

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS
SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 242.216 du 14 août 2018

A. 225.678/VI-21.288

En cause : **la société anonyme SECURITAS TRANSPORT
AVIATION SECURITY WALLONIA,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Bob MARTENS et
Alain DELFOSSE, avocats,
avenue Louise 106
1050 Bruxelles,

contre :

**la société anonyme de droit public BRUSSELS SOUTH
CHARLEROI AIRPORT SECURITY, en abrégé B.S.C.A.
SECURITY,**

ayant élu domicile chez
M^e Nathalie TISON, avocat,
rue Jules Destrée 72
6001 Marcinelle,

Partie intervenante :

**la Société anonyme de droit français SAMSIC SÛRETÉ
AÉROPORTUAIRE,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Thomas Eyskens, Jens MOSSELMANS,
Dorian PYCKE, avocats,
boulevard Bischoffsheim 33
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite, par la voie électronique, le 13 juillet 2018, la société anonyme (S.A.) SECURITAS TRANSPORT AVIATION SECURITY WALLONIA demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise par la partie adverse à une date indéterminée, comprise entre le 27 juin 2018 (1) et le 29 juin 2018 (2), de ne pas lui attribuer le lot 1 du marché relatif aux services de sûreté/sécurité de l'aviation civile de l'aéroport de Charleroi - Bruxelles Sud ayant pour objet les «Contrôle d'accès et Inspection/filtrage

pour accéder au 'côté piste', zone CPSRA, des passagers, de leurs bagages de soute, de leurs bagages de cabine, du personnel aéroportuaire et de leurs effets personnels et des membres d'équipage et de leurs effets personnels» (C.S.Ch. références : BSCA S-2017-58) et d'attribuer ce même lot à la société de droit français Samsic Sûreté Aéroportuaire".

II. Procédure

Par une ordonnance du 16 juillet 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 6 août 2018 à 10 heures.

Par une requête introduite, par la voie électronique, le 30 juillet 2018, la société anonyme de droit français SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

M^{me} Simone GUFFENS, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Alain DELFOSSE, et M^e Céline ESTAS, loco M^e Bob Martens, avocats, comparaisant pour la partie requérante, M^e Nathalie TISON, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et M^{es} Nicolas BONBLED et Dorian PYCKE, avocats, comparaisant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

Tels que les relate la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être exposés comme suit :

" 1. La S.A. BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIPORT SECURITY (ci-après : la «S.A. BSCA SECURITY») est une société dont l'objet social est notamment d'assurer la sûreté dans la zone aéroportuaire de l'aéroport de Charleroi.

2. Le 17 octobre 2017, la S.A. BSCA SECURITY publie au Bulletin des adjudications un avis de marché relatif à un «marché relatif à la sûreté/sécurité au sein de l'aéroport de Charleroi-Bruxelles-Su » [...].

Le 20 octobre 2017, la S.A. BSCA SECURITY publie un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne ayant un objet identique [...].

L'objet de ce marché est défini comme suit : «Mise à disposition de moyens humains et canins envisagée au sein de BSCA et de son environnement immédiat en vue d'assurer des missions de sûreté/sécurité».

Le marché est divisé en quatre lots :

- Lot 1 : «Contrôle d'accès et inspection/filtrage pour accéder au 'côté piste' des passagers, de leurs bagages de soute, de leurs bagages de cabine, du personnel aéroportuaire et de leurs effets personnel et des membres d'équipage et de leurs effets personnels» (valeur estimée : 92.000.000 €);
- Lot 2 : «Mise à disposition de chiens détecteurs d'explosifs» (valeur estimée : 3.000.000 €);
- Lot 3 : «Pré-contrôle de sécurité des passagers, des accompagnants, des fournisseurs, des bagages et des fournitures avant l'entrée dans les terminaux et/ou l'entrée du site aéroportuaire» (valeur estimée : 24.000.000 €);
- Lot 4 : «Mise en place d'un service de contrôle sûreté/sécurité qui assurera le gardiennage et la surveillance du site aéroportuaire par le biais de la télésurveillance et de gestion d'alarmes» (valeur estimée : 3.000.000 €).

Le mode d'attribution du marché est la procédure négociée avec appel à concurrence préalable. L'attribution du marché est, en conséquence, prévue en deux phases :

«Phase 1 : remise des dossiers de candidatures accompagnés du DUME dûment complété des annexes et des attestations.

Phase 2 : remise du CSC aux candidats retenus».

3. Quatre sociétés déposent une candidature pour le lot 1 de ce marché, à savoir : la S.A. G4S, la S.A. ICTS BELGIUM, la S.A. SECURITAS TRANSPORT AVIATION SECURITY WALLONIA [...], la S.A.S. SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE (société de droit français) [...].

4. Le 18 décembre 2017, un «rapport de sélection des candidatures» est établi et sélectionne, pour le lot 1, les quatre candidatures déposées [...].

Concernant la candidature de la S.A.S. SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE, le rapport de sélection mentionne :

«La société SAMSIC AEROPORTUAIRE s'engage sur l'honneur à créer une société belge ou à acquérir une société belge qui a déjà l'agrément. Cette attestation est considérée comme valable par le pouvoir adjudicateur étant donné les deux éléments développés ci-après.

Tout d'abord, ce marché est publié au niveau européen et a donc pour objectif de donner à des sociétés non actives en Belgique la possibilité de se porter candidates pour ce marché. La société SAMSIC AEROPORTUAIRE devra, le cas échéant, au moment de l'attribution, prouver qu'elle est en ordre vis-à-vis de cette exigence. Ensuite, il apparaît que la société SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE dispose de toutes les certifications nécessaires pour ses activités d'inspection/filtrage en France dans le cadre de la sûreté de l'aviation civile telles que visées au règlement (CE) n° 300/2008 et ses actes d'exécution. Ces certifications attestent de la capacité technique de la société SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE à réaliser les prestations demandées dans le cadre du présent marché».

Aucune critique ne sera alors [...] adressée à la S.A. BSCA SECURITY, ni par la S.A. SECURITAS TRANSPORT AVIATION SECURITY WALLONIA, ni par les autres candidats.

5. Par e-mails du 28 décembre 2017, les quatre sociétés candidates sont averties de cette décision [...] et le cahier spécial des charges du marché leur est communiqué [...].

6. La S.A. G4S, la S.A. SECURITAS TRANSPORT AVIATION SECURITY WALLONIA [...] et la S.A.S. SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE déposent une offre [...].

7. Le 27 juin 2018, un «rapport d'analyse des offres et d'attribution» est établi et conclut, pour le lot 1, à l'attribution du marché à la S.A.S. SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE [...].

Ce rapport précise, notamment, que :

«À la date de signature du présent document, le pouvoir adjudicateur a vérifié si le soumissionnaire SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE répondait aux exigences posées en matière de sélection qualitative et plus particulièrement à son engagement d'acquérir une société belge agréée en exécution de la loi du 10 avril 1990 telle que modifiée et remplacée par la loi du 2 octobre 2017 sur la sécurité privée et particulière.

Le soumissionnaire SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE a notamment fourni au pouvoir adjudicateur les documents suivants :

- une copie du registre des actionnaires de la S.P.R.L. FLANDERS PORT SECURITY et de la société HOLDING MM HOLDING NV attestant du transfert majoritaire des parts de la première vers la seconde;
- une attestation du Notaire Thierry RAES, de résidence à Anvers-Wilrijk, certifiant d'une part de la validité du transfert de la majorité des parts sociales au regard des statuts de la société FLANDERS PORT SECURITY, et d'autre part, le statut de filiale de la société MM HOLDING NV par rapport à la société anonyme SAMSIC IV ayant son siège social à 35510 Cesson-Sévigné (France), rue du Châtillon - La Rigourdière.

Il appert des documents précités que la filiale belge du soumissionnaire SAMSIC, la MM HOLDING NV, a acquis des parts majoritaires dans la S.P.R.L. FLANDERS PORT SECURITY.

Cette dernière société répondant aux conditions d'agrément, de formation et de certification telles que prévues par la loi réglementant la sécurité privée et particulière du 10 avril 1990 telle que modifiée et remplacée par la loi du 2 octobre 2017 sur la sécurité privée et particulière, il en résulte que la société SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE répond aux critères de sélection qualitative ».

8. Par un courrier du 27 juin 2018, suite à plusieurs échanges avec le SPF Intérieur qui désirait vérifier le contenu de l'offre de la S.A.S SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE, la S.A. BSCA SECURITY écrit au SPF Intérieur afin de lui indiquer que :

«Je fais suite à notre courrier du 03 mai 2018 qui avait pour objet de vous transmettre l'offre de l'entreprise SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE.

Par la présente, je vous informe que nous sommes actuellement en phase d'attribution du marché public relatif aux services de sûreté/sécurité à l'aéroport de Charleroi et que le Conseil d'administration va très prochainement attribuer au moins un lot à l'entreprise SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE.

Cette attribution nous paraît possible depuis que BSCA SECURITY a reçu les preuves suffisantes de l'acquisition d'une entreprise de gardiennage belge agréée par le SPF Intérieur par la filiale belge de SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE» [...].

9. Par décision du même jour, la partie adverse décide d'attribuer le lot 1 à la S.A.S SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE [...].

10. Par courriers recommandés et e-mails du 29 juin 2018, les trois sociétés soumissionnaires sont averties de la décision de la S.A. BSCA SECURITY [...].

Se trouvent au dossier administratif :

- un courriel adressé aux membres du conseil d'administration le 27 juin 2018 faisant suite à la réunion du conseil d'administration du 25 juin 2018 et indiquant qu'en raison de la transmission par la S.A. SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE du document à la S.A. B.S.C.A. SECURITY le vendredi 22 juin 2018 à 15h08, soit après l'envoi des documents aux administrateurs, les membres du conseil d'administration ont chargé Frédéric GAILLARD - Fonctionnaire dirigeant - de revoir le statut de l'offre SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE et ainsi considéré l'offre comme valable.

Ce même courriel joint la "note de décision mise à jour ainsi que les quatre rapports d'attribution" pour les différents lots.

- la lettre adressée le 29 juin 2018 à la S.A. SECURITAS TRANSPORT AVIATION SECURITY WALLONIA l'informant de ce que le conseil d'administration de la

S.A. B.S.C.A. SECURITY "a décidé" de ne pas retenir son offre et y joignant les rapports d'analyse et d'attribution.

La même lettre précise que, conformément à la législation relative aux marchés publics, un délai de 15 jours est accordé pour introduire un "recours éventuel en suspension contre la décision notifiée par la présente".

IV. Intervention

Par une requête introduite, par la voie électronique, le 30 juillet 2018, la société anonyme de droit français SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

V. Compétence du Conseil d'État

V.1. Thèse des parties adverse et intervenante

La partie adverse et la partie intervenante soulèvent un déclinatoire de compétence.

Elles se fondent notamment sur l'arrêt de la Cour de cassation du 13 juin 2013 rendu à propos d'un marché public attribué par la S.A. B.S.C.A. qui a jugé notamment comme suit (Cass., 13 juin 2013, R.G. n° C.12.0458.F) :

" Même si elle a été créée par une autorité administrative et est soumise au contrôle des pouvoirs publics, une personne morale de droit privé n'acquiert le caractère d'une autorité administrative que dans la mesure où elle peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers; le fait qu'une mission d'intérêt général lui est confiée est à cet égard sans incidence.

Il s'ensuit qu'un acte émanant de cette personne morale n'est de nature à faire l'objet d'un recours en annulation et, partant, d'un recours en suspension de son exécution devant le Conseil d'État que dans la mesure où il ressortit à l'impérium dont elle est investie".

Elles observent qu'une décision de sélection ou d'attribution adoptée dans le cadre de la passation d'un marché public ne constitue pas une telle décision liant les tiers et qu'en conséquence, le Conseil d'État est incompétent pour connaître d'un recours dirigé à l'encontre d'une telle décision. Elles font valoir que cette jurisprudence de la Cour de cassation est confirmée tant par la jurisprudence du

Conseil d'État que par celle de la Cour constitutionnelle et qu'elle est applicable *mutatis mutandis* en l'espèce.

La partie adverse conclut comme suit :

" Sans même avoir égard aux autres conditions prévues par la jurisprudence de la Cour de cassation afin de déterminer si la S.A. BSCA SECURITY doit être considérée comme une autorité administrative, il suffit, en l'espèce, de constater que l'acte attaqué, qui est une décision d'attribution d'un marché public, ne crée pas d'obligation à l'égard des tiers".

La partie intervenante estime, quant à elle, que, même si la S.A. B.S.C.A. SECURITY est une société anonyme de droit public, créée par décret et détenue à 51 % par la Région wallonne, ces éléments ne préjudicient en rien de sa qualification structurelle réelle comme filiale et sous-traitante de la S.A. B.S.C.A. À cet égard, elle renvoie aux travaux préparatoires du décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne. Elle conclut que, "dans la mesure où la S.A. B.S.C.A. n'est pas une «autorité administrative» au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, il ne pourrait, *a fortiori*, pas être considéré que la S.A. B.S.C.A. SECURITY, sous-traitante de la S.A. B.S.C.A. dans ses tâches de sûreté et de sécurité soit qualifiée d'autorité administrative". Elle estime que "cette circonstance est, d'ailleurs, encore renforcée par le modèle décisionnel de la S.A. B.S.C.A. SECURITY", ce qu'elle développe. Selon elle, il en est d'autant plus ainsi qu'il ne saurait être considéré que ladite société dispose du pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers, que celle-ci soit qualifiée de société de droit public ou de droit privé.

V.2. *Examen prima facie*

La jurisprudence de la Cour de cassation, citée par la partie adverse et par la partie intervenante, concerne la société BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT (B.S.C.A.), qui est une S.A. de droit privé (entretenant des liens très étroits avec la Région wallonne). La Cour de cassation a décidé que "même si elle a été créée par une autorité administrative et est soumise au contrôle des pouvoirs publics, une personne morale de droit privé n'acquiert le caractère d'une autorité administrative que dans la mesure où elle peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers" et que "le fait qu'une mission d'intérêt général lui est confiée est à cet égard sans importance".

Contrairement à la S.A. B.S.C.A., B.S.C.A. SECURITY est une S.A. de droit public. Cette qualité lui est attribuée par le décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne, en son article 4^{ter}, rédigé notamment comme suit :

" Art. 4ter. § 1^{er}. Le présent article s'applique dans l'hypothèse où le Gouvernement a fait usage de la faculté de concession prévue à l'article 2 pour ce qui concerne les aéroports.

§ 2. Les missions de service public que constituent les tâches de sûreté et de sécurité au sein de l'aéroport sont confiées aux sociétés auxquelles l'exploitation des aéroports a été concédée, selon les modalités fixées dans la convention de concession et dans le cahier des charges y afférent, sans préjudice du 3^{ème} alinéa du présent paragraphe et des paragraphes 3 à 5.

[...]

L'administration assure le contrôle de la bonne exécution de la concession, notamment en ce qui concerne la mise en œuvre des tâches de sûreté et de sécurité. Les modalités de contrôle de la bonne exécution de la concession dont dispose l'Administration sont décrites dans les conventions de concession et dans les cahiers des charges y afférent.

§ 3. Pour chaque aéroport, une société anonyme de droit public est créée, dont le capital est détenu à 49 % par la société à laquelle l'exploitation de l'aéroport a été confiée et à 51 % par la Région wallonne. La société exploitante délègue les missions de sûreté à cette société anonyme de droit public, dénommée BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT-SECURITY pour l'aéroport de Charleroi-Bruxelles Sud et LIÈGE AIRPORT-SECURITY pour l'aéroport de Liège-Bierset.

Le Code des sociétés et ses arrêtés d'exécution sont applicables à BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT-SECURITY et LIÈGE AIRPORT-SECURITY, sauf dérogation contenue dans le présent décret.

Les actes de BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT-SECURITY et LIÈGE AIRPORT-SECURITY sont réputés commerciaux, au sens des articles 2 et 3 du Code des sociétés.

§ 4. [...]

§ 5. Le personnel de BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT-SECURITY et LIÈGE AIRPORT-SECURITY est engagé sous contrat de travail".

Les critères énoncés par la Cour de cassation pour qualifier certaines personnes morales de droit privé d'autorités administratives (entre autres, le critère de l'"acte obligatoire à l'égard de tiers") ne sont donc pas pertinents en l'espèce. Les entreprises de droit public sont des autorités administratives au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État (en ce sens, Cass. 10 septembre 2009, C.09.0102.N; C.E., 6 décembre 2016, n° 236.676, commune d'Orp-Jauche).

B.S.C.A. SECURITY est bien une autorité administrative. Il importe dès lors peu que la décision d'attribution du marché public ne crée pas d'obligation à l'égard des tiers.

Le déclinatoire de compétence doit être rejeté.

VI. Recevabilité

VI.1. Thèse des parties

A. La note d'observations

La partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité, qui se conclut en ces termes :

- " La requérante n'a toutefois introduit aucun recours à l'encontre de la décision de la partie adverse procédant à la sélection qualitative des candidats endéans ce délai.

Cette décision est, en conséquence, devenue définitive.

Le recours de la requérante, en ce qu'il a pour objet véritable d'obtenir la suspension en extrême urgence de la décision de la partie adverse du 27 décembre 2017, doit être déclaré irrecevable, car tardif ".

Elle cite à l'appui de son argumentation la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.).

B. La requête en intervention

La partie intervenante soulève une exception d'irrecevabilité qu'elle rapporte à l'intérêt au recours mais aussi au moyen et développe une argumentation similaire à celle de la partie adverse pour considérer que la partie requérante qui n'a pas, dès le jour de la transmission du rapport de sélection et du cahier des charges, soit le 28 décembre 2017, fait valoir ses griefs à leur encontre, est tardive à invoquer ceux-ci.

Elle cite à l'appui de sa thèse la jurisprudence du Conseil d'État.

VI.2. Examen *prima facie*

VI.2.1. Sur l'exception d'irrecevabilité *ratione temporis*

Ce ne sont pas les documents du marché qui sont mis en cause par la partie requérante, mais la décision de sélection provisoire dans une procédure en deux phases. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne n'est donc pas pertinente en l'espèce.

À la différence des arrêts cités par les parties adverse et intervenante, la partie requérante n'a pas vu sa candidature refusée et a pu participer à la procédure d'attribution. La décision du 28 décembre 2017 ne paraît pas, *prima facie*, avoir fait

directement grief à la partie requérante en ce qu'elle retenait la candidature de la partie intervenante à titre provisoire. Ce n'est que le 25 juin 2018 que l'offre de la partie intervenante a été considérée comme valable (voir exposé des faits *in fine*).

Par ailleurs, la faculté pour un soumissionnaire d'introduire éventuellement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision de sélectionner la candidature d'un opérateur économique concurrent, dans le cadre d'une procédure en deux phases, n'empêche pas que les irrégularités que ce soumissionnaire reproche à cette décision puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation. À l'appui de son recours contre de telles décisions, et notamment contre la décision d'attribution, la partie requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité de la décision de sélection d'un autre opérateur économique, même si devant le Conseil d'État, elle n'a pas attaqué en tant que telle cette décision.

VI.2.2. Sur l'intérêt à agir

L'article 14 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, soumet la recevabilité du recours à deux conditions. D'une part, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché. D'autre part, il faut que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, le requérant. Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risquant de léser le requérant.

Il en résulte que le recours juridictionnel institué par l'article 14 est ouvert aux opérateurs économiques qui ont participé à une procédure d'attribution de marché, sans toutefois obtenir celui-ci, ou qui n'ont précisément pas eu l'occasion d'y participer pour des raisons qu'ils estiment devoir critiquer. Il n'est pas contesté que la requérante a (ou a eu) intérêt à obtenir le marché litigieux. La première condition est remplie.

S'agissant de la seconde condition, le requérant doit établir la lésion ou le risque de lésion et établir une forme de causalité entre l'illégalité alléguée et cette lésion. En d'autres termes, il faut que la violation que le requérant allègue ait précisément eu pour effet que le marché ne lui a pas été attribué mais l'a été à un autre soumissionnaire.

En l'espèce, dans son moyen unique, la requérante conteste la sélection de la S.A. SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE. Elle établit avec suffisamment de vraisemblance que l'illégalité ainsi alléguée a pu la léser, puisqu'elle démontre à la

faveur d'un tableau - non contesté par les parties adverse et intervenante - que son offre aurait été classée première pour le lot 1 si la S.A. SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE n'avait pas été sélectionnée pour ce lot.

La seconde condition de l'intérêt au recours est remplie.

VI.2.3. Sur la question de l'instrumentum

L'article 8 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions est libellé comme suit :

" Art. 8. § 1^{er}. Dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée, l'autorité adjudicatrice communique :

- 1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;
- 2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière ou non conforme, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;
- 3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.

La communication comprend également, le cas échéant :

- 1° la mention précise de la durée exacte du délai visé à l'article 11, alinéa 1^{er};
- 2° la recommandation d'avertir l'autorité adjudicatrice dans ce même délai, par télécopieur, par courrier électronique ou le cas échéant, par les plateformes électroniques visées à l'article 14, § 7, de la loi relative aux marchés publics ou les moyens de communication électroniques visés à l'article 32 de la loi relative aux concessions, dans le cas où l'intéressé introduit une demande de suspension conformément à l'article 15;
- 3° la mention du numéro de télécopieur ou l'adresse électronique à laquelle l'avertissement visé à l'article 11, alinéa 3, peut être envoyée.

§ 2. La communication visée au § 1^{er} ne crée aucun engagement contractuel à l'égard du soumissionnaire retenu et suspend le délai durant lequel les soumissionnaires restent engagés par leur offre, pour autant qu'un tel délai et l'article 11 soient applicables.

Pour l'ensemble des offres introduites pour ce marché ou cette concession, la suspension de ce délai prend fin :

- 1° à défaut de demande de suspension visée à l'article 11, alinéa 2, à l'issue du dernier jour de la période visée à l'article 11, alinéa 1^{er};
- 2° en cas de demande de suspension visée à l'article 11, alinéa 2, au jour de la décision de l'instance de recours visée à l'article 15;
- 3° en tout cas au plus tard 45 jours après la communication visée au § 1^{er}.

En l'espèce, le conseil d'administration de la partie adverse s'est réuni de manière virtuelle (électronique) et le procès-verbal doit encore être rédigé et soumis à signature lors du prochain conseil d'administration. Il n'y a donc pas de procès-verbal du conseil d'administration dans le dossier administratif. En d'autres termes, l'acte

attaqué n'est pas encore matérialisé dans un *instrumentum* en bonne et due forme. En conséquence, il reste possible qu'après un éventuel arrêt de suspension, le conseil d'administration n'approuve pas le procès-verbal qui lui sera présenté.

Toutefois, l'attribution du marché a bien été notifiée à la partie requérante. En effet, par une lettre adressée le 29 juin 2018 à la S.A. SECURITAS TRANSPORT AVIATION SECURITY WALLONIA, le directeur "Sûreté" et le chef "de Service-Achats" informent la partie requérante de ce que le conseil d'administration de B.S.C.A. SECURITY "a décidé" de ne pas retenir son offre en y joignant les rapports d'analyse et d'attribution".

La même lettre précise que, conformément à la législation relative aux marchés publics, un délai de 15 jours est accordé pour introduire un "recours éventuel en suspension contre la décision notifiée par la présente".

Nonobstant l'absence de procès-verbal ou même d'un projet de procès-verbal, la partie adverse n'a soutenu, dans le cadre de la présente procédure, ni que la décision attaquée n'avait pas été effectivement prise, ni que son objet et les motifs sur lesquels elle repose diffèrent de ce que laisse apparaître *l'instrumentum* communiqué, en la forme ainsi précisée, par le courrier du 29 juin 2018 précité.

Il s'ensuit que la décision attaquée par la requête existe bel et bien et que la communication effectuée par la partie adverse est la première mesure par laquelle il est pourvu à son exécution, de sorte que cette décision apparaît donc exécutoire.

Les effets ainsi reconnus à la communication de la décision d'attribution ne peuvent être mis en cause par la perspective hypothétique de l'adoption ultérieure d'un procès-verbal dont les termes apparaîtraient discordants au regard de la décision communiquée à la requérante. C'est à la partie adverse qu'il appartiendrait, en pareille hypothèse, d'assumer les conséquences d'une telle discordance.

Il s'ensuit que la décision attaquée en termes de requête peut faire l'objet de la demande de suspension visée à l'article 15 de la loi du 17 juin 2013, de sorte que la présente demande doit être déclarée recevable.

VII. Exposé de l'extrême urgence

La décision d'attribution a été communiquée à la partie requérante par un courrier recommandé et un courriel du 29 juin 2018. La requête en suspension, déposée sur la plateforme électronique le 13 juillet 2018 est par conséquent recevable.

VIII. Moyen unique

VIII.1. Thèse des parties

VIII.1.1. La requête en suspension

Le moyen unique est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe général d'égalité de traitement, des articles 4, 5, § 1^{er}, alinéa 2, et § 2, 1^o, 120, 149 et 150 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 16 et 55 de la loi du 2 octobre 2017 réglementant la sécurité privée et particulière, de l'article 72, § 2 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 4, alinéa 1^{er}, 5^o et 8^o et 5, 6^o et 9^o de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence, du principe général "*patere legem quam ipse fecisti*".

La partie requérante rappelle que la loi du 2 octobre 2017 précitée est d'ordre public et cite les articles 16 et 55 de ladite loi. Concernant la question de la sous-traitance, elle cite les travaux préparatoires et, notamment, l'extrait suivant (Doc. Ch. Repr., 2016-2017, n° 54 2388/001, exposé des motifs, p. 36) :

" C'est pourquoi tant l'entrepreneur principal que le sous-traitant doivent disposer d'une autorisation pour l'exercice des activités prévues dans la convention conclue avec le mandant".

Elle observe que, selon le rapport de sélection des candidatures du 18 décembre 2017, "la société SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE s'engage sur l'honneur à créer une société belge ou à acquérir une société belge qui a déjà l'agrément" et qu'elle "devra, le cas échéant, au moment de l'attribution, prouver qu'elle est en ordre vis-à-vis de cette exigence". Elle rappelle les documents fournis par la société le 25 juin 2018, desquels il ressort que la S.A. de droit belge MM HOLDING, détenue par la S.A. SAMSIC IV à hauteur de 90 %, a racheté à hauteur de 80 % la S.P.R.L. de droit belge FLANDERS PORT SECURITY, qui serait autorisée à prêter des services de gardiennage en Belgique.

Elle constate, entre autres, que la partie intervenante ne remplit pas pour autant les critères de capacité technique et professionnelle, seule la S.A. SAMSIC IV étant liée à la S.A. FLANDERS PORT SECURITY. Elle ajoute que la S.A. SAMSIC

SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE, seule soumissionnaire et adjudicataire du lot 1 du marché, n'a pas été autorisée par le S.P.F. Intérieur à exploiter une entreprise de gardiennage et conclut que celle-ci ne peut ni exécuter elle-même ni faire exécuter en sous-traitance des missions de gardiennage, et ce même par une entreprise qui disposerait de l'autorisation, à défaut de convention conclue conformément à l'article 55, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi du 2 octobre 2017.

Elle conclut son moyen comme suit :

- " Dès lors, la partie adverse ne pouvait pas légalement considérer que la société SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE avait passé avec succès l'épreuve de la sélection qualitative et que sa candidature était recevable.

La partie adverse a ainsi commis une erreur manifeste d'appréciation.

En procédant de la sorte, la partie adverse a effectivement violé les règles qu'elle avait elle-même fixées concernant la sélection qualitative et, partant, le principe général «*patere legem quam ipse fecisti*».

Les articles 16 et 55 de la loi du 2 octobre 2017, les articles 120, 149 et 150 de la loi du 17 juin 2016 ainsi que l'article 72, § 2, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 sont également violés, dans la mesure où la société SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE ne disposait manifestement pas de la capacité technique et professionnelle requise.

L'acte attaqué repose dès lors sur une motivation erronée, en violation des articles 4, alinéa 1^{er}, 5^o et 8^o, et 5, 6^o et 9^o, de la loi du 17 juin 2013, ainsi que 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991.

En réservant un tel traitement de faveur à la société SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE, la partie adverse a encore enfreint les articles 10 et 11 de la Constitution, 4, 5, § 1^{er}, alinéa 2, et § 2, 1^o, de la loi du 17 juin 2016 et méconnu les principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence".

VIII.1.2. La note d'observations

La partie adverse réfute l'argumentation de la partie requérante comme suit :

- " Concernant l'argument tiré du fait que c'est la S.A.S.U. SAMSIC IV et non la S.A.S. SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE qui est liée à la S.A.R.L. FLANDERS PORT SECURITY, cet argument est inexact.

La partie adverse produit à l'appui de son dossier de pièces les organigrammes de la S.A.S. SAMSIC et de ses filiales (pièce n° I.12). Il en résulte que la S.A.S.U. SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE et la M.M. HOLDING N.V. appartiennent toutes deux à la S.A.S.U. SAMSIC IV. Le lien entre la S.A.S.U. SAMSIC AEROPORTUAIRE et M.M. HOLDING N.V., elle-même détentrice de la S.A.R.L. FLANDERS PORT SECURITY, est ainsi démontré.

[...]

Concernant l'argument tiré du non-respect de l'article 55 de la loi du 2 octobre 2017 «réglementant la sécurité privée et particulière», la requérante ne démontre pas que cette disposition s'applique au cas d'espèce. Autrement dit, elle ne démontre pas que la S.A. SAMSIC SURETE AÉROPORTUAIRE et la S.A.R.L. FLANDERS PORT SECURITY entendaient entretenir un rapport de sous-traitance, *quod non*.

En effet et, pour rappel, la S.A.S SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE constitue une seule et même entreprise avec la S.A.R.L. FLANDERS PORT SECURITY, la S.A.S.U. SAMSIC IV détenant 80 % des parts de cette dernière.

En outre, il est évident que si la S.A.S. SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE ne respectait pas la loi du 2 octobre 2017, le SPF Intérieur, averti de sa candidature au marché, n'aurait pas manqué de le signaler à la partie adverse, ce qu'il n'a pas fait (pièce n° I.9).

La critique formulée par la requérante n'est donc, ici également, pas sérieuse.

[...] Pour le surplus, on ne peut que s'interroger sur la conformité de l'exigence d'autorisation résultant des articles 16 et 55 de la loi du 2 octobre 2017, que la requérante entend voir appliquer à la S.A.S. SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE, au droit de l'Union européenne et, plus précisément, à l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, lequel dispose que «les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation».

De telles dispositions qui soumettent la prestation de services de sûreté dans un État membre, par une société issue d'un autre État membre, constitue une restriction inadmissible à la libre circulation des services consacrée par le Traité ainsi qu'au règlement européen sur la sûreté aéroportuaire (Règlement (CE) n° 300/2008 relatif à l'instauration de règles communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile).

Il en va, en l'occurrence, d'autant plus ainsi que la S.A.S. SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE dispose de tous les agréments requis en France pour exercer son activité de sûreté aéroportuaire [...]. Partant, les exigences que traduisent les dispositions de la loi du 2 octobre 2017 sont déjà satisfaites par les règles imposées à la S.A.S. SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE dans son État membre d'établissement, à savoir la France".

Elle cite aussi l'arrêt de la C.J.U.E. du 13 décembre 2007 en cause Commission/Italie (C-465/05) et estime que :

" Exiger des sociétés issues d'autres Etats membres que la Belgique qu'elles sollicitent une autorisation auprès du SPF Intérieur - procédure longue et fastidieuse - revient cependant, *de facto*, à les empêcher de pouvoir obtenir le marché, le délai d'obtention d'une telle autorisation étant (beaucoup) plus long que le délai de dépôt des candidatures ou des offres.

Il en résulte que l'exigence d'autorisation ne peut être considérée comme applicable à la S.A.S. SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE, qui dispose déjà de l'ensemble des autorisations nécessaires en France.

À défaut, il en résulterait une discrimination certaine entre société belge et étrangère à participer à de tel marché".

VIII.1.3. La requête en intervention

La partie intervenante développe en substance la même argumentation que celle de la partie adverse.

Elle se réfère en outre à l'article 116 du cahier spécial des charges qui, s'il interdit le recours à la sous-traitance, excepté "les sociétés ayant recours à des filiales appartenant à un groupe (inter)national", ce qui, à son estime, est parfaitement conforme à la loi du 2 octobre 2017. Elle fait valoir que ni la loi, ni les travaux préparatoires de celle-ci n'interdisent de se prévaloir de l'agrément détenu par une filiale de son groupe. Elle soutient qu'en l'espèce, les deux conditions de l'article 116 du cahier spécial des charges sont remplies et que la dite disposition n'oblige nullement à ce que la filiale disposant de l'agrément soit une filiale du soumissionnaire, mais uniquement que ces deux sociétés fassent partie du même groupe.

Elle développe par ailleurs la thèse selon laquelle toute autre interprétation serait contraire à l'article 56 du T.F.U.E. et, jurisprudence de la C.J.U.E. à l'appui, elle conclut comme suit :

- " - L'intérêt dont la protection est visée et indubitablement sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi (tel que cela est démontré par les agréments français dont dispose la S.A. SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE);
- Cette exigence ne pourrait être considérée comme objectivement nécessaire en vue de garantir l'observation des règles professionnelles et d'assurer la protection du destinataire des services (la S.A. SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE disposant des compétences professionnelles et techniques requises et la S.P.R.L. FLANDERS PORT SECURITY disposant de l'agrément belge exigé);
- Cette exigence irait manifestement au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectif visés".

VIII.2. Examen prima facie

La S.A. SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE, et elle seule, a déposé une candidature.

Il ressort par ailleurs des pièces II.5 et II.6 du dossier administratif, que la partie adverse dépose sous le couvert de la confidentialité, mais auxquelles le Conseil d'État peut avoir égard dans le cadre de l'examen du moyen, que la S.A. SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE a précisé qu'elle ne sous-traitera pas l'exécution des services dans le cas où l'un ou l'autre lot lui serait attribué.

La S.A. SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE a, provisoirement, été sélectionnée, par une décision communiquée le 28 décembre 2017.

La S.A. SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE, et elle seule, a déposé une offre le 2 mars 2018 (voir le formulaire d'offre dans la pièce II.14 du D.A.).

Il résulte de ce qui précède que la S.A. SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE, qui a soumissionné seule au lot 1, s'est engagée à exécuter elle-même l'ensemble des prestations faisant l'objet de ce lot, sans avoir recours à la sous-traitance, qui était d'ailleurs expressément exclue par la partie adverse.

Il n'est pas contesté que le marché (lot 1) porte sur des prestations soumises à la loi du 2 octobre 2017 réglementant la sécurité privée et particulière et, notamment à l'autorisation préalable prévue à l'article 16 de cette loi, qui dispose comme suit :

" Art. 16. Nul ne peut offrir les services d'une entreprise ou organiser ceux d'un service interne s'il n'y a pas été préalablement autorisé par le ministre de l'Intérieur.

Nul ne peut se faire connaître comme entreprise ou service interne sans avoir reçu au préalable une autorisation du ministre de l'Intérieur".

L'avis de marché (D.A. pièce I.1) annonce, en conséquence, que "la prestation est réservée à une profession déterminée".

Les documents annexés à l'avis de marché précisent ce qui suit :

" III.2.3) Capacité technique

Pour le lot 1 :

En vue d'établir sa capacité technique à répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur, le candidat devra :

- s'engager sur l'honneur que sa société répond aux conditions d'agrément, de formation et de certification telles que prévues par la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière telle que susceptible d'être modifiée par l'entrée en vigueur de la loi du 8 juin 2017 et ses arrêtés d'exécution.
- Compléter le tableau annexé en annexe C au présent avis (intitulé «LOT 1»). De ce tableau, il doit résulter que le candidat présente au moins une référence à un contrat conclu avec un aéroport relatif à des activités d'inspection/filtrage dans le cadre de la sûreté de l'aviation civile telles que visées au règlement (CE) n° 300/2008 et ses actes d'exécution et portant sur un total de passagers traités supérieur à 10.000.000. passagers/an pour chacune des années 2014, 2015 et 2016. Ce tableau fera en outre mention de la/des date(s) du/des contrat(s), du/des montant(s) et du/des destinataire(s) privé(s) de celui-ci/ceux-ci.

S'il est fait état de filiales pour justifier la capacité technique du candidat, il y a lieu de produire un organigramme circonstancié du groupe précisant la place de la filiale au sein de celui-ci".

Il n'est pas non plus contesté que la S.A. SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE ne dispose pas de l'autorisation requise du service public fédéral (S.P.F.) Intérieur, mais qu'elle "dispose de toutes les certifications nécessaires pour

ses activités d'inspection/filtrage en France dans le cadre de la sûreté de l'aviation civile" (rapport de sélection, pièce n° 3 du D.A.).

Selon les déclarations faites à l'audience, la S.A. SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE n'a pas formulé de demande auprès du S.P.F. Intérieur, sur la base de l'article 19 de la loi du 2 octobre 2017, ce qu'elle aurait pu faire dès novembre 2017. Cette disposition, qui tend précisément à assurer la libre circulation des services au sein de l'Union européenne et à assurer un traitement rapide de la demande d'autorisation pour les sociétés relevant d'un État de l'Union européenne, est rédigée comme suit :

" Art. 19. Lorsque le demandeur de l'autorisation ne dispose pas d'un siège d'exploitation en Belgique, le ministre de l'Intérieur tient compte, lors de l'appréciation de la demande, des garanties apportées dans le cadre de l'exercice légal et réglementé des activités auxquelles se rapporte la demande, dans un autre État membre de l'Espace économique européen".

Les travaux préparatoires de la disposition exposent à cet égard ce qui suit :

" Avec cette disposition, la liberté d'établissement dans l'Union européenne est respectée. Il est notamment tenu compte des garanties, équivalentes à celles prévues dans cette loi, qu'une entreprise établie dans un autre État membre de l'Union européenne a déjà fourni dans le cadre de l'exercice de ses activités dans l'État membre d'établissement. Par conséquent, il y est prévu que l'autorité belge estime, le cas échéant, que pour chaque condition d'autorisation pour laquelle l'entreprise établie à l'étranger a déjà fourni des garanties équivalentes à son autorité, cette entreprise satisfait automatiquement aux conditions belges d'autorisation. L'administration belge ne va donc plus effectuer d'enquête pour ces conditions d'autorisation. Dans la mesure où ce serait le cas pour toutes les conditions d'autorisation, une autorisation sera délivrée immédiatement et automatiquement après l'avis éventuel du ministre de la Justice" (Doc. Ch. Repr., session 2016-2017, n° 54 2388/001, exposé des motifs, commentaire des articles, p. 21)

Il résulte de ce qui précède que la S.A. SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE ne répondait pas, seule, aux conditions de sélection formulées dans les documents du marché et, en particulier, aux conditions d'agrément, de formation et de certification imposées par la loi du 2 octobre 2017.

Les candidats ou soumissionnaires peuvent, certes, faire appel à la capacité technique et professionnelle d'entités tierces pour répondre aux critères de sélection d'un marché public.

Il convient toutefois, pour ce faire, de respecter les conditions de l'article 150 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de l'article 72, § 2, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, applicable en l'espèce.

L'article 150 de la loi du 17 juin 2016, précitée, est rédigé comme suit :

- " § 1^{er}. Lorsque les règles et les critères objectifs d'exclusion et de sélection des opérateurs économiques qui demandent à être qualifiés dans le cadre d'un système de qualification comportent des exigences relatives à la capacité économique et financière de l'opérateur économique, ou à ses capacités techniques et professionnelles, celui-ci peut, le cas échéant, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités.

Lorsque les règles et les critères objectifs d'exclusion et de sélection des candidats et des soumissionnaires, comportent des exigences relatives à la capacité économique et financière de l'opérateur économique, ou à ses capacités techniques et professionnelles, celui-ci peut également, si nécessaire et pour un marché particulier, faire valoir les capacités d'autres entités.

Lorsqu'un opérateur économique a recours aux capacités d'autres entités en ce qui concerne des critères ayant trait à la capacité économique et financière, l'entité adjudicatrice peut exiger, pour autant que cette possibilité n'ait pas été exclue dans les documents de marché, que l'opérateur économique et les autres entités en question soient solidairement responsables de l'exécution du marché. Cette responsabilité solidaire doit cependant être acceptée par écrit par l'entité dont la capacité est invoquée, pour être effective. Lorsque l'acceptation écrite susmentionnée n'est pas fournie, le candidat ou le soumissionnaire ne peut avoir recours à une telle capacité. Le présent alinéa ne porte pas préjudice à la responsabilité solidaire prévue en vertu d'autres lois, notamment au niveau des dettes sociales, fiscales ou salariales.

§ 2. Pour les marchés publics de travaux, les marchés de services et les travaux de pose et d'installation dans le cadre d'un marché de fournitures, l'entité adjudicatrice peut exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 8, § 2, par un participant dudit groupement.

§ 3. Le Roi peut fixer les modalités matérielles et procédurales additionnelles pour le recours aux capacités d'autres entités".

L'article 72, § 2, de l'arrêté royal du 18 juin 2017, précité, ajoute ce qui suit :

- " Conformément à l'article 150 de la loi et lorsque les règles et les critères objectifs d'exclusion et de sélection des candidats et des soumissionnaires dans des procédures ouvertes, restreintes ou négociées, dans des dialogues compétitifs ou dans des partenariats d'innovation comportent des exigences relatives à la capacité économique et financière de l'opérateur économique, ou à ses capacités techniques et professionnelles, celui-ci peut, le cas échéant, et pour un marché particulier, faire valoir les capacités d'autres entités quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. En ce qui concerne les critères relatifs aux titres d'études et professionnels du prestataire de services ou du titulaire ou du personnel dirigeant de l'entreprise, ou des critères relatifs à l'expérience professionnelle correspondante, l'opérateur économique ne peut avoir recours aux capacités d'autres entités que lorsque ces dernières exécuteront les travaux ou fourniront les services pour lesquels ces capacités sont requises. Si un opérateur économique souhaite recourir aux capacités d'autres entités, il apporte à l'entité adjudicatrice la preuve qu'il disposera des moyens nécessaires, par exemple, en produisant l'engagement de ces entités à cet effet.

Lorsque, conformément à l'article 151 de la loi, l'entité adjudicatrice a invoqué des critères d'exclusion ou de sélection, elle vérifie si les autres entités aux capacités desquelles l'opérateur économique entend avoir recours remplissent les critères de sélection applicables ou s'il existe des motifs d'exclusion qui ont été invoqués par l'entité adjudicatrice et ce, sans préjudice de la possibilité d'appliquer des mesures correctrices conformément à l'article 70 de la loi, lu en combinaison avec l'article 151 de la loi. L'entité adjudicatrice exige que l'opérateur économique remplace une entité qui ne remplit pas un critère de sélection applicable ou à l'encontre de laquelle il existe des motifs d'exclusion obligatoires invoqués par l'entité adjudicatrice. L'entité adjudicatrice peut en outre exiger que l'opérateur économique remplace une entité à l'encontre de laquelle il existe des motifs d'exclusion non obligatoires invoqués par l'entité adjudicatrice. L'absence de remplacement suite à une telle demande donne lieu à une décision de non-sélection.

Dans les mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités".

Il résulte des dispositions précitées, que la S.A. SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE, qui a soumissionné seule à un marché dans lequel la sous-traitance était expressément interdite, ne pouvait se prévaloir de la capacité technique et professionnelle d'une entité tierce disposant de l'autorisation imposée par l'article 16 de la loi du 2 octobre 2017.

Le fait que cette entité tierce, à savoir que la S.P.R.L. FLANDERS PORT SECURITY, soit majoritairement détenue par une société du même groupe que le soumissionnaire - en l'occurrence une société sœur de la S.A. SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE - ne dispense pas du respect des conditions formulées par ces dispositions.

La circonstance que le S.P.F. Intérieur n'a pas, à ce jour, formulé d'objection à l'attribution du marché à la S.A. SAMSIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE ne peut par ailleurs être retenue. Le courriel adressé à l'auditeur chargé de l'instruction de l'affaire ne confirme d'ailleurs pas cette dispense :

- Courriel adressé par l'auditeur le 3 août 2018 :

" [...]

Le moyen unique soulevé par le soumissionnaire évincé dans sa requête consiste, en substance, à faire valoir que la société de droit français SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE ne pouvait être choisie, à défaut de disposer de l'autorisation prévue par l'article 16 de la loi du 2 octobre 2017 réglementant la sécurité privée et particulière.

Il ressort du dossier administratif que vos services ont demandé à B.S.C.A. SECURITY des informations au sujet de ce marché (votre courrier du 23 février 2018).

La société B.S.C.A. SECURITY a informé vos services, par un courrier du 27 juin 2018 que le marché allait être attribué à SAMSIC SURETE

AEROPORTUAIRE, dans la mesure où «B.S.C.A. SECURITY» a reçu les preuves suffisantes de l'acquisition d'une entreprise de gardiennage belge agréée par le SPF Intérieur par la filiale belge de SAMSIC SURETE AEROPORTUAIRE.

Dans le cadre de l'examen de cette requête, et en vertu des pouvoirs d'instruction de l'auditeur, il me paraît utile de vous demander si vos services ont clôturé la demande d'information ou s'ils entendent encore donner suite à ce courrier du 27 juin.

[...]"

- Réponse du S.P.F. Intérieur :

" Je vous informe que les informations nécessaires au traitement de notre dossier ont été récoltées et nous ne devrions dès lors pas demander d'informations complémentaires à ce sujet.

Pour votre parfaite information, toute personne qui ne respecte pas les dispositions de la loi du 2 octobre 2017 réglementant la sécurité privée et particulière et de ses arrêtés d'exécution est passible des sanctions suivantes :

«[...]

Le fonctionnaire sanctionnant décide, en fonction des résultats de l'enquête et des circonstances avérées, de la sanction à appliquer. Si cette dernière est d'application, elle sera portée à la seule connaissance du contrevenant».

[...]"

La non-conformité alléguée par les parties adverse et intervenante des conditions de sélection au droit européen, particulièrement à la libre prestation de services consacrée à l'article 56 du T.F.U.E. ne suffit pas à justifier la décision attaquée. L'argumentation des parties adverse et intervenante, développée dans la note d'observations et la requête en intervention, ne figure nullement dans la motivation formelle de l'acte attaqué et ne peut dès lors, à supposer qu'elle soit pertinente (voir *supra* et les travaux préparatoires de la loi du 2 octobre 2017 précitée), lui servir de fondement.

Le moyen unique est sérieux.

Les conditions requises par l'article 17, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, pour que celui-ci puisse ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, sont réunies.

IX. Confidentialité

La partie adverse déclare déposer à titre confidentiel les pièces n^{os} 1 à 19 du volet II de son dossier administratif.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est pas, à ce stade, nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

X. Balance des intérêts

X.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse sollicite que soit mise en œuvre la balance des intérêts prévue par l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

X.2. Examen

En vertu de l'alinéa 3 de l'article 15 de la loi du 17 juin 2013, précitée, l'activation de la "balance des intérêts", selon l'expression communément admise pour ainsi désigner l'une des conditions de la suspension de l'exécution d'une décision susceptible de faire l'objet du recours organisé par l'article 14 de cette même loi, suppose que l'instance de recours reconnaisse la gravité des conséquences auxquelles le pouvoir adjudicateur risque d'être exposé en cas de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qu'elle constate le caractère d'urgence que revêt la situation et qu'elle vérifie que le pouvoir adjudicateur ne s'est pas, par sa propre attitude, exposé au risque des conséquences redoutées. Il appartient, enfin, à l'instance de recours d'évaluer la possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la réfection de l'acte dont la suspension de l'exécution devrait être ordonnée, et ce au regard tant du (des) motif(s) qui, en réponse au(x) moyen(s), justifierai(ent) la suspension sollicitée que de la proximité de l'échéance au-delà de laquelle le risque des conséquences graves redoutées devrait se réaliser .

En l'espèce, la partie adverse n'identifie pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages. La demande ne peut dès lors être accueillie.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la S.A. de droit français SAMCIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision prise le 27 juin 2018 par la S.A. de droit public BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT SECURITY de ne pas attribuer à la S.A. SECURITAS TRANSPORT AVIATION SECURITY WALLONIA le lot 1 du marché relatif aux services de sûreté/sécurité de l'aviation civile de l'aéroport de Charleroi-Bruxelles Sud ayant pour objet les "Contrôle d'accès et Inspection/filtrage pour accéder au «côté piste», zone CPSRA, des passagers, de leurs bagages de soute, de leurs bagages de cabine, du personnel aéroportuaire et de leurs effets personnels et des membres d'équipage et de leurs effets personnels" (C.S.Ch. références : B.S.C.A. S-2017-58) et d'attribuer ce même lot à la S.A. de droit français SAMCIC SÛRETÉ AÉROPORTUAIRE.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

Les pièces n^{os} 1 à 19 du titre II du dossier administratif intitulées "Pièces confidentielles" sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 6.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations siégeant en référé, le quatorze août deux mille dix-huit par :

M^{mes} Simone GUFFENS, président de chambre,
Céline MOREL, greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Céline MOREL.

Simone GUFFENS.