

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 201.454 du 2 mars 2010

G./A.195.541/VI-18.553

En cause : **la société anonyme SECURITAS ALERT SERVICES,**

ayant élu domicile chez
Mes Robert MARTENS et
Carole MACZKOVICS, avocats,
avenue Louise, n° 106,
1050 Bruxelles,

contre :

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

Partie intervenante :

**la société privée de droit israélien
ELMOTECH LTD,**

ayant élu domicile chez
Mes Marc MARTENS et
Nicolas CARBONNELLE, avocats,
avenue d'Auderghem, n°s 22-28, bte 9,
1040 Bruxelles.

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

Vu la demande introduite le 18 février 2010 par la société anonyme SECURITAS ALERT SERVICES qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision de l'Etat belge, adoptée le 5 février 2010, attribuant le marché de surveillance électronique à Elmotech Ltd";

Vu l'ordonnance du 19 février 2010, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 26 février 2010 à 14 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu la requête introduite le 26 février 2010, par laquelle la société privée de droit israélien ELMOTECH LTD demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Mes Robert MARTENS et Carole MACZKOVICS, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Bruno LOMBAERT et Nathalie FRANCOIS, avocats, comparaissant pour la partie adverse et Mes Marc MARTENS et Nicolas CARBONNELLE, avocats, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M^{me} WILLEMART, Auditeur au Conseil d'Etat;

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

I. QUANT A L'INTERVENTION

Considérant que rien ne s'oppose à l'intervention de ELMOTECH LTD dans la présente procédure, cette société étant l'attributaire du marché en cause;

II. QUANT AUX FAITS

Considérant que les faits utiles à l'examen de la cause sont les suivants :

1. Le 27 mars 2009, le ministre de la Justice a approuvé le lancement d'une procédure négociée avec publicité européenne sur la base de l'article 17, § 3, 4/ de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services pour un marché de services relatif à "la mise à disposition de dispositifs de placement sous surveillance électronique, de son système de gestion y afférent, la maintenance des logiciels et matériels associés nécessaires au fonctionnement de ces dispositifs" pour le compte du Service Public fédéral Justice, Direction Générale des Maisons de Justice, Centre National de surveillance Electronique.

2. Les services faisant l'objet de ce marché sont actuellement prestés par la requérante, et ce dans le cadre d'un marché public conclu avec la partie adverse en 2005 et prenant fin le 31 mars 2010. Dans le cadre de ce marché en cours, la requérante a pour sous-traitant la société ELMOTECH qui fournissait le matériel.

3. L'avis de marché a été publié le 24 avril 2009 au Journal officiel des Communautés européennes et au Bulletin des adjudications.

Selon l'avis de marché, les critères d'attribution sont la valeur technique (60 %) et le prix (40 %). L'avis de marché contient aussi les conditions de participation au marché (économiques, financières et techniques). Au titre de la capacité technique, les candidats doivent notamment fournir une "liste des principaux services exécutés par le prestataire de services au cours des trois dernières années", liste qui "doit porter sur des services de même nature que l'objet du marché (surveillance électronique), effectués dans les Services Publics".

Le marché est divisé en trois lots avec l'obligation de soumettre des offres pour tous les lots. Le premier lot consiste en la "mise à disposition d'un système offrant les mêmes fonctionnalités que le système actuel, y compris le maintien du dispositif. Le monitoring de localisation et/ou de comportement peut se dérouler à l'aide de la technologie RF (monitoring statique de contrôle continu de présence) au moyen de stations de base GSM/GPRS". Le deuxième lot "contient les trois options suivantes compatibles avec le lot 1. La mise à disposition et l'entretien de : Option 1 : technologie GPS, en combinaison avec GSM/GPRS (repérage et suivi dynamique); Option 2 : reconnaissance vocale électronique (vérification vocale pour contrôle échantillonné de présence). Option 3 : Autres". Le troisième lot concerne les prestations intégrées de télésurveillance 24/24.

Le marché a une durée prévue de 60 mois.

4. Le 29 mai 2009, huit entreprises ont déposé une demande de participation : les sociétés S.A. SECURITAS ALERT SERVICE, ATOS WORLDLINE, DEBOORSERE TELECOM, CONSORTIUM EADS Defense & Security Systems, ELMOTECH LTD, S.A. G4S SECURITY SERVICES, SERCO GEOGRAFIX LTD et TYCO FIRE & INTEGRATED SOLUTIONS.

5. Le 6 juillet 2009, la partie adverse a informé les candidats de sa décision relative à leur sélection qualitative et a transmis aux candidats sélectionnés - dont la

requérante - un cahier spécial des charges préalable reprenant uniquement des spécifications fonctionnelles, en les invitant à déposer une première proposition de solution opérationnelle.

Le courrier adressé par la partie adverse à la requérante à cet effet précisait ce qui suit :

" Uw kandidatuur werd grondig onderzocht.

Uit dit onderzoek is gebleken dat uw kandidatuur kan worden weerhouden aangezien ze beantwoordt aan de selectiecriteria vermeld in de aankondiging van de opdracht.

Bijgevolg wordt U toegelaten tot de volgende fase van de procedure, namelijk het indienen van een eerste voorstel op basis van het voorafgaand bijzonder bestek. (zie bijlage)

Deze zal uitsluitend bestaan uit een beschrijving van uw oplossing en methodologie om deze opdracht volledig uit te voeren.

Gelieve ook in uw voorstel de procentuele verhoudingen van de verschillende posten in de prijsstructuur, die u later in uw offerte zal gebruiken, grondig uiteen te zetten. [...]

Zoals vermeld in de aankondiging van de opdracht zijn de gunningcriteria de technische waarde (60 %) en de prijs (40 %)

Voor de weging van de technische waarde zal rekening gehouden worden met de volgende criteria :

- 1) Functionele en technische deugdelijkheid van het individueel Technisch materiaal(ITM)
- 2) Functionele en technische deugdelijkheid van centraal beheersysteem
- 3) Veiligheidsvoorzieningen van het geheel
- 4) Kwaliteitsplan (Verzekering dat de opdracht binnen de gestelde termijnen en budgetten kan uitgevoerd worden door gebruik van projectbeheer).
- 5) Karakteristieken van het Technisch individueel materiaal.(Hygiëne, ergonomie, discretie, niet schadelijk voor de gezondheid)
- 6) Opleiding
- 7) Ter beschikking stelling van klein materiaal
- 8) Opstellen van een boetesysteem voor laattijdige oplevering.

Deze stap van de procedure is een informatie fase die moet leiden naar het opstellen van een completer bestek."

6. Les sociétés S.A. SECURITAS ALERT SERVICE, ATOS WORLDLINE, DEBOORSERE TELECOM, CONSORTIUM EADS Defense & Security Systems, ELMOTECH LTD, S.A. G4S SECURITY SERVICES, SERCO GEOGRAFIX LTD et TYCO FIRE & INTEGRATED SOLUTIONS ont remis sur cette base une première proposition décrivant leurs solutions techniques respectives.

7. Le 10 novembre 2009, la partie adverse a transmis aux candidats ayant introduit cette proposition opérationnelle le cahier spécial des charges définitif sur la base duquel il leur était demandé de remettre une première offre.

Le cahier spécial des charges prévoit notamment ce qui suit :

" 12. Aperçu de la procédure d'attribution de marché.

Dans une première phase, les offres introduites pour les lots 1 et 2 seront examinées sur le plan de la régularité administrative et technique (sur papier) visée aux points 13.1. et 13.2.

Comme le mentionne le point 15, le pouvoir adjudicateur peut organiser des tests en vue de vérifier la régularité technique des équipements proposés par le soumissionnaire.

La seconde phase consistera à l'établissement d'une liste de soumissionnaires avec lesquels des négociations seront menées (shortlist). Celle-ci se basera sur les critères d'attribution visés au point 14.

Les mêmes phases seront appliquées pour le lot 3.

Sur décision du pouvoir adjudicateur, les 3 meilleures offres retenues par ordre de classement et qui ont atteint un score de 60 % sont admises en phase de négociations. Lors de cette phase, les soumissionnaires peuvent introduire une offre modifiée ou ajouter des pièces supplémentaires à leur offre.

Les offres non admises en phase de négociations sont temporairement écartées mais peuvent être réintégrées par la suite si durant la phase de négociations, le pouvoir adjudicateur décide de ne pas poursuivre les négociations avec un des soumissionnaires retenus dans la shortlist.

Après la clôture des négociations, les versions définitives des offres seront confrontées de nouveau aux critères d'attribution.

Le soumissionnaire dont l'offre est la plus avantageuse économiquement (donc celui qui obtient le meilleur score sur la base des critères d'attribution mentionnés en point 14) sera désigné comme adjudicataire pour le présent marché."

" 14. Critères d'attribution.

Les offres seront cotées 2 fois, à savoir une première fois lors de l'établissement de la shortlist et une deuxième fois lors de la BAFO (remise de l'offre finale améliorée).

Pour cette cotation, les critères d'attribution pris en considération sont ceux visés aux points 14.1 et 14.2, ci-dessous, selon la clé de répartition exprimée en points.

14.1. Tableau thématique pondérant les critères d'attribution

• Les critères d'attribution, par ordre décroissant d'importance, sont les suivants pour les lots 1 et 2 :

- | |
|---|
| 1. La valeur technique (60 %) :
1) Sécurité du DISE;
2) Plan Assurance Qualité (PAQ);
3) Pertinence fonctionnelle et technique du MTI proposé;
4) Pertinence fonctionnelle et technique du SG;
5) Caractéristique du MTI (hygiène, ergonomie, innocuité, discrétion);
6) Formation;
7) Mise à disposition du petit matériel;
2. Le prix (40 %); |
|---|

• Les critères d'attribution, par ordre décroissant d'importance, sont les suivants pour le lot 3 :

- | |
|---|
| 1. Qualité de la solution proposée (60 %) :
2. Le prix (40 %); |
|---|

Ces critères d'attribution sont développés plus avant en annexe 3.

14.2. Cotation finale.

Les cotations pour les 2 critères d'attribution seront additionnées. Le marché sera attribué au soumissionnaire qui obtient la cotation finale la plus élevée.

L'évaluation des critères d'attribution se fera comme suit pour les lots 1 et 2 :

% le critère d'attribution 1 afférent à la valeur technique sera évalué sur la base de 600 points :

Détails du critère d'attribution susmentionné.	Nombre de points	
1) Sécurité du DISE;	160	points
2) Plan Assurance Qualité (PAQ);	110	points
3) Pertinence fonctionnelle et technique du MTI proposé;	100	points
4) Pertinence fonctionnelle et technique du SG;	100	points
5) Caractéristique du MTI (hygiène, ergonomie, innocuité, discrétion)	50	points
6) Formation;	50	points
7) Mise à disposition du petit matériel;	30	points

% le critère d'attribution 2 sera évalué sur base de 400 points.

L'évaluation des critères d'attribution se fera comme suit pour le lot 3:

% le critère d'attribution 1 afférent à la qualité de la solution proposée sera évaluée sur la base de 600 points;

% le critère d'attribution 2 sera évalué sur la base de 400 points.

14.3. Pondération :

Compte tenu du fait que l'attribution des lots 1 et 2 est conjointe sous réserve de ne pas attribuer un ou plusieurs lots, que lesdits lots sont soumis aux mêmes critères d'attributions visés au point 14.2., le pouvoir adjudicateur a décidé de coter les lots 1 et 2 pour lesquels le soumissionnaire a remis offre sur un total de 5.000 points à raison de 4.000 points pour le lot 1 et de 1.000 points pour le lot 2.

Le lot 3 sera évalué sur un total de 1.000 points.

14.3.1. Pondération des critères techniques :

Chaque critère sera soumis à une cotation de 1 à 5 :

1	Critère non rencontré
2	Satisfaisant
3	Bon
4	Très bon
5	Optimal

Les cotations ci-dessus seront converties en pourcent pour chaque critère puis en points de manière à obtenir une cotation sur le nombre de points attribués à chaque lot.

14.3.2. Pondération du prix :

Comme mentionné au point 14.1, le prix représente 40 % des points dans les critères d'attribution. Afin de pouvoir pondérer au mieux ce critère, la formule suivante sera appliquée sur base d'une projection des besoins établie par le pouvoir adjudicateur :

$$X=400 \times M/P$$

Où :

X = cotation de l'offre du prestataire de services;

M = le prix global offert le plus bas;

P = le prix global offert par le prestataire de services.

14.4. Elaboration de la shortlist :

Seules les offres répondant aux exigences de régularités administrative et technique seront comparées aux critères d'attribution.

Celles qui seront retenues feront l'objet d'une cotation allant du score le plus élevé pour celles qui répondent le mieux aux critères d'attribution considérés au score le moins élevé pour celles qui y répondent le moins (cf. annexe 3). En fonction des spécificités des équipements proposés (SG et MTI) et des attestations jointes par le soumissionnaire en annexe 13, le pouvoir adjudicateur peut organiser des tests en vue de vérifier la concordance du descriptif annoncé et la réalité des offres recevables sur le plan administratif et technique.

Seules les trois premières offres ayant atteint un total de 60% des points seront retenues pour l'élaboration de la shortlist.

Seules les offres reprises dans shortlist seront admises en phase de négociations."

Le cahier spécial des charges contient, par ailleurs, en annexe 2, la "grille d'évaluation" des offres, et ce tant sur les aspects de régularité technique que sur les aspects relatifs aux critères d'attribution ainsi qu'en annexe 3 un tableau de pondération des critères et sous-critères d'attribution.

8. Une séance d'information s'est tenue le 19 novembre 2009. Lors de cette session, les candidats ont eu l'occasion de poser toutes leurs questions relatives au

cahier spécial des charges et au mode d'évaluation des offres. La requérante n'en a posé aucune à ce sujet.

9. Le 7 décembre 2009, les sociétés S.A. SECURITAS ALERT SERVICE, ATOS WORLDLINE, DEBOORSERE TELECOM, CONSORTIUM EADS Defense & Security Systems, ELMOTECH LTD, S.A. G4S SECURITY SERVICES, SERCO GEOGRAFIX LTD et TYCO FIRE & INTEGRATED SOLUTIONS ont remis une première offre.

Conformément au point 12 du cahier spécial des charges, la partie adverse les a examinées sur le "plan de la régularité administrative et technique". Pour ce faire, elle a adressé, le 15 décembre 2009, des questions aux divers soumissionnaires, dont la requérante. Ceux-ci ont répondu le 17 décembre 2009.

A l'issue de cet examen, l'offre de la société S.A. G4S SECURITY SERVICES a été jugée administrativement irrégulière au motif qu'elle contenait des réserves relatives à des prescriptions essentielles du cahier spécial des charges.

Conformément au point 15 du cahier spécial des charges, intitulé "Tests organisés dans le cadre de la procédure", des tests ont ensuite été exécutés du 6 au 8 janvier 2010 sur le matériel proposé par chacun des trois soumissionnaires dont l'offre avait été considérée comme administrativement régulière afin de s'assurer de la conformité technique de leur offre.

A l'issue de ces tests, les trois offres administrativement régulières ont également été jugées techniquement régulières.

10. La partie adverse a ensuite commencé immédiatement la phase de négociation avec ces trois entreprises, l'établissement d'une "short list" n'étant plus nécessaire.

Une séance de négociation a eu lieu avec chacune des firmes le 18 janvier 2010, après quoi les différents soumissionnaires ont introduit une "best et final offer" pour le 19 janvier 2010.

11. Le 5 février 2010, le Ministre de la Justice a décidé d'attribuer les lots 1 et 2 du marché à la société ELMOTECH.

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, contient les motifs suivants :

- " - Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services;
- Vu l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;
- Vu l'avis de marché publié au Journal officiel des Communautés européennes ainsi qu'au Bulletin des adjudications du 22 avril 2009;
- Vu le procès-verbal de la séance d'ouverture des candidatures du 29 mai 2009 duquel il ressort que huit candidats ont correctement déposé leur candidature, à savoir :
 - ATOS WORLDLINE;
 - DEBOOSERE;
 - CONSORTIUM EADS DEFENSE & SECURITY SYSTEMS;
 - ELMOTECH LTD;
 - G4S SECURITY SERVICES SA;
 - TYCO FIRE & INTEGRATED SOLUTIONS SA;
 - SECURITAS ALERT SERVICES SA;
 - SERCO GEOGRAFIX LTD;
- Vu la motivation de la sélection des candidates du 24 juin 2009 de laquelle il ressort que la candidature de Deboosere ne satisfait pas aux critères de sélection;
- Vu le cahier spécial des charges précédent n/ JUST-SEB-CGL-PLSPF-CSC-S.E.T.-2010-F02_0 du 6 juillet 2009 concernant la surveillance électronique de justiciables pour le compte du SPF Justice;
- Vu le courrier d'ATOS Worldline du 21 juillet 2009 duquel il ressort qu'ils ne souhaitent plus participer à ce marché public;
- Vu les propositions reçues le 23 juillet 2009 :
 - de CONSORTIUM EADS DEFENSE & SECURITY SYSTEMS;
 - d'ELMOTECH LTD;
 - de G4S SECURITY SERVICES SA;
 - de TYCO FIRE & INTEGRATED SOLUTIONS SA;
 - de SECURITAS ALERT SERVICES SA;
 - de SERCO GEOGRAFIX LTD;
- Vu le cahier spécial des charges n/ JUST-SEB-CGL-PLSPF-CSC-S.E.T.-2010-F02_0 du 10 novembre 2009 concernant la surveillance électronique de justiciables pour le compte du SPF Justice;
- Vu les courriers des 18 novembre 2009 de CONSORTIUM EADS DEFENSE & SECURITY et 30 novembre 2009 de SERCO GEOGRAFIX LTD desquels il ressort qu'ils ne souhaitent plus participer à ce marché public;
- Vu le procès-verbal de la séance d'ouverture des offres du 7 décembre 2009 duquel il ressort que quatre soumissionnaires ont correctement déposé une offre, à savoir :
 - ELMOTECH LTD;

- G4S SECURITY SERVICES SA;
- TYCO FIRE & INTEGRATED SOLUTIONS SA;
- SECURITAS ALERT SERVICES SA;
- Vu le fait qu'elles ont été déposées par des candidates sélectionnés, ces offres sont par conséquent recevables;
- Vu le fait que ces offres ont été examinées sur le plan de leur régularité administrative et de leur régularité technique;
- Vu le fait qu'il ressort de cet examen qu'à l'exception de l'offre déposée par G4S SECURITY SERVICES SA, toutes les offres sont administrativement et techniquement régulières (voir annexe);
- Vu le fait que les offres des soumissionnaires ELMOTECH LTD, SECURITAS ALERT SERVICES et TYCO FIRE & INTEGRATED SOLUTIONS SA étaient régulières, les soumissionnaires ont par conséquent été confrontées aux critères d'attribution mentionnés dans le cahier spécial des charges et des négociations, qui ont entre-temps été clôturées, ont ensuite été menées avec ces soumissionnaires;
- Vu le fait que les «best and final offers» du 20 janvier 2009 ont à nouveau été confrontées aux critères d'attribution mentionnés dans le cahier spécial des charges;
- Vu le fait qu'il ressort de cet examen que la «best and final offer» d'ELMOTECH LTD a obtenu la cotation finale la plus élevée et qu'elle entre par conséquent en ligne de compte pour l'attribution du marché (voir tableaux en annexe);

J'ai décidé d'attribuer le marché à ELMOTECH LTD d'HABARZEL 2 TEL AVIV ISRAEL.

Fait à Bruxelles, le 05/02/2010
Le Ministre de la Justice,
Stefaan DE CLERCK

[...]

EVALUATION DES OFFRES

Après négociations, le pouvoir adjudicateur a procédé à l'évaluation des offres conformément aux critères et sous-critères définis dans le cahier spécial des charges (point 14).

Lots 1 et 2

Valeur technique : 600/1000

Il est expressément renvoyé au tableau de synthèse joint en annexe.

Prix: 400/1000

Il est expressément renvoyé au tableau de synthèse joint en annexe.

La valeur technique a été évaluée sur la base des sous-critères pondérés suivants:

1) sécurité du DISE	160	points
2) plan assurance qualité	110	points
3) pertinence fonctionnelle et technique du MTI proposé	100	points
4) pertinence fonctionnelle et technique du SG	100	points
5) Caractéristiques du MTI (hygiène, ergonomie, innocuité, discrétion)	50	points
6) Formation	50	points
7) Mise à disposition du petit matériel	30	points

Evaluation globale 1000/1000

Il est expressément renvoyé au tableau de synthèse joint en annexe.

TYCO FIRE & INTEGRATED SOLUTIONS SA : 729,79/1000

ELMOTEC LTD: 815,26/1000

SECURITAS ALERT SERVICES SA: 732,30/1000

CONCLUSION

Au terme de l'évaluation des offres, il apparaît que l'offre d'ELMOTEC LTD TEL AVIV ISRAEL est la meilleure des offres évaluées."

Le "tableau de synthèse joint en annexe", dont question ci-dessus, se base sur la "grille d'évaluation" - communiquée à l'annexe 2 du cahier spécial des charges - remplie par la partie adverse et accompagnée d'un document explicatif des différences de notations entre les offres.

12. Cette décision a été communiquée à la requérante le jour même par un courrier qui énonce ce qui suit :

" [...]

Ik moet u meedelen de aanbestedende overheid beslist heeft om onderhavige opdracht niet te gunnen aan uw onderneming. Uw offerte werd aan een grondig onderzoek onderworpen. Uw offerte werd onderzocht op het vlak van de administratieve en technische regelmatigheid. Er werd vastgesteld dat uw offerte administratief en technisch regelmatig was. Tenslotte werd uw offerte getoetst aan de gunningcriteria vermeld in het bestek. Uit dit onderzoek is gebleken dat de offerte van de onderneming ELMOTEC Ltd de voordeligste regelmatige offerte is. Bijgevolg heb ik beslist om de opdracht te gunnen aan ELMOTEC Ltd uit 2 Habarzel St. P.O.Box 13236 Tel Aviv 61132 Israël. In bijlage vindt u de gemotiveerde gunningsbeslissing."

Ce courrier contenait, en annexe, la motivation de la régularité administrative et technique des offres ainsi que ses annexes, à savoir le rapport des tests effectués sur le matériel, un tableau de synthèse des exigences formelles et la motivation de l'évaluation des offres ainsi que ses annexes, à savoir les tableaux de synthèse relatifs au prix, au critère technique avec le document explicatif des différences de notation contenues dans le tableau et les tableaux de synthèse sur les deux critères.

La transmission de certaines de ces annexes à la requérante a connu un problème technique. Selon la partie adverse, "le lay-out du tableau de synthèse relatif au critère technique a été modifié lors de sa transformation en document PDF en vue de pouvoir le transmettre par fax, mail et courrier".

III. QUANT A L'EXTREME URGENCE

Considérant que l'extrême urgence est établie à suffisance par l'imminence de la notification à l'attributaire de la décision d'attribution du marché eu égard au délai de quinze jours prévu par l'article 21bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 précitée; que, comme la requérante le relève, cette notification qui emporte la conclusion du contrat aurait rendu vaine toute demande de suspension;

Considérant, par ailleurs, que le recours à la procédure d'extrême urgence, qui doit demeurer exceptionnel, réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause; que la procédure en référé d'extrême urgence ne peut pas être confondue avec la procédure en annulation ou avec la procédure en référé ordinaire qui donne lieu à l'établissement d'un rapport; que le choix d'une telle procédure a nécessairement un impact sur l'appréciation de la réunion des conditions requises pour qu'une demande de suspension puisse être accueillie; qu'en effet, dans le bref délai qu'autorise une procédure de référé d'extrême urgence, cette appréciation procède par essence d'un examen sommaire, et non d'un raisonnement approfondi, des arguments des parties; qu'il s'ensuit qu'une telle procédure, qui aboutit à une décision provisoire, ne peut se fonder, sous peine de ne pas atteindre le but d'efficacité qui lui est assigné, que sur ce qui se dégage à première vue et de manière évidente des écrits de procédure et du dossier administratif;

IV. QUANT AUX MOYENS

A. PREMIER MOYEN

Considérant que la requérante prend un premier moyen, intitulé "absence de motivation du recours à la procédure négociée", de "la violation des articles 1^{er} et 17, § 3 de la loi du 24 décembre 1993, relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures, de l'article 30 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et du principe général de droit d'égalité et de la motivation des actes administratifs"; qu'elle soutient

que "ni l'avis de marché, ni les cahiers spéciaux des charges (préalable et définitif) ne motivent le recours à la procédure négociée avec publicité sur pied de l'article 17, § 3, 4/ de la loi du 24 décembre 1993, réduisant ainsi significativement les garanties dont SAS aurait bénéficié dans une procédure d'appel d'offres", que la procédure négociée constitue une exception à la mise en concurrence prévue à l'article 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 précitée, que le recours à cette procédure doit donc être motivé, qu'il s'agit d'un principe d'ordre public;

Considérant qu'il ressort du dossier administratif que la décision de recourir à la procédure négociée avec publicité a été adoptée le 27 mars 2009 par le ministre de la Justice et soumise à l'approbation du conseil des ministres le 31 mars 2009; que cette décision mentionne que "la procédure négociée avec publicité est justifiée sur base de l'articles 17, § 3, 4/ de la loi du 24/12/1993 relative aux marchés publics (la nature des services est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre son attribution selon la procédure d'adjudication ou d'appel d'offres). D'une part, les moyens de surveillance électronique sont rapides et en constante évolution. D'autre part, la surveillance électronique peut quasiment être développée «sur mesure», par combinaison et intégration de différentes techniques et services associés. Par conséquent, il est actuellement impossible de définir préalablement et précisément la solution adéquate. La souplesse de la procédure négociée permettra de compléter l'expertise interne du SPF Justice en la matière et une convergence des attentes du SPF Justice et des propositions des soumissionnaires."; que cette motivation formelle trouve un écho dans la procédure d'attribution arrêtée par le cahier spécial des charges (voir point 12) et suivie effectivement par la partie adverse; que le premier moyen manque à première vue en fait;

B. DEUXIEME MOYEN

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen, intitulé "concurrence faussée", de "la violation de l'article 11 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, de l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, de l'erreur manifeste d'appréciation et des principes de non-discrimination, d'égalité et de transparence"; qu'elle expose que le pouvoir adjudicateur a accepté qu'ELMOTECH Ltd dépose une offre en tant que prestataire et qu'il soit aussi le sous-traitant d'ADT pour le même marché; que le moyen est divisé en deux branches; que dans une première branche, la requérante soutient que les offres d'ELMOTECH Ltd et d'ADT auraient dû être écartées au motif qu'une entente anti-concurrentielle existe entre ces

deux firmes, ce qui viole l'article 11 de la loi du 24 décembre 1993, qu'il est établi que ADT utilise le matériel d'ELMOTEC Ltd, que l'identité dans les deux offres d'un poste aussi important que la fourniture du matériel "montre la volonté, par cette entente, de faire en sorte que le marché soit attribué à ELMOTEC Ltd", que "ceci est d'autant plus le cas qu'ADT n'est classé que troisième malgré la cotation similaire qu'il a reçue quant à sa fourniture"; que, dans une seconde branche, la requérante fait valoir que ELMOTEC Ltd a bénéficié d'un avantage compétitif grâce à sa connaissance du prix d'un poste important de l'offre de son concurrent ADT dans le cadre du présent marché (approximativement au-delà de 50 %), qu'en déposant une offre en son nom et en participant à l'offre déposée par ADT comme sous-contractant, ELMOTEC s'est donné non pas une mais deux chances de remporter le marché querellé, que "le fait qu'ELMOTEC Ltd ait déposé une offre en son nom propre et ait participé à l'offre déposée par ADT confère un avantage particulier à ADT et viole l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité par lequel «[s]ans préjudice des variantes éventuelles, chacun des soumissionnaires ne peut remettre qu'une offre par marché»";

Considérant, quant à la première branche, que dans l'état actuel du dossier, la requérante n'avance aucun élément concret tendant à démontrer l'existence d'une éventuelle entente illégale entre ELMOTEC et ADT; qu'elle présume l'existence d'une telle entente de la circonstance que ELMOTEC est le sous-traitant d'ADT; que cette circonstance ne suffit pas à faire présumer que ELMOTEC aurait "participé" à la rédaction de l'offre d'ADT et encore moins qu'ELMTOTEC aurait bénéficié d'informations privilégiées relatives à l'offre d'ADT; qu'il serait contraire à une application efficace du droit communautaire d'exclure par principe les sous-traitants d'un soumissionnaire du droit de participer eux-mêmes à une même procédure de passation de marché public, ce qui réduirait en effet considérablement la concurrence au niveau communautaire; que la première branche n'est pas sérieuse;

Considérant, quant à la seconde branche, que l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'est pas applicable à la procédure négociée; que l'article 122 du même arrêté ne rend pas cet article applicable à la procédure négociée; que la partie adverse n'a pas non plus rendu applicable cette disposition au marché litigieux; que la seconde branche manque prima facie en droit;

Considérant que le deuxième moyen n'est pas sérieux;

C. TROISIEME MOYEN

Considérant que la requérante prend un troisième moyen, intitulé "mauvaise application des critères d'attribution", de "la violation des articles 1^{er} et 16 de la loi du 24 décembre 1993, précitée, des articles 68 et 122 bis de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, de l'erreur manifeste d'appréciation, des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité"; que le moyen est divisé en deux branches;

1. Première branche

Considérant que dans une première branche, la requérante fait valoir que la décision attaquée attribue le marché querellé sur la base d'éléments étrangers ou non directement liés aux critères d'attribution définis au point 14 du cahier spécial des charges et pour lesquels le pouvoir adjudicateur a prévu des sous-critères en annexe 3 du cahier, que le pouvoir adjudicateur a, en réalité, attribué des points aux éléments repris dans les exigences techniques, dont le lien avec les critères d'attribution n'apparaît pas clairement, que les éléments des exigences techniques notés ont trait notamment aux caractéristiques du système de gestion (SG), du matériel technique individuel (MTI), des conditions de sécurité du MTI et du SG, des conditions de la maintenance, des dispositions de transition de début et de fin de contrat et de la troisième option du lot 2, que si des tableaux synthétiques fournissent le total des points par lot et par critère d'attribution, aucun document n'explique la manière dont la notation finale des critères d'attribution a été réalisée, pas plus que la manière dont les points octroyés à certains éléments des exigences techniques ont été traduits en termes de critères d'attribution; que la requérante ajoute que pour certaines exigences, l'évaluation est incorrecte, que "c'est ainsi que le pouvoir adjudicateur donne pour l'exigence 39.1.1. (sécurité des données et des communications) une cote moins élevée à SAS au motif que ce dernier n'a fait mention que du RAID-10 pour la sauvegarde des données sur disque alors que les documents 12.1 et 12.11 de l'offre de SAS (...) expliquent les techniques employées pour la sécurisation totale des données et non pas uniquement la méthode utilisée pour assurer l'intégrité des données (cf. pièce 1, document intitulé «Motivering Technische regelmatigheid SET 21010» ligne commençant par Doc 12-1)", qu' "un autre exemple se trouve à l'exigence 43 (méthode complémentaire) pour laquelle SAS obtient un cote moins élevée que les autres soumissionnaires au motif que SAS ne propose pas de méthode alternative (cf. pièce 1, document intitulé «Motivering Technische regelmatigheid SET 21010» ligne commençant par Doc 22) alors que le document 5 de l'offre de SAS fait mention de l'alternative de vérification vocale lors d'un appel téléphonique avec un justiciable", que

de même, "SAS a reçu des cotes moins élevées pour quatre exigences au motif que son système nécessite l'installation d'un programme spécifique sur les ordinateurs ayant accès au suivi des personnes privées de liberté (cf. pièce 1, document intitulé «Motivering Technische regelmatigheid SET 21010» lignes commençant par Doc 9-2, 9-3, 10-4, 10-7), alors que, avec les technologies actuelles, un tel programme doit être installé pour n'importe quel système sécurisé, y compris celui qu'ELMOTECH Ltd et ADT entendent utiliser. Cette liste d'évaluations incorrectes est donnée à titre d'exemple et n'est pas exhaustive"; qu'elle conclut que "le manque de transparence dans l'évaluation des critères d'attribution et les erreurs commises dans l'évaluation des exigences techniques suggèrent que le pouvoir adjudicateur a procédé à une évaluation arbitraire et discriminatoire en violation de l'article 122 bis de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité ainsi que des principes de non-discrimination, d'égalité et de transparence";

Considérant, quant au lien entre les exigences techniques et les sept sous-critères du critère relatif à la valeur technique de l'offre, que le cahier spécial des charges contenait toutes les informations nécessaires en matière d'évaluation des offres; qu'en effet, outre l'indication des critères et sous-critères techniques d'attribution et de leur pondération (point 14 et annexe 3 du cahier spécial des charges), ce cahier informait les soumissionnaires de la "grille d'évaluation" qui allait être utilisée par le pouvoir adjudicateur pour l'analyse de la régularité et de la qualité technique des offres (annexe 2 du cahier spécial des charges); que cette annexe 2 se présente sous la forme d'un tableau, expressément intitulé "grille d'évaluation", qui se réfère aux exigences techniques en relation avec les critères d'attribution indiqués par le cahier spécial des charges et indique dans quel document le soumissionnaire doit préciser qu'il répond aux exigences concernées; que par ailleurs, le lien entre les exigences techniques évaluées dans cette annexe et les sous-critères techniques désignés par le cahier spécial des charges ressort à suffisance de la structure et des titres mêmes du cahier spécial des charges; que si la requérante avait des doutes quant au mode d'utilisation de la "grille d'évaluation" présente dans le cahier spécial des charges ou quant au lien existant entre celle-ci et les sous-critères techniques d'attribution, il lui était possible - et même expressément demandé à plusieurs reprises (dans le cahier spécial des charges et dans le courrier le transmettant) - de s'informer; qu'aucune demande d'informations en ce sens n'a été formulée par la requérante; que pour le surplus, la requérante ne démontre pas concrètement qu'il y ait eu, dans la décision attaquée et ses annexes, un hiatus, à propos de son offre, entre les exigences techniques et les sous-critères d'attribution;

Considérant, quant à l'évaluation et la notation des offres, que celles-ci sont conformes au cahier spécial des charges en son point 14 et en ses annexes 2 et 3; qu'il ressort du tableau de synthèse joint en annexe à la motivation de l'évaluation des offres que les différents soumissionnaires se sont vu octroyer, pour chacune des exigences du cahier spécial des charges, une notation allant de 1 à 5 points en fonction de la qualité de leur proposition; que pour chacune des exigences du cahier spécial des charges, les différences de notation sont motivées dans le document accompagnant ce tableau par des commentaires relatifs aux offres; qu'à cet égard, la requérante énonce trois exemples d'évaluation qu'elle estime erronée; que ces trois exemples, outre le fait qu'ils apparaissent à première vue suffisamment et correctement justifiés, ne sont pas susceptibles, en raison de leur impact marginal sur l'écart entre les offres, de remettre en cause le classement des offres; que la première branche n'est pas sérieuse;

2. Seconde branche

Considérant que la requérante fait valoir que, dans l'attribution des points aux exigences techniques, le pouvoir adjudicateur a tenu compte d'éléments étrangers à ces exigences, qu'ainsi, par exemple, l'exigence 36.1.2.1 ("les composants du MTI actifs doivent fonctionner 24H/24, 7 jours/7") a été évaluée en attribuant une note élevée à ADT et ELMOTECH en raison de leur expérience de 15 ans (cf. document intitulé "Morivering Technische regelmatigheid SET 21010" ligne commençant par Doc 1-1), qu'il ne peut toutefois être déduit du cahier spécial des charges que l'expérience serait prise en compte pour évaluer cette exigence technique, que si la requérante avait su que l'expérience constituerait un critère d'évaluation, elle aurait indiqué à l'endroit de cette exigence son expérience passée et aurait obtenu la même notation, voire une meilleure note qu'ELMOTECH Ltd, qu'en outre, l'expérience ne peut avoir une influence quelconque sur le fonctionnement vingt-quatre heures sur vingt-quatre et sept jours sur sept des composants du MTI, que, de même, pour ce qui est de l'exigence 39.2.1 (sécurité des données fournées par le DISE (SG et MTI)) qui réfère à l'exigence 39.1.5 (sécurité des données fournées par le DISE (SG et MTI)), la notation donnée à la requérante est moins bonne que pour les autres concurrents au motif que le matériel de suivi ne passe pas par une ligne fixe, alors qu'une telle exigence n'est pas posée au point 39.1.5 (cf. document intitulé "Motivering Technische regelmatigheid SET 21010" ligne commençant par Doc 13-1 et 13-2); que la requérante en déduit, premièrement, que même si les exigences techniques avaient un lien avec les critères d'attribution et avaient été correctement évaluées, quod non, il n'en resterait pas moins que le pouvoir adjudicateur a posé des sous-critères, ou plus exactement, des sous-exigences, qui ne figuraient pas dans les documents de marché et, deuxièmement,

que certaines des sous-exigences retenues par le pouvoir adjudicateur lors de l'évaluation des offres ont trait à des éléments qui ont déjà été examinés au stade de la sélection des candidats, en violation de l'article 68 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, et qui sont étrangers à l'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse, telle que l'expérience dont le pouvoir adjudicateur a tenu compte pour évaluer l'exigence technique 36.1.2.1; qu'à cet égard, la requérante indique qu'il ne peut être tenu compte, au stade de l'attribution des marchés, de critères qui sont en relation avec l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché public, critères qui ont été vérifiés au stade de la sélection des candidats et qui ne permettent pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse;

Considérant que la requérante se contente d'énoncer deux appréciations qui, pour deux exigences techniques, seraient étrangères aux documents du marché; qu'indépendamment de leur bien-fondé ou non, ces deux appréciations d'une valeur de dix points ne sont pas susceptibles de remettre en cause le classement des offres et dès lors la légalité de la décision attaquée; que la réserve formulée à cet égard par la requérante quant au caractère non exhaustif de ces critiques ne peut être retenue; que toutes les critiques doivent figurer dans la requête eu égard à la célérité qui caractérise la procédure d'extrême urgence et au caractère contradictoire de la procédure;

Considérant, quant à l'éventuelle confusion entre les critères de sélection et les critères d'attribution tenant à ce que la partie adverse aurait tenu compte de l'expérience des deux autres soumissionnaires, que l'exigence 36.1.2.1 du cahier spécial des charges, relative au sous-critère technique d'attribution qui concerne les caractéristiques du matériel technique individuel (MTI), précise que "les composants du MTI actifs doivent fonctionner 24H/24, 7 jours/7"; que le libellé et la définition de ce critère sont étrangers aux capacités techniques et économiques des soumissionnaires mais ont bien trait aux caractéristiques du produit concerné; que la critique est inopérante; que la seconde branche n'est pas sérieuse;

D. QUATRIEME MOYEN

Considérant que la requérante prend un quatrième moyen, intitulé "motivation partielle et inadéquate", de "la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 25 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, des principes généraux de bonne administration et de motivation des actes administratifs"; qu'elle fait valoir que "la décision entreprise comporte des tableaux quasi-illisibles résumant le détail des points octroyés et se limite

à expliquer de manière péremptoire les seules différences entre les soumissionnaires pour chaque élément coté", que s'il est admis que le pouvoir adjudicateur motive sa décision par référence, il convient néanmoins de respecter "trois conditions cumulatives : (1) le document auquel se réfère l'acte administratif doit être lui-même pourvu d'une motivation adéquate au sens de l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 ; (2) le contenu du document auquel il est fait référence doit être connu du destinataire (soit parce qu'il est annexé à la décision soit parce que son contenu y est reproduit), simultanément ou antérieurement à la décision, et (3) il doit apparaître sans conteste et sans ambiguïté que l'auteur de acte administratif a fait sienne la position adoptée dans le document auquel il se réfère", qu'en ce qui concerne la première condition, force est de constater que la motivation est incomplète et peu claire, qu'ainsi, parmi les tableaux annexés à l'évaluation des offres, certains ne contiennent que le total des points par lot et le total des points par critère d'attribution et ne sont pas plus avant expliqués, d'autres contiennent le détail des points mais sont quasiment illisibles, qu'en outre, le document intitulé "Motivering Technische regelmatigheid SET 21010" ne fournit de motivation que pour les différences de scores entre les trois participants, que même dans le cas de différences de scores, certaines notations ne sont pas expliquées, qu'en conséquence, la première condition n'est pas remplie, qu'en ce qui concerne la deuxième condition, les annexes paraissent lacunaires et sont désordonnées, que certains documents comportent une date, d'autres pas, que la numérotation des pages est erratique, que certaines pages contiennent un titre et d'autre pas, etc. de sorte que le document semble incomplet et que la deuxième condition n'est pas remplie; que la requérante conclut qu'il ne lui est pas possible de comprendre les raisons qui ont poussé le pouvoir adjudicateur à ne pas lui attribuer le marché, ce qui viole les dispositions et principes généraux exposés au moyen;

Considérant qu'il ressort des débats que la notification à la requérante de la décision attaquée et de ses annexes était imparfaite et incomplète, et ce en raison d'un problème technique du à la conversion des documents originaux en format PDF; qu'un manquement dans une formalité postdécisoire, s'il peut avoir des effets quant à la computation des délais, n'affecte toutefois pas la légalité de l'acte attaqué; qu'il ressort du dossier que le ministre de la Justice a bien pris le 5 février 2010 une décision d'attribution motivée par référence à des annexes tout à fait lisibles et complètes;

Considérant, quant au document explicitant les notes de 1 à 5 points attribuées aux différentes offres, que celui-ci procède, quant à la motivation formelle, d'une approche détaillée puisqu'il énonce une justification pour chaque exigence technique reliée à un sous-critère d'attribution; qu'à première vue, dans ce cas de

figure, une motivation plus succincte ou synthétique peut être admise pour chacun des 180 postes; qu'il en va de même quant à l'absence de motivation pour les notes identiques attribuées aux trois offres; que l'absence d'une motivation relative à des différences de notation ne concerne que trois postes, ce qui revêt un caractère marginal;

Considérant que le quatrième moyen n'est pas sérieux;

Considérant qu'une des conditions prévues par l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat n'étant pas réunie, la demande de suspension ne peut être accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande en intervention introduite par ELMOTECH LTD dans la procédure en référé est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le deux mars deux mille dix par :

M. NIHOUL,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

K. LAUVAU.

P. NIHOUL.