matière de contrôle des prix et les données financières que les soumissionnaires devaient indiquer dans leur offre.

Elle expose ensuite ce qui suit :

« 17. Ce qui précède (“feuilles récapitulatives des données financières” à compléter par les soumissionnaires) est rappelé dans la décision motivée d'attribution, à la suite de quoi on peut y lire qu'une “évaluation financière” a été effectuée, dans le cadre de laquelle “tous les prix offerts par les candidats ont fait l'objet d'une analyse approfondie” et “les offres ont été comparées” [...].

Après ces considérations d'ordre général, la décision motivée d'attribution reprend, pour chacun des soumissionnaires, certains éléments relevés dans le cadre de l'“évaluation financière” effectuée. S'agissant de l'offre de la partie intervenante en particulier, il est ainsi précisé que tous les avions proposés peuvent également “être utilisés comme appareils de remplacement ou pour l'affrètement”, que “pour l'option affrètement, Abelag Aviation peut compter sur sa flotte propre d'avions et sur plusieurs avions en Europe au sein du groupe Luxaviation, mais peut également compter sur sa relation proche avec le groupe belge ASL”, ce qui

permet d'expliquer "une offre de prix compétitive en ce qui concerne la solution principale et les deux options d'affrètement par rapport aux autres soumissionnaires" [...].

La décision motivée d'attribution poursuit encore en ces termes : "Par ailleurs, Abelag Aviation a, contrairement aux autres soumissionnaires, souhaité dans son offre maintenir les coûts fixes à un niveau moins élevé que ceux des autres candidats. Ce coût fixe limité est compensé par un prix élevé par heure de vol". Cette stratégie a un impact direct sur le coût proposé et explique par ailleurs que la partie intervenante soit le seul soumissionnaire à ne pas avoir prévu la possibilité de réduction du plan de vol : "Seul Abelag Aviation n'a pas prévu cette possibilité d'ajustement du plan de vol, raison pour laquelle Abelag Aviation n'a pas obtenu de points à cet égard. Les autres candidats ont accepté cette possibilité d'abaisser le plan de vol. DC Aviation autorise la diminution du plan de vol jusqu'à zéro avec un impact financier équivalent. AVICO/Flying Group autorise une diminution jusqu'à 250 à 500 heures avec un impact financier équivalent" [...]. La partie intervenante devait en effet pouvoir compter sur un minimum d'heures de vol pour assurer une certaine rentabilité de la solution proposée.

La décision motivée d'attribution aborde, enfin, dans une approche comparative, le prix offert par la partie intervenante "en termes de formation" [...].

Des explications de même nature sont reprises dans la décision motivée d'attribution concernant les offres déposées par les autres soumissionnaires.

18. Le rapport d'évaluation financière, établi dans le cadre de l'évaluation des offres, énonce qu' "*Aangezien ze [de vliegtuigen die door de tussenkomende partij worden voorgesteld] al 10 aanwezig zijn op de luchthaven van Brussel-Nationaal, kan Abelag Aviation meerdere onderhouds- en handelingsdiensten aanbieden die beschikbaar zijn op hun faciliteiten*" [...]. Alors que la partie requérante ne pouvait compter que sur un appui limité à Brussels Airport et dépendait largement de ses capacités situées à Deurne, la partie intervenante pouvait compter sur ses capacités propres déjà présentes à *Brussels Airport* (substituabilité d'appareils de la flotte et disponibilité du personnel). Autrement dit, la présence historique de la partie intervenante à *Brussels Airport* lui a permis de limiter une série de risques liés à la mise en œuvre des appareils et dès lors de limiter certains coûts notamment en cas de problème technique. Or, bien évidemment, les soumissionnaires répercutent ces risques et coûts sur le pouvoir adjudicateur au travers de leur offre. Aussi, en limitant certains risques et coûts, la partie intervenante a pu proposer des prix plus compétitifs que ses concurrents.

19. Le rapport d'attribution fait quant à lui référence à la partie technique de l'offre de la partie intervenante, laquelle contient des précisions justifiant certains des prix, plus avantageux, proposés par ce soumissionnaire. Le rapport d'attribution résume les répercussions de ces aspects techniques sur le plan financier de la façon suivante : "*Zoals aangegeven in het technisch gedeelte van de offerte van ABELAG wordt in de loop van 2019 hun technisch departement (ABELAG Technics) overgenomen door Dassault Falcon Services. Zij geven ook aan hun offerte dat zij de selectie van de vliegtuigen Falcon 7X voor de hoofdoplossing in samenwerking met Dassault zullen uitvoeren indien het contract aan hen toegekend wordt. Deze situatie brengt hen in een gunstige positie voor wat betreft de aankoop van de Falcon 7X die voor Belgische Defensie ingezet zou worden, hetgeen een belangrijke verklaring is voor deze financieel gunstige offerte*" [...]. En effet, cette collaboration en termes de maintenance, de réparations et de révisions a permis à la partie intervenante de proposer des solutions concurrentielles pour la maintenance des avions, mais également pour l'entraînement des pilotes.

20. Dans la note pour le conseil des ministres, il est encore souligné que *“het gunningsbedrag binnen het geraamde bedrag van de AVA [aanvraag voorafgaand akkoord] valt (-148.517€)”* [...]. En d’autres termes, l’offre de la partie intervenante était très proche de l’estimation préalable faite du marché par la partie adverse.

21. La partie adverse souhaite encore souligner que ce dossier a été soumis à [...] l’inspecteur des Finances qui a, à son tour, relevé un écart non négligeable entre les offres des différents soumissionnaires en termes de *“Fixed costs”* et sollicité davantage d’explications à ce sujet [...].

Confirmant les termes de la décision motivée d’attribution en partie reproduits ci-dessus et les complétant, la partie adverse a, à la satisfaction de l’inspecteur des Finances, clarifié ce point comme suit : *“Er wordt eveneens bevestigd dat er een grote variatie is tussen de vaste kosten die de diverse kandidaten aanrekenen in hun offertes. Deze verschillen dienen echter samen met de [...] respectievelijke variabele kosten samen gelezen te worden. Hieruit blijkt dat de diverse kandidaten een verschillende interpretatie hebben gehanteerd van wat vaste en variabele kosten zijn in de door hen opgegeven kostenstructuur. Wetende echter dat er voor elk jaar een minimum aan vliegreuren (1600 vliegreuren in regime) betaald wordt aan de contractant dient het onderscheid tussen vaste en variabele kosten gerelativeerd te worden en dient vooral naar het totaal van beide gekeken te worden. Rekening houdende hiermee worden de prijzen als aanvaardbaar beschouwd”* [...].

Les réponses apportées par la partie adverse aux demandes de précisions qui lui ont été soumises par [...] l’inspecteur des Finances confirment encore que les prix offerts pour le poste “affrètement *ad hoc* et dédié” ont été contrôlés : *“Een gelijkaardige redenering [aan die gevolgd voor opties 1 en 2] [voordeel van het uitoefenen van de optie vergeleken met wat er zou gebeuren als de optie niet zou worden uitgeoefend] werd toegepast voor de optie 3 (occasioneel charteren of ‘dedicated chartering’) vermits ervan uitgegaan wordt dat er niet vaak een beroep gedaan zal worden op deze dienst. Indien de bieder hiervoor een te hoge kostprijs aan zou rekenen worden, zou Defensie de vrijheid behouden om dit niet in het contract op te nemen. Vermits deze prijzen echter binnen de verwachtingen liggen wordt eveneens voorgesteld om deze optie te lichten”* [...].

Enfin, ces réponses à l’inspecteur des Finances témoignent de ce que les prix offerts pour le poste relatif aux “assurances” ont également bel et bien été vérifiés. Cette vérification concrète a d’ailleurs conduit la partie adverse à suggérer de ne pas lever l’option relative à leur souscription par l’adjudicataire en raison de l’intérêt financier limité à les inclure dans le marché par rapport à l’impact financier potentiel en cas de réalisation du risque : *“De verzekeringen voorzien in opties 1 en 2 worden voorgesteld om te lichten gezien de beperkte financiële impact hiervan versus de potentiële voordelen in geval van beschadiging van de vliegtuigen. Deze diensten werden als optie geformuleerd in het bestek om in geval van een zeer hoge kostprijs te kunnen beslissen om dit niet op te nemen in het contract”* [...].

22. En conclusion, il ressort, tant de la décision motivée d’attribution, que du dossier administratif – notamment en ses pièces 14 et 16 et ses pièces confidentielles 2, 16, 17, 19 et 20 – que les prix offerts ont bel et bien été vérifiés, globalement, par poste et individuellement, dans le cadre d’une approche, non pas en silos (aspects financiers, aspects techniques), mais transversale, en tenant compte de la solution technique proposée.

23. Conclusion partielle 2 : à supposer que le recours enrôlé sous le numéro G/A. 230.137/VI-21-707 soit recevable, la seconde branche du sixième moyen développé par la partie requérante est néanmoins non fondée ».

F. Dernier mémoire de la partie intervenante

Quant à la deuxième branche du sixième moyen, la partie intervenante répète les arguments de son mémoire en intervention. Elle ajoute que, depuis l'adoption de l'acte attaqué, le marché a été mis en œuvre ce qui démontre, selon elle, que les prix proposés permettaient de garantir une exécution du marché conforme aux exigences du cahier des charges. Elle en déduit que les prix ont été correctement vérifiés.

IX.2. Appréciation du Conseil d'État – deuxième branche du sixième moyen

Quant à la recevabilité du moyen

Le moyen est, en tout cas, recevable en tant qu'il est pris de la violation de l'article 22 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité. Il y a lieu de relever que la violation de cette disposition n'était pas invoquée dans le recours qui a donné lieu à l'arrêt n° 246.459 du 18 décembre 2019 qui a rejeté la demande de suspension d'extrême urgence.

Contrairement à ce que soutient la partie intervenante, le moyen, en sa deuxième branche, indique précisément en quoi la disposition précitée serait violée. La requérante y soutient notamment que les prix de l'offre retenue seraient anormalement bas et que la partie adverse n'a pas procédé à la vérification des prix conformément à la disposition précitée. La partie intervenante répond d'ailleurs longuement à ce grief dans ses écrits de procédure.

Quant au caractère fondé du moyen

L'article 22 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 précité dispose comme suit :

« § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites. À sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure toutes indications permettant cette vérification.

§ 2. Si les documents du marché le prévoient, le pouvoir adjudicateur peut confier aux personnes qu'il désigne la mission d'effectuer toutes vérifications sur pièces comptables et tous contrôles sur place de l'exactitude des indications fournies dans le cadre de la vérification des prix.

Les indications fournies en application des dispositions qui précèdent ne peuvent être utilisées par le pouvoir adjudicateur à d'autres fins que celle de la vérification des prix.

§ 3. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, ce paragraphe n'est pas applicable à la procédure négociée.

Lorsque le pouvoir adjudicateur constate, lors de la vérification des prix, qu'un prix paraissant anormalement bas ou élevé par rapport aux prestations à exécuter est remis, avant d'écarter pour cette raison l'offre en cause, il invite par lettre recommandée le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires sur la composition du prix concerné dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation ne prévoise un délai plus long.

La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.

Les justifications concernent notamment :

1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services ;

2° les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services ;

3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire ;

4° le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser ;

5° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Le pouvoir adjudicateur vérifie les justifications fournies et interroge à nouveau le soumissionnaire si nécessaire.

Lorsque le marché de travaux, de fournitures ou de services relevant de l'annexe 1^{ère} de la loi atteint le montant fixé à l'article 33, et que le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide publique, l'offre ne peut être rejetée pour ce seul motif que si le soumissionnaire consulté n'est pas en mesure de démontrer dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne ».

Dans le rapport au Roi qui précède l'arrêté royal du 23 janvier 2012, il est précisé ce qui suit, à propos de la disposition précitée :

« Cet article concerne la vérification des prix à laquelle le pouvoir adjudicateur doit obligatoirement procéder afin d'apprécier si les prix remis lui paraissent normaux. Cette vérification peut être plus ou moins approfondie selon le marché considéré. Il est du reste précisé que la notion de "prix" vise tant les prix unitaires que les prix globaux.

En vertu du paragraphe 1^{er}, deuxième phrase, qui reprend en les généralisant des règles contenues dans la réglementation actuelle, les soumissionnaires doivent, à la demande du pouvoir adjudicateur, fournir toutes les indications permettant de vérifier les prix, et ce quelle que soit la procédure de passation. Cette mesure ne s'applique jusqu'à présent qu'à la procédure négociée sans publicité.

Selon le paragraphe 2, quelle que soit la procédure de passation, des vérifications sur pièces comptables et des contrôles sur place peuvent être effectués par les personnes désignées par le pouvoir adjudicateur lorsque les documents du marché le prévoient.

Le paragraphe 3 concernant les prix apparemment anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix. Il assure la transposition de l'article 49 de la Directive 2009/81/CE. En ce qui concerne les procédures négociées, même si le paragraphe 3 ne leur est pas rendu applicable dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur pourra néanmoins opérer une vérification par application des paragraphes 1^{er} et 2 lorsqu'il constatera la présence d'un prix apparemment anormalement bas ou élevé.

Il y a lieu ici de remarquer que le caractère non limitatif des justifications énumérées qui peuvent entrer en considération pour démontrer le caractère normal d'un prix est confirmé par l'ajout du mot "notamment". Par ailleurs, la réglementation actuelle avait déjà été adaptée afin de la rendre conforme à la directive, ce par l'arrêté royal du 29 septembre 2009. La Cour de Justice de l'Union européenne (arrêt du 27 novembre 2001, C-286/99, Sciaudone) et le Conseil d'État (CE, 23 octobre 2001 n° 100.084) ont également jugé que les justifications dans la réglementation ne sont pas limitatives.

Afin d'éviter que les soumissionnaires introduisent des justifications non fondées, le pouvoir adjudicateur peut toujours, conformément au paragraphe 1^{er}, exiger une analyse du prix afin d'apprécier le caractère normal de celui-ci.

Enfin, le soumissionnaire ne peut se limiter, pour justifier son prix, à se référer au prix d'un sous-traitant augmenté d'une marge bénéficiaire. Il doit dans ce cas justifier le prix du sous-traitant.

L'alinéa 6 du paragraphe 3 ne couvre pas les marchés de services de l'annexe 2 de la loi, et ce quel que soit le mode de passation ».

L'objectif du contrôle des prix est double : d'une part, protéger le pouvoir adjudicateur en lui permettant de s'assurer que le prix offert par les soumissionnaires permet réellement d'exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges et d'exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des derniers publics ; d'autre part, protéger les exigences d'une saine concurrence en évitant que le pouvoir adjudicateur avalise des comportements contraires à une saine concurrence et que des marchés publics soient finalement attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence.

Le pouvoir adjudicateur ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à cette vérification. Il dispose toutefois d'un large pouvoir d'appréciation, tant dans le choix de la méthode de vérification des prix ou des coûts que pour considérer que certains prix ou coûts lui paraissent anormalement bas ou élevés, ce qui le contraint alors à procéder à un contrôle approfondi de ces prix ou coûts.

Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans la motivation de la décision d'attribution du marché la raison pour laquelle un prix proposé ne présente, à son estime, aucun caractère anormal. Toutefois, il doit ressortir de cette décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix et coûts, exigée par cette disposition. Si la détermination des prix s'avère complexe, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer être en possession de l'ensemble des éléments utiles lui permettant de comprendre les prix proposés et de vérifier concrètement leur normalité. Le Conseil d'État ne peut substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des motifs qui ont justifié la décision du pouvoir adjudicateur et de censurer une appréciation manifestement déraisonnable.

En l'espèce, la simple mention, dans la décision d'attribution, d'une « analyse approfondie » des prix offerts par les soumissionnaires et du respect des « conditions financières » imposées par le cahier des charges ne permet pas de considérer que la partie adverse a procédé à la vérification concrète et effective des prix qu'exige l'article 22, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012. L'analyse financière à laquelle il est fait référence concerne l'évaluation des offres au regard du critère d'attribution des prix, pas le contrôle de la normalité des prix qui doit intervenir en amont de cette évaluation.

Certes, le rapport d'attribution des offres et l'analyse financière réalisée par la partie adverse font état de certains éléments qui sont de nature à expliquer l'offre de prix « compétitive » remise par la partie intervenante. Mais, comme l'avait déjà souligné l'inspecteur des Finances dans son avis, en l'absence de données chiffrées, il est difficile de déterminer si ces explications justifient les prix remis. Les différents éléments avancés par les parties adverse et intervenante dans leurs écrits de procédure ne rendent pas compte d'une vérification concrète et effective des prix globaux et unitaires des différentes offres permettant de détecter d'éventuels prix anormaux.

Dans le cadre des négociations, il a pourtant été demandé aux soumissionnaires de fournir une ventilation de leurs coûts pour différentes rubriques de l'inventaire (*Main solutions and replacement, Ad-hoc and dedicated chatering, Training*). Le dossier soumis au Conseil d'État ne contient toutefois aucune trace d'analyse des réponses qui auraient été données par les soumissionnaires à ce sujet. Il est par ailleurs curieux que ces « données chiffrées » n'aient pas été communiquées à l'inspecteur des Finances alors que celui-ci a interpellé la partie adverse précisément à ce sujet.

Dans le rapport d'attribution, il est, par ailleurs, expressément indiqué qu'aucun contrôle des prix n'a été effectué, au motif que suffisamment de soumissionnaires ont déposé des offres de prix compétitifs les uns par rapport aux autres, ce qui, suivant le rapport, montrerait que les prix proposés sont conformes au marché. Or, le constat de « prix compétitifs » qui, en l'occurrence, se traduisent par d'importants écarts, d'une part, entre les prix globaux et, d'autre part, entre de nombreux prix unitaires, ne permet pas d'exclure la présence éventuelle de prix anormaux dans les offres des soumissionnaires ni d'affirmer que tous ces prix seraient conformes au marché.

De plus, concernant la rubrique principale *Main Solutions and replacement* (tableau 1 de l'inventaire), l'explication selon laquelle la partie

intervenante a, par stratégie commerciale et contrairement aux autres soumissionnaires, maintenu des coûts fixes à un niveau moins élevé que ceux des autres candidats, étant entendu que ce coût fixe limité est « compensé » par un prix plus élevé par heure de vol ne se vérifie, en tout cas, pas à la lecture des offres déposées pour la période optionnelle 2027 à 2030 (4 ans). Les prix proposés par la partie intervenante pour cette période sont, par ailleurs, proportionnellement très inférieurs aux prix qu'elle a remis pour la période 2022 à 2026 (5 ans). Si l'offre de la requérante présente également, mais dans une moindre mesure, un important écart de prix entre les deux périodes précitées, celui-ci ne se retrouve pas dans les offres des autres soumissionnaires ni dans l'estimation initiale établie au moment du lancement du marché, où les prix estimés pour les années de 2022 à 2030 sont identiques, sauf l'application d'un taux d'inflation annuel de 3 %.

Les prix proposés pour la période optionnelle 2027 à 2030 sont pris en compte dans le calcul du prix global des offres, au même titre que les prix proposés pour la période initiale du marché. Cette possibilité de prolongation est présentée, dans le cahier des charges, comme une « option obligatoire » à intégrer dans les offres et qui est prise en compte dans la comparaison de celles-ci. Le cahier des charges prévoit toutefois que la prolongation de la durée du marché pour une période de quatre ans est subordonnée à l'accord de l'adjudicataire qui peut donc refuser la demande du pouvoir adjudicateur de lever cette option. Dans un tel contexte, la partie adverse se devait de vérifier, avec toute la minutie requise, les prix du tableau 1 de l'inventaire proposés pour la période optionnelle. C'est d'autant plus le cas lorsque ces prix diffèrent proportionnellement – de manière sensible – des prix remis par le soumissionnaire pour la période initiale du marché et que l'estimation initiale et les offres d'autres soumissionnaires ne présentent pas un tel écart de prix entre ces deux périodes.

Dans la note au Conseil des ministres du 6 septembre 2019, il est précisé que les quatre dernières années (2027 à 2030) sont les plus avantageuses financièrement dans l'offre de la partie intervenante et qu'il est donc important de conclure un contrat pour la période complète de douze ans. Interrogées à ce sujet à l'audience, les parties adverse et intervenante ont déclaré que l'option n'avait pas été levée et qu'elle ne le serait pas, car les avions proposés ne sont plus adaptés aux besoins de la Défense. Si la partie adverse avait bien conscience de l'« avantage financier » qu'elle avait de lever rapidement l'option – ce qui finalement ne s'est pas réalisé –, il ne ressort pas du dossier que les prix proposés dans les offres pour la période optionnelle – devant faire l'objet d'une attention particulière pour les raisons évidentes qui viennent d'être exposées – ont fait l'objet de la vérification exigée par

l'article 22 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012.

Dès lors que la partie adverse n'a pas procédé au contrôle des prix conformément à la réglementation applicable, il n'est pas possible de présumer du résultat qu'aurait donné une vérification complète et pertinente des prix et donc de constater, à ce stade, que les prix proposés dans les offres seraient anormaux. Des écarts de prix ne suffisent pas à démontrer que certains d'entre eux sont anormaux, le caractère anormal d'un prix ne pouvant être décidé qu'à la suite des vérifications opérées par le pouvoir adjudicateur en application de l'article 22 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012.

Dans la mesure précitée, le sixième moyen, en sa deuxième branche, est fondé.

X. Autres griefs et moyens

Les autres griefs soulevés dans le sixième moyen et les autres moyens de la requête ainsi que le moyen nouveau invoqué dans le dernier mémoire de la requérante, s'ils étaient fondés, ne pourraient mener à une annulation plus étendue.

Il n'y a dès lors pas lieu de les examiner.

Pour les mêmes motifs, il n'y a pas lieu de poser les questions préjudicielles formulées par la requérante qui concernent les premier, deuxième et septième moyens de la requête.

XI. Demandes de condamnation des requérantes à une indemnité pour procédures téméraires et vexatoires.

Dans le cadre des deux recours enrôlés sous les numéros de rôle A. 229.420/VI-21.629 et A. 230.137/VI-21.707, la partie intervenante sollicite la condamnation des requérantes à des indemnités de 50.000 euros et 100.000 euros pour procédures téméraires et vexatoires sur la base de l'article 59 de la loi du 17 juin 2013. Cette demande est justifiée par le fait que les requérantes introduiraient des recours dans le seul but de ralentir l'exécution du marché litigieux et de porter atteinte à la réputation de la partie intervenante, en multipliant les procédures et en abusant de leur droit d'agir en justice.

L'article 59 de la loi du 17 juin 2013 dispose comme suit :

- « En cas de procédure téméraire et vexatoire, à la demande de l'autorité adjudicatrice ou du bénéficiaire de l'acte, l'instance de recours peut octroyer une indemnisation adéquate à l'autorité adjudicatrice ou au bénéficiaire à charge du requérant. Le montant total des éventuelles indemnités ne peut en aucun cas dépasser 5 % du montant hors taxe sur la valeur ajoutée du marché attribué. Le pourcentage précité peut être majoré par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres. Cet arrêté royal doit être confirmé par la loi dans un délai de douze mois à partir de son entrée en vigueur ».

Dès lors que le présent arrêt juge fondé le sixième moyen, en sa deuxième branche, et annule l'acte attaqué, il ne peut être affirmé que le seul objectif des recours est de porter préjudice à la partie intervenante comme celle-ci le prétend.

Les demandes de condamnation des requérantes à une indemnité pour procédures téméraires et vexatoires sont rejetées.

XII. Indemnité de procédure, dépens et remboursements

Dans l'affaire A. 229.420/VI-21.629

Les trois parties requérantes supportent les dépens, sauf ceux de la partie intervenante qui supporte ses propres dépens.

En ce qui concerne la contribution visée à l'article 66, 6°, du règlement général de procédure, il convient de la limiter à 40 euros et d'ordonner le remboursement des quatre contributions indument perçues, à la suite de l'arrêt n° 22/2020 du 13 février 2020 par lequel la Cour constitutionnelle a annulé, dans l'article 4, § 4, alinéa 1er, de la loi du 19 mars 2017 instituant un fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne, les mots « par partie requérante » (ECLI:BE.GHCC.2020/ARR.022)

Dans l'affaire A. 230.137/VI-21.707

La première requérante sollicite une indemnité de procédure de 1.400 euros. Elle n'expose toutefois pas les raisons qui justifient de s'écarter du montant de base fixé à 770 euros. Il y a, dès lors, lieu de lui accorder une indemnité de procédure égale à ce dernier montant.

La partie adverse supporte les autres dépens, sauf ceux des deuxième et troisième requérantes et de la partie intervenante, qui supportent chacune leurs propres dépens.

Pour les motifs qui viennent d'être exposés, il convient de limiter à 20 euros le montant de la contribution visée à l'article 66, 6°, du règlement général de procédure et d'ordonner le remboursement des contributions indument perçues.

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

Article 1^{er}.

Les affaires portant les numéros de rôles A. 229.420/VI-21.629 et A. 230.137/VI-21.707 sont jointes.

Article 2.

La requête en intervention introduite dans le cadre du recours A. 230.137/VI-21.707 est accueillie.

Article 3.

Le recours introduit sous le numéro de rôle A. 229.420/VI-21.629 est irrecevable.

Article 4.

Le recours introduit sous le numéro de rôle A. 230.137/VI-21.707 est irrecevable en tant qu'il est introduit par la SA Flying Service et la SA Flying Group Holding.

La décision du 14 octobre 2019 du ministre de la Défense d'attribuer le marché 17AP006/A (lot1) à la SA Abelag Aviation est annulée.

Le recours introduit sous le numéro de rôle A. 230.137/VI-21.707 est rejeté pour le surplus.

Article 5.

Dans les deux affaires A. 229.420/VI-21.629 et A. 230.137/VI-21.707, les demandes de condamnation des requérantes à une indemnité pour procédure téméraire et vexatoire, formulées par la partie intervenante, sont rejetées.

Article 6.

Dans le cadre de l'affaire portant le numéro de rôle A. 229.420/VI-21.629, les parties requérantes supportent les dépens, à savoir les droits de rôle de 1200 euros et la contribution de 40 euros. Le montant de 80 euros indument versé au titre de la contribution visée à l'article 66, 6°, du règlement général de procédure, doit leur être remboursé.

Dans le cadre de l'affaire portant le numéro de rôle A. 230.137/VI-21.707, la partie adverse supporte les dépens relatifs à l'introduction de la requête par la première partie requérante, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros, accordée à la première partie requérante. Les deuxième et troisième parties requérantes supportent la partie des droits liés à l'introduction, en leur nom, de la requête en annulation, à savoir 400 euros chacune. Le montant de 40 euros indument versé au titre de la contribution visée à l'article 66, 6°, du règlement général de procédure, doit leur être remboursé.

La partie intervenante supporte les droits liés à son intervention dans les deux affaires A.229.420/VI-21.629 et A.230.137/VI-21.707, à savoir un montant total de 300 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 19 novembre 2025, par la VI^e chambre du
Conseil d'État, composée de :

Florence Piret,
Xavier Close,
Aurélien Vandeburie,
Adeline Schyns,

conseillère d'État, présidente f.f.,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffière.

La greffière,

La Présidente,

Adeline Schyns

Florence Piret