

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

A R R Ê T

n° 243.857 du 28 février 2019

A. 227.396/VI-21.416

En cause : **la société privée à responsabilité limitée LOGISTIC
MANAGEMENT DISTRIBUTION,**

ayant élu domicile chez
M^e Lionel-Albert BAUM, avocat,
rue du Lombard 67
5000 Namur,

contre :

**le Chef de corps de la zone de Police
"Bruxelles-Capitale-Ixelles" (ZP5339),**
ayant élu domicile chez
M^e Frédéric VAN DE GEJUCHTE, avocat,
place Jamblinne de Meux 41
1030 Bruxelles,

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 12 février 2019, la société privée à responsabilité limitée LOGISTIC MANAGEMENT DISTRIBUTION sollicite, d'une part, la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution et, d'autre part, l'annulation de "la décision prise par la partie adverse, le 11 septembre 2018, d'attribuer le marché «Concession de services pour l'exploitation, pendant 60 mois, d'un système de détection de personnes (appels discrets) dans les commerces et les locaux professionnels de professions libérales, avec permanence sur le territoire de la Zone de police Bruxelles CAPITALE Ixelles et relié à une centrale d'alarme privée pouvant transmettre les données à la Zone de Police» à la société anonyme SECURITAS".

II. Procédure

Par une ordonnance du 13 février 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 26 février 2019 à 11 heures 30.

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. David DE ROY, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Lionel-Albert BAUM, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^e Gaëtan VANHAME, *loco* M^e Frédéric VAN DE GEJUCHTE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, 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. Exposé des faits utiles

À s'en tenir à la version qu'en donne la requérante, non contestée par la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande sont les suivants:

- " 1. Le 27 juin 2017, la partie adverse approuve :
- Le principe d'une concession de service pour l'exploitation, pendant 60 mois, d'un système de détection de personnes (appels discrets) dans les commerces et les locaux professionnels de professions libérales, avec permanence sur le territoire de la Zone de police Bruxelles CAPITALE Ixelles et relié à une centrale d'alarme privée pouvant transmettre les données à la Zone de police;
 - La publication d'un appel à candidatures;
 - Les conditions de la concession reprises dans le document de concession n° ZP/17/000/071/DFC;
2. Le 24 juillet 2017, le Ministère de la Région de Bruxelles Capitale approuve la décision précitée.
3. Selon le cahier spécial des charges (ci-après «CSC»), la concession est «attribuée au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus avantageuse, tenant compte des critères d'attribution suivants et de leur pondération :
- la qualité technique, la capacité et la facilité d'utilisation de l'appareil proposé (la qualité de transmission des données audio et vidéo, le poste d'appel, les commandes à distance, les caméras avec possibilité d'enregistrement en continu (24 heures sur 24), les dispositifs de réception pour la centrale d'alarme privée et pour la zone de police).

Pondération : 50;

- le prix

Pondération : 50.

Le critère d'attribution "Qualité technique, capacité et facilité d'utilisation de l'appareil proposé" est évalué à l'aide, d'une part, de la description technique que le soumissionnaire doit joindre à son offre, et, d'autre part, du test réel du matériel proposé et visé au point 1 des dispositions techniques».

En son article 3 – Variantes, le CSC dispose que : «Le pouvoir adjudicateur ne tient pas compte des variantes que le soumissionnaire propose éventuellement».

Au sein des clauses techniques du CSC, la description de l'installation mixte d'appel est opérée.

Ainsi : «Le système d'appel doit se composer de cinq éléments principaux, à savoir :

- le poste d'appel;
- les commandes à distance;
- une ou plusieurs caméras permettant un enregistrement en continu (24 h sur 24);
- un équipement de réception pour la centrale d'alarme privée;
- un dispositif de réception pour la zone de police». (p.12/24)

De même :

«Le poste d'appel doit :

- être équipé d'un microphone installé horizontalement. L'appareil doit pouvoir être installé verticalement sur ou dans une vitrine ou sur un mur (par ex., à l'aide d'éléments de fixation prévus à cet effet). Le haut-parleur doit être installé verticalement aux fins d'une diffusion sonore optimale. Ces prescriptions ont également pour objet de prévenir que l'utilisateur n'installe des objets sur le poste d'appel, qui réduiraient la qualité sonore;
- Les normes européennes suivantes doivent au moins être respectées : CEM-(EN 301489 V1.4.1, édition 2002, EN61000, EN55022 et EN50130), Normes de sécurité applicables aux télécommunications et à l'électronique (EN60950-1-2001);
- la réglementation R.o.H.S. entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006 en vertu de la Directive européenne R.o.H.S. (directives 2002/95/CE et 2002/96/CE) - Décision de la Commission 2006/690/CE du 12 octobre 2006 - Décision de la Commission 2006/691/CE du 12 octobre 2006 - décision de la Commission 2006/692/CE du 12 octobre 2006, doit être obligatoirement respectée;
- être équipé d'un dispositif contrôlant la batterie et garantissant sa recharge. L'autonomie doit s'élever à 50 heures à une charge de 80 %;
- pouvoir transmettre les perturbations techniques suivants à une centrale d'alarme privée (quelle que soit la zone de police) :
 - o la perte de la tension 220V avec un système de retardement "variable" afin de prévenir les notifications non sollicitées;
 - o la perte de la capacité de charge;
 - o la perte de charge de la batterie si cette dernière atteint moins de 30 % de sa capacité totale;
 - o la récupération de la tension 220V;
 - o la récupération de la capacité de charge totale».

«L'appareil doit :

- satisfaire à la norme européenne applicable aux télécommunications et doit pouvoir fonctionner en mode DTMF ainsi qu'avec le système décimal des anciennes centrales téléphoniques privées sur lesquelles il serait éventuellement raccordé;
- être équipé d'un mémoire d'appel renseignant le numéro, la date et l'heure et offrir des possibilités de traçage;
- (...))».

En ce qui concerne les commandes à distance, le CSC précise :

«1.2 Commandes à distance

La commande à distance est destinée aux personnes commercialement actives à très actives et poursuit un objectif prédéterminé. Elle doit donc satisfaire à des exigences minimales.

En tenant compte des évolutions prescrites par la CE en matière de connexions radio et des problèmes techniques connus et propres aux modulations d'amplitude (AM) utilisées dans les commandes à distance actuelles, le système d'appel proposé doit fonctionner avec une modulation de fréquence cryptée (FM). La commande à distance au format de poche doit fonctionner dans un rayon d'action de 20 mètres au moins.

Les commandes à distance doivent :

- posséder un codage unique et au moins afficher la présence et l'état de la batterie;
- au moins respecter la norme européenne EN300 220 et être compatible avec les classes IP51, IP11 et IP66 "temporaire". En fonction de leur conception, les commandes à distance doit être mécaniquement et électroniquement protégées afin qu'il soit impossible de les utiliser fortuitement.

1.2.1 - Dispositif d'appel discret sur le système informatique (caisse enregistreuse, PC)

Le soumissionnaire peut également proposer un dispositif permettant aux utilisateurs d'envoyer un appel discret à partir d'un poste de travail, d'une caisse automatique, etc. Dans ce cadre, des garanties identiques doivent être prévues afin de prévenir les appels non sollicités».

En ce qui concerne les caméras, le CSC précise que celles-ci doivent «permettre la commutation d'un objectif variable 3.5-8 mm ou 5-15 mm en fonction du cadre et de l'angle éventuellement nécessaires dans chaque commerce ou local professionnel d'une profession libérale avec permanence, et ce, afin d'adapter les caméras à l'environnement;»

Il est également clairement indiqué que :

«Les systèmes du type "webcam" et "camera cube" sont interdits, à l'instar des équipements dépendant de dispositifs de tiers et qui adaptés aux principes du fournisseur du type "dynDNS". Des systèmes similaires du type ("peer to peer") P2P sont également interdits, étant donné qu'ils n'offrent aucune garantie en matière de confidentialité et de protection des données et de continuité de la prestation de services dans le temps. Dès lors, le concessionnaire devra gérer en interne l'intégralité du système proposé afin de garantir la continuité et la fiabilité».

4. Le 12 septembre 2017 se tient la séance d'ouverture des offres à laquelle deux offres ont été réceptionnées :

- LOGISTIC MANAGEMENT DISTRIBUTION SPRL;
- SECURITAS NV.

5. Le 22 juin 2018, le rapport d'analyse des offres est rédigé.

Les deux offres sont analysées et comparées. Aucune mesure d'instruction complémentaire n'est effectuée, le PA estimant disposer de toutes les informations requises.

Aucune offre n'est déclarée irrégulière.

A l'issue de l'examen des offres, le PA procède à un classement de ces deux offres sur la base du prix, puis sur la base de la qualité technique. Si la requérante est la moins disante et obtient 50 points pour le critère du prix, elle n'obtient que 29 points sur 50 pour la qualité technique, suite à la décomposition de ce critère en 10 sous-critères et à une cotation assez subjective.

L'offre de la requérante est donc classée deuxième avec 79 points, tandis que celle de SECURITAS obtient 83,8 points.

6. Le 11 septembre 2018, la partie adverse fait sien le rapport d'attribution en ces termes :

«Considérant qu'après analyse, il apparaît que l'offre de la firme SECURITAS s.a. est celle qui satisfait le mieux aux conditions et spécifications techniques reprises dans le document de concession n° ZP/17/000.071/DFC;
Considérant le rapport d'analyse des offres (joint en annexe) que le Collège de police fait sien;

Considérant que la Direction "I.C.T" propose de désigner la firme SECURITAS s.a. – Font Saint Landry 3) 1120 BRUXELLES, pour la concession de services relative à l'exploitation d'un système de détection de personnes (appels discrets);

Considérant que la concession de services est donnée pour une période de 60 mois;

Considérant que la concession de service n'a aucune incidence financière sur le budget de la Zone de Police;

Arrête à l'unanimité

Article unique

L'attribution de la concession de services, aux conditions fixées par le Conseil de Police et à celles énoncées dans l'offre, à la firme SECURITAS, sise Font Saint-Landry, 3 à 1120 BRUXELLES».

Il s'agit de la décision dont recours (pièce 1).

7. Le 22 octobre 2018, la requérante reçoit un courriel contenant un courrier daté du 5 octobre 2018 lui indiquant que :

«Conformément aux prescriptions de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et services et aux concessions de travaux publics, nous vous informons que votre offre n'a pas été retenue.

Il vous est loisible de nous demander, par écrit, dans un délai de 30 jours, à compter de l'envoi de la présente lettre, de vous communiquer la décision motivée d'attribution du marché».

8. Le jour même, la requérante répond par courriel qu'elle souhaite recevoir la décision motivée.

Un rappel sera adressé par recommandé le 31 octobre 2018.

9. Le 28 novembre 2018, la partie adverse répond à la demande de la requérante et lui transmet, par recommandé uniquement, la décision d'attribution, ainsi que le rapport d'analyse des offres. Ce pli ne sera remis à la poste que le 17 décembre 2018 et la requérante ira le chercher à la poste le 20 décembre. Elle répondra, le 24 décembre et relèvera plusieurs manquements à la législation dans le cadre de la procédure d'attribution de la concession.

10. Le 21 janvier 2019, la partie adverse répond à la requérante en prenant acte de son désaccord et en lui fournissant, enfin, les voies de recours et lui indique, expressément, que le délai de stand still de quinze jours prend cours à compter «du lendemain de la notification de la présente».

Ce courrier ayant été mis à la poste le lundi 28 janvier, il a été reçu le 29 janvier par la requérante".

IV. Dossier administratif

L'article 21, alinéa 3, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, est libellé comme suit:

- " Lorsque la partie adverse ne transmet pas le dossier administratif dans le délai fixé, les faits cités par la partie requérante sont réputés prouvés, à moins que ces faits soient manifestement inexacts".

En l'espèce, la partie adverse, qui n'a pas choisi de recourir à la procédure électronique visée à l'article 85*bis* de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, n'a ni transmis le dossier administratif par envoi recommandé, ni déposé ce dossier à l'audience.

Dans ces circonstances, il y a lieu de faire application de la disposition de l'article 21, alinéa 3, précitée.

V. Régime juridique de la demande de suspension

V.1. Thèse de la requérante

Au titre des considérations relatives à la recevabilité de sa requête, la requérante expose ceci en particulier:

- " La décision d'attribution litigieuse vise expressément la Loi du 17 juin 2016 relative aux concessions, ainsi que l'arrêté d'exécution du 25 juin 2017.

L'application de cette législation est confirmée par le montant estimé du marché, lequel dépasse largement le montant fixé par le Roi à l'article 4 de l'arrêté du 25 juin 2017 précité de 5.548.000,00 € HTVA, et ce, conformément à une estimation effectuée selon l'article 35 de la Loi du 17 juin 2016.

En effet, le marché porte sur une concession de services d'une durée de 60 mois pour un nombre d'abonnés estimé à 2000 (deux mille), et reconductible 60 mois. Selon le métré déposé par le soumissionnaire ayant remporté le marché, le prix d'un abonnement mensuel est fixé à 95,00 €. Ce montant multiplié par le nombre d'abonné estimé (2000) multiplié par le nombre de mois (60) atteint 11.400.000,00 €, pour sa première période uniquement.

Ce montant atteint donc également les seuils européens de publicité visés dans la Loi et l'arrêté précités".

Elle en tire notamment comme conséquence que 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 est applicable en l'espèce.

V.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Les articles 14 et 15, alinéa 1^{er}, 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 sont libellés comme suit :

- " Art.14. À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;
 - 3° les documents du marché ou de la concession.

Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'État, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

- 1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;
- 2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision. [...]"

Il y a lieu de déterminer si, en la présente cause, la demande tendant à la suspension de l'exécution de l'acte attaqué doit, comme le soutient la requérante, être examinée dans le cadre du système régi par l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée, ou dans celui qu'instituent les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

L'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée est applicable aux concessions de services qui relèvent de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concessions. En vertu de son article 3, § 1^{er}, alinéa 2, à l'exécution duquel pourvoit l'article 4 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, cette loi s'applique uniquement aux concessions de services d'une valeur égale ou supérieure à 5.548.000 euros.

L'article 35 de la loi du 17 juin 2016, précitée, dispose, par ailleurs, en son premier alinéa:

" La valeur d'une concession correspond au chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors taxe sur la valeur ajoutée, estimé par l'adjudicateur, eu égard aux travaux et services qui font l'objet de la concession ainsi qu'aux fournitures complémentaires liées auxdits travaux et services".

En l'espèce, la requérante fait état, en termes de requête, des éléments qui l'amènent à évaluer la concession litigieuse à 11.400.000,00 €, pour une période de soixante mois.

En l'absence de dossier administratif, le Conseil d'Etat ne dispose pas d'une estimation établie par la partie adverse conformément à l'article 35 précité. Celle-ci n'a d'ailleurs pas contesté à l'audience du 26 février 2019 l'estimation retenue par la requérante. Enfin, rien n'indique, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, que cette estimation procèderait d'éléments de fait manifestement inexacts.

Dans ces circonstances, il y a lieu de décider que la loi du 17 juin 2016 et, partant, celle du 17 juin 2013 sont bien applicables à l'opération litigieuse.

VI. Moyen unique

VI.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique, qu'elle présente comme suit:

" III.1. EXPOSE DU MOYEN UNIQUE

Le moyen unique est pris de :

- la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe de l'égalité de traitement;
- la violation de loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession en particulier ses articles 24, 38, 41, 46, 48, et 55;
- la violation des articles 30 et 37 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession;
- la violation du cahier spécial des charges du marché litigieux, particulièrement son article 3, page 2/24 (partie 1 clause administratives); son point 1. Description de l'installation mixte d'appel, page 12/24; son point 1.1 Poste d'appel, pages 12 et 13/24; son point 1.2 Commande à distance, page 14/24; son point 1.3 Caméras, pages 15-16/24;
- la violation du principe de la motivation interne, de la violation des articles 4 et 5 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 la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative la motivation formelle des [actes] administratifs;
- la violation des principes généraux de bonne administration, que sont les principes de confiance, de précaution et de proportionnalité, de sécurité

juridique, de transparence, d'appréciation, et du principe *[patere] legem quam ipse fecisti*;
- de l'erreur manifeste d'appréciation.

En ce que :

- première branche : la partie adverse attribue le marché de concession à la s.a. Securitas, nonobstant le fait que son offre ne réponde pas aux critères fixés par le pouvoir adjudicateur, ce qu'elle reconnaît expressément;
- seconde branche : la partie adverse ne procède pas réellement à une comparaison effective des offres, compare des situations incomparables et attribue arbitrairement des points sans s'en expliquer; la pondération est, en outre, établie sur la base de sous-critères dont la pondération n'a pas été annoncés dans le CSC; la décision attaquée ne motive pas adéquatement pour quels motifs elle considère que l'offre de la s.a. Securitas est conforme au CSC et répond mieux aux critères repris dans le CSC;

Alors que :

- première branche : il ne pouvait être considéré que l'offre de la s.a. Securitas était régulière sans violer les dispositions visées au moyen;
- seconde branche : la partie adverse devait annoncer l'ensemble des sous-critères qu'elle entendait utiliser, ainsi que leur pondération; devait comparer des situations comparables et motiver adéquatement la pondération attribuée pour chaque sous-critère et les raisons pour lesquelles elle a attribué plus de points à l'offre de la s.a. Securitas et moins à celle de la requérante.

III.2. DEVELOPPEMENT DU PREMIER MOYEN

III.2.1. EN DROIT SUR LES DEUX BRANCHES REUNIES

18. L'article 24 de la loi du 17 juin 2016 rappelle les principes d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité en ces termes :

«Les adjudicateurs passent et exécutent les concessions dans le respect des principes de non-discrimination et d'égalité de traitement des opérateurs économiques, et agissent de manière transparente et proportionnée.»

19. L'article 38 de la Loi précitée stipule :

«L'adjudicateur organise librement la procédure qui conduit au choix du concessionnaire sous réserve du respect des dispositions de la présente loi.

La procédure de passation de concession respecte les principes énoncés aux articles 24, alinéa 1^{er} et 25, paragraphe 1^{er}. En particulier, au cours de la procédure de passation de la concession, l'adjudicateur ne donne pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains candidats ou soumissionnaires par rapport à d'autres».

20. L'article 41 de la loi stipule que :

«§ 1^{er}. Les spécifications techniques et fonctionnelles définissent les caractéristiques requises des travaux ou des services qui font l'objet du contrat de concession.

Elles figurent dans les documents de concession.

Ces caractéristiques peuvent également se référer au processus spécifique de production ou d'exécution des travaux ou des services demandés, à condition qu'ils soient liés à l'objet du contrat et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs.

Ces caractéristiques peuvent notamment avoir trait aux niveaux de qualité,

aux niveaux de la performance environnementale, énergétique et climatique, à la conception pour toutes les utilisations, y compris l'accès aux personnes handicapées et le contrôle de la conformité, aux résultats, à la sécurité ou aux dimensions, à la terminologie, aux symboles, aux essais et aux méthodes d'essai, au marquage et à l'étiquetage ou aux instructions d'utilisation.

Pour tous les travaux ou services destinés à être utilisés par des personnes physiques, les spécifications techniques sont élaborées, sauf dans des cas dûment justifiés, de façon à tenir compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou de la notion de conception pour tous les utilisateurs. Lorsque des exigences d'accessibilité contraignantes ont été adoptées par un acte juridique de l'Union européenne, les spécifications techniques sont définies par rapport à ces normes.

§ 2. Les spécifications techniques donnent aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation et n'ont pas pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des concessions à la concurrence.

§ 3. Les spécifications techniques et fonctionnelles ne peuvent pas faire référence à une fabrication ou une provenance déterminée ou à un procédé particulier qui caractérise les produits fournis ou les services réalisés par un opérateur économique spécifique, ni à une marque, à un brevet, à un type, à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits.

Cette mention ou référence n'est autorisée, à titre exceptionnel, que :

1° soit lorsqu'une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du contrat n'est pas possible;

2° soit lorsqu'elle est justifiée par l'objet du contrat.

Dans les cas visés au 1°, la mention ou référence doit être accompagnée des termes "ou équivalent".

§ 4. Les adjudicateurs ne rejettent pas une offre au motif que les travaux et services offerts sont non conformes aux spécifications techniques et fonctionnelles auxquelles ils ont fait référence, dès lors que le soumissionnaire prouve dans son offre, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose satisfont de manière équivalente aux spécifications techniques et fonctionnelles».

21. L'article 46 stipule, quant à lui, que :

«§ 1^{er}. Les concessions sont attribuées sur la base des critères d'attribution établis par l'adjudicateur conformément à l'article 55, pour autant que toutes les conditions suivantes soient réunies :

1° l'offre est régulière et est notamment conforme aux exigences minimales fixées, le cas échéant, par l'adjudicateur dans les documents de concession. Les exigences minimales contiennent les caractéristiques et conditions, notamment techniques, physiques, fonctionnelles ou juridiques, que toute offre est tenue de remplir ou de posséder;

2° le soumissionnaire remplit les conditions de sélection fixées par l'adjudicateur dans le document de concession conformément à l'article 48 et le cas échéant aux critères objectifs et non discriminatoires visés par le paragraphe 3;

3° le soumissionnaire n'est pas exclu de la participation à la procédure de passation en vertu des articles 50 à 52 et sous réserve de l'article 53.

Lorsque l'adjudicateur constate que la meilleure offre sur la base des critères d'attribution prévoit des conditions d'exécution ou d'exploitation de la concession qui ne respectent pas les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social ou du travail mentionné à l'article 27, il décide de ne pas attribuer la concession au soumissionnaire qui a remis ladite offre, pour autant qu'il s'agit d'une obligation dont le non-respect est également sanctionné pénalement. Dans les autres cas où il constate que cette offre ne satisfait pas aux obligations susmentionnées, il peut procéder de la même manière.

Le Roi peut fixer les modalités additionnelles pour la vérification de la

régularité dont question à l'alinéa 1^{er}, 1^o.

§ 2. Les adjudicateurs sont tenus de reprendre dans l'avis de concession une description de la concession ainsi que les conditions de sélection qualitative. Ils reprennent dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans les autres documents de concession, les exigences minimales ainsi qu'une description des critères d'attribution.

§ 3. L'adjudicateur peut limiter le nombre de candidats ou de soumissionnaires à un niveau approprié, à condition que cela soit fait de manière transparente et sur la base de critères objectifs et non discriminatoires. Le nombre de candidats ou de soumissionnaires invités à poursuivre la procédure de passation est suffisant pour garantir une réelle concurrence.

§ 4. L'adjudicateur communique à tous les participants la description de l'organisation de la procédure envisagée ainsi qu'un délai indicatif de remise des offres.. Les modifications éventuelles sont communiquées à tous les participants et, dans la mesure où elles concernent des éléments figurant dans l'avis de concession, à tous les opérateurs économiques.

§ 5. L'adjudicateur garantit une consignation adéquate des étapes de la procédure de passation selon les moyens qu'il juge appropriés, sous réserve des dispositions de l'article 31, §§ 1^{er} et 2, relatives à la confidentialité.

§ 6. L'adjudicateur est libre d'organiser une négociation avec les soumissionnaires. L'objet de la concession, les exigences minimales et les critères d'attribution ne sont pas modifiés au cours de négociation.

§ 7. Le Roi peut compléter et préciser les dispositions du présent article notamment sur le contenu minimal des documents de concession».

22. L'article 48 de la Loi stipule :

«§ 1^{er}. Les adjudicateurs fixent dans l'avis de concession les conditions de sélection des candidats ou soumissionnaires. Ces conditions sont :

1^o relatives aux capacités professionnelles ou techniques et/ou à la capacité économique ou financière des candidats ou soumissionnaires;

2^o non discriminatoires et proportionnées à l'objet de la concession;

3^o liées et proportionnées à la nécessité de garantir la capacité du concessionnaire d'exploiter la concession, compte tenu de l'objet de la concession et de l'objectif d'assurer une concurrence effective.

Dans les limites précitées, les adjudicateurs peuvent inclure des conditions de sélection de nature environnementale ou sociale.

§ 2. Les adjudicateurs indiquent dans l'avis de concession les documents justificatifs que les candidats ou soumissionnaires doivent fournir pour établir qu'ils répondent aux conditions de sélection.

Ils imposent le recours à un document de preuve provisoire et s'assurent, d'une manière impartiale et transparente, dans le respect du principe d'égalité de traitement :

1^o que les candidats sélectionnés répondent aux conditions de sélection et, le cas échéant, aux règles et critères prévus pour limiter le nombre de candidats sélectionnés; et

2^o que la concession n'est pas attribuée à un soumissionnaire qui ne répond pas aux conditions de sélection.

§ 3. Dans le respect du principe d'égalité de traitement, les adjudicateurs peuvent faire compléter, préciser ou corriger les renseignements et documents que les candidats ou soumissionnaires leur communiquent dans la demande de participation ou l'offre, pour établir qu'ils répondent aux conditions de sélection.

§ 4. Le Roi peut préciser les modalités relatives à la fixation des conditions de sélection, ainsi que celles relatives à l'établissement de la preuve qu'il est répondu aux conditions de sélection».

23. L'article 55 stipule que :

«§ 1^{er}. Les concessions sont attribuées sur la base de critères objectifs qui respectent les principes énoncés aux articles 24, alinéa 1^{er}, 25, § 1^{er} et 38 et qui

garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective permettant de constater un avantage économique global pour l'adjudicateur.

§ 2. Ces critères sont liés à l'objet de la concession et ne confèrent pas une liberté de choix discrétionnaire à l'adjudicateur. Ils peuvent inclure, entre autres, des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation.

Ces critères sont accompagnés d'exigences qui permettent de vérifier de manière effective les informations fournies par les soumissionnaires.

L'adjudicateur vérifie si les offres répondent aux exigences indiquées dans les critères d'attribution et les évalue sur la base des critères d'attribution.

§ 3. Les critères d'attribution sont mentionnés dans l'avis de concession, l'invitation à présenter une offre ou les documents de concession, par ordre décroissant d'importance.

Nonobstant le premier alinéa, lorsque l'adjudicateur reçoit une offre proposant une solution innovante présentant des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel, qui n'aurait pas pu être prévue malgré la diligence de l'adjudicateur, celui-ci peut, à titre exceptionnel, modifier l'ordre des critères d'attribution afin de tenir compte de cette solution innovante. Dans ce cas, l'adjudicateur informe tous les soumissionnaires de la modification de l'ordre d'importance de ces critères et émet une nouvelle invitation à présenter une offre, dans le respect des délais minimaux visés à l'article 47, alinéa 4. Lorsque les critères d'attribution ont déjà été repris dans l'avis de concession, l'adjudicateur publie un nouvel avis de concession, dans le respect des délais minimaux visés à l'article 47, alinéa 3.

La modification de l'ordre des critères ne doit pas entraîner de discrimination».

24. L'article 30 de l'AR stipule :

«§ 1^{er}. L'adjudicateur vérifie la régularité des offres.

L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.

Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;

2° le non-respect des exigences visées aux articles 18, 23, 24 ou 27, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;

3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents de concession.

§ 2. Lorsqu'une offre comporte plusieurs irrégularités non substantielles qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, l'adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations. A défaut d'une telle régularisation, l'adjudicateur déclare l'offre nulle.

L'adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents de concession. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que l'adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.

Les offres substantiellement irrégulières, pour autant qu'elles entrent en ligne de compte pour la régularisation conformément aux alinéas 1^{er} et 2, peuvent uniquement être régularisées avant le début des négociations.

§ 3. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle».

25. L'article 37 stipule, quant à lui, que :

«§ 1^{er}. Sans préjudice de l'article 43, § 2 et 3, de la loi, l'adjudicateur indique dans l'avis de concession ou, en absence d'un tel avis, dans les documents de concession, les conditions de sélection et les documents justificatifs que les candidats ou soumissionnaires doivent fournir pour établir qu'ils répondent aux conditions de sélection.

Le cas échéant, dans les procédures en plusieurs phases, l'avis de concession fixe les critères objectifs et non discriminatoires de limitation du nombre de candidats qui seront sélectionnés et les documents justificatifs que les candidats doivent fournir pour établir qu'ils répondent aux critères précités.

§ 2. Chaque condition ou critère visé au paragraphe 1^{er} doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires.

§ 3. Sans préjudice de l'article 42, § 2, lorsque le candidat ou soumissionnaire est un groupement d'opérateurs économiques, c'est le groupement dans son ensemble qui doit satisfaire aux conditions et critères de sélection. Néanmoins, chaque condition ou critère doit être entièrement satisfait par au moins un membre du groupement.

Toutefois, lorsque des raisons objectives le justifient et dans le respect du principe de proportionnalité, l'adjudicateur peut déroger à l'alinéa 1^{er}».

26. Votre Conseil s'est déjà prononcé à plusieurs reprises en ce qui concerne les principes d'égalité et de non-discrimination, ainsi que du principe *partere legem quam ipse fecisti* et la comparaison des critères des offres et la pondération des critères d'attribution :

[...]

III.2.2. EN L'ESPÈCE

III.2.2.1. SUR LA PREMIÈRE BRANCHE : L'OFFRE DE LA S.A. SECURITAS EST IRRÉGULIÈRE ET NE SATISFAIT AUX PRESCRIPTIONS DU CSC

27. En l'espèce, la partie adverse reconnaît, expressément, au point 2.5 Conclusion du rapport d'analyse des offres que : «L'offre de SECURITAS est une solution professionnelle qui déroge en partie sur le plan de la configuration demandée dans le cahier des charges mais qui couvre tous les points demandés dans le cahier des charges».

28. Dire que l'offre de la s.a. SECURITAS déroge au CSC est peu dire. En effet, le CS précise pourtant :

En son article 3 – Variantes, le CSC dispose que : «Le pouvoir adjudicateur ne tient pas compte des variantes que le soumissionnaire propose éventuellement».

En conséquence, les variantes sont interdites. Or, l'offre de la s.a. SECURITAS déroge à ce point au CSC qu'il s'agit sans conteste d'une variante. A tout le moins, elle ne répond pas aux critères du CSC et devait être écartée.

Ainsi, au sein des clauses techniques du CSC, la description de l'installation mixte d'appel est opérée comme suit

«Le système d'appel doit se composer de cinq éléments principaux, à savoir :

- le poste d'appel;
- les commandes à distance;
- une ou plusieurs caméras permettant un enregistrement en continu (24 h sur 24);

- un équipement de réception pour la centrale d'alarme privée;
- un dispositif de réception pour la zone de police». (p.12/24)

Or, le système de la s.a. SECURITAS ne se compose que de 4 points, vu que le poste d'appel et la commande à distance sont un seul équipement.

De même :

«Le poste d'appel doit :

- être équipé d'un microphone installé horizontalement. L'appareil doit pouvoir être installé verticalement sur ou dans une vitrine ou sur un mur (par ex., à l'aide d'éléments de fixation prévus à cet effet). Le haut-parleur doit être installé verticalement aux fins d'une diffusion sonore optimale. Ces prescriptions ont également pour objet de prévenir que l'utilisateur n'installe des objets sur le poste d'appel, qui réduiraient la qualité sonore;
- Les normes européennes suivantes doivent au moins être respectées : CEM-(EN 301489 V1.4.1, édition 2002, EN61000, EN55022 et EN50130), Normes de sécurité applicables aux télécommunications et à l'électronique (EN60950-1-2001);
- la réglementation R.o.H.S. entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006 en vertu de la Directive européenne R.o.H.S. (directives 2002/95/CE et 2002/96/CE) - Décision de la Commission 2006/690/CE du 12 octobre 2006 - Décision de la Commission 2006/691/CE du 12 octobre 2006 - décision de la Commission 2006/692/CE du 12 octobre 2006, doit être obligatoirement respectée;
- être équipé d'un dispositif contrôlant la batterie et garantissant sa recharge. L'autonomie doit s'élever à 50 heures à une charge de 80 %;
- pouvoir transmettre les perturbations techniques suivants à une centrale d'alarme privée (quelle que soit la zone de police) :
 - o la perte de la tension 220V avec un système de retardement "variable" afin de prévenir les notifications non sollicitées;
 - o la perte de la capacité de charge;
 - o la perte de charge de la batterie si cette dernière atteint moins de 30 % de sa capacité totale;
 - o la récupération de la tension 220V;
 - o la récupération de la capacité de charge totale».

«L'appareil doit :

- satisfaire à la norme européenne applicable aux télécommunications et doit pouvoir fonctionner en mode DTMF ainsi qu'avec le système décimal des anciennes centrales téléphoniques privées sur lesquelles il serait éventuellement raccordé;
- être équipé d'un mémoire d'appel renseignant le numéro, la date et l'heure et offrir des possibilités de traçage;
- (...)».

Or, et sans disposer de l'offre de la s.a. SECURITAS, nous pouvons indiquer que le système proposé par la s.a. SECURITAS provient d'un équipementier Chinois qui ne respecte pas l'ensemble des normes précisées et donc les directives européennes.

De même, le système de la s.a. SECURITAS ne dispose pas d'un système de retardement «variable» afin de prévenir les notifications non sollicitées; ni d'un système de récupération de la tension 220V, dès lors qu'il s'agit d'un système qui fonctionne sur le principe d'un GSM et donc avec un chargeur et non une alimentation directe.

Le système de la s.a. SECURITAS n'offre également pas le principe de fonctionnement DTMF ainsi qu'avec un système décimal des anciennes centrales téléphoniques privées sur lesquelles il serait éventuellement raccordé, dès lors qu'il utilise exclusivement le réseau GSM et ne peut donc être raccordé à la centrale

téléphonique du client.

En ce qui concerne les commandes à distance, le CSC précise :

«1.2 Commandes à distance

La commande à distance est destinée aux personnes commercialement actives à très actives et poursuit un objectif prédéterminé. Elle doit donc satisfaire à des exigences minimales.

En tenant compte des évolutions prescrites par la CE en matière de connexions radio et des problèmes techniques connus et propres aux modulations d'amplitude (AM) utilisées dans les commandes à distance actuelles, le système d'appel proposé doit fonctionner avec une modulation de fréquence cryptée (FM). La commande à distance au format de poche doit fonctionner dans un rayon d'action de 20 mètres au moins.

Les commandes à distance doivent :

- posséder un codage unique et au moins afficher la présence et l'état de la batterie;
- au moins respecter la norme européenne EN300 220 et être compatible avec les classes IP51, IP11 et IP66 "temporaire". En fonction de leur conception, les commandes à distance doit être mécaniquement et électroniquement protégées afin qu'il soit impossible de les utiliser fortuitement.

1.2.1 - Dispositif d'appel discret sur le système informatique (caisse enregistreuse, PC)

Le soumissionnaire peut également proposer un dispositif permettant aux utilisateurs d'envoyer un appel discret à partir d'un poste de travail, d'une caisse automatique, etc. Dans ce cadre, des garanties identiques doivent être prévues afin de prévenir les appels non sollicités».

Le système proposé par la s.a. SECURITAS ne dispose pas de télécommande. Il n'y a pas d'élément radio fonctionnant sous modulation AM ou FM... Le système proposé ne semble également pas disposer d'un dispositif d'appel discret sur le système informatique ni de système de déclenchement sur caisse automatique, etc.

En ce qui concerne les caméras, le CSC précise que celles-ci doivent «permettre la commutation d'un objectif variable 3.5-8 mm ou 5-15 mm en fonction du cadre et de l'angle éventuellement nécessaires dans chaque commerce ou local professionnel d'une profession libérale avec permanence, et ce, afin d'adapter les caméras à l'environnement».

Il est également clairement indiqué que :

«Les systèmes du type "webcam" et "camera cube" sont interdits, à l'instar des équipements dépendant de dispositifs de tiers et qui adaptés aux principes du fournisseur du type "dynDNS". Des systèmes similaires du type ("peer to peer") P2P sont également interdits, étant donné qu'ils n'offrent aucune garantie en matière de confidentialité et de protection des données et de continuité de la prestation de services dans le temps. Dès lors, le concessionnaire devra gérer en interne l'intégralité du système proposé afin de garantir la continuité et la fiabilité».

Or, la caméra AXIS M1065 est une caméra de type caméra cube, laquelle est interdite par le CSC. Elle ne dispose, également, pas d'un objectif variable pourtant exigé.

29. On constate donc que le système proposé par la s.a. SECURITAS ne répond pas aux critères spécifiés par le CSC ce que la partie adverse reconnaît expressément.

La partie adverse a, néanmoins, décidé arbitrairement et sans aucune motivation pertinente, de ne pas respecter son propre CSC, faussant la concurrence et violant

les dispositions visées au moyen et les principes d'égalités des soumissionnaires, de comparaison effective des offres et de non-discrimination.

La partie adverse n'explique pas pour quels motifs légalement admissibles elle a choisi l'offre de la s.a. SECURITAS, nonobstant les dérogations avérées de son offre aux prescriptions du CSC applicable au marché.

Compte tenu de ses propres critères, la partie adverse devait écarter l'offre de la sa SECURITAS et/ou à tout le moins, analyser de manière minutieuse les dérogations de l'équipement proposé et motiver adéquatement sa décision, ce qu'elle n'a pas fait.

Les dispositions visées au moyen ont donc été violées.

La première branche du moyen unique est sérieuse et fondée.

III.2.2.1. SUR LA SECONDE BRANCHE : LA PARTIE ADVERSE DEVAIT ANALYSER LES DOCUMENTS PRODUITS AU REGARD DES CRITÈRES D'ATTRIBUTION ET COMPARER EFFECTIVEMENT LES OFFRES DÉPOSÉES ; ELLE DEVAIT MOTIVER LES RAISONS POUR LESQUELLES ELLE ATTRIBUE DES POINTS DIFFÉRENTS AUX OFFRES DÉPOSÉES ET NE POUVAIT FIXER DES SOUS-CRITÈRES NON ANNONCÉS DANS LE CSC ET COMPARER DES SITUATIONS COMPARABLES

30. En l'espèce, l'acte attaqué entérine purement et simplement le rapport d'analyse des offres. L'acte attaqué ne contient aucune motivation spécifique. Les motifs de la décision querellée sont donc exclusivement à rechercher au sein dudit rapport d'attribution.

Si la motivation par référence est admise, encore faut-il que l'avis/document auquel il est fait référence soit lui-même adéquatement motivé. A défaut, la décision qui s'y réfère fait sienne les vices qu'il contient.

Tel est le cas en l'espèce.

31. Le CSC précise, en son article 1^{er}, que «la concession est attribuée au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus avantageuse, tenant compte des critères d'attribution suivants et de leur pondération :

La qualité technique, la capacité et la facilité d'utilisation de l'appareil proposé (la qualité de transmission des données audio et vidéo, le poste d'appel, les commandes à distance, les caméras avec possibilité d'enregistrement en continu (24heures sur 24), les dispositifs de réception pour la centrale d'alarme privée et pour la zone de police».

Il est également précisé que «Le critère d'attribution "Qualité technique, capacité et facilité d'utilisation de l'appareil proposé" est évalué à l'aide, d'une part, de la description technique que le soumissionnaire doit joindre à son offre, et, d'autre part, du test réel du matériel proposé et visé au point 1 des dispositions techniques».

Le second critère est le prix, pour lequel une formule est proposée.

Le test réel du matériel proposé et visé au point 1 des dispositions techniques est précisé en ces termes : «Le soumissionnaire doit procéder, gratuitement, à un test réel de l'appareil proposé afin qu'un représentant du pouvoir adjudicateur puisse vérifier sa qualité technique et sa convivialité. Ce test ne doit être exécuté dans un laboratoire obligatoirement situé sur le territoire belge» (*sic*, [...]).

32. En ce qui concerne ce test «réel», le libellé du CSC n'est pas clair. En effet,

s'agissant d'un test «réel», il paraît logique que ce dernier soit réalisé dans des conditions d'utilisation réelles et non en laboratoire. Le libellé n'est, toutefois, pas clair et peut prêter à interprétation dans les deux sens, soit qu'un test en laboratoire est permis, voire exigé, soit qu'un test en laboratoire n'est pas permis, ce qui serait logique vu qu'il doit s'agir, selon les termes du CSC, d'un test réel, ce qui signifie qu'il devrait être réalisé dans des conditions réelles d'intervention et non au sein d'un laboratoire où tous les paramètres peuvent être contrôlés.

En tout état de cause, pour pouvoir comparer objectivement la qualité technique d'un appareil à un autre, il convient de comparer des situations similaires, soit deux tests en laboratoires ou deux tests en conditions réelles.

Or, si l'équipement de la requérante a fait l'objet d'un test en situation réelle (la requérante étant déjà active sur d'autres communes), l'équipement de la s.a. SECURITAS a fait l'objet d'un test en laboratoire.

Ces deux tests ne peuvent être adéquatement et objectivement comparés, dès lors qu'au sein d'un laboratoire, tous les paramètres peuvent être contrôlés, ce qui n'est pas le cas en situation réelle.

Ainsi, en situation réelle, la qualité de la retransmission dépend fortement de la qualité du système personnel de l'abonné et de la zone de police, à savoir la capacité de la bande passante, etc. : Chaque équipement dépend du type d'abonnement à un fournisseur internet. Les fournisseurs internet belges offrent des vitesses de transfert upload / download et des volumes mensuels d'utilisation. Il n'est donc pas possible comme dans un laboratoire de dépasser les limites (vitesse) du fournisseur internet et donc l'équipement dépend de la qualité et de la performance du réseau belge. Ainsi, de manière réelle, un équipement performant ne saura faire plus que les limites du fournisseur. À la différence, un laboratoire offre des vitesses impossibles de disposer sur un réseau public.

On pourrait imaginer cette situation à une voiture de course au 300 km/h compteur et l'obliger de rouler en ville à 50 km/h en condition réelle d'utilisation sur les infrastructures publiques avec une voiture testée sur un circuit privé (labo) ou l'évaluateur constate finalement de meilleures performances de vitesse que dans les rues de Bruxelles limitées à 50...

Tel n'est pas le cas en laboratoire où la qualité sera nécessairement meilleure, car contrôlée.

Il n'est donc pas surprenant que, sur la base des deux tests effectués, l'un en conditions réelles, l'autre en laboratoire, le test en laboratoire soit de meilleure qualité.

La partie adverse devait donc soit effectuer deux tests en laboratoires, soit deux tests en situation réelle, mais ne pouvait pas comparer un test en situation réelle et un test en laboratoire sans violer les dispositions visées au moyen et, particulièrement, les principes d'égalité et de non-discrimination, la comparaison effective des offres.

33. Par ailleurs, on relèvera que, dans le rapport d'analyse des offres, si le volet technique est examiné pour la s.a. SECURITAS en son point 2.3, 2.4, 2.4.1, 2.4.2 et 2.4.3, tel n'est pas le cas pour l'offre de la requérante.

Sur la base du rapport d'analyse des offres, l'on ne saurait dire si le dossier a bien été lu et, a fortiori, examiné. Le rapport se limite à préciser que «un dossier technique contenant une description technique complète et la documentation avec les photos de l'appareil proposé (voir document set si je ratais quelque chose 72 pages dont 50 pages de revue de presse)».

Les points examinés par la partie adverse relatifs à l'offre de la requérante ne sont pas les mêmes que ceux de l'offre de la s.a. SECURITAS.

34. Enfin, le critère libellé comme suit dans le CSC «La qualité technique, la capacité et la facilité d'utilisation de l'appareil proposé (la qualité de transmission des données audio et vidéo, le poste d'appel, les commandes à distance, les caméras avec possibilité d'enregistrement en continu (24heures sur 24), les dispositifs de réception pour la centrale d'alarme privée et pour la zone de police», se décompose lors de la conclusion générale en 10 sous-critères pondérés chacun sur 5 points. Cette pondération et ces sous-critères n'étaient pas annoncés dans le CSC initial.

De même, et plus fondamentalement, des points sont attribués de manière totalement arbitraire sans que l'on comprenne sur quelle base et comment ces différents points ont été attribués.

Ainsi, l'on ne peut comprendre pour quelles raisons, la s.a. SECURITAS obtient le maximum de point pour chaque sous-critère et la requérante obtient, à chaque fois, un nombre de points moindre et, tantôt 1 point, tantôt 2 points, tantôt 3 points ou tantôt 4 points.

De surcroît, comme le précise expressément la partie adverse, le dispositif de la s.a. SECURITAS n'a pas encore été installée chez le moindre commerçant, ce qui n'est pas le cas de l'équipement de la requérante, de sorte que l'on ne sait comment fonctionnera cet équipement en situation réelle. La partie adverse précise à ce sujet que : «la seule inconnue pour l'instant est le fait que la solution proposée n'a pas encore été installée chez des commerçants». Elle reconnaît donc ne pas avoir pu statuer en connaissance de cause.

Les points de l'équipement de la s.a. SECURITAS sont donc bien purement théoriques, alors que ceux attribués, arbitrairement, à la requérante sont bien octroyés sur la base d'une situation réelle, concrète, qui n'est donc absolument pas comparable avec le test théorique de la s.a. SECURITAS.

En conséquence :

- Les sous-critères n'ont pas été annoncés dans les documents du marché et contiennent des éléments qui auraient pu influencer sur la préparation des offres s'ils avaient été connus et ont un effet discriminatoire envers la concluyente;
- Les points attribués ne sont absolument pas justifiés et aucun motif ne permet de les comprendre ; ils semblent attribués arbitrairement et uniquement pour favoriser, in fine, l'offre de la s.a SECURITAS;
- La partie adverse s'est basée sur deux situations incomparables pour effectuer son choix et la comparaison des offres, à savoir un test en laboratoire et un test en situation réelle;
- Le rapport d'analyse des offre, et donc l'acte attaqué qui le fait sien, n'analyse pas concrètement l'offre de la requérante et ne compare pas effectivement et concrètement l'offre déposée par la requérante.

Les dispositions visées au moyen sont violées.

La seconde branche du moyen unique est sérieuse et fondée.

Le moyen unique est sérieux et fondé en toutes ses branches".

VI.2. Appréciation du Conseil d'Etat

VI.2.1. Quant à la recevabilité du moyen

Le moyen critique l'acte attaqué en ce qu'il attribue le marché litigieux à la société SECURITAS au terme d'une comparaison des offres qui ne serait pas effective, reposerait sur la mise en œuvre de sous-critères non annoncés dans les documents du marchés et ne répondrait pas aux exigences de motivation qui incombaient à la partie adverse (seconde branche), et alors que l'offre de cette société ne répond pas aux critères fixés par la partie adverse, ce que celle-ci reconnaît d'ailleurs expressément (première branche).

L'intérêt à ce moyen, notamment au regard du ou des grief(s) que causeraient à la requérante les illégalités dénoncées, pourrait poser question à la lecture du rapport d'évaluation établi par les services de la partie adverse le 22 juin 2018, et duquel il ressort notamment que des réserves seraient émises quant au caractère sélectionnable de la candidature de la requérante et à la régularité de son offre.

Force est toutefois de constater que la partie adverse n'a pas attaché d'effets juridiques à ces réserves: aucun élément ne permet d'interpréter l'acte attaqué (et le rapport d'évaluation dont celui-ci s'approprie la teneur) en ce sens qu'elle aurait décidé de ne pas sélectionner la requérante ou de déclarer son offre irrégulière.

Dans ces circonstances, l'intérêt de la requérante à son moyen doit être admis.

VI.2.2. Quant au caractère sérieux du moyen

Quant à la première branche

Au titre de la première branche de son moyen, la requérante fait valoir ce qui suit:

" la partie adverse attribue le marché de concession à la s.a. Sécuritas, nonobstant le fait que son offre ne réponde pas aux critères fixés par le pouvoir adjudicateur, ce qu'elle reconnaît expressément",

alors que

" il ne pouvait être considéré que l'offre de la s.a. Securitas était régulière sans violer les dispositions visées au moyen".

L'article 30 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession est libellé comme suit:

" § 1^{er}. L'adjudicateur vérifie la régularité des offres.
L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.
Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la

comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;

2° le non-respect des exigences visées aux articles 18, 23, 24 ou 27, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;

3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents de concession.

§ 2. Lorsqu'une offre comporte plusieurs irrégularités non substantielles qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, l'adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations. A défaut d'une telle régularisation, l'adjudicateur déclare l'offre nulle.

L'adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents de concession. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que l'adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.

Les offres substantiellement irrégulières, pour autant qu'elles entrent en ligne de compte pour la régularisation conformément aux alinéas 1^{er} et 2, peuvent uniquement être régularisées avant le début des négociations.

§ 3. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle".

Dès lors qu'elle constatait des dérogations aux prescriptions, la partie adverse était tenue, en vertu des dispositions précitées de l'article 30, d'examiner ces dérogations, de les qualifier de substantielles ou non substantielles et, enfin, de décider de retenir, faire modifier ou écarter l'offre de la société SECURITAS.

En l'absence de dossier administratif, rien ne permet de vérifier que la partie adverse aurait effectué ces devoirs, ce que conteste d'ailleurs la requérante, particulièrement au point 29 de sa requête.

Il s'ensuit que le moyen doit être déclaré sérieux en sa première branche.

Quant à la seconde branche

Parmi les griefs que la requérante formule au titre de la seconde branche, figure la motivation formelle indigente de l'acte attaqué, en tant qu'il choisit d'attribuer la concession litigieuse à la société SECURITAS, au terme d'une comparaison effectuée notamment sur la base du critère "Qualité technique, capacité et facilité d'utilisation de l'appareil proposé".

Il apparaît, à la lecture du rapport d'évaluation établi le 22 juin 2018, que, s'agissant de ce critère d'attribution, des points ont été attribués aux deux soumissionnaires, sans toutefois qu'il soit possible de comprendre sur quelle base et

comment ces différents points ont été attribués, comme le fait valoir la requérante.

Une telle motivation, qui ne décrit pas les points forts et faibles des différentes offres et ne permet pas de comprendre pour quels motifs la partie adverse a décidé d'attribuer aux différents soumissionnaires les cotes qu'elle leur a accordées, ne peut être tenue pour suffisante au regard de l'obligation de motivation formelle qui lui incombait.

Le moyen doit être déclaré sérieux en sa seconde branche.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VIII. Confidentialité

Quoique les parties n'aient pas formulé de demande à ce propos, il s'impose de déclarer d'office comme confidentielles les deux offres déposées dans le cadre de la procédure litigieuse, lesquelles sont identifiées comme étant les pièces 2 et 3 du dossier administratif.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision prise le 11 septembre 2018, par la le Chef de corps de la zone de Police "Bruxelles-Capitale-Ixelles" (ZP5339), d'attribuer le marché "Concession de services pour l'exploitation, pendant 60 mois, d'un système de détection de personnes (appels discrets) dans les commerces et les locaux professionnels de professions libérales, avec permanence sur le territoire de la Zone de police Bruxelles CAPITALE Ixelles et relié à une centrale d'alarme privée pouvant transmettre les données à la Zone de Police" à la société anonyme SECURITAS" est ordonnée.

Article 2.

Les pièces 2 et 3 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

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 à la partie qui n'a pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le vingt-huit février deux mille dix-neuf par :

M. David DE ROY,
M^{me} Katty LAUVAU,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.