

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 238.961 du 21 août 2017

A.222.804/VI-21.058

En cause : **la société anonyme KÖSE CLEANING,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Peter TEERLINCK
et Marion NUYTEN, avocats,
avenue de l'Yser 19
1040 Bruxelles,

contre :

la Région de Bruxelles-Capitale, représentée par son
Gouvernement,

ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT et
Martin VRANCKEN, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme JETTE CLEAN,

ayant élu domicile chez
M^{es} Alain DELFOSSE et
Céline ESTAS, avocats,
avenue Louise 106
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite par la voie électronique le 2 août 2017, la société anonyme KÖSE CLEANING demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de la Région de Bruxelles-Capitale — Service Public Régional de Bruxelles — Direction Facilités — de date inconnue, communiquée à la partie requérante par courrier du 19 juillet 2017, concernant le marché public décrit dans le cahier spécial des charges n° GRF-335 — nettoyage de divers bâtiments, de leurs abords et d'espaces de bureaux du Service Public Régional de Bruxelles, et par laquelle la partie adverse a attribué le marché au soumissionnaire Jette Clean S.A".

II. Procédure

Par une ordonnance du 3 août 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 16 août 2017 à 14 heures 30.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une requête déposée par la voie électronique le 14 août 2017, la société anonyme JETTE CLEAN demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

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

M^e Louise GALOT, *loco* M^{es} Peter TEERLINCK et Marion NUYTTEN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Bruno LOMBAERT et Martin VRANCKEN, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Alain DELFOSSE et Céline ESTAS, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Nathalie VAN LAER, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

1. La partie adverse a fait publier au Bulletin des Adjudications du 14 mars 2017 et au Supplément au Journal Officiel de l'Union européenne du 17 mars 2017, un avis de marché relatif au nettoyage de divers bâtiments, de leurs abords et d'espaces de bureaux du Service public régional de Bruxelles (SPRB). Ce marché est régi par le cahier spécial des charges portant la référence n° GRF-335. Deux avis rectificatifs ont été publiés au Bulletin des Adjudications, le 30 mars et le 20 avril 2017.

2. Le cahier spécial des charges afférant au présent marché décrit l'objet de celui-ci de la manière suivante :

- " Le présent marché de services concerne des prestations de nettoyage pour le Service Public Régional de Bruxelles (ci-après nommé le pouvoir adjudicateur), la fourniture des produits liés aux prestations de nettoyage, et la fourniture d'appareils (en location) et de produits sanitaires.
Le présent marché est un marché de services de catégorie 14 de l'annexe IIA de la Loi du 15 juin 2006 : Services de nettoyage de bâtiments et services de nettoyage de vitres. CPV : 90911200-8 et -9).
Les bâtiments concernés par le présent marché sont :
- CITY CENTER : Boulevard du Botanique 20 à 1000 Bruxelles (City Center);
 - CRESPEL : Rue Capitaine Crespel 35 à 1050 Bruxelles;
 - REGENT : Boulevard du Régent 21-23 à 1000 Bruxelles;
 - DUCALE : Rue Ducale 7-9 à 1000 Bruxelles ;
 - BRUCEFO : Le bâtiment Brucefo– Avenue de l'Industrie 200 à 1070 Anderlecht ;
 - DELTA : Le bâtiment Delta – Rue Jules Cockx 9-11 à 1160 Auderghem.
- [...]"

La procédure de passation appliquée est celle de l'appel d'offre ouvert.

3. Le même cahier spécial des charges prévoit que le marché est attribué au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse - du point de vue du pouvoir adjudicateur - en tenant compte des critères d'attribution suivants :

- le prix (40 points);
- le montant des "Service Level Agreement" (SLA) (40 points);
- le nombre d'heures prévues pour effectuer les tâches courantes (20 points);

4. Huit soumissionnaires, dont la requérante, ont remis une offre dans le délai imparti, à savoir pour le 3 mai 2017, à 11h.

5. Le 5 juillet 2017, la partie adverse décide d'écarter quatre offres ne satisfaisant pas aux critères de sélection qualitative ou de régularité et d'attribuer le marché à la société JETTE CLEAN.

Il s'agit de l'acte attaqué.

S'agissant du critère relatif au prix, la décision motivée d'attribution est libellée comme suit:

- " CRITERE N°1 : MONTANT DE L'OFFRE (40 POINTS)
Attendu qu'avant vérification des opérations arithmétiques, le montant total des offres des soumissionnaires se présente comme suit :

Soumissionnaires	Montant (€ HTVA)
Jette clean	4.986.672,07

Kose cleaning	1.597.012,98
Misanet	7.535.608,43
Gom	1.946.690,81

Attendu qu'après vérification et correction des opérations arithmétiques par le pouvoir adjudicateur, le montant des offres des soumissionnaires se présente comme suit :

Soumissionnaires	Montant (€ HTVA)
Jette clean	1.248.837,68
Kose cleaning	1.298.334,36
Misanet	1.883.903,32
Gom	1.947.477,32

Attendu qu'après application de la formule du critère d'attribution n°1 reprise ci-avant, le nombre de points attribués aux soumissionnaires se présente comme suit :

Soumissionnaires	Points (40)
Jette clean	40,00
Kose cleaning	38,48
Misanet	26,52
Gom	25,65

Jette clean ayant remis le prix le plus bas, il obtient la totalité des points, les autres entreprises obtiennent des points au prorata".

La partie adverse explique comme suit, dans sa note d'observations, la rectification des erreurs arithmétiques auxquelles elle a procédé:

- " La correction des opérations arithmétiques par le pouvoir adjudicateur a porté sur certaines erreurs d'addition des prix repris dans l'inventaire fourni par les soumissionnaires, ces erreurs ayant pour conséquence des montants totaux inexacts. Ces erreurs ont été corrigées par le pouvoir adjudicateur en faisant le total de chacune des prestations, poste par poste.

La correction résulte également du fait que certains soumissionnaires avaient indiqué certains montants erronément dans leur offre. Le total de l'ensemble des postes de l'inventaire comprend les prestations demandées pour 4 ans. Or, certains soumissionnaires ont, par erreur, repris le total de ces prestations (pour 4 ans) dans la première case se présentant (intitulée Total Marché HTVA (1 an)), et ont porté ce montant, multiplié par 4, dans la case suivante (intitulée Total Marché HTVA (4 ans)). En réalité, l'addition des différents postes de l'inventaire conduit au prix total des prestations sur 4 ans, et c'est ce prix qui a été retenu pour la comparaison des offres, conformément au cahier spécial des charges.

La société JETTE CLEAN a commis une telle erreur.

Pour ce qui concerne l'offre de la société KÖSE CLEANING, la correction opérée par le pouvoir adjudicateur résulte d'une erreur dans l'addition des prix de chaque poste, imputable à la société KÖSE CLEANING elle-même".

Le total des points obtenus par chaque soumissionnaire, sur l'ensemble des critères d'attribution, se décompose de la manière suivante:

"

Soumissionnaires	Points (100)
Jette clean	97,19
Kose cleaning	95,67
Misanet	86,52
Activa	85,12
Gom	82,86

"

IV. Intervention

Par une requête introduite par la voie électronique le 14 août 2017, la société anonyme JETTE CLEAN, demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un moyen unique de la violation des articles 21, § 1^{er}, et 95, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe de bonne administration et plus particulièrement de l'obligation de diligence du pouvoir adjudicateur.

Elle reproche, en substance, à la partie adverse de ne pas avoir procédé à la vérification des prix des soumissionnaires alors que les dispositions et principes visés à l'appui du moyen lui imposaient de procéder à cette vérification lors de la passation de tout marché public.

Elle fait notamment valoir que la vérification des prix des offres constitue une obligation essentielle qui s'imposait d'autant plus dans le cas d'espèce au vu des grandes différences existant entre les prix totaux soumis par les soumissionnaires.

Elle en déduit que la partie adverse aurait manqué aux dispositions et principes repris au moyen en attribuant le marché à la partie intervenante sans avoir pu constater légalement que son offre ne présentait pas des prix anormaux.

B. Note d'observations

La partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité du moyen dès lors que la requérante n'y aurait pas d'intérêt. Elle rappelle qu'aux termes de l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, "les irrégularités visées à l'alinéa 1^{er} ne donnent lieu à une annulation que si elles ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, ont privé les intéressés d'une garantie ou ont pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte".

Elle fait valoir que vu le faible écart de prix entre l'offre de la requérante et celle de la partie intervenante "le moyen soulevé par la requérante pourrait l'être également à propos de sa propre offre et ce, de la même manière et sans qu'elle explique en quoi les prix de son offre se différencieraient de ceux de l'offre de la société JETTE CLEAN". Elle en conclut que la requérante n'a pas intérêt au moyen.

Quant au sérieux du moyen, la partie adverse fait valoir qu'elle a bien vérifié les prix des offres des soumissionnaires, tels que renseignés dans les inventaires. Elle indique que "le libellé même de la décision motivée d'attribution atteste de l'accomplissement de cette formalité" et cite à cet égard l'extrait suivant:

" Attendu qu'après vérification et correction des opérations arithmétiques par le pouvoir adjudicateur, le montant des offres des soumissionnaires se présente comme suit :
[...]

Soumissionnaires	Montant (€ HTVA)
Jette clean	1.248.837,68
Kose cleaning	1.298.334,36
Misanet	1.883.903,32
Gom	1.947.477,32

"

Elle ajoute que le prix offert par la société JETTE CLEAN ne peut pas être considéré comme un prix anormal. Elle indique, à cet égard, que "les prix totaux sur quatre ans s'échelonnent (après correction) de 1.248.837,68 euros (JETTE CLEAN) à 1.947.477,32 euros (GOM), le prix de l'offre de KÖSE CLEANING s'élevant à 1.298.334,36 euros et le prix de celle de MISANET à 1.883.903,32 euros". Selon elle, "de telles différences, sur une durée de quatre ans, ne permettent pas de suspecter l'existence de prix anormalement bas".

Elle expose que, "par ailleurs, l'analyse de l'inventaire remis par chacune de ces sociétés par le pouvoir adjudicateur n'a pas permis davantage de déceler de tels prix".

C. Requête en intervention

La partie intervenante estime, tout d'abord que le moyen unique est irrecevable et réitère, en substance, le raisonnement tenu par la partie adverse à cet égard.

Elle réitère, en substance, l'argumentation développée sur ce point par la partie adverse dans sa note d'observations et conclut que "le moyen unique doit être déclaré irrecevable pour défaut d'intérêt dans le chef de la requérante".

Quant au sérieux du moyen, elle rappelle que l'article 21, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques requiert que le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites. Or, elle se rallie à l'explication fournie sur ce point par la partie adverse dans sa note d'observations et considère qu'"il ressort de la décision attaquée (p. 8) que la partie adverse a bel et bien procédé à la vérification des prix".

Elle ajoute qu'"aucun élément du dossier ne permet de considérer qu'une telle vérification n'a pas été réalisée par la partie adverse".

Concernant le caractère prétendument anormalement bas de son offre, elle se rallie également à la position de la partie adverse et rappelle que seul un montant d'environ 50.000 euros sépare les offres de la partie requérante (1.298.334,36) et la sienne (1.248.837,68) pour un marché devant être exécuté sur quatre années. Elle estime donc que l'affirmation de la requérante selon laquelle il existerait de "grandes différences entre les prix totaux offerts par les soumissionnaires" est dès lors "manifestement inexacte / erronée".

Citant l'arrêt n° 231.227 du Conseil d'État, du 18 mai 2015, elle rappelle encore que "le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'estimation du caractère apparemment anormalement bas d'un prix. Le Conseil d'État ne peut substituer son appréciation à la sienne à cet égard, sans préjudice de la sanction d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation" et qu'"il découle de [l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011] que ce n'est qu'à l'issue de la vérification et uniquement si celle-ci fait apparaître des prix semblant anormalement bas ou élevés que le pouvoir adjudicateur doit inviter le soumissionnaire concerné à s'en expliquer. Encore cette invitation à s'expliquer ne s'impose-t-elle à lui que pour autant qu'il considère que cette anomalie est de nature à justifier [que] l'offre en cause soit écartée".

Par ailleurs, concernant l'exigence de justifications fournies par un soumissionnaire, elle cite l'arrêt n° 237.619 du Conseil d'État, du 10 mars 2017, dans lequel il a été jugé que :

" L'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'est pas applicable lorsque le pouvoir adjudicateur ne retient pas une apparence d'anormalité du prix d'une offre qui devrait, en cas de confirmation de cette anormalité, être déclarée irrégulière".

Elle en conclut que "des justifications ne doivent être demandées par le pouvoir adjudicateur que dans l'hypothèse où les prix proposés paraissent anormalement bas". Or, c'est, selon elle à bon droit que la partie adverse n'a pas sollicité de plus amples justifications de sa part, "puisque ses prix ne paraissaient pas anormalement bas". Elle estime qu'en procédant de la sorte, la partie adverse n'a donc pas commis d'erreur manifeste d'appréciation.

V.2. Appréciation

A. Quant à l'intérêt au moyen

En matière de marchés public, l'intérêt au moyen doit s'apprécier au regard des dispositions pertinentes de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

L'article 14 de cette loi prévoit que le Conseil d'État peut annuler une décision prise par une autorité adjudicatrice "à la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée".

L'article 15 précise que la suspension peut intervenir "dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14".

S'agissant d'une contestation portant sur une décision d'attribution d'un marché public, la suspension comme l'annulation suppose donc que la partie requérante ait été ou risque d'être lésée par la violation alléguée.

A cet égard, la seule question pertinente tient à savoir si la violation alléguée, à savoir en l'occurrence une éventuelle absence de vérification des prix, aurait pu, à la supposer avérée, léser la requérante. Peu importe de ce point de vue l'importance de la différence séparant l'offre de cette dernière de celle de la partie intervenante. Rien n'autorise, en effet, à présumer du résultat auquel aurait pu aboutir la vérification des prix dont l'absence est dénoncée, ni d'ailleurs de la pertinence des

éventuelles justifications qu'auraient fournies les soumissionnaires, en ce compris la partie intervenante et la requérante, si la partie adverse les avait, à l'issue de cette vérification, invités à justifier des prix apparemment anormalement bas.

Il s'ensuit que la requérante a bien intérêt au moyen.

B. Quant au sérieux du moyen

L'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose notamment comme suit:

§ 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites. A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure toutes indications permettant cette vérification.

§2. [...]

§3. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, ce paragraphe n'est pas applicable à la procédure négociée.

Lorsque le pouvoir adjudicateur constate, lors de la vérification des prix, qu'un prix paraissant anormalement bas ou élevé par rapport aux prestations à exécuter est remis, avant d'écarter pour cette raison l'offre en cause, il invite par lettre recommandée le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires sur la composition du prix concerné dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation ne prévoise un délai plus long.
[...]"

Il découle de cet article que le pouvoir adjudicateur doit toujours procéder à la vérification des prix. Si la partie intervenante souligne à juste titre que le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'estimation du caractère apparemment anormalement bas d'un prix et que ce n'est que lorsqu'à l'issue de la vérification qu'un prix lui paraît anormal, qu'il est tenu d'inviter le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires, avant de pouvoir, le cas échéant, écarter son offre, il n'en reste pas moins qu'il ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à la vérification des prix.

En l'espèce, la partie adverse, suivie par la partie intervenante, soutient que cette vérification a bien eu lieu et se réfère à un extrait de la décision attaquée qui mentionne ceci:

" Attendu qu'après vérification et correction des opérations arithmétiques, le montant des offres des soumissionnaires se présente comme suit: [...]"

Il apparaît toutefois que cet extrait, qui suit directement le tableau des prix avant la correction des opérations arithmétiques et qui est directement suivi du tableau des prix après correction arithmétique, ne peut se comprendre que comme une indication que les opérations arithmétiques ont été vérifiées et que les erreurs dans celles-ci ont été rectifiées, comme le prévoit l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet

2011 précité. Ce constat est d'ailleurs corroboré par les explications que fournit la partie adverse dans sa note d'observation à la suite de la mention précitée lorsque, dans sa présentation des faits de la cause, elle explique la nature des corrections auxquelles elle a procédé. Il n'est dans ces explications pas question d'une opération de vérification des prix, mais uniquement de vérification et de correction d'erreurs arithmétiques.

A première vue, l'extrait cité par la partie adverse ne peut donc pas se lire comme l'indication que les prix ont été vérifiés au sens de l'article 21 de l'arrêté royal précité.

Il ne ressort, par ailleurs, d'aucun élément du dossier administratif, et pas davantage de la décision attaquée, que le pouvoir adjudicateur aurait procédé à un contrôle des prix. Or, s'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans sa motivation pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix.

Cette vérification s'avérerait, en l'occurrence, d'autant plus importante que, comme le relève la requérante, le prix constitue, en l'espèce, un élément essentiel de l'offre et que, si l'écart entre le prix proposé par la requérante et celui proposé par la partie intervenante est légèrement inférieur à 50.000 euros, il n'en reste pas moins que des différences importantes existent entre les prix proposés par ces deux soumissionnaires, d'une part, et par les autres soumissionnaires, d'autre part.

Il s'ensuit que dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, le moyen est sérieux.

VI. Confidentialité

La partie adverse dépose une copie des offres de la requérante et de la partie intervenante en sollicitant la confidentialité de ces pièces. La requérante et la partie intervenante demandent également que leurs offres respectives soient tenues confidentielles.

La divulgation de ces pièces étant de nature à nuire au secret des affaires et n'étant, à ce stade, pas utiles à la solution du litige, il y a lieu d'accéder à ces demandes.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme JETTE CLEAN est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision prise le 5 juillet 2017 par la Région de Bruxelles-Capitale d'attribuer à la société anonyme JETTE CLEAN le marché public décrit dans le cahier spécial des charges n° GRF-335 "nettoyage de divers bâtiments, de leurs abords et d'espaces de bureaux du Service Public Régional de Bruxelles" est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces n^{os} 1 à 2 du dossier administratif confidentiel sont, à ce stade de la procédure, tenues pour 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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 6.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le vingt et un août deux mille dix-sept par :

M. Serge BODART,	conseiller d'État, président f.f.,
M ^{me} Caroline HUGÉ,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Serge BODART.