

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

A R R Ê T

n° 238.974 du 24 août 2017

A.222.803/VI-21.057

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 sur le site internet du Conseil d'État le 2 août 2017, la société anonyme KÖSE CLEANING sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de "la décision de la Région de Bruxelles-Capitale — Service Public Régional de Bruxelles — Direction Facilities — de date inconnue, communiquée à la partie requérante par courrier du 18 juillet 2017, concernant le marché public décrit dans le cahier spécial des charges n° GRF-334 — nettoyage des zones publiques et communes du site CCN (Centre de Communication Nord), et par

laquelle la partie adverse n'a pas sélectionné l'offre de la requérante et par laquelle la partie adverse a attribué le marché à un soumissionnaire non mentionné à la partie requérante".

II. Procédure

Par une ordonnance du 3 août 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 18 août 2017.

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

Par une requête déposée sur le site internet du Conseil d'État le 17 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. David DE ROY, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Louise GALOT, *loco* M^{es} Peter TEERLINCK et Marion NUYTTEN, avocat, comparaisant pour la partie requérante, M^e Bruno LOMBAERT, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et M^{es} Alain DELFOSSE et Céline ESTAS, avocats, comparaisant 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 décidé de procéder à l'attribution d'un marché de services pour le nettoyage des zones publiques et communes du site CCN (Centre de Communication Nord), sis Rue du Progrès, n° 80, boîte 1, à 1030 Bruxelles.

Ce marché fait l'objet d'un cahier spécial des charges référencé GRF-334.

La durée du marché est de vingt-quatre mois. Il est reconductible à deux reprises pour une période d'un an.

Le mode de passation choisi est l'appel d'offres ouvert.

S'agissant de la capacité technique dont les candidats doivent pouvoir faire état dans le cadre de la sélection qualitative, le cahier spécial des charges contient la prescription suivante:

" Le soumissionnaire joindra au dossier d'offre les documents attestant les exigences de capacité technique requises ci-après :

1. Seront exclusivement admis les soumissionnaires qui fournissent la preuve d'avoir, au cours des trois dernières années précédant la remise de leur offre, exécuté trois contrats respectifs d'une importance similaire à celle du présent marché.

Par contrat d'une importance similaire, il faut entendre des contrats relatifs :

- a) aux services de nettoyage d'un bâtiment mixte disposant d'une zone publique comportant un important nœud inter -et multimodal de transport, avec une fréquence d'un passage élevé (au moins 30.000 personnes par jour);
- b) à l'exécution de prestations de nature similaire;
- c) à des surfaces globales au moins égales à 20.000 m².

Le soumissionnaire joindra au dossier d'offre les documents attestant les références de 3 services similaires mentionnant : les coordonnées du contractant (nom, adresse, numéro de téléphone d'une personne de contact), le bâtiment concerné, la nature des prestations exécuté à l'objet du présent marché, [les] superficies nettoyées (m²). Au cas où le soumissionnaire atteste de plus de trois références, le pouvoir adjudicateur n'analysera que les trois premières références citées dans l'ordre de la rédaction ou, à défaut, des annexes produites.

Ces trois références doivent être attestées comme suit :

- a) s'il s'agit de services pour le compte d'autorités publiques, la preuve sera fournie par la production de certificats émis ou signés par l'autorité compétente;
- b) s'il s'agit de services pour le compte de personnes privées, les prestations seront certifiées par les personnes concernées, faute de quoi le soumissionnaire ajoutera une déclaration sur l'honneur signée d'exécution desdits services.

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de contrôler les références introduites par les soumissionnaires auprès des clients référencés".

2. Huit soumissionnaires, dont la requérante, ont déposé une offre.

Pour établir qu'elle satisfaisait au critère de capacité technique précité, la requérante a fait état de trois références de services prestés, respectivement au bénéfice de la STIB (nettoyage et entretien des stations de métro; enlèvement des graffitis; nettoyage et entretien des bureaux et locaux en station), de la

S.N.C.B.-Holding (nettoyage et entretien de différentes gares et entretien des bâtiments administratifs de la S.N.C.B.) et de la Régie des bâtiments (nettoyage et entretien des communs de la Tour des finances à Bruxelles).

3. A la suite de l'examen des candidatures, seules celles des sociétés JETTE CLEAN et GOM ont été retenues. C'est à la première d'entre elles que le marché litigieux a été attribué par une décision du 5 juillet 2017, laquelle constitue l'acte attaqué par le présent recours. Ce même acte fait, par ailleurs, l'objet d'un recours enrôlé sous la référence G/A 222.807/VI-21.061.

Le motif pour lequel la partie adverse a décidé de ne pas sélectionner la requérante est libellé comme suit:

" Soumissionnaire «Kose cleaning»

Attendu que le soumissionnaire propose trois références; Qu'il appert que seules deux des trois références font état d'un bâtiment mixte disposant d'une zone publique comportant un important nœud inter -et multimodal de transport, avec une fréquence d'un passage élevé (au moins 30.000 personnes par jour); Que les exigences de la sélection qualitative ne sont sur ce point que partiellement rencontrées. Que cette exigence est considérée comme essentielle par le pouvoir adjudicateur eu égard à la nature particulière du bâtiment concerné par le présent marché. Que partant, l'offre de Kose cleaning ne contient pas les références requises et ne peut donc être sélectionnée".

IV. Intervention

Par une requête déposée sur le site internet du Conseil d'État le 17 août 2017, la société anonyme JETTE CLEAN demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure.

Cette société ayant été désignée comme attributaire du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à se porter partie intervenante. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

V. Moyen unique

V.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique qu'elle formule comme suit:

" 15. Moyen unique pris de la violation :

- [de] l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et notamment l'obligation de transparence (ci-après «loi du 15 juin 2006»);

- de l'article 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après «AR du 15 juillet 2011»);
- du principe *patere legem quam ipse fecisti*;
- du principe de bonne administration et plus particulièrement du principe du raisonnable et de l'obligation de diligence du pouvoir adjudicateur.

En ce que l'offre de la partie requérante n'est pas sélectionnée en raison de la prétendue non-conformité des références requises par la clause 2.1 du cahier spécial des charges concernant la capacité technique, alors qu'il ressort du dossier que l'offre de la requérante contient les références ainsi que les certificats requis conformément à cette clause.

B. Développements

16. Comme mentionné ci-dessus (voyez supra n° 5), le cahier spécial des charges prévoit à la clause 2.1 (pièce A.3, p. 17-18) l'obligation, pour le soumissionnaire, de fournir la preuve d'avoir, au cours des trois dernières années précédant la remise de son offre, exécuté trois contrats respectifs d'une importance similaire à celle du présent marché.

17. La clause 2.1 explique dans les subdivisions a), b) et c) ce qu'il faut entendre par «contrat d'une importance similaire» :

Par contrat d'une importance similaire, il faut entendre des contrats relatifs :

- a) aux services de nettoyage d'un bâtiment mixte disposant d'une zone publique comportant un important nœud inter -et multimodal de transport, avec une fréquence d'un passage élevé (au moins 30.000 personnes par jour);
- b) à l'exécution de prestations de nature similaire;
- c) à des surfaces globales au moins égales à 20.000 m².

Il échet de remarquer qu'il n'est mentionné nulle part qu'il s'agit de conditions cumulatives. Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de rédiger un cahier spécial des charges précis et clair. Or, si le pouvoir adjudicateur avait voulu que ces exigences soient cumulatives, ce dernier aurait dû le mentionner spécifiquement dans le cahier spécial des charges, sous peine de manquer à ses obligations de transparence et de diligence. En cas de doutes, une telle clause doit par ailleurs être interprétée contre celui qui stipule, particulièrement lorsque ce dernier y accorde une telle importance.

18. Dans son courrier du 18 juillet 2017, le pouvoir adjudicateur a informé la requérante que seules deux des trois références produites font état d'un bâtiment mixte disposant d'une zone publique comportant un important nœud inter -et multimodal de transport, avec une fréquence d'un passage élevé d'au moins 30.000 personnes par jour.

Cette motivation implique que toutes les références doivent dès lors être conformes à la lettre a), ce qui suppose, selon la partie adverse, qu'il s'agit de conditions cumulatives. Comme il a été expliqué ci-avant, en interprétant cette clause comme contenant des conditions cumulatives, le pouvoir adjudicateur a manqué au devoir de diligence qui lui incombe.

19. A supposer même que les exigences mentionnées sous les lettres a), b) et c) soient cumulatives, la partie requérante souligne que les références produites par elle, prises dans leur ensemble, satisfont amplement aux exigences requises.

20. En effet, en étudiant les trois références de la partie requérante, il apparaît que :

- 1°) En ce qui concerne la première référence : cette référence concerne le contrat de nettoyage et d'entretien de la totalité des stations de métro à Bruxelles, l'enlèvement des graffitis ainsi que le nettoyage et l'entretien des bureaux et locaux en station pour le compte de la S.T.I.B. Ces prestations sont effectuées par la partie requérante en vertu d'un contrat établi depuis le 1^{er} avril 2015, pour un ensemble de 79 bâtiments mixtes dont 69 stations de métro et 10 stations de pré-métro, d'une surface globale d'approximativement 200.000 m² (pièce B.2, p. 3-4). Il s'ensuit que cette référence de la partie requérante est en elle-même largement suffisante pour satisfaire aux exigences de la clause 2.1 du cahier spécial des charges du marché en cause.
- 2°) En ce qui concerne la seconde référence : cette référence englobe deux contrats distincts, le premier contrat ayant débuté le 1^{er} juillet 2012 et renouvelé le 1^{er} janvier 2016 alors que le second contrat a débuté le 1^{er} février 2017. Ces prestations concernent le nettoyage et l'entretien des plus importantes gares de Bruxelles ainsi que l'entretien des bâtiments administratifs de la S.N.C.B. Au total, le service de nettoyage est presté pour 10 bâtiments mixtes, d'une surface globale d'approximativement 150.000 m². La partie requérante est ainsi en charge du nettoyage des espaces publics et non-publics du bâtiment de District ainsi que des gares de Bruxelles-Central, Bruxelles-Congrès, Bruxelles-Luxembourg, Bruxelles-Nord, Bruxelles-Midi, Etterbeek, Halle, Jette et Schaerbeek (pièces B.3, p. 13 à B.5, p. 90). Il s'ensuit que cette référence de la partie requérante dépasse largement en elle-même les exigences requises par la clause 2.1 du cahier spécial des charges du marché en cause.
- 3°) En ce qui concerne la troisième référence : il s'agit d'un contrat exécuté depuis le 1^{er} avril 2012 pour le nettoyage et l'entretien des communs de la Tour des Finances à Bruxelles, soit pour un bâtiment d'une surface globale de près de 27.000 m², avec un passage d'au moins 30.000 personnes par jour, bordé par la station de métro Botanique.

21. Il ressort de l'extrait de l'acte attaqué envoyé par courrier à la partie requérante que la partie adverse n'y a même pas précisé quelle serait la référence parmi les trois références produites qui ne répondrait pas aux exigences requises par ladite clause (pièce A.1).

A supposer que l'irrégularité soulevée par la partie adverse concerne la troisième référence relative aux services de nettoyage prestés dans la Tour des Finances, il convient de relever que les deux premières références communiquées par la partie requérante relatives à un contrat pour 79 bâtiments de la S.T.I.B. et aux deux contrats pour 10 bâtiments de la S.N.C.B. suffisent en soi à satisfaire aux exigences cumulatives de la clause 2.1 du cahier spécial des charges tant en terme du nombre de bâtiments mixtes requis, qu'en terme du nombre de contrats similaires exécutés au cours des trois dernières années.

22. Il est manifeste que l'interprétation du cahier spécial des charges par la partie adverse pour la sélection qualitative constitue une interprétation trop stricte et manifestement irraisonnable des capacités techniques requises. Il est en effet absurde de considérer que la partie requérante ne présenterait pas les exigences et capacités techniques nécessaires pour l'attribution du marché en cause. Au vu des contrats actuels prestés par la requérante et le très grand nombre de bâtiments mixtes concernés, l'on peut même raisonnablement douter qu'un autre soumissionnaire présenterait des références supérieures en terme de qualifications.

23. Par ailleurs, la partie adverse n'a posé aucune question à ce sujet à la partie requérante et cette dernière peut également raisonnablement douter du fait que la partie adverse ait effectué une quelconque investigation à cet égard.

24. Une telle investigation aurait facilement permis à la partie adverse de

constater que les deux premières références communiquées par la partie requérante suffisent largement à satisfaire aux exigences de la clause 2.1 du cahier spécial des charges tant eu égard au nombre de bâtiments mixtes requis, qu'eu égard au nombre de contrats similaires exécutés au cours des trois dernières années.

25. En déclarant que l'offre de la requérante ne contient pas les références requises et ne peut dès lors être sélectionnée pour le marché public en cause, alors que les références produites et les certificats y relatifs sont conformes aux exigences requises par la clause 2.1 du cahier spécial des charges, l'acte attaqué viole l'article 5 de la loi du 15 juin 2006, l'article 72 de l'AR du 15 juillet 2011 ainsi que son propre cahier des charges (*patere legem quam ipse fecisti*).

De plus, la partie adverse viole également l'obligation de transparence, en n'indiquant pas qu'il s'agit de conditions cumulatives.

En outre, la partie adverse, en interprétant la clause 2.1 de manière si stricte, viole le principe du raisonnable. Finalement, cette dernière manque à son obligation de diligence en n'investigant pas plus en détail les références communiquées par la partie requérante.

26. Il découle de l'ensemble de ce qui précède que le moyen unique est sérieux".

V.2. Appréciation du Conseil d'État

S'agissant de la capacité technique dont les candidats doivent pouvoir faire état dans le cadre de la sélection qualitative, le cahier spécial des charges contient notamment la prescription suivante:

" Le soumissionnaire joindra au dossier d'offre les documents attestant les exigences de capacité technique requises ci-après :

1. Seront exclusivement admis les soumissionnaires qui fournissent la preuve d'avoir, au cours des trois dernières années précédant la remise de leur offre, exécuté trois contrats respectifs d'une importance similaire à celle du présent marché.

Par contrat d'une importance similaire, il faut entendre des contrats relatifs :

- a) aux services de nettoyage d'un bâtiment mixte disposant d'une zone publique comportant un important nœud inter -et multimodal de transport, avec une fréquence d'un passage élevé (au moins 30.000 personnes par jour) ;
- b) à l'exécution de prestations de nature similaire ;
- c) à des surfaces globales au moins égales à 20.000 m².

Le soumissionnaire joindra au dossier d'offre les documents attestant les références de 3 services similaires mentionnant : les coordonnées du contractant (nom, adresse, numéro de téléphone d'une personne de contact), le bâtiment concerné, la nature des prestations exécuté à l'objet du présent marché, [les] superficies nettoyées (m²). Au cas où le soumissionnaire atteste de plus de trois références, le pouvoir adjudicateur n'analysera que les trois premières références citées dans l'ordre de la rédaction ou, à défaut, des annexes produites.

Ces trois références doivent être attestées comme suit :

a) s'il s'agit de services pour le compte d'autorités publiques, la preuve sera fournie par la production de certificats émis ou signés par l'autorité compétente;

b) s'il s'agit de services pour le compte de personnes privées, les prestations seront certifiées par les personnes concernées, faute de quoi le soumissionnaire ajoutera une déclaration sur l'honneur signée d'exécution desdits services.

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de contrôler les références introduites par les soumissionnaires auprès des clients référencés".

L'examen du moyen conduit avant tout à déterminer si les trois caractéristiques des "contrats d'importance similaire" doivent être vérifiées cumulativement, comme l'a estimé la partie adverse en refusant de sélectionner la requérante, ou alternativement, comme celle-ci le soutient.

La disposition précitée doit être lue comme exigeant que les "contrats d'importance similaire" sont ceux qui présentent les trois caractéristiques cumulatives que sont le type de bâtiment concerné par les services, la nature similaire de ceux-ci et l'importance globale des surfaces sur lesquelles portent les prestations. Raisonner autrement aboutirait à admettre, comme références utiles, des contrats qui ne permettraient pas de vérifier l'aptitude d'un soumissionnaire à exécuter le marché litigieux, au regard des caractéristiques de celui-ci. Ainsi, par exemple, la partie adverse serait-elle contrainte d'admettre – comme elle le suggère dans sa note d'observations – la référence à des services prestés sur des surfaces globales au moins égales à 20.000 m², et ce alors même que ces services ne seraient pas de nature similaire à ceux qui font l'objet du marché litigieux.

Le caractère cumulatif des caractéristiques énumérées par les documents du marché est, du reste, confirmé par le relevé des mentions que doivent comporter les attestations exigées des candidats, ces mentions devant notamment porter sur le bâtiment concerné, la nature des prestations et les superficies nettoyées.

Par ailleurs, s'il est exact, comme le relève la requérante, que la décision attaquée n'identifie pas les références qui ont été admises par la partie adverse, encore faut-il constater – outre le fait que, comme le révèle le moyen, la requérante avait bien identifié la référence des prestations effectuées au bénéfice de la Régie des bâtiments comme étant celle qui n'a pas été admise – que le moyen n'invoque pas un défaut de motivation formelle et ne vise aucun principe ou disposition dont la violation serait en rapport avec un tel grief.

Enfin, la requérante ne peut être suivie lorsqu'elle fait grief à la partie adverse de n'avoir pas considéré que les deux premières références présentées – à savoir celles qui se rapportaient aux prestations effectuées au bénéfice de la STIB et de la S.N.C.B.-Holding – suffisaient à satisfaire aux exigences de la clause précitée du cahier spécial des charges. Si la partie adverse s'en était tenue à ces deux seules

références, alors que le cahier spécial des charges en exigeait trois, elle se serait précisément exposée au reproche de méconnaissance du principe *Patere legem quam ipse fecisti* dont le moyen invoque la violation. Par ailleurs, à supposer que la requérante soit liée à la S.N.C.B.-Holding par deux contrats, comme elle le soutient en termes de requête, les services prestés en faveur de ce bénéficiaire n'ont fait, dans son offre, l'objet que d'une seule référence, laquelle ne fait pas apparaître l'existence de deux contrats distincts.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen unique ne peut être déclaré sérieux.

VI. Confidentialité

La requérante sollicite le bénéfice de la confidentialité pour les pièces A.4, A.5, A.6 et A.7 de son dossier de pièces. Elle demande également que son offre, qu'elle ne dépose toutefois pas dans son intégralité, soit gardée confidentielle. Cette demande doit s'interpréter comme formulée pour le cas où la partie adverse produirait cette offre dans le dossier administratif.

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des offres de la requérante et de l'intervenante, qu'elle dépose.

L'intervenante déclare se rallier à la demande de confidentialité formulée par la partie adverse pour ce qui concerne son offre.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

VII. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse demande que la requérante soit condamnée "au paiement des dépens, en ce compris d'une indemnité procédure de base de 700 EUR".

A l'audience du 18 août 2017, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

Le rejet de la demande justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient

laissés à la requérante pour ceux qui la concernent. Les dépens liés à l'intervention sont mis à la charge de l'intervenante.

**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 demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A.4, A.5, A.6 et A.7 des annexes à la requête et les offres des sociétés JETTE CLEAN et KÖSE CLEANING jointes au dossier administratif 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.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie adverse, à charge de la partie requérante.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont également mis à charge de la partie requérante à concurrence de 200 euros et à charge de la partie intervenante à concurrence de 150 euros.

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

M. David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
M ^{me} Caroline HUGÉ,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.