CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 260.087 du 12 juin 2024

A. 241.763/VI-22.806

En cause : **la société anonyme ÉTABLISSEMENTS DUMAY-MIOR,**
ayant élu domicile chez
M^e^ Nathalie TISON, avocate,
rue Jules Destrée 72
6001 Marcinelle,
assistée et représentée par
M^e^ Caroline DELFORGE, avocate,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée IMMOBILIÈRE SOCIALE DE LA RÉGION MONTOISE TOIT ET MOI,
ayant élu domicile chez
M^es^ Gauthier ERVYN et
Matthieu LEYSEN, avocats,
avenue Herrmann-Debroux 40
1160 Bruxelles.

I. Objet des requêtes

Par une requête introduite le 24 avril 2024, la partie requérante demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 22 mars 2024 de l'organe d'administration de SCRL TOIT & MOI aux termes de laquelle il est décidé de déclarer son offre irrégulière et d'attribuer à SA ALARMES COQUELET le marché de services de "maintenance des installations de détection incendie" ».

Par une requête introduite le 5 juin 2024, la partie requérante demande l'annulation de cette même décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 25 avril 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 21 mai 2024.

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

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

M^me^ Florence Piret, présidente f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Caroline Delforge, avocate, comparaissant pour la partie requérante, et M^es^ Gauthier Ervyn et Matthieu Leysen, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

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 requérante, les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme il suit :

« 1. La S.C.R.L. TOIT & MOI, partie adverse, est le pouvoir adjudicateur d'un marché public de services de "maintenance des installations de détection d'incendie" (réf. S/23/0159).

Sont concernés par ce marché environ 200 sites, propriétés de la S.C.R.L. TOIT & MOI, à savoir, selon l'inventaire :

- Aulnois, Place de la Gare 3□;
- Cuesmes, Bouton d'Or 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14□;
- Cuesmes, Buissons 1, 3, 5□;
- Cuesmes, Chardons 1, 3, 5□;
- Cuesmes, Grande Barre 108, 110, 135, 137, 139, 141□;
- Cuesmes, Houyoux Guilmot 22 à 27, 28 à 33, 34 à 39, 40 à 45, 1 à 48, 4 à 9, 10 à 19, 16 à 21□*(sic)* ;
- Cuesmes, Allée des Prés verts 1, 3, 5, 7, 9, 11, 63, 65, 67, 69□;
- Cuesmes, Allée des Roseaux 25, 26, 27, 28, 29, 31□;
- Cuesmes, Tournesol 29 31, 38, 40, 42, 44, 46, 48□;
- Eugies, Follereaux 57, 59□;
- Frameries, Hirondelles 95/98, 96/97, 97 (local poubelle)□;
- Ghlin, Anémones 1□;
- Ghlin, Bégonias 2□;
- Ghlin, Edelweiss 10□;
- Ghlin, Glaïeuls 26□;

- Ghlin, Pensées 1□;
- Ghlin, Perces Neige 10, 12□;
- Havré, Huit mai 2, 4, 6, 8, 10□;
- JEMAPPES, Martyrs 57□;
- Jemappes, Martyrs 62□;
- Jemappes, Martyrs 64□;
- Jemappes, Coq 27□;
- Jemappes, Briare 1, 2, 10, 11□;
- Jemappes, Cote d'Ivoire 66□;
- Jemappes, Cote d'Ivoire 68□;
- Jemappes, Louisiane 1□;
- Jemappes, Niamey 1, 2, 3, 4□;
- Jemappes, Quebec 2□;
- La Bouverie, Acacias 16□;
- La Bouverie, Tilleuls 14□;
- La Bouverie, Frêne 13, 15, 17, 19, 21□;
- La Bouverie, Ormes 1, 2, 3□;
- La Bouverie, Clos des tilleuls 1, 3, 5□;
- Mons, rue de la Poterie 17□;
- Mons, Bouleaux 10□;
- Mons, Dejardin 41□;
- Mons, Covert 29□;
- Mons, Duclair 10, 12□;
- Mons, Alouettes□;
- Mons, Pinsons□;
- Mons, Archers 40□;
- Mons, Chasse Montignies 7/9□;
- Mons, Archers 42□;
- Mons, Arquebusiers 26, 48□;
- Mons, Bastion vert 2□;
- Mons, Martyrs 24□;
- Mons, Masquelier 13c, 13d, 13e, 13f, 13g, 13t-u□;
- Mons, local archives□;
- Mons, Parc du Bois de Mons 14, 125, 127, 129, 138, 140, 142, 144□;
- Mons, Grande Pêcherie 7, 20□;
- Mons, Pins 19, 21, 23, 25□;
- Mons, Rachot 22, 36□;
- Mons, Récollets 11□;
- Mons, Saint-Paul 19-21□;
- Mons, Saudart 4, 14□;
- Mons, Saules 27, 29, 31, 61, 63, 65□;
- Mons, Bouzanton 13□;
- Mons, Spira 5, 18□;
- Nimy, Clos du Soleil□;
- Pâturages, Ulysse Hanotte 22□;
- Pâturages, Aubépines□;
- Pâturages, Rouge Gorges□;
- Pâturages, Perdreaux□;
- Pâturages, Bouvreuils□;
- Pâturages, Tourterelles□;
- Pâturages, Grives□;
- Pâturages, Descamps□;
- Wasmes, G. Cornez 31, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90.

Ce marché a fait l'objet d'une procédure d'attribution ouverte, avec publicité européenne (pièces n°2 et n°3).

Le critère d'attribution unique était le prix.

La S.A. DUMAY-MIOR, partie requérante, a déposé une offre pour ce marché (pièce n°17).

2. Par e-mail et courrier recommandé envoyés le 22 novembre 2023, la S.C.R.L. TOIT & MOI a informé la S.A. DUMAY-MIOR de sa décision de considérer son offre comme étant irrégulière (pièce n°4).

Cette décision était justifiée de la manière suivante :

" Dans le cadre de l'examen de la régularité, DUMAY-MIOR SA a remis une attestation de visite des sites mais […] ce soumissionnaire n'a pas suivi l'entièreté de la seconde journée de visite, […] son attestation n'est donc pas valable, […] 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 des dispositions prévues à l'article 6 des clauses administratives. L'offre du soumissionnaire DUMAY-MIOR SA est ainsi déclarée irrégulière".

3. Par e-mail et courrier recommandé du 24 novembre 2023, la S.A. DUMAY-MIOR a, par l'entremise de son conseil, contesté cette décision et sollicité que la décision d'attribution lui soit communiquée dans son intégralité (pièce n°5).

Plus précisément, la S.A. DUMAY-MIOR relevait, dans cette correspondance :

- qu'elle contestait fermement l'affirmation selon laquelle son représentant n'aurait pas participé à l'ensemble des visites qui ont eu lieu ;

- que l'attestation de visite des sites par son représentant avait d'ailleurs été validée et signée par le représentant de la S.C.R.L. TOIT & MOI, à telle enseigne que la réalité de sa participation aux visites ne saurait être remise en cause ;

- que l'attestation de visite, validée et signée, mentionnait expressément que "le soumissionnaire DUMAY-MIOR s'est rendu(e) sur tous les sites concernés par ledit marché" ;

- que si elle soutenait que l'absence de participation à l'ensemble des visites des sites constituait une irrégularité substantielle justifiant d'écarter l'offre de la S.A. DUMAY-MIOR sur le fondement de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 "relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs publics", la S.C.R.L. TOIT & MOI ne précisait pas les motifs pour lesquels elle considérait que l'irrégularité constatée était substantielle.

4. Par e-mail officiel du 1er décembre 2023, le conseil de la S.C.R.L. TOIT & MOI a indiqué que cette dernière entendait maintenir sa position et a communiqué au conseil de la S.A. DUMAY-MIOR l'intégralité de la décision d'attribution, adoptée le 13 octobre 2023 par son organe d'administration (pièce n°6).

Il en résultait que quatre soumissionnaires ont déposé une offre pour ce marché, à savoir, par ordre croissant de prix :

- la S.R.L. CGMI-PROTECT, pour un montant de 451.549,00 € HTVA ;
- la S.A. EURO-PROTECT, pour un montant de 475.326,25 € HTVA ;
- la S.A. DUMAY-MIOR pour un montant de 479.169,77 € HTVA ;
- la S.A. ALARMES COQUELET, pour un montant de 484.014,71 € HTVA.

Il en résultait également qu'avaient été déclarées irrégulières l'offre de la S.A. DUMAY-MIOR et l'offre de la S.A. EURO-PROTECT.

In fine, le marché avait été attribué à la S.R.L. CGMI-PROTECT.

5. Le 6 décembre 2023, le conseil de la S.C.R.L. TOIT & MOI, dans le cadre des échanges entre conseils, a indiqué au conseil de la S.A. DUMAY-MIOR qu'un recours en suspension en extrême urgence avait été introduit par la S.A. ALARMES COQUELET à l'encontre de la décision d'attribuer le marché à la S.R.L. CGMI-PROTECT (pièce n°8).

Il a également précisé que "TOIT ET MOI envisage le retrait de la décision, ce qui sera soumis au Conseil d'administration du 14 décembre prochain" et qu'"une nouvelle décision devrait donc prochainement intervenir" (pièce n°8).

6. Le 7 décembre 2023, compte tenu de l'incertitude entourant le potentiel retrait de la décision d'attribution et l'issue de la procédure pendante devant Votre Conseil ainsi que de l'échéance du délai pour introduire son recours, la S.A. DUMAY-MIOR a introduit un recours en suspension en extrême urgence à l'encontre de la décision de l'organe d'administration de la S.C.R.L. TOIT & MOI du 13 octobre 2023 attribuant le marché à la S.R.L. CGMI-PROTECT.

Dans le cadre de ce recours, la S.A. DUMAY-MIOR a sollicité que son recours soit joint au recours introduit par la S.A. ALARMES COQUELET, portant le numéro de rôle G/A 240.629/VI-22693 et fixé à l'audience de la VI^{ème} chambre du 18 décembre 2023.

Le recours de la S.A. DUMAY-MIOR a, *in fine*, été inscrit au rôle de Votre Conseil sous le numéro G/A 240.682/VI-22700 et fixé à l'audience de la VI^{ème} chambre du 20 décembre 2023.

Finalement, la S.C.R.L. TOIT & MOI ayant annoncé qu'elle allait procéder au retrait de la décision de son organe d'administration du 13 octobre 2023, l'audience relative au recours introduit par la S.A. DUMAY-MIOR a été remise *sine die* dans l'attente du retrait et de son caractère définitif.

Par la suite, le retrait étant devenu définitif, l'audience a été fixée au 17 avril 2023.

Par un arrêt n°259.558 du 19 avril 2024, Votre Conseil a, compte tenu du retrait de la décision du 13 octobre 2023, déclaré le recours sans objet et condamné la S.R.L. TOIT & MOI à la prise en charge des frais et dépens de l'instance.

7. Parallèlement, par un premier courrier recommandé et un premier e-mail du 18 décembre 2023, la S.C.R.L. TOIT & MOI a communiqué à la S.A. DUMAY-MIOR la décision de son organe d'administration du 15 décembre 2023 de procéder au retrait de la décision de son organe d'administration du 13 octobre 2023 (pièce n°9).

Cette décision était motivée de la manière suivante :

" 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 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".

8. Par un deuxième courrier et un deuxième e-mail du 18 décembre 2023, la S.C.R.L. TOIT & MOI a, par ailleurs, indiqué à la S.A. DUMAY-MIOR ce qui suit :

" Conformément à l'article 8 de la loi du 17 juin 2023 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, nous vous informons que le marché précité a été attribué à la société ALARMES COSQUELET SA.

Vous trouverez ci-dessous l'extrait de la décision vous concernant :

- 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" (pièce n°10).

9. Le 19 décembre 2023, la S.C.R.L. TOIT & MOI a, finalement, adressé à la S.A. DUMAY-MIOR un troisième courrier recommandé et un troisième e-mail, lesquels mentionnent :

" Conformément à l'article 8 de la loi du 17 juin 2023 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, nous vous informons que le marché précité a été attribué à la société ALARMES COSQUELET SA.

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

- Considérant que dans le cadre de l'examen de la régularité, DUMAY-MIOR SA 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 ;

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 jusque 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 2ème 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 §1er 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). 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 rendre compte de la situation exacte et des conditions 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, §1er, 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" (pièce n°11).

10. Le 2 janvier 2024, la S.A. DUMAY-MIOR a introduit un recours en suspension en extrême urgence à l'encontre de la décision de date inconnue de la S.C.R.L. TOIT & MOI attribuant le marché à la S.A. ALARMES COQUELET.

Cette affaire a été inscrite au rôle sous le numéro G/A 240.854/VI-22.718 et l'audience de plaidoiries fixée au 24 janvier 2024.

Par un arrêt n°258.830 du 15 février 2024 (pièce n°15), Votre Conseil a décidé d'accueillir le recours en suspension en extrême urgence introduit par la S.A. DUMAY-MIOR à l'encontre de la décision de date inconnue de l'organe d'administration de la S.C.R.L. TOIT & MOI, en considérant que :

« 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

a 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 2e 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□».

11. Le 16 février 2024, la S.A. DUMAY-MIOR a introduit un recours en annulation à l'encontre de la décision de date inconnue de la S.C.R.L. TOIT & MOI, suspendue par Votre Conseil.

12. Par e-mail et courrier recommandé du 9 avril 2024, la S.C.R.L. TOIT a notifié à la S.A. DUMAY-MIOR une nouvelle décision de son organe d'administration, datée du 22 mars 2024, déclarant à nouveau son offre substantiellement irrégulière et attribuant à nouveau le marché à la S.A. ALARMES COQUELET.

Il s'agit de l'acte attaqué (pièce n°16), lequel est motivé comme suit□en ce qui concerne la prétendue irrégularité de l'offre de la S.A. DUMAY-MIOR :

" 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.

A cet égard, le Conseil d'Etat a rendu, le 15 février 2024, un arrêt n°258.830 qui a jugé que '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 [cad. l'email du 29 novembre 2023 de Monsieur [T.]], plutôt qu'à l'attestation rédigée par la même personne au moment des visites'.

Pour rappel, dans son email du 29 novembre 2023, Monsieur [T.] a écrit au pouvoir adjudicateur que :

‘ - Le 2ème jour de la visite il avait été convenu la veille du rendez-vous pour le lendemain 8h00 à la rue de Niamey 1 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’ (Annexe 1).

Le pouvoir adjudicateur accorde plus de crédit à cette déclaration plutôt qu’à l’attestation de visite rédigée également par Monsieur [T.] dès lors que cette déclaration est corroborée par les déclarations suivantes de deux des trois autres soumissionnaires :

- Le courrier recommandé et l’e-mail du 12 mai 2023 dans lequel la SA ALARMES COQUELET informe le pouvoir adjudicateur que la SA DUMAY-MIOR n’a pas assisté à l’intégralité des deux journées de visite. La SA ALARMES COQUELET 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)’ ;

- La requête en intervention que la SRL CGMI-PROTECT a déposée le 12 décembre 2023 au Conseil d’Etat dans la cause G/A 240.629 (recours en suspension en extrême urgence de la SA ALARMES COQUELET introduit le 1er décembre 2023 contre la décision du 13 octobre 2023 attribuant le marché à la SRL CGMI-PROTECT, cette décision ayant ensuite été retirée). Dans cette requête, la SRL CGMI-PROTECT 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. Elle écrit, à cet égard, que (annexe n°3) :

‘ de plus la société Dumay Mior n’a effectivement pas effectué 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 (monsieur [T.]) 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’.

Comme la SRL CGMI-PROTECT le relève, les attestations de visite ont été signées et remises en matinée, ce qui a été confirmé oralement par Mr [T.] à TOIT & MOI, de sorte que, lorsque le représentant de la SA DUMAY-MIOR est parti prématurément le deuxième jour des visites, il disposait de l’attestation signée, mais sans avoir satisfait à l’exigence de visite des sites.

Surabondamment, le constat factuel qui précède, selon lequel la SA DUMAY-MIOR n’a pas participé à l’entièreté de la deuxième journée de visite des sites, est encore étayé par le constat que cette dernière n’a jamais contesté cet état de fait autrement qu’en se référant à son attestation de visite délivrée par erreur. En particulier, la SA DUMAY-MIOR n’a jamais, non seulement, affirmé avoir réalisé la visite des 12 sites litigieux, mais elle n’a jamais contesté, de manière précise et concrète, les éléments de fait qui lui étaient reprochés selon lesquels elle n’avait pas participé à ces visites.

Pour rappel, dès sa décision du 13 octobre 2023, le pouvoir adjudicateur a précisé que la SA DUMAY-MIOR n’avait pas suivi l’entièreté de la deuxième

journée de visite des sites et qu'en conséquence son attestation n'était pas valable. Il indiquait, à ce sujet, que (Annexe n°4)□:

‘ Considérant que dans le cadre de l'examen de la régularité, DUMAY-MIOR SA 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 76de l'AR du 18 avril 2017, l'absence de visite de l'entièreté des sites est considérée comme une irrégularité substantielle en vue des dispositions prévues à l'article 6 des clauses administratives. L'offre du soumissionnaire DUMAY-MIOR est ainsi déclarée irrégulière’□;

Ensuite, dans le courrier officiel de son conseil du 30 novembre 2023, le pouvoir adjudicateur a confirmé au conseil de la SA DUMAY-MIOR, suite à sa demande, les éléments de faits précis et concrets dont il ressort que la requérante n'avait pas participé à l'intégralité de la deuxième journée de visite des sites. Ce courrier précisait 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’ (Annexe n°5).

Cela étant, à aucun moment (ni dans les courriers de son conseil, ni dans sa requête en suspension en extrême urgence du 7 décembre 2023, ni dans celle du 2 janvier 2024 dirigée contre la décision du 15 décembre 2023, qui a ensuite été retirée), la SA DUMAY-MIOR 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.

Dans ces conditions, il s'avère que la SA DUMAY-MIOR n'a pas satisfait l'exigence obligatoire de visite des sites, dès lors qu'elle n'a pas participé à l'entièreté de la deuxième journée de visite, quand bien même elle a joint à son offre une attestation de visite. Cette attestation, remise anticipativement et par erreur à la SA DUMAY-MIOR, ne reflète pas la réalité. Cette attestation est contredite par les déclarations ultérieures de l'agent qui l'a délivrée et ces déclarations sont corroborées par celles de deux autres soumissionnaires, comme par l'absence de contestation précise et concrète des faits de la part de la SA DUMAY-MIOR.

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, §1er, alinéa 4, 3°, de l'AR du 18 avril 2017, doit être considérée comme une irrégularité substantielle le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles 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). La mention répétée du caractère obligatoire de la visite signifie bien que cette exigence est minimale et substantielle au sens de l'article précité.

Surabondamment, eu égard à l'objet du marché qui a trait à la sécurité des logements sociaux loués par TOIT & MOI, le pouvoir adjudicateur a entendu imposer la visite 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. Le pouvoir adjudicateur considère que l'absence de visite de certains sites, par DUMAY-MIOR, ne permet pas de considérer que l'engagement de ce dernier à exécuter le marché dans les conditions prévues est complet et certain, au sens de l'article 76, §1er, al. 3 de l'arrêté royal passation du 18 avril 2017. L'offre déposée par DUMAY-MIOR n'est pas déposée en connaissance de cause, avec des risques pour la sécurité des locataires.

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

IV. Recevabilité de la demande

IV.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante soutient qu'elle a bien intérêt à obtenir le marché litigieux dès lors qu'elle a déposé offre et que les violations alléguées dans le recours sont de nature à la léser puisqu'elles ont conduit à l'attribution du marché à la SA Alarmes Coquelet alors qu'il aurait, selon elle, dû lui être attribué, puisqu'elle a déposé l'offre régulière économiquement la plus avantageuse.

En termes de plaidoirie, la requérante déclare qu'il n'y a aucune faute intentionnelle ou intention de nuire dans son chef ; elle indique qu'elle s'est limitée à déposer l'offre régulière la plus avantageuse ainsi qu'une attestation de visite signée par le préposé de la partie adverse.

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité de la demande de suspension, considérant que la requérante ne justifie pas d'un intérêt légitime à agir. L'intérêt de la requérante serait illégitime, en raison de son comportement frauduleux, compte tenu de l'article 1.11 du Code civil et du principe général de droit *fraus omnia corrumpit*.

En effet, 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 sait pertinemment qu'elle n'a pas participé à l'intégralité des visites des sites. Selon la partie adverse, cette faute intentionnelle a été commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain aux dépens d'autrui, soit en l'espèce tant la partie adverse que les autres soumissionnaires dont, en particulier, l'attributaire du marché, le gain recherché consistant dans l'obtention injustifiée du marché litigieux.

À l'audience, la partie adverse fait valoir que la faute intentionnelle de la requérante est établie sur la base des motifs de l'acte attaqué.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Il n'est pas contesté que le marché litigieux est soumis à la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ni que le régime applicable à la présente demande est celui de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. Les dispositions des lois et arrêtés relatifs au Conseil d'État ne s'appliquent qu'à titre supplétif, dans la mesure où la loi du 17 juin 2013 n'y déroge pas (article 25, alinéa 1er, de la loi du 17 juin 2013).

Les conditions de recevabilité de la présente demande de suspension sont fixées à l'article 15 de loi du 17 juin 2013. Cette disposition prévoit 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 partie adverse ne démontre pas que la requérante ne justifierait pas d'un intérêt (légitime) à « obtenir » le marché, au sens des dispositions légales précitées.

L'attestation de visite a été remise à un représentant de la requérante par un préposé de la partie adverse qui certifie que le premier cité « s'est rendu(e) sur tous les sites concernés par ledit marché le[s] 4 et 5/4/2023, afin d'apprécier tous les éléments qui leur permettront de remettre offre ». *Prima facie*, le dépôt de cette attestation, au moment de la remise des offres, ne permet pas d'établir que la requérante aurait commis une « faute intentionnelle » dans le « but de nuire ou de réaliser un gain aux dépens d'autrui ». Du reste, le fait qu'un soumissionnaire cache

des informations ou fournisse des informations trompeuses constitue, le cas échéant, un motif d'exclusion facultatif, visé à l'article 69, alinéa 1er, 8° ou 9°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Ces manquements n'entraînent l'écartement du soumissionnaire concerné que si le pouvoir adjudicateur décide de faire application de ces motifs d'exclusion et pour autant que le soumissionnaire n'apporte pas la preuve qu'il a pris les mesures correctrices suffisantes afin de démontrer sa fiabilité. La partie adverse n'a, dans la décision d'attribution attaquée, pas relevé de tels motifs pour exclure la requérante de sa participation à la procédure de marché litigieuse. Elle s'est limitée à constater que l'offre de cette dernière était irrégulière. Il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur en décidant qu'en présence de tels motifs, le soumissionnaire concerné ne justifierait pas d'un intérêt (légitime) à obtenir le marché, au sens des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013.

L'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse ne peut *prima facie* pas être accueillie.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen « de la violation des principes de concurrence, d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence, 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 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et des articles 65 et 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de la violation du principe de proportionnalité et du raisonnable, et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Dans le résumé qu'elle fait du premier moyen, la requérante expose que « l'acte attaqué est illégal dès lors qu'un critère de sélection prévu par les documents de marché en matière de capacité technique ne respecte pas les dispositions et principes visés par le moyen ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La requérante critique le critère de sélection qualitative relatif à la capacité technique et professionnelle prévu par le cahier spécial des charges, en affirmant que ce critère et le niveau d'exigence qu'il impose, à savoir fournir une liste de services similaires de minimum trente interventions de maintenance sur des

installations de détection incendie au cours de l'année, ne seraient pas suffisamment précis.

Dès lors que la requérante a été sélectionnée, elle ne peut justifier d'un intérêt à invoquer l'irrégularité d'un critère de sélection que si son offre est mise en concurrence avec celles de soumissionnaires qui n'auraient pas dû être sélectionnés. Or, de deux choses l'une :

- soit l'offre de la requérante a été valablement écartée par la partie adverse et l'offre de la requérante n'entre pas en concurrence avec celles des autres soumissionnaires dans le cadre de la comparaison des offres régulières;

- soit l'offre de la requérante a été injustement écartée par la partie adverse et l'offre de la requérante apparaît, comme elle le soutient elle-même, comme l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur la base du seul critère d'attribution du prix), en sorte qu'elle n'a pas, non plus, intérêt à soutenir que, dans une configuration différente de la sélection qualitative, la SA Alarmes Coquelet qui est le seul autre soumissionnaire qui a déposé une offre régulière, mais moins avantageuse, aurait pu ne pas satisfaire aux critères fixés en vue de cette sélection.

Dans un cas comme dans l'autre, la prétendue irrégularité d'un critère de sélection n'a pas pu léser la requérante.

Le premier moyen est *prima facie* irrecevable, à défaut d'intérêt.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen 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 ».

Dans le résumé qu'elle fait de son moyen, la requérante expose ce qui suit :

« L'acte attaqué est illégal en ce qu'il considère que l'offre de la partie requérante est affectée d'une irrégularité substantielle pour le motif que celle-ci n'aurait pas participé à l'ensemble des visites qui ont eu lieu.

Dans une première branche, développée à titre principal, la partie requérante démontre que c'est à tort que la partie adverse a considéré qu'elle n'a pas participé à l'ensemble des visites qui ont eu lieu, puisque la partie requérante produit une attestation de visite validée.

Dans une seconde branche, développée à titre subsidiaire, la partie requérante démontre que la partie adverse n'établit pas que la (prétendue) irrégularité constatée est une irrégularité substantielle justifiant d'écarter son offre.

Dans une troisième branche, développée à titre plus subsidiaire encore, la partie requérante établit que l'obligation de participer à l'ensemble des visites, considérée comme une exigence substantielle, est déraisonnable et injustifiée ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à la première branche

Le cahier spécial des charges impose une visite « obligatoire » de tous les sites concernés par le marché public, dont l'inventaire est repris en annexe au cahier spécial des charges (point P et point 6 du cahier spécial des charges). Au point 5 du même cahier, il est mentionné que « [p]ar 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.* ». Au point 6 précité, il est précisé ce qui suit :

« 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'attestation de visite que la requérante a jointe à son offre a été signée par un préposé de la partie adverse lors des visites organisées sur les sites concernés les 4 et 5 mai 2023. Après l'avoir signée, celui-ci a toutefois déclaré que cette attestation ne correspondait pas à la réalité dès lors que le représentant de la requérante, arrivé en retard au rendez-vous fixé pour la seconde journée de visites, n'était pas présent pour la visite des sites de Niamey 1-2-3-4, qu'il n'avait par ailleurs pas pu terminer la visite l'après-midi « vu qu'il devait se rendre à un

enterrement » et qu'il avait ainsi également manqué la visite de l'ensemble du parc du bois de Mons. Le préposé de la partie adverse reconnaît ainsi implicitement, mais certainement qu'il a validé par erreur l'attestation de visite délivrée à la requérante.

Contrairement aux affirmations de la requérante, le cahier spécial des charges n'attache pas de valeur probante particulière à l'attestation de visite. S'il est établi que cette attestation ne correspond pas à la réalité, la partie adverse peut décider qu'elle ne produit pas les effets que sa délivrance laisse supposer.

L'acte attaqué indique, à suffisance, les motifs permettant de considérer que l'attestation produite par la requérante ne peut servir à attester qu'elle satisfait à l'exigence de visite de l'ensemble des sites concernés par le marché. Il y a tout d'abord la déclaration écrite du préposé de la partie adverse qui expose, de manière circonstanciée, que l'attestation n'est pas conforme à la réalité en identifiant clairement les sites qui n'ont pas été visités par le représentant de la requérante ainsi que les raisons de ces absences (retard le matin et départ anticipé en début d'après-midi en raison d'un enterrement). Il y a ensuite d'autres éléments qui, comme l'indique l'acte attaqué, corroborent cette déclaration, à savoir les affirmations spontanées de deux soumissionnaires qui confirment que le représentant de la requérante n'a pas assisté à l'intégralité des deux journées de visites. L'un d'entre eux précise encore que l'attestation de visite a été signée dans la matinée de la seconde journée, raison pour laquelle le représentant de la requérante a pu partir en début d'après-midi avec une attestation signée. Surabondamment, l'acte attaqué relève aussi que la requérante n'avance pas d'éléments précis et concrets pour contester les faits détaillés et répétés par la partie adverse ; elle se limite à contester l'affirmation selon laquelle elle n'a pas procédé à la visite de l'ensemble des sites en se référant exclusivement à l'attestation produite avec son offre.

Contrairement à ce qu'affirme la requérante, la partie adverse n'était pas tenue de s'inscrire en faux contre l'attestation de visite pour pouvoir en contester le contenu, puisque l'auteur de cette attestation reconnaît, lui-même, par écrit, que cette attestation ne correspond pas à la réalité.

Prima facie, la partie adverse ne viole pas non plus le cahier spécial des charges ni le principe *patere legem quam ipse fecisti*, en considérant, pour les motifs qu'elle indique, que l'attestation de visite ne correspond pas à la réalité et que la requérante n'a, en réalité, pas participé à l'ensemble des visites. En se limitant à ces considérations, la partie adverse n'invoque pas sa propre turpitude ou une fraude dans son chef pour revendiquer un avantage injuste ou obtenir un gain aux dépens d'autrui.

Par ailleurs, l'auteur des attestations a uniquement remis en cause la validité de l'attestation qu'il a délivrée au représentant de la requérante. Il n'apparaît pas des pièces du dossier que les attestations qu'il a signées pour les autres soumissionnaires ne reflèteraient pas la réalité. Dès lors que les soumissionnaires ne se trouvent pas dans la même situation, la différence de traitement dénoncée par la requérante semble justifiée.

Les déclarations spontanées qu'un soumissionnaire peut faire à l'égard de la régularité de l'offre d'autres soumissionnaires ne peuvent pas être écartées au seul motif qu'elles émanent d'un concurrent. La partie adverse a pu les prendre en compte dans la mesure où elles corroborent d'autres éléments du dossier. Contrairement à ce qu'affirme la requérante, l'authenticité de la requête en intervention « non datée et non signée » introduite par l'un de ces soumissionnaires ne peut pas être remise en cause dès lors qu'elle a été déposée sur la plateforme électronique du Conseil d'État.

Quant aux déclarations écrites du préposé de la partie adverse, contenues dans un courriel du 29 novembre 2023, elles font directement suite à l'interpellation du conseil de la requérante qui faisait remarquer à la partie adverse, par courrier du 24 novembre 2023, qu'elle restait en défaut de lui préciser les sites qui n'avaient pas été visités. Il est probable que ce préposé ait averti plus tôt la partie adverse de l'absence du représentant de la requérante à certaines visites puisque ce motif d'irrégularité de l'offre de cette dernière figure déjà dans la première décision d'attribution adoptée le 13 octobre 2023. Le délai de sept mois qui sépare le moment des visites sur sites (4 et 5 mai 2023) du courrier du 29 novembre 2023 ne suffit pas, à lui seul, à invalider le contenu de celui-ci, au vu du caractère circonstancié des informations fournies et des autres éléments du dossier qu'indique l'acte attaqué.

Pour le reste, la requérante n'établit pas, dans la première branche du deuxième moyen de la requête, que le défaut de participation d'un soumissionnaire à l'ensemble des visites ne violerait pas une exigence du cahier spécial des charges ni ne pourrait affecter la régularité de l'offre déposée. Elle ne démontre pas non plus qu'en considérant que la requérante n'a pas participé à toutes les visites organisées et en écartant, pour ce motif, l'offre de cette société, l'acte attaqué ne serait pas valablement motivé ou que la partie adverse aurait méconnu les principes de bonne administration ou commis une erreur manifeste d'appréciation.

Le deuxième moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux, sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres causes éventuelles de rejet.

Quant à la deuxième branche

Conformément à l'article 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier la régularité des offres, c'est-à-dire leur conformité avec l'ensemble des exigences de la réglementation et des documents du marché.

L'article 76, §§ 1er à 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose comme il suit :

« § 1er. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.
L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.
Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.
Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :
1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement ;
2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1er, 44, 48, § 2, alinéa 1er, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires ;
3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

§ 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.

§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3 ».

Suivant cette disposition, « le non-respect des exigences minimales et des exigences indiquées comme substantielles dans les documents du marché » présume l'existence d'une irrégularité substantielle, laquelle ne laisse aucune marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur qui doit constater la nullité de l'offre. Les exigences minimales ou substantielles sont celles qui revêtent un caractère essentiel dans le cadre du marché envisagé. Hormis les hypothèses où les documents du marché indiquent expressément qu'il s'agit d'une exigence minimale ou substantielle, une disposition a ce caractère lorsque son auteur a voulu lui attacher une telle portée, notamment parce que sa méconnaissance éventuelle peut avoir pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, d'affecter la comparabilité des offres, de modifier le classement de celles-ci ou de compromettre la bonne exécution du marché.

Le cahier spécial des charges ne qualifie pas expressément l'exigence de visite d'« exigence minimale ou substantielle ». Il indique toutefois clairement – en lettre rouge – que cette visite est « obligatoire » et qu'elle porte sur tous les sites visés par le marché. L'importance de cette exigence résulte de son libellé même ainsi que de sa répétition à deux endroits du cahier. Celui-ci indique aussi que cette exigence est imposée au soumissionnaire « afin qu'il se rende compte de la situation exacte et des conditions d'exécution du présent marché », de sorte donc qu'il soit en mesure d'exécuter le marché dans les conditions prévues. Le rapport d'analyse des offres – auquel renvoie l'acte attaqué – mentionne, quant à lui, que « la mention répétée du caractère obligatoire de la visite signifie bien que cette exigence est minimale et substantielle au sens de l'article [76, § 1er, alinéa 4, 3°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité] ». Il précise « surabondamment » que « l'objet du marché […] a trait à la sécurité incendie de logements sociaux » et que le pouvoir adjudicateur « a entendu imposer la visite obligatoire de tous les sites loués pour permettre au soumissionnaire de prendre concrètement connaissance des installations de détection incendie et déposer une offre en toute connaissance de cause ». Á cet égard, la partie adverse explique, dans sa note d'observations, que « les risques incendies dans ce type d'immeubles et logements sont importants » et qu'« il est essentiel que les soumissionnaires aient une connaissance parfaite de la situation des lieux pour faire offre ».

Dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, il apparaît que le pouvoir adjudicateur a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, décider que la visite de l'ensemble des sites revêt un caractère essentiel, le non-respect de cette exigence rendant incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues. Il a *prima facie* pu valablement décider que la requérante – qui n'a pas satisfait à l'exigence obligatoire de visite de tous les sites concernés – n'a pas pu déposer une offre « en connaissance de cause, avec des risques pour la sécurité des locataires ».

Prima facie, la motivation fait apparaître à suffisance la raison pour laquelle le défaut de visite de tous les sites visés par le marché constitue une irrégularité substantielle et entraîne le rejet de cette offre. Après avoir constaté le caractère substantiellement irrégulier de la méconnaissance de cette exigence, le pouvoir adjudicateur ne disposait de plus aucune marge d'appréciation et devait écarter l'offre de la requérante sans devoir fournir d'autres justifications.

La requérante n'établit pas, dans la deuxième branche du deuxième moyen de la requête, que la partie adverse aurait commis une erreur de droit en qualifiant de substantielle l'irrégularité de l'offre de la requérante ou méconnu le principe d'égalité entre les soumissionnaires en écartant son offre. Elle ne démontre

pas non plus que la décision d'écarter cette offre ne reposerait pas sur une motivation exacte, pertinente et adéquate.

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

Quant à la troisième branche

Il n'est pas contesté que le cahier spécial des charges imposait la visite de tous les sites visés par le marché.

Dès lors que cette obligation peut être qualifiée d'« exigence minimale » du marché (*cf.* deuxième branche), la partie adverse devait écarter l'offre de la requérante au motif qu'elle n'y satisfaisait pas. Comme il a déjà été exposé, elle ne disposait, à cet égard, d'aucun pouvoir d'appréciation. La requérante ne peut, dès lors, reprocher à la partie adverse de violer les principes du raisonnable ou de proportionnalité ou de commettre une erreur manifeste d'appréciation en écartant son offre alors qu'elle n'aurait manqué qu'une petite partie des visites ou que les sites non visités ne présenteraient, selon la requérante, « aucune spécificité » particulière.

La requérante paraît, en réalité, contester, dans la troisième branche du deuxième moyen, l'exigence de visite de tous les sites, telle qu'elle est prévue par le cahier spécial des charges.

Dans la mesure où un examen effectué en extrême urgence permet d'en juger, cette exigence ne paraît pas disproportionnée. Comme il vient d'être exposé, l'objectif poursuivi est de permettre aux soumissionnaires de faire offre en toute connaissance de cause et d'assurer la sécurité incendie – pendant plusieurs années – de centaines de logements sociaux. La partie adverse explique, dans sa note d'observations, que « le risque d'incendie est bien réel dans le cadre de logements sociaux occupés par un public précarisé », en rappelant qu'il y a 20 ans, elle a connu un incendie mortel sur son site des Mésanges et que des incendies ont également eu lieu au début du mois de janvier 2024 dans des habitations situées à proximité de logements lui appartenant.

Pour démontrer le caractère disproportionné de l'exigence de visite de l'ensemble des sites, la requérante affirme que les interventions sollicitées sont identiques ou semblables pour chacun des sites. Elle ne démontre toutefois d'aucune manière cette affirmation ni ne conteste concrètement l'explication de la partie adverse selon laquelle il y a des distinctions à opérer suivant les sites concernés et

leurs installations (années de construction, type de bâtiment et configuration des lieux).

La requérante ne peut, par ailleurs, sérieusement affirmer que la sécurité incendie des locataires de logements sociaux ne serait qu'un prétexte avancé par la partie adverse *a posteriori* pour les besoins de la cause alors que le cahier spécial des charges impose *in tempore non suspecto* la visite de l'ensemble de tous les sites visés par le marché et précise, à deux reprises, que cette visite est « obligatoire ».

La requérante insiste encore sur le fait que trois sites n'ont pas pu être visités de l'intérieur, ce qui, selon elle, soit contredirait la thèse que la visite de chacun des sites est nécessaire, soit impliquerait que toutes les offres déposées sont irrégulières parce que contraires à l'exigence du cahier spécial des charges. La partie adverse explique, dans sa note d'observations, que si les soumissionnaires n'ont pas pu pénétrer à l'intérieur des bâtiments, les trois sites en cause ont fait l'objet d'une visite extérieure au cours de laquelle le matériel de détection incendie et les caractéristiques propres à ces trois sites ont été décrits avec précision, de sorte que les soumissionnaires ont pu se rendre compte des spécificités des trois sites et des caractéristiques de leurs installations électriques. La requérante conteste cette observation en soutenant, sans toutefois étayer son propos, qu'il est « tout particulièrement difficile – pour ne pas écrire "impossible" – de se rendre compte des spécificités d'un logement et tout particulièrement de son aménagement et de sa structure sans entrer dans celui-ci ». Cette dernière affirmation contredit toutefois la thèse qu'elle défend elle-même ; elle paraît, en effet, confirmer la pertinence et la nécessité de l'exigence de visite pour tous les sites concernés par le marché, telle qu'elle est prévue par le cahier spécial des charges.

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

VII. Confidentialité

La requérante demande que son offre soit tenue pour confidentielle pour ne pas nuire au secret d'affaires. Il s'agit de la pièce 17 annexée à la requête.

La partie adverse formule la même demande pour les pièces A à D du dossier administratif, qui contiennent les offres des différents soumissionnaires.

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 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A à D du dossier administratif et la pièce 17 annexée à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 12 juin 2024, par la VIe chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Florence Piret,	conseillère d'État, présidente f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,	La Présidente,
Vincent Durieux	Florence Piret