CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 250.654 du 21 mai 2021

A. 233.375/VI-22.029

En cause : **la société à responsabilité limitée PROTECTION UNIT**,
(anciennement dénommée F.A.C.T. SECURITY)
ayant élu domicile chez
M^es^ Sébastien DEPRÉ et
Charles-Henri de LA VALLEE POUSSIN, avocats,
place Eugène Flagey 7
1050 Bruxelles,

contre :

la société anonyme de droit public BRUSSEL SOUTH CHARLEROI AIRPORT-SECURITY (« BSCA-Security »),
ayant élu domicile chez
M^e^ Nathalie TISON, avocat,
rue Jules Destrée 72
6001 Marcinelle.

Partie intervenante :
la société à responsabilité limitée SECURITY MASTERS,
ayant élu domicile chez
M^es^ Thomas EYSKENS et
Aurélien VANDEBURIE, avocats,
boulevard Bischoffsheim 33
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 7 avril 2021, la SRL Protection Unit demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du Conseil d'Administration de la partie adverse du 22 mars 2021, par laquelle celle a décidé, notamment, "d'approuver le rapport de sélection des candidatures et le rapport d'analyse des offres et d'attribution" qui y étaient annexés, et dont le second proposait d'attribuer, à la SPRL Security Masters, le marché public de services relatif "aux services de sûreté de l'aviation civile de l'aéroport de Charleroi – Bruxelles Sud" ».

Par une requête introduite le 18 mai 2021, la même requérante demande l'annulation de la même décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 9 avril 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 30 avril 2021.

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

Par une requête introduite le 23 avril 2021, la SRL Security Masters demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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.

David De Roy, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Charles-Henri de La Vallée Poussin, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e^ Nathalie Tison, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e^ Aurélien Vandeburie, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Muriel Vanderhelst, 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

Selon la relation qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

« 1. Le présent recours concerne un marché public de services relatif " aux services de sûreté de l'aviation civile de l'aéroport de Charleroi – Bruxelles Sud" (…).
La procédure de passation choisie est la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, conformément à la réglementation relative aux secteurs spéciaux.

2. Un avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications le 23 juin 2020 (...).
L'objet du Marché y était plus amplement décrit de la manière suivante :

" Le présent marché porte sur la mise à disposition, au sein de l'aéroport de Charleroi-Bruxelles-Sud, de moyens humains formés, certifiés et habilités en vue d'assurer des missions de pré-contrôles des usagers souhaitant accéder aux terminaux de l'aéroport et d'assurer le contrôle d'accès des personnes et des véhicules souhaitant accéder à la zone côté ville sécurisée de l'aéroport".

L'avis fixait la date de remise des demandes de participation au 23 juillet 2020 à 10h00.
L'avis de marché était accompagné, notamment, d'un " guide de sélection " (...), lequel fixait, notamment, les critères de sélection qualitative du Marché.

3. Le 15 juillet 2020, un avis rectificatif (…) a été publié au *Bulletin des adjudications*.
Il était accompagné d'une version rectifiée du guide de sélection (…) qui adaptait l'un des critères de sélection prévus.

4. La requérante a déposé sa demande de participation dans les temps (…), via *e-Tendering* (...).

5. Le 14 septembre 2020, la partie adverse a interpellé la requérante quant à sa demande de participation.
Le 22 septembre 2020, la requérante a donné suite à l'interpellation de la partie adverse (...).

6. Le 12 novembre 2020, la partie adverse a adopté la décision de sélection du Marché (...). L'issue en était la suivante :

N°	Nom	Adresse	Sélection
1	S.P.R.L. FACT SECURITY	Rue de la Station 19 1300 Limal	√
2	S.A. G4S SECURE SOULUTIONS	Buro & Design Center BP.77 Esplanade du Heysel 1020 Bruxelles	√
3	S.P.R.L. H SECURITE	Rue Colonel Bourg 107 1140 Evere	Non sélectionné
4	S.P.R.L. HIGH SECURITY	Chaussée de Namur 31 1457 Walhain	√
5	S.P.R.L. I.C.T.S. BELGIUM	Bosstraat 30 1930 Zaventem	√
6	S.A. SECURITAS TRANSPORT AVIATION SECURITY	Vliegveld 744 1820 Steenokkerzeel	√
7	S.P.R.L. SECURITY MASTERS	Bordeauxstraat 10 bus 301 2000 Anvers	√
8	S.A. TRIGION	Noorderplaats 7 2000 Anvers	√

La décision de sélection a été notifiée à la requérante par un email du 16 novembre 2020 (...).

7. Le même jour, la partie adverse a envoyé à la requérante une invitation à remettre offre (...). L'invitation fixait la date limite de réception des offres au 4 janvier 2021 à 14h00. Elle convoquait également la requérante a une visite des lieux le 15 novembre 2020 à 9h00. Elle contenait encore un lien vers le cahier spécial des charges (ci-après, " CSC") du Marché et ses annexes (...).

8. Le 4 janvier 2021, la requérante a déposé son offre initiale (...), à nouveau via la plateforme *e-Tendering* (...).

9. Le 19 janvier 2021, la partie adverse a invité la requérante à venir présenter son offre le 28 janvier 2021 à 9h00 (...).

10. Le même jour, la partie adverse a adressé un *email* (...) à la requérante, libellé dans les termes suivants :

" Nous faisons suite à votre offre pour le marché public mentionné en objet.
À ce stade de notre analyse, nous souhaiterions obtenir des précisions relatives à certains points de votre offre, en application, notamment, de l'article 147, § 4 alinéa 1er, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', de l'article 2.16 du Cahier spécial des charges et des principes applicables en procédure négociée avec mise en concurrence préalable.
• Critère d'attribution relatif à l'encadrement
À l'analyse des éléments fournis au sein de votre offre au regard du critère d'attribution relatif à l'encadrement, nous ne retrouvons aucune information quant aux profils des personnes qui constituent l'encadrement.
Le critère d'attribution prévoit néanmoins que : '(…) Les points seront attribués par l'entité adjudicatrice en fonction, notamment, du nombre total d'heures d'encadrement prévues mensuellement et ventilées par fonction (manager du contrat, instructeur, superviseur, mentor, contrôle qualité, …) et du profil des personnes qui constituent l'encadrement. Les heures administratives liées à la gestion du contrat (RH, planification, comptabilité, …) ne seront pas prises en compte'.
Merci dès lors de fournir les profils des personnes qui constituent l'encadrement.
Par ailleurs, nous souhaiterions savoir si le directeur airport (15h/mois) prévu dans votre offre doit être comptabilisé ou non dans le volume d'heures mensuel d'encadrement.
Enfin, pourriez-vous indiquer les tâches qui seront réalisées par les superviseurs durant les 182,5 heures qualifiées d' " administratives" ?
• Critère d'attribution relatif au contenu, durée et fréquence des formations
Pourriez-vous nous précisez si vous avez prévu des formations spécifiques en termes de management pour vos superviseurs (formation leadership, formation gestion d'équipes, etc.) ?
Nous vous remercions de nous communiquer les informations / documents sollicités au plus tard pour le 26 janvier 2021 à 12h00. Passé ce délai, les informations / documents communiqués ne seront pas pris en considération pour l'analyse de votre offre.
La présente demande d'informations / documents complémentaires ne signifie pas que votre offre satisfait ou ne satisfait pas, pour le surplus, aux exigences en matière de sélection et de régularité; elle vous est adressée sous toutes réserves et sans aucune reconnaissance préjudiciable".

La requérante a donné suite à cette demande par un *email* du 26 janvier 2021 (...).

11. Le 28 janvier 2021, la requérante a présenté son offre initiale devant la partie adverse.
À l'issue de cette présentation, la requérante a adressé un email à la partie adverse (...), par lequel elle lui faisait parvenir une version adaptée du *PowerPoint* qui lui

avait servi de support à la présentation de son offre (…). Le *mail* envoyé (...) précisait ce qui suit :

" Bonjour,
Nous vous remercions vivement de l'accueil que vous nous avez réservé ce jour.
Faisant suite à notre présentation, vous trouverez ci-joint le *PowerPoint* adapté :
1. Modification des noms des personnes reprises dans l'encadrement (…)
2. Ajout du nombre total d'heures pour les formations extra-légales et les formations sur site (…)
3. Modifications du nombre d'heures par mois effectués par les superviseurs (…)
Nous vous en souhaitons bonne réception et restons à votre disposition pour toute information complémentaire.
Nous vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs, nos salutations dévouées".

12. Le 1er février, la partie adverse a adressé un email à la requérante (...), par lequel elle lui faisait parvenir le PV de la séance de présentation de son offre du 28 janvier 2021 (...), et par lequel elle l'invitait à lui faire part de ses éventuelles observations quant à son contenu.
Le PV de la séance invitait la requérante à déposer une BAFO :

" Monsieur Amiar invite FACT GROUP à remettre une BAFO pour le vendredi 5 février 2021 à 12h00 au plus tard. Il précise également que la BAFO peut porter sur les différends critères d'attribution et sur tous les éléments qu'ils souhaitent et pas uniquement sur les points abordés lors de cette réunion.
Pour la même date, doivent également être communiqués à l'entité adjudicatrice :
- Procès-verbal de ce 28 janvier 2021 signé par une personne habilitée;
- Présentation PowerPoint de ce 28 janvier 2021;
- Profils des personnes constituant l'encadrement;
- Ventilation des prix".

13. Le 5 février 2021, la requérante a adressé un email à la partie adverse (...), en annexe auquel se trouvait sa BAFO (...).

14. Le 8 mars 2021, la partie adverse a établi le rapport d'analyse des offres (...).
Il en ressort que :

- postérieurement à la réception des demandes de participation, la partie adverse a sollicité, "lorsque cela était nécessaire, des précisions ou des confirmations auprès des candidats, en application de l'article 147, § 4, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics". Le rapport ajoute qu'"ainsi, le 14 septembre 2020, l'entité adjudicatrice a sollicité de chacun des candidats des précisions et/ou des documents complémentaires" (...). Le rapport d'analyse des offres ne détaille pas les "précisions", "confirmations" et "documents complémentaires" sollicités et reçus.
- postérieurement à la demande du 14 septembre 2020 précitée, "l'entité adjudicatrice a, à nouveau, interrogé certains candidats par des *e-mails* du 2 octobre 2020 (…) et du 5 novembre 2020, afin d'obtenir des précisions et/ou des documents complémentaires par rapport à leur réponse" (...). Le rapport d'analyse des offres ne détaille à nouveau pas les "précisions" et "documents complémentaires" sollicités et reçus.
- "Le 19 janvier 2021, en application, notamment, de l'article 147, § 4, alinéa 1er, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 2.16 du Cahier spécial des charges et des principes applicables en procédure négociée avec mise en concurrence préalable, l'entité adjudicatrice a sollicité de chacun des soumissionnaires des précisions et/ou des documents complémentaires" (...). Le rapport d'analyse des offres ne détaille à nouveau pas les "précisions" et les "documents complémentaires" sollicités et reçus.
- Aux termes des présentations des offres initiales qui ont eu lieu le 28 janvier 2021, "les trois soumissionnaires ont été invités à transmettre à l'entité

adjudicatrice, pour le 5 février 2021 à 12h00, les précisions/compléments d'informations demandés durant la présentation ainsi qu'une éventuelle '*Best and Final Offer*□ (BAFO)" (...). Le rapport d'analyse des offres ne détaille toujours pas les "précisions/compléments d'informations" demandés et reçus.

- " Le 9 février 2021, en application de l'article 147, § 4, al. 1er, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de l'article 2.16 du cahier spécial des charges, l'entité adjudicatrice a sollicité de la part de la S.P.R.L. SECURITY MASTERS des précisions/compléments d'informations" (...). Le rapport d'analyse des offres ne détaille derechef pas les "précisions/compléments d'informations" demandés et reçus.

Le rapport d'analyse des offres évoque ensuite la question de la vérification des prix. Sur ce point, il contient la motivation suivante :

"Conformément à l'article 43 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, l'entité adjudicatrice a procédé à la vérification des prix des offres.

La vérification des prix des offres n'a fait apparaitre aucun prix paraissant anormal" (...).

Le rapport d'analyse des offres aborde ensuite la question de la régularité des offres – on le suppose, finales. Sur ce point, il développe les considérations suivantes (...) :

	Nom	Irrégularité(s) substantielle(s) ?	Irrégularité(s) non-substantielle(s) ?
1	S.P.R.L. FACT SECURITY	NON	NON
2	S.P.R.L. SECURITY MASTERS	NON	NON
3	S.P.R.L. I.C.T.S. BELGIUM	NON	NON

Le rapport d'analyse des offres évalue ensuite les trois offres – finales, on le suppose encore – au regard des critères et sous-critères d'attribution du Marché.
Au terme de cette analyse, l'auteur du rapport propose d'attribuer le Marché à la SPRL Security Masters.

15. Le 22 mars 2021, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé, notamment, "d'approuver le rapport de sélection des candidatures et le rapport d'analyse des offres et d'attribution annexés à la présent note " (...).
Il s'agit de l'acte attaqué.

16. L'existence de cette délibération a été portée à la connaissance de la requérante par un courrier daté du 23 mars 2021 (...) ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 23 avril 2021, la SRL Security Masters demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen, « pris de la violation des articles 4, 84 et 153 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; la violations des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; la violation des articles 4, 5 et 8 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concession; la violation des articles 41, 43 et 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux; la violation du principe d'égalité entre les soumissionnaire et du devoir de minutie; l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir ».

Elle l'expose comme suit :

« 20. Il est constamment admis que :

" Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix. Il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif que la partie adverse a bien procédé concrètement à la vérification des prix"

Il est également constamment admis que :

" Un requérant n'a pas intérêt à un moyen lorsque celui-ci – à le supposer fondé ou sérieux – ne serait pas de nature à entraîner l'annulation ou la suspension de l'exécution de l'acte qui fait l'objet du recours. Tel n'est pas le cas, en l'espèce, du moyen unique, qui est de nature à entraîner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué. En effet, si un pouvoir adjudicateur ne procède pas au contrôle des prix, il ne peut attribuer le marché concerné. Par ailleurs, c'est en vain que la partie adverse soutient qu'il ressort manifestement du dossier et de la décision motivée d'attribution que les prix de la société VEOLIA ne sont pas anormaux, de sorte que l'absence de vérification n'aurait, selon elle, pas causé grief à la requérante. Rien ne permet, en effet, de présumer du résultat auquel aurait pu aboutir la vérification des prix et dont l'absence est dénoncée".

21. En l'espèce, concernant la vérification des prix, l'acte attaqué contient les mentions suivantes :

" Conformément à l'article 43 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, l'entité adjudicatrice a procédé à la vérification des prix des offres.
La vérification des prix des offres n'a fait apparaitre aucun prix paraissant anormal" (…).

Une telle formule – qui constitue une clause de style – n'est pas suffisante pour démontrer que la partie adverse, aurait bien, en l'espèce, "procédé concrètement à la vérification des prix". En effet, sauf à être appuyée par des éléments probants sérieux contenus dans le dossier administratif, une telle formule ne permet pas, à elle seule, d'établir le caractère effectif de la vérification à laquelle l'adjudicateur est tenu.

22. Il convient de préciser que l'effectivité du contrôle des prix s'impose avec d'autant plus de rigueur en l'espèce, que le secteur du gardiennage constitue un "secteur sensible à la fraude" au sens de l'article 2, 13°, de l'arrêté royal passation secteurs spéciaux. L'obligation de procéder à une vérification des prix dans les marchés passés dans ces secteurs revêt en effet une importance toute particulière.
Dans un marché public de nettoyage – secteur également sensible à la fraude – le Conseil d'État a notamment jugé ce qui suit :

> " Dans le cadre d'un marché du type de celui qui est en cause, la détermination du prix dépend, dans une importante mesure, des frais de personnel et, partant, de la configuration de celui-ci, laquelle est notamment influencée par diverses obligations à caractère social (dont la reprise – par l'attributaire du marché – du personnel précédemment affecté aux prestations faisant l'objet de ce marché) ou par les possibilités qu'ont, ou non, les soumissionnaires de disposer de catégories de travailleurs dont les coûts peuvent être moindres à raison de régimes spécifiques. Ainsi que les débats tenus à l'audience du 13 mars 2018 l'ont mis en évidence, la détermination du prix révèle une complexité telle que la vérification à laquelle le pouvoir adjudicateur est tenu ne peut être effectuée que si celui-ci dispose d'éléments concrets permettant de comprendre la structure du prix proposé. De tels éléments, communiqués par le soumissionnaire à l'appui de son offre ou en réponse à une invitation adressée par le pouvoir adjudicateur à l'occasion de la vérification requise, doivent nécessairement figurer au dossier administratif. Tel n'est toutefois pas le cas pour ce qui a trait à l'offre de la société KÖSE CLEANING, de sorte que la partie adverse n'établit pas avoir procédé à la vérification du prix proposé par ce soumissionnaire" (…).

Les enseignements de l'arrêt qui précède sont intégralement transposables en l'espèce. En effet, dans les marchés publics de gardiennage, la détermination du prix dépend également, "dans une importante mesure, des frais de personnel et, partant, de la configuration de celui-ci, laquelle est influencée par diverses obligations à caractère social (dont la reprise – par l'attributaire du marché – du personnel précédemment affecté aux prestations faisant l'objet de ce marché".
Or, sur la base des termes du rapport d'analyse des offres, il n'est pas possible de s'assurer qu'en l'espèce, la partie adverse dispose bien, pour chaque soumissionnaire – et singulièrement pour l'adjudicataire – "d'éléments concrets permettant de comprendre la structure du prix proposé".
23. Selon les termes du rapport d'analyse des offres (…), les prix globaux des différentes offres – par hypothèse, finales – remises par les différents soumissionnaires se présentaient comme il suit :

- La SPRL Fact Security : 20.737.886,40 EUR
- La SPRL Security Masters : 19.171.812,00 EUR
- La SPRL I.C.T.S. Belgium : 23.749.464,00 EUR

La requérante, pour sa part, a fixé ses prix en y appliquant une marge bénéficiaire réduite.
Le soumissionnaire I.C.T.S., de son côté, était l'adjudicataire du marché précédent. Ce marché a suscité des difficultés d'exécution qui ont d'ailleurs conduit à sa remise en concurrence anticipée, sous la forme du Marché dont il est question en l'espèce. Ces difficultés tenaient au fait que les prix remis par I.C.T.S. étaient trop faibles que pour permettre une rentabilité. Dans un tel contexte, on peut supposer que le prix global remis par I.C.T.S. dans le cadre du présent Marché tient compte de cette expérience négative passée, et qu'il permet désormais d'assurer une rentabilité suffisante.
Compte tenu des éléments qui précèdent, il n'est pas contradictoire de penser que le prix global remis par l'adjudicataire du Marché – ainsi que, le cas échéant, ses

différents prix unitaires – puissent être anormalement bas, dès lors que ce prix est sensiblement inférieur aux prix globaux de la requérante et d'I.C.T.S. Dans un tel contexte, l'absence de vérification concrète des prix est particulièrement problématique.

24. Le premier moyen est sérieux ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Le premier moyen soutient en substance que la mention du « Rapport d'analyse des offres et d'attribution » selon laquelle l'entité adjudicatrice a procédé à la vérification des prix des offres est une clause de style qui ne suffit pas à attester que la partie adverse a procédé concrètement à cette vérification des prix. Ce grief se comprend comme revenant à dénoncer une méconnaissance de l'obligation de vérification des prix prescrite par l'article 43 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, dont le moyen invoque la violation.

Au vu de la pièce 13 de la « Farde II – Pièces confidentielles » du dossier administratif et des indications qui y figurent sous le titre « Vérification des prix – BAFO », la requérante ne peut être suivie lorsqu'elle laisse entendre que la partie adverse n'aurait pas effectivement procédé à une vérification concrète des prix des offres.

Dès lors que ne peut être établie l'absence de vérification des prix, sont donc vaines, pour le surplus, les considérations de la requête relatives au fait que le secteur du gardiennage serait sensible à la fraude, d'une part, et aux difficultés qu'a connues l'exécution du marché précédent, lesquelles ne sont émises par la requérante que pour convaincre de ce que le marché litigieux est passé dans un contexte révélant l'importance particulière de la vérification des prix et le caractère problématique du défaut d'une telle vérification.

Le premier moyen ne peut être déclaré sérieux.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un deuxième moyen, « pris de la violation des articles 4, 120 et 147, § 4, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; la violation des articles 4, 5 et 8 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de

concession; la violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires; l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir ».

Elle l'expose comme suit :

« 2.1 Considérations liminaires

26. Il résulte de la partie de la présente requête consacrée au rappel des faits que, dans la cadre de la procédure d'attribution du Marché, la partie adverse a fait appel, à diverses reprises, à deux mécanismes : (i) la faculté d'interpeller les candidats/les soumissionnaires sur la base de l'article 147, § 4, de la loi marchés publics et (ii) la faculté d'inviter les soumissionnaires à améliorer leur offre dans le cadre des négociations.
Ces deux mécanismes se distinguent, à tout le moins, à deux titres.

27. Bien que l'article 147, § 4, de la loi marchés publics accorde à l'adjudicateur la faculté d'inviter le soumissionnaire à "compléter (…) les informations ou les documents" qui devaient être soumis, cette faculté ne permet pas à l'adjudicateur de solliciter ni, *a fortiori*, d'accepter tout type de " complément".
Ainsi, il est constamment admis que l'article 147, § 4, ne peut être utilisé pour inviter un soumissionnaire à produire, *a posteriori*, un élément dont l'absence affecte son offre d'une irrégularité substantielle. En dehors de cette hypothèse, il est communément admis que lorsque l'article 147, § 3, de la loi est mobilisé pour inviter un soumissionnaire à "compléter " son offre, l'élément transmis en réponse par le soumissionnaire ne peut être accepté qu'à condition qu'il existât au moment de l'expiration du délai de remise des offres. Il en va ainsi, notamment, de l'engagement du tiers à la capacité duquel il est fait appel de mettre ses moyens à la disposition du soumissionnaire, mais également de l'existence d'une couverture d'assurance, d'une référence exigée en termes de sélection qualitative ou d'une liste de matériel exigée au même titre. Il en va encore ainsi de l'existence de la signature du mandat sur la base duquel l'offre est elle-même signée. Dans cette dernière hypothèse, le Conseil d'État a précisé qu'admettre un mandat dont la signature serait postérieure à l'expiration du délai de remise des offres " reviendrait à autoriser un soumissionnaire à signer son offre après la date limite fixée pour le dépôt de celle-ci". Ainsi, l'article 147, § 4, n'est jamais censé permettre une quelconque modification de la substance de l'offre.
Plus fondamentalement, le mécanisme prévu à l'article 147, § 4, a, par essence, vocation à être mis en œuvre de manière individualisée auprès des différents soumissionnaires. Si, bien sûr, le principe d'égalité conditionne sa mise en œuvre, celui-ci n'impose toutefois pas, lorsqu'un seul soumissionnaire a omis un élément particulier dans son offre, d'inviter tous les soumissionnaires à compléter leur offre sur ce point. Une telle démarche n'aurait en effet aucun sens. C'est dans le seul fait d'accorder le bénéfice de l'article 147, § 4, à tous les soumissionnaires qui pourraient concrètement en profiter que l'égalité doit être respectée, pas dans le fait de le mobiliser pour les inviter tous à compléter leurs offres sur le même point. Ainsi, si deux soumissionnaires ont omis deux éléments différents dans leur offre et que le dernier n'a rien omis, l'égalité sera respectée en invitant les deux premiers soumissionnaires à compléter leurs offres sur les points omis qui les concernent respectivement. Le troisième soumissionnaire, quant à lui, ne devra pas faire l'objet d'une invitation à compléter son offre.

28. Le mécanisme de la négociation se distingue de ce qui précède.
Tout d'abord – et contrairement au mécanisme de l'article 147, § 4 – il a réellement vocation à permettre des modifications de l'offre, en lui substituant une offre nouvelle (intermédiaire ou finale). Ensuite – et contrairement encore au mécanisme de l'article 147, § 4 – le mécanisme de la négociation n'admet aucune mise en œuvre "individualisée". Il est en effet constamment admis que "[l]es principes d'égalité et de transparence imposent au pouvoir adjudicateur, lorsque

celui-ci procède à des négociations, de mener celles-ci dans le strict respect de l'égalité □procédurale□ entre les soumissionnaires, ce qui implique, entre autres choses, que chacun de ceux-ci reçoive les mêmes informations utiles à l'élaboration et à l'amélioration de son offre et doive avoir les mêmes possibilités d'améliorer son offre" (...).
Il résulte de cette jurisprudence qu'il est, en toute hypothèse, interdit d'inviter tel soumissionnaire à améliorer tel point de son offre, sans y inviter tous les autres. Il n'est pas davantage possible d'inviter tel soumissionnaire à améliorer son offre sur tel point, et tel autre soumissionnaire à améliorer son offre sur tel autre point. L'égalité implique d'offrir la possibilité à tous les soumissionnaires d'améliorer les mêmes points de leurs offres respectives. Cette possibilité doit également être offerte au soumissionnaire dont l'offre présenterait déjà un très haut niveau de qualité au regard du ou des points sur lesquels les améliorations sont sollicitées. Il ne peut en effet être exclu que ce soumissionnaire puisse encore, malgré tout, proposer une amélioration.
Concernant le respect des principes d'égalité et de transparence en matière de négociations, le Conseil d'État précise que :
" Le respect de ces principes doit ressortir des pièces du dossier administratif".

29. Les principes précédemment rappelés font apparaitre un point charnière.
Lorsqu'un adjudicateur interpelle un soumissionnaire par rapport à son offre, et que cette interpellation conduit à une modification de l'offre en question, l'interpellation doit s'analyser comme une invitation adressée au soumissionnaire à améliorer son offre. Quel que soit le fondement sur la base duquel l'adjudicateur prétend agir à cette occasion, une telle démarche s'inscrit en effet dans une logique de négociation, et pas dans le cadre d'une simple invitation adressée au soumissionnaire à "compléter" son offre au sens de l'article 147, § 4, de la loi. Une telle démarche ne pourra donc être jugée conforme au principe d'égalité qu'à condition qu'elle ait été entreprise à l'égard de tous les soumissionnaires, de manière à offrir à chacun d'eux " les mêmes possibilités d'améliorer son offre", conformément à la jurisprudence précitée.

2.2 Application

30. En l'espèce, et tel que cela ressort de l'exposé des faits, la partie adverse a interpellé les soumissionnaires à différentes reprises quant au contenu de leur offre et reçu, de leur part, des réactions.
La motivation formelle du rapport d'analyse des offres ne fournissant aucune précision quant à l'objet de ces interpellations, ni quant au contenu des réactions qu'elles ont suscitées, il n'est pas possible de vérifier si chacune d'elles est bien conforme à la qualification que la partie adverse prétend lui donner (simple invitation à "compléter" son offre au sens de l'article 147, §4, ou véritable demande adressée au soumissionnaire d'améliorer son offre dans le cadre d'un processus de négociation). Il n'est pas davantage possible de vérifier que les interpellations relevant de la seconde catégorie aient bien toutes été adressées à tous les soumissionnaires, conformément à l'obligation faite à l'adjudicateur d'offrir à chacun de ceux-ci "les mêmes possibilités d'améliorer son offre".
Dans un tel contexte, il ne peut être exclu, a priori, que la partie adverse ait, en réalité, offert à certains soumissionnaires seulement une possibilité d'améliorer leur offre, sans l'offrir aux autres et, singulièrement, à la requérante.

31. Cette éventualité peut d'autant moins être exclue que, comme cela ressort de l'exposé des faits, la partie adverse semble avoir amalgamé les deux mécanismes (interpellation fondée sur l'article 147, § 4, de la loi et interpellation tendant à obtenir une amélioration de l'offre dans une logique de négociation). Il en fut ainsi à l'occasion des demandes adressées aux soumissionnaires le 19 janvier 2021 :

" Le 19 janvier 2021, en application, notamment, de l'article 147, § 4, alinéa 1er, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 2.16 du

Cahier spécial des charges et des principes applicables en procédure négociée avec mise en concurrence préalable, l'entité adjudicatrice a sollicité de chacun des soumissionnaires des précisions et/ou des documents complémentaires" (…).

Ces interpellations contenaient donc manifestement plusieurs demandes, susceptibles de relever de l'un ou l'autre des deux mécanismes examinés. A défaut de motivation formelle plus élaborée, il ne peut être exclu que certaines demandes tendant, en réalité, à une amélioration de l'offre du destinataire, n'aient pas été adressées à tous les soumissionnaires.

32. L'éventualité que la partie adverse ait offert une possibilité d'amélioration à certains soumissionnaires seulement peut encore moins être exclue que, dans le rapport d'analyse des offres, la partie adverse déclare qu'au terme des présentations des offres initiales qui ont eu lieu devant elle le 28 janvier 2021, "les trois soumissionnaires ont été invités à transmettre à l'entité adjudicatrice, pour le 5 février 2021 à 12h00, les précisions/compléments d'informations demandés durant la présentation ainsi qu'une éventuelle '*Best and Final Offer'* (BAFO)" (...). Les présentations des offres ayant eu lieu de manière individuelle, les "précisions/compléments" réclamées à chaque soumissionnaire au terme de celles-ci étaient donc, très vraisemblablement, propres à chacun d'eux. Rien ne permet d'exclure, à défaut de motivation formelle plus développée du rapport d'analyse des offres, que ces demandes de "précisions/compléments" – par hypothèse "personnalisées" – aient en fait abouti à des améliorations de l'offre du soumissionnaire auquel elles étaient adressées.
33. Outre ce qui précède, il convient de souligner que, toujours selon les termes du rapport d'analyse des offres, le 9 février 2021, l'adjudicataire a, seul, été invité à fournir "des précisions/compléments d'informations" (...). Ainsi, à défaut de motivation formelle plus fournie, rien ne permet encore d'exclure que cette demande de "précisions/compléments d'informations" constituât une demande d'amélioration relevant de la négociation, qui aurait donc dû être adressée à tous les soumissionnaires.

34. Le moyen est sérieux ».

À l'audience du 30 avril 2021, la requérante a déclaré avoir pris connaissance – à la lecture de la note d'observations et du dossier administratif – du contenu des interpellations adressées aux différents soumissionnaires postérieurement au dépôt des offres initiales. Elle relève, à la lecture de la page 16/29 de la note d'observations et de la farde 1, pièce 10, qu'une des interpellations adressées à l'adjudicataire avait pour objet de l'inviter à fournir « […] l'attestation de visite des lieux obligatoire délivrée le 25 novembre 2020, qui n'était pas jointe à l'offre […], alors que cette production de l'attestation de visite avec l'offre était exigée par le CSC, selon lequel (cf. p. 14/46) « Cette visite constitue une exigence pour pouvoir soumettre une offre. L'offre du soumissionnaire qui n'a pas participé à la visite des lieux sera déclarée nulle. Lors de la visite, un certificat de visite sera délivré, dont la copie devra être jointe à l'offre ». Elle considère que l'absence d'un tel document affectait l'offre de l'adjudicataire d'une irrégularité et que, conformément à la jurisprudence constante du Conseil d'État, il appartenait à la partie adverse de constater cette irrégularité, puis de la qualifier de substantielle ou de non substantielle, ce qu'elle n'a pas fait. Elle ajoute que, compte tenu de l'importance de l'attestation de visite des lieux telle qu'elle résulte du CSC, il ne

pouvait s'agir ici que d'une irrégularité substantielle. Or, dans le cadre de la procédure choisie (procédure négociée avec mise en concurrence préalable avec publicité européenne), et conformément à l'article 74, § 4, de l'arrêté royal du 18 juin 2017, « l'entité adjudicatrice déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché ». Selon la requérante, aucune « disposition contraire » n'existait, en l'espèce, dans les documents du marché, de sorte que les irrégularités substantielles ne pouvaient pas être régularisées. En outre, elle relève, d'une part, que l'article 147, § 4, de la loi ne peut pas être utilisé pour régulariser des irrégularités substantielles et d'autre part, que des « offres affectées d'une irrégularité substantielle ne peuvent jamais être admises à la négociation », selon le commentaire de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Elle conclut des éléments qui précèdent qu'outre les normes visées au moyen, l'acte attaqué viole l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Au titre de ce moyen, la requérante expose, en termes de requête, redouter que des interpellations de la partie adverse au sujet des contenus des offres doivent s'analyser, non pas en invitations à compléter ou préciser ces offres au sens de l'article 147, § 4, alinéa 1er, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, mais bien en invitations à améliorer les offres des soumissionnaires concernés, sans que tous les soumissionnaires (dont elle-même) aient été mis en mesure d'améliorer leur offre.

Prima facie, il n'apparaît pas, à la lecture de la pièce 10 de la « Farde I : Pièces non confidentielles » du dossier administratif, que les demandes respectivement adressées à chaque soumissionnaire le 19 janvier 2021 devraient se voir reconnaître une portée autre que celle de clarifications ou précisions au sens de ce que l'article 147, § 4, alinéa 1er, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics permet à l'entité adjudicatrice de demander au candidat ou soumissionnaire concerné.

Ensuite, il ressort des pièces 6.1 à 6.3 de la « Farde II : Pièces confidentielles » du dossier administratif que les invitations à déposer les offres finales permettaient expressément à chacun des trois soumissionnaires d'améliorer son offre sur tous les points qu'il souhaitait. Rien ne permet donc, dans le cadre d'un examen effectué en extrême urgence, de considérer que les trois soumissionnaires n'auraient pas disposé des mêmes possibilités d'améliorer leur offre dans le cadre de cette invitation à déposer une « BAFO ».

Par ailleurs, en ce qui concerne la demande de précisions adressée le 9 février 2021 à l'intervenante, que mentionne le « Rapport d'analyse des offres et d'attribution » et que la partie adverse produit en pièce 13 de la « Farde I : Pièces confidentielles » du dossier administratif, il doit certes être relevé – comme la partie adverse le mentionne d'ailleurs expressément dans sa note d'observations – que la note de 91,57 points initialement pressentie pour l'intervenante à la suite du dépôt des offres finales a été portée à 95,5 points à la suite des indications apportées en réponse à la demande de précisions du 9 février 2021, tandis que celle de la requérante, fixée à 86,1 points, n'a pas évolué. Au vu des éléments livrés par certaines des pièces dont la confidentialité est demandée par ailleurs, la progression de la note globale de l'intervenante appelle les deux observations suivantes :

- d'une part, l'augmentation d'une des notes résulte non pas d'une amélioration de l'offre, mais bien d'une clarification reposant sur des éléments déjà contenus dans l'offre de l'intervenante; elle ne paraît donc, *prima facie*, pas devoir être exposée au reproche de l'illégalité alléguée par le moyen;
- d'autre part, s'il devait être admis, pour l'augmentation d'une autre note et au vu des précisions apportées par l'intervenante à la demande du 9 février 2021, que celles-ci lui ont en réalité permis d'améliorer son offre, force est de constater qu'une autre manière de procéder (consistant à ne rien demander à l'intervenante ou à accorder à la requérante une possibilité d'amélioration) n'aurait pas eu d'incidence sur le classement des offres. À supposer donc qu'une illégalité doive être identifiée sur ce point précis – ce qu'un examen effectué en extrême urgence ne permet pas de déceler – elle ne causerait pas grief à la requérante.

Il suit de ces considérations que, tel qu'il a été soulevé et exposé en termes de requête, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

S'agissant du grief que la requérante a fait valoir à l'audience du 30 avril 2021, il apparaît avant tout qu'elle n'a pu le formuler qu'après avoir pris connaissance de la note d'observations et des pièces non confidentielles du dossier administratif. La partie adverse n'a émis aucune objection à l'égard de sa recevabilité. Ce grief ne peut donc être considéré comme tardif.

Pour soutenir qu'était affectée d'une irrégularité substantielle l'offre de l'intervenante à laquelle n'avait pas été jointe, lors de son dépôt, l'attestation de visite, la requérante se prévaut de la disposition du cahier spécial des charges du marché litigieux selon laquelle serait déclarée nulle l'offre du soumissionnaire qui n'aurait pas satisfait à l'exigence de participation à la visite des lieux. Ce faisant, elle perd de vue que c'est la participation à la visite qui était exigée sous peine de

nullité, et non la production de l'attestation. Aucun autre élément n'est invoqué qui permettrait, en extrême urgence, de suivre la requérante en son grief.

Il s'ensuit que le moyen ne peut davantage être déclaré sérieux au regard du grief formulé en termes de plaidoiries.

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un troisième moyen, « pris de la violation de l'articles 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; la violation des articles 4, 5 et 8 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concession; la violation des articles 49, 50, 51, 52 et 74, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux; la violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires, du principe *patere legem quam ipse fecisti* et du devoir de minutie; la violation de l'article 2.10 du cahier spécial des charges du marché; l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir ».

Elle l'expose comme suit :

« 36. L'article 74 de l'AR passation secteurs spéciaux dispose que :

" § 1er. L'entité adjudicatrice 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 46, 50, 51, § 1er, 52, 56, § 2, alinéa 1er, 61, § 2, 62, 81 et 89 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, 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 du marché.
(…)
§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, l'entité adjudicatrice déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3.
§ 4. Sans préjudice de l'article 121, § 6, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres autres que les offres finales, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur

au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Lorsqu'il s'agit d'une offre finale, le paragraphe 3 s'applique.
(…)".

L'article 50 du même texte dispose que :

" § 1er. (…).
§ 2. Dans le cadre d'une procédure restreinte, d'une procédure négociée avec mise en concurrence préalable, d'un dialogue compétitif et d'un partenariat d'innovation, le candidat ne doit pas signer individuellement la demande de participation. Il en va de même pour le DUME, lorsqu'il doit être présenté. Les deux documents précités peuvent toutefois être signés de manière globale par l'apposition d'une signature sur le rapport de dépôt lié à la demande de participation et ce, au moment où ces derniers sont chargés sur la plateforme électronique mentionnée à l'article 14, § 7, de la loi. Lorsque l'opérateur économique n'a pas recours à cette possibilité, le DUME lorsqu'il doit être présenté, doit être joint à nouveau et être signé globalement par le biais du rapport de dépôt visé à l'alinéa 2.
Lorsque dans une phase ultérieure, des offres et leurs annexes sont introduites dans le cadre d'une des procédures visées à l'alinéa 1er, aucune signature individuelle n'est exigée au moment du chargement sur la plateforme électronique mentionnée à l'article 14, § 7, de la loi. Ces documents sont signés de manière globale par l'apposition d'une signature sur le rapport de dépôt y afférent.
Néanmoins, dans le cadre de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable et du partenariat d'innovation, seuls les rapports de dépôt relatifs à l'offre initiale et à l'offre finale doivent être signés.
(…)".

L'article 51 du même texte dispose finalement que :

" § 1er. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, le rapport de dépôt visé à l'article 50 doit être revêtu d'une signature électronique qualifiée.
(…)".

Par ailleurs, l'article 2.10 du CSC dispose que :

" Les offres doivent obligatoirement être adressées à l'entité adjudicatrice par le biais du site Internet *E-tendering* : https://eten.publicprocurement.be. Les soumissionnaires sont tenus de prendre leurs dispositions afin de s'assurer d'être en mesure de déposer leur offre via cette plateforme.
L'envoi d'une offre par *e-mail* est interdit.
(…)".

Il résulte de l'ensemble des dispositions qui précèdent que les offres finales remises dans le cadre du Marché devaient, sous peine d'irrégularité substantielle, être revêtues d'une signature électronique qualifiée, apposée sur le rapport de dépôt. Elles devaient, en outre, être déposées via *e-Tendering*. En outre, elles ne pouvaient, en aucun cas, être envoyées par *email*.

37. En l'espèce, il n'est pas contestable que la requérante a déposé sa BAFO par email (…), à défaut d'avoir été invitée et mise en mesure de le faire via *e-Tendering*. Il est très certain que les concurrents de la requérante en ont fait de même pour ce qui concernent leurs propres BAFO. En conséquence, le Marché a manifestement été attribué sur la base de BAFO dont le rapport de dépôt n'était pas

revêtu d'une signature électronique qualifiée. Aucun rapport de dépôt n'a par ailleurs pu être émis, puisque le dépôt n'a pas eu lieu via *e-Tendering*. Les BAFO étaient donc toutes substantiellement irrégulières. L'acte attaqué encourt la suspension de ce chef.

La requérante précise que, même si le présent moyen est susceptible d'aboutir à l'écartement de sa propre BAFO, elle y a incontestablement intérêt, dès lors que ce moyen aboutirait à l'écartement de toutes les BAFO. Dans un tel cas, la partie adverse devraient demander de nouvelles BAFO, via *e-Tendering*. Elle pourrait également décider de relancer le marché conformément à l'article 85 de la loi marchés publics. Dans les deux hypothèses, la requérante retrouverait une chance de se voir attribuer le Marché, ce qui suffit à établir son intérêt au présent moyen. Il peut, sur ce point, être utilement fait référence à un arrêt 230.385 du Conseil d'État du 3 mars 2015 :

> "L'offre des requérantes ayant été déclarée irrégulière, elles ne peuvent justifier d'un intérêt qu'à la condition que les moyens qu'elles formulent soient de nature à leur rendre une chance de se voir attribuer le marché. Tel est le cas si ces moyens sont de nature à démontrer l'illégalité de la décision déclarant leur offre irrégulière ou de nature à démontrer que toutes les offres auraient en réalité, dû être déclarées irrégulières " (...).
>
> 38. Le moyen est recevable et sérieux ».

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen fait grief à la partie adverse de n'avoir pas écarté pour irrégularité substantielle les offres finales qui n'ont pas été déposées sur le site internet *E-tendering* et pour lesquelles aucun rapport de dépôt muni d'une signature électronique qualifiée n'a été émis.

Ce vice qui affecte le dépôt des offres finales devrait, selon la requérante et par application des dispositions plus particulièrement mises en exergue par les développements du moyen, être considéré comme une irrégularité substantielle justifiant que les offres qui en sont affectées soient déclarées nulles.

Dans sa note d'observations, la partie adverse reconnaît expressément n'avoir pas ouvert l'accès des soumissionnaires au site internet *E-Tendering* pour le dépôt des offres finales, de sorte que cette plate-forme était inaccessible et que les soumissionnaires n'étaient pas en mesure d'effectuer le dépôt prescrit par les documents du marché.

L'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux est libellé comme suit :

« § 1er. L'entité adjudicatrice 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 46, 50, 51, § 1er, 52, 56, § 2, alinéa 1er, 61, § 2, 62, 81 et 89 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, 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 du marché.
§ 2. 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 1er, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.
§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, l'entité adjudicatrice déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3.
§ 4. Sans préjudice de l'article 121, § 6, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres autres que les offres finales, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Lorsqu'il s'agit d'une offre finale, le paragraphe 3 s'applique.
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 1er, alinéa 3, l'entité adjudicatrice offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations.
L'entité adjudicatrice déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, elle donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que l'entité adjudicatrice n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.
§ 5. Sans préjudice du paragraphe 2 et de l'article 121, § 6, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. L'entité adjudicatrice décide soit de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser cette irrégularité. Il en va de même si l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3 ».

Ne peut être considérée comme une irrégularité, *a fortiori* substantielle, au sens de la disposition précitée, la non-conformité d'une offre, qui résulte – comme cela est admis sans réserve par la partie adverse, dans le cas d'espèce – de

l’impossibilité de respecter certaines prescriptions des documents du marché dans laquelle l’entité adjudicatrice a elle-même placé le soumissionnaire.

Reposant sur le postulat que les offres étaient affectées d’irrégularités substantielles en raison des vices dénoncés par la requérante, le troisième moyen n’est pas sérieux.

VIII. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité des pièces 5, 7, 13 et 16 à 31 de son dossier.

La partie adverse sollicite également le maintien de la confidentialité des quatorze pièces constituant la « Farde II – Pièces confidentielles » du dossier administratif.

Dès lors que ces demandes n'ont pas été contestées, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la SRL Security Masters est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 5, 13 et 16 à 31 annexées à la requête en suspension ainsi que les 14 pièces de la farde II du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI[e] chambre siégeant en référé, le 21 mai 2021 par :

David De Roy,	conseiller d'État, président f.f.,
Nathalie Roba,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
Nathalie Roba	David De Roy