

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LA PRÉSIDENTE DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS
SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

n° 260.450 du 19 juillet 2024

A. 242.363/VI-23.064

En cause : **1. la société à responsabilité limitée
ALLIANCE SECURITY,
2. la société de droit français
CAPITAL SECURITY (Groupe CF SECURITY),**
ayant toutes deux élu domicile chez
M^e Aurélie KETTELS, avocate,
rue Ernest de Bavière, 9
4020 Liège,

contre :

**1. la société anonyme
LIÈGE AIRPORT,
2. la société anonyme de droit public
LIÈGE AIRPORT SECURITY,**
ayant toutes deux élu domicile chez
M^e Julie BOCKOURT, avocate,
place des Nation-Unies, 7
4020 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite, par la voie électronique, le 4 juillet 2024, les parties requérantes demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la « décision adoptée par Liège Airport SA, le 14 juin 2024, de ne pas les inviter à soumissionner au marché de services portant sur le service de surveillance et de contrôle de l'aéroport de Liège ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 5 juillet 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 17 juillet 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^{me} Florence Piret, conseillère d'État, Présidente f.f., a exposé son rapport.

M^e Aurélie Kettels, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, et M^e François Paulus, *loco* M^e Julie Bockourt, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

Le 23 février 2024, le conseil d'administration de la société anonyme de droit public Liège Airport Security décide du lancement d'un marché public ayant pour objet des services de surveillance et de contrôle de l'aéroport de Liège (Liège Airport) en vue d'assurer la sûreté de l'aviation civile.

Un avis de marché est publié au *Bulletin des adjudications* et au *Journal officiel de l'Union européenne* les 5 et 7 mars 2024. Un avis rectificatif est publié par la suite.

La valeur du marché dépasse les seuils de publicité européenne. Il est décidé de passer celui-ci par procédure négociée avec mise en concurrence préalable, en application de l'article 120 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Le marché est divisé en deux lots :

- lot 1 : Surveillance, patrouilles, missions mobiles diverses, contrôles sur postes d'inspection / filtrage, chef poste et services complémentaires ;
- lot 2 : Contrôles de sûreté spécialisés effectués par du personnel spécialement formé et certifié pour l'utilisation de chiens détecteurs d'explosifs.

Parmi les critères de sélection qualitative, il est requis, dans une catégorie « autre », que les candidats produisent « un document attestant leur agrégation en application de la loi du 10 août 1990 sur les entreprises de gardiennage, sur les entreprises de sécurité et sur les services internes de gardiennage, telle que modifiée par la loi du 13 juin 2014 et la loi du 2 octobre 2017 réglementant la sécurité privée et particulière ».

2. À la date limite du 29 avril 2024, les parties requérantes déposent ensemble, en association momentanée, une demande de participation.

3. Par courrier du 7 mai 2024, il est demandé aux parties requérantes de transmettre des informations complémentaires, en application de l'article 147, § 4, de la loi du 17 juin 2016. Cette demande de communication vise notamment la convention que les parties requérantes ont conclue dans le cadre de leur association de fait ainsi que « les agréments dûment délivrés aux deux entités par l'autorité compétente conformément à ce qui est requis dans l'avis de marché ».

4. Par un courrier du 21 mai 2024, les parties requérantes transmettent un document intitulé « Convention d'association momentanée ».

S'agissant des agréments requis, elles précisent ce qui suit :

« Par votre courrier du 7 mai dernier, Vous avez sollicité la transmission des agréments dûment délivrés aux deux entités par l'autorité compétente conformément à ce qui est requis dans l'avis de marché, à savoir les agréments visés par la loi du 10 août 1990 telle que modifiée par la loi du 13 juin 2014 et la loi du 2 octobre 2017.

La société de droit français Capital Security ne dispose pas de tels agréments, contrairement à la société Alliance Security.

Cela ne pose cependant aucune difficulté.

En effet, notre demande de participation a été déposée par nos deux sociétés, de manière strictement commune et solidaire. L'agrément dont dispose la société Alliance Security est donc mis à disposition de l'association constituée par nos deux sociétés, laquelle association exécutera le marché.

Notre demande de participation a été déposée par un groupement d'intérêt économique/une société momentanée (la convention est également produite en annexe), en sorte que ce groupement peut faire valoir les capacités de chacun de ses participants, tout autant que les capacités cumulées de l'ensemble de ses participants.

Comme le relève l'organisme EBP, il est d'usage en ce qui concerne les critères de sélection proprement dits, que "l'union des membres du groupement fasse leur force : c'est en cumulant leurs réponses aux critères de sélection que l'adjudicateur appréciera s'ils y satisfont, de manière globale". Cet organisme se réfère directement, en ce sens, aux articles 73, § 1^{er}, al. 3, de l'AR du 18.04.17 et 72, § 1^{er}, al. 3, de l'AR du 18.06.17.

Une précision s'impose cependant, laquelle ne concerne toutefois que certains critères : ainsi, s'agissant du critère spécifique relatif à l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur ou des cadres de l'entreprise (à condition qu'ils ne soient pas évalués comme critère d'attribution) ou du critère relatif à l'expérience professionnelle, il faut que celui qui exécute le marché soit celui qui dispose des critères requis.

En l'espèce, l'agrément requis par la loi du 2 octobre 2017 n'est pas visé, dans les documents de marché, en qualité de titre d'études ou titre professionnel, ni en qualité de critère relatif à l'expérience professionnelle, en sorte que l'exigence spécifique visée au paragraphe précédent n'est pas applicable.

C'est donc bien le cumul visé par EBP qui s'applique pour analyser la rencontre des critères de sélection, de manière globale (et non individuelle), par l'ensemble de membres du groupement d'intérêt économique.

Dans les faits du reste, le marché sera exécuté par l'association entre nos deux sociétés et partant, par la mise en commun permanente, continue et complète des connaissances, compétences et moyens de nos deux sociétés. L'exécution sera donc conjointe et solidaire, en sorte qu'il n'est pas requis que chacune de nos sociétés dispose de l'agrément de manière individuelle.

Ajoutons, pour autant que de besoin, que le personnel présent sur le site se trouvera systématiquement au moins en lien contractuel avec la société Alliance Security ».

5. Un rapport d'examen des candidatures est établi le 10 juin 2024. Il fait partie intégrante de la décision attaquée – non datée – de ne pas sélectionner les parties requérantes.

La décision de non-sélection des parties requérantes est motivée comme il suit :

« Dans le cadre de cette société momentanée, seule la société Alliance Security dispose de l'autorisation requise par la loi du 2 octobre 2017 réglementant la sécurité privée et particulière.

L'autorisation requise constitue en effet un critère de sélection dans le cadre d'une procédure négociée avec publicité et mise en concurrence préalable.

Dans une affaire précédente, le Conseil d'État n'a pas remis en cause la solution consistant à faire de l'autorisation ministérielle pour l'exercice de l'activité d'entreprise de gardiennage un critère de sélection (arrêt n° 247.056 du 13 février 2020, en cause Liège Airport Security c/ Securitas Transport Aviation Security Wallonia et Protection Unit).

La loi du 2 octobre 2017 est incompatible avec la possibilité pour les membres d'une association momentanée de satisfaire globalement aux critères de sélection.

Cette solution reviendrait à faire appel pour des services de gardiennage à une entreprise non autorisée.

Par ailleurs, l'autorisation ministérielle a pour objet de contrôler le respect des conditions d'exercice de l'activité d'entreprise de gardiennage mise à charge du personnel affecté à l'activité, qu'il soit ou non de direction.

En l'espèce, le membre de l'association momentanée qui dépose une candidature, qui est seul en mesure de justifier un effectif suffisant, ne dispose pas de l'autorisation.

Enfin, la solution est compatible avec les dispositions de la réglementation des marchés publics qui n'autorisent pas le recours aux capacités d'autres entités dans le chef d'un groupement lorsqu'il s'agit, en matière de marché de services, d'autorisations spécifiques ».

Cette décision est communiquée aux parties requérantes le 19 juin 2024, par courriel et par envoi recommandé.

IV. Mise hors de cause de la première partie adverse

Il apparaît des pièces du dossier que l'entité adjudicatrice est la SA Liège Airport Security, qui est une société de droit public distincte de la SA Liège Airport. Dans les limites de ce que permet un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, il ne semble pas qu'un mandat ait été conféré d'une société à l'autre dans le cadre du marché litigieux. Selon les explications de la partie adverse, les services achats et juridiques de la SA Liège Airport n'interviennent dans la procédure que pour apporter un appui technique à la SA Liège Airport Security.

Il convient dès lors de mettre hors de cause la SA Liège Airport.

V. Premier et deuxième moyens

V.1. Thèse des parties requérantes

Les parties requérantes prennent un premier moyen de « l'erreur de fait et [de] droit, du défaut de motivation légalement admissible, adéquate, suffisante et pertinente, de la violation de l'«appel d'offres» et des documents [du] marché publiés le 5 mars 2024, du défaut de motivation formelle, et de l'erreur manifeste d'appréciation » en ce que « l'acte attaqué repose sur le motif selon lequel l'agrément imposé par la loi du 2 octobre 2017 réglementant la sécurité privée et particulière a pour objet de contrôler le respect des conditions d'exercice de l'activité de gardiennage mise à charge du personnel affecté à cette activité, tandis que la seule des deux requérantes en mesure de justifier un effectif suffisant ne dispose pas de cet agrément » alors que « [p]remière branche : les documents de marché n'ont consacré aucune exigence chiffrée relative à l'effectif suffisant » et que « [s]econde branche : les requérantes avaient signalé, dans leur réponse au courrier du 7 mai 2024, que tout le personnel qui exécutera les services sur le site, se trouvera au moins en lien contractuel avec Alliance Security ».

Elle prend un deuxième moyen « de l'erreur de droit, du défaut de motivation interne légalement admissible, pertinente, adéquate et suffisante, de la contradiction dans les motifs et/ou du défaut de motivation formelle, et de l'erreur manifeste d'appréciation » en ce que « l'acte attaqué considère que la loi du 2 octobre 2017 est incompatible avec la possibilité pour les membres d'une association momentanée de satisfaire globalement aux critères de sélection » alors que cette loi « [est] uniquement incompatible avec la possibilité que les prestations dont le contrôle est assuré par le régime qu'elle instaure, soit les prestations du personnel affecté à l'activité de gardiennage/surveillance, soient effectuées sans être couvertes par un tel agrément ».

Les deux premiers moyens de la requête font l'objet de développements qui n'ont toutefois pas été résumés conformément à ce que prescrit l'article 2, § 1^{er}, du règlement général de procédure, rendu applicable à la procédure en référé d'extrême urgence par l'article 16, § 1^{er}, de l'arrêté du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La loi du 2 octobre 2017 réglementant la sécurité privée et particulière est d'ordre public (article 13).

L'article 2 de la même loi définit l'« entreprise » comme toute personne morale ou physique exerçant ou offrant des activités visées aux articles 3 et suivants de la loi, dont notamment des activités de gardiennage et de surveillance de biens et de contrôle du public, consistant à fournir des services à des tiers, de manière permanente ou occasionnelle, ou qui se fait connaître comme telle.

Les articles 16 et 17 disposent comme il suit :

« Article 16. Nul ne peut offrir les services d'une entreprise [...] s'il n'y a pas été préalablement autorisé par le ministre de l'Intérieur.

Nul ne peut se faire connaître comme entreprise [...] sans avoir reçu au préalable une autorisation du ministre de l'Intérieur

Article 17. Nul ne peut avoir recours aux prestations de services d'une entreprise non autorisée ».

L'article 44 prévoit ce qui suit :

« [...] les personnes au service d'une entreprise [...] effectuent leurs activités sous l'autorité exclusive du personnel chargé de la direction effective de l'entreprise [...] ».

La loi s'applique non seulement à l'entreprise elle-même, mais également aux personnes qui assurent la direction effective de l'entreprise, aux personnes qui, sans assurer la direction effective de l'entreprise, siègent au conseil d'administration ou exercent un contrôle au sens du code des sociétés et aux personnes chargées de l'exercice des activités relevant du champ d'application de la loi (article 60 de la loi). L'article 61 soumet les personnes visées à l'article 60 à différentes conditions. Ces personnes doivent notamment consentir à une enquête de sécurité réalisée en vertu des articles 65 à 75 (article 68).

Dans sa note d'observations, la partie adverse explique que « la demande d'autorisation d'exploiter une entreprise de gardiennage en Belgique et son renouvellement sont subordonnés à l'introduction d'un dossier comportant notamment des extraits du casier judiciaire de chaque membre du personnel, pour chaque membre du personnel, un *curriculum vitae* afin de permettre à l'administration de vérifier qu'il n'y a pas d'incompatibilité professionnelle entre la fonction au sein de l'entreprise et d'autres professions exercées ou ayant été exercées dans les cinq ans, et un consentement à l'enquête de sécurité de chaque membre du personnel (voir les formulaires de demande disponibles sur le site du ministère de l'Intérieur (vigilis.ibz.be)) ».

En l'espèce, les parties requérantes ne critiquent pas le critère de sélection qui impose que les candidats produisent « un document attestant leur agrégation en application de la loi du 10 août 1990 sur les entreprises de gardiennage, sur les entreprises de sécurité et sur les services internes de gardiennage, telle que modifiée par la loi du 13 juin 2014 et la loi du 2 octobre 2017 réglementant la sécurité privée et particulière ».

L'objet du marché porte, pour tous ses aspects, sur des prestations de gardiennage, de surveillance et de contrôle au sens de la loi du 2 octobre 2017, précitée. Les parties requérantes reconnaissent que la seconde d'entre elles ne dispose pas de l'agrément requis, contrairement à la première. Elles expliquent toutefois que la demande de participation ayant été déposée par l'association momentanée formée par les deux sociétés, celle-ci peut satisfaire globalement au critère de sélection précité dès lors qu'il est expressément prévu que le membre de cette association qui dispose de l'agrément sera systématiquement en lien contractuel avec le personnel sur site affecté à l'activité concernée.

Comme le relève la partie adverse, le membre d'un groupement qui introduit une demande de participation pour le marché litigieux interviendra nécessairement dans l'exécution du marché et aura qualité de partie au contrat. Dans un document intitulé « recours à la capacité d'un tiers – déclaration d'engagement »,

la seconde partie requérante s'engage à mettre ses moyens, notamment techniques et professionnels, à la disposition du groupement pour l'exécution du marché. Dans son Document unique de marché européen (DUME), elle décrit comme suit son rôle au sein du groupement : « chef de groupe et responsable de l'exécution de tâches spécifiques de gardiennage et d'encadrement ».

Or, d'une part, la seconde partie requérante ne peut exécuter des prestations de gardiennage si elle n'y est pas autorisée (article 16 de la loi précitée). D'autre part, il est interdit à la partie adverse d'avoir recours à une entreprise non autorisée pour exécuter ces prestations (article 17 de la même loi). Dès lors, l'acte attaqué est valablement justifié par le motif que « [l]a loi du 2 octobre 2017 est incompatible avec la possibilité pour les membres d'une association momentanée de satisfaire globalement aux critères de sélection » et que « [c]ette solution reviendrait à faire appel pour des services de gardiennage à une entreprise non autorisée ».

Du reste, le deuxième moyen manque en droit lorsque les parties requérantes y affirment que l'agrément visé à la loi du 2 octobre 2017 aurait pour seul objet d'engager l'entreprise agréée à s'assurer que le personnel sur site (sur le terrain) respecte les exigences imposées par la loi, comme celle de détenir une carte d'identification. Cette loi du 2 octobre 2017 a une portée beaucoup plus large puisque c'est tout le personnel, de direction comme d'exécution, qui est soumis aux conditions qu'elle impose et qui fait l'objet de contrôles dans le cadre de l'autorisation accordée à la société.

Contrairement, par ailleurs, à ce qu'affirment les parties requérantes à l'appui de leur deuxième moyen, la partie adverse n'a pas indiqué dans les motifs de l'acte attaqué que la loi du 2 octobre 2017 serait incompatible avec le mécanisme de la société momentanée, mais bien que cette loi « est incompatible avec la possibilité pour les membres d'une association momentanée de satisfaire globalement aux critères de sélection ». La décision attaquée ne limite pas non plus le champ d'application de cette loi au personnel affecté à l'exécution sur site, puisqu'elle vise expressément le « personnel affecté à l'activité, qu'il soit de direction ou non ». Le deuxième moyen procède d'une lecture erronée de l'acte attaqué et celui-ci n'est affecté d'aucune contradiction dans ses motifs.

Dans la première branche du premier moyen, les parties requérantes soutiennent que le motif de la décision attaquée qui souligne que la seconde partie requérante est la seule en mesure de justifier d'un « effectif suffisant » est contraire aux documents du marché.

Le motif en cause indique que « le membre de l'association momentanée qui dépose une candidature, qui est seul en mesure de justifier un effectif suffisant, ne dispose pas de l'autorisation ». Il s'agit d'une simple constatation de fait posée par l'entité adjudicatrice et qui se vérifie à la lecture des pièces du dossier administratif. Comme le relève la partie adverse dans sa note d'observations, le groupement constitué par les sociétés requérantes fait, dans sa candidature, pour justifier le critère de capacité technique et professionnelle relatif à une déclaration mentionnant les effectifs moyens annuels du candidat et l'importance de ses cadres pour les dernières années, uniquement référence aux effectifs annuels moyens de la seconde partie requérante. La première partie requérante n'a, quant à elle, déposé aucune pièce pour justifier d'un quelconque effectif moyen annuel. Cette constatation de fait n'est pas contraire aux documents du marché. L'entité adjudicatrice ne décide pas que les parties requérantes ne pourraient pas être sélectionnées parce que l'un ou l'autre membre du groupement ne justifierait pas d'un « effectif suffisant », ni ne pose aucune exigence chiffrée d'effectif moyen annuel à atteindre. La partie adverse constate seulement, en fait, que « le membre de l'association momentanée qui dépose une candidature, qui est seul en mesure de justifier un effectif suffisant, ne dispose pas de l'autorisation », ce qui paraît exact au vu de la demande de participation. Les parties requérantes reconnaissent, par ailleurs, à l'audience, qu'une partie du personnel sur site sera mis à disposition du groupement par la seconde partie requérante.

Dans la seconde branche du premier moyen, les parties requérantes reprochent à l'acte attaqué de ne pas faire état de l'explication contenue dans leur réponse au courrier du 7 mai 2024 selon laquelle « le personnel présent sur le site se trouvera systématiquement au moins en lien contractuel avec la société Alliance Security ».

La partie adverse a *prima facie* pu ne pas avoir égard à cette dernière phrase ajoutée par les parties requérantes « pour autant que de besoin » dans leur courrier de réponse.

D'une part, la loi du 2 octobre 2017 a, comme il vient d'être indiqué, une portée plus large que celle que lui prêtent les parties requérantes. Non seulement, elle ne s'applique pas uniquement au personnel sur site, mais également au personnel de direction. Plus fondamentalement, les articles 16 et 17 de cette loi interdisent à la seconde partie requérante – qui ne dispose pas de l'agrément requis – d'offrir les services d'une entreprise de gardiennage et à la partie adverse de faire appel à cette société pour de tels services. Ce motif reste valable nonobstant le fait que les membres du personnel, présents sur le site, pourraient se trouver en « lien contractuel » avec une société autorisée.

D'autre part, la nature du « lien contractuel » n'est, dans la réponse des parties requérantes, pas autrement spécifiée ni justifiée. Il est mentionné, dans la requête, que « le personnel [...] exercera au nom et pour compte de la société Alliance Security ». Cette précision – qui n'a pas été portée à la connaissance de la partie adverse en temps utile – ne permet, de toute façon, pas de considérer que ce personnel exercerait ses activités « sous l'autorité exclusive » du personnel chargé de la direction effective de la première partie requérante, seule entreprise autorisée, comme le requiert l'article 44 de la loi du 2 octobre 2017.

À l'audience, les parties requérantes affirment, pour la première fois, que tout le personnel sur site se trouvera sous l'autorité exclusive de la première partie requérante qui engagera, par la conclusion de contrats de travail, le personnel déjà présent sur place ainsi que le personnel mis à disposition par la seconde partie requérante. Elle ajoute que le rôle de cette dernière se limitera à apporter son expertise et ses capacités financières et à exercer certaines missions de planification, à l'exclusion de toute prestation relevant du champ d'application de la loi du 2 octobre 2017. Il s'agit toutefois d'une argumentation tout à fait inédite qui ne se retrouve pas dans les pièces du dossier ni dans le contenu de la requête. Comme il a déjà été indiqué, la société de droit français indique, dans son DUME, qu'elle tiendra, au sein du groupement, le rôle de « chef de groupe et responsable de l'exécution de tâches spécifiques de gardiennage et d'encadrement ».

Les premier et deuxième moyens ne sont pas sérieux.

VI. Troisième moyen

VI.1. Thèse des parties requérantes

Les parties requérantes prennent un troisième moyen « de l'imprécision des motifs, du défaut de motivation formelle, de l'erreur de droit, du défaut de motivation interne légalement admissible, adéquate, suffisante et pertinente, de la violation des documents [du] marché (appel d'offres publié le 5 mars 2024), et de l'erreur manifeste d'appréciation » en ce que « l'acte attaqué considère que la demande de participation des requérantes n'est pas compatible avec la réglementation des marchés publics qui n'autorise pas le recours à la capacité d'un tiers s'agissant d'« autorisations spécifiques » » alors que « [p]remière branche : la notion d'« autorisations spécifiques » ne correspond pas à une catégorie de critères de sélection, en sorte que l'on ne sait pas ce que vise ainsi la partie adverse », « [d]euxième branche : les documents de marché n'ont pas visé l'exigence d'agrément parmi les « autorisations spécifiques », mais sous le titre « autre »,

n'indiquant d'aucune manière qu'il s'agirait d'un critère excluant le recours à la capacité d'un tiers » et que « [t]roisième branche : la demande de participation commune n'implique pas de "partage" de l'agrément et, partant, pas de mise en œuvre effective du recours à la capacité d'un tiers s'agissant du critère précis relatif à la détention de l'agrément ».

Le troisième moyen de la requête fait l'objet de développements qui n'ont toutefois pas été résumés par les parties requérantes.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, il apparaît que l'agrément prévu par la loi du 2 octobre 2017 constitue une « autorisation spécifique » au sens de l'article 66, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, disposition rendue applicable aux secteurs spéciaux par l'article 70 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux. L'article 66 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 concerne l'aptitude à exercer une activité professionnelle qui ressortit aux critères de sélection que peut décider d'imposer l'adjudicateur au stade de la sélection qualitative. Contrairement à ce qu'affirment les parties requérantes, la notion d'« autorisation spécifique » renvoie donc bien à une notion précise de la réglementation sur les marchés publics. L'agrément prévu par la loi du 2 octobre 2017 démontre bien une « aptitude à exercer une activité professionnelle » puisqu'il établit la capacité légale (ou juridique) de son titulaire à offrir les services d'une entreprise de gardiennage.

Or, l'article 150, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 et l'article 72, § 2, de l'arrêté royal du 18 juin 2017, précité, ne prévoient la possibilité de faire appel à la capacité d'autres entités que pour satisfaire aux critères de sélection relatifs à la capacité économique et financière de l'opérateur économique ou à ses capacités techniques et professionnelles, à l'exclusion des critères de sélection relatifs à l'aptitude à exercer une activité professionnelle. L'article 72, § 2, précité, ajoute qu'un groupement d'opérateurs économiques peut, « dans les mêmes conditions », faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités.

Les dispositions précitées excluent donc la possibilité de recourir à la capacité d'autres entités pour ce qui concerne les critères relatifs à l'aptitude à exercer une activité professionnelle. Dès lors, pour exercer les services de gardiennage, de surveillance et de contrôle qui constituent l'objet du marché litigieux, chaque membre du groupement qui demande à participer à la procédure de

passation de ce marché doit disposer personnellement de l'agrément prévu par la loi du 2 octobre 2017.

Dès lors, la décision attaquée est légalement justifiée par le fait que la non-sélection des parties requérantes au motif que la seconde partie requérante ne dispose pas de l'agrément requis « est compatible avec les dispositions de la réglementation des marchés publics qui n'autorisent pas le recours aux capacités d'autres entités dans le chef d'un groupement lorsqu'il s'agit, en matière de marché de services, d'autorisations spécifiques ».

Aucune disposition n'imposait à la partie adverse de préciser que l'agrément requis relevait de la catégorie des critères relatifs à l'aptitude à exercer une activité professionnelle. Il suffisait que l'avis de marché indique que l'autorisation requise est imposée au titre de critère de sélection, ce qui est bien le cas en l'espèce. Par ailleurs, dans leur demande de participation, les parties requérantes qualifient elles-mêmes l'exigence de détention de l'agrément de critère relatif à l'« aptitude à exercer une activité professionnelle », montrant par là qu'elles ont bien compris la portée de ce critère de sélection. La partie adverse n'était pas non plus tenue de préciser, dans l'avis de marché, que ce type de critère ne permettait pas le recours à la capacité d'un tiers. Du reste, elle a permis aux parties requérantes de compléter leur demande de participation en leur demandant de transmettre les agréments délivrés aux deux entités du groupement.

Les parties requérantes soutiennent que la demande de participation en groupement n'implique pas de partage de l'agrément et qu'il n'y a donc pas de mise en œuvre effective du recours à la capacité d'un tiers.

Cette affirmation est contraire aux pièces du dossier. Dans la réponse donnée à la demande d'information complémentaire qui leur a été adressée dans le cours de la procédure administrative, les parties requérantes ont expliqué que « l'agrément dont dispose la société Alliance Security est [...] mis à disposition de l'association constituée par nos deux sociétés, laquelle exécutera le marché », que « ce groupement peut faire valoir les capacités de chacun de ses participants, tout autant que les capacités cumulées de l'ensemble des participants », que « c'est en cumulant leurs réponses aux critères de sélection que l'adjudicateur appréciera s'ils y satisfont de manière globale », que « le marché sera exécuté par l'association entre nos deux sociétés et, partant, par la mise en commun permanente, continue et complète des connaissances, compétences et moyens de nos deux sociétés » et que « l'exécution sera donc conjointe et solidaire, en sorte qu'il n'est pas requis que chacune de nos sociétés dispose de l'agrément de manière individuelle ». Dans son DUME, la seconde partie requérante a précisé qu'elle tiendra, au sein du

groupement, le rôle de « chef de groupe et responsable de l'exécution de tâches spécifiques de gardiennage et d'encadrement ». Au vu de ces éléments, la partie adverse a pu considérer que cette société exercerait, ensemble avec la première partie requérante, les services de gardiennage visés par le marché, nonobstant l'affirmation très imprécise et non justifiée selon laquelle « tout le personnel présent sur site sera en lien contractuel avec la SRL Alliance Security ».

Le troisième moyen n'est pas sérieux.

VII. Confidentialité

La partie adverse dépose, à titre confidentiel, les demandes de participation déposées par les différents candidats ainsi que leurs réponses aux demandes d'informations complémentaires adressées le 7 mai 2024. Il s'agit des pièces 7.1 à 7.5 et 10.1 à 10.5 du dossier administratif.

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

Par ailleurs, en application de l'article 26 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, il convient de garantir la confidentialité de la pièce 7 annexée à la requête et des pièces 5.1, 5.2, et 7bis qui ont été déposées sur la plateforme électronique du Conseil d'État le lendemain de l'introduction de la requête et qui contiennent la demande de participation des parties requérantes et leur réponse à la demande d'information complémentaire qui leur a été adressée le 7 mai 2014.

VIII. Indemnité de procédure et dépens

Dans sa note d'observations, la partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 770 euros, à la charge des parties requérantes. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

Le rejet de la demande de suspension justifie que les autres dépens soient également mis à la charge des parties requérantes.

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

Article 1^{er}.

La société anonyme Liège Airport est mise hors de cause.

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 7.1 à 7.5 et 10.1 à 10.5 du dossier administratif, la pièce 7 annexée à la requête et les pièces 5.1, 5.2, et 7bis déposées sur la plateforme électronique du Conseil d'État le lendemain de l'introduction de la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Les parties requérantes supportent les dépens, à savoir le droit de rôle de 400 euros, la contribution de 24 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros, accordée à la SA Liège Airport Security, à concurrence de 385 euros chacune.

Ainsi prononcé, à Bruxelles, le 19 juillet 2024, par la VI^e chambre des vacations du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Florence Piret,
Frédéric Quintin,

conseillère d'État, présidente f.f.,
greffier.

Le Greffier,

La Présidente,

Frédéric Quintin

Florence Piret