

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 245.961 du 30 octobre 2019

A. 219.631/VI-20.812

En cause : **la société anonyme CITY PARKING,**

ayant élu domicile chez
M^e Alexandre PATERNOSTRE, avocat,
avenue Winston Churchill 253/40
1180 Uccle,

contre :

la ville d'Arlon,

ayant élu domicile chez
M^{es} Bernard DE COCQUEAU et
André DELVAUX, avocats,
place des Nations Unies 7
4020 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 30 juin 2016, la société anonyme CITY PARKING demande l'annulation de "la décision de la Ville d'Arlon du 29 avril 2016 de ne pas sélectionner sa candidature et d'attribuer le marché de contrôle du stationnement à durée limitée sur la voie publique (référéncé MS-PNDAP/16-1174) à un autre soumissionnaire (dont l'identité n'est ni révélée, ni connue de la partie requérante), du chef de violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir".

II. Procédure

Un arrêt n° 243.323 du 3 janvier 2019 a rouvert les débats et a chargé le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général, de rédiger un rapport complémentaire. Il a été notifié aux parties.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport complémentaire sur la base de l'article 13 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 18 juillet 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 11 septembre 2019.

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^{es} Alexandre PATERNOSTRE et Benoît CAMBIER, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Florence NATALIS, *loco* M^{es} Bernard de COCQUEAU et André DELVAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur, a été entendu en son avis contraire.

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

Les faits utiles ont été exposés dans l'arrêt n°243.323 du 3 janvier 2019.

IV. Recevabilité ratione temporis

IV.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante déplore le fait que la partie adverse ait soulevé, à la veille de l'audience de plaidoiries, un moyen d'irrecevabilité dont elle aurait dû avoir connaissance dès l'introduction du recours et qui se fondait sur une pièce du dossier administratif initialement déposée de manière incomplète. Elle dénonce, en outre, le

fait que la partie adverse ne lui avait transmis par écrit, la veille de l'audience, qu'une version très incomplète de l'argument d'irrecevabilité qu'elle a ensuite développé lors de sa plaidoirie. Elle y voit une atteinte avérée à la loyauté procédurale et en déduit que l'exception nouvelle doit être déclarée irrecevable. Elle se réfère aux arrêts n^{os} 240.250 du 20 décembre 2017 et 242.871 du 7 novembre 2018 et n'aperçoit pas "en quoi la partie adverse devrait bénéficier d'un traitement plus favorable lorsqu'elle soulève une exception d'irrecevabilité *rationae temporis* d'ordre public qu'une partie requérante qui soulève un moyen d'ordre public".

La requérante explique ensuite que l'exception doit être rejetée dans la mesure où le courrier du 29 avril 2016 mentionne expressément que le recours dont elle dispose est un recours en annulation au sens de l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et qu'il a été introduit dans ce délai. Elle souligne que la partie adverse a présenté son envoi comme une notification et non comme une communication au sens de l'article 23 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 que ce courrier précise également que le recours doit être introduit dans un délai de 60 jours qui commence à courir après la notification de la décision. Elle en déduit qu'en application de l'article 4, § 2, alinéa 3, du règlement général de procédure, le délai venait à échéance le 3 juillet 2016 de telle sorte que son recours est recevable *ratione temporis*. Elle ajoute qu'elle a été induite en erreur par la partie adverse et que l'indication "d'un point de départ d'un délai de recours inexact constitue une illégalité qui affecte la notification qui soit doit être privée d'effets, soit doit s'apparenter à une notification n'indiquant pas les délais de recours, en manière telle que le délai est prorogé de quatre mois". Elle souligne que si le courrier du 29 avril 2016 se réfère à l'article 29, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 précitée, les dispositions auxquelles cet article renvoie ne concernent pas les données relatives aux procédures de recours, mais les informations de fond que l'autorité doit "communiquer" au soumissionnaire évincé ou non-sélectionné de telle sorte que la simple mention de cette disposition n'est pas suffisante. Elle considère que la "carence avec laquelle la Ville d'Arlon met en œuvre une formalité substantielle prévue dans cette disposition génère de l'insécurité juridique et porte dès lors atteinte au droit à un recours effectif garanti par l'article 6.1 de la CEDH". Elle avance qu'aucun motif grave ne justifierait qu'on revienne sur l'attente légitime créée par le courrier de la partie adverse. Elle soutient également que la loi ne définissant pas la notion de "communication", le délai n'a pu prendre cours qu'à dater de la réception de la décision.

La requérante observe ensuite que le montant initial de l'offre du soumissionnaire retenu dépassait le montant des seuils européens de plus de 20% et impliquait donc le respect d'un délai de *standstill* et celui des modalités de communication applicables aux marchés qui dépassent les seuils européens dont l'obligation de double communication.

Elle expose également que l'enseignement de l'arrêt n° 242.768 du 24 octobre 2018 n'est pas transposable aux recours en annulation pour les marchés situés sous les seuils européens.

À titre infiniment subsidiaire, la requérante estime que la lecture que la ville d'Arlon donne au mode de computation des délais de recours viole les articles 10 et 11 de la Constitution et porte atteinte au droit à un procès équitable. Elle invite le Conseil d'État à procéder à une interprétation conciliante des textes ou à interroger la Cour constitutionnelle à titre préjudiciel.

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse explique que le montant estimé du marché n'atteint pas le seuil fixé pour la publicité européenne pour les marchés de services et que l'obligation de double notification n'était donc pas applicable. Elle fait également valoir que la disposition relative au montant de l'offre du soumissionnaire retenu qui dépasse de plus de 20% le montant de seuils européens n'était pas applicable en l'espèce et que le montant réel ne dépasse, en toute hypothèse, pas ce seuil.

Elle souligne qu'elle a communiqué les motifs de la non-sélection de l'offre de la requérante par un courrier recommandé envoyé le 29 avril 2016 de telle sorte que le délai pour introduire un recours expirait le mardi 28 juin 2016 et que la requête introduite le 30 juin 2016 est irrecevable *ratione temporis*. Elle note que la requérante n'a jamais contesté que ce courrier du 29 avril 2016 avait bien été déposé à la poste le jour mentionné sur ce courrier et relève qu'au regard de la réglementation applicable, la communication de l'acte ne peut se confondre avec la réception de celui-ci.

Elle conteste avoir manqué à une obligation de loyauté procédurale et constate que les droits de la défense sont parfaitement préservés grâce à l'arrêt n° 243.323 du 3 janvier 2019. Elle souligne le caractère d'ordre public des règles relatives aux délais de recours et remarque que "l'argument d'irrecevabilité était loin d'être imprévisible dans le chef de la requérante dès lors que le courrier d'information

de la décision de non-sélection est daté du 29 avril 2016, cette date correspondant à celle figurant sur le cachet de la poste".

La partie adverse fait valoir que le "délai prévu pour introduire un recours en annulation devant le Conseil d'État, en matière de marchés publics, n'est pas décidé par l'autorité adjudicatrice au travers de son courrier de communication", mais "par la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics" qui fait "courir le délai à compter du lendemain du jour de la communication des motifs de la décision de l'autorité adjudicatrice". Elle se réfère à un arrêt n° 242.768 du 24 octobre 2018 dont elle estime les enseignements transposables en l'espèce.

Elle relève que "ni la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, ni la réglementation propre au Conseil d'État ne font, en l'occurrence, obligation à la partie adverse d'indiquer le mode de computation du délai ou l'ensemble des dispositions de la loi recours qui sont susceptibles de justifier un recours en matière de marchés publics".

Elle justifie la référence, dans le courrier du 29 avril 2016, à l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État par le fait que l'article 9/1 de la loi du 17 juin 2013 précité n'étant entré en vigueur que le 30 juin 2017, "les dispositions de la loi du 17 juin 2013 doivent être complétées par les lois coordonnées sur le Conseil d'État, ainsi que par l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État". Elle en déduit qu'elle a bien fait mention de la possibilité de saisir le Conseil d'État ainsi que des délais et formes à respecter.

Elle soutient que si elle "a utilisé le terme de «notification» dans son envoi du 29 avril 2016", "cela ne peut avoir de conséquences sur la manière dont le délai doit être calculé en matière de marchés publics" puisque la loi du 17 juin 2013 à laquelle le courrier fait référence "fait courir le délai à compter du lendemain du jour de la communication des motifs de la décision de l'autorité adjudicatrice".

La partie adverse estime enfin que la requérante reste "en défaut d'indiquer en quoi le fait de faire courir le délai à partir de la communication de la décision motivée par courrier recommandé a nui à l'effectivité de son recours" et considère qu'il n'y a pas lieu d'interroger la Cour constitutionnelle, la requérante n'indiquant pas "quelle est exactement la différence de traitement dont la

constitutionnalité est remise en cause". Elle conteste, par ailleurs, l'interprétation conciliante que propose la requérante.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Conformément à l'article 23, §§ 1^{er} et 2, 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, article rendu applicable à la présente espèce par l'article 33 de la même loi, le recours en annulation doit être introduit dans un délai de soixante jours à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.

Pour ce qui concerne les décisions d'une autorité adjudicatrice qui doivent faire l'objet d'une communication en vertu de l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 précitée, rendu applicable au présent cas d'espèce par l'article 29, § 1^{er}, de la même loi, le point de départ du délai est, par conséquent, cette communication.

Cet alinéa 1^{er} s'adresse à l'autorité adjudicatrice, à qui il fait obligation de communiquer sa décision "dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée". Cette disposition ne concerne donc que l'envoi de la décision par l'autorité, la question de sa réception étant étrangère aux obligations imposées à celle-ci. Il s'ensuit que la communication visée par cette disposition ne peut s'entendre que de l'acte posé par l'autorité adjudicatrice lorsqu'elle envoie aux soumissionnaires sa décision motivée.

Conformément à l'article 3.1 du Règlement (CEE, Euratom) n° 1182/71 du Conseil, du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes dans le droit communautaire, rendu applicable en l'espèce par l'article 68 de la loi du 17 juin 2013, le délai d'introduction d'un recours en annulation d'une décision d'attribution d'un marché public "est à compter à partir du moment où survient un événement ou s'effectue un acte, le jour au cours duquel a lieu cet événement ou s'effectue cet acte n'est pas compté dans le délai". L'acte qui fait courir le délai étant, en l'occurrence, la communication, au sens précité, effectuée par la partie adverse, le jour de cette communication n'est pas compté dans le délai, lequel commence donc à courir le lendemain.

En l'espèce, la partie adverse a communiqué à la requérante les motifs de sa non-sélection par un courrier recommandé déposé à la poste le 29 avril 2016. Conformément aux dispositions précitées, le délai pour saisir le Conseil d'État d'une requête en annulation expirait, dès lors, le mardi 28 juin 2016. Le présent recours a été

introduit le 30 juin 2016, soit après l'expiration de ce délai, ce qui n'est pas contesté en tant que tel.

Comme l'a spécialement mis en exergue la requérante dans le cadre de la réouverture des débats ordonnée par l'arrêt n° 243.323 du 3 janvier 2019, il y a lieu d'observer que le courrier de communication adressé par la partie adverse le 29 avril 2016 indique expressément à la requérante que son éventuel recours "doit être introduit sous peine d'irrecevabilité dans les soixante jours après la présente notification" et précise que les informations sur les recours sont données conformément à l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, disposition qui n'impose de telles informations que pour les actes individuels devant être notifiés aux administrés.

La référence expresse ainsi faite par la partie adverse à un délai débutant à la notification de l'information donnée implique que la partie adverse a indiqué à la requérante que son délai commençait à courir à la réception de ce courrier du 29 avril 2016, la notification d'un acte n'étant accomplie qu'au moment où l'administré en prend connaissance ou aurait dû en prendre connaissance.

Sans doute la partie adverse peut-elle être suivie lorsqu'elle soutient en substance, d'une part, que le délai d'introduction d'un recours n'est pas décidé par l'autorité au travers de son courrier de communication, mais bien par les dispositions légales ou réglementaires qui régissent ce recours, et, d'autre part, que, en l'espèce, le délai de recours a pu courir, en vertu des dispositions applicables de la loi du 17 juin 2013, à compter du lendemain du jour de la communication des motifs de la décision attaquée, et ce nonobstant l'emploi du terme "notification" dans le courrier du 29 avril 2016. La mention des voies de recours effectuée par l'autorité et les termes employés à cette fin ne peuvent, en effet, entraver l'application des dispositions légales ou réglementaires régissant les recours, de sorte qu'une mention erronée ne peut, en règle, priver d'effet ces dispositions.

Cette primauté des dispositions régissant les voies de recours sur les mentions contenues dans le courrier que l'autorité adresse à l'administré est toutefois étrangère à l'enjeu du débat qui oppose les parties à ce stade de la procédure, particulièrement au regard des effets qui, le cas échéant, s'attacheraient à ce que la requérante estime être une mention erronée des voies de recours. Si une telle erreur devait être constatée, elle pourrait entraîner l'une des deux conséquences suivantes : soit elle provoquerait – pour autant que la requérante puisse être suivie lorsqu'elle invoque l'applicabilité de l'article 19, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État –

un report de la prise de cours du délai de recours par l'effet de cette disposition (combinée aux dispositions applicables de la loi du 17 juin 2013), et non à raison de la primauté d'un courrier sur les dispositions légales applicables. Soit cette erreur dans la mention des voies de recours pourrait s'analyser en un cas de force majeure qui, en tant que tel, n'aurait aucune incidence sur la prise de cours et l'écoulement du délai de recours imparti à la requérante (et, partant, sur l'application des dispositions régissant les recours), mais produirait, en faveur de celle-ci, l'effet absolu lui permettant d'échapper à la sanction d'irrecevabilité s'attachant, en principe, à la tardiveté de son recours.

Au vu des éléments invoqués par les parties dans le cadre de la réouverture des débats, et notamment de ce que la requérante estime être une mention erronée des voies de recours dans le courrier qui lui a été adressé le 29 avril 2016, il incombe donc avant tout au Conseil d'État, afin de pouvoir statuer sur l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse, de déterminer si la mention du recours était erronée et, dans l'affirmative, la conséquence que produit ce caractère erroné, soit sur la prise de cours du délai de recours, soit en tant qu'il est susceptible de constituer un cas de force majeure.

Dans ses "Observations complémentaires", la partie adverse justifie la mention faite, dans le courrier du 29 avril 2016, de l'article 19 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, par une référence à l'article 25 de la loi du 17 juin 2013 dont elle reproduit la teneur et en vertu duquel les dispositions de cette dernière loi "doivent être complétées par les lois coordonnées sur le Conseil d'État, ainsi que par l'Arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État". L'exposé figurant au point 15 de ces "Observations complémentaires" laisse entendre qu'aux yeux de la partie adverse, la disposition de l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État était bien applicable en l'espèce. Cette justification fait apparaître la contradiction qui entache le raisonnement de la partie adverse : celle-ci soutient, au point 14 de ses "Observations complémentaires", qu'était applicable la loi du 17 juin 2013 qui "fait courir le délai à compter du lendemain du jour de la communication des motifs de la décision de l'autorité adjudicatrice" (la "communication" excluant d'avoir égard à la réception par le destinataire, comme c'est le cas dans un système prenant appui sur la "notification") et – dans le même temps – laisse entendre, pour justifier la référence à cet article 19 (lequel vise, en son alinéa 2, la "notification"), que cet article était applicable, en l'espèce, en vertu de l'article 25 de la loi du 17 juin 2013, ce dont elle s'autorise pour conclure, au point 16 de ces "Observations complémentaires", au respect des dispositions légales applicables. Cette contradiction

impose d'interpréter le raisonnement de la partie adverse de l'une des deux façons suivantes : ou bien elle a estimé, en rédigeant le courrier du 29 avril 2016, que l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État était applicable *mutatis mutandis* à la formalité de communication prescrite par la loi du 17 juin 2013 et considère depuis lors que ce courrier relevait d'une "communication", et non d'une "notification", ce qui devrait logiquement la conduire à admettre que les mentions ainsi contenues dans le courrier du 29 avril 2016 étaient erronées. Ou bien elle a considéré – dès le moment où elle l'a établi et adressé à la requérante – que son courrier du 29 avril 2016 n'était rien d'autre qu'un acte de "communication" posé au titre des obligations que lui impose la loi du 17 juin 2013 et elle doit, tout aussi logiquement, admettre à présent que les références de ce courrier à la "notification" et à l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État étaient tout aussi erronées et ne pouvaient qu'induire en erreur le destinataire de ce courrier.

Au vu de l'objet et du régime juridique de la décision sur laquelle portait le courrier du 29 avril 2016, d'une part, et de la justification que la partie adverse tente vainement de fournir, d'autre part, la mention du recours ouvert devant le Conseil d'État, telle que libellée, ne peut procéder que d'une erreur imputable à la partie adverse.

L'erreur de la partie adverse devant ainsi être constatée, il s'impose – avant même de trancher la question de l'applicabilité éventuelle de l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État en l'espèce – d'examiner si cette erreur doit être considérée comme constitutive d'un cas de force majeure tenant en échec, non pas les dispositions applicables de la loi du 17 juin 2013, mais l'exception d'irrecevabilité *ratione temporis* opposée au présent recours. Il convient, à cet égard, de rappeler qu'un événement ne constitue une force majeure que s'il présente le triple caractère d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et d'extériorité.

S'agissant de la condition d'extériorité, il s'impose de relever qu'en introduisant le présent recours le 30 juin 2016, la requérante n'a pas agi autrement qu'en se conformant à ce que lui laissaient entendre les mentions erronées du courrier du 29 avril 2016, et dans le respect du délai qui eût été ouvert si ce courrier devait, conformément à ces mentions, s'analyser en un acte de notification au sens de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Il n'est, en effet, pas contesté que le présent recours a été introduit dans un délai de soixante jours à dater de la réception du courrier du 29 avril 2016. Dans ces circonstances, il s'impose de constater que ces mentions erronées représentent bien, à l'égard de la requérante, un événement "extérieur".

Par ailleurs, tenant compte de ce que la partie adverse a estimé indispensable de se référer à l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État alors que les dispositions de cet article étaient, selon sa propre argumentation, applicables à la présente cause en vertu de l'article 25 de la loi du 17 juin 2013, les mentions litigieuses du courrier du 29 avril 2016 ne peuvent s'expliquer que comme exprimant l'intention de la partie adverse de donner à la requérante une information déterminante sur les conditions d'exercice du recours qui lui était ouvert. Pour cette raison, cette information ne pouvait, aux yeux de la requérante, que faire figure de repère infaillible, et ce d'autant plus qu'aucune autre indication de ce courrier ne devait raisonnablement l'inciter à douter de l'exactitude et de la fiabilité de cette information. Ainsi, par exemple, aucune autre mention de ce courrier ne permettait à la requérante de déceler le caractère erroné de l'information qui lui était donnée par la partie adverse. Le courrier du 29 avril 2016 ne fait ainsi nullement mention des articles 23 et 33 de la loi du 17 juin 2013 qui fixent, en l'espèce, le point de départ du délai de recours à la communication de l'acte.

À cet égard, c'est vainement que la partie adverse se prévaut de la référence que contient le courrier du 29 avril 2016 à l'article 29, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013, et ce pour les raisons suivantes :

- Comme l'observe la requérante, ni l'article 29, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 ni les dispositions auxquelles celui-ci se réfère ne concernent les voies de recours ou les délais et modalités d'introduction de ceux-ci. Cette référence ne vaut donc pas indication du recours ouvert en vertu de la loi du 17 juin 2013 et la partie adverse ne peut tirer argument – come elle le fait dans son dernier mémoire – de cette référence à une disposition relative à un aspect de la loi du 17 juin 2013 autre que celui de l'organisation des recours juridictionnels, pour tenter de convaincre que le prescrit de l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État – à le supposer même applicable en l'espèce – est respecté.
- Il ne peut être tiré argument de la référence à cet article 29, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 pour suggérer que l'erreur résultant des mentions litigieuses du courrier du 29 avril 2016 ne serait pas irrésistible au motif que la requérante aurait pu, au seul vu de cette référence, avoir égard aux règles édictées par cette loi, relativement à l'organisation des recours, et tenir pour non avenues les mentions susceptibles d'être contraires à ce que prescrivent ces dispositions. Si la partie adverse a mentionné la référence à l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, c'est parce qu'elle a nécessairement estimé indispensable de le faire pour garantir

l'utilité et l'effectivité des informations relatives au recours ouvert devant le Conseil d'État. Ceci confirme le caractère déterminant des mentions du courrier du 29 avril 2016 dans l'attitude de la requérante.

Pour ces raisons, la référence à l'article 29, § 1^{er}, ne peut être utilement invoquée pour contester le caractère irrésistible des effets résultant des mentions erronées du courrier du 29 avril 2016. De même, l'absence de mention qui eût permis à la requérante de déceler utilement le caractère erroné de l'information qui lui était donnée par la partie adverse atteste également le caractère d'imprévisibilité requis pour reconnaître la force majeure.

La partie adverse serait, en outre, malvenue à soutenir que la requérante a eu tort de se fier aux mentions erronées du courrier du 29 avril 2016 au motif que les dispositions de la loi du 17 juin 2013 lui imposeraient à l'évidence un autre mode de computation du délai de recours. Il convient, à cet égard, de rappeler que l'exception d'irrecevabilité *ratione temporis* n'a été annoncée qu'*in extremis*, la veille de l'audience du 10 octobre 2018, et plaidée qu'au cours de celle-ci. Sauf à l'imputer à un manque de loyauté procédurale dont la partie adverse se défend vigoureusement, cette tardiveté de réaction de la partie adverse ne peut s'expliquer que par la confusion dissimulant les conditions et modalités précises d'exercice du recours ouvert à la requérante, confusion qui a empêché la partie adverse d'y voir elle-même plus clair dès l'entame de la présente procédure.

Il ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'information erronée donnée par la partie adverse a pu légitimement donner à croire à la requérante que son délai de recours courrait à dater de la réception du courrier envoyé le 29 avril 2016. Il peut, en conséquence, lui être reconnu, en l'espèce et compte tenu de la formulation de ce courrier du 29 avril 2016, le bénéfice d'une erreur invincible, constitutive en son chef d'un cas de force majeure, les caractéristiques requises d'un tel cas pouvant être tenues pour établies au vu des circonstances propres au cas d'espèce.

Compte tenu de ce que la force majeure doit être retenue en l'espèce, il n'y a lieu ni de se prononcer sur l'applicabilité de l'article 19, alinéa 2 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, ni d'examiner systématiquement les autres éléments invoqués par la requérante pour répondre à l'exception d'irrecevabilité.

L'exception d'irrecevabilité *ratione temporis* ne peut, en conséquence, être accueillie.

V. Sur le moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante prend un moyen unique de la violation de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, notamment de ses articles 47 et 48, de la directive 2014/24 du 26 février 2014 du Parlement et du Conseil sur la passation des marchés publics, notamment de son article 63, de la Constitution, notamment de ses articles 10, 11 et 33, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment de son article 20, de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, notamment de ses articles 1^{er} et 2, 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, notamment de ses articles 3, 4, 5, 8 et 29, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment de ses articles 2 et 3, du cahier spécial des charges, notamment de ses articles 1.5, 1.6 et III, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment de ses articles 8 et 74, des principes généraux du droit et, notamment, les principes de bonne administration, dont le devoir de minutie et le principe de légitime confiance et de l'absence, l'erreur, l'insuffisance ou la contrariété dans les causes ou les motifs.

Elle soutient que la décision attaquée viole la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière qui n'impose pas au soumissionnaire d'un marché public de contrôle du stationnement en voirie d'être personnellement agréé en tant qu'entreprise de gardiennage ainsi que les articles 47 et 48 de la directive 2004/18 du 31 mars 2004, 63 de la directive 2014/24 du 26 février 2014 et 8 et 74 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, dispositions qui autorisent les soumissionnaires à recourir aux capacités d'autres entités lorsqu'ils font offre dans un marché public. Elle souligne également que le cahier spécial des charges n'impose pas l'agrément personnel des soumissionnaires en tant qu'entreprise de gardiennage. Elle observe qu'elle n'offre pas les services d'une entreprise de gardiennage pas plus qu'elle n'organise un service interne de gardiennage, mais qu'elle se contente de faire appel aux services d'une société de gardiennage, agréée comme telle par le ministre de l'Intérieur, afin de prendre en charge certaines prestations relevant d'un contrat qui pourrait lui être confié. Elle en déduit que son offre ne pouvait donc pas être écartée

pour le seul motif qu'elle ne disposait pas de l'agrément en tant qu'entreprise de gardiennage, mais faisait valoir l'agrément de son sous-traitant qui allait prendre en charge le service concerné. Elle fait valoir que tant les directives européennes que la législation belge permettent à un soumissionnaire de faire valoir la capacité d'un sous-traitant en vue d'avoir accès à un marché. Elle constate, par ailleurs, que le cahier spécial des charges n'imposait pas aux soumissionnaires potentiels d'être agréés en tant qu'entreprise de gardiennage pour être admis à faire offre dans le cadre du marché litigieux, mais permettait expressément aux soumissionnaires de sous-traiter le marché, en tout ou partie, pour autant qu'ils indiquent au pouvoir adjudicateur le pourcentage des prestations qu'ils entendent sous-traiter.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse souligne qu'il convient de faire la différence entre, d'une part, des critères de sélection dont l'objectif est d'évaluer l'aptitude des concurrents à réaliser le marché au regard de leur capacité économique, financière et technique et, d'autre part, le respect d'une obligation légale. Elle rappelle que se conformer aux critères de sélection ne dispense pas, en tant que tel, le soumissionnaire de respecter la loi. Elle indique que le marché de contrôle de stationnement en cause impliquant un service de gardiennage, l'entreprise soumissionnaire devait nécessairement respecter le prescrit de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, loi relevant de l'ordre public, indépendamment de tout critère de sélection, et rappelle qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de s'assurer, conformément au principe de bonne administration, que le contrat à conclure est légal et n'est pas affecté d'une cause de nullité, en l'espèce absolue.

Elle précise qu'il ressort de l'offre de la requérante que celle-ci encadre l'activité de contrôle exercée par son sous-traitant, qu'elle s'engage à effectuer elle-même certains contrôles sur le terrain et que ceci est confirmé par le fait que la requérante ne sous-traite, en l'occurrence, pas à 100 % le marché, mais seulement à 70 %. Elle en déduit qu'en agissant, au moins subsidiairement, en tant qu'entreprise de gardiennage, et se présentant comme telle, la requérante était dans l'obligation de disposer de l'autorisation légale, prescrite par l'article 2 de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière.

Elle indique que l'insertion, le 13 janvier 2014, de l'article 2, § 3bis, dans la loi du 10 avril 1990 précitée, s'inscrit dans une volonté de limiter le système de sous-traitance dans le gardiennage et que les deux conditions fixées par cet article doivent s'analyser comme des conditions cumulatives de telle sorte que "les missions

de gardiennage ne peuvent désormais pas être sous-traitées, ni acceptées ou exécutées en sous-traitance, sauf si tant l'entrepreneur principal que le sous-traitant sont autorisés pour l'exercice de ces activités et s'il existe une convention écrite entre l'entrepreneur principal et le mandant". Elle reproche à la requérante de ne pas tenir compte de cette évolution législative. Elle constate que la requérante n'a pu, alors que cela lui a été demandé, transmettre l'autorisation du ministre de l'Intérieur, telle qu'exigée par l'article 2 de la loi du 10 avril 1990 précitée et qu'en conséquence, elle était en droit d'écarter cette offre pour non-respect du prescrit légal. Elle souligne qu'il apparaît de l'offre de l'attributaire que celui-ci dispose bien de l'autorisation requise.

À propos des références aux législations belge et européenne permettant à un soumissionnaire de faire valoir la capacité d'un sous-traitant en vue d'avoir accès à un marché, elle indique que le pouvoir adjudicateur ne considère pas que la requérante ne pouvait faire valoir les capacités de son sous-traitant au regard du marché, mais que cela ne la libérait pas de son obligation de respecter la loi et, en particulier, l'article 2, § 3bis, de la loi du 10 avril 1990 précité.

Elle conteste enfin l'intérêt de la requérante au moyen dès lors que s'il devait être établi que le pouvoir adjudicateur aurait dû faire mention, dans le cahier spécial des charges, de l'obligation légale de disposer d'une autorisation pour les activités de gardiennage, la requérante ne disposait, en toute hypothèse, pas de cette autorisation visée par l'article 2 de la loi du 10 avril 1990.

C. Mémoire en réplique

La requérante fait valoir que la partie adverse fait une lecture inexacte de son offre et des dispositions de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière. Elle soutient que le fait qu'elle encadre des équipes de contrôleurs de son sous-traitant en charge du gardiennage ne constitue pas une mission de gardiennage au sens de l'article 1^{er}, § 1^{er}, 6°, de la loi du 10 avril 1990, étant donné qu'en l'espèce, il s'agit pour elle de s'assurer que le personnel de son sous-traitant en charge du contrôle de perception immédiate effectue les prestations de gardiennage qui lui incombent conformément aux exigences du cahier spécial des charges et aux procédures qu'elle a définies en vue d'assurer une bonne exécution du marché, ce qu'elle a précisé dans son offre. Elle souligne qu'il ne s'agit pas de réaliser des constatations se rapportant exclusivement à des situations immédiatement perceptibles, soit des constatations liées aux véhicules en stationnement, et qu'il ne peut, dès lors, pas être déduit des prestations d'encadrement prises en charge par son personnel qu'elle serait une entreprise de gardiennage.

Elle considère que la ville d'Arlon tente à dessein d'opérer une confusion entre, d'une part, les contrôles effectués afin de s'assurer que les véhicules sont ou non en ordre de redevances de stationnement, lesquels sont effectués par son sous-traitant agréé et, d'autre part, les contrôles effectués par son personnel pour s'assurer que son sous-traitant effectue bien ses contrôles de manière adéquate. Elle explique que le fait de se présenter comme un spécialiste de la gestion du contrôle de stationnement et non comme spécialiste du contrôle de stationnement laisse apparaître qu'elle sous-traite ces prestations à un tiers et observe que la répartition en pourcentage démontre, au contraire, qu'elle prend directement en charge, outre les tâches d'encadrement et de contrôle du sous-traitant, les prestations liées à l'identification des redevables, au suivi des paiements, à l'envoi de rappel, le placement, l'entretien et la gestion des horodateurs, etc. qui représentent 30 % des prestations à effectuer dans le cadre du marché. Elle en déduit que c'est à tort que la partie adverse soutient qu'elle aurait entendu agir, au moins subsidiairement, en tant qu'entreprise de gardiennage et qu'elle aurait dès lors été dans l'obligation d'être agréée comme telle.

Elle constate ensuite que la partie adverse tente, dans son mémoire en réponse, d'ajouter *a posteriori* un fondement légal à sa décision en indiquant que l'offre de la requérante serait contraire à l'article 2, § 3bis, de la loi du 10 avril 1990 précitée dès lors que ce motif ne figure pas dans la décision de ne pas sélectionner son offre. Elle estime que ces arguments à propos d'une prétendue violation de cette disposition doivent être écartés.

Elle soutient, à titre subsidiaire, que l'article 2, § 3bis, de la loi du 10 avril 1990 précitée ne fait pas obstacle à la sous-traitance dans un marché de stationnement. Elle souligne que, depuis la loi du 7 mai 2004 modifiant la loi du 10 avril 1990, les sociétés de parking bénéficient d'un régime particulier qui leur permet d'exercer des missions de gardiennage spécifique sans devoir être titulaire d'une autorisation spéciale du Ministre de l'intérieur et qu'elles sont donc *a fortiori* libres de sous-traiter ces prestations sans condition. Elle expose qu'alors qu'il avait été prévu de supprimer ce régime préférentiel dans le cadre de l'adoption de la loi du 13 janvier 2014, il a finalement été décidé de le maintenir à l'occasion d'une loi du 12 mai 2014 modifiant la loi du 13 janvier 2014 modifiant la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière et indique que les travaux préparatoires de cette loi démontrent que l'intention du législateur est bien de dispenser les sociétés de parking de l'obligation d'être agréées.

Elle rappelle que si l'article 2, § 3 *bis*, de la loi du 10 avril 1990 tel qu'il a été inséré par la loi du 13 janvier 2014, vise à restreindre les hypothèses dans lesquelles les missions de gardiennage peuvent être sous-traitées, le législateur vise spécifiquement le cas où le titulaire des missions de gardiennage lui-même sous-traite les missions de gardiennage qu'il est censé exercer personnellement et en déduit qu'il ne s'agit pas d'interdire à une entreprise active dans la gestion de stationnement de confier, en première ligne, les missions de gardiennage à une entreprise agréée à cet effet et que c'est cette dernière qui doit être considérée comme l'entrepreneur principal au sens de l'article 2, § 3*bis*. Elle fait valoir qu'une autre interprétation de l'article 2, § 3*bis* de la loi du 10 avril 1990 aurait pour conséquence de priver d'effet utile l'article 1^{er}, § 1^{er}, 6°, de cette même loi, en ce qu'il prévoit que l'entreprise de gardiennage peut agir sur ordre du titulaire d'une concession publique, ce qui n'a manifestement pas été l'intention du législateur lorsqu'il a adopté l'article 2, § 3*bis*. Selon elle, l'interprétation proposée par la partie adverse revient à rendre cette disposition contraire au droit européen des marchés publics tel qu'il doit être transposé dans l'ordre juridique belge.

Elle soutient enfin avoir intérêt au moyen dès lors que, d'une part, elle a démontré qu'elle n'est pas une entreprise de gardiennage au sens de la loi du 10 avril 1990 dans la mesure où elle ne prend pas en charge de prestations de gardiennage et que le titulaire d'un marché de stationnement ne doit pas être agréé en tant qu'entreprise de gardiennage s'il n'effectue pas de mission relevant de la loi du 10 avril 1990 et que, d'autre part, si son offre n'avait pas été écartée, elle aurait dû se voir attribuer le marché dès lors que son prix était près de deux fois moins important que celui du seul autre candidat en lice, qui a finalement été retenu.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

En ce qui concerne l'exécution des prestations liées au contrôle du stationnement, la partie adverse observe que la requérante forme une société de gestion de parking, qui assume des contrôles de perception, au sens de l'article 1^{er}, § 1^{er}, 6°, de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, ce qui signifie qu'elle doit disposer d'une autorisation spéciale. Elle rappelle que la requérante se présente, dans son offre, comme "une société spécialisée dans l'étude, le financement et la gestion du contrôle du stationnement des voiries publiques tant en zone payante avec horodateurs qu'en zone gratuite avec limitation de durée". Elle note que la requérante fera appel à des sous-traitants pour 70 % du marché mais qu'elle reste en défaut d'établir concrètement et sur une base chiffrée détaillée que les 30 % restants du marché ne rentrent pas dans le cadre de la "réalisation de constatations", au sens de l'article 1^{er}, § 1^{er}, 6°, de la loi du 10 avril 1990 précitée. Elle note qu'au

moment de la passation du marché, aucun détail des prestations à réaliser par la requérante n'a été produit par celle-ci qui aurait démontré que les 30 % des tâches concernées ne relevaient pas des services de "réalisation de constatation" au sens de la loi du 10 avril 1990. Elle en déduit que sa décision de ne pas retenir l'offre de la requérante, celle-ci ne disposant pas de l'agrément requis, était tout à fait justifiée, aucune erreur manifeste d'appréciation ne pouvant lui être reprochée.

En ce qui concerne l'obligation d'agrément prévue par l'article 2, § 3bis, de la loi du 10 avril 1990, la partie adverse explique que cette disposition a été insérée par une loi du 13 janvier 2014 et qu'elle s'inscrit dans le cadre d'une volonté claire du législateur de limiter le système de sous-traitance dans le gardiennage. Elle observe que cet article a, du reste, été repris *in extenso* dans la nouvelle loi du 2 octobre 2017 réglementant la sécurité privée et particulière et considère qu'il s'applique bien dans l'hypothèse où une entreprise de gestion de parking, comme la requérante, est titulaire d'un marché public de contrôle du stationnement et décide de sous-traiter le contrôle du stationnement à une autre entreprise.

Elle explique qu'il ne faut pas opérer de confusion entre l'hypothèse visée par l'article 2, § 3bis, de la loi du 10 avril 1990, qui caractérise en l'espèce la situation de la requérante, et les hypothèses prévues, d'une part, par l'article 1^{er}, § 1^{er}, 6°, et, d'autre part, par l'article 2, § 1^{er}bis, 2°, de la loi du 10 avril 1990 :

- " - L'article 1^{er}, § 1^{er}, 6°, de la loi du 10 avril 1990 prévoit, en l'occurrence, que l'entreprise qui réalise des contrôles de stationnement, sur ordre de l'autorité compétente ou du titulaire d'une concession publique, doit être considérée comme une entreprise de gardiennage.

Cette disposition ne saurait être interprétée en ce sens que l'entreprise, adjudicataire d'un marché public de contrôle du stationnement, et non titulaire d'une concession publique (!), ne doit pas être considérée comme une entreprise de gardiennage au sens de la loi du 10 avril 1990.

A contrario, c'est, en l'espèce, sur ordre de l'autorité compétence, soit la Ville d'ARLON, et après passation d'un marché public de services, que l'entreprise adjudicataire devait, en l'espèce, effectuer le contrôle du stationnement.

En application de l'article 2, § 3bis, de la loi du 10 avril 1990, dans l'hypothèse où l'entreprise adjudicataire d'un marché de contrôle du stationnement, alors titulaire de missions de gardiennage, décide de sous-traiter sa mission de contrôle du stationnement à une autre entreprise, il ne fait pas de doute que tant l'entreprise principale que le sous-traitant doivent être autorisés pour l'exercice de ces activités.

- L'article 2, § 1^{er}bis, 2°, de la loi du 10 avril 1990 prévoit, pour sa part, que les services internes de gardiennage ne sont pas soumis à l'obligation d'autorisation lorsqu'ils exercent exclusivement des missions de contrôle dans le cadre d'une convention de concession conclue avec les autorités.

Or, en l'espèce, d'une part, la SA CITY PARKING n'envisageait nullement de recourir à son propre personnel et à ses services internes de gardiennage, au sens de la loi, en vue de procéder au contrôle du stationnement.

La SA CITY PARKING prévoyait, au contraire, de sous-traiter le contrôle du stationnement à SECURITAS.

D'autre part, la SA CITY PARKING n'était nullement titulaire d'une quelconque convention de concession conclue avec la Ville d'ARLON, alors que le marché lancé par cette dernière n'était, en l'occurrence, pas une concession, mais un marché public (le risque d'exploitation étant, par conséquent, assumé par la Ville d'ARLON).

Au surplus, la Ville d'ARLON souligne que le régime prévu par l'article 2, § 1^{er} bis, de la loi du 10 avril 1990 est un régime d'exception, qui fut instauré suite à l'assimilation, en 2004, de l'activité du contrôle de stationnement payant à une activité de gardiennage et qui devait permettre aux sociétés de gestion de parking d'exercer leur activité sans autorisation pour autant que ces sociétés mobilisent leur propre personnel et soient titulaires d'une concession publique (voy. notamment : Proposition de loi modifiant la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, Doc. Pari., Chambre, 2013-2014, n° 53-3472/001, p. 3).

Or, s'agissant d'un régime d'exception, il est d'interprétation stricte."

Elle souligne également que l'article 3, 1°, de la loi du 13 janvier 2014, qui a fait l'objet d'une abrogation par l'article 2 de la loi du 12 mai 2014, écartait la possibilité d'une dérogation à l'obligation d'agrément lorsque des services internes de gardiennage exécutent exclusivement des services de constatations, au sens de l'article 1^{er}, § 1^{er}, 6° de la loi, dans le cadre d'une convention de concession conclue avec les autorités et formule les observations suivantes :

- " - En premier lieu, la loi du 12 mai 2014 n'a remis, d'aucune manière, en cause le prescrit de l'article 2, § 3 bis, de la loi du 10 avril 1990 contraignant, de façon explicite, tant l'entrepreneur principal que le sous-traitant à disposer d'une agréation pour les activités de gardiennage.
- Ensuite, l'article 2, § 1^{er} bis, 2°, n'est nullement d'application en l'espèce puisque, comme il l'est exposé *supra*, la SA CITY PARKING n'entendait nullement organiser un service interne de gardiennage, mais projetait de sous-traiter les missions de contrôle à SECURITAS. Par ailleurs, la SA CITY PARKING n'aurait, en l'espèce, pas été titulaire d'une concession publique, mais aurait été l'adjudicataire d'un marché public, ce qui est fondamentalement différent.
- De surcroît, si le législateur avait voulu faire bénéficier l'entreprise adjudicataire d'un marché public de services portant sur le contrôle du stationnement d'une dérogation à l'obligation d'agrément lorsque cette entreprise organise, en interne, des missions de gardiennage ou sous-traite à une entreprise des missions de contrôle, il n'aurait pas manqué de l'exprimer au travers des modifications législatives récurrentes qu'a subi la loi du 10 avril 1990 ou l'aurait expressément prévu dans la nouvelle loi du 2 octobre 2017 réglementant la sécurité privée et particulière, ce qu'il est resté en défaut de faire".

Elle avance enfin que la décision de non-sélection de l'offre de la requérante était formellement et adéquatement motivée et reposait sur des éléments exacts en fait et admissibles en droit, puisqu'elle y précise que la requérante ne dispose pas de l'agrément requis par la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, ce qui justifie sa non-sélection. Elle note que la requérante a compris la raison pour laquelle son offre n'avait pas été retenue et qu'aucune motivation *a posteriori* ne saurait, en l'espèce, être stigmatisée.

E. Dernier mémoire de la requérante

La requérante remarque que l'article 25 de la loi du 2 octobre 2017 réglementant la sécurité privée et particulière, qui remplace dans son intégralité la loi du 10 avril 1990, dispense la personne morale ou physique - qui a conclu une convention de concession pour le contrôle du stationnement payant sur la voie publique - de l'obligation d'agrément prévue pour les sociétés de gardiennage, moyennant une autorisation du Bourgmestre et observe que les travaux préparatoires de cette loi du 2 octobre 2017 démontrent que la volonté du législateur vise à dispenser les sociétés de parking de l'obligation d'être agréées en tant qu'entreprise de gardiennage. Elle constate que le législateur a bien prévu une dérogation à l'obligation d'agrément pour les sociétés de stationnement et que des entreprises de gardiennage peuvent donc prendre en charge le contrôle du stationnement payant. Elle souligne que si ces dernières peuvent prendre en charge en direct le contrôle du stationnement, on ne perçoit pas en quoi il serait exclu qu'elles se le voient confier en tant que sous-traitant d'une société de parking dont les agents sont susceptibles d'effectuer de telles prestations sans devoir remplir les conditions de formation prévues en application de la loi du 10 avril 1990 précitée.

Elle considère que c'est à tort que la partie adverse affirme que l'article 2, § 1^{er} bis, 2° de la loi du 10 avril 1990 s'applique uniquement pour les concessions de service public ou de services et qu'il ne serait pas d'application dans la mesure où le contrat est un marché public de services, car une concession de services présente les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à ceci près que le concessionnaire supporte les conséquences liées à l'exploitation du service, ce qui ressort de l'article 5 de la directive 2014/23 UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession et de la jurisprudence du Conseil d'État. Elle explique qu'en matière de contrôle de stationnement en voirie, le contrat conclu par une autorité publique avec une entité privée relèvera de l'une ou l'autre qualification en fonction notamment des modes de rémunération (paiement par l'autorité, paiement auprès des usagers.....) du prestataire désigné, mais que cet

élément est sans lien avec le gardiennage et/ou la prestation de contrôle à prendre en charge. Elle en déduit qu'il ne pourrait être admis, sous peine de violer les articles 10 et 11 de la Constitution, que l'article 2, § 1^{er} *bis*, 2° de la loi du 10 avril 1990 ne s'applique qu'aux seules concessions par lesquelles l'autorité confie le contrôle du stationnement en voirie à un tiers, à l'exclusion des contrats ayant un même objet mais qualifiés de marchés publics.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Les articles 1^{er} et 2 de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, tels qu'en vigueur lors de l'adoption de la décision attaquée, se présentent comme suit :

" Art. 1^{er} § 1^{er}. Est considérée comme entreprise de gardiennage au sens de la présente loi, toute personne morale ou physique exerçant une activité consistant à fournir à des tiers, de manière permanente ou occasionnelle, des services de:

[...]

6° réalisation de constatations, se rapportant exclusivement à la situation immédiatement perceptible de biens se trouvant sur le domaine public, sur ordre de l'autorité compétente ou du titulaire d'une concession publique;

[...]

§ 2. Est considéré comme service interne de gardiennage au sens de la présente loi, tout service organisé, pour des besoins propres, par une personne physique ou morale, sous la forme d'une activité visée au § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 5° ou 3° d), ou, pour autant qu'il se déroule dans des lieux accessibles au public, sous la forme d'activités visées au § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, 2°, 3° a) ou b), 4°, 6° au 8°.

[...]

§ 12. La présente loi est d'ordre public.

[...]

Art. 2 § 1^{er}. Nul ne peut offrir les services d'une entreprise de gardiennage ou organiser ceux d'un service interne de gardiennage, ou se faire connaître comme tel, s'il n'y a été préalablement autorisé par le Ministre de l'Intérieur, après avis de la Sûreté de l'Etat et du procureur du Roi du lieu d'établissement de l'entreprise et, à défaut, du Ministre de la Justice.

L'autorisation peut exclure l'exercice de certaines activités et l'utilisation de certains moyens et méthodes ou les subordonner à des conditions spécifiques.

§ 1^{er} *bis*. Par dérogation au § 1^{er}, les services internes de gardiennage, tels que visés à l'article 1^{er}, § 2, ne sont pas soumis à l'obligation d'autorisation visée à l'article 2, § 1^{er}:

1° (...);

2° lorsqu'ils exercent exclusivement des activités visées à l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 6°, dans le cadre d'une convention de concession conclue avec les autorités.

[...]

§ 3*bis* Les missions de gardiennage ne peuvent pas être sous-traitées à une autre entreprise ni acceptées ou exécutées en sous-traitance sauf si:

- 1° tant l'entrepreneur principal que le sous-traitant sont autorisés pour l'exercice de ces activités;
- 2° la convention écrite entre l'entrepreneur principal et le mandant détermine le nom du sous-traitant, ses coordonnées et la période, les moments et les lieux où il effectuera les activités.

L'entrepreneur principal prend en tous les cas toutes les mesures de précaution et effectue les contrôles nécessaires afin que le sous-traitant et les personnes qui travaillent pour son compte respectent les lois en général et la présente loi et ses arrêtés d'exécution, en particulier, et exécutent correctement ce qui a été convenu avec le mandant.
[...]"

Le cahier spécial des charges n'imposait pas aux soumissionnaires d'être autorisés en tant qu'entreprise de gardiennage pour être admis à faire offre dans le cadre du marché litigieux. Le formulaire d'offre prévoit, par ailleurs, la possibilité de faire appel à un sous-traitant pour autant que soit indiqué le pourcentage des prestations sous-traitées.

Le rapport d'examen des offres indique que l'offre de la requérante ne peut être sélectionnée pour la raison suivante :

- " Le soumissionnaire a fourni tous les éléments exigés par la sélection qualitative. Toutefois, au terme de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, telle qu'en vigueur, prévoit en son article 2, § 1^{er}, que «nul ne peut offrir les services d'une entreprise de gardiennage ou organiser ceux d'un service interne de gardiennage, ou se faire connaître comme tel, s'il n'y a été préalablement autorisé par le Ministre de l'intérieur (...)». Après invitation à fournir une attestation d'agrément adressée à la personne de contact renseignée par CITYPARKING, celle-ci a déposé un extrait du Moniteur belge attestant de l'autorisation d'exploiter une entreprise de gardiennage délivrée à la SA SECURITAS. Or, c'est le candidat qui doit justifier de cette autorisation et non son sous-traitant. Après vérification sur le site vigilis.ibz.be, il s'avère que la SA CITYPARKING ne dispose pas de cette autorisation".

La décision attaquée décide, en conséquence, de ne pas sélectionner l'offre de la requérante pour le motif suivant :

- " bien qu'ayant fourni tous les éléments exigés par la sélection qualitative, le soumissionnaire n'a pas fourni la preuve de son agrément exigé par la loi du 10 avril 1990 (article 2, § 1) réglementant la sécurité privée et particulière; il fournit uniquement la preuve de celui de son sous-traitant qui preste le service".

Dans ses écrits de procédure, la partie adverse se réfère à l'article 2, § 3bis, de la loi du 10 avril 1990 pour justifier que le soumissionnaire doive personnellement disposer de l'autorisation prévue par cette législation. La décision attaquée ne renvoie, toutefois, pas à cette disposition qui n'est invoquée pour la première fois que dans le cadre du mémoire en réponse. La validité de la décision de non sélection de la

requérante ne peut être examinée qu'au regard de l'article 2, § 1^{er}, de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, seul fondement mentionné dans l'acte attaqué pour justifier cette décision.

L'offre de la requérante mentionne qu'elle aura recours à des sous-traitants à concurrence de 70 % du marché et précise "City Parking a fait le choix de travailler avec un sous-traitant issu du gardiennage pour tous les aspects de contrôle quotidien du stationnement sur le terrain". On peut également comprendre à la lecture de l'offre que les contrôles des véhicules en stationnement seront effectués par des agents du sous-traitant, soit la société anonyme SECURITAS, tandis que la partie "Contrôle qualité, gestion locale, rapports de gestion, comité, enquêtes" sera assurée par la requérante.

Contrairement à ce que soutient la partie adverse dans ses écrits de procédure, l'offre explique donc clairement que l'ensemble du contrôle des véhicules en stationnement sera effectué par son sous-traitant qui dispose de l'autorisation requise et que seules des tâches étrangères à ces contrôles seront effectuées par le personnel de la requérante, comme notamment le contrôle de la qualité des prestations fournies par son sous-traitant, la gestion locale, les contacts avec la commune ou la participation au comité d'accompagnement chargé de l'analyse des statistiques, des relevés, des propositions d'amélioration et des plaintes. Ainsi, les agents de la requérante auront notamment pour mission de s'assurer que le personnel du sous-traitant, chargé du contrôle de perception immédiate, effectue les prestations de gardiennage qui lui incombent conformément aux exigences du cahier spécial des charges et aux procédures définies par la requérante, et ce, dans le cadre de la bonne exécution du marché et tel que le cahier spécial des charges l'exige lorsqu'il précise que "[l]e prestataire est tenu de contrôler en permanence les agissements du personnel affecté par ses soins à l'exécution des prestations".

Cette répartition des tâches implique que la requérante n'exerce pas elle-même les prestations visées par l'article 1^{er}, § 1^{er}, 6^o, de la loi du 10 avril 1990, ces prestations de réalisation des constatations étant du ressort exclusif de son sous-traitant. La requérante, société de gestion de parking, n'offre donc pas personnellement les services d'une entreprise de gardiennage au sens de l'article 2, § 1^{er}, de cette loi. La décision attaquée ne conteste d'ailleurs pas cette répartition des tâches puisqu'elle y indique que c'est "son sous-traitant qui preste le service".

La décision de non sélection de la requérante au motif qu'elle ne produit pas la preuve de son agrément exigé par l'article 2, § 1^{er}, la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière n'est donc pas adéquatement justifiée.

Dès lors que la partie adverse n'a pas adéquatement justifié sa décision de non sélection, l'intérêt de la requérante au moyen est établi étant donné que si son offre n'avait pas été écartée, elle aurait pu se voir attribuer le marché. Il n'appartient, à cet égard, pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur en ce qui concerne une éventuelle autre cause ou raison de non sélection ou d'irrégularité de l'offre de la requérante.

Le moyen est fondé.

VI. Confidentialité

La requérante demande le maintien de la confidentialité de son offre.

La partie adverse sollicite le maintien de la confidentialité de l'offre de la requérante et de celle de l'association momentanée INDIGO Park Belgium/INDIGO Park Security Belgium.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État, les demandes de maintien de la confidentialité sont devenues sans objet.

VII. Indemnité de procédure

La requérante sollicite la condamnation de la partie adverse au paiement d'une indemnité de procédure de base de 700 euros. Ayant obtenu gain de cause, il y a lieu de faire droit à sa demande.

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

Article 1^{er}.

La décision de la ville d'Arlon du 29 avril 2016 de ne pas sélectionner la candidature de la requérante et d'attribuer le marché de contrôle du stationnement à durée limitée sur la voie publique à l'association momentanée INDIGO Park Belgium/INDIGO Park Security Belgium est annulée.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, et l'indemnité de procédure de 700 euros, accordée à la partie requérante.

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

Imre KOVALOVSKY,
David DE ROY,
Nathalie VAN LAER,
Vincent DURIEUX

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX

Imre KOVALOVSKY