

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

n° 253.025 du 17 février 2022

A. 235.516/VI-22.231

En cause : **la société anonyme ÉTABLISSEMENTS DUMAY-MIOR**,
ayant élu domicile chez
M^e Nathalie TISON, avocat,
rue Jules Destrée 72
6001 Marcinelle,

contre :

la ville de Châtelet,
représentée par son collègue communal,
ayant élu domicile chez
M^e Philippe HERMAN, avocat,
Rue T'Serclaes de Tilly 49-51
6061 Montignies-Sur-Sambre.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 21 janvier 2022, la SA Établissements Dumay-Mior demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 31 décembre 2021 adoptée par le collège communal de Châtelet par laquelle il a, entre autres, décidé d'exclure la requérante "(...) au motif [qu'elle] a fourni de fausse déclaration quant à sa capacité technique et professionnelle requise en matière de sélection qualitative en fournissant le Dume, conformément à l'article 69, 8°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et ses modifications ultérieures" ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 24 janvier 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 7 février 2022.

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, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Jean-Louis Leuckx, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Philippe Herman, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section 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

1. À une date indéterminée, la partie adverse lance un marché de fournitures ayant pour objet « *renting* d'alarmes anti-intrusion, incendies et service de gardiennage dans les bâtiments communaux ». Un avis est publié au *Journal officiel de l'Union européenne* et au *Bulletin des adjudications*.

Le marché est passé par procédure concurrentielle avec négociation. Il est régi par un guide de sélection et un cahier spécial des charges avec pour référence BO 2021-2031.

Le marché est divisé en deux lots, dont le lot 1 « *Renting* d'alarme intrusion, incendie et télésurveillance » est décrit en ces termes :

« Commentaire : La Ville de châtelet désire renouveler ses systèmes d'alarmes anti-intrusion, incendie dans tous les bâtiments communaux (52 bâtiments).
Le *renting* comprend pour le lot 1 : l'installation du matériel + un contrat de maintenance omnium + entretien annuel + les transmissions vers un centre de télésurveillance.
Marché conclu pour une période fixe de dix années (sans option d'achat)
Le marché consiste en :
1° Démontage et reprise de tout le matériel anti-intrusion, incendie existant visible (détecteurs, sirènes, claviers, centrales, câbles,...)
2° Installation du matériel repris dans l'annexe 1 et installé suivant les plans de l'annexe 2 (schémas de principes fournis à titre indicatif et non contractuel) au lien suivant [...]
3° Un entretien sera effectué annuellement et pour la première fois 1 an après l'installation et un rapport sera remis par installation chaque année.

4° Une connexion sera établie entre les centraux d'alarmes et la centrale de télésurveillance 24h/24 et 7j/7 y compris les jours fériés et également avec un service de gardiennage.

5° Remise des plans de principe incluant tous les accessoires par bâtiments.

6° Une analyse de risque doit être effectuée par le soumissionnaire pour chaque bâtiment (52 bâtiments). Aucune reconduction n'est prévue pour ce lot. »

Au point I.4 « motifs d'exclusion et sélection qualitative » du guide de sélection, il est prévu ce qui suit :

« L'opérateur économique produit le Document unique de marché européen, qui consiste en une déclaration sur l'honneur propre et actualisée et qui est acceptée par le pouvoir adjudicateur à titre de preuve *a priori* en lieu et place des documents ou certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers pour confirmer que l'opérateur concerné :

1° ne se trouve pas dans l'une des situations d'exclusion visées aux articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016;

2° répond aux critères de sélection applicables qui ont été établis conformément à l'article 71 de la loi du 17 juin 2016;

Marche à suivre pour compléter le DUME :

[...]

- Pour la partie "sélection", à la question "souhaitez-vous utiliser les critères de sélection A à D ?" répondez non. Dans ce cas, il vous est demandé une indication globale pour les critères de sélection.

- Précisez si vous satisfaites à tous les critères de sélection exigés.

[...]

Le formulaire de demande de participation doit être accompagné des pièces suivantes :

[...]

Capacité technique et professionnelle du candidat (critères de sélection)

Le DUME par lequel l'opérateur économique déclare qu'il est satisfait aux critères de sélection suivants :

N°	Critères de sélection	Exigences minimales	Lots
[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]
3	Une liste des principales fournitures effectuées au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé + attestation des clients	minimum 5 références de <i>renting</i> sur 3 ans au montant annuel de 300.000 € + attestation des clients	Lot 1

»

2. À la suite de la réception des demandes de participation, le collège communal de la partie adverse décide, le 23 avril 2021, de sélectionner la candidature de la requérante, après avoir notamment constaté qu'elle a fourni le DUME obligatoire attestant qu'elle satisfait, pour le lot 1, aux critères de sélection.

La requérante est la seule à déposer ensuite une offre pour le lot 1 du marché. Cette offre est considérée comme régulière par les services des marchés publics et de technique des travaux de la partie adverse qui invite la requérante à remettre sa BAFO.

3. Parallèlement, la partie adverse envoie, le 8 novembre 2021, un courrier à la requérante pour l'inviter à fournir les « documents justificatifs du DUME », en ce compris « une liste des principales fournitures effectuées au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé + attestation des clients → minimum 5 références de *renting* sur 3 ans au montant annuel de 300.000 € + attestation des clients ».

4. Par courrier du 12 novembre 2021, la requérante répond à cette demande en produisant une série de documents.

5. Par courrier du 18 novembre 2021, la partie adverse écrit à la requérante pour lui signaler que « les références relatives aux principales fournitures effectuées au cours des trois dernières années indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé sont incomplètes », aux motifs que les documents remis ne portent pas sur du *renting* et que « certains sont des copies de notification (et donc pas d'attestations) et qu'une référence donnée concerne un marché encore en cours ». Il est, dès lors, demandé à la requérante de fournir les références et attestations « conformément au guide de sélection ».

6. Par courrier du 3 décembre 2021, la requérante répond que la demande de la partie adverse semble plus exigeante que celle qui est contenue dans les documents du marché, ceux-ci n'imposant pas, selon elle, que les attestations portent sur des prestations terminées. Elle en déduit qu'une notification d'attribution d'un contrat et une référence portant sur un contrat en cours d'exécution devraient être considérées comme satisfaisant au critère de sélection en cause. Elle ajoute qu'elle ne dispose pas de références portant spécifiquement sur du *renting* car le secteur de la sécurité et du gardiennage ne pratique généralement pas le *renting*, les alarmes étant habituellement placées de manière définitive chez les clients, que le souhait de la commune de procéder à de la location d'alarmes rompt avec les pratiques du secteur, que son offre a été élaborée pour répondre à cette demande, mais qu'elle ne peut malheureusement pas adapter ses références (passées) en ce sens et que peu ou pas de soumissionnaires pourraient au demeurant satisfaire à cette exigence. La requérante demande, en conséquence, à la partie adverse d'accepter ses cinq références, lesquelles portent sur des prestations similaires à l'objet du lot 1 du marché. Elle fait valoir que l'installation des alarmes et le suivi sont identiques dans les deux cas, la seule différence étant qu'à l'issue du contrat, la requérante ne reprend pas le matériel puisque le client en est devenu le propriétaire. Elle conclut que cette différence – anecdotique – ne devrait pas empêcher la commune de constater qu'elle satisfait au critère de sélection en cause dès lors qu'elle produit cinq références qui portent sur des prestations comparables et conformes aux

prestations du lot 1 et qu'au demeurant, « qui peut le plus (installation d'une alarme dont le client devient propriétaire) peut le moins (installation louée et reprise à l'issue du contrat) ».

7. Le 31 décembre 2021, le collège communal de la partie adverse décide :

« [...] Article 5. De ne pas accepter la preuve de références d'installation de systèmes d'alarmes sur 3 ans au montant annuel de 300.000 € + attestation des clients, tel que le sollicite [la requérante] étant donné que cela entraverait l'un des principes généraux des marchés publics à savoir notamment le respect de l'égalité et de traitement de tous les opérateurs économiques.

Article 6. De revoir la sélection de [la requérante] décidée en sa séance du 23 avril 2021, en l'excluant du marché a motif qu'[elle] a fourni de fausse déclaration quant à sa capacité technique et professionnelle requise en matière de sélection qualitative en fournissant le DUME, conformément à l'article 69, 8°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et ses modifications ultérieures.

Article 7. De ne pas attribuer le lot n° 1 étant donné qu'aucun candidat n'a été sélectionné [...] ».

Le recours est dirigé contre « la décision du 31 décembre 2021 [...] par laquelle il a, entre autres, été décidé d'exclure la requérante “[...] au motif [qu'elle] a fourni de fausse déclaration quant à sa capacité technique et professionnelle requise en matière de sélection qualitative en fournissant le DUME, conformément à l'article 69, 8°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et ses modifications ultérieures” ». Le moyen unique de la requérante est, lui-même, exclusivement dirigé contre la décision de l'exclure sur la base de la disposition légale précitée.

IV. Recevabilité de la demande de suspension

Par courriel du 25 janvier 2022, le premier auditeur chef de section chargé de l'affaire a mené une mesure d'instruction de laquelle il ressort, en bref, que, par décision du 2 mars 2020, la requérante s'est vu refuser le renouvellement de son autorisation d'exploiter une entreprise de gardiennage. La requérante a introduit une demande de suspension et un recours en annulation contre cette décision (A.230.428/XV-4397). Par l'arrêt n° 249.396 du 31 décembre 2020, le Conseil d'État a rejeté la demande de suspension pour absence de moyens sérieux, la procédure d'annulation étant actuellement toujours pendante. Le premier auditeur chef de section relève qu'à la suite de la décision du 2 mars 2020 précitée, la requérante n'est plus autorisée à exercer les activités de télésurveillance, visées au

lot 1 du marché litigieux, la gestion d'une « centrale d'alarmes » étant considérée comme une activité de gardiennage, en application de l'article 3, 4°, de la loi du 2 octobre 2017 réglementant la sécurité privée et particulière. Il en déduit que la requérante ne peut légalement exercer les activités précitées de télésurveillance et donc ne pouvait obtenir le lot 1 du marché, en sorte qu'elle n'a pas intérêt à son recours.

Par courriel du 1^{er} février 2022 ainsi qu'à l'audience, la requérante estime qu'elle justifie d'un intérêt au recours en faisant état, d'une part, de ce que celui-ci est dirigé contre la délibération du 31 décembre 2022 en tant qu'elle l'exclut de la participation de marchés publics « pour une période de trois ans » et, d'autre part, de ce que l'essentiel des activités visées au lot 1 du marché porte sur le placement et la maintenance d'alarmes pour lesquels aucune autorisation n'est requise sur pied de la loi du 2 octobre 2017 précitée tandis que, pour l'exercice des activités de télésurveillance, également visées par ce lot, elle « travaille en partenariat » avec une autre société qui dispose de toutes les autorisations requises.

La partie adverse expose, quant à elle, que la requérante a expressément indiqué, dans son DUME, ne pas faire appel à des sous-traitants. Elle estime cependant pouvoir admettre que la requérante justifie d'un intérêt au recours, dès lors qu'elle pourrait, pendant la période d'exclusion de trois ans, vouloir soumissionner à d'autres marchés avec une tierce personne autorisée à exploiter une entreprise de gardiennage.

Les règles relatives à la recevabilité des recours qui peuvent être portés devant le Conseil d'État étant d'ordre public, il appartient à celui-ci d'examiner, au besoin d'office, la recevabilité de la demande introduite devant lui, qu'une exception soit ou non soulevée par la partie adverse.

L'article 15 de 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 dispose que l'instance de recours peut ordonner la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 de la même loi, c'est-à-dire pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante.

La requérante ne conteste pas qu'elle n'est pas autorisée à exercer les activités de télésurveillance, visées au lot 1 du marché litigieux. L'information qu'elle donne, pour la première fois, en cours de procédure devant le Conseil d'État,

selon laquelle elle comptait faire appel à une société tierce pour effectuer ces activités ne peut être prise en compte. En effet, la requérante a expressément mentionné, dans sa demande de participation, puis dans son offre, qu'elle ne ferait pas appel à des sous-traitants. Dans le DUME annexé à sa demande de participation, elle a confirmé qu'elle n'avait pas l'intention de sous-traiter une partie du contrat à des tiers et encore précisé qu'elle ne participait pas à la procédure de passation avec d'autres. Par ailleurs, la requérante s'est adressée à la partie adverse en mentionnant, en en-tête de ses courriers, qu'elle était agréée comme « centrale de surveillance » – avec le numéro 16 0047 – ce qui est manifestement contraire à la réalité.

Il ressort donc de l'instruction du dossier menée par le premier auditeur chef de section que la requérante n'est pas autorisée à effectuer une partie des prestations du lot 1 du marché qu'elle s'est, de manière illicite, engagée, dans son offre, à réaliser. La requérante ne pouvait pas légalement se voir attribuer ce lot.

Au vu de ces circonstances particulières et dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, il y a lieu de considérer que la requérante ne justifie pas d'un intérêt légitime « à obtenir » le marché considéré, intérêt à la vérification de laquelle est subordonnée, en vertu des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée, la recevabilité des recours ouverts par ces dispositions.

Le fait que le recours est dirigé contre la décision prise par le pouvoir adjudicateur d'exclure la requérante sur la base de l'article 69, 8°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ne permet pas de rendre le recours recevable sur la base des dispositions précitées.

À titre surabondant, il convient de relever que la décision d'exclusion opposée à la requérante est individuelle et propre au marché litigieux, qu'elle ne lie, pour l'avenir, ni la partie adverse ni les autres adjudicateurs, qui, à l'occasion du lancement d'autres marchés, pourront décider s'il doit être fait application des motifs d'exclusion visés à l'article 69 de la loi du 17 juin 2016 précitée tandis que la requérante pourra d'initiative, conformément à l'article 70 de la même loi, démontrer avoir pris les mesures correctrices suffisantes afin d'établir sa fiabilité s'il existe, dans son chef, un motif d'exclusion. Contrairement à ce que les parties requérante et adverse semblent considérer, l'acte attaqué n'emporte donc, par lui-même, aucune interdiction de principe d'accéder à des procédures de passation de futurs marchés pour le compte de la partie adverse ou d'autres adjudicateurs.

La présente demande doit être déclarée irrecevable.

V. Confidentialité

En application de l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 précitée, il convient de tenir pour confidentielle la pièce 10 du dossier administratif (offre déposée par la requérante dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux).

VI. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

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.

La pièce 10 du dossier administratif est, à ce stade de la procédure, tenue pour confidentielle.

Article 4.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur à la partie adverse qui n'a pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 22 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 17 février 2022 par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret