

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 223.301 du 26 avril 2013

G./A.208.375/VI-19.938

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
ACTION GLOBAL SERVICES,**

ayant élu domicile chez
Mes Michel KAISER et
Sarah BEN MESSAOUD, avocats,
boulevard Louis Schmidt, n° 56,
1040 Bruxelles,

contre :

**la société anonyme de droit public à finalité sociale
Coopération technique belge,**

ayant élu domicile chez
Me Isabelle COOREMAN, avocat,
chaussée de Ninove, n° 643,
1070 Bruxelles.

Partie intervenante :

**la société privée à responsabilité limitée
CEMRE,**

ayant élu domicile chez
Me Bernard RENSON, avocat,
rue Père Eudore Devroye, n° 47,
1040 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 28 mars 2013, la société privée à responsabilité limitée ACTION GLOBAL SERVICES sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

" - la décision adoptée par la partie adverse à une date inconnue, jugeant irrégulière l'offre déposée par la partie requérante dans le cadre d'un marché public «de services de nettoyage des bureaux de la C.T.B.», notifiée par un courrier du 13 mars 2013;"

" - pour autant que de besoin, la nouvelle décision d'attribution adoptée par la partie adverse à une date inconnue confirmant l'irrégularité de l'offre de la partie requérante, notifiée par un courrier du 19 mars 2013".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 29 mars 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 18 avril 2013 à 10 heures 30.

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

La société privée à responsabilité limitée CEMRE a, par une requête introduite le 11 avril 2013, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Sarah BEN MESSAOUD, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Bram TOLLET, loco Me Isabelle COOREMAN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Bernard RENSON et Pierre-Antoine LAZARSKI, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Le 11 décembre 2012, la société de droit public Coopération technique belge, en abrégé C.T.B., fit publier un avis de marché au Bulletin des adjudications pour un "marché de services d'entretien et de nettoyage des bureaux de la C.T.B.". Un avis de marché fut également publié aux annexes du Journal officiel de l'Union européenne le 14 décembre 2012.

III. 2. Le 21 décembre 2012, un premier avis rectificatif fut publié au Bulletin des adjudications. Il le fut également aux annexes du Journal officiel de l'Union

européenne en date du 28 décembre 2012. Les informations complémentaires fournies à cette occasion concernaient le récapitulatif des tâches de nettoyage à effectuer :

- " Une tâche a été rajoutée dans le récapitulatif des tâches de nettoyage à effectuer. Le récapitulatif des tâches corrigé est disponible à l'adresse email mentionnée dans l'avis de marché".

Le 23 janvier 2013, un deuxième avis rectificatif fut publié au Bulletin des adjudications. Le 26 janvier 2013, ce même avis rectificatif fit l'objet d'une publication aux annexes du Journal officiel de l'Union européenne. A cette occasion, les informations suivantes furent communiquées aux soumissionnaires :

- " Le cahier spécial des charges et le récapitulatif des tâches ont été modifiés et sont disponibles à l'adresse email mentionnée dans l'avis de marché.

La date limite de réception des offres et la date d'ouverture des offres sont fixées au 08/02/2013 à 10h00 au lieu du 01/02/2013 à 10h00.

Une nouvelle visite des locaux de la C.T.B se déroulera le 29/01/2013 à 10h00."

Enfin, en date du 1^{er} février 2013 un troisième avis rectificatif fut publié au Bulletin des adjudications. Il le fut également aux annexes du Journal officiel de l'Union européenne le 6 février 2013. La C.T.B. y signalait que les plans fournis comportaient une erreur, entourée en rouge dans les plans disponibles à l'adresse de courrier électronique qu'elle mentionnait.

III. 3. Il s'agit d'un marché public attribué selon la procédure d'appel d'offres général, régi par un cahier spécial des charges référencé BTC/CTB BXL 1355, dont la version originale a fait l'objet d'une rectification. A ce cahier spécial des charges, était joint un récapitulatif des tâches à effectuer dans le cadre de ce marché public selon un certain horaire bien défini.

III. 4. Dans ce cahier spécial des charges, il y a lieu de relever le point 4 de la deuxième partie "Termes de références". Cette clause est libellée comme suit :

- " L'entretien se fera durant les jours ouvrables, soit du lundi au vendredi, entre 6h30 et 9h30, entre 9h30 et 15h00 – le vendredi entre 9h30 et 14h30 – et entre 15h00 et 19h00.

L'adjudicataire fournit un plan de nettoyage détaillé au fonctionnaire dirigeant, le plus tôt possible et au plus tard le quinzième jour calendrier du début de l'exécution du contrat.

La C.T.B. se réserve le droit de modifier le plan de nettoyage fourni par l'adjudicataire.

L'entrepreneur détermine de commun accord avec le fonctionnaire dirigeant les jours et heures d'exécution de certaines prestations lorsque celles-ci sortent du planning normal.

L'entrepreneur est tenu de fournir la main-d'œuvre, le matériel et les produits d'entretien qui sont nécessaires à l'exécution de ces prestations.

Les locaux doivent être nettoyés conformément au détail des tâches fourni en annexe.

Les prestations de nettoyage ne peuvent déranger le déroulement normal des activités dans les bureaux, les parties centrales du bâtiment, les cuisines, les sanitaires, les salles de réunion, etc.

Lors des congés et/ou maladie d'un agent, l'adjudicataire devra pouvoir palier immédiatement à son remplacement. L'agent en congé ou en maladie sera toujours remplacé par la même personne.

En tout état de cause, toute prestation non effectuée sera défalquée du montant mensuel. Mais un excès de ces situations pourrait amener une résiliation du contrat."

III. 5. Les soumissionnaires suivants ont introduit une offre dans le délai imparti à cette fin :

- Offre de la S.P.R.L. CEMRE;
- Offre de la S.P.R.L. ACTION GLOBAL SERVICES;
- Offre de la S.A. ATI;
- Offre de la S.A. ACTIVA;
- Offre de la S.A. ATALIAN CLEANING SERVICES;
- Offre de la S.P.R.L. BELUX CLEANING;
- Offre de la S.A. CLEAN EXPRESS POTY;
- Offre de la S.P.R.L. ENERGIE SERVICE CONTRACT;
- Offre de la S.A. EUROCLEAN;
- Offre de la S.A. GESTANET;
- Offre de la S.A. GOM;
- Offre de la S.A. JETTE CLEAN;
- Offre de la S.A. KÖSE CLEANING;
- Offre de la S.A. MISANET;
- Offre de la S.P.R.L. M.Y. CLEAN;

III. 6. Le 12 mars 2013, Peter PAUWELS, directeur Finances, ICT & Logistique de la partie adverse, a décidé d'attribuer le marché litigieux à la société CEMRE, dont l'offre était considérée comme étant la plus intéressante au regard des critères d'attribution. Cette décision fut annulée et remplacée par une décision du 19 mars 2013, également prise par Peter PAUWELS et attribuant toujours le marché à la société CEMRE. Ces décisions, qui constituent les deux actes attaqués par le présent recours, déclaraient, par ailleurs, irrégulière l'offre de la requérante, pour les motifs suivants:

" En page 56 de son offre, le soumissionnaire indique une permanence entre 9h00 et 15h30 alors que le cahier spécial des charges indique que la permanence a lieu entre 9h30 et 15h00.

L'article 110, § 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996 prévoit la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges telles celles énumérées à l'article 89 du même arrêté (les prix, les délais et les conditions techniques).

Le cahier spécial des charges dictait le contenu des prescriptions techniques comme essentiel.

En ce sens, le soumissionnaire déroge à une prescription essentielle du cahier spécial des charges. Son offre est donc entachée d'une irrégularité substantielle et est écartée de la participation au marché sur base de l'article 110, § 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996".

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 11 avril 2013, la société privée à responsabilité limitée CEMRE demande à intervenir dans la présente procédure en référé d'extrême urgence.

Cette société étant l'attributaire du marché contesté, elle a un intérêt suffisant à se porter partie intervenante. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation des articles 33 et 105 de la Constitution, de la violation de l'article 6, alinéas 2 et 3 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et des services, de la violation de l'article 23, § 3 de la loi du 21 décembre 1998 portant création de la "Coopération technique belge" sous la forme d'une société de droit public, de la violation des articles 6 et 9 de l'arrêté royal du 14 octobre 1996 relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière d'octroi de concessions de travaux publics au niveau fédéral et de l'incompétence de l'auteur de l'acte, en ce que les actes attaqués sont signés et probablement adoptés par Peter PAUWELS, directeur Finances, I.C.T. et Logistique, alors qu'il n'apparaît pas que l'auteur de l'acte était valablement habilité à attribuer le marché et à écarter les offres des soumissionnaires non sélectionnés, en raison de leur prétendue irrégularité. Elle le développe dans les termes suivants :

- " 13. Selon l'article 33 de la Constitution les pouvoirs sont exercés de la manière établie par la Constitution. L'article 105 de la Constitution précise que le Roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent la Constitution et les lois particulières portées en vertu de celle-ci. Cette disposition qui vise le Roi est applicable mutatis mutandis à toutes les autorités administratives (M. LEROY, Contentieux administratif, ULB, Anthémis, Limal, 2011, p. 379).

En l'espèce, en vertu de l'article 6, alinéas 2 et 3 de la loi du 24 décembre 1993 précitée :

«Pour les autres personnes de droit public que celles visées à l'alinéa 1^{er}, les pouvoirs attribués au ministre pour la passation et l'exécution des marchés visés audit alinéa sont exercés par les autorités et organes compétents, en vertu des dispositions d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'une disposition réglementaire ou statutaire les régissant.

Les pouvoirs conférés en vertu des alinéas 1^{er} et 2 du présent article peuvent, pour les autorités et organes compétents visés auxdits alinéas et relevant de l'Etat, être délégués dans les limites fixées par le Roi, sauf lorsqu'une disposition légale particulière règle cette délégation».

L'article 6 de l'arrêté royal du 14 octobre 1996 relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière d'octroi de concessions de travaux publics au niveau fédéral dispose que «sans préjudice de dispositions légales ou réglementaires particulières, chaque autorité compétente peut, en matière de marchés publics et de concessions de travaux publics, déléguer ses pouvoirs aux titulaires de fonctions qu'elle désigne, dans les limites fixées par le présent chapitre».

L'article 9 de l'arrêté royal précité précise encore que «le pouvoir d'attribuer des marchés peut être délégué pour ceux dont le montant n'excède pas, hors taxe sur la valeur ajoutée, une limite fixée par l'arrêté de délégation ou par une décision équivalente de l'autorité compétente».

Conformément à l'article 23, § 3, de la loi du 21 décembre 1998 portant création de la «Coopération technique belge» sous la forme d'une société de droit public, «les marchés de travaux, de fournitures et de services sont passés par ou en vertu d'une décision du Conseil d'administration. Le Conseil d'administration détermine les marchés qui relèvent de la seule compétence du délégué à la gestion journalière ou des membres du Comité de direction auxquels celui-ci l'a déléguée».

En l'espèce, il appartenait donc au conseil d'administration – ou éventuellement au délégué à la gestion journalière moyennant délégation – d'adopter les actes attaqués. Or, il résulte des pièces connues de la partie requérante que la décision d'écarter des offres prétendument irrégulières et d'attribuer le marché a été adoptée par un directeur de la partie adverse.

14. Il appartient dès lors à la partie adverse de démontrer que le fonctionnaire ayant adopté l'acte attaqué disposait bien d'une délégation de compétence régulière pour ce faire. La partie requérante se réserve le droit de formuler des observations complémentaires quant au premier moyen, au regard des pièces qui seront jointes au dossier administratif déposé par la partie adverse.

Le premier moyen est sérieux."

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

- " - A titre principal : le moyen est irrecevable

12. Force est de constater que le moyen est irrecevable, à défaut d'intérêt dans le chef de la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES.

Il faut que la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES ait un intérêt aux moyens qu'elle invoque. Cela veut dire qu'il faut examiner si oui ou non cette société bénéficie d'un avantage si le moyen qu'elle invoque est déclaré fondé (ou sérieux dans le cadre d'une procédure en suspension d'extrême urgence).

Il faut donc examiner quel avantage la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES obtient si son moyen est déclaré fondé ou sérieux, en d'autres termes si l'irrégularité dénoncée n'avait pas été commise.

A cet égard, il convient d'observer que la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES se plaint d'une irrégularité d'ordre procédural, notamment le fait que la décision d'attribution n'aurait pas été signée par la bonne personne, c'est-à-dire par une personne compétente pour ce faire.

Cependant, l'offre de la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES était de toute façon irrégulière. En d'autres termes, même si la décision d'attribution avait été signée et donc prise par une autorité compétente – à supposer qu'elle n'ait pas été prise par une autorité compétente, quod certissime non – le résultat aurait été pareil pour la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES : son offre devait être écartée en raison d'une irrégularité substantielle constatée par le pouvoir adjudicateur (voir infra concernant le deuxième moyen).

A cet égard, la doctrine observe que

«De Raad verwierpt een middel bij gebrek aan belang, wanneer blijkt dat, in het geval de overheid de door de verzoeker aangeklaagde onregelmatigheid niet zou hebben begaan, de overheid tot dezelfde beslissing als de bestreden beslissing zou zijn gekomen, zodat de aangeklaagde onregelmatigheid geen invloed heeft gehad op de bestreden beslissing en dienvolgens geen nadeel heeft berokkend aan de verzoeker.»

Traduction libre :

«Le Conseil rejette un moyen à défaut d'intérêt, lorsqu'il apparaît que, dans le cas où l'autorité n'avait pas commis l'irrégularité dénoncée par le requérant, l'autorité aurait pris la même décision que la décision attaquée, de sorte que l'irrégularité dénoncée n'a pas eu d'influence sur la décision attaquée et n'a pas causé de préjudice dans le chef du requérant.»

[A. WIRTGEN, RAAD VAN STATE, I. afdeling administratie 3. Middelen en het ambtshalve aanvoeren van middelen in het bijzonder, Brugge, die Keure, 2004, p. 59; traduction libre]

Dans le cas d'espèce, il est clair que l'irrégularité dénoncée par la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES n'a eu aucune influence sur la décision d'attribution ni sur la décision de considérer l'offre de cette dernière irrégulière en raison d'une dérogation aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges.

Par conséquent, le moyen est, à défaut d'intérêt dans le chef de la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES, irrecevable.

- A titre subsidiaire : le moyen n'est pas sérieux

13. Même si votre Conseil considérait le moyen actuellement commenté comme recevable – quod certe non – il faut remarquer que ce moyen n'a pas été formulé en pleine connaissance de cause.

En effet, monsieur PAUWELS bénéficie bel et bien d'un mandat afin de prendre la décision attaquée. La CTB renvoie à la pièce n° 21 du dossier administratif.

Il s'agit d'une décision du Conseil d'administration du 28 février 2005 par laquelle la compétence d'attribuer des marchés publics fut, entre autres, déléguée à monsieur PAUWELS.

Il n'est donc point question d'une quelconque incompétence en son chef de sorte que le moyen invoqué par la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES manque en fait et n'est donc pas sérieux."

L'intervenante déclare s'en référer aux explications apportées par la partie adverse, ainsi qu'à la sagesse du Conseil d'Etat.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

La compétence de Peter PAUWELS pour prendre les actes attaqués résulterait, selon la partie adverse, d'une délégation qui lui a été consentie par une décision prise par le conseil d'administration le 28 février 2005.

Le document produit, exclusivement en version néerlandaise, à l'appui de la note d'observations n'est toutefois ni daté, ni signé. De plus, il présente davantage les apparences d'un projet de délibération, et non d'une décision définitive, ainsi qu'en témoignent, pour certaines des délégations consenties, les mentions "Aan te vullen met de namen van alle Plaatselijke Vertegenwoordigers" et "namen van de twee boekhouders, voorwerp van de beslissing van 28/10". Un tel document ne permet pas d'attester la réalité de la délégation de pouvoirs dont la partie adverse entend se prévaloir.

Par ailleurs, et à supposer que cette délégation existe bien et ait été régulièrement accordée, encore fallait-il que les actes attaqués fussent – conformément aux termes du document produit par la partie adverse – contresignés par un autre membre du comité de direction ou par un membre du conseil d'administration. Tel n'est manifestement pas le cas.

Enfin, si l'on considère que la délégation utile en l'espèce est celle qui est accordée pour l'attribution des marchés publics dont le montant estimé, hors T.V.A., ne dépasse pas 67.000 euros, il s'impose de relever qu'aucune estimation du montant du marché litigieux, arrêtée avant le lancement de la procédure d'attribution, n'a été versée au dossier administratif par la partie adverse.

Il suit de ces considérations que le moyen qui dénonce l'incompétence de l'auteur des actes attaqués doit être déclaré sérieux.

VI. DEUXIEME MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un deuxième moyen, pris de la violation des articles 16, 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et des services, de la violation des articles 89, 110 et 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de la violation du cahier spécial des charges, de la violation du principe général de bonne administration, de l'obligation de motivation matérielle, du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit et de l'erreur manifeste d'appréciation, en ce que l'acte attaqué ne retient pas l'offre de la partie requérante, pour un prétendu motif d'irrégularité, et attribue le marché à un autre soumissionnaire, alors que seules des irrégularités substantielles peuvent justifier l'écartement d'une offre. Elle le développe dans les termes suivants:

- " 16. Selon l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, lorsque, en appel d'offres, l'autorité compétente décide d'attribuer le marché, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus intéressante.

En l'espèce, la partie adverse a écarté l'offre de la partie requérante en raison de son caractère prétendument irrégulier.

La décision du pouvoir adjudicateur d'écarter une offre pour un motif d'irrégularité doit, conformément à l'article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 et aux articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, faire l'objet d'une motivation formelle particulière indiquant «les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction».

La régularité d'une offre doit être appréciée sur la base de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 dont le paragraphe 2 précise que «sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité».

A propos de l'appréciation du caractère essentiel d'une prescription du cahier spécial des charges, votre Conseil a rappelé que «selon l'article 110, §§ 1^{er} et 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, l'attribution du marché s'opère sur la base du ou des critères d'attribution, après vérification de l'aptitude des soumissionnaires ou des candidats non exclus, sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89. La qualification d'essentielles à propos de prescriptions du cahier spécial des charges avec la conséquence extrême qui en résulte, c'est-à-dire, l'exclusion de l'offre de la procédure d'attribution, doit

se comprendre raisonnablement» (C.E., arrêt n° 211.064 du 7 février 2011, s.a. Xerox).

Si le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge d'appréciation pour qualifier une irrégularité de substantielle, il ne peut toutefois commettre une erreur manifeste d'appréciation.

La doctrine souligne à cet égard que :

«Quelle qu'en soit l'origine, seules les irrégularités substantielles peuvent entraîner l'éviction d'une offre déposée.

Le concept d'irrégularité substantielle n'est pas défini dans l'arrêté royal.

Pour déterminer si une irrégularité est ou non substantielle, on peut cependant se référer aux principes et critères suivants qui ont été déterminés tant par la doctrine que par la jurisprudence du Conseil d'Etat :

- a) L'incidence de cette irrégularité sur le principe d'égalité des soumissionnaires : est-elle susceptible de créer une discrimination et d'avantager ou de désavantager un concurrent ?
- b) Son incidence sur la décision finale, c'est-à-dire sur le classement des offres : modifie-t-elle ou non ce classement ?
- c) Son incidence sur la comparaison des offres : rend-t-elle impossible ou non la comparaison effective des offres ?
- d) Le caractère fondamental ou non de la prescription du cahier spécial des charges qui n'est pas respecté.
- e) L'intention de l'auteur du cahier spécial des charges, en particulier lorsqu'il y a été mentionné une disposition instaurant explicitement une sanction de nullité» (J. Noël (dir.), Les marchés publics – Droits belge et européen – Principes et applications, Gerpinne, E. Quorum, 2001, Tome 1, pp. 509-510).

En jugeant l'offre de la partie requérante irrégulière, la partie adverse a violé les principes et dispositions visés à l'appui du moyen. Il convient, en effet, de constater que l'élément relevé par la partie adverse ne constitue pas une irrégularité et ne déroge à aucun élément essentiel du cahier spécial des charges.

17. L'acte attaqué est motivé comme suit :

«En page 56 de son offre, le soumissionnaire indique une permanence entre 9h00 et 15h30 alors que le cahier spécial des charges indique que la permanence a lieu entre 9h30 et 15h00.

L'article 110, § 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996 prévoit la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges telles celles énumérées à l'article 89 du même arrêté (les prix, les délais et les conditions techniques).

Le cahier spécial des charges dictait le contenu des prescriptions techniques comme essentiel.

En ce sens, le soumissionnaire déroge à une prescription essentielle du cahier spécial des charges. Son offre est donc entachée d'une irrégularité substantielle et est écartée de la participation au marché sur base de l'article 110, § 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996».

Dans son offre, la partie requérante a, parmi les documents relatifs aux critères d'attribution, proposé une méthodologie de nettoyage dans un document intitulé «Organisation/plan nettoyage/communication et méthodologie». Dans ce document, figurait notamment une section 2.2. relative à la structure de l'équipe proposée. La partie requérante entendait ainsi proposer une projection du nombre d'agents qui seraient affectés aux différentes tâches de nettoyage (rez-de-chaussée, entretien des sous-sols, nettoyage des bureaux, des kitchenettes, etc.).

Parmi ces différents postes, la partie requérante proposait, dans son offre, de mettre à la disposition de la partie adverse un agent de 9h à 15h30 et le vendredi jusqu'à 15h pour assurer une permanence. Concrètement, cet agent serait disponible pour effectuer des travaux d'entretien ponctuels lorsque le besoin s'en ferait ressentir.

L'offre de la partie requérante serait entachée d'une irrégularité en ce qu'elle proposerait une permanence entre 9h et 15h30 alors que les prescriptions techniques du cahier spécial des charges – qui auraient un caractère essentiel – exigeraient une permanence entre 9h30 et 15h.

18. Il convient d'abord de noter que le motif invoqué par la partie adverse manque en fait. La partie adverse se méprend sur la portée des exigences du cahier spécial des charges.

Pour rappel, le cahier spécial des charges fixait les horaires des prestations d'entretien comme suit :

- Du lundi au jeudi : entre 6h30 à 19h
- Le vendredi : entre 6h30 et 14h30 et entre 15h et 19h.

Il s'agit de fixer de manière générale, les horaires pendant lesquels l'entretien peut être effectué. Il n'y a aucune particularité en ce qui concerne les prestations de permanence. Contrairement à ce que laisse entendre la motivation du premier acte attaqué, ce poste relatif à la permanence n'est donc pas organisé par le cahier spécial des charges qui mentionne uniquement les horaires généraux d'entretien.

Ces horaires ne sont aucunement en contradiction avec ceux proposés pour la permanence par le pouvoir adjudicateur dans la mesure où l'horaire proposé dans le cahier spécial des charges commence à 6h30 et non à 9h30 comme l'acte attaqué le mentionne. De la même façon, cet horaire ne prend pas fin à 15h mais à 19h. On ne perçoit dès lors pas en quoi cet horaire particulier proposé pour la permanence ne serait pas compatible avec l'horaire général proposé par le cahier spécial des charges.

On ne perçoit donc pas dans quelle mesure l'offre de la partie requérante serait, sur ce point, contraire à une prescription essentielle du cahier spécial des charges.

Pour ce motif déjà, le deuxième moyen est sérieux.

19. De plus, la partie adverse se méprend également en droit en ce qu'elle affirme que l'horaire proposé constituerait une prescription essentielle du cahier spécial des charges.

En effet, même s'il fallait suivre la motivation de fait exprimée par la partie adverse – contraire aux prescriptions du cahier spécial des charges – il y a lieu de noter que la partie requérante aurait alors proposé des horaires de permanence plus larges que ceux prévus sans aucune influence sur le prix total de son offre.

On relèvera également que le plan de nettoyage peut, conformément au cahier spécial des charges, être modifié par le pouvoir adjudicateur. Cela démontre qu'il ne s'agit pas d'un élément essentiel puisqu'il appartient aux soumissionnaires de

proposer un plan de nettoyage – qui peut d’ailleurs être déposé après l’attribution du contrat – qui pourra être revu par le pouvoir adjudicateur.

20. Il résulte de ces éléments que la partie adverse a commis une erreur manifeste d’appréciation en considérant que la partie requérante a commis une erreur substantielle en proposant des horaires de permanence qui ne correspondaient pas aux horaires prévus par le cahier spécial des charges.

21. La partie adverse a, par ailleurs et en toute hypothèse, manqué à son obligation de motivation formelle de sa décision qui découle des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et plus particulièrement de l’article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993.

En effet, l’acte attaqué fait mention de l’irrégularité commise mais n’expose nullement les raisons pour lesquels un tel élément justifie l’écartement de l’offre de la partie requérante. En d’autres termes, le caractère substantiel de l’irrégularité qui justifie la décision du pouvoir adjudicateur ne fait l’objet d’aucune motivation particulière. Cette irrégularité est d’autant plus grave que le libellé du cahier spécial des charges relatif aux horaires des entretiens ne laisse pas apparaître l’exigence telle que la partie adverse semble l’interpréter dans l’acte attaqué.

La partie requérante est donc dans l’impossibilité de connaître les raisons pour lesquelles le simple fait de proposer un horaire de permanence rend son offre totalement irrégulière."

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir ce qui suit, après avoir rappelé les termes de plusieurs dispositions dont la requérante invoque la violation :

" 19. Premièrement, il convient d’observer que la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES invoque une violation de l’article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ainsi que de l’article 115 de l’AR du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, sans démontrer en quoi le choix opéré par la CTB parmi les offres qui lui étaient soumises est vicié par une erreur quelconque.

En effet, la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES se contente d’invoquer la violation de l’article 16 sans livrer la preuve que l’offre du soumissionnaire retenu (CEMRE) n’était pas l’offre la mieux disante eu égard aux différents critères d’attribution tels qu’énumérés dans le cahier spécial des charges.

En ce qu’il vise la violation de l’article 16 de la loi du 24 décembre 1993 ainsi que de l’article 115 de l’AR du 8 janvier 1996, le moyen ne peut dès lors être qualifié de sérieux.

20. Deuxièmement, la CTB tient à observer qu’il n’y a pas non plus de violation des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

En effet, la CTB a bel et bien pris une décision motivée en attribuant le marché. A cet égard, elle renvoie aux pièces n^{os} 15 et 16 du dossier administratif. Il s’agit de deux décisions d’attribution qui ont été adoptées par la CTB respectivement en date du 12 et du 19 mars 2013.

En ce qui concerne l’article 65/5 de la loi susmentionnée, la CTB renvoie également aux pièces n^{os} 15 et 16 du dossier administratif. Le Conseil d’Etat pourra constater que la décision d’attribution du 12 mars 2013 ainsi que celle du 19 mars

2013 mentionnent bel et bien les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction.

Plus précisément, en ce qui concerne l'offre de la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES, la décision d'attribution comporte la motivation suivante :

«En page 56 de son offre, le soumissionnaire indique une permanence entre 9h00 et 15h30 alors que le cahier spécial des charges indique que la permanence a lieu entre 9h30 et 15h00.

L'article 110, § 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996 prévoit la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges telles celles énumérées à l'article 89 du même arrêté (les prix, les délais et les conditions techniques).

Le cahier spécial des charges dictait le contenu des prescriptions techniques comme essentiel.

En ce sens, le soumissionnaire déroge à une prescription essentielle du cahier spécial des charges. Son offre est donc entachée d'une irrégularité substantielle et est écartée de la participation au marché sur base de l'article 110, § 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996.»

Il ne peut être contesté qu'il s'agit là d'une motivation tout à fait correcte évoquant tant les motifs de droit que de fait concernant l'écartement de l'offre de la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES. Ces motifs ont trait à la non-équivalence de la solution proposée par ce soumissionnaire par rapport aux spécifications techniques et/ou aux performances et exigences fonctionnelles prévues par le cahier spécial des charges.

Un extrait de ces décisions d'attribution du 12 et du 19 mars 2013 fut envoyé à la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES en date du 13 mars 2013 [...].

Il est donc tout à fait étonnant que la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES prétend que «l'acte attaqué fait mention de l'irrégularité commise mais n'expose nullement les raisons pour lesquels un tel élément justifie l'écartement de l'offre de la partie requérante».

C'est pourtant très clair. Il suffit de lire le passage cité supra. L'offre ne respecte pas les clauses techniques du cahier spécial des charges. Or, ces prescriptions techniques avaient été indiquées comme étant essentielles. Par voie de conséquence et eu égard notamment à l'article 110, § 2, de l'AR du 8 janvier 1996, le pouvoir adjudicateur, la CTB, ne disposait d'aucune marge de manœuvre : elle devait écarter l'offre de la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES en raison d'une irrégularité substantielle.

Prétendre que les articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 lus en combinaison avec les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 ont été violés, n'a donc tout simplement pas de sens.

La SPRL ACTION GLOBAL SERVICES ne peut nier qu'elle a bien été mise au courant de la motivation formelle telle que reprise dans l'acte (ou les actes) attaqué(s). A cet égard, il convient de souligner la ratio legis de l'obligation de motivation formelle telle qu'instaurée par la loi du 29 juillet 1991. Il s'agit de permettre au soumissionnaire évincé de contester la décision d'attribution, ou ici, la décision qui déclare son offre irrégulière, en connaissance de cause. La SPRL ACTION GLOBAL SERVICES émet des critiques sur les motifs de la décision de considérer son offre irrégulière. La jurisprudence est très claire à ce niveau :

«La partie requérante ne démontre pas pourquoi elle s'est trouvée dans l'impossibilité, sur la base de la décision contestée et du rapport d'adjudication, dont elle a eu connaissance en tout cas avant le dépôt de la requête, de contester en connaissance de cause la décision d'attribution. Le contraire ressort de la requête même, dans laquelle cette évaluation et les motifs sont également contestés de manière exhaustive sur le plan du contenu. Pour ces raisons uniquement, il semble qu'il est déjà satisfait à l'obligation de motivation formelle, à tout le moins à la ratio legis de celle-ci. (Art. 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et art. 65/4, 5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services).»

[CE, 24 janvier 2012, n° 217.533 ; [...]]

Comme il sera démontré infra, la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES émet des critiques sur les motifs de la décision attaquée. Elle avoue donc elle-même connaître les motifs de la décision attaquée.

Pour cette raison, le moyen, en ce qu'il dénonce une violation des dispositions précitées, ne peut être qualifié de sérieux.

21. Troisièmement, la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES dénonce une prétendue violation des articles 89 et 110, § 2, de l'AR du 8 janvier 1996. Pour rappel, l'article 110, § 2, prévoit que toute offre affectée d'une irrégularité substantielle, c'est-à-dire toute offre qui déroge aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, doit être écartée par le pouvoir adjudicateur. Pour savoir quelles sont les prescriptions essentielles d'un cahier spécial des charges, il est renvoyé à l'article 89 du même AR qui précise que les prix, les délais et les conditions techniques sont des prescriptions essentielles du marché.

Dans le cas d'espèce, il ne peut être sérieusement contesté que l'exigence d'un certain horaire pour la prestation des services d'entretien et de nettoyage constitue bel et bien une condition technique du marché.

Une condition ou une spécification technique peut être définie comme

«une spécification figurant dans un document définissant les caractéristiques requises d'un produit ou d'un service, telles que les niveaux de qualité, les niveaux de la performance environnementale, la conception pour tous les usages, y compris l'accès aux personnes handicapées, et l'évaluation de la conformité, de la propriété d'emploi, de l'utilisation du produit, sa sécurité ou ses dimensions, y compris les prescriptions applicables au produit en ce qui concerne la dénomination de vente, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essais, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, les instructions d'utilisation, les processus et méthodes de production, ainsi que les procédures d'évaluation de la conformité».

[Article 82bis de l'AR du 8 janvier 1996]

Il ne fait aucun doute que la clause litigieuse, qui impose l'exécution d'un certain nombre de tâches à des moments bien spécifiques (6h30 – 9h30; 9h30 – 15h00; 15h – 19h00), fait partie des clauses d'ordre technique qui caractérisent et définissent le service dont le pouvoir adjudicateur a besoin.

Les conditions techniques d'un marché public doivent toujours être considérées comme des dispositions essentielles du cahier spécial des charges. Cette analyse est confirmée tant par la jurisprudence des cours et tribunaux que par la jurisprudence de votre Conseil :

«Le pouvoir adjudicateur ne dispose pas d'une compétence discrétionnaire s'agissant des dérogations par rapport aux spécifications techniques du cahier spécial des charges. De telles dérogations entraînent toujours l'obligation de rejeter l'offre comme nulle: il s'agit d'irrégularités essentielles.»

[Civ. Bruxelles, 28 mai 2010, MCP 2011, liv. 4, 496; [...]]

«L'art. 110, § 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, fait une distinction entre les cas dans lesquels les soumissions sont nulles - ce sont les cas d'irrégularités substantielles - parce qu'elles dérogent aux dispositions principales du cahier des charges, entre autres celles relatives aux prix, aux délais et aux conditions techniques, et les cas de nullité relative - les irrégularités relatives - pour lesquels les autorités ont la possibilité de considérer les soumissions comme nulles. La question de savoir si une disposition du cahier des charges est essentielle ou non (à savoir importante à tel point que tout écart par rapport à celle-ci doit inévitablement avoir pour conséquence qu'il ne peut plus être tenu compte de l'offre concernée) doit par conséquent être examinée concrètement et en tous les cas individuellement à la lumière du dossier. Il revient en premier lieu au pouvoir adjudicateur de déterminer si la dérogation concerne ou non une disposition essentielle du cahier des charges. Dans le cas où une offre est substantiellement irrégulière, car elle contient une dérogation à une disposition essentielle du cahier des charges, le pouvoir adjudicateur doit par conséquent ignorer cette offre. Il ne dispose pas, en effet, dans ce cas d'un pouvoir discrétionnaire. Si l'offre ne contient par contre que des irrégularités relatives, le pouvoir adjudicateur est libre de considérer l'offre comme irrégulière ou non, tout en tenant compte du fait que ce pouvoir d'appréciation doit toujours être exercé à la lumière des données concrètes disponibles. Dans les deux cas, la décision doit être basée sur des motifs acceptables qui découlent d'une enquête approfondie.»

[CE, 22 janvier 2008, n° 178.804; [...]]

En outre, et contrairement à ce que prétend la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES, le cahier spécial des charges était très explicite et clair à ce niveau : les conditions techniques étaient à considérer comme des prescriptions essentielles du cahier spécial des charges et toute dérogation à ces conditions entraînerait la nullité et donc l'écartement de l'offre.

En effet, la clause litigieuse concernant les plages horaires à respecter est précédée de la précision suivante (à la page 22 du cahier spécial des charges) :

«Tous les éléments ainsi que les accessoires, et de manière générale ce qui est mis en œuvre par l'adjudicataire dans le cadre de ce marché, doivent répondre aux prescriptions techniques qui sont reprises ci-après.

Par son offre, le soumissionnaire retenu s'engage à réaliser les prestations en conformité avec ces dispositions.»

[...]

En outre, concernant la régularité des offres, le cahier spécial des charges est tout aussi clair [...] :

«Avant de procéder à l'évaluation et à la comparaison des offres, le pouvoir adjudicateur examine si l'offre ne présente pas de vices formels ou matériels qui pourraient perturber ou empêcher cette évaluation.

Dans un appel d'offres, les offres doivent être établies de manière telle que le pouvoir adjudicateur puisse faire son choix sans entrer en négociation avec le

soumissionnaire. Pour cette raison, et afin de pouvoir juger les offres sur un pied d'égalité, il est fondamental que les offres soient entièrement conformes aux dispositions du CSC, tant au plan formel que matériel.

Les offres qui contiennent une réserve au CSC, qui contiennent des erreurs formelles (p. ex. qui ne sont pas signées) ou qui sont incomplètes, imprécises ou équivoques, ou qui contiennent des éléments qui ne correspondent pas à la réalité, peuvent être rejetées de la procédure.

Lorsque l'irrégularité est substantielle, c.-à-d. lorsque la non-conformité porte sur une disposition essentielle et/ou met en danger de manière définitive la comparaison objective des offres, l'offre est écartée automatiquement. Dans les autres cas, le pouvoir adjudicateur décide librement et à la lumière des circonstances, en tenant compte toutefois de l'égalité de traitement des soumissionnaires, quelles offres non conformes sont écartées.»

[...]

Il ne subsiste donc aucun doute quant à la sanction réservée aux offres qui ne respectent pas les clauses techniques concernant l'exécution du marché dont question. Elles sont écartées d'office par le pouvoir adjudicateur, en l'occurrence par la CTB.

La CTB ne comprend dès lors pas l'attitude de la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES qui estime pouvoir prétendre qu'il s'agirait d'une prescription non-essentielle du cahier spécial des charges qui n'entraîne, en cas de dérogation, qu'une nullité relative de l'offre.

Il est donc prouvé et établi qu'il s'agit d'une prescription essentielle du cahier spécial des charges. Ceci semble d'ailleurs logique. En effet, les services de nettoyage ne peuvent commencer qu'à une certaine heure (6h30) en raison du fait que les portes de la CTB ne s'ouvrent qu'à cette heure-là. De même, le soir, il est important que la clause susmentionnée et donc la plage horaire jusqu'à 19h soit respectée, vu qu'après cette heure, il n'y a plus personne à la CTB. Il est donc aisé de comprendre qu'il s'agit d'une prescription qui était, aux yeux du pouvoir adjudicateur, essentielle.

Au sein de la CTB une seule et même personne est chargée :

- de coordonner les tâches liées à l'entretien des bureaux, comprises entre 6h30 et 9h30;
- de coordonner les tâches liées à la préparation des salles de réunion et à leur suivi (+ entretien en journée des cuisines), comprises entre 9h30 et 15h00.

Il n'est donc pas possible pour cette même personne de coordonner à la fois les tâches comprises entre 6h30 et 9h30 et celles comprises entre 9h30 et 15h00 (conséquence du déplacement des plages horaires fixées dans le cahier spécial des charges tel que proposé par la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES : voir infra).

En outre, la CTB ne dispose pas d'un système de contrôle du temps de présence (pas de pointage - voir page 24 du cahier spécial des charges : «Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de définir le mode d'enregistrement des présences du personnel mis à disposition par l'adjudicataire sur le chantier»). C'est la personne qui coordonne le nettoyage au sein de la CTB qui vérifie également les arrivées et départs du personnel de nettoyage.

Le déplacement des plages horaires, tel que proposé dans son offre par la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES, empêcherait le contrôle des présences du personnel de nettoyage par le coordinateur de la CTB.

Il est donc primordial que les horaires pour l'exécution des différentes tâches soient scrupuleusement respectés par les soumissionnaires et la CTB n'a donc pas du tout commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant la clause litigieuse comme une clause essentielle du cahier spécial des charges.

L'affirmation de la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES selon laquelle il n'y a même pas de dérogation à la clause concernant les horaires à respecter, est dénuée de tout fondement.

Les choses sont claires : certaines tâches doivent être effectuées entre 6h30 et 9h30, d'autres entre 9h30 et 15h00 et encore d'autres entre 15h00 et 19h00. Il est important de souligner que le non-respect de ces plages horaires occasionne de sérieux inconvénients pour la CTB de sorte que le respect de cette clause est fondamental aux yeux du pouvoir adjudicateur.

En proposant une permanence de 9h00 à 15h30 (sauf le vendredi jusque 15h00), la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES ne respecte pas les horaires pourtant imposés sous peine de nullité de l'offre par la CTB.

Prétendre le contraire est tout simplement absurde.

Il n'est donc pas question d'une violation des dispositions légales citées supra. La CTB a, au contraire, appliqué soigneusement ces dispositions et ce conformément à la jurisprudence citée ci-dessus. Elle devait écarter l'offre de la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES en raison d'une irrégularité substantielle.

Le moyen, en ce qu'il vise une violation des articles 89 et 110, § 2, de l'AR du 8 janvier 1996, n'est pas sérieux.

22. Quatrièmement, la CTB constate que la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES invoque toute une série de principes, dont le principe général de bonne administration ainsi que le principe de la motivation matérielle.

Il va de soi que, vu ce qui précède, il n'y a pas non plus de violation de ces principes qui ne sont même pas développés par la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES.

Au contraire, la CTB s'est comportée comme le ferait toute administration soucieuse de la bonne application des règles de droit en vigueur en la matière.

Aussi, le principe de la motivation matérielle n'est pas violé. Il a été démontré supra que la décision d'écarter l'offre de la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES repose sur des motifs exacts et acceptables tant en fait qu'en droit.

Le moyen n'est donc pas sérieux."

Dans sa requête, l'intervenante s'exprime dans les termes suivants :

- " -1- Dans la décision motivée d'attribution du marché, l'offre de la société Action Global Services a été déclarée irrégulière au motif que le soumissionnaire a prévu, en page 56 de son offre, une permanence entre 9h et 15h30 alors que le cahier de charges indiquait que la permanence a lieu entre 9h30 et 15h.

Cette irrégularité a été estimée substantielle par le pouvoir adjudicateur, à juste titre, car dérogeant à une prescription essentielle du cahier spécial des charges. L'offre de la partie requérante a dès lors été écartée de la participation au marché sur la base de l'article 110, § 2 de l'AR du 8 janvier 1996.

- 2- Dans le cahier spécial des charges, il est stipulé les points suivants :

Page 8 : point 1.2.5 : «Les variantes sont interdites»

point 1.2.5 : «Il s'agit d'un marché mixte, c'est-à-dire un marché composé de quantités forfaitaires et de quantités présumées»

Ainsi, dans l'offre, il était demandé de donner un prix pour des données connues et définies à l'avance :

- * 300 heures de prestations complémentaires
- * prévoir une permanence du lundi au jeudi de 9h30 à 15 h et de 15h à 19h et le vendredi de 9h30 à 14h30 et de 15h à 19h
- * Prestations hors permanence entre 6h30 et 9h30

Le cahier spécial des charges laissait aux candidats une possibilité de remettre un prix et des heures variables pour des prestations qui doivent avoir lieu entre 6h30 et 9h30 mais avec un nombre de travailleurs et un total d'heures qui pouvait varier d'un soumissionnaire à l'autre, d'où l'attribution de 15 % pour le soumissionnaire qui remettrait le nombre d'heures le plus élevé.

Le cahier spécial des charges exigeait de remettre prix pour des travaux quotidiens, pour des travaux hebdomadaires, des travaux mensuels, des travaux trimestriels, des travaux annuels et un prix pour 300 heures de prestations complémentaires

Page 23 point 4. Les horaires des prestations sont déterminés de la sorte :

«L'entretien se fera durant tous les jours ouvrables soit du lundi au vendredi entre 6h30 et 9h30, entre 9h30 et 15h – le vendredi entre 9h30 et 14h30- et entre 15h et 19h»

Mais dans ce même point, on indique clairement que «les locaux doivent être nettoyés conformément au détail des tâches fourni en annexe». Il y a donc lieu de s'en référer à la description des tâches qui devait être complétée par les soumissionnaires et qui fait partie intégrante du cahier spécial des charges.

Si l'on regarde le contenu de la description des tâches faisant partie intégrante du cahier spécial des charges, il est clairement indiqué que des prestations doivent être faites avant 9h30 (pg 1), avant 7h (pg 12), avant 8h30 (pg 14) etc... (On n'indique donc pas «entre 6h30 et 9h30» ou «entre 7h et 9h30», mais «avant 9h30» ou «avant 7h», ce qui prouve bien que chaque soumissionnaire est libre de proposer son propre timing pour l'exécution de ces tâches, dans une limite d'exécution prédéfinie.)

Par contre, pour les travaux «de permanence», la description des tâches indique bien une présence de 15h à 19h (pg 8), de 9h30 à 15h et le vendredi de 9h30 à 14h30 (pg17) etc ... Ici donc, le pouvoir adjudicateur impose une présence bien définie entre telle et telle heure.

Page 13 point 1.3.8.3 Les critères d'attribution du marché sont :

- * Le prix 70 %
- * Le nombre d'heures de prestations sur une base annuelle (52 semaines) 15 %
- * La qualité de la méthodologie et de l'organisation proposées pour ce marché y compris un plan de nettoyage 15 %

-3- La partie requérante soutient que le motif invoqué par la partie adverse pour déclarer son offre irrégulière manquerait en fait car il se méprendrait sur la portée des exigences du cahier spécial des charges. Pour la requérante, les horaires prévus dans le cahier spécial des charges seraient fixés «de manière générale. (...) il n'y a

aucune particularité en ce qui concerne les prestations de permanence. Contrairement à ce que laisse entendre la motivation du premier acte attaqué, ce poste relatif à la permanence n'est donc pas organisé par le cahier spécial des charges qui mentionne uniquement les horaires généraux d'entretien.»

Indépendamment d'une question de sémantique de peu d'intérêt quant à la dénomination «permanence», la partie requérante omet à l'évidence les précisions strictes reprises dans le descriptif des tâches, qui impose, en page 17 et suivantes, une permanence «de 9h30 à 15h00» et le vendredi «de 9h30 à 14h30». Loin d'être formulés «en termes généraux», ces horaires étaient tout au contraire fixes et non susceptibles d'être modifiés par un soumissionnaire. En remettant une offre avec un horaire de permanence entre 9h00 et 15h30, la partie requérante a modifié unilatéralement les exigences du cahier spécial des charges et remis en définitive une offre qui ne correspondait pas aux exigences contractuelles. Ce faisant, l'offre déposée par la partie requérante apparaît bien irrégulière sur un élément essentiel du cahier des charges.

Il ne peut être sérieusement mis en doute que l'exigence d'un horaire précis, incluant l'exécution de tâches précises à des moments bien déterminés, pour la prestation de services d'entretien et de nettoyage constitue une condition technique du marché au sens de l'article 89 de l'AR du 8 janvier 1996. Aucune dérogation n'est possible quant aux spécifications ou conditions techniques d'un marché et toute offre dérogeant à celles-ci est entachée d'une irrégularité substantielle. (voyez l'arrêt n° 195.590 du 20 août 2009, en cause NV Bouwbedrijf VMG-De Cock)

Surabondamment, le cahier spécial des charges a clairement averti les soumissionnaires à la page 22 : «Tous les éléments ainsi que les accessoires, et de manière générale ce qui est mis en œuvre par l'adjudicataire dans le cadre de ce marché, doivent répondre aux prescriptions techniques qui sont reprises ci-après. Par son offre, le soumissionnaire retenu s'engage à réaliser les prestations en conformité avec ces dispositions.»

Force est de constater que la partie requérante n'a pas respecté ce qui précède.

-5- La partie requérante rappelle qu'une irrégularité substantielle se vérifie notamment au regard de «L'incidence de cette irrégularité sur le principe d'égalité des soumissionnaires : est-elle susceptible de créer une discrimination et d'avantager ou de désavantager un concurrent ?» [...]

La réponse à cette question est assurément positive. En ne respectant pas une partie des heures de permanence définies strictement au cahier spécial de charges (à savoir de 9h30 à 15h soit 5h30 par jour) et en revoyant volontairement à la hausse les heures des prestations de la permanence de 9h à 15h, la partie requérante totalise 6h30 de prestations par jour alors que les heures de la permanence étaient prédéfinies à l'avance dans le cahier de charges soit 5h30 par jour.

En agissant de la sorte, tous les autres soumissionnaires (ayant tenu compte de l'imposition des heures de permanence) sont désavantagés par rapport à la partie requérante, laquelle n'a pas tenu compte de l'imposition du nombre d'heures, au regard du critère d'attribution prévu (15 % des points sont attribués au soumissionnaire qui remettra le plus d'heures).

La partie requérante rappelle encore qu'une irrégularité substantielle se vérifie notamment au regard de «son incidence sur la décision finale, c'est à dire sur le classement des offres : modifie-t-elle ou non son ce classement ?».

La réponse à cette question est à nouveau assurément positive puisque la partie requérante a renseigné dans son offre un total d'heures annuel faussé (à son

avantage), ce qui devait lui permettre d'obtenir ainsi plus de points pour le critère heures prestées annuellement que les autres soumissionnaires.

L'irrégularité constatée apparaît bien substantielle.

-6- En point 19 de son recours, la partie requérante indique que les horaires «proposés» par le pouvoir adjudicateur ne constitueraient pas une prescription essentielle du cahier spécial des charges, prenant pour appui de son affirmation le fait que le plan de nettoyage peut être modifié par le pouvoir adjudicateur, ce qui, selon la partie requérante «démontre qu'il ne s'agit pas d'un élément essentiel puisqu'il appartient aux soumissionnaires de proposer un plan de nettoyage – qui peut d'ailleurs être déposé après l'attribution du contrat- qui pourra être revu par le pouvoir adjudicateur».

A la page 23 point 4 du cahier de charges, il est indiqué que l'adjudicataire fournit «un plan de nettoyage détaillé au fonctionnaire dirigeant, le plus tôt possible et au plus tard le 15^{ème} jour calendrier du début de l'exécution du contrat. La CTB se réserve le droit de modifier le plan de nettoyage fourni par l'adjudicataire.»

Ainsi donc, un planning avec les dates d'exécution des travaux périodiques doit être remis (une fois par semaine, une fois par mois, une fois par trimestre, une fois par an etc.). Mais ce planning ne parle pas d'un nombre d'heures prestées mais bien de dates d'exécution.

La partie adverse mélange clairement deux aspects du cahier spécial des charges qui n'ont rien à voir l'un avec l'autre.

-7- De manière étonnante, la requérante invoque encore que la décision d'attribution ne respecterait pas les prescrits des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et plus particulièrement de l'article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993. Elle fait valoir que la motivation de l'acte n'explique pas «les raisons pour lesquelles un tel élément justifie l'écartement de l'offre de la partie requérante» et qu'elle serait «dans l'impossibilité de connaître les raisons pour lesquelles le simple fait de proposer un horaire de permanence rend son offre totalement irrégulière».

La décision d'attribution comporte la motivation suivante : «En page 56 de son offre, le soumissionnaire indique une permanence entre 9h00 et 15h30 alors que le cahier spécial des charges indique que la permanence a lieu entre 9h30 et 15h00. L'article 110, § 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996 prévoit la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges telles celles énumérées à l'article 89 du même arrêté (les prix, les délais et les conditions techniques). Le cahier spécial des charges dictait le contenu des prescriptions techniques comme essentiel. En ce sens, le soumissionnaire déroge à une prescription essentielle du cahier spécial des charges. Son offre est donc entachée d'une irrégularité substantielle et est écartée de la participation au marché sur base de l'article 110, § 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996.»

Cette motivation est on ne peut plus claire et limpide et permet assurément à la partie requérante de comprendre les motifs pour lesquels son offre est déclarée irrégulière. Il n'en faut pas davantage pour satisfaire aux dispositions invoquées au moyen. La meilleure preuve de ce que la partie requérante a bien compris la portée de cette motivation en est qu'elle critique aujourd'hui, de manière pour le moins structurée (à défaut d'être convaincante) celle-ci, estimant que son offre ne contient pas d'irrégularité manifeste...

-8- Dans l'exposé des motifs du projet appelé à devenir la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dont il doit être fait application

en l'espèce de l'article 65/15, le législateur a affirmé que «le maintien d'un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service public ont conduit à se limiter à trouver une issue pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et ne souffrent pas de délais de procédure plus longs» (Doc. parl., Ch., sess. 2009-2010, n° 52-2276/001, p. 31).

Dès lors, un moyen ne peut être qualifié de sérieux, dans le cadre de l'application de l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, que s'il fait ressortir une irrégularité manifeste ou en tout cas apparente.

Tel n'est pas le cas en l'espèce.

Le second moyen n'est pas sérieux."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Selon la partie adverse, il ressort de plusieurs dispositions du cahier spécial des charges qu'elle a considéré que les conditions techniques du marché devaient être qualifiées de conditions essentielles, au sens de l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics et, en conséquence, qu'une dérogation à l'une de ces conditions affectait l'offre d'une irrégularité substantielle, imposant de l'écarter.

Si cette interprétation est suivie, encore faut-il, pour que s'applique la sanction d'éviction, qu'une dérogation soit constatée et que la condition du marché à laquelle il serait ainsi dérogé puisse être qualifiée de "condition technique".

En l'espèce, et nonobstant les affirmations péremptoires de la partie adverse, il n'apparaît pas avec la force de l'évidence que la condition relative à la répartition de l'horaire de travail en trois plages définies par le point 4 de la deuxième partie "Termes de références" du cahier spécial des charges, constitue une condition technique. Il paraît douteux que, comme semble le suggérer la partie adverse dans sa note d'observations, ce caractère se déduise de la seule circonstance que les locaux sont inaccessibles avant 6h30 et après 19h00. En outre, cette condition d'exécution du marché paraît fort éloignée de celles qu'à titre exemplatif, l'article 82bis de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, invoqué par la partie adverse, identifie comme étant des conditions techniques.

Par ailleurs, le caractère prétendument dérogatoire de la modalité particulière d'exécution proposée par la requérante ne s'impose pas davantage de toute évidence.

Une dérogation devant, pour l'application de l'article 110, § 2, précité, s'entendre de la méconnaissance d'une condition du marché ou, en d'autres termes, de la violation de la clause qui énonce cette condition, il suffit de constater, en l'espèce, que l'offre de la requérante n'a, à première vue, ni pour objet, ni pour effet de méconnaître la plage horaire totale imposée par les conditions d'accès aux locaux. De même, n'apparaît-il pas que, par la modalité qu'elle propose, la requérante se placerait dans une situation telle qu'elle ne pourrait assurer les tâches lui incombant conformément au détail annexé au cahier spécial des charges et dans le respect des contraintes horaires imposées par ce document.

Dans ces conditions où, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, il n'apparaît pas incontestablement que l'offre de la requérante dérogerait à une condition du cahier spécial des charges, ni que la condition prétendument méconnue devrait être qualifiée de "condition technique", il incombait à la partie adverse de permettre - par une motivation moins laconique que celle des actes attaqués - de comprendre les raisons pour lesquelles il s'imposait de déclarer irrégulière et, partant, d'écarter l'offre de la requérante.

Il s'ensuit qu'à tout le moins dans la mesure où il invoque une violation des dispositions fondant l'obligation de motivation formelle, le moyen doit être déclaré sérieux.

VII. BALANCE DES INTERETS

VII. 1. Thèses des parties

La requérante fait part des considérations suivantes :

- " 22. Conformément à l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 la partie requérante est dispensée de la démonstration d'un risque de préjudice grave et difficilement réparable.

L'alinéa 3 de l'article 65/15 de la loi sus énoncée précise que :

«L'instance de recours tient 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».

En l'espèce, aucun élément n'est de nature à rendre nécessaire l'exécution immédiate du contrat de marché public.

On relèvera également que dans la mesure où l'illégalité de la décision d'attribution concerne le caractère régulier de l'offre de la partie requérante, il suffira, en cas de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, de réexaminer les

offres en tenant compte de l'offre déposée par la partie requérante en la comparant aux autres offres déposées.

Le processus de réattribution du marché après suspension de l'exécution de l'acte attaqué sera donc relativement rapide, ne retardant que très peu la conclusion du contrat.

Au contraire, en l'absence de suspension de l'exécution de la décision d'attribution, la partie requérante risque de subir un préjudice lié à la perte des revenus résultant de l'exécution du contrat. De manière générale, la perte d'un marché passé avec une autorité publique constitue toujours un préjudice pour une société dès lors qu'elle est ainsi privée d'une référence à faire valoir sur le marché.

Aucun élément ne s'oppose à la suspension de l'exécution de l'acte attaqué."

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

- " 23. Conformément à l'article 65/15, alinéa 3, de la loi du 24 décembre 1993 le Conseil d'Etat doit 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 SPRL ACTION GLOBAL SERVICES prétend qu'en l'espèce, il n'y a aucun élément de nature à rendre nécessaire l'exécution immédiate du contrat de marché public.

Décidément, la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES ne parle pas en connaissance de cause.

En effet, il faut savoir que la CTB ne dispose pas de la possibilité de proroger le contrat actuel, de sorte que si le Conseil d'Etat ordonne la suspension de l'exécution des actes attaqués, la CTB se trouverait confrontée à une situation fort incommode sur le plan pratique.

Il échet d'observer que le Conseil d'Etat se doit de tenir compte de l'intérêt général qui réside ici dans la continuité du service public rendu par la CTB à la société. Il va de soi qu'à défaut d'entretien des locaux de la CTB, celle-ci se trouve dans l'impossibilité d'exécuter la mission d'intérêt général qui lui a été confiée par les autorités publiques.

La CTB est donc d'avis que, même dans le cas impossible où le Conseil d'Etat estimerait que les moyens invoqués par la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES revêtent un caractère sérieux – quod certe non – il convient de maintenir les actes attaqués dans l'ordonnancement juridique, et ce au nom d'un principe qui doit prévaloir sur l'intérêt d'un soumissionnaire évincé, notamment le principe de la continuité du service public.

Contrairement à ce que prétend la SPRL ACTION GLOBAL SERVICES, il y a donc bel et bien des éléments qui s'opposent à la suspension des actes attaqués."

Dans sa requête, l'intervenante formule les observations suivantes :

- " La partie requérante estime que la balance des intérêts en présence n'empêcherait nullement la suspension éventuelle de l'exécution des actes attaqués tant elle risque «de subir un préjudice lié à la perte des revenus résultant de l'exécution du

contrat. De manière générale, la perte d'un marché passé avec une autorité publique constitue toujours un préjudice pour une société dès lors qu'elle est ainsi privée d'une référence à faire valoir sur le marché.»

Plusieurs observations doivent être ici formulées.

Il ne s'agit pas d'un marché de référence. Selon Votre jurisprudence, un tel marché public «est celui dont la rareté, l'ampleur, la complexité de conception ou d'exécution, la mise en œuvre de techniques particulières ou nouvelles sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation toute particulière» (arrêt n° 212.877 du 29/04/2011, Groupe De Boeck; arrêt n° 209.502 du 3/12/2010, SA POLYMEDIS) Tel n'est évidemment pas le cas en l'espèce. Il ne peut dès lors être question de préjudice grave difficilement réparable. En règle, la perte d'un marché public ne consiste en définitive qu'en un préjudice financier ou matériel, lequel, même important n'est pas difficilement réparable.

Par ailleurs, force est de constater que la partie requérante ne démontre pas, ni ne cherche d'ailleurs à démontrer, que son intérêt à obtenir (éventuellement) le marché litigieux serait supérieur aux autres intérêts visés par l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993. («L'instance de recours tient 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»). Il ne peut dès lors être question de suspension de l'exécution du marché litigieux. (en ce sens, arrêt n° 206.921, Efficacy : «ni la partie requérante, ni les pièces du dossier n'apportent le moindre élément qui permettrait de considérer que l'intérêt du requérant à obtenir le marché est supérieur aux autres intérêts visés à l'article 65/15 de la loi du 24.12.1993».)

Au vu de l'absence de toute démonstration, dans le chef de la partie requérante, d'éléments démontrant que la balance des intérêts «pencherait en sa faveur», notamment par rapport à l'intérêt public, il y a lieu de rejeter la demande en suspension."

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse invoque, sans en exposer les raisons, l'impossibilité de proroger le contrat actuel, alors que pareille affirmation semble, prima facie, devoir inspirer des réserves au regard de l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, aux termes duquel "quel que soit le mode de détermination des prix, le pouvoir adjudicateur a le droit d'apporter unilatéralement des modifications au marché initial, pour autant qu'il n'en modifie pas l'objet et moyennant juste compensation, s'il y a lieu".

Par ailleurs, elle ne fait état d'aucun élément qui permettrait de tenir pour vraisemblable l'atteinte à la continuité du service public, que provoquerait la suspension de l'exécution des actes attaqués.

Il apparaît ainsi 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. CONFIDENTIALITE

La partie adverse souhaite garder la confidentialité de vingt et une pièces versées au dossier administratif et numérotées de quatre-vingt à cent, parmi lesquelles figure notamment l'offre de la requérante, que celle-ci entend également tenir pour confidentielle.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces pour lesquelles elle a été sollicitée.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée CEMRE dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de :

- la décision du 12 mars 2013 par laquelle la société de droit public Coopération technique belge déclare irrégulière l'offre de la société ACTION GLOBAL SERVICES dans le cadre d'un marché public «de services de nettoyage des bureaux de la C.T.B.» et attribue ledit marché à la société CEMRE;
- la décision du 19 mars 2013 par laquelle la société de droit public Coopération technique belge confirme l'irrégularité de l'offre de la société ACTION GLOBAL SERVICES et l'attribution du marché à la société CEMRE.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 80 à 100 du dossier administratif et 6 du dossier de la partie requérante demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 5.

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

Article 6.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-six avril deux mille treize par :

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.