

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 193.924 du 8 juin 2009

G./A.192.783/VI-18.237

En cause : **la société anonyme SECURITAS TRANSPORT
AVIATION SECURITY,**

ayant élu domicile chez
Mes Robert MARTENS et
Carole MACZKOVICS, avocats,
avenue Louise, n° 106,
1050 Bruxelles,

contre :

**la société anonyme de droit public
BRUSSELS SOUTH CHARLEROI
AIRPORT SECURITY,** en abrégé B.S.C.A. SECURITY,

ayant élu domicile chez
Me France MAUSSION, avocat,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme G4S Security Services,

ayant élu domicile chez
Mes Wouter NEVEN, Jens DEBIEVRE et
Nele BROEKAERT, avocats,
avenue du Port, n° 86c b113,
1000 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la demande introduite le 28 mai 2009 par la société anonyme SECURITAS TRANSPORT AVIATION SECURITY qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision de la société anonyme de droit public BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT SECURITY, adoptée le 13 mai 2009, attribuant le marché de services de sûreté de l'aéroport de Charleroi Bruxelles-Sud à la société anonyme G4S SECURITY SERVICES;

Vu la requête introduite le 4 juin 2009 par laquelle la société G4S SECURITY SERVICES demande à être reçue en qualité de partie intervenante;

Vu l'ordonnance du 29 mai 2009, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 4 juin 2009 à 14.00 heures;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Mes Robert MARTENS et Carole MACZKOVICS, avocats, comparaisant pour la partie requérante, Mes France MAUSSION et Olivier DI GIACOMO, avocats, comparaisant pour la partie adverse et Me Jens DEBIEVRE, avocat, comparaisant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

I. QUANT AUX FAITS

Considérant que les faits utiles à l'examen de la cause sont les suivants :

1. La société requérante, SECURITAS TRANSPORT AVIATION SECURITY (en abrégé, STAS), est une société anonyme spécialisée dans les services de sécurité et de sûreté, créée en 1985, et fait partie du groupe suédois SECURITAS AB. Elle est l'actuel fournisseur de services de sûreté à l'aéroport de Charleroi Bruxelles-Sud et y emploie 260 agents. La requérante est également active dans le même secteur d'activités spécialisés à Brussels Airport et à Liège-Bierset.

2. En 2006, le Ministère wallon de l'Equipeement et des Transports (le MET) conclut un contrat-cadre pour la fourniture de services de sûreté pour les aéroports de Liège-Bierset et de Charleroi Bruxelles-Sud, d'une durée de trois ans avec SECURITAS, laquelle a depuis transféré ces activités de gardiennage aéroportuaires à la requérante.

3. Le 15 janvier 2008, le décret du 19 décembre 2007 modifiant le décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes

relevant de la Région wallonne entre en vigueur et confie à la société à laquelle l'exploitation de l'aéroport de Charleroi Bruxelles-Sud a été concédée, la société anonyme BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT (en abrégé, BSCA), les missions de service public que constituent les tâches de sûreté et de sécurité au sein de l'aéroport.

4. Le 21 janvier 2008, la société anonyme de droit public BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT-SECURITY (en abrégé, BSCA SECURITY) est créée. Son objet est d'assurer les tâches de sûreté au sens du décret du 19 décembre 2007 précité dans la zone aéroportuaire de Charleroi. Ces tâches lui sont déléguées par BSCA.

5. Le 23 octobre 2008, le conseil d'administration de BSCA SECURITY décide de lancer un marché public de services de sûreté de l'aviation civile à l'aéroport de Charleroi Bruxelles- Sud, à passer selon la procédure négociée avec publicité.

6. Les 28 et 29 octobre 2008, est publié respectivement au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne l'avis de marché.

Le marché est divisé en deux lots avec la possibilité de soumettre des offres pour un ou plusieurs lots. Le premier lot consiste en la réalisation des tâches de contrôle d'accès et d'inspection-filtrage sur l'ensemble des points d'accès au côté piste de l'aéroport, et le second lot consiste en des patrouilles internes et externes, le contrôle d'accès de la salle des arrivées, la vidéo surveillance et le gardiennage du hall public. La prise d'effet du marché est prévue à compter du 1^{er} juillet 2009 jusqu'au 30 juin 2012.

7. Le 1^{er} décembre 2008, date limite de réception des demandes de participation, six candidats ont déposé une demande de participation.

8. Le 18 décembre 2008, le conseil d'administration de BSCA SECURITY approuve la sélection qualitative des soumissionnaires et retient tous les candidats.

Le 22 décembre 2008, le cahier spécial des charges est communiqué aux candidats retenus.

En ce qui concerne le lot n° 1, les critères d'attribution du marché qui sont notés sur 400 points sont pondérés de la manière suivante :

- critère quantitatif – prix des prestations (240 points)
- critères qualitatifs (160 points) :
 1. qualité de la formation interne (90 points) :
 - a. volume de formation (60 points)
 - b. proportion de formation pratique (30 points)
 2. fréquence du contrôle qualité interne (24 points)
 3. expérience dans l'aéroportuaire (16 points)
 4. flexibilité de la planification (12 points)
 5. faiblesse du turn-over (12 points)
 6. assurance war and terrorism (6 points).

Les critères d'attribution pour le lot n° 2 sont les mêmes à l'exception des critères de flexibilité de planification et d'assurance war and terrorism qui sont absents. Ainsi, les 100 points sont répartis comme suit :

- critère quantitatif – prix des prestations (70 points)
- critères qualitatifs (30 points) :
 1. qualité de la formation interne (lire : 22 points) :
 - a. volume de formation (15 points)
 - b. proportion de formation pratique (7 points)
 2. fréquence du contrôle qualité interne (4 points)
 3. expérience dans l'aéroportuaire (1 point)
 4. faiblesse du turn-over (3 points).

9. Le 13 janvier 2009, une visite du site aéroportuaire est organisée dont le procès-verbal est dressé.

10. Le 30 janvier 2009, jour de l'ouverture des offres, il est constaté que six soumissionnaires, dont la requérante, ont déposé une offre.

11. Dans le courant du mois de mars 2009, BSCA SECURITY invite tous les soumissionnaires à diverses réunions afin de leur permettre de compléter ou de préciser la teneur de leur offre.

Le 13 mars 2009, se tient la réunion entre BSCA SECURITY et la requérante.

12. Le 16 avril 2009, le rapport préliminaire d'analyse provisoire des offres est établi.

13. Le 20 avril 2009, le fonctionnaire dirigeant décide de poursuivre prioritairement les négociations avec les sociétés G4S SECURITY SERVICES, COBELGUARD SECURITY et la requérante pour l'attribution du lot n° 1 et du lot n° 2.

Le 22 avril 2009, les trois soumissionnaires précités sont avertis qu'ils sont admis aux négociations.

14. Le 24 avril 2009, se tient la réunion de négociation entre BSCA SECURITY et la requérante.

15. Le 29 avril 2009, la requérante transmet sa Best and Final Offer (BAFO).

16. Le 6 mai 2009, le rapport définitif des offres est établi.

Au terme de cette analyse, les soumissionnaires sont classés comme suit :

Pour le lot n° 1 :

1. G4S SECURITY SERVICES : 344,1 points;
2. COBELGUARD SECURITY : 340,8 points;
3. SECURITAS TRANSPORT AVIATION SECURITY : 324,9 points.

Pour le lot n° 2 :

1. G4S SECURITY SERVICES : 96,1 points;
2. SECURITAS TRANSPORT AVIATION SECURITY : 89,3 points;
3. COBELGUARD SECURITY : 82,5 points.

17. Le 13 mai 2009, BSCA SECURITY décide d'attribuer les deux lots du marché de services de sûreté de l'aéroport de Charleroi Bruxelles-Sud à la société G4S SECURITY SERVICES et communique le même jour à la requérante sa décision et les voies de recours contre cette décision.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Le 15 mai 2009, BSCA SECURITY envoie un extrait du rapport préliminaire d'analyse des offres;

II. QUANT A L'INTERVENTION

Considérant que rien ne s'oppose à ce que l'intervention de la société anonyme G4S SECURITY SERVICES, en sa qualité d'attributaire du marché litigieux, soit accueillie dans la présente procédure;

III. QUANT A L'EXTREME URGENCE

Considérant que l'extrême urgence est établie à suffisance par l'imminence de la notification à l'attributaire de la décision d'attribution du marché eu égard au délai de quinze jours prévu par l'article 41sexies, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; que, comme la demanderesse le relève, cette notification qui emporte la conclusion du contrat aurait rendu vaine toute demande de suspension;

Considérant, par ailleurs, que le recours à la procédure d'extrême urgence, qui doit demeurer exceptionnel, réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause; que la procédure en référé d'extrême urgence ne peut pas être confondue avec la procédure en annulation ou avec la procédure en référé ordinaire qui donne lieu à l'établissement d'un rapport; que le choix d'une telle procédure a nécessairement un impact sur l'appréciation de la réunion des conditions requises pour qu'une demande de suspension puisse être accueillie; qu'en effet, dans le bref délai qu'autorise une procédure de référé d'extrême urgence, cette appréciation procède par essence d'un examen sommaire, et non d'un raisonnement approfondi, des arguments des parties; qu'il s'ensuit qu'une telle procédure, qui aboutit à une décision provisoire, ne peut se fonder, sous peine de ne pas atteindre le but d'efficacité qui lui est assigné, que sur ce qui se dégage à première vue et de manière évidente des écrits de procédure et du dossier administratif;

IV. QUANT AUX MOYENS

Considérant que la requérante prend un premier moyen, intitulé "confusion des critères d'attribution et de sélection", de "la violation des articles 1^{er} et 16 de la loi du 24 décembre 1993, relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 98, § 1^{er}, et 110 bis de l'arrêté royal du 10

janvier 1996, relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe d'égalité et du principe général de droit *Patere legem quam ipse fecisti*"; que la requérante fait valoir que la décision attaquée attribue le marché querellé sur la base de critères tels que l'expérience, le turn-over et la jouissance d'une assurance "war and terrorism", qui ne doivent être étayés que d'une note rédigée par le soumissionnaire; que le moyen est divisé en deux branches; que dans une première branche, la requérante soutient que les critères d'attribution doivent être différents des critères de sélection qualitative, que selon la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et du Conseil d'Etat, "sont exclus à titre de «critères d'attribution» des critères qui ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, mais qui sont liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question", qu'il ne peut dès lors être tenu compte, au stade de l'attribution des marchés, de critères qui sont en relation avec l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché public, critères qui auraient dû être vérifiés, le cas échéant, au stade de la sélection des candidats, qu'il en va ainsi des critères relatifs à l'expérience, au turn-over et à la jouissance d'une assurance "war and terrorism" contenus dans le cahier spécial des charges pour chacun des deux lots, que s'il n'est pas exclu que les critères d'expérience et de références puissent faire l'objet de critères d'attribution, dans ce cas, les critères doivent toutefois permettre de mettre en lumière la qualité intrinsèque des offres au regard de la spécificité du marché, que tel n'est pas le cas lorsque le pouvoir adjudicateur tient compte de l'expérience des soumissionnaires dans le secteur faisant l'objet du marché, sans examiner si l'expérience de ces derniers dans ce secteur avait été bonne ou mauvaise;

Considérant que la partie adverse soutient, à titre principal, l'irrecevabilité du premier moyen à défaut d'intérêt en ce que les griefs qu'il élève sont sans aucune incidence sur le sens de la décision attaquée; qu'elle fait valoir que les critères litigieux représentent 34 points sur 240 pour le lot 1 et 4 points sur 100 pour le lot 2, que la requérante a obtenu "le maximum de points pour 2 des 3 critères litigieux, et singulièrement, pour le critère de l'expérience aéroportuaire, coté, pour le lot 1, sur 16 points", que "si, pour le lot n° 1, les critères litigieux sont supprimés, l'offre de G4S Security Services obtiendrait une cote finale de 315 points (au lieu de 344,1 points) et la requérante obtiendrait une cote finale de 296,6 points (au lieu de 324,9 points) : en réalité, sans ces critères, l'écart entre G4S et Securitas passe de 19,1 à 18,4 soit une différence de 0,7 sur 400 points", que "de même, si, pour le lot n° 2, les deux critères litigieux sont supprimés, l'offre de G4S Security Services obtiendrait une cote finale de

92,8 points (au lieu de 96,1 points) et la requérante obtiendrait une cote finale de 86,7 points (au lieu de 89,3 points) : ici encore, la différence est de 0,7 sur 100 points", qu'il s'ensuit que le premier moyen en sa première branche n'est pas de nature à remettre en cause le classement final des offres pour chacun des lots visés par le marché litigieux; qu'elle relève également que le moyen est irrecevable en ce qu'il invoque la violation des articles 1 et 16 de la loi du 24 décembre 1993 et de l'article 98, §1^{er}, de l'arrêté du 10 janvier 1996 qui sont étrangers à l'acte attaqué; qu'elle fait valoir, à titre subsidiaire, que la première branche n'est pas sérieuse au motif que les critères relatifs à l'expérience aéroportuaire, à la faiblesse du turn over et à l'assurance war and terrorism constituent bien des critères d'attribution en relation avec l'objet du marché, et nullement des critères de sélection qualitative; qu'elle soutient ce qui suit :

" (i) Quant à l'expérience dans le domaine aéroportuaire

18. [...]

Ainsi que la partie adverse en a avisé tous les soumissionnaires au cours des entretiens qu'elle a eus avec ces derniers en vue de leur permettre de compléter et préciser la teneur de leur offre (pièce 1 du dossier administratif, partie non confidentielle, pages 6 et 9), elle a tenu compte, pour la détermination de l'expérience dans le secteur aéroportuaire des soumissionnaires, des années d'expérience acquises au niveau européen. En effet, la sûreté aéroportuaire sur le territoire européen est soumise à des exigences de sécurité et d'organisation identiques. La partie adverse a constaté du reste que tous les soumissionnaires ont fait état, dans la note jointe à leur offre, du nombre d'années d'expérience acquise dans le domaine de l'aviation civile et, plus particulièrement, dans le domaine aéroportuaire au niveau européen.

La prise en compte, au stade de l'attribution du marché, de l'expérience des soumissionnaires dans le domaine de la sûreté aéroportuaire n'est pas en soi irrégulière. Votre Conseil ne s'oppose d'ailleurs nullement à ce qu'un tel critère soit érigé en critère d'attribution, pour autant qu'il n'ait pas pour but d'examiner l'aptitude d'un soumissionnaire à exercer un marché, mais qu'il concerne la qualité des prestations offertes. Il en est spécialement ainsi dans les marchés de services. A la différence des marchés de travaux et des marchés de fournitures, dans les marchés de services, la qualité des prestations est intimement liée à la qualité du prestataire de services, ce qui explique que pour ce type de marchés, la distinction soit plus ténue et ressortisse davantage encore du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur.

[...]

En l'espèce, la partie adverse n'a nullement confondu les étapes de la sélection qualitative et de l'attribution du marché en érigeant, pour un marché dont l'objet est spécifique, l'«expérience aéroportuaire» en critère d'attribution :

- Quant à la phase de la sélection qualitative :

19. Dans l'avis de marché, les candidats étaient invités à fournir certains renseignements pour permettre à la partie adverse de vérifier la capacité technique de ceux-ci à exécuter tel ou tel marché (pièce 3 du dossier administratif, partie non

confidentielle, point III.2.3). Parmi ces renseignements, figurait notamment une «liste de références des principaux services réalisés au cours des trois dernières années dans des prestations similaires».

Ainsi donc, au titre de la sélection qualitative, il était demandé aux candidats de fournir leurs références dans le domaine du gardiennage en général, pour des marchés d'une ampleur équivalente, que ces références relèvent ou non du domaine de la sûreté aéroportuaire.

Sur la base de cette liste de références, la partie adverse a examiné la capacité technique des candidats à exécuter un marché similaire au marché litigieux et elle a décidé de sélectionner tous les candidats, en ce compris Cobelguard Security (pièce 10 du dossier administratif, partie confidentielle).

- Quant à la phase de l'attribution du marché :

20. Le critère d'attribution tenant à l'expérience aéroportuaire visait, quant à lui, à valoriser les offres des soumissionnaires en fonction de leur expérience spécifique dans le domaine de l'aéroportuaire.

Il n'échappera à personne que ce critère d'attribution a pour objet d'interroger le soumissionnaire sur son expérience spécifique dans le domaine aéroportuaire et à donner davantage de points aux soumissionnaires qui ont de l'expérience dans ce domaine. Le marché litigieux, en raison de ses caractéristiques propres, rend, en effet, beaucoup plus intéressante l'offre d'un soumissionnaire qui dispose d'une expérience spécifique en matière aéroportuaire.

La requérante ne conteste d'ailleurs pas que l'existence, dans le chef d'un soumissionnaire, d'une expérience dans le domaine de la sûreté aéroportuaire a une incidence directe sur la qualité des prestations fournies dans le présent marché.

La spécificité du marché, qui exige des prestations d'une certaine complexité, a des lors rendu indispensable le choix de ce critère d'attribution. La qualité des prestations offertes (contrôles d'accès, inspections, patrouilles, vidéo-surveillance, ...) est, en effet, intimement liée à l'expérience dont les soumissionnaires peuvent se vanter dans le domaine de l'aviation civile.

Ce critère n'a donc pas pour objet d'examiner si un candidat a la capacité de prendre part à tel ou tel marché - ce qui ressortit à la sélection -, mais d'examiner la qualité intrinsèque des offres, ce qui ressortit à la phase d'attribution.

Les différentes références faites par la requérante tant à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes qu'à la jurisprudence de Votre Conseil ne sont donc pas pertinentes.

En effet, dans ces différentes espèces, les références exigées au stade de la sélection qualitative et au stade de l'attribution du marché étaient les mêmes.

Il n'en va pas de même en l'espèce où une distinction est et doit être opérée entre, d'une part, les références générales en matière de gardiennage demandées au stade de la sélection qualitative et qui visent à examiner la capacité technique des candidats à exécuter tel ou tel marché et, d'autre part, les références spécifiques acquises dans le domaine de la sûreté aéroportuaire qui ont pour objet d'examiner la qualité intrinsèque des offres.

(ii) Quant à la faiblesse du turn over

21. [...]

22. Ce critère d'attribution ne peut aucunement être confondu avec une condition de sélection qualitative. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que le taux de turn over d'un soumissionnaire est indépendant de sa capacité à exécuter un marché similaire. Un taux élevé ou faible de turn over n'empêche, en effet, pas un soumissionnaire d'exécuter un marché similaire au marché litigieux.

Par contre, un taux élevé ou faible de turn over influe directement sur la qualité des prestations offertes. En effet, plus le personnel est stable et plus il sera dûment formé et effectuera les prestations visées par le présent marché avec efficacité. En outre, un turn over important du personnel implique des problèmes d'organisation interne plus importants qui ne sont pas propices à l'exécution optimale des prestations de sûreté visées par le marché.

Pour cette raison, il apparaît ainsi de manière évidente que le critère relatif au taux de turn over n'a pas pour objet de sonder la capacité technique d'un soumissionnaire à exécuter tel ou tel marché, mais a pour objet d'examiner la qualité intrinsèque de l'offre. Ce critère, qui exige une certaine stabilité dans le personnel prestataire des services, est directement lié à la qualité des prestations et donc à l'objet du marché concerné.

(iii) Quant à l'assurance war and terrorism

23. Le critère d'attribution relatif à l'assurance war and terrorism représente 6 points sur un total de 240 points et est visé au point 1.7.8.1.2.6 du Cahier spécial des charges (lot n° 1).

Par ce critère, la partie adverse a entendu valoriser les offres des soumissionnaires qui ont choisi de couvrir leurs risques liés à la guerre et au terrorisme par une assurance. Tout comme pour le critère précédent, on constatera qu'un soumissionnaire peut très bien exécuter un marché similaire au marché litigieux sans disposer de cette assurance. Ce critère ne peut donc constituer une condition de sélection qualitative.

Par contre, le fait pour un soumissionnaire de disposer, outre des assurances visées au point 2.16.2.2 du Cahier spécial des charges, d'une assurance couvrant les dommages causés à des tiers, dus à des risques de guerre ou de terrorisme, a une incidence directe sur la qualité intrinsèque de l'offre.

Ce critère répond donc bien à la notion de critère d'attribution.

Par ailleurs, est fausse l'affirmation de la requérante (requête, p.15) selon laquelle le document que les soumissionnaires étaient invités à fournir, pour le critère relatif à l'assurance «war and terrorism», «ne prévoit pas de communiquer les montants qui sont ouverts». Le Cahier Spécial des charges en son point 1.7.5. énonce littéralement, parmi les documents à joindre obligatoirement à l'offre, «une note exposant les montants des garanties assurées(-)».

Le premier moyen, en sa première branche, est donc irrecevable ou, à tout le moins, non sérieux.";

Considérant, quant au défaut de disposition applicable à l'acte attaqué dans le moyen, que celui-ci est pris notamment de la violation de l'article 110bis de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, disposition relative à la procédure négociée avec ou sans

publicité et, plus particulièrement, aux critères d'attribution; qu'ayant trait à la légalité de certains des critères d'attribution du marché litigieux, le moyen est recevable en sa première branche;

Considérant que la question de l'intérêt à la première branche du moyen sera abordée après la discussion de son caractère sérieux ou non;

Considérant, quant au sérieux du moyen, que dans une procédure de passation de marché public, les étapes de la sélection qualitative des soumissionnaires, de l'examen de la régularité des offres et de leur comparaison au regard du ou des critères d'attribution sont nettement distinctes, qu'il s'agisse des secteurs classiques ou des secteurs spéciaux; qu'il ressort plus particulièrement de l'article 59, § 2, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, précité, que "le pouvoir adjudicateur sélectionne les candidats en accord avec les critères et les règles objectifs qu'il a définis et qui sont à la disposition des prestataires de services intéressés"; qu'il s'ensuit que la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et l'attribution du marché sont deux opérations distinctes et qu'elles sont régies par des règles différentes; que "sont exclus à titre de «critères d'attribution» des critères qui ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, mais qui sont liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question" (C.J.C.E., 24 janvier 2008, Lianakis et alii, C-532/06, point 30); que les directives marchés publics s'opposent à ce que le pouvoir adjudicateur retienne, à titre de "critères d'attribution", des critères qui portent principalement sur l'expérience des soumissionnaires, sur les qualifications et l'équipement de leur personnel ainsi que sur les moyens de nature à garantir une bonne exécution du marché en question;

Considérant qu'en l'occurrence, la requérante met en cause trois des critères d'attribution qualitatifs, à savoir l'expérience, le turn-over et la jouissance d'une assurance "war and terrorism";

Considérant, quant au premier critère mis en cause, que celui-ci s'intitule, dans les deux lots, "expérience dans l'aéroportuaire"; qu'il vaut 16 points dans le premier lot et 1 point dans le second; que la pondération de ce critère est la suivante :

" Nombre de points = (X/Y)*16 pour le premier lot et 1 pour le second.
Où :
X correspond au nombre d'années d'expérience de l'offre considérée;
Y correspond au nombre d'années d'expérience le plus important de toutes les offres.";

qu'il est demandé à cet effet aux soumissionnaires de fournir, en annexe de leur offre, "une note décrivant le nombre d'années d'expérience dans le secteur de la sûreté de l'aviation civile et plus particulièrement de la sûreté aéroportuaire, accompagnée d'une liste des principaux services équivalents effectués par le soumissionnaire au cours des trois dernières années" (cf. pt.1.7.5.5 du cahier spécial des charges); qu'un tel critère ainsi décrit, qui n'exige aucune précision quant à la qualité des services prestés ni quant au lieu où ils seront prestés, ne permet pas à première vue de mettre en lumière la qualité intrinsèque des offres au regard de la spécificité du marché; que prima facie, il ne pouvait être retenu en tant que critère d'attribution du marché;

Considérant, quant au deuxième critère mis en cause, que celui-ci s'intitule, dans les deux lots, "faiblesse du turn-over"; qu'il vaut 12 points dans le premier lot et 3 points dans le second; que la pondération de ce critère est la suivante :

" Nombre de points = $(X/Y) \times 12$ pour le premier lot et 3 pour le second.
Où :
X correspond au taux de turn-over le plus faible de toutes les offres;
Y correspond au taux de turn-over de l'offre considérée.";

que le critère se réfère pour son évaluation au point 1.7.5.11. qui prévoit que les soumissionnaires fournissent, en annexe de leur offre, "une note détaillant le taux de turn-over annuel pour le personnel d'exécution employé à des tâches similaires dans d'autres lieux de prestations que ceux faisant l'objet du présent marché"; qu'un tel critère ainsi décrit tend apparemment à vérifier que les soumissionnaires sont aptes à fournir les services requis en l'absence de trop grandes fluctuations dans l'ensemble de leur personnel en charge de tâches similaires sans qu'il ne soit question pour autant du personnel affecté spécifiquement au marché litigieux; qu'il est ainsi étranger à première vue à la qualité des offres; que prima facie, il ne pouvait être retenu en tant que critère d'attribution du marché;

Considérant, quant au troisième critère mis en cause, que celui-ci n'est prévu que dans le premier lot et s'intitule "assurance war and terrorism"; qu'il vaut 6 points; que la pondération de ce critère est la suivante : ceux qui ont une couverture d'assurance "war and terrorism" se voient octroyer 6 points, les autres 0; qu'il est demandé à cet effet aux soumissionnaires de fournir, en annexe de leur offre, "une note exposant les montants des garanties assurées pour les assurances [...] et mentionnant l'éventuelle couverture des dommages aux tiers dus à des risques de guerre ou de terrorisme (Clause AVN 52 «war risk liability and terrorism coverage»)" (cf. pt.1.7.5.4 du cahier spécial des charges); qu'un tel critère ainsi décrit a trait à première vue à l'aptitude des candidats à réaliser le marché et non pas à la détermination de l'offre

économiquement la plus avantageuse; qu'en effet, l'évaluation de ce critère se base sur la possession ou non d'une telle assurance sans s'attacher aux montants garantis ou aux dommages couverts; que prima facie, il ne pouvait être retenu en tant que critère d'attribution du marché;

Considérant que le premier moyen est sérieux en sa première branche;

Considérant, quant à l'intérêt à la première branche, que dans un marché public, les critères d'attribution ne peuvent être isolés les uns des autres mais doivent être appréhendés dans leur ensemble dès lors qu'en vue de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, ils ont été agencés par le pouvoir adjudicateur de manière globale et cohérente; que dès lors qu'un des critères d'attribution, et a fortiori lorsqu'il s'agit de plusieurs critères, ne pouvait être appliqué de la façon dont il l'a été, toute la procédure de passation est viciée dans son ensemble; qu'il ne revient pas au Conseil d'Etat d'anticiper, à la place du pouvoir adjudicateur, le choix et le poids des critères d'attribution; que raisonner comme le fait la partie adverse revient à écarter et donc à neutraliser certains critères d'attribution, ce qui ne se peut; que la requérante a bien intérêt à la première branche du moyen;

V. QUANT AU RISQUE DE PREJUDICE GRAVE DIFFICILEMENT REPARABLE

Considérant que la requérante avance deux éléments à l'appui du risque de préjudice grave difficilement réparable : la perte d'un marché de référence et l'atteinte irréparable à sa réputation; qu'elle expose ce qui suit :

" A. Quant au marché de référence

28. (...) Le marché de services de sûreté de l'aéroport de Charleroi Bruxelles-Sud constitue un marché de référence.

29. En ce qui concerne la rareté du marché, il y a lieu d'avoir égard au fait que le nombre d'aéroports en Belgique est limité.

Sur le territoire belge seuls les aéroports de Liège, Zaventem et Charleroi externalisent les procédures de contrôle d'accès et d'inspection filtrage. L'exiguïté du marché pour le type de service faisant l'objet du marché en cause n'est pas contestable, et ce d'autant plus qu'il s'agit de prestations à exécuter dans un contexte aéroportuaire particulier, pour lequel le nombre de pouvoir adjudicateur qui ont régulièrement recours à ce type de marché est limité.

Le marché querellé est d'autant plus rare que parmi les aéroports belges, l'aéroport de Charleroi Bruxelles-Sud est le seul, avec Brussels Airport (approximativement 18,5 millions en 2008), à connaître une grande affluence de passagers (près de 3 millions en 2008).

Du reste, au vu de la croissance exceptionnelle de l'aéroport de Charleroi Bruxelles-Sud, ce marché ne peut être considéré que comme un marché de référence.

30. L'ampleur du marché résulte de ce qu'il a pour objet un marché de trois années employant un nombre élevé d'agents de sûreté (actuellement 260), et d'un montant très élevé (voy. pp. 21 et 25 de la décision en pièce 1). Le marché s'élève à un montant annuel de € 12.850.639, en reprenant l'offre finale de la requérante. Concrètement, ce montant représente, pour la requérante, approximativement 23% du chiffre d'affaires de € 55.520.930 réalisé en 2008 (cf. comptes annuels de 2008 en pièce 11). Conformément à Votre jurisprudence, l'impact de ce marché sur le chiffre d'affaires de la requérante est ainsi établi.

31. Le marché revêt également une certaine complexité en ce que les services de sûreté à prester dans les aéroports diffèrent sensiblement des services de simple gardiennage. En effet, ces services requièrent une gestion complexe au niveau de la topographie des lieux, des opérations, des acteurs présents (BSA Security, SPW, les clients, les passagers, la Police Fédérale, la Douane et les fournisseurs).

Ce fait est d'autant plus prégnant que l'aéroport de Charleroi Bruxelles-Sud est le seul aéroport régional belge à connaître une affluence de près de 3 millions de passagers en 2008 (chiffres de l'Institut National de Statistiques). Cette gestion nécessite la présence sur site d'un management opérationnel expérimenté et aguerri aux procédures aéroportuaires.

En outre, la sûreté aéroportuaire répond à des standards internationaux très élevés nécessitant du personnel adéquatement formé. Pour effectuer ces tâches, les membres du personnel de sûreté doivent appliquer les techniques particulières propres à la sûreté aéroportuaire. Ils ne peuvent se limiter à remplir les conditions posées par la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière. En vertu de la convention entre l'Etat fédéral, la Région flamande et la Région wallonne, ils doivent être à même de maîtriser toute une série d'exigences notamment posées en annexes de l'arrêté royal du 4 mai 1999 portant réglementation de conditions de formation et de certification des agents auxiliaires et des agents de l'inspection aéroportuaire.

32. Le Conseil d'Etat a également admis qu'un « marché peut apparaître comme un marché de référence, dès lors que des références comparables ont été demandées aux soumissionnaires dans le cadre de la sélection qualitative ». L'obtention du marché querellé est cruciale afin que la société requérante puisse à l'avenir continuer à concourir de manière crédible face aux entreprises de sûreté.

En l'espèce, l'avis de marché imposait la production d'une « liste des références des principaux services réalisés au cours des trois dernières années dans des prestations similaires » (cf. point III.2.3) de l'avis de marché en pièce 6. Le nombre d'aéroports étant limité en Belgique, la requérante n'a que peu d'occasions d'acquérir de telles références qui sont par conséquent très importantes à obtenir, sous peine de se voir exclue de facto de tels marchés.

B. Quant à la réputation de la requérante

Securitas Transport Aviation Security verra, à défaut de suspension de la décision querellée, sa réputation sensiblement mise à mal.

Tout d'abord, le cahier des charges, en retenant des critères d'attribution irréguliers (cf. infra, premier et deuxième moyens), conduit à préférer des entreprises qui ne fournissent pas de services de sûreté aéroportuaires ou en fournissent mais de moindre qualité.

Ensuite, certaines offres ne semblent pas intégrer la réalité du terrain et les coûts qui sont inhérents notamment à la formation du personnel (cf. infra, moyen deuxième moyen).

Aux yeux des tiers à la procédure de marché public, la perte de ce marché par Securitas Transport Aviation Security signifie l'impossibilité de ce dernier de rivaliser avec des entreprises n'ayant pourtant pas d'expérience dans des prestations similaires, et ce d'autant plus que, sur le territoire belge, seuls les aéroports de Liège, Zaventem et Charleroi externalisent les procédures de contrôle d'accès et d'inspection filtrage.

L'existence dans le chef de la requérante de références suffisantes dans le domaine concerné n'affecte pas cette conclusion. En effet, comme l'a rappelé Votre Conseil, une entreprise ne peut forger sa réputation sur son seul passé mais doit sans cesse, pour conserver sa réputation, voire l'améliorer, obtenir de nouvelles références.

Constitue un préjudice grave en termes de réputation le fait pour Securitas Transport Aviation Security de voir attribuer le marché à des concurrents dont il n'est pas établi qu'ils puissent garantir la sûreté de l'aéroport de Charleroi Bruxelles-Sud.";

Considérant que la partie adverse conteste la qualification de marché de références au marché litigieux; qu'elle met tout d'abord en cause la rareté du marché, en soutenant que la rareté d'un marché soumis à publicité européenne s'apprécie non seulement en Belgique mais aussi dans les autres pays de l'Union, que la liste des références européennes fournies par la requérante dans son offre démontre la relative fréquence et la répétition d'un tel marché dans l'Union, que sur le plan belge, il existe d'autres aéroports pour lesquels la requérante exécute d'ailleurs les marchés de services de sûreté, et que le marché n'a qu'une durée de trois ans, ce qui permet à la requérante de retrouver à bref délai une nouvelle chance; que, quant à l'ampleur du marché, la partie adverse estime que l'impact du marché sur le chiffre d'affaires de la requérante ne peut être retenu car il s'agit d'une confusion entre le préjudice financier et le marché de références et qu'il ne s'agit pas d'un critère objectif en rapport avec le marché, que l'aéroport de Charleroi est nettement moins important que celui de Zaventem et que le seul besoin de références ne peut suffire à justifier un tel préjudice;

Considérant qu'en soi, la perte d'un marché mis en concurrence ne suffit pas à constituer un préjudice grave difficilement réparable; qu'en effet, la perte d'une commande publique et, dès lors, d'une part de marché dans le domaine considéré, est inhérente à toute procédure de mise en concurrence; qu'elle ne le peut que si elle s'accompagne de circonstances particulières démontrant, par exemple, qu'elle risque d'empêcher la continuation des activités ou même l'existence de la requérante, ou de compromettre lourdement sa réputation ou sa stratégie commerciale dans son secteur d'activité; que, sur ce point, la requérante ne démontre pas que de telles conditions sont remplies dans son chef;

Considérant, en ce qui concerne la perte d'un marché de références, que constitue un tel marché celui dont la rareté, l'ampleur, la complexité de conception ou d'exécution, la mise en oeuvre de techniques particulières ou nouvelles sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation toute particulière; qu'en l'espèce, la requérante démontre à suffisance que le marché public querellé peut être considéré comme tel; que plus particulièrement, le risque de préjudice doit être apprécié à l'échelle du marché où l'acte attaqué fait grief, soit en l'espèce sur le territoire belge; qu'en effet, le marché de la sûreté aéroportuaire nécessite, en ce qui concerne le personnel employé à ces tâches, des agréments spécifiques à la Belgique; qu'à cet égard, le marché litigieux concerne le deuxième aéroport belge en termes de nombre de passagers, les autres aéroports belges, en-dehors de celui de Zaventem, ayant une fréquentation de passagers nettement moins importante, de sorte qu'il revêt une rareté certaine; que de même, le marché litigieux a une certaine ampleur sur le vu du nombre d'agents employés sur le site de l'aéroport de Charleroi, soit 260 personnes, ce qui représente un effectif important au regard des autres aéroports régionaux en Belgique et au regard des références produites par les soumissionnaires; que la partie adverse ne conteste pas la complexité du marché litigieux, du moins en son lot 1, qui nécessite un savoir-faire particulier; que, pour ces raisons, le marché litigieux constitue de ce fait une "vitrine" pour le prestataire de services qui le réalisera; qu'ainsi, la décision d'attribution du marché risque de comporter pour la requérante des conséquences graves difficilement réparables;

Considérant que les deux conditions requises par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 étant remplies, la demande de suspension est accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme G4S SECURITY SERVICES est accueillie dans la procédure en référé.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision prise le 13 mai 2009 par la société anonyme de droit public BRUSSELS SOUTH CHARLEROI

AIRPORT SECURITY attribuant le marché de services de sûreté de l'aéroport de Charleroi Bruxelles-Sud à la société G4S SECURITY SERVICES.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le huit juin deux mille neuf par :

M. NIHOUL,	Conseiller d'Etat, président f.f.,
M ^{me} MOREL,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

C. MOREL.

P. NIHOUL.