

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 259.039 du 6 mars 2024

A. 240.801/VI-22.711

En cause : **la société anonyme A-M SEVADEPANNAGES**,
ayant élu domicile chez
M^e Alexandre PIRSON, avocat,
rue Albert Mockel, 43/11
4000 Liège,

contre :

l'État belge, représenté par
la ministre de l'Intérieur - police fédérale,
ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT, Roxane
DELFORGE et Julia SIMBA, avocats,
Central Plaza
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 26 décembre 2023, la société anonyme A-M SEVADEPANNAGES, demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 11 décembre 2023 prise par l'État belge, représentée par la ministre madame Annelies Verlinden, dans le cadre d'un marché n° 2023 R3 172 relatif à un accord-cadre pluriannuel de fournitures pour l'acquisition de coffres-forts verrouillables individuels et collectifs sur mesure au profit de la Police Intégrée, structurée à deux niveaux, et des écoles de Police, de :

- ne pas sélectionner la candidature de la société A-M SEVAdépannages et de ne plus la prendre en considération dans la suite de [la] procédure de passation ;
- sélectionner les candidatures des firmes Ambassadors Arms, Checkmade et De Raat Security Product et de les inviter à remettre offre ».

Par une requête introduite le 9 février 2024, la requérante demande l'annulation de la décision précitée.

II. Procédure

Par une ordonnance du 27 décembre 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 15 janvier 2024.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Alexandre Pirson, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^{es} Bruno Lombaert et Roxane Delforge avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, sans être contestée par la partie requérante, les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent ainsi qu'il suit :

« 1.1. Le marché en cause

1. L'accord-cadre litigieux est un marché de fournitures pour l'acquisition de coffres-forts verrouillables individuels et collectifs sur mesure au profit de la Police Intégrée, structurée à deux niveaux, et des écoles de police. Les coffres-forts à commander sont destinés à contenir des armes.

2. L'avis de marché a été publié au Bulletin des Adjudications le 14 juillet 2023 (pièce 2 du dossier administratif). L'avis de marché a également été publié au Journal officiel de l'Union européenne le 19 juillet 2023 (pièce 3 du dossier administratif).

3. L'appel à candidatures du 14 juillet 2023 précise que l'accord-cadre est composé d'un lot unique portant sur trois types de postes (pièce 4 du dossier administratif, p. 3) :

- poste 1 : coffres-forts à compartiments individuels (pour une durée de 7 ans) ;
- poste 2 : coffres-forts collectifs (pour une durée de 7 ans) ;
- poste 3 : interventions sur appel (pour une durée de 10 ans).

4. Le pouvoir adjudicateur est la Police Fédérale, représentée par la Direction générale de la gestion des ressources et de l'information, direction des finances, Service Procurement.

Elle intervient en tant que centrale de marché au profit des zones de Police locale et des écoles de police, en vertu des articles 2, 4°, et 14 de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services passés dans les domaines de la défense et de la sécurité (ci-après, "Loi Défense et Sécurité 2011") (pièce 14 du dossier administratif, p. 9).

5. Eu égard à la nature des activités de la partie adverse et de l'objet de l'accord-cadre (coffres-forts destinés à contenir des armes), celui-ci est soumis à la loi Défense et Sécurité du 13 août 2011, ainsi qu'aux arrêtés royaux du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (ci-après, "Arrêté Royal Exécution 2013") et du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité (ci-après, "Arrêté Royal Passation 2012").

6. Le marché est passé par procédure négociée avec publicité conformément à l'article 22 de la Loi Défense et Sécurité.

7. L'appel à candidatures prévoit que la sélection qualitative des candidats se déroule en trois phases successives, dont les détails sont repris à l'annexe B jointe à l'appel à candidatures (pièce 4 du dossier administratif, p. 9).

La première phase est relative à la vérification de l'absence de motif d'exclusion (droits d'accès), consistant à examiner (pièce 4 du dossier administratif, p. 9) :

- le fait que le candidat ne se trouve pas dans l'une des situations visées à l'article 63, paragraphe 1 et paragraphe 2, 1° à 8°, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 ;
- le fait qu'il est satisfait aux exigences des articles 64 et 65 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012.

La seconde phase est relative aux critères minimaux de sélection qualitative et vise à examiner les critères suivants (pièce 4 du dossier administratif, p. 12):

- la capacité économique et financière du candidat, justifiée au moyen d'une déclaration concernant le chiffre d'affaires global annuel moyen, pour les trois derniers exercices disponibles, atteignant au minimum 600.000,00 EUR HTVA ;
- la capacité technique ou professionnelle du candidat, justifiée au moyen d'une liste des principales livraisons concernant des fournitures similaires à celles faisant l'objet de l'accord-cadre et effectuées au cours des cinq dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le montant total des livraisons de la liste doit atteindre 400.000,00 EUR HTVA.

La troisième phase est relative aux critères d'aptitude de sélection qualitative, laquelle consiste en une phase évaluative et facultative permettant d'aboutir à un classement afin de ne retenir que les meilleures candidatures dans le cas où plus de trois candidats auraient satisfait à la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et aux critères minimaux (pièce 4 du dossier administratif, pp. 4, 9 et 12).

Le point 6 de l'appel à candidatures indique que chaque critère d'aptitude est évalué sur un pourcentage défini et que ces pourcentages seront additionnés pour chaque candidat afin d'obtenir les notes permettant d'établir le classement final (pièce 4 du dossier administratif, p. 5) :

“Addition des pourcentages obtenus dans les critères repris en annexe B (phase 3 de la sélection qualitative - critères d'aptitude), pour autant que la phase 3 soit appliquée. Sinon, les appels à candidature qui correspondent aux critères minimaux”.

L'appel à candidatures décrit les quatre critères d'aptitude de la manière suivante (pièce 4 du dossier administratif, p. 12) :

“4.1. Enfin, la dernière phase de la sélection consiste en une évaluation de l'aptitude proprement dite des candidats. Cette phase sera cotée et donnera lieu à un classement final des candidats.

Ces critères proviennent des articles 69, 73, 75 et 82 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité.

Remarque :

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de procéder à une éventuelle 3^{ème} phase évaluative. Cette dernière se verra être appliquée si le nombre de candidatures ayant satisfait aux critères d'exclusion et aux critères minimaux est supérieur à trois et consistera en l'établissement d'un classement des candidats sur base de points qui leur sera attribués au regard des critères de sélection repris ci-dessous.

Afin d'assurer une concurrence effective et appropriée, sauf décision contraire dûment motivée et pour autant que les candidatures évaluées soient considérées comme suffisamment qualitatives, le pouvoir adjudicateur retiendra au minimum les trois candidats les mieux classés et au maximum les cinq candidats les mieux classés. Le pouvoir adjudicateur se réserve toutefois le droit de sélectionner un nombre plus élevé (plus que trois) de candidats s'il appert qu'il a été impossible d'en départager certains d'entre eux.

Les critères suivants seront évalués :

4.1.1 Capacité financière

En application de l'article 69, § 1^{er}, 3^o, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, la capacité économique et financière du candidat sera justifiée par la production des références suivantes :

- 1^{er} critère : une déclaration (voir annexe F) concernant le chiffre d'affaires annuel moyen du domaine d'activités faisant l'objet de l'accord-cadre (coffres-forts verrouillables), pour les trois derniers exercices disponibles, atteignant au minimum 150.000,00 EUR HTVA. (30 %)

4.1.2 Capacité technique

La capacité technique ou professionnelle du candidat sera justifiée par la production des références suivantes :

- 2^e critère : en application de l'article 73, 3^o, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, par une liste (voir annexe G) des marchés publics ou livraisons à des entités publiques supérieurs à 200.000,00 EUR HTVA concernant des fournitures similaires à celles faisant l'objet de l'accord-cadre (coffres-forts verrouillables) et effectuées au cours des cinq (5) dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire. (30 %)
- 3^e critère : en application des articles 73, 4^o, et 75 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, dans le domaine de l'étude et de la recherche (coffres-forts verrouillables), une description :
 - de l'équipement technique ;
 - des mesures employées par le fournisseur ;

- des projets déjà réalisés par l'entreprise avec une description des résultats obtenus ;
- des projets en cours sur l'évolution (poids, résistance, utilisation...) et leur état d'avancement. (20 %)
- 4^e critère : en application des articles 73, 1^o, et 82 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, une description du système de gestion de la qualité et l'éventuelle certification selon la norme ISO 9001:2015 ou équivalent. Le certificat est accordé par un organisme de contrôle reconnu et doit au moins inclure la chaîne de production des coffres-forts verrouillables que le candidat veut proposer dans son offre. Le candidat doit soumettre un dossier détaillé expliquant le plan qualité. Durant la production, le soumissionnaire doit pouvoir constamment effectuer des tests de qualité selon les modalités qui seront décrites le cahier spécial des charges. (20 %)" (la partie adverse souligne).

8. Le point 1.2 de l'annexe B de l'appel à candidatures prévoit encore, conformément à l'article 79 de l'Arrêté royal Passation 2012, qu'"[u]n candidat peut, pour un marché déterminé, faire valoir les capacités financière et/ou technique d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités".

Dans cette hypothèse, la preuve de l'engagement doit être rapportée sur la base du modèle de déclaration d'engagement de mise à disposition des moyens financiers et/ou techniques produit en annexe H de l'appel à candidatures (pièce 4 du dossier administratif, p. 9).

9. Enfin, concernant le montant ou les quantités estimées du marché, l'appel à candidatures dispose comme il suit (pièce 4 du dossier administratif, p. 14) :

"Le montant HTVA des quantités maximales du marché nécessite l'intervention du Conseil des Ministres.
Les quantités estimées et maximales seront spécifiées dans le cahier spécial des charges".

La demande d'accord préalable signée par Madame la Ministre de l'Intérieur préalablement au lancement de la procédure du marché précise en effet que la dépense totale, sur base des quantités maximales, est estimée à 6.393.970,00 EUR HTVA (pièce 1 du dossier administratif, p. 2).

Le cahier spécial des charges transmis ultérieurement aux candidats sélectionnés (voy. infra) mentionne ce qui suit concernant les quantités estimées de l'accord-cadre (pièce 14 du dossier administratif, pp. 6-7) :

5.4 Quantités de l'accord-cadre

5.4.1 Quantités estimées pour la Police Fédérale

Les quantités estimées pour la durée de l'accord-cadre sont :

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Poste 1	16	109	109	109	109	109	109	0	0	0
Option obligatoire 1	5	27	27	27	27	27	27	0	0	0
Poste 2	16	170	45	45	45	45	45	0	0	0
Option obligatoire 2	16	170	45	45	45	45	45	0	0	0
Option obligatoire 3	7	68	18	18	18	18	18	0	0	0
Poste 3	indét ermin ées	indét ermin ées	indét ermin ées	indét ermin ées	indét ermin ées	indét ermin ées	indét ermin ées	indét ermin ées	indét ermin ées	indét ermin ées

5.4.2 Quantités estimées pour la Police Locale et les écoles de police

Les quantités estimées pour la durée de l'accord-cadre sont :

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Poste 1	93	93	93	93	93	93	93	0	0	0
Option obligatoire 1	23	23	23	23	23	23	23	0	0	0
Poste 2	11	11	11	11	11	11	11	0	0	0
Option obligatoire 2	11	11	11	11	11	11	11	0	0	0
Option obligatoire 3	4	4	4	4	4	4	4	0	0	0
Poste 3	indét ermin ées	indét ermin ées	indét ermin ées	indét ermin ées	indét ermin ées	indét ermin ées	indét ermin ées	indét ermin ées	indét ermin ées	indét ermin ées

Le point 5.4.4. du cahier spécial des charges précise encore que “[les] quantités maximales pour toutes les entités ne dépasseront jamais 200 % du budget total d’attribution” (pièce 14 du dossier administratif, p. 7).

1.2 Déroulement de la procédure de sélection

10. Ainsi qu’il ressort du procès-verbal électronique d’ouverture des demandes de participation, quatre candidats ont déposé leur candidature au plus tard pour le 21 août 2023 (pièce 5 du dossier administratif) :

- A-M Sevadepannages (la requérante)
- Ambassador Arms
- Checkmade
- De Raat Security Products.

11. Dans le cadre de l’examen des critères de sélection, la partie adverse a adressé des demandes de précisions aux candidats.

Concernant les éléments pertinents pour le présent litige, la partie adverse a, par un courriel du 13 septembre 2023, interrogé la requérante sur l’expiration du certificat de conformité à la norme ISO requis pour satisfaire au critère 4 dans le cadre de la troisième phase de la sélection (pièce 6 du dossier administratif).

Le même jour, la requérante a apporté les éléments de réponse suivants (pièce 6 du dossier administratif) :

“Madame [...],

J'accuse réception de votre mail de ce jour et je vous prie de trouver ci-dessous l'explication de cet élément.

En effet, nous savions, lors de l'envoi de notre dossier, que le certificat ISO du fabricant (Ideal line) était hors validité.

Le but de notre envoi des documents hors validité était en réalité, comme il était demandé dans le 4^o critère de la capacité technique, de démontrer qu'une procédure de gestion de qualité était en place au sein de l'organisation.

Faisant, moi-même, partie du conseil de gestion de d'administration de la société Ideal line, nous souhaitons clarifier que cela ne signifie pas que notre procédure est obsolète, mais plutôt que nous avons délibérément retardé la mise à jour de la certification dans le but de l'adapter de manière professionnelle à notre nouveau contexte de fabrication, notamment avec notre récente transition vers de nouveaux locaux. Changement de locaux lié au développement important de la partie fabrication sur mesure.

Cette décision a été prise avec la volonté de garantir que notre certification ISO soit en parfait alignement avec les nouvelles installations, les processus de production et les normes de qualité que nous avons mis en place dans notre nouvel environnement.

Nous croyons fermement en l'importance de maintenir des normes de qualité élevées, et c'est pourquoi nous avons choisi d'attendre que nos nouveaux locaux soient opérationnels avant de mettre à jour notre certification ISO.

L'un des principaux motifs d'avoir ajourner la prolongation de la certification existante est que nous avons préféré postposer la mise à jour de quelques mois, afin d'éviter de faire deux fois le travail sur une période très courte.

En effet, ceci aurait nécessité deux audits distincts en raison du changement de locaux et nous avons jugé qu'il était plus efficace et économique de mener un seul audit complet, couvrant à la fois l'adaptation aux nouvelles installations et la mise à jour des normes de certification ISO.

La société Ideal line, et moi-même, tenons à vous assurer que notre engagement envers la qualité demeure intact et que nous gardons les mesures nécessaires pour nous conformer aux normes ISO mises en place.

Nous avons déjà entrepris les démarches nécessaires pour mettre à jour notre certification, et nous attendons avec impatience le processus d'audit qui suivra.

Nous sommes déterminés à maintenir et à améliorer continuellement nos pratiques de gestion de la qualité, et nous sommes convaincus que la nouvelle certification reflétera notre engagement envers l'excellence.

Pouvez-vous, s'il vous plait, me confirmer a bonne réception de ce mail et me dire si d'autres démarches ou documents doivent vous être fournis dans le cadre de cet échange.

Je reste à votre disposition pour de plus amples renseignements et vous prie d'agréer, Madame [...], mes salutations distinguées”.

1.3 La décision motivée de sélection (acte attaqué).

12. Le 11 décembre 2023, la partie adverse a adopté la décision motivée de sélection (pièce 10 du dossier administratif).

Après avoir considéré que les quatre candidats répondaient aux exigences en termes d'absence de motif d'exclusion et aux exigences minimales de sélection qualitative, la partie adverse conclut, au terme d'une analyse comparative des critères d'aptitude des candidats, que :

- i. la candidature de la requérante n'est pas sélectionnée ;
- ii. les candidatures des sociétés Ambassador Arms, Checkmade et De Raat Security Products sont sélectionnées et les candidats sont invités à soumettre une offre.

Il s'agit de la décision attaquée.

13. Au terme de l'évaluation de l'aptitude des candidats, le tableau récapitulatif détaille les résultats obtenus par chacun des candidats sur la base des quatre

critères énoncés et après application de la pondération appliquée à chacun des critères telle qu'énoncée dans l'appel à candidatures (pièce 10 du dossier administratif, p. 7) :

2.2.3.5 Classement des entreprises par score

AM SEVAdépannages	Ambassador Arms	Checkmade	De Raat Security Products
25,12/100	60/100	35,38/100	51,43/100

14. En ce qui concerne le premier critère, relatif à la capacité économique et financière du candidat, la décision motivée de sélection porte notamment ce qui suit (pièce 10 du dossier administratif, p. 3) :

2.2.3.1.2 Ambassador Arms

La société Ambassador Arms fournit les références suivantes :

- 1.500.000,00 EUR (2020) ;
- 1.900.000,00 EUR (2021) ;
- 2.50.0000,00 EUR (2022).

Nous avons additionné toutes les références, divisé le total par trois (trois ans) et obtenu le résultat suivant : 1.966.666,67 EUR.

Remarque : La société Ambassador Arms fait appel à la firme De Raat Security Products. Les références ne doivent pas être additionnées. Les références de la firme De Raat Security Products sont incluses dans les références fournies par la firme Ambassador Arms.

2.2.3.1.4 De Raat Security Products

L'entreprise De Raat Security Products fournit les références suivantes :

- 1.480.000,00 EUR (2020) ;
- 1.870.000,00 EUR (2021) ;
- 2.000.000,00 EUR (2022).

Nous avons additionné toutes les références, divisé le total par trois (trois ans) et obtenu le résultat suivant : 1.783.333,33 EUR.

2.2.3.1.5 Le critère « capacité économique et financière » a été déterminé selon la formule suivante :

Chaque offre reçoit un score égal au résultat de la formule suivante :

$$\text{Score } x = \text{Max} \left(\frac{Px - P_{\min}}{P_{\max} - P_{\min}} \right)$$

Score x = Max

Avec :

Max : pondération

Px : chiffre d'affaires de l'offre x

PMax : chiffre d'affaires maximal proposé

PMin : chiffre d'affaires minimal déterminé dans l'appel à candidatures

Après application de la formule, les candidats obtiennent les résultats suivants :

AM SEVAdépannages	Ambassador Arms	Checkmade	De Raat Security Products
5,12/30	30/30	11,38/30	26,97/30

15. Concernant le second critère, relatif à la capacité technique ou professionnelle, la décision motivée de sélection porte notamment ce qui suit (pièce 10 du dossier administratif, p. 4) :

2.2.3.2.1 AM SEVAdépannages

La firme AM SEVAdépannages a fourni une liste de marchés publics ou livraisons à des entités publiques supérieurs à 200.000,00 euros concernant des fournitures similaires à celles faisant l'objet de l'accord-cadre (coffres-forts verrouillables) effectuées au cours des cinq (5) dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Cependant, aucune référence n'est supérieure à 200.000,00 EUR HTVA. Par conséquent, il n'est pas possible de prendre les références en compte et d'attribuer des points.

2.2.3.2.2 Ambassador Arms

La firme Ambassador Arms a fourni une liste de marchés publics ou livraisons à des entités publiques supérieurs à 200.000,00 euros concernant des fournitures similaires à celles faisant l'objet de l'accord-cadre (coffres-forts verrouillables) effectuées au cours des cinq (5) dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé.

La firme Ambassador Arms fait appel à la firme De Raat Security Products.

Nous avons additionné toutes les références et obtenu le résultat suivant : 2.408.135,00 EUR HTVA.

2.2.3.2.4 De Raat Security Products

La firme De Raat Security Products a fourni une liste de marchés publics ou livraisons à des entités publiques supérieurs à 200.000,00 euros concernant des fournitures similaires à celles faisant l'objet de l'accord-cadre (coffres-forts verrouillables) effectuées au cours des cinq (5) dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé.

Nous avons additionné toutes les références et obtenu le résultat suivant : 2.000.045,64 EUR HTVA.

2.2.4.2.5 Le critère « capacité technique et professionnelle » a été déterminé sur la base de la formule suivante :

Chaque offre reçoit un score égal au résultat de la formule suivante :

$$\text{Score x} = \text{Max} \left(\frac{Px - P_{\min}}{P_{\max} - P_{\min}} \right)$$

Score x = Max

Avec :

Max : pondération

Px : liste proposée de l'offre x

PMax : liste maximale proposée

PMin : liste minimale déterminée dans l'appel à candidatures

Après application de la formule, les candidats obtiennent les résultats suivants :

AM SEVAdépannages	Ambassador Arms	Checkmade	De Raat Security Products
0/30	30/30	0/30	24,46/30

16. Concernant le troisième critère, relatif à l'étude et la recherche, la partie adverse n'attribue aucun point aux sociétés Ambassador Arms et De Raat Security Products, après avoir constaté que ces candidats n'avaient pas fourni de réponse vis-à-vis de ce critère (pièce 10 du dossier administratif, p. 6).

Par conséquent, les candidats obtiennent les résultats suivants :

AM SEVAdépannages	Ambassador Arms	Checkmade	De Raat Security Products
16/20	0/20	8/20	0/20

17. Concernant le quatrième critère, relatif au système de gestion de la qualité, la partie adverse n'attribue de la même manière aucun point aux sociétés Ambassador Arms et De Raat Security Products, après avoir constaté que ces candidats n'avaient pas fourni de réponse vis-à-vis de ce critère.

En ce qui concerne l'évaluation de la requérante relative à ce critère, la décision motivée de sélection porte ce qui suit (pièce 10 du dossier administratif, p. 6) :

2.2.3.4.1 AM SEVAdépannages

La firme AM SEVAdépannages fournit le certificat de conformité à la norme ISO 9001:2015 délivré au fabricant Ideal Line avec qui elle travaille. L'organisme de contrôle concerné est WOJSKOWA AKADEMIA TECHNICZNA (organisme de contrôle polonais à Warsaw). Cependant, le certificat n'est plus valable depuis avril 2022 et, sur demande ultérieure, la firme AM SEVAdépannages n'a pas pu le fournir valable actuellement.

Un plan qualité détaillé n'est pas fourni. Une procédure de demande commerciale et d'intervention sous la forme de schémas légendés et interconnectés est tout de même communiquée et permet de comprendre qui sont les responsables de telles ou telles tâches avec leurs interactions, afin d'aboutir au produit ou service demandé.

Conclusion : La firme AM SEVAdépannages n'a pas fourni de certification actuellement valable. La firme AM SEVAdépannages n'a pas fourni de plan qualité détaillé mais tout de même une procédure schématisée qui permet de comprendre comment aboutir au produit ou service demandé. Pour ces raisons, l'Administration estime que la firme AM SEVAdépannages obtient une note de 2/10.

Par conséquent, les candidats obtiennent les résultats suivants :

AM SEVAdépannages	Ambassador Arms	Checkmade	De Raat Security Products
4/20	0/20	16/20	0/20

18. Le 11 décembre 2023, la décision motivée de sélection est notifiée aux candidats par courriels et courriers recommandés (pièce 11 du dossier administratif).

19. Le jeudi 21 décembre 2023 à 15h28, le conseil de la requérante adresse un courriel à la partie adverse lui demandant de (pièce 12 du dossier administratif) :

- lui communiquer immédiatement la preuve et la nature de l'engagement de DE RAAT auprès de la société Ambassador Arms ;
- retirer immédiatement la décision de non-sélection pour le 22 décembre (soit le lendemain) à 16h00 au plus tard.

[...] ».

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen déduit de la violation des articles 5, 6 et 10 de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, des articles 4, 5 et 36 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, de l'article 79 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, du principe général de concurrence, des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence, du principe de légitime confiance et de l'erreur manifeste d'appréciation,

en ce que, première branche, la partie adverse a pris en compte, à plusieurs stades de la sélection, une justification déterminante de capacité du soumissionnaire Ambassador Arms reposant sur la mise à disposition de moyens de l'entreprise De Raat Security Products, elle-même candidate retenue,

alors que les dispositions au moyen imposaient à la partie adverse, de ne pas admettre l'intervention déterminante d'une même entité dans deux candidatures différentes, à savoir celle de De Raat Security Products pour elle-même et pour la société Ambassador Arms ;

et en ce que, seconde branche, la partie adverse a pris en compte des déclarations relatives à la capacité économique et financière de deux des trois candidats retenus, à savoir les sociétés Ambassador Arms et De Raat Security Products afin de les sélectionner, malgré la concertation manifeste qui a précédé les déclarations relatives aux chiffres d'affaires déclarés,

alors que les dispositions au moyen imposaient à la partie adverse de s'assurer qu'aucune entente n'a pu avoir lieu en amont de la sélection et que les chiffres produits ne sont pas factices ou ne résultent pas d'une concertation entre candidats rendant artificiels les chiffres produits ou, à tout le moins, de motiver formellement sa décision sur ce point.

Le résumé du moyen, établi en application de l'article 2, § 1^{er}, alinéa 3, du règlement général de procédure porte, sur la première branche, ce qui suit :

« Première branche : violation du principe de l'unicité de la demande de participation et de l'offre.

Il ressort du rapport de sélection que la société Ambassadors Arms a pu remplir les exigences minimales de sélection et a remporté la phase comparative au moyen des chiffres et références mis à disposition par l'entreprise De Raat Security Products, elle-même candidate retenue dans l'acte attaqué.

Dans la mesure où une mise à disposition de moyens pour démontrer une capacité implique un engagement à mettre les moyens effectivement à disposition d'un candidat et donc à participer au marché en cas d'attribution, le fait pour la partie adverse d'accueillir ces deux candidatures revient à permettre indirectement la remise de deux offres par un même candidat, à savoir l'entreprise De Raat Security Products. Cette décision a violé le principe de concurrence en empêchant d'autres sociétés à être retenues au stade de la sélection alors qu'au moins une société a été sélectionnée artificiellement sur la base de références d'un autre candidat ».

La seconde branche est résumée de la manière suivante :

« Seconde branche : présence d'indices tangibles d'entente et concertation violant le principe de concurrence.

Les chiffres d'affaires avancés par les deux candidats retenus que sont Ambassador Arms et De Raat Security Products sont totalement improbables et ne peuvent correspondre à une réalité tangible en dehors d'une hypothèse de concertation illicite. En effet, Ambassador Arms produit des chiffres d'affaires annuels successifs colossaux et particulièrement ronds de 1.500.000 euros,

1.900.000 et 2.500.000 euros. La firme De Raat Security Products produit des chiffres tous proportionnés à ceux d'Ambassador Arms, très légèrement inférieurs à ces derniers et également ronds. Or le critère 4.1.1. de l'appel à candidature prévoit, à titre de preuve de critère de capacité économique et financière pour l'évaluation comparative, une déclaration relative à un chiffre d'affaires dédié très précisément à l'activité de fourniture de coffres-forts verrouillables.

Dans un tel contexte, les chiffres d'affaires produits par les firmes Ambassador Arms et De Raat Security Products apparaissent improbables et traduisent, sinon une déclaration mensongère nécessitant un examen, une entente anticoncurrentielle en amont de la candidature, au vu de la concertation manifeste des deux candidats dans le cadre de leurs déclarations ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Sur la première branche

Selon l'article 56, §§ 1^{er} et 2, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité :

« § 1^{er}. Un candidat ne peut introduire qu'une seule demande de participation par marché ou par liste de candidats sélectionnés.
§ 2. Un soumissionnaire ne peut remettre qu'une offre par marché sauf en cas d'éventuelles variantes et de dialogue compétitif. Pour l'application de cette disposition, chaque participant à un groupement sans personnalité juridique est considéré comme un soumissionnaire.
[...] ».

L'article 79 du même arrêté dispose qu'un candidat « peut, pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités ». Dans ce cas, il prouve « au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition du candidat [...] ».

En l'espèce, le dossier administratif contient l'engagement de la société De Raat Security Products à mettre ses moyens financiers et techniques à la disposition de la société Ambassador Arms pour l'exécution du marché public litigieux.

La question que pose la première branche du premier moyen est de savoir si, en retenant la candidature de De Raat Security Products alors que cette entité s'était engagée à mettre ses moyens financiers et techniques à la disposition de la société Ambassador Arms pour l'exécution du même marché public, la partie adverse a violé, d'une part, l'article 56, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012,

qui consacre le principe de l'unicité de la demande de participation et, d'autre part, le principe de concurrence en empêchant d'autres candidats d'être retenus au stade de la sélection qualitative.

La réponse est, *prima facie*, négative. En effet, ainsi que l'a exposé le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 7 février 2014 modifiant plusieurs arrêtés royaux d'exécution de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, lequel y a inséré le second paragraphe de l'article 56, l'objectif de la disposition en cause est « d'éviter qu'une entreprise puisse introduire simultanément, pour le même marché, une offre en son nom personnel et une autre en tant que membre d'un groupement et une deuxième offre en tant que membre d'un autre groupement ». Il s'agit donc d'empêcher un même opérateur économique de déposer plusieurs candidatures ou offres en qualité respectivement de candidat ou soumissionnaire.

Or, l'engagement à mettre ses moyens financiers et techniques à la disposition d'un candidat signifie que l'entité qui s'engage intervient dans le marché, à la demande de l'adjudicataire qui a recours à ses moyens, au stade de l'exécution de ce marché. Il ne signifie pas que l'entité qui s'engage dépose formellement une candidature ni même une offre pour ce marché. Il ne paraît pas interdit de recourir à la capacité d'une entité tierce qui dépose également une candidature et ce de manière indépendante.

Les éléments dont fait état la requérante ne permettent pas de penser que les sociétés Ambassador Arms et De Raat Security Products auraient exercé une influence sur la candidature l'une de l'autre. La requérante ne rapporte pas la preuve que ces sociétés seraient liées d'une quelconque manière. Elle se limite à constater que les chiffres d'affaires déclarés par ces sociétés pour le critère d'aptitude financière sont similaires. Une telle situation ne paraît toutefois pas étonnante. En effet, la société Ambassador Arms a décidé, de manière indépendante, de faire valoir les chiffres d'affaires de la société De Raat Security Products, comme le lui permettait l'engagement de mise à disposition de moyens financiers ou techniques signé par cette dernière société. Il s'agit d'un choix commercial de la société Ambassador Arms seule et sans qu'il apparaisse, au stade actuel de la procédure, que la société De Raat Security Products aurait exercé quelque influence à cet égard.

La requérante soutient que « cette manière de procéder reviendrait à admettre que la partie adverse ne sélectionne que les sociétés qui font appel, de manière artificielle, cumulativement et séparément, aux moyens mis à disposition

arbitrairement par l'unique société De Raat Security Products, alors que cette société est elle-même candidate ». Il était toutefois loisible à la requérante de faire elle-même appel à la capacité financière d'une ou plusieurs entités tierces, plutôt que de remettre une demande de participation basée exclusivement sur ses propres capacités. Il s'agit d'un choix stratégique qu'elle a effectué en sachant par ailleurs que sa demande de participation pouvait éventuellement être soumise à une phase d'évaluation.

Enfin, contrairement à ce que soutient la requérante, l'engagement de la société De Raat Security Products n'est pas artificiel, mais bien réel. En outre, cette société ne devrait tenir cet engagement que si le marché était attribué à la société Ambassador Arms, ce qui suppose que l'offre de De Raat Security Products ne soit pas retenue et ne doive donc pas être exécutée par celle-ci en son nom propre, de sorte qu'il ne s'agit pas d'un engagement cumulatif à sa propre candidature mais plutôt d'un engagement alternatif.

Le moyen n'est pas sérieux en sa première branche.

Sur la seconde branche

L'ensemble des informations fournies par les sociétés Ambassador Arms et De Raat Security Products au stade de la sélection qualitative et qui tendent à démontrer qu'elles disposent des capacités financière et technique suffisantes pour réaliser l'objet du marché, sont objectives. En effet, ces données concernent des chiffres d'affaires, des références de fournitures déjà réalisées dans le passé et des preuves de la qualité des équipements. Les candidats n'ont pas encore élaboré d'offres. Dans ces conditions, et à défaut d'éléments spécifiques, on n'aperçoit pas en quoi ces données objectives démontreraient une quelconque entente entre des candidats au sens de l'article 10 de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, qui proscriit toute entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

En outre, c'est en vain que la requérante reproche à la société Ambassador Arms d'avoir fait usage de l'engagement de mise à disposition de la capacité financière de la société De Raat Security Products. Ainsi qu'il a été exposé à propos de la première branche, il s'agit d'un choix stratégique. Les deux sociétés sont indépendantes l'une de l'autre, leurs activités sont séparées et la requérante ne prétend pas qu'elles seraient liées de sorte que la référence que fait cette dernière à l'arrêt n° 257.273 du 11 septembre 2013 (ECLI:BE:RVSCE:2013ARR.257.273) n'est pas pertinente. La seule circonstance que l'une des deux sociétés a recours à la

capacité de l'autre ne permet pas de présumer de ce que l'une d'elles a exercé une influence sur l'autre et le seul indice auquel se réfère la requérante, à savoir la similitude entre les chiffres d'affaires déclarés par ces sociétés pour le critère d'aptitude financière, est dépourvu de pertinence pour démontrer une entente entre ces deux sociétés. Il est renvoyé à cet égard à l'examen de la première branche. Il s'ensuit que la partie adverse ne disposait pas d'éléments permettant de mettre en doute le caractère autonome et indépendant des candidatures.

Le moyen n'est pas sérieux en sa seconde branche.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen déduit de la violation des articles 5, 6 et 20 de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, des articles 4, 5 et 36 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 69, 73, 74 et 100 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, du principe général de concurrence, des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence, du principe de légitime confiance et de l'erreur manifeste d'appréciation,

en ce que, première branche, la partie adverse a pris en compte les chiffres d'affaires spécifiques à l'objet du marché produits par Ambassador Arms et De Raat Security Products,

alors que ces chiffres ne peuvent correspondre – sauf à la suite d'une manipulation comptable – à une donnée réelle et correspondant de manière effective à des chiffres passés relatifs spécifiquement à l'activité de fournitures de coffres-forts verrouillables,

et que les dispositions au moyen imposaient à la partie adverse de ne pas prendre en compte, ou à tout le moins de vérifier la véracité de données aussi peu probables,

et en ce que, seconde branche, la partie adverse a pris en compte dans la sélection les candidatures des sociétés Ambassador Arms et De Raat Security Products malgré l'absence de production par elles de documents relatifs aux critères 3 « étude et recherche » et au critère 4 « système de gestion qualité » ;

alors que les dispositions au moyen imposaient à la partie adverse de ne retenir que les candidatures dans lesquelles les éléments de justification de ces critères étaient à tout le moins produits.

Le résumé du moyen, établi en application de l'article 2, § 1^{er}, alinéa 3, du règlement général de procédure porte, sur la première branche, ce qui suit :

« Première branche : caractère improbable des chiffres d'affaires produits par deux candidats retenus

Les chiffres d'affaires spécifiquement dédiés à l'activité de fournitures de coffres-forts verrouillables, tels qu'ils sont vantés dans leur candidature par les sociétés Ambassador Arms et De Raat Security Products, ne peuvent correspondre – sauf à la suite d'une manipulation comptable – à une donnée réelle et correspondant de manière effective à des chiffres passés relatifs spécifiquement à l'activité de fournitures de coffres-forts verrouillables.

La partie adverse devait remettre en cause ces chiffres ou, à tout le moins, opérer une justification plus précise de la véracité de ces chiffres, compte tenu notamment de leur caractère prépondérant dans l'appréciation de la sélection comparative ».

La seconde branche est résumée de la manière suivante :

« Seconde branche : irrégularité de l'absence totale de réponse de deux candidats aux troisièmes et quatrième critères de sélection comparative

Les sociétés Ambassador Arms et De Raat Security Products n'ont pas produit de documents relatifs aux critères 3 "étude et recherche" et au critère 4 "système de gestion qualité".

Certes, elles ont obtenu une note minimale, mais en procédant de la sorte, elles n'ont pas déposé des documents nécessaires à l'exercice de la sélection comparative annoncée dans l'appel à candidatures qui exige le dépôt de ces éléments pour procéder à la sélection comparative.

En se contentant de constater l'absence de ces documents sans remettre en cause la régularité des candidatures, la partie adverse a violé les dispositions visées au moyen.

Alors que les dispositions au moyen imposaient à la partie adverse de ne retenir que les candidatures dans lesquelles les éléments de justification de ces critères étaient à tout le moins produits ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Sur la première branche

L'appel à candidature énonce, s'agissant du premier critère relatif à la capacité financière, que chaque candidat dépose « une déclaration concernant le chiffre d'affaires annuel moyen du domaine d'activités faisant l'objet de l'accord-cadre (coffres-forts verrouillables), pour les trois derniers exercices disponibles, atteignant au minimum 150.000,00 EUR HTVA ».

Cette manière de procéder est conforme à l'article 69, § 1^{er}, 3°, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, précité, selon lequel la capacité financière et économique du candidat peut être justifiée notamment par une déclaration concernant le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché, pour au maximum les trois derniers exercices disponibles.

En l'espèce, chaque candidat a déposé cette déclaration et la partie adverse a fondé son analyse sur ces déclarations.

La requérante repère les indices suivants qui auraient dû, selon elle, convaincre la partie adverse de ne pas accorder foi aux données figurant dans les déclarations de De Raat Security Products et d'Ambassador Arms et de procéder à un examen scrupuleux desdites données :

- les chiffres sont « anormalement ronds pour une donnée comptable » ;
- les chiffres correspondent davantage à des chiffres d'affaires globaux ;
- les chiffres dépassent de plus de 200 % ceux présentés par les deux autres candidats ;
- les chiffres sont très largement supérieurs aux critères minimaux établis par la partie adverse ;
- le chiffre d'affaires réellement atteint par Ambassador Arms est bien moindre que celui qui lui permet de remporter autant de points dans le cadre de la sélection comparative.

À cet égard, les explications données par la partie adverse dans sa note d'observations sont les suivantes :

- les chiffres présentés ont bien été arrondis par les deux candidats, mais les chiffres réels ont été annexés aux demandes ;
- les annexes produites avec les demandes de participation démontrent que les chiffres litigieux correspondent bien aux chiffres d'affaires annuels moyens du domaine d'activités faisant l'objet de l'accord-cadre et non aux chiffres d'affaires annuels globaux ;
- les annexes jointes aux demandes de participation reprennent l'ensemble des références sur lesquelles les chiffres d'affaires ont été calculés ;
- le fait que la requérante n'a pas été en mesure de déclarer des chiffres d'affaires du même ordre de grandeur qu'Ambassador Arms et De Raat Security Products ne signifie pas pour autant que les chiffres d'affaires indiqués par ces deux sociétés ne correspondent pas à la réalité ;

- le chiffre d'affaires réellement atteint par Ambassador Arms lui permet en toute hypothèse de dépasser le critère minimal de 150.000 euros établi par la partie adverse.

Ces explications sont confirmées par les pièces du dossier administratif et permettent de répondre aux critiques de la requête.

Le second moyen n'est pas sérieux en sa première branche.

Sur la seconde branche

Le grief de la requérante porte sur la prétendue irrégularité relative à l'absence de réponse des candidats Ambassador Arms et De Raat Security Products pour les troisième et quatrième critères d'aptitude de la sélection qualitative.

Les critères n^{os} 3 et 4 sont relatifs à la troisième phase de la sélection qualitative.

Le point 4.1. de l'appel à candidatures relatif aux critères d'aptitude de sélection qualitative dispose comme il suit:

« [...] Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de procéder à une éventuelle 3^{ème} phase évaluative. Cette dernière se verra être appliquée si le nombre de candidatures ayant satisfait aux critères d'exclusion et aux critères minimaux est supérieur à trois et consistera en l'établissement d'un classement des candidats sur base de points qui leur seront attribués au regard des critères de sélection repris ci-dessous.

Afin d'assurer une concurrence effective et appropriée, sauf décision contraire dûment motivée et pour autant que les candidatures évaluées soient considérées comme suffisamment qualitatives, le pouvoir adjudicateur retiendra au minimum les trois candidats les mieux classés et au maximum les cinq candidats les mieux classés. Le pouvoir adjudicateur se réserve toutefois le droit de sélectionner un nombre plus élevé (plus que trois) de candidats s'il appert qu'il a été impossible d'en départager certains d'entre eux [...] ».

La troisième phase est facultative et a pour objectif de départager les candidats dans l'hypothèse où le nombre de candidats ayant passé avec succès les deux premières phases de la sélection est supérieur à trois. Contrairement aux deux premières phases de la sélection qualitative, la troisième phase n'a donc pas pour but d'exclure certains candidats de la procédure mais uniquement d'apprécier la manière dont les 4 critères concernés étaient (ou non) rencontrés par les candidats et de les classer sur la base des résultats, qu'ils ont obtenus, en vue de n'en retenir que les meilleurs.

Dès lors que l'appel à candidatures dispose que dans le cadre d'une éventuelle troisième phase évaluative il sera établi un classement des candidats sur la base des points qui leur auront été attribués au regard des quatre critères de sélection, la partie adverse ne devait pas écarter les candidatures des sociétés qui ne fournissaient aucune réponse à un ou plusieurs de ces critères. Elle devait en revanche, comme elle l'a fait en l'espèce, leur allouer une note de zéro.

Par ailleurs, eu égard au point 4.1. de l'appel à candidatures qui prévoit que le pouvoir adjudicateur ne retienne plus de trois candidats au terme de la troisième phase de la sélection qualitative que dans l'hypothèse où il est impossible de départager ceux-ci, l'écart de 10 points entre la demande de participation de la requérante et celle de la société Checkmade justifiait que la partie adverse écartât, sans qu'on puisse y déceler une erreur manifeste d'appréciation, la candidature de la requérante. Elle a pu raisonnablement considérer qu'il n'était pas impossible de départager les candidats et qu'il n'y avait dès lors pas de motif d'augmenter le nombre de candidats à sélectionner de 3 à 4.

Le moyen, en sa seconde branche, n'est pas sérieux.

VI. Troisième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un troisième moyen déduit de la violation des articles 5, 6 et 20 de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, des articles 4, 5 et 36 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 69, 73 et 74 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité; du principe général de concurrence, des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence ; du principe de légitime confiance et de l'erreur manifeste d'appréciation,

en ce que la partie adverse a prévu des critères de sélection comparative sans définir le mode d'évaluation de ces critères dans l'appel à candidatures, en appliquant des formules mathématiques dans le cadre de la sélection comparative et en ne prenant en compte à titre de critère comparatif de capacité technique et professionnelle que des références pour un chiffre d'affaires de plus de 200.000 euros,

alors que les dispositions au moyen imposaient à la partie adverse de définir à l'avance les méthodes d'évaluation comparative et formules applicables à la comparaison des critères de sélection et ce de manière claire, prévisible proportionnée et non discriminatoire.

La requérante expose ce qui suit :

- « Les articles 73 et 74 de l'arrêté passation, qui mettent en œuvre l'article 20 de la loi du 13 août 2011, imposent à la partie d'examiner scrupuleusement les données produites à titre de capacité économique et financière ou de capacité technique, sur la base de mode de preuves ou équivalents prévus par l'arrêté.

Comme le rappelle Votre jurisprudence récente, les dispositions du droit des marchés publics encadrant les critères de sélection et d'attribution impliquent qu'un critère "ne peut avoir pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché, ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis. Enfin, les critères choisis doivent respecter le principe de non-discrimination, ce qui implique qu'ils soient objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres" (C.E., n° 256.862, du 20 juin 2023).

Or, comme le souligne la doctrine la plus avertie en la matière, il ressort de la jurisprudence de Votre Conseil que la méthode d'évaluation qui permet de comparer des offres doit, selon les principes de transparence et d'égalité de traitement, être annoncée dans les documents de marché et si elle ne l'est pas, ce n'est qu'à la condition que la partie adverse soit en mesure de démontrer qu'elle ne pouvait pas établir sa méthode d'évaluation par avance (B. LOMBAERT, I. MATHY et M. THOMAS "Cahier des charges" in B. LOMBAERT (dir.), Droit des marchés publics – passation, exécution, recours, Bruxelles, la Charte, 2020, pp. 702 et 703).

En l'espèce, aucune méthode d'évaluation ou de calcul de comparaison n'est fixée dans l'appel à candidatures : seule une pondération est annoncée entre les quatre critères, sans qu'il soit précisé la manière dont ces critères vont être évalués.

Ainsi, pour le critère de capacité économique et financière (n° 1) et pour le critère de capacité technique sur la base des références (n° 2), la partie adverse recourt à une formule non annoncée dans son appel à candidatures :

2.2.4.2.5 Le critère « capacité technique et professionnelle » a été déterminé sur la base de la formule suivante :

Chaque offre reçoit un score égal au résultat de la formule suivante :

$$\text{Score x} = \text{Max} \left(\frac{Px - P_{\min}}{P_{\max} - P_{\min}} \right)$$

Score x = Max

Avec :

Max : pondération

Px : liste proposée de l'offre x

PMax : liste maximale proposée

PMin : liste minimale déterminée dans l'appel à candidatures

2.2.3.2.5 Nous avons obtenu les résultats suivants :

AM SEVAdépannages	Ambassador Arms	Checkmade	De Raat Security Products
0/30	30/30	0/30	24,46/30

Cette formule appliquée au critère de capacité technique et professionnelle est doublement irrégulière :

- d'une part, elle n'est pas annoncée dans l'appel à candidature et donc n'est pas prévisible pour les candidats ;
- d'autre part, elle est appliquée de manière discriminatoire par la partie adverse puisque cette dernière ne prend en compte aucune référence inférieure à 200.000 euros de chiffres d'affaires.

Cette seconde exigence est disproportionnée et imprévisible. Le seuil de 200.000 euros ne correspond à aucun seuil évalué ou déterminé en lien avec les prestations en cause. Deux des candidats, dont la requérante, ne peuvent produire de telles références, alors qu'elles sont spécialistes des fournitures en objet.

S'agissant d'une formule mathématique appliquée partiellement à des chiffres censés être prévisibles en amont de la procédure, la partie adverse n'est pas du tout dans une situation où elle peut invoquer que sa méthode d'évaluation ne pouvait être définie au moment de l'établissement des candidatures. En effet, cette évaluation ne repose notamment pas sur des données singulières invoquées par les candidats eux-mêmes, mais uniquement des chiffres d'affaires.

Par ailleurs, force est de constater qu'à supposer que la partie adverse ait adéquatement appliqué ses critères de sélection comparative – *quod non* (voy. deuxième moyen – il faudrait alors constater que ceux-ci permettent à la partie adverse de prendre en compte des chiffres d'affaires invoqués de manière *factice*, sur la base de références d'un autre candidat, et ce, afin d'obtenir une meilleure cotation dans le cadre des critères n° 1 et 2 qui impliquent l'application d'une formule sans la moindre vérification préalable du caractère probable ou effectif des chiffres invoqués.

Il en découle que les candidats ne pouvaient, à la lecture de l'appel à candidatures, savoir comment les critères n° 1 et 2 allaient être évalués et que le seuil applicable au critère n° 2 est disproportionné et discriminatoire, si bien que les dispositions visées au moyen ont été violées ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

L'appel à candidature énonce comme suit les critères d'aptitude sur la base desquels les candidats sont évalués lors de la troisième phase de la sélection qualitative :

« 4.1. Enfin, la dernière phase de la sélection consiste en une évaluation de l'aptitude proprement dite des candidats. Cette phase sera cotée et donnera lieu à un classement final des candidats.

Ces critères proviennent des articles 69, 73, 75 et 82 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité.

Remarque :

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de procéder à une éventuelle 3^{ème} phase évaluative. Cette dernière se verra être appliquée si le nombre de candidatures ayant satisfait aux critères d'exclusion et aux critères minimaux est supérieur à trois et consistera en l'établissement d'un classement des candidats sur base de points qui leur sera attribués au regard des critères de sélection repris ci-dessous.

Afin d'assurer une concurrence effective et appropriée, sauf décision contraire dûment motivée et pour autant que les candidatures évaluées soient considérées comme suffisamment qualitatives, le pouvoir adjudicateur retiendra au minimum les trois candidats les mieux classés et au maximum les cinq candidats les mieux classés. Le pouvoir adjudicateur se réserve toutefois le droit de sélectionner un nombre plus élevé (plus que trois) de candidats s'il appert qu'il a été impossible d'en départager certains d'entre eux.

Les critères suivants seront évalués :

4.1.1 Capacité financière

En application de l'article 69, § 1^{er}, 3°, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, la capacité économique et financière du candidat sera justifiée par la production des références suivantes :

- 1^{er} critère : une déclaration (voir annexe F) concernant le chiffre d'affaires annuel moyen du domaine d'activités faisant l'objet de l'accord-cadre (coffres-forts verrouillables), pour les trois derniers exercices disponibles, atteignant au minimum 150.000,00 EUR HTVA. (30 %)

4.1.2 Capacité technique

La capacité technique ou professionnelle du candidat sera justifiée par la production des références suivantes :

- 2^{ème} critère : en application de l'article 73, 3°, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, par une liste (voir annexe G) des marchés publics ou livraisons à des entités publiques supérieurs à 200.000,00 EUR HTVA concernant des fournitures similaires à celles faisant l'objet de l'accord-cadre (coffres-forts verrouillables) et effectuées au cours des cinq (5) dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire. (30 %)
- 3^{ème} critère : en application des articles 73, 4°, et 75 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, dans le domaine de l'étude et de la recherche (coffres-forts verrouillables), une description :
 - de l'équipement technique ;
 - des mesures employées par le fournisseur ;
 - des projets déjà réalisés par l'entreprise avec une description des résultats obtenus ;
 - des projets en cours sur l'évolution (poids, résistance, utilisation...) et leur état d'avancement. (20 %)
- 4^{ème} critère : en application des articles 73, 1°, et 82 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, une description du système de gestion de la qualité et l'éventuelle certification selon la norme ISO 9001:2015 ou équivalent. Le certificat est accordé par un organisme de contrôle reconnu et doit au moins inclure la chaîne de production des coffres-forts verrouillables que le candidat veut proposer dans son offre.

Le candidat doit soumettre un dossier détaillé expliquant le plan qualité. Durant la production, le soumissionnaire doit pouvoir constamment effectuer des tests de qualité selon les modalités qui seront décrites dans le cahier spécial des charges. (20%) ».

S'agissant du grief selon lequel les méthodes utilisées pour évaluer les critères relatifs à la capacité financière et à la capacité technique n'ont pas été révélées dans l'appel à candidatures, et sans qu'il soit besoin de se prononcer, en l'espèce, sur l'existence d'une obligation, pour le pouvoir d'adjudicateur, d'annoncer sa méthode d'évaluation, des critères de sélection qualitative dans l'appel à candidatures, force est, en tout état de cause, de constater que la manière dont les exigences sont décrites dans l'appel à candidature permet raisonnablement aux candidats de comprendre sur quelle base ils seront évalués et quel poids sera accordé par la partie adverse à chaque critère. La requérante n'expose d'ailleurs pas en quoi les méthodes de cotation mises en œuvre par la partie adverse auraient pu

avoir pour effet de la tromper ou en quoi elle aurait constitué sa candidature autrement si elle les avait connues à l'avance. Il en est d'autant plus ainsi qu'il s'agit de données objectives qu'il lui aurait été impossible d'adapter en fonction de la méthode d'évaluation.

S'agissant du critère d'aptitude n° 2 (capacité technique ou professionnelle), l'appel à candidature exige la production d'une liste des marchés publics ou livraisons à des entités publiques supérieurs à 200.000,00 EUR HTVA, l'usage du pluriel pour les termes « marchés » et « livraisons » indiquant de la sorte que le montant de chacun de ces marchés ou livraisons doit être au moins égal à 200.000 euros. L'exigence est donc clairement indiquée dans l'appel à candidature et s'avérerait donc prévisible pour les candidats.

Par ailleurs, dès lors que le marché est estimé à un montant supérieur à 6.000.000 euros dans la demande d'accord préalable, il ne paraît pas que serait manifestement disproportionnée l'exigence relative à la fourniture de références pour les marchés publics passés pour un montant minimal de 200.000 euros.

Enfin il n'apparaît pas que les candidats auraient été traités, quant à l'application du critère en cause, de manière discriminatoire.

Le moyen n'est pas sérieux.

VII. Quatrième moyen

VII.1. Thèse de la partie requérante

Le quatrième moyen est pris « de la violation des articles 5 et 6 de la loi du 13 août 2011, des articles 4, 5 et 36 de la loi du 17 juin 2013, des articles 25 à 29 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012; du principe général de concurrence, des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence »,

en ce que la partie adverse n'a, à aucun moment, procédé à l'estimation du montant de l'accord-cadre, ni des quantités susceptibles d'être commandées,

alors que les dispositions au moyen imposaient à la partie adverse de procéder à l'estimation du montant de l'accord-cadre et/ou ses quantités et ce, préalablement à la passation du marché.

La requérante expose ce qui suit :

« 1. Les articles 25 à 29 de l'arrêté passation encadrent pour les marchés de défense et de sécurité l'évaluation du montant du marché, sur la base de la durée totale du marché et des rémunérations des candidats retenus.

La jurisprudence de la Cour de justice (C.J.U.E., n° 216/17, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, du 19 décembre 2018) enseigne par ailleurs qu’il ressort du devoir du pouvoir adjudicateur, en cas d’accord-cadre, d’évaluer les quantités envisagées de prestations d’un accord, la quantité pertinente qu’un pouvoir adjudicateur doit prendre en compte étant la quantité maximale de prestations dans le cadre de l’accord-cadre.

2. En l’espèce, force est de constater à la lecture des documents de marchés que l’accord-cadre en objet n’a fait l’objet d’aucune évaluation des quantités ou de la valeur du marché (pièce 3).

Cette irrégularité au regard des dispositions visées au moyen et de la jurisprudence précitée fait grief, dans la mesure où elle empêche les candidats d’évaluer l’adéquation de leur candidature, l’opportunité de s’adjoindre des moyens supplémentaires pour l’exécution du marché ou encore de s’assurer du caractère fondé des exigences minimales en termes de sélection et notamment du seuil de 200.000 euros de chiffres d’affaires par référence discuté dans le cadre du troisième moyen et susceptible de leur faire perdre de très importants points en cas de non-respect dudit seuil.

Il en découle qu’il ne pouvait se concevoir que l’accord-cadre ne fasse l’objet d’aucune évaluation de son montant ou des quantités probables et maximales qu’il serait susceptible de couvrir. »

VII.2. Appréciation du Conseil d’État

La requérante n’établit pas que l’illégalité qu’elle invoque à l’appui du moyen, à savoir le défaut d’indication dans l’avis de marché d’une estimation du montant de l’accord-cadre et d’une quantité maximale susceptible d’être commandée, a pu lui causer grief. À la supposer établie cette illégalité est étrangère à l’éviction de la requérante du marché litigieux dès lors, elle est sans rapport avec les motifs qui ont justifié l’écartement de sa candidature. Elle n’aurait aucune incidence sur la décision d’écarter la candidature de la requérante.

Le moyen paraît irrecevable au stade actuel de la procédure.

VIII. Confidentialité

La partie requérante sollicite la confidentialité de sa candidature, qui constitue l’annexe 4 à sa requête.

La partie adverse demande la confidentialité des candidatures de la requérante, de la société Ambassador Arms, de la société Checkmade et de la société De Raat Security Products, ainsi que des échanges de courriels avec ces sociétés. Il s’agit respectivement de la pièce A, des pièces B.1 et B.2, des pièces C.1 et C.2, ainsi que des pièces D.1 et D.2 du dossier administratif confidentiel.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A, B.1 et B.2, C.1 et C.2, D.1 et D.2 du dossier administratif ainsi que l'annexe 4 de la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 6 mars 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé composée de :

Imre Kovalovszky,
Adeline Schyns,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Adeline Schyns

Imre Kovalovszky

