

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 227.113 du 14 avril 2014

G./A.211.785/VI-20.161

En cause : **la société anonyme SECURITY GUARDIAN'S
INSTITUTE, en abrégé S.G.I. SECURITY,**

ayant élu domicile chez
Me Emmanuel van NUFFEL, avocat,
avenue Louise, n° 81,
1050 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par
la Vice-Première Ministre et
Ministre de l'Intérieur et de l'Egalité des chances,

ayant élu domicile chez
Me Nicolas BONBLED, avocat,
Boulevard du Souverain, n° 36
1170 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société privée à responsabilité limitée FACT SECURITY,
en abrégé FACT,

ayant élu domicile chez
Me Sébastien DEPRE, avocat,
Place Flagey, n° 7,
1050 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête unique introduite par télécopie du 28 février 2014 et recommandé du 1^{er} mars 2014, la société anonyme SECURITY GUARDIAN'S INSTITUTE, en abrégé S.G.I. SECURITY, demande l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision "du 28 janvier de la partie adverse [...]:

- d'exclure son offre de la procédure d'attribution du marché n° RRN002/2012 portant sur les services de surveillance des bâtiments du service public fédéral Intérieur situés Park Atrium, rue des Colonies 11 à 1000 Bruxelles,
- et d'attribuer ce marché à la S.P.R.L. Fact Security".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 28 février 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 28 mars 2014 à 10 heures 30.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

La société privée à responsabilité limitée FACT SECURITY, en abrégé FACT, a, par une requête introduite le 12 mars 2014, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Emmanuel VAN NUFFEL, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me Nicolas BONBLED, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et Me Sébastien DEPRE, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être exposés comme suit:

III. 1. Par avis publiés au Bulletin des Adjudications du 22 février 2013 sous le numéro IBZ-ADIB-RRN002/2012-F02 et au Journal officiel de l'Union européenne du 27 février 2013 sous le numéro 2013/S 041-066058, la partie adverse a mis en concurrence un marché de services relatif à la surveillance des bâtiments du service

public fédéral Intérieur, situés au Park Atrium, Rue des Colonies 11 à 1000 Bruxelles, pour une durée de trois ans.

Il s'agit d'une procédure par adjudication ouverte. Le marché est régi par le cahier spécial des charges n° RRN 002/2012.

III. 2. Une séance d'information a eu lieu le 26 mars 2013, au cours de laquelle il a été répondu aux questions reçues par le pouvoir adjudicateur.

Suite à cette séance, des avis d'information complémentaires ont été publiés au Bulletin des Adjudications du 4 avril 2013 et au Journal officiel de l'Union européenne du 9 avril 2013.

III. 3. Lors de l'ouverture des offres le 25 avril 2013, il a été constaté que quatre soumissionnaires avaient déposé une offre.

- ANVAS SECURITY B.V.B.A., Sint-Gillislaan 6 bus 10, 9200 Dendermonde, inscrite à la Banque Carrefour des entreprises sous le n° 0840.0441.751;
- SECURITAS N.V., Sint-Lendriksborre 3, 1120 Neder-Over-Heembeek, inscrite à la Banque Carrefour des entreprises sous le n° 0472.388.334;
- FACT SECURITY S.P.R.L., Rue de la Station 19, 1300 Limal, inscrite à la Banque Carrefour des entreprises sous le n° 0457.632.142;
- Security Guardian's Institute SECURITY S.A., Avenue Fleming 12, 1348 Louvain-La-Neuve, inscrite à la Banque Carrefour des entreprises sous le n° 0429.008.729, partie requérante dans la présente affaire.

Il est ressorti de l'examen des offres que les sociétés ANVAS SECURITY B.V.B.A. et SECURITY GUARDIAN'S INSTITUTE S.A., ne pouvaient pas être sélectionnées car elles ne répondaient pas à tous les critères de sélection.

III. 4. Il ressort de l'acte attaqué, adopté le 28 janvier 2014, que cette décision a été motivée, en ce qui concerne la partie requérante, comme il suit :

- " En ce qui concerne la société Security Guardian's Institute SECURITY SA parce que:
le critère technique de sélection 1 repris au point 12.1.3. du cahier spécial des charges stipule d'une part que «l'autorisation spéciale du Ministre de l'Intérieur pour l'exécution du marché qui fait l'objet du présent cahier spécial des charges» est jointe à l'offre alors que la société Security Guardian's Institute SECURITY SA n'a pas joint l'autorisation spéciale du Ministre de l'Intérieur à son offre et le critère technique de sélection 1 repris au point 12.1.3. du cahier spécial des charges stipule d'autre part que «Le pouvoir adjudicateur vérifiera (...) s'il dispose de l'autorisation spéciale du Ministre de l'Intérieur pour l'exécution du marché qui

fait l'objet du présent cahier spécial des charges», alors que vérification faite auprès de la Direction Sécurité privée en date du 17.09.13, il s'avère que la société Security Guardian's Institute SECURITY SA n'a demandé l'autorisation spéciale que par courrier en date du 6.05.13, alors que l'ouverture des offres a eu lieu le 25.04.13; qu'il est par conséquent certain que la société Security Guardian's Institute SECURITY SA a omis de demander l'autorisation spéciale dans un délai raisonnable avant l'ouverture des offres; qu'en application de la circulaire du 10 février 1998, le pouvoir adjudicateur ne peut demander des documents et pièces justificatives non déposés que dans la mesure où il tient compte du principe d'égalité (voir la circulaire du 10 février 1998 relative aux marchés publics, Sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services, MB du 13.02.1998, p. 4218, n° 3.6.); que le pouvoir adjudicateur ne peut pas prendre en considération l'autorisation spéciale de la société Security Guardian's Institute SECURITY SA sans violer le principe d'égalité entre les soumissionnaires à présent que celle-ci a été demandée tardivement, à savoir après l'ouverture des offres, de sorte que le pouvoir adjudicateur ne peut pas sélectionner la société Security Guardian's Institute SECURITY SA. Que l'attention des soumissionnaires a d'ailleurs été suffisamment attirée sur le fait que pendant la session d'information du 26.03.2013, à laquelle tous les soumissionnaires étaient présents, le pouvoir adjudicateur a explicitement confirmé que l'autorisation spéciale devait être jointe à l'offre, conformément au cahier spécial des charges [...]".

III. 5. Par la décision du 28 janvier 2014, la partie adverse décide d'attribuer le marché en cause à la société FACT SECURITY pour un montant de 795.798,73 euros taxe sur la valeur ajoutée comprise.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 12 mars 2014 la société privée à responsabilité limitée FACT SECURITY, en abrégé FACT, demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. PREMIER ET DEUXIEME MOYENS

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

a) Premier moyen

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation de "la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, article 2, § 2, alinéa 2;

l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, articles 68 à 73ter, spécialement articles 71 et 72, § 3; le cahier spécial des charges, clauses administratives, article 12.1.3; le principe de proportionnalité; le principe du raisonnable (ou : du défaut de motifs exacts, pertinents et légalement admissibles; de l'erreur manifeste d'appréciation)". Elle le formule comme suit :

" En ce que la partie adverse a exclu l'offre de la requérante au motif qu'elle n'y avait pas joint l'autorisation spéciale d'exécuter le marché pour une personne morale de droit public (concrètement l'immeuble Park Atrium occupé par le service public fédéral Intérieur) délivrée par le Ministre de l'intérieur, en application de l'article 2, § 2, alinéa 2, de la loi du 10 avril 1990;

Alors que l'autorisation spéciale délivrée par le Ministre de l'intérieur n'est pertinente que pour l'exécution du marché particulier qu'elle vise et ne doit donc être utilement détenue qu'au moment de l'attribution de ce marché;

De sorte que la partie adverse ne pouvait faire du défaut d'autorisation spéciale un motif d'exclusion de l'offre qu'au moment de l'attribution du marché et ne pouvait, par conséquent, exclure l'offre de la requérante, puis attribuer le marché à un soumissionnaire concurrent sans avoir, au préalable, intégrer l'offre de la requérante dans l'opération de comparaison des offres au regard du critère d'attribution du prix;

Développement du moyen

L'autorisation spéciale visée à l'article 2, § 2, alinéa 2, de la loi du 10 avril 1990 n'est pas une autorisation générale; elle n'est délivrée que pour l'exécution de services spécifiques auprès d'un pouvoir adjudicateur déterminé («Les entreprises de gardiennage ne peuvent exercer les activités visées à l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o au 3^o, et 5^o au 7^o, au bénéfice de personnes morales de droit public, sauf autorisation du Ministre de l'Intérieur»).

À l'article 12.1.3 des clauses administratives du cahier spécial des charges la partie adverse n'exprime pas autre chose, bien qu'elle le fasse sur un mode schizophrène (annexe 2 à la requête, p. 11 : «l'autorisation spéciale obtenue auprès du Ministre pour exécuter ce marché pour le compte d'une administration publique, au cas où cette autorisation spéciale lui est accordée»).

Dans l'attestation spéciale qu'elle a délivré le 29 mai 2013 à la requérante, la partie adverse vise le marché pour lequel elle a remis une offre (annexe 5 à la requête : «Les tâches consisteront dans la surveillance du bâtiment du service public fédéral Intérieur (Direction Générale Institutions et Population) sis Parc Atrium, Rue des Colonies, 11, à 1000 Bruxelles. (...) Le descriptif complet des tâches se trouve aux pages 17 à 20 du cahier des charges n°-RRN002/2012»), également sur un mode schizophrène, puisque son bénéficiaire y est traité comme s'il était déjà adjudicataire du marché (p. 2, alinéa 1^{er} : «La présente permission spéciale est valable 3 ans à dater de la notification de la présente [remarque : trois ans, c'est la durée du marché]» ; p. 2, alinéa 2 : «J'attire votre attention sur les éléments suivants : (...) f) Les missions de gardiennage seront exercées par l'entreprise à qui la permission spéciale a été délivrée et ne pourront en aucun cas être déléguées à une autre entreprise de gardiennage»).

L'autorisation spéciale n'est, donc, pas une condition de participation à la procédure d'attribution d'un marché portant sur des missions de surveillance et de gardiennage auprès d'une personne morale de droit public mais une condition d'exécution d'un tel marché, simplement.

De la même manière qu'un pouvoir adjudicateur ne peut pas faire de l'agrégation d'un entrepreneur enregistré, dans une catégorie ou une classe particulières de travaux, une condition de participation à la procédure d'attribution d'un marché de travaux, dès lors que l'agrégation requise ne doit être détenue qu'au moment de l'attribution du marché, la partie adverse ne pouvait pas faire de l'autorisation spéciale d'exécuter le marché une condition de participation; elle devait se limiter à exiger au moment de l'attribution du marché que l'adjudicataire dispose de cette autorisation spéciale.

La position est d'autant moins discutable que :

- L'autorisation spéciale n'est soumise à aucune condition particulière et est donc délivrée à l'entreprise qui est autorisée de manière générale pour exécuter des services relevant de la loi du 10 avril 1990.
- C'est la partie adverse elle-même qui délivre les autorisations spéciales et l'on conçoit même que la décision d'attribution du marché emporte délivrance de l'autorisation spéciale de l'exécuter (l'attribution du marché, comme l'autorisation spéciale, est décidée par le Ministre de l'intérieur ou en son nom; l'autorisation spéciale renvoie aux missions décrites au cahier spécial des charges).

L'autorisation spéciale n'est donc pas un élément pertinent au titre des conditions de participation à la procédure d'attribution du marché.

Sous cet angle, à le lire comme l'a fait la partie adverse, l'article 12.1.3 des clauses administratives du cahier spécial des charges ajouterait aux règles de sélection qualitative prescrites par les articles 68 à 73^{ter} de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 une condition de capacité technique ou d'autorisation qui n'est pas justifiée, une violation en particulier des articles 71 (relatif aux capacités techniques) et 72, § 3 (relatif aux autorisations spécifiques pour les marchés de services) et du principe de proportionnalité; ou, encore, de l'article 2, § 2, alinéa 2, de la loi du 10 avril 1990, qui ne prévoit pas l'autorisation spéciale par anticipation.

Il faut alors préférer, comme en ce qui concerne les marchés de travaux, une lecture de la disposition qui préserve sa légalité et soit, donc, conforme à sa finalité : la condition doit être vérifiée au moment de l'attribution du marché, simplement.

Or, au moment où la partie adverse a statué, la requérante disposait de l'autorisation spéciale d'exécuter le marché; la partie adverse ne pouvait donc pas exclure son offre et elle ne pouvait pas, ensuite, décider d'attribuer le marché à la s.p.r.l. Fact Security, sans violer les dispositions et principes visés au moyen. Elle a, donc, sous cet angle, versé dans l'erreur de fait et commis une erreur manifeste d'appréciation".

b) Deuxième moyen

La requérante soulève un deuxième moyen, pris de la violation de "la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, article 2, § 2, alinéa 2; l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, articles 68 à 73^{ter}, spécialement articles 71 et 72, § 3; le cahier spécial des charges, clauses administratives, article 12.1.3; le principe du raisonnable (ou : du défaut de motifs exacts, pertinents et légalement admissibles; de l'erreur manifeste d'appréciation)". Elle le formule comme suit:

- " En ce que la partie adverse a exclu l'offre de la requérante au motif qu'elle n'y avait pas joint l'autorisation spéciale d'exécuter le marché pour une personne morale de droit public (concrètement le bâtiment Park Atrium occupé par le service

public fédéral Intérieur) délivrée par le Ministre de l'intérieur, en application de l'article 2, § 2, alinéa 2, de la loi du 10 avril 1990;

Alors que le cahier spécial des charges ne prescrit pas l'annexe de l'autorisation spéciale à peine de nullité ou d'irrecevabilité de l'offre;

Qu'au contraire, l'article 12.1.3 des clauses administratives, à la rédaction lâche, stipule que la partie adverse vérifiera auprès de ses services si le soumissionnaire remplit les conditions pour exécuter le marché;

Qu'au moment du dépôt de son offre, la requérante remplissait les conditions de délivrance de l'autorisation spéciale (il n'y en a pas d'autre que l'autorisation d'exercer des prestations relevant de la loi du 10 avril 1990) et, au moment où la partie adverse a exercé son pouvoir de vérification (le 17 septembre 2013), elle disposait de l'autorisation spéciale pour exécuter le marché (délivrée le 29 mai 2013; annexe 5 à la requête);

De sorte que la partie adverse ne pouvait pas faire du défaut d'autorisation spéciale au dépôt de l'offre un motif d'exclusion de l'offre de la requérante et ne pouvait, par conséquent, attribuer le marché à un soumissionnaire concurrent sans avoir, au préalable, intégrer l'offre de la requérante dans l'opération de comparaison des offres au regard du critère d'attribution du prix;

Développement du moyen

L'article 12.1.3 des clauses administratives du cahier spécial des charges prescrit sans doute que l'autorisation spéciale d'exécuter le marché est jointe à l'offre (annexe 2 à la requête, p. 11 : «Le soumissionnaire joint à son offre une copie de son autorisation ainsi qu'une copie de l'autorisation spéciale obtenue auprès du Ministre pour exécuter ce marché pour le compte d'une administration publique [suite à l'alinéa suivant]»).

Mais cette annexe n'est pas prescrite à peine de nullité ou d'irrecevabilité et la partie adverse a conçu d'ailleurs que le soumissionnaire ne la détienne pas au moment du dépôt de son offre («[suite] au cas où cette autorisation spéciale lui est accordée»).

Dans ce cas, la disposition stipule que la partie adverse vérifiera que le soumissionnaire remplit les conditions pour exécuter le marché («Le soumissionnaire sera considéré comme étant en ordre en ce qui concerne l'obligation susmentionnée si la Direction Sécurité privée de la Direction générale Sécurité et Prévention du service public fédéral Intérieur confirme, compte tenu des renseignements transmis par le soumissionnaire, qu'il répond à cette condition»); la précision a un sens, elle signifie que la vérification porte sur les conditions pour obtenir l'autorisation spéciale (ou : elle n'en aurait pas si elle devait signifier une vérification pour confirmer l'existence d'une autorisation spéciale, alors que les renseignements transmis par le soumissionnaires devant permettre cette confirmation ne peuvent qu'être l'autorisation elle-même).

On ne peut pas suivre la partie adverse lorsque, dans l'acte attaqué, elle traite l'annexe comme étant prescrite à peine de nullité, en se fondant sur une confirmation donnée en séance d'information le 26 mars 2013 (annexe 6 à la requête : «l'attention des soumissionnaires a d'ailleurs été suffisamment attirée sur le fait que pendant la session d'information du 26.03.2013, à laquelle tous les soumissionnaires étaient présents, le pouvoir adjudicateur a expressément confirmé que l'autorisation spéciale devait être jointe à l'offre»). Il s'agirait, là, de la modification d'un élément essentiel du cahier spécial des charges, qui aurait dû être énoncée clairement (i.e. : à peine de nullité ou d'irrecevabilité de l'offre).

Or l'annexe à l'offre a été répétée en séance d'information comme une confirmation, pas comme une modification (annexe 3 à la requête, p. 3) : «La clause dans le cahier spécial des charges est par conséquent correcte : une copie de l'autorisation doit être jointe à l'offre».

Au demeurant, l'affirmation contredit ce que la partie adverse a exposé en séance d'information, une autorisation spéciale qui ne sert que l'exécution du marché mais qu'il est recommandé de demander au préalable pour éviter un retard après l'attribution du marché; on la cite alors (annexe 3 à la requête, p. 3) :

« Les entreprises de gardiennage qui souhaitent exercer des activités de gardiennage pour des personnes morales de droit public ont l'obligation légale de disposer de cette autorisation préalablement au marché. Sans cette autorisation, l'entreprise de gardiennage ne peut en effet pas exécuter le marché. Le service public fédéral Intérieur, Direction Sécurité privée de la Direction générale Sécurité et Prévention, conseille aux entreprises de gardiennage de déjà demander une autorisation spéciale avant l'attribution du marché afin d'éviter que le service soit dans l'impossibilité de traiter la demande avant la date prévue pour le lancement du marché. Cela signifie donc que plusieurs entreprises peuvent demander cette autorisation spéciale pour le même marché. La demande doit être accompagnée du cahier spécial des charges. La clause dans le cahier spécial des charges est par conséquent correcte : une copie de l'autorisation spéciale doit être jointe à l'offre».

Au moment où elle a déposé son offre, le 25 avril 2013, la requérante n'avait sans doute pas encore demandé l'autorisation spéciale d'exécuter le marché à la partie adverse (direction générale sécurité et prévention), mais, titulaire d'une autorisation générale pour exécuter les services soumis à la loi du 10 avril 1990 (jointe à son offre), elle était dans les conditions pour obtenir cette autorisation spéciale (ou, aux termes de l'article 12.1.3 des clauses administratives du cahier spécial des charges, présumée comme étant en ordre en ce qui concerne l'obligation); et, lorsque, conformément à la prévision de l'article 12.1.3 des clauses administratives du cahier spécial des charges, la partie adverse (direction générale institutions et population) a exercé son pouvoir de vérification (à la direction générale sécurité et prévention), le 17 septembre 2013, elle disposait de cette autorisation spéciale.

En excluant l'offre de la requérante au motif qu'elle n'avait pas joint l'autorisation spéciale d'exécuter le marché, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés au moyen; en particulier elle a méconnu la règle qu'elle avait fixée à l'article 12.1.3 des clauses administratives du cahier spécial des charges et commis une erreur manifeste d'appréciation, en fait et en droit".

B. Note d'observations

a) Premier moyen

S'agissant du premier moyen, la partie adverse le réfute dans les termes suivants:

" L'article 72, § 3, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux public, dispose:

« Lorsque les prestataires de services ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir dans leur pays d'origine le service concerné, le pouvoir adjudicateur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation».

L'article 2, § 2, alinéa 2, de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière disposait, dans sa version antérieure à sa modification par l'article 3, 2°, de la loi du 13 janvier 2014 modifiant la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, entré en vigueur le 2 février 2014 :

« Les entreprises de gardiennage ne peuvent exercer les activités visées à l'article 1er, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1° au 3°, et 5° au 7°, au bénéfice de personnes morales de droit public, sauf autorisation du Ministre de l'Intérieur».

L'article 12.1 du cahier spécial des charges dispose :

« Les soumissionnaires sont évalués sur la base des critères de sélection repris ci-après.
Seules les offres des soumissionnaires qui satisfont aux critères de sélection sont prises en considération pour participer à la comparaison des offres avec le critère d'attribution repris au point 12.3 du présent cahier spécial des charges, dans la mesure où ces offres sont régulières sur le plan administratif et technique».

L'article 12.1.3 du cahier spécial des charges précise, au titre de premier critère de sélection relatif à la capacité technique des soumissionnaires :

« Le pouvoir adjudicateur vérifiera si le soumissionnaire a été autorisé par le Ministre de l'Intérieur conformément à la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière et s'il dispose de l'autorisation spéciale du Ministre de l'Intérieur pour l'exécution du marché qui fait l'objet du présent cahier spécial des charges. Le soumissionnaire sera considéré comme étant en ordre en ce qui concerne l'obligation susmentionnée si la Direction Sécurité privée de la Direction générale Sécurité et Prévention du service public fédéral Intérieur confirme, compte tenu des renseignements transmis par le soumissionnaire, qu'il répond à cette condition. Le soumissionnaire joint à son offre une copie de son autorisation, ainsi qu'une copie de l'autorisation spéciale obtenue auprès du Ministre pour exécuter ce marché pour le compte d'une administration publique, au cas où cette autorisation spéciale lui est accordée».

L'article 12.2 du cahier spécial des charges rappelle, quant à lui :

« Les offres des soumissionnaires sélectionnés seront examinées du point de vue de leur régularité.
Seules les offres régulières seront prises en considération pour être confrontées au critère d'attribution unique, le prix».

En substance, la partie requérante estime que la partie adverse ne pouvait pas faire du défaut d'autorisation spéciale un motif d'exclusion de l'offre au stade de la sélection qualitative. Ce défaut ne pourrait constituer un tel motif d'exclusion qu'au moment de l'attribution du marché.

En droit des marchés publics, la sélection qualitative est une étape qui doit permettre au pouvoir adjudicateur d'écarter les soumissionnaires qui sont dans une cause d'exclusion ou, comme en l'espèce, ne présentent pas les garanties suffisantes attestant de leur capacité technique à effectuer le marché. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une compétence discrétionnaire pour déterminer les critères de sélection qualitative qu'il estime opportuns dans le cadre d'un marché. Ces exigences doivent toutefois avoir un lien direct avec l'objet du marché.

Dans le cas présent, la qualité du pouvoir adjudicateur (i.e. une personne morale de droit public) et l'objet du marché (services de gardiennage) nécessitaient, sans conteste, que les soumissionnaires répondent à l'exigence légale de l'autorisation

spéciale délivrée par le Ministre de l'Intérieur visées à l'article 2, § 2, alinéa 2, de la loi du 10 avril 1990 précitée.

La partie adverse a choisi d'en faire une condition de sélection et, par conséquent, prévu à l'article 12.1.3 du cahier spécial des charges que chaque soumissionnaire devait joindre à son offre une copie de cette autorisation spéciale. Cette exigence est, d'ailleurs, fréquente en matière de marchés publics de services de gardiennage (voir les trois exemples de cahiers des charges – respectivement aux pp. 6 (Parc de Mariemont) 10 (Actiris) et p. 8 (Musée de la Vie wallonne) figurant en pièce n° 14).

Il ressort à suffisance du dossier administratif (e.a. pièces n° 1, 2 et 13) et de l'exposé des faits ci-dessus que la partie requérante n'a pas satisfait à cette condition, et ce malgré le prescrit clair du cahier spécial des charges («Le soumissionnaire joint à son offre (...) une copie de l'autorisation spéciale) (pièce n° 5) et le rappel limpide («une copie de l'autorisation spéciale doit être jointe à l'offre») formulé lors de la séance d'information du 26 mars 2013 (pièce n° 6). Le 25 avril 2013, elle n'a pas joint à l'offre qu'elle a déposée de copie de cette autorisation spéciale.

Ce n'est, en effet, que le 6 mai 2013 (i.e. plus de deux semaines après le dépôt de son offre) que la partie requérante a jugé bon de solliciter cette autorisation spéciale. Elle aurait pourtant pu l'obtenir largement à temps, et en quelques jours. A titre d'exemple, les deux sociétés retenues en vue de l'attribution du marché ont reçu cette autorisation respectivement dans les cinq jours (pièce n° 11) et dans les huit jours (pièce n° 13) de leur demande.

Plutôt que de s'interroger sur les motifs de ses négligences, la partie requérante requiert la suspension des décisions attaquées au motif que l'autorisation spéciale exigée ne serait pas une condition de participation à la procédure d'attribution du marché mais une condition d'exécution de celui-ci. Elle va jusqu'à soutenir que la partie adverse «ne pouvait pas [en] faire (...) une condition de participation» et «devait se limiter à exiger au moment de l'attribution du marché que l'adjudicataire dispose de cette autorisation spéciale».

Ces affirmations manquent en droit.

Il est, au contraire, bien établi qu'en matière d'adjudication publique, «[s]auf disposition légale ou réglementaire expresse ou sauf disposition particulière du cahier spéciale des charges» - quod non dans la présente espèce, «les documents qui accompagnent la soumission doivent normalement être joints à celle-ci lors de son dépôt et ne peuvent être transmis ultérieurement à l'ouverture des offres».

Tout candidat soumissionnaire est tenu de produire les documents exigés par le cahier spécial des charges. Ne pas le faire l'expose nécessairement à une décision de non-sélection. Le pouvoir adjudicateur ne peut sélectionner que les soumissionnaires qui remplissent les conditions ainsi fixées.

L'absence d'un seul des documents exigés est suffisante pour motiver la non-sélection puisque, comme en l'espèce, le soumissionnaire n'a pas répondu aux exigences fixées légitimement en vue de la procédure de sélection qualitative. Par ailleurs, étant donné que deux des quatre soumissionnaires avaient, conformément au cahier spécial des charges, joint leur autorisation spéciale à leur offre (pièces n° 11 et 12), la partie adverse n'aurait pas pu décider de prendre en considération l'autorisation spéciale de la partie requérante, sollicitée et reçue postérieurement au dépôt des offres, sans violer le principe d'égalité.

Au regard des éléments qui précèdent la comparaison qu'opère la partie requérante avec la condition d'agrégation d'un entrepreneur enregistré dans une catégorie ou une classe de travaux, pour tenter d'asseoir sa thèse selon laquelle on ne pouvait

exiger de produire l'autorisation spéciale qu'au moment de l'attribution du marché, peine donc à convaincre.

Enfin, certaines affirmations contenues dans la requête reposent sur le postulat erroné en vertu duquel l'autorisation spéciale, que la partie requérante est restée en défaut de joindre à son offre, serait octroyée de manière automatique à toute entreprise se voyant attribuer le marché et ne serait «soumise à aucune conditions particulière». Il n'en est rien. Le Ministre de l'Intérieur ne la délivre qu'après avoir vérifié, entre autres, la validité de l'autorisation (générale) de l'entreprise de gardiennage, le type d'activités pour lesquelles elle est autorisée – elle ne peut, en effet, pas exercer d'autres missions de gardiennage sous couvert d'une autorisation spéciale alors que ne l'est pas à l'occasion de son autorisation d'exercer –, l'existence d'infractions à la loi du 10 avril 1990...

Pour l'ensemble de ces motifs, les dispositions et principes vantés au moyen ont été respectés en l'espèce et la partie adverse n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

Par conséquent, le premier moyen n'est pas fondé".

b) Deuxième moyen

S'agissant du deuxième moyen, la partie adverse le réfute dans les termes suivants:

" Le deuxième moyen se confond largement avec le premier, en ce qu'il prétend dénoncer la violation des mêmes normes de contrôle pour les mêmes raisons (l'écartement de son offre à défaut d'avoir annexé une autorisation spéciale délivrée préalablement par le Ministre de l'Intérieur) mais semble se présenter en ordre subsidiaire. Il ne diffère donc du premier moyen qu'en ce qu'il relève que le cahier spécial des charges ne prescrivait pas d'annexer l'autorisation spéciale à l'offre à peine de nullité ou d'irrecevabilité.

La partie adverse se permet donc de renvoyer intégralement à la réfutation du premier moyen ci-dessus. Elle rappelle que l'absence d'un seul des documents exigés est suffisante pour motiver la non-sélection puisque le soumissionnaire n'a, en l'espèce, pas répondu aux exigences fixées légitimement en vue de la procédure de sélection qualitative. Votre Conseil a, ainsi, déjà jugé :

« il ressort de l'article 16, § 1^{er}, [de l'arrêté royal du 8 janvier 1996] que la question de savoir si l'omission de l'une ou l'autre de ces références est substantielle ou non ou prescrite à peine de nullité, est sans pertinence dès lors que, le pouvoir adjudicateur les ayant définies dans le cahier spécial des charges, elles doivent être fournies à peine de fausser l'appréciation à porter quant à la capacité technique des soumissionnaires et de violer le principe d'égalité dans le traitement qui doit leur être réservé».

Il convient encore de relever que ce deuxième moyen repose, une nouvelle fois, sur l'affirmation erronée et non démontrée selon laquelle il suffirait de disposer de l'autorisation générale d'exercer des prestations visées par la loi du 10 avril 1990 pour remplir les conditions de délivrance de l'autorisation spéciale. Au contraire, comme exposé ci-avant, la délivrance de cette dernière n'a rien d'automatique.

Le deuxième moyen est, par conséquent, dénué de fondement".

C. Requête en intervention

a) Premier moyen

A propos du premier moyen, l'intervenante fait valoir ce qui suit:

" La sélection qualitative des candidats porte notamment sur leur capacité technique permettant d'apprécier leur aptitude à exécuter le marché. Le choix des critères de sélection qualitative relève du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur. Celui-ci peut notamment exiger la production de documents ou certificats professionnels.

L'article 72, § 3, 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, alors en vigueur, dispose que, quand le prestataire a besoin d'une autorisation spécifique pour prêter le service, le pouvoir adjudicateur peut la demander. Cette disposition fait partie du chapitre ayant pour objet la sélection qualitative pour les marchés publics de services.

En l'espèce, il n'est pas contesté qu'en vertu de l'article 2, § 2, alinéa 2, de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, tel qu'il était en vigueur au moment de l'ouverture des offres, une entreprise de gardiennage avait besoin d'une autorisation spéciale délivrée par le Ministre de l'Intérieur pour prêter ses activités au bénéfice d'une personne morale de droit public. Il s'agit d'une exigence liée à une catégorie déterminée de marchés.

Il en découle que le pouvoir adjudicateur était parfaitement en droit d'exiger, au stade de la sélection qualitative, l'autorisation spéciale visée à l'article 2, § 2, alinéa 2, de la loi du 10 avril 1990 précitée. Il s'agit en effet bien d'un élément permettant au pouvoir adjudicateur de vérifier l'aptitude des candidats à exécuter le marché. Le fait que cette autorisation soit spécifique à l'exécution d'un marché déterminé n'empêchait pas le pouvoir adjudicateur d'exiger sa production au stade de la sélection des candidats. En effet, précisément, les critères de sélection, notamment les critères techniques, doivent être en rapport avec l'objet du marché. Et le critère de l'expérience spécifique pour exécuter un marché déterminé (comme en l'espèce) constitue bien un critère de capacité technique pour vérifier l'aptitude des candidats.

L'attention des soumissionnaires a été spécialement attirée sur la nécessité de produire l'attestation spéciale en annexe aux offres. La production de cette attestation est en effet expressément prévue à l'article 12.1.3 du cahier spécial des charges. Par ailleurs, en réponse à une question sur ce point au cours de la séance d'information du 26 mars 2013, le pouvoir adjudicateur a confirmé qu'une copie de l'autorisation spéciale devait être jointe à l'offre.

Force est donc de constater que la requérante a fait preuve de négligence et de légèreté en omettant de demander son autorisation spéciale assez tôt pour pouvoir la joindre à son offre ou, en tout cas, pour la produire avant l'ouverture des offres.

Dans un souci de respect de l'égalité entre les soumissionnaires, la partie adverse ne pouvait pas tenir compte de la demande d'autorisation introduite par la requérante le 6 mai 2013 seulement, soit après la date d'ouverture des offres.

Il en découle que le premier moyen n'est pas fondé".

b) Deuxième moyen

A propos du deuxième moyen, l'intervenante fait valoir ce qui suit:

" Selon le cahier spécial des charges, l'autorisation spéciale dont il est question fait partie des critères de sélection. L'article 12.1.3 qui exige cette autorisation est intitulé «critères de sélection relatifs aux capacités techniques du soumissionnaire» et il fait partie de la section 12.1 intitulée «critères de sélection». Ledit article 12.1 mentionne d'ailleurs expressément :

« Les soumissionnaires sont évalués sur la base des critères de sélection repris ci-après.

Seules les offres des soumissionnaires qui satisfont aux critères de sélection sont prises en considération pour participer à la comparaison des offres avec le critère d'attribution repris au point 12.3 du présent cahier spécial des charges, dans la mesure où ces offres sont régulières sur la plan administratif et technique».

S'agissant d'un critère de sélection, le pouvoir adjudicateur devait l'analyser avant le stade de la comparaison des offres. La sélection qualitative est en effet une étape «obligatoire ... préalable à tout stade ultérieur de la passation d'un marché».

La requérante observe que l'autorisation en question n'est pas exigée par le cahier spécial des charges à peine d'irrecevabilité ou de nullité.

La partie intervenante relève que l'article 12.1 du cahier des charges mentionne expressément que seules les offres qui satisfont aux critères de sélection sont prises en considération, pour autant qu'elles soient régulières sur le plan administratif et technique. L'article 12.2 rappelle que seules les offres régulières sont prises en considération. Et lors de la réunion d'information du 26 mars 2013, il a été confirmé que l'autorisation spéciale devait être jointe à l'offre.

La requérante ne pouvait donc pas ignorer que la production de l'autorisation constituait bien une condition de recevabilité des offres.

Par ailleurs, ce débat importe en réalité assez peu.

Le Conseil d'Etat juge en effet que :

« Il ressort de l'article 16, § 1^{er}, (de l'arrêté royal du 10 janvier 1996) que la question de savoir si l'omission de l'une ou l'autre de ces références est substantielle ou non ou prescrite à peine de nullité, est sans pertinence dès lors que, le pouvoir adjudicateur les ayant définies dans le cahier spécial des charges, elles doivent être fournies à peine de fausser l'appréciation à porter quant à la capacité technique des soumissionnaires et de violer le principe d'égalité dans le traitement qui doit leur être réservé».

La non-production de documents prévus au cahier spécial des charges constitue donc, in se, une irrégularité substantielle

« Dès lors que le cahier spécial des charges indique que le soumissionnaire doit joindre impérativement les documents de sélection à son offre, le fait pour une offre de ne pas les reprendre rend celle-ci substantiellement irrégulière de manière formelle et ne peut pas être complétée».

Et ceci est vrai même si le pouvoir adjudicateur a connaissance ou peut avoir connaissance de l'information qui fait l'objet du document non produit. Le Conseil d'Etat juge en effet que :

« qu(e la requérante) n'est pas davantage fondée à soutenir que la seule connaissance personnelle que la partie adverse pouvait avoir de sa capacité technique suffisait à remplacer ces références, à peine de verser dans la subjectivité, l'arbitraire et l'inégalité de traitement des soumissionnaires».

La requérante ne peut pas être suivie quand elle argumente qu'au moment du dépôt de son offre, elle était dans les conditions pour obtenir l'autorisation spéciale ou

qu'au moment où la partie adverse s'est informée (le 17 septembre 2013), elle disposait de l'autorisation spéciale.

En effet, il n'est pas contesté qu'au moment de l'ouverture des offres, le 25 avril 2013, la requérante n'était pas titulaire de ladite autorisation. Elle l'a demandée par un courrier du 6 mai 2013 et elle l'a obtenue par un courrier du 29 mai 2013.

Or, s'il n'est pas exclu que des données ou documents puissent encore être produits après la date de dépôt des candidatures ou d'ouverture des offres, ils «ne peuvent porter que sur des données se rapportant à la période précédant cette date».

Dès lors qu'au moment de l'ouverture des offres, la requérante n'était pas encore titulaire de l'autorisation spéciale exigée, la partie adverse n'a pas pu tenir compte du fait qu'elle l'a obtenue ultérieurement.

Vu ce qui précède, le deuxième moyen n'est pas fondé".

VI. DECISION DU CONSEIL D'ETAT

Les deux moyens reposent notamment sur une critique commune de l'acte attaqué, en ce que celui-ci refuse de sélectionner la requérante.

Cette décision a été prise au motif que la requérante n'avait pas joint à son offre l'autorisation spéciale requise en vertu de l'article 2, paragraphe 2, alinéa 2, de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, telle que cette disposition était applicable au moment de la rédaction du cahier spécial des charges et à celui du dépôt des offres. La partie adverse a ajouté qu'elle ne pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité entre les soumissionnaires, avoir égard à l'autorisation demandée et ensuite obtenue par la requérante après la date d'ouverture des offres.

La régularité de la décision de ne pas sélectionner la requérante doit être vérifiée au regard de la clause du cahier spécial des charges "12.1.3 Critères de sélection relatifs aux capacités techniques du soumissionnaire" définissant le premier de ces critères de capacité technique. Cette clause est libellée comme suit:

- " Le pouvoir adjudicateur vérifiera si le soumissionnaire a été autorisé par le Ministre de l'Intérieur conformément à la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière et s'il dispose de l'autorisation spéciale du Ministre de l'Intérieur pour l'exécution du marché qui fait l'objet du présent cahier spécial des charges. Le soumissionnaire sera considéré comme étant en ordre en ce qui concerne l'obligation susmentionnée si la Direction Sécurité privée de la Direction générale Sécurité et Prévention du service public fédéral Intérieur confirme, compte tenu des renseignements transmis par le soumissionnaire, qu'il répond à cette condition. Le soumissionnaire joint à son offre une copie de son autorisation ainsi qu'une copie de l'autorisation spéciale obtenue auprès du Ministre pour exécuter ce marché pour le compte d'une administration publique, au cas où cette autorisation spéciale lui est accordée".

Aux termes du procès-verbal de la séance d'information tenue le 26 mars 2013, l'exigence de fourniture de l'autorisation spéciale précitée est notamment évoquée dans les termes suivants:

" Les entreprises de gardiennage qui souhaitent exercer des activités de gardiennage pour des personnes morales de droit public ont l'obligation légale de disposer de cette autorisation préalablement au marché. Sans cette autorisation, l'entreprise de gardiennage ne peut en effet pas exécuter le marché. Le service public fédéral Intérieur, Direction Sécurité privée de la Direction générale Sécurité et Prévention, conseille aux entreprises de gardiennage de déjà demander une autorisation spéciale avant l'attribution du marché afin d'éviter que le service soit dans l'impossibilité de traiter la demande avant la date prévue pour le lancement du marché.

Cela signifie donc que plusieurs entreprises peuvent demander cette autorisation spéciale pour le même marché. La demande doit être accompagnée du cahier spécial des charges.

La clause dans le cahier spécial des charges est par conséquent correcte: une copie de l'autorisation spéciale doit être jointe à l'offre".

Il ressort notamment de cette clause du cahier spécial des charges et des considérations y relatives qui ont été émises lors de la séance d'information du 26 mars 2013 que:

- les soumissionnaires étaient invités à solliciter l'autorisation spéciale sans attendre de se voir attribuer le marché, de manière à éviter que le service compétent pour l'octroi de cette autorisation soit dans l'impossibilité de la délivrer avant la date prévue pour le début d'exécution du marché;
- la partie adverse n'a pas entendu faire de l'exigence de production de l'autorisation spéciale du Ministre de l'Intérieur à l'appui de l'offre une condition de régularité de celle-ci au point que le défaut de jonction pût affecter cette offre de nullité;
- la partie adverse n'excluait pas de vérifier elle-même auprès de la Direction Sécurité privée de la Direction générale Sécurité et Prévention du service public fédéral Intérieur si les soumissionnaires disposaient bien de l'autorisation ainsi requise;
- les soumissionnaires qui disposaient déjà de l'autorisation spéciale étaient invités à la joindre à leur offre, ce qui n'excluait pas l'hypothèse particulière où l'autorisation spéciale ne pouvait précisément pas être jointe à l'offre, ainsi que le confirment implicitement mais certainement les termes "au cas où cette autorisation spéciale lui est accordée".

Cette interprétation ne peut être mise en cause par la phrase précitée du procès-verbal de la séance d'information du 26 mars 2013, aux termes de laquelle "une copie de l'autorisation spéciale doit être jointe à l'offre" : cette phrase paraît en contradiction avec le sens de la clause pertinente de l'article 12.1.3 du cahier spécial des charges, qu'elle ne peut toutefois avoir pour effet de modifier.

Il n'est pas contesté par la partie adverse que quand celle-ci a procédé, le 17 septembre 2013, aux vérifications annoncées auprès de la direction Sécurité privée, elle a pu constater que la requérante disposait de l'autorisation spéciale requise au titre du premier critère de capacité technique.

Dans ces circonstances, la partie adverse ne pouvait – au seul motif que l'autorisation spéciale n'avait pas été jointe à l'offre, mais alors même qu'à la date d'adoption de l'acte attaqué, la requérante en était bien titulaire – refuser de sélectionner celle-ci, sans méconnaître l'article 12.1.3 du cahier spécial des charges.

En tant qu'ils critiquent le refus de sélection de la requérante, les premier et deuxième moyens doivent être déclarés sérieux.

VII. BALANCE DES INTÉRÊTS

La partie adverse ne fait état d'aucun élément imposant de constater que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision d'attribution attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée FACT SECURITY, en abrégé FACT, est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du 28 janvier 2014 prise par la ministre de l'Intérieur et ayant notamment pour objet de ne pas sélectionner la société anonyme SECURITY GUARDIAN'S INSTITUTE et d'attribuer le marché à la société privée à responsabilité limitée FACT SECURITY.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

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

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.