

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

n° 258.830 du 15 février 2024

A. 240.854/VI-22.718

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

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée IMMOBILIÈRE SOCIALE DE LA RÉGION MONTTOISE TOIT & MOI,
ayant élu domicile chez
M^e Gauthier ERVYN, avocat,
avenue Herman Debroux 40
1160 Bruxelles.

Requérante en intervention :

la société anonyme ALARMES COQUELET,
ayant élu domicile chez
M^e Sébastien FIEVEZ, avocat,
chaussée d'Antoing 55
7500 Tournai.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 janvier 2024, la société anonyme Etablissements Dumay-Mior demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de date inconnue de la SCRL Toit & Moi aux termes de laquelle il est décidé de déclarer son offre irrégulière et d'attribuer à la SA Alarmes Coquelet le marché de services de « maintenance des installations de détection incendie ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 4 janvier 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 24 janvier 2024.

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

Par une requête introduite le 19 janvier 2024, la société anonyme Alarmes Coquelet demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

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

M^e Caroline Delforge, *loco* M^e Nathalie Tison, avocate, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Gauthier Eryyn et Matthieu Leysen, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Coline Delfairière, *loco* M^e Sébastien Fievez, avocate, 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

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, laquelle n'est pas contestée par les autres parties, les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme suit :

« 2. Le 10 mars 2023, la partie adverse décide de procéder au lancement du marché public de services "MAINTENANCE DES INSTALLATIONS DE DÉTECTION INCENDIE" (DA, pièce 1).

3. Le marché fait l'objet d'un avis publié au Bulletin des Adjudications et au Journal Officiel de l'Union Européenne (DA, pièces 2 et 3) et de deux avis rectificatifs (DA, pièces 4 à 7).

4. Le cahier spécial des charges décrit l'objet du marché en ces termes :

“ Le marché se rapporte à la maintenance des systèmes de détection incendie présentes dans les immeubles appartenant au pouvoir adjudicateur ; dont l'inventaire est repris en annexe au cahier spécial des charges.

Détail des prestations attendues :

- o Entretien annuels suivant la NBN S21-100 et ses addendum pour les installations réalisées avant novembre 2015 et la NBN S21-100-1 pour les installations réalisées après novembre 2015 avec essai de tous les détecteurs, boutons poussoirs et des asservissements, contrôle de l'organigramme de fonctionnement, contrôle du système d'activation des coupoles.
- o Prestations de dépannages et de réparations (...)" (DA, pièce 8, pp. 6-7).

Le marché est passé par “procédure ouverte” (DA, pièce 8, p. 2).

Le critère d'attribution, unique, est le prix (DA, pièce 8, p. 11).

Le fonctionnaire dirigeant du marché est Mr [S.D.], chef du service sécurité et bien-être de TOIT & MOI (DA, pièce 8, p.2 point B) : [...]

Le marché est soumis, notamment, à la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, à l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, à 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 (DA, pièce 8, p. 4).

5. Le cahier spécial des charges prévoit que les soumissionnaires effectuent, préalablement au dépôt de leur offre, et de manière “obligatoire”, une visite des sites organisée durant deux journées.

À cet égard, le cahier spécial des charges contient les prescriptions suivantes :

- Au point “-P- EVENTUELLE(S) DISPOSITION(S) COMPLÉTANT LA DEUXIÈME PARTIE DU PRÉSENT CAHIER” :

“Visite obligatoire des sites” (DA, pièce 8, p. 5).

- Au titre “5.2 MODÈLE ET CONTENU DE L'OFFRE” :

(...)

Par le dépôt de son offre et la visite des sites, le soumissionnaire reconnaît :

(...)

- s'être rendu sur les lieux pour les visiter afin de se rendre compte de leur disposition, de leurs moyens d'accès, des sujétions éventuelles, etc.

(DA, pièce 8, p. 9).

- Au titre « 6 VISITE » :

La visite des sites est obligatoire.

Les demandes de visite seront adressées au fonctionnaire dirigeant (sdubois@toitetmoi.be).

Dates des visites :

- Les 28 et 29 mars 2023 ou
- Les 4 et 5 avril 2023

RDV : avenue du millénaire 60, 7011 Ghlin à 8h15.

Le soumissionnaire joint à son offre l'attestation de visite jointe en annexe au présent cahier spécial des charges, selon laquelle il a visité les sites afin qu'il se rende compte de la situation exacte et des conditions d'exécution du présent marché. L'attestation ne sera validée que si tous les sites ont été visités.

L'investigation superficielle des lieux ne pourra être invoquée par l'adjudicataire comme prétexte à quelque manque, erreur ou omission dans la soumission engendrant des suppléments de prix en cours d'exécution.

Toutes questions et/ou remarques à émettre suite à la visite des sites, pouvant avoir une influence sur l'exécution du marché, devront être transmises au pouvoir adjudicateur dans les moindres délais et au plus tard 10 jours avant la date de remise des offres.

(DA, pièce 8, pp. 9-10).

Le formulaire d'attestation de visite joint au CSC précise ce qui suit :

Cette attestation est à faire compléter par le fonctionnaire dirigeant et à joindre à l'offre.

6. Le 24 avril 2023 est la date limite de réception des offres fixée dans l'avis de marché (DA, pièce 2, p. 5).

7. Quatre soumissionnaires déposent offre pour ce marché.

Il s'agit des soumissionnaires suivants :

- La SA ALARMES COQUELET pour un prix de 484.014,71 € hors TVA ;
- La SRL CGMI-PROTECT pour un prix de 451.549 € hors TVA ;
- La SA DUMAY-MIOR pour un prix de 479.169,77 € hors TVA ;
- La SA EURO-PROTEC pour un prix de 475.326,25 € hors TVA (DA, pièce 17, p. 2).

8. Par courrier recommandé et email du 12 mai 2023, la SA ALARMES COQUELET informe la partie adverse que la SA DUMAY-MIOR n'a pas assisté à l'intégralité des deux journées de visite.

Elle indique, à cet égard, que : "La société DUMAY a remis offre, mais n'a toutefois pas assisté à l'intégralité des visites. Elle n'a par exemple, pas visité le site de Jemappes Niamey (4 bâtiments) ni celui du Parc du bois de Mons (8 bâtiments)." (DA, pièce 9).

9. Le 13 octobre 2023, la partie adverse attribue le marché à la SRL CGMI-PROTECT (DA, pièce 10).

La partie adverse considère que l'offre de la SA DUMAY-MIOR est affectée d'une irrégularité substantielle.

À cet égard, la décision indique que :

Considérant que dans le cadre de l'examen de la régularité, DUMAY-MIOR SA C a remis une attestation de visite des sites mais que ce soumissionnaire n'a pas suivi l'entièreté de la seconde journée de visite, que son attestation n'est donc pas valable, que conformément à l'article 76 de l'AR du 18 avril 2017, l'absence de visite de l'entièreté des sites est considérée comme une irrégularité substantielle au vue des dispositions prévues à l'article 6 des clauses administratives. L'offre du soumissionnaire DUMAY-MIOR SA est ainsi déclarée irrégulière ;

10. Par courrier de son conseil du 24 novembre 2023, la SA DUMAY-MIOR conteste la position de la partie adverse selon laquelle elle n'a pas suivi l'entièreté de la deuxième journée de visite (DA, pièce 11).

Pour ce faire, la SA DUMAY-MIOR se retranche derrière une "attestation de visite" délivré et signé par le préposé de la partie adverse qui a organisé les visites et selon laquelle "[M.G.] représentant le soumissionnaire DUMAY-MIOR s'est rendu(e) sur tous les sites concernés par ledit marché, le 4 et 5/4/2023, afin d'apprécier tous les éléments qui leur permettront de remettre offre pour le présent marché." (DA, pièce 12).

À noter que, conformément à ce qui précède et à ce qui sera exposé aussi ci-après, cette attestation a été délivrée par erreur par le préposé de la partie adverse. Elle n'a pas été signée par le fonctionnaire dirigeant, comme prévu par le cahier des charges, et n'est pas conforme à la réalité. En effet, la SA DUMAY-MIOR n'a pas participé à l'entièreté de la deuxième journée de visite.

La SA DUMAY-MIOR écrit également que la partie adverse n'indique pas les sites qu'elle n'a pas visités.

Elle conteste, du reste, le caractère substantiel de l'irrégularité relative au non-respect de l'obligation de visite des sites.

11. Par courrier officiel de son conseil du 30 novembre 2023, la partie adverse confirme que l'attestation de visite délivrée par son préposé ne reflète pas la réalité et qu'elle a, partant, été délivrée par erreur (DA, pièce 13). La partie précise, en outre, les sites non visités par la SA DUMAY-MIOR.

À cet égard, la partie adverse écrit que :

“ Si votre cliente a effectivement reçu une attestation de visite des sites de TOIT & MOI, il s'avère que cette attestation ne reflète pas la réalité.

D'une part, alors que le rendez-vous pour le deuxième jour de visite était fixé à 8h à l'adresse rue de Niamey n° 1 à Jemappes, le représentant de votre cliente est arrivé bien plus tard.

Ma cliente et les autres soumissionnaires ont patienté jusqu'à 8h30 et faute de voir le représentant de votre cliente, ils ont débuté la visite des blocs de logements Niamey 1, 2, 3 et 4 sans ce dernier.

Ce n'est qu'ensuite qu'il est arrivé sur place.

D'autre part, le représentant de votre cliente n'était pas présent durant tout l'après-midi et n'a pas visité les bâtiments du Parc du Bois de Mons, au motif qu'il aurait dû assister à un enterrement.

Dès lors que l'attestation déposée par votre cliente ne correspond pas à la réalité des faits, ma cliente n'a d'autre choix que de constater que l'obligation de visite prévue par le cahier des charges n'est pas remplie.

L'offre de votre cliente est donc irrégulière”.

La partie adverse confirme, par ailleurs, le caractère substantiel de l'irrégularité relative au non-respect de l'obligation de visite des sites.

12. Le 1^{er} décembre 2023, la SA ALARMES COQUELET introduit une requête en suspension selon la procédure d'extrême urgence au Conseil d'Etat contre la décision d'attribution du 13 octobre 2023.

Cette requête est enrôlée sous le numéro G./A. 240.629/VI 22.693.

13. Le 7 décembre 2023, la SA DUMAY-MIOR introduit également une requête en suspension selon la procédure d'extrême urgence au Conseil d'Etat contre la décision du 13 octobre 2023 (DA, pièce 15).

Cette requête est enrôlée sous le numéro G./A. 240.682/VI 22.700.

Dans sa requête, la SA DUMAY-MIOR reproche notamment à la partie adverse d'avoir considéré que son offre était affectée d'une irrégularité substantielle dès lors qu'elle n'avait pas suivi l'entièreté de la deuxième journée de visite.

La SA DUMAY-MIOR n'étaye pas ce grief autrement qu'en se référant, purement et simplement, à l'attestation de visite qui lui a été délivrée par erreur (pp. 6-7).

14. Le 12 décembre 2023, la SRL CGMI-PROTECT transmet au conseil de la partie adverse sa requête en intervention qu'il a précédemment déposée au Conseil d'Etat (DA, pièce 16).

Cette entreprise y confirme expressément que le représentant de la SA DUMAY-MIOR n'a pas participé à l'entièreté de la deuxième journée de visite des sites.

À cet égard, elle écrit que :

De plus la société dumay mior n'a effectivement pas effectuée toutes les visites comme demandé

Car le premier jour ils étaient présent

Mais le deuxième jour ils sont repartis à midi car

La personne chargée des visites ainsi que son collègue savent en témoigner

Chose qu'ils ont faite

Mais c'est vrai que les attestations ont été signées le matin et donc quand ils sont partis ils avaient cette attestation signée

15. Le 15 décembre 2023, la décision d'attribution du 13 octobre 2023 est retirée par la partie adverse (DA, pièce 18).

Le retrait est motivé comme suit :

- Vu que l'offre du soumissionnaire CGMI a été sélectionnée à tort et en définitive, erronément classée première, l'attributaire du marché ne disposant pas de la certification BOSEC mais disposant de la certification FISC, qui ne peut être considérée comme équivalente, le certificat FISC étant délivré par l'asbl FIREFORUM, asbl qui n'est pas accréditée par un organisme d'accréditation. Ce certificat ne répond donc pas aux exigences de la norme NBN S-21-100-2. Le certificat fisc étant suffisant pour répondre aux exigences de la norme S-21-100-1 mais pas à celles de la norme S-21-100-2, comme expressément exigé par le cahier des charges.

16. Le 15 décembre 2023, également, la partie adverse décide d'attribuer le marché à la SA ALARMES COQUELET (DA, pièce 19).

La partie adverse considère que l'offre de la SA DUMAY-MIOR est affectée d'une irrégularité substantielle.

À cet égard, la décision indique que :

- Considérant que dans le cadre de l'examen de la régularité, DUMAY-MIOR SA C a remis une attestation de visite des sites mais qu'il s'avère que ce soumissionnaire n'a pas suivi l'entièreté de la seconde journée de visite, que son attestation n'est donc pas valable, que conformément à l'article 76 de l'AR du 18 avril 2017, l'absence de visite de l'entièreté des sites est considérée comme une irrégularité substantielle au vu du caractère obligatoire et répété de ces prescriptions du cahier des charges (notamment article 6 des clauses administratives). L'offre du soumissionnaire DUMAY-MIOR SA est ainsi déclarée irrégulière ;

Cette décision fait expressément référence au contenu du rapport d'analyse des offres du 11 décembre 2023 (DA, pièce 17), lequel est indiqué faire partie intégrante de la décision.

S'agissant de l'irrégularité de l'offre de la SA DUMAY-MIOR à raison du non-respect de l'obligation de visite des sites, le rapport précise ce qui suit (pp. 5-6) :

Ce soumissionnaire a remis une attestation de visite des sites. Toutefois, DUMAY-MIOR SA n'a pas suivi l'entièreté de la seconde journée de visite. En effet, si le représentant du pouvoir adjudicateur a bien

délivré une attestation de visite à DUMAY-MIOR, il s'avère qu'il s'agit d'une erreur et que cette attestation ne reflète pas la réalité sur la base des éléments de fait suivants :

- d'une part, alors que le rendez-vous pour le deuxième jour de visite était fixé à 8h à l'adresse rue de Niamey n° 1 à Jemappes, le représentant de DUMAY-MIOR est arrivé bien plus tard. Le représentant du pouvoir adjudicateur et les autres soumissionnaires ont patienté jusqu'à 8h30 et faute de voir le représentant de DUMAY-MIOR, ils ont débuté la visite des blocs de logements Niamey 1, 2, 3 et 4 sans ce dernier. Ce n'est qu'ensuite que le représentant de votre DUMAY-MIOR est arrivé sur place ;
- d'autre part, le représentant de DUMAY-MIOR n'était pas présent durant toute l'après-midi du 2^e jour de visite. Il n'a pas visité les bâtiments du Parc du Bois de Mons, au motif qu'il aurait dû assister à un enterrement.

L'attestation produite n'est donc pas conforme à la réalité et cette attestation ne peut pas couvrir l'irrégularité de l'offre de DUMAY-MIOR.

Conformément à l'article 76 §1^{er}, alinéa 3, 3^e de l'AR du 18 avril 2017, doit être considérée comme substantielle, toute exigence qui est indiquée comme substantielle dans les documents du marché. L'exigence de procéder à la visite de tous les sites est répétée à plusieurs reprises dans le cahier des charges qui indique expressément que cette visite est « obligatoire » (article 6 du cahier des charges). Ce caractère obligatoire est d'ailleurs répété à l'article P (page 5 du cahier des charges). Eu égard à l'objet du marché qui a trait à la sécurité incendie des logements sociaux loués par TOIT & MOI, le pouvoir adjudicateur a entendu imposer la visite obligatoire de tous les sites loués, « afin que le soumissionnaire se rende compte de la situation exacte et des conditions d'exécution du présent marché » et de proscrire les offres qui ne répondraient pas aux exigences du marché. L'absence de visite de certaines alarmes par le soumissionnaire ne permet pas à ce dernier de remettre un prix et une offre technique en connaissance de cause, avec des risques pour la sécurité des locataires. Ces éléments démontrent le caractère essentiel de cette exigence du cahier des charges dont la violation constitue donc, en application de l'article 76 § 1^{er}, 3^e de l'arrêté royal passation du 18 avril 2017, une irrégularité substantielle. La visite des sites n'ayant pas été complète, l'offre est irrégulière, même si une attestation est déposée.

L'offre est donc affectée d'une irrégularité substantielle et doit être écartée.

Il s'agit de l'acte attaqué dans le cadre du présent recours en suspension d'extrême urgence introduit par la SA DUMAY-MIOR.

17. Par courriers recommandés et *emails* du 18 décembre 2023, la partie adverse informe les soumissionnaires, d'une part, du retrait de la décision du 13 octobre 2023 et, d'autre part, de la décision d'attribuer le marché à la SA ALARMES COQUELET (DA, pièces 20 à 23).

S'agissant de la SA DUMAY-MIOR, la partie adverse lui communique le motif d'irrégularité de son offre, extrait de la décision (DA, pièce 20). La partie adverse omet toutefois d'adjoindre à cette communication les motifs d'irrégularité de l'offre de la requérante qui sont intégrés dans le rapport d'analyse des offres, qui fait pourtant partie intégrante de la décision.

18. Par courrier recommandé et *email* du 19 décembre 2023, la partie adverse communique à la SA DUMAY-MIOR un nouveau courrier, incluant tant le motif d'irrégularité de son offre extrait de la décision et que les motifs d'irrégularité de son offre extraits du rapport d'analyse des offres (DA, pièce 25).

Vous trouverez ci-dessous l'extrait de la décision et du rapport d'analyse vous concernant :

Le premier paragraphe qui est repris dans ce courrier est identique à l'extrait de la décision, communiqué en date du 18 décembre. Il s'agit de l'extrait issu du texte de la décision elle-même. Les paragraphes suivants qui sont communiqués le 19

décembre sont – quant à eux - nouveaux, étant extraits du rapport d’analyse des offres qui complètent la motivation de la décision ».

Il doit être considéré que la décision attaquée est celle qui a été notifiée le 19 décembre 2023 et non celle envoyée le 18 décembre, qui ne comportait pas la motivation requise dès lors qu’elle était dépourvue du motif d’irrégularité figurant dans le rapport d’analyse des offres.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 19 janvier 2024, la société anonyme Alarmes Coquelet demande à intervenir dans la procédure en référé d’extrême urgence.

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

V. Recevabilité

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soutient que la requérante ne dispose pas d’un intérêt légitime à agir, « en raison de son comportement frauduleux, et ce compte tenu de l’article 1.11 du Code civil et du principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* reconnu par le Conseil d’État ».

Elle fait valoir qu’ainsi qu’il sera exposé à propos de la première branche du moyen unique, « la requérante a commis une faute intentionnelle, en ce sens qu’elle a remis une offre en prétendant qu’elle avait respecté l’exigence obligatoire de visite des sites, alors qu’elle savait pertinemment qu’elle n’avait pas participé à l’intégralité des visites des sites ».

Elle ajoute que « la faute intentionnelle a été commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain aux dépens d’autrui, soit en l’espèce tant de la partie adverse que des autres soumissionnaires dont, en particulier, l’attributaire, le gain recherché consistant dans l’obtention du marché litigieux ».

V.2. Appréciation du Conseil d’État

L'exception est liée à l'examen du moyen.

VI. *Moyen unique, première branche*

VI.1. *Thèse de la partie requérante*

Avant d'exposer le moyen, la requérante rappelle qu'elle a reçu deux communications distinctes l'informant de la décision de la partie adverse de déclarer son offre irrégulière : la première est datée du 18 décembre et la seconde l'est du 19 décembre. Elle expose que ces deux communications dont l'objet est identique comportent des motivations différentes, la communication datée du 19 décembre contenant des éléments supplémentaires par rapport à celle du 18 décembre. Elle indique qu'elle ignore donc « quelle est, réellement, la motivation de l'acte attaqué et si elle correspond à la communication du 18 décembre ou à celle du 19 décembre ».

La requérante soulève un moyen unique pris « de la violation des principes de concurrence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, consacrés notamment par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 "relative aux marchés publics" et les articles 10 et 11 de la Constitution, de la violation de l'article 83 de la loi du 17 juin 2016 "relative aux marchés publics" et de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 "relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques", de la violation de l'article 5, 8°, de la loi du 17 juin 2013 "relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics [...]" et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 "relative à la motivation formelle des actes administratifs", du défaut de motivation matérielle, de la violation du principe *patere legem quam ipse fecisti*, de la violation des principes de bonne administration et, plus particulièrement, du principe de minutie, ainsi que des principes du raisonnable et de proportionnalité, de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Elle conteste l'affirmation de la partie adverse selon laquelle elle n'aurait pas suivi l'entièreté de la seconde journée de visite. Elle allègue que l'attestation de visite établie par la partie adverse elle-même confirme qu'elle a participé à l'ensemble des visites qui ont eu lieu dès lors qu'il y est indiqué que « [M.G.] représentant le soumissionnaire Dumay-Mior s'est rendu(e) sur tous les sites concernés par ledit marché le 4 et 5/4/2023, afin d'apprécier tous les éléments qui leur permettront de remettre offre ». Elle souligne que le cahier des charges précise, par ailleurs, que « l'attestation ne sera validée que si tous les sites ont été visités », ce qui, selon elle, confirme également que l'attestation de visite validée et signée établit qu'elle a participé à l'ensemble des visites qui ont eu lieu.

ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.258.830

Elle estime qu'à défaut pour la partie adverse de s'inscrire en faux à l'encontre de l'attestation de visite qu'elle a elle-même établie, il y a lieu de constater que la partie adverse ne peut, dans l'acte attaqué, soutenir qu'elle n'aurait pas procédé à l'ensemble des visites qui ont eu lieu.

La requérante en déduit qu'en considérant que son offre est irrégulière pour le motif qu'elle n'aurait pas participé à l'ensemble des visites qui ont eu lieu, la partie adverse a :

- « - violé les principes de concurrence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, consacrés notamment par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 "relative aux marchés publics" et les articles 10 et 11 de la Constitution, puisque la partie requérante n'a pas été traitée de manière égale aux autres soumissionnaires qui ont participé à toutes les visites qui ont eu lieu et que son offre a été écartée alors que celle-ci était pourtant régulière ;
- violé l'article 83 de la loi du 17 juin 2016 "relative aux marchés publics" et l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 "relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques" en considérant que l'offre de la partie requérante était affectée d'une irrégularité, *a fortiori* une irrégularité substantielle justifiant de l'écarter ;
- violé l'article 5, 8°, de la loi du 17 juin 2013 "relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics [...]" et les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 "relative à la motivation formelle des actes administratifs" puisque l'acte attaqué ne repose pas sur une motivation exacte, pertinente et adéquate ;
- commis une erreur de fait (défaut de motivation matérielle) et violé les principes de bonne administration, et plus particulièrement, le principe de minutie, en considérant que la partie requérante n'a pas procédé à l'ensemble des visites qui ont eu lieu et que cet élément justifie d'écarter son offre ;
- commis une erreur de droit (défaut de motivation matérielle) et violé le principe *patere legem quam ipse fecisti* en s'écartant des prescriptions du cahier des charges qu'elle a elle-même adoptées et selon lesquelles l'attestation de visite signée et validée établit que le soumissionnaire a participé à l'ensemble des visites qui ont eu lieu ».

VI.2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse souligne que le cahier spécial des charges prévoit que la visite des sites est « obligatoire » et que c'est donc la participation à la visite des sites qui constitue une exigence obligatoire et non la production de l'attestation de visite.

Elle allègue qu'il appert à suffisance des faits qu'elle exposés ainsi que du dossier administratif que la requérante n'a pas satisfait à cette exigence «

obligatoire », dès lors qu'elle n'a pas participé à l'entièreté de la deuxième journée de visite des sites, quand bien même elle joint à son offre une attestation de visite « dont on sait qu'elle a été délivrée par un agent incompetent et par erreur ».

Elle se prévaut en particulier des éléments suivants :

- le courrier du 12 mai 2023 de la SA Alarmes Coquelet qui informe la partie adverse que la requérante n'a pas assisté à l'intégralité de la visite des sites, soit les sites suivants : « le site de Jemappes Niamey (4 bâtiments) » et « celui du Parc du bois de Mons (8 bâtiments) » ;
- la décision du 13 octobre 2023, dans laquelle la partie adverse a précisé, dès ce moment, que la requérante n'avait pas suivi l'entièreté de la deuxième journée de visite des sites et qu'en conséquence son attestation n'était pas valable ;
- le courrier officiel du 30 novembre 2023 dans lequel le conseil de la partie adverse confirme au conseil de la requérante, à la suite de sa demande, les éléments de fait précis, concrets et, par ailleurs, conformes au courrier précité de la SA Alarmes Coquelet dont il ressort que la requérante n'a pas participé à l'intégralité de la deuxième journée de visite des sites ; la partie adverse souligne qu'il y est précisé que la requérante n'a pas assisté aux visites suivantes : « la visite des blocs de logements Niamey 1, 2, 3 et 4 » en raison de son arrivée tardive et la visite des « bâtiments du Parc du Bois de Mons » en raison de départ prématuré pour pouvoir assister à un « enterrement ».
- l'absence de contestation précise et concrète, de la part de la requérante, des éléments de fait clairs et détaillés opposés par la partie adverse : à aucun moment (ni dans les courriers de son conseil, ni dans sa requête en suspension du 7 décembre 2023, ni dans celle du 2 janvier 2024), la requérante n'a soutenu qu'elle aurait visité le site de Jemappes, Niamey ou celui du Parc du Bois de Mons, ni qu'elle serait arrivée à l'heure lors de la deuxième journée de visite et partie après la fin des visites prévues ;
- la requête en intervention de la SRL CGMI-Protect déposée dans la cadre de la procédure relative à la décision du 13 octobre 2023 qui a ensuite été retirée, dans laquelle ce soumissionnaire, également, indique, en des termes clairs et dénués de toute ambiguïté, que la requérante n'a pas participé à l'intégralité de la deuxième journée de visite des sites et qu'elle est même partie « à midi » ;

- des courriers des 18 et 19 décembre 2023, dans lesquels, au vu des déclarations claires de deux autres soumissionnaires présents lors des visites, comme de l'absence d'élément de contestation précis et concret de la part de la requérante, la partie adverse n'a pu que réitérer que la requérante n'avait pas participé à l'intégralité des visites, en précisant, à nouveau, les éléments de fait fondant ce constat.
- l'absence de contestation précise et concrète, de la part de la requérante, des éléments de fait ainsi répétés par la partie adverse, y compris dans la requête en suspension du 2 janvier 2024 de la requérante ; la partie adverse souligne que la requérante n'a jamais dit qu'elle avait bien participé à la visite des sites de Jemappes, Niamey et du Parc du Bois de Mons ni que son représentant est arrivé à 8 heures le second jour des visites ou qu'il ne se serait pas absenté durant l'après-midi de cette seconde journée de visite ;
- la pièce 31 du dossier administratif de la partie adverse, dans laquelle F. T. précise les sites non visités par la requérante.

La partie adverse expose que c'est donc manifestement par erreur que son préposé organisant les visites a délivré à la requérante l'attestation de visite des sites, établie sur la base d'un modèle préimprimé, dont cette dernière se prévaut. Elle souligne que c'est d'ailleurs ce que confirme également la SRL CGMI-Protect lorsqu'elle indique que les attestations de visite ont été signées et remises en matinée, de sorte que, lorsqu'elle est partie prématurément, la requérante disposait de l'attestation signée mais sans avoir satisfait à l'exigence de visite des sites, pourtant qualifiée d'« obligatoire » par le cahier spécial des charges.

Elle ajoute que l'opposabilité de cette attestation est d'autant plus contestable qu'elle émane d'un agent incompétent pour la délivrer, puisqu'il n'est pas le fonctionnaire dirigeant désigné pour le marché, alors que c'est ce dernier qui devait la signer, de sorte que la requérante ne peut pas raisonnablement soutenir que cette attestation prouverait qu'elle a participé à l'intégralité des visites organisées par Toit & Moi dans le cadre de ce marché.

La partie adverse fait également valoir ce qui suit :

- « 33. Enfin, l'on rappelle que l'article 1.11. "Intention de nuire" du Code civil dispose que : "La faute intentionnelle, commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain, ne peut procurer d'avantage à son auteur." ».

L'on relève que "Selon les travaux préparatoires de la loi, cette disposition est donc destinée à consacrer et affiner le principe général du droit *Fraus omnia*

ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.258.830

corruptit en énonçant directement ses conditions d'applications dans le libellé de la disposition.”.

Les conditions d'application de l'article 1.11 sont au nombre de deux :

- La première a trait à la “commission matérielle d'une faute intentionnelle” ;
- La seconde implique que “la faute doit être commise dans l'intention particulière de nuire à autrui ou de réaliser un gain aux dépens d'autrui”.

Dans le cas où ses conditions d'application sont réunies, l'article 1.11 a pour effet que “aucun droit ne peut résulter d'un comportement frauduleux qui devient, par conséquent, inefficace vis-à-vis de la victime de la fraude. Pour le dire autrement, la fraude constitue une exception à toutes les règles de droit.”.

34. Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat que le principe *Fraus omnia corruptit* est un principe général de droit d'ordre public (voy., en ce sens, l'arrêt n° 222.420 du 7 février 2013 dans lequel le Conseil d'Etat a considéré que “le principe *fraus omnia corruptit*, également d'ordre public, peut conduire à neutraliser un autre principe général de droit, même d'ordre public”).

Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, ce principe trouve à s'appliquer dans deux hypothèses :

- “ - 1°/ soit, en cas de fraude ou de dol causé par celui invoque la violation d'une règle de droit ;
- 2°/ soit, en cas de faute lourde de cette personne au cours de la procédure qui débouche sur l'adoption de l'acte administratif litigieux”.

Ainsi, “Le Conseil d'Etat considère que la maxime *Fraus omnia corruptit* interdit, avant tout, l'usage, par un administré, de manœuvres frauduleuses en vue d'obtenir une décision. Au cours des vingt dernières années, le Conseil d'Etat a souvent qualifié de ‘frauduleux’ ou de ‘dolosif’ le fait pour un administré d'avoir communiqué des informations inexactes ou d'avoir sciemment caché des informations à l'autorité administrative afin de l'induire en erreur.”.

Par ailleurs, toutefois, il ne suffit pas qu'un administré ait communiqué une information inexacte à une autorité administrative (ou vice versa) dans le cadre d'une procédure le concernant pour que la maxime *Fraus omnia corruptit* trouve à s'appliquer. Encore faut-il qu'il l'ait fait dans le but de tromper cette autorité et d'obtenir un avantage auquel il n'avait pas droit.

Le principe général de droit *Fraus omnia corruptit* a pour effet d'empêcher “l'auteur d'un comportement frauduleux de se prévaloir de règles de droit normalement applicables et dont il aurait pu retirer un bénéfice. Elle déroge aux règles de droit commun, c'est son principal effet.”

35. En l'espèce, il ressort de ce qui a été exposé ci-avant que la requérante a commis une faute intentionnelle, en ce sens qu'en définitive elle a remis une offre en prétendant qu'elle avait respecté l'exigence obligatoire de visite des sites, alors qu'elle savait pertinemment qu'elle n'avait pas participé à l'intégralité des visites des sites.

En outre, la faute intentionnelle a été commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain aux dépens d'autrui, soit en l'espèce tant de la partie adverse que des autres soumissionnaires dont, en particulier, l'attributaire. Le gain recherché consiste dans l'obtention du marché litigieux.

36. En conclusion, la partie adverse oppose à la demande en suspension dans son intégralité, tant au niveau de sa recevabilité (voy. ci-avant le titre sur l'irrecevabilité de la demande en suspension) qu'au niveau de la recevabilité du

moyen unique et de son caractère sérieux, l'exception tirée de l'article 1.11 du Code civil comme du principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* reconnu par le Conseil d'Etat.

La requérante ne peut revendiquer aucun droit à l'obtention du marché sur la base de son offre entachée de fraude.

Il y a lieu que la demande en suspension soit, dans son intégralité, rejetée. Elle est irrecevable. De surcroît, le moyen unique est irrecevable ou, subsidiairement, non sérieux. »

VI.3. Thèse de la requérante en intervention

La requérante en intervention reproduit la motivation contenue dans le rapport d'examen des offres et affirme que ces éléments sont confirmés par la SA Alarmes Coquelet et par la société CGMI-Protect.

VI.4. Appréciation du Conseil d'Etat

Le cahier spécial des charges énonce ce qui suit :

« La visite des sites est obligatoire.

[...]

Le soumissionnaire joint à son offre l'attestation de visite jointe en annexe au présent cahier spécial des charges, selon laquelle il a visité les sites afin qu'il se rende compte de la situation exacte et des conditions d'exécution du présent marché. L'attestation ne sera validée que si tous les sites ont été visités ».

Le rapport d'analyse des offres, que la décision attaquée fait sien, comporte la motivation suivante à propos de l'irrégularité de l'offre de la requérante :

« Ce soumissionnaire a remis une attestation de visite des sites. Toutefois, DUMAY-MIOR SA n'a pas suivi l'entièreté de la seconde journée de visite. En effet, si le représentant du pouvoir adjudicateur a bien délivré une attestation de visite à DUMAY-MIOR, il s'avère qu'il s'agit d'une erreur et que cette attestation ne reflète pas la réalité sur la base des éléments de fait suivants :

- d'une part, alors que le rendez-vous pour le deuxième jour de visite était fixé à 8h à l'adresse rue de Niamey n° 1 à Jemappes, le représentant de DUMAY-MIOR est arrivé bien plus tard. Le représentant du pouvoir adjudicateur et les autres soumissionnaires ont patienté jusqu'à 8h30 et faute de voir le représentant de DUMAY-MIOR, ils ont débuté la visite des blocs de logements Niamey 1, 2, 3 et 4 sans ce dernier. Ce n'est qu'ensuite que le représentant de votre DUMAY-MIOR est arrivé sur place ;
- d'autre part, le représentant de DUMAY-MIOR n'était pas présent durant toute l'après-midi du 2^e jour de visite. Il n'a pas visité les bâtiments du Parc du Bois de Mons, au motif qu'il aurait dû assister à un enterrement.

L'attestation produite n'est donc pas conforme à la réalité et cette attestation ne peut pas couvrir l'irrégularité de l'offre de DUMAY-MIOR.

ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.258.830

Conformément à l'article 76 § 1^{er}, alinéa 3, 3° de l'AR du 18 avril 2017, doit être considérée comme substantielle, toute exigence qui est indiquée comme substantielle dans les documents du marché. L'exigence de procéder à la visite de tous les sites est répétée à plusieurs reprises dans le cahier des charges qui indique expressément que cette visite est "obligatoire" (article 6 du cahier des charges). Ce caractère obligatoire est d'ailleurs répété à l'article P (page 5 du cahier des charges). Eu égard à l'objet du marché qui a trait à la sécurité incendie des logements sociaux loués par TOIT & MOI, le pouvoir adjudicateur a entendu imposer la visite obligatoire de tous les sites loués, "afin que le soumissionnaire se rende compte de la situation exacte et des conditions d'exécution du présent marché" et de proscrire les offres qui ne répondraient pas aux exigences du marché. L'absence de visite de certaines alarmes par le soumissionnaire ne permet pas à ce dernier de remettre un prix et une offre technique en connaissance de cause, avec des risques pour la sécurité des locataires. Ces éléments démontrent le caractère essentiel de cette exigence du cahier des charges dont la violation constitue donc, en application de l'article 76 § 1^{er}, 3° de l'arrêté royal passation du 18 avril 2017, une irrégularité substantielle. La visite des sites n'ayant pas été complète, l'offre est irrégulière, même si une attestation est déposée.

L'offre est donc affectée d'une irrégularité substantielle et doit être écartée. »

L'attestation de visite annexée à l'offre de la requérante comporte les indications suivantes :

« Je soussigné [F.T.], Gestionnaire maintenance sécurité, représentant l'Immobilière sociale TOIT & Moi srl, atteste que [M.G.] représentant le soumissionnaire DUMAY-MIOR s'est rendu sur tous les sites concernés par ledit marché le 4 et 5/04/2023, afin d'apprécier tous les éléments qui leur permettront de remettre offre ».

Le cahier spécial des charges dispose expressément que l'attestation « ne sera validée que si tous les sites ont été visités ». Contrairement à ce qu'a soutenu la partie adverse à l'audience, il ne paraît pas raisonnable de considérer qu'une attestation qui aurait été signée et délivrée à un soumissionnaire doive encore être « validée ». Une telle conception paraît contredire la notion même d'« attestation ». Il paraît plus logique d'interpréter la disposition en ce sens que l'attestation figurant en annexe au cahier spécial des charges ne peut être signée et délivrée que si tous les sites ont été visités. Elle est alors valide.

En l'occurrence, la requérante a produit une telle attestation de laquelle il résulte que son représentant s'est rendu sur tous les sites concernés par le marché.

Selon la motivation de l'acte attaqué, cette attestation ne reflète pas la réalité dès lors que, le premier jour, la visite a débuté sans ledit représentant et que, le lendemain, ce dernier s'est absenté tout l'après-midi.

Cette assertion contredit frontalement l'attestation délivrée à la requérante, qui précise que le représentant de cette dernière s'est rendu sur tous les sites concernés par le marché. La partie adverse soutient vainement, dans sa note d'observations et en plaidoiries, que, dès lors que l'attestation de visite n'a pas été délivrée par le fonctionnaire dirigeant, elle ne pourrait lui être opposée. C'est du fait même du pouvoir adjudicateur que l'attestation délivrée à la requérante comme celles délivrées aux autres soumissionnaires ont été établies par le gestionnaire maintenance et sécurité F.T. Il appartenait à la partie adverse d'organiser ses services de manière à faire délivrer l'attestation par la personne qu'elle estimait la plus appropriée pour ce faire.

Certes, par un courriel du 29 novembre 2023, F.T. indique ce qui suit :

- « • Le 2^e jour de la visite il avait été convenu la veille du rendez-vous pour le lendemain 8h00 à la rue de Niamey1 à Jemappes, nous avons attendu jusque 8h30 donc nous avons effectué la visite de Niamey 1-2-3-4 et seulement après le représentant de chez Dumay est arrivé
- Ce même jour le représentant de chez Dumay n'a pas terminé la visite vu qu'il devait se rendre à un enterrement
 - En conclusion ce qui n'a pas été fait c'est Niamey 1-2-3-4 et l'ensemble du parc du bois de Mons ».

La motivation de l'acte attaqué ne comporte aucune indication permettant de comprendre les raisons pour lesquelles son auteur accorde plus de crédit à cette déclaration établie plus de sept mois après les visites, plutôt qu'à l'attestation rédigée par la même personne au moment des visites. Il n'y a pas lieu, à ce propos, d'avoir égard aux arguments exposés pour la première fois dans la note d'observations.

Le moyen est sérieux en sa première branche, en ce qu'il dénonce la violation des dispositions consacrant l'obligation de motivation formelle.

Il ne paraît pas dès lors pas établi que, ainsi que le soutient la partie adverse, la requérante aurait commis une faute intentionnelle dans le but de nuire ou de réaliser un gain aux dépens d'autrui, à savoir la partie adverse et les autres soumissionnaires et en particulier la requérante en intervention. En conséquence, l'exception d'irrecevabilité, tant du moyen que du recours, déduite de l'illégitimité de l'intérêt, ne peut, au stade actuel de la procédure, être accueillie.

VII. Balance des intérêts

VII.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse demande que, dans l'hypothèse où le moyen serait déclaré sérieux, la demande de suspension soit malgré tout rejetée, en application de l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Elle expose ce qui suit :

« 48. Le marché actuel de la partie adverse comprenant la maintenance des installations de détection incendie prend fin le 14 janvier 2024, de sorte qu'à partir du 15 janvier 2024, la partie adverse est sans prestataire.

Elle est donc contrainte de prolonger le marché actuel d'un mois (DA, pièce 30), le marché actuel ne pouvant pas, en tous cas, être prolongé indéfiniment ou jusqu'au terme d'une éventuelle procédure d'annulation.

Or, le risque d'incendie est bien réel et l'est encore davantage dans le cadre de logements sociaux occupés par un public précarisé.

En effet, la partie adverse rapporte que certains locataires sociaux brûlent à l'intérieur de leur logement dans des pièces sans évacuation des éléments tels que les contours en bois des portes, ce qui est, à l'évidence, de nature à générer un risque très accru d'incendie.

À cet égard, l'on rappelle qu'il y a 20 ans, la partie adverse a connu un incendie mortel sur son site des Mésanges situé à Mons (DA, pièce 28).

Des incendies ont également eu lieu début janvier 2024 dans des habitations situées à Flénu et à Frameries (DA, pièce 29). À noter qu'il ne s'agissait pas de logements sociaux appartenant à la partie adverse. Cela atteste, néanmoins, que le risque d'incendie est bien réel en particulier en période hivernale et de grands froids comme actuellement.

En outre, comme en atteste les factures émises par le prestataire actuel (DA, pièces 26 et 27), les prestations de maintenance des installations de détection incendie concernant les immeubles de la partie adverse sont très fréquentes.

La partie adverse ne peut pas se passer d'un prestataire.

Ainsi, il est clair que les conséquences négatives de la suspension, soit le risque d'incendie favorisé par des installations de détection incendie ne faisant plus l'objet de prestations de maintenance (prestations d'entretien, de réparation et de dépannage), l'emporteraient de manière manifestement disproportionnée sur ses avantages.

Si Votre Conseil devait suspendre l'acte attaqué, cela engendrerait des conséquences négatives pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, dont, en particulier, l'intérêt des locataires sociaux à la sécurité incendie de leur logement, ainsi que de l'intérêt public, soit l'intérêt de la partie adverse à la sécurité de ses locataires et à la préservation de son patrimoine immobilier.

Autrement dit, les conséquences négatives d'une suspension seraient sans commune mesure avec ses avantages ! »

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 15, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions dispose ainsi qu'il suit :

« L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages ».

La partie adverse souligne qu'elle ne peut se passer de prestataire, en raison du risque d'incendie, qui est bien réel et l'est davantage encore dans le cadre de logements sociaux occupés par un public précarisé. Elle expose qu'elle a prolongé le marché actuel d'un mois, mais que celui-ci ne peut être prolongé indéfiniment ou jusqu'au terme d'une éventuelle procédure d'annulation.

Contrairement à ce que la partie adverse suggère, la suspension de l'exécution de la décision attaquée n'implique pas, pour répondre à sa préoccupation, que le marché actuel soit prolongé jusqu'à l'issue de la procédure en annulation. La partie adverse n'explique pas les raisons pour lesquelles il lui serait impossible, après la suspension de l'exécution de la décision attaquée, de retirer celle-ci et de reprendre la procédure d'attribution, de manière à aboutir à la désignation d'un prestataire à bref délai.

En conséquence, il doit être constaté que la partie adverse n'établit pas que les conséquences négatives de la suspension qui serait prononcée dans ces conditions puissent l'emporter sur ses avantages et faire obstacle à ce titre à la suspension de l'exécution des décisions attaquées

VIII. Confidentialité

La partie requérante « sollicite que son offre ne soit pas communiquée aux autres soumissionnaires dans l'hypothèse où l'un ou plusieurs d'entre eux interviendrait(en)t à la cause ». Elle fait valoir que cette offre déposée en pièces 15 annexée à sa requête contient des informations dont la divulgation est susceptible

de nuire à ses intérêts et que le secret des affaires justifie que ces informations ne soient pas divulguées à un concurrent.

La partie adverse demande que la confidentialité des offres des différents soumissionnaires, qu'elle dépose en pièces A à D du dossier administratif, soient maintenues.

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

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA Alarmes Coquelet est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision de la SCRL Toit & Moi du 15 décembre 2023 déclarant l'offre de la SA Etablissements Dumay-Mior irrégulière et attribuant à la SA Alarmes Coquelet le marché de services relatif à la maintenance des installations de détection incendie est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

La pièce 15 annexée à la requête et les pièces A à D du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 15 février 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé composée de :

Imre Kovalovszky,
Vincent Durieux,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky