CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

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

A R R ÊT

n^o^ 238.975 du 24 août 2017

A.222.807/VI-21.061

En cause : **la société anonyme MISANET**,

ayant élu domicile chez
M^e^ Jean LAURENT, avocat,
avenue Louise 250
1050 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 le 1^er^ août 2017, la société anonyme MISANET sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

" - la décision de la partie adverse de date inconnue de ne pas sélectionner l'offre de la requérante dans le cadre du marché «Nettoyage des zones publiques et communes du site CCN», communiquée à celle-ci par un courrier de l'association des copropriétaires du centre communication Nord du 18 juillet 2017;
- la décision de la partie adverse de date inconnue attribuant le marché à un autre candidat que la requérante, non communiquée à la requérante;
- la décision de la partie adverse de date inconnue de ne pas attribuer le marché à la 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 introduite 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} Charline SERVAIS, *loco* M^{e} Jean LAURENT, et M^{e} Christophe DIELIS, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^{e} Bruno LOMBAERT, avocat, 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 contraire.

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

III. Faits

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.

Sans être contestée sur ce point précis, elle fait état, dans sa note d'observations, des éléments suivants, relatifs au contexte dans lequel s'inscrit ce marché:

" Le lieu des prestations du marché, le CCN, présente la particularité d'être un nœud de communication situé au nord du centre-ville de Bruxelles, rue du Progrès, composé de :
- la gare ferroviaire de Bruxelles-Nord de la SNCB;
- la station de pré Metro Gare du Nord de la STIB (Trams : 3, 4, 25, 31, 32, 55);
- l'arrêt Gare du Nord pour les bus de la STIB (Bus : 14, 15, 57, 58, 61);
- un terminal des bus De Lijn;
- un terminal d'autocars Eurolines;
- une station de taxis.

Le CCN comprend aussi une galerie commerçante et des bureaux du Service Public Régional de Bruxelles-Capitale. Le CCN est un bâtiment élevé de 11 étages avec un Atrium en son centre.
Les zones publiques et communes, où les prestations de nettoyage doivent être effectuées, se trouvent précisément à la jonction de l'ensemble de ces gare, station de prémétro, arrêts de bus etc., c'est-à-dire là où transitent, chaque jour, des dizaines de milliers de navetteurs, de fonctionnaires ou d'employés travaillant dans le CCN même.
Sécurisées 24 heures sur 24, ces zones sont fréquentées en outre par un nombre important de personnes sans domicile fixe (et notamment des candidats réfugiés) qui sont susceptibles d'y passer la nuit et la journée, avec les difficultés imprévisibles que cette circonstance peut entraîner lors de l'exécution de prestations de nettoyage".

La partie adverse précise également que le marché litigieux "présente la particularité d'être passé par la Région de Bruxelles-Capitale, qui en est le pouvoir adjudicateur, dans le cadre de sa mission de syndic pour la copropriété CCN qui regroupe, outre la Région, Axa, Bpost et la SNCB […]. Cette mission comprend la gestion du totale du bâtiment CCN, dans tous ses aspects techniques et administratifs et, notamment, la compétence d'établir «les cahiers des charges et appels d'offres selon les règles établies pour les marchés publics, [d'introduire] les demandes pour les permis requis, [de gérer] les études et les calculs, et [d'attribuer les marchés".

Elle ajoute enfin que ce marché "a été passé en même temps que deux autres marchés publics de services de nettoyage concernant respectivement les espaces de bureaux du bâtiment CCN (cahier spécial des charges n° GRF-333) et divers bâtiments, abords et espaces de bureaux du Service public régional de Bruxelles (cahier spécial des charges n° GRF-335)".

2. Le marché litigieux fait l'objet d'un cahier spécial des charges référencé GRF-334. Sa durée est de vingt-quatre mois et il est reconductible à deux reprises pour une période d'un an.

Le mode de passation choisi est l'appel d'offres ouvert. Quatre critères d'attribution ont été retenus. Le troisième est relatif au nombre d'heures prévues pour effectuer les tâches courantes et représente quinze points sur cent. Il est présenté comme suit:

" Nombre d'heures prévues pour effectuer les tâches courantes : 15 points.

Le rapport suivant est considéré : X_i / X_1

où X_i = nombre d'heures prévues par le soumissionnaire pour l'exécution du poste 1, code A (nettoyage approfondi des zones publiques, les jours ouvrables), sur une année

X_1 = nombre d'heures prévues par le pouvoir adjudicateur pour l'exécution du poste 1, code A (nettoyage approfondi des zones publiques, les jours ouvrables), sur une année : 7.343 heures;

le poste 1, code A reprenant l'ensemble des prestations de nettoyage des espaces publics, prestations quotidiennes et répétitives généralement susceptibles, en cas de qualité insuffisante, d'incommoder le public de passage.

Le pouvoir adjudicateur a estimé ce nombre de 7.343 heures par an sur base de l'ouvrage «Cadences de travaux de nettoyage» de l'UGBN, publié par Misset 95. Ce nombre est considéré comme une valeur de base; une valeur inférieure à celle-ci serait ramenée à 7.343 heures.

Ensuite, le soumissionnaire qui obtient le rapport le plus élevé reçoit la cote maximale de 15 points et les autres soumissionnaires reçoivent une cote proportionnelle inférieure".

S'agissant, par ailleurs, 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".

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

4. 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 222.803/VI - 21.057.

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

" Soumissionnaire «Misanet»

Attendu que le soumissionnaire propose sept références ; Qu'il appert que seules deux des sept 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 pourtant 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 Misanet 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 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. Recevabilité de la demande de suspension

La requérante sollicite notamment la suspension de l'exécution de la décision de la partie adverse de ne pas lui attribuer le marché litigieux.

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse de la requérante

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

" Moyen pris de la violation de :

- La Constitution, notamment ses articles 10 et 11;
- La loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment de ses articles 5 et 20 à 22;
- L'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment ses articles 58 et 68 à 72;
- Le principe de concurrence;
- L'erreur manifeste d'appréciation;
- Les principes généraux de bonne administration, notamment le principe général du raisonnable, le principe de proportionnalité et le principe de minutie;

EN CE QUE, le premier acte attaqué ne sélectionne pas l'offre de la requérante au motif que :

«Soumissionnaire «Misanet»
Attendu que le soumissionnaire propose sept références; Qu'il appert que seules deux des sept références font état d'un bâtiment mixte disposant d'une zone publique comportant un important noeud 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 pourtant 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 Misanet ne contient pas les références requises et ne peut donc être sélectionnée;»

ALORS QUE, l'article 58 §1er de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques énonce que :

«Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :

1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 61 à 66;

2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire.

Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou, en l'absence d'un tel avis, dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir».

Que l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 énonce que :
«Les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.
Les marchés publics sont attribués avec concurrence, après vérification du droit d'accès, sélection qualitative et examen des offres des participants, conformément à une des procédures de passation déterminées au chapitre IV».

Qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État que :
«Il découle de l'article 58, § 1er, alinéa 1er, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 que si le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation pour fixer les critères de sélection et les seuils à atteindre, l'exercice de sa compétence discrétionnaire est néanmoins soumis au respect de certaines conditions. Ainsi, les critères qu'il fixe et leur niveau d'exigence doivent être "liés et proportionnés à l'objet du marché". Les critères de sélection retenus doivent, par ailleurs, respecter le principe de concurrence et l'efficacité du mécanisme de la sélection».

Que le Conseil d'État considère également que :
«Les critères de sélection, s'ils doivent bien évidemment permettre de vérifier la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché, ne peuvent avoir pour effet de limiter l'accès au marché à un nombre inutilement restreint de soumissionnaires».

Qu'en l'espèce, le cahier spécial des charges énonce quant à la capacité technique notamment que :
«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 (m^2). 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».

Que ce critère de sélection n'est nullement lié et proportionné à l'objet du marché en ce qu'il exige un passage d'au moins 30.000 personnes par jour; Que la bonne exécution du marché ne nécessite nullement l'indication d'un tel seuil de passage dans le cadre des références à produire;

Que d'ailleurs, la partie requérante a remporté le marché précédent et a exécuté celui-ci à la satisfaction du pouvoir adjudicateur alors même qu'il ne répond pas aujourd'hui au critère de sélection exigé; Que la requérante a d'ailleurs obtenu des attestations de bonne exécution relatives à l'exécution du marché précédent;

Que selon la doctrine :
«Le pouvoir adjudicateur ne peut fixer un niveau d'exigence particulièrement élevé si l'exécution du marché n'est pas spécialement difficile ou n'implique pas d'aptitudes particulières»;

Qu'aucun élément du dossier administratif ne peut justifier un seuil aussi élevé; Que cela pose problème à deux égards:

- Que le nouveau critère constitue un changement d'attitude par rapport au marché antérieurement; Que si un changement est évidemment possible, ce dernier ne peut s'envisager que pour des motifs proportionnés et justifiables en droit; Qu'il procède donc d'une erreur manifeste d'appréciation et d'une violation des principes généraux visés au moyen;
- Que, de plus, l'application de ce critère plus strict aboutit à restreindre de manière injustifiée la concurrence; Qu'en effet, parmi les 8 candidats au marché, 6 ont été exclus principalement sur ce motif; Que le critère litigieux avait manifestement pour objectif de favoriser certains candidats dès lors qu'il n'est nullement proportionné à l'objet du marché; Que ce critère viole donc les principes visés précédemment;

Que les dispositions reprises au moyen sont manifestement violées;

Que la requérante répond aux autres critères de sélection; qu'elle aurait donc indéniablement dû être sélectionnée si l'irrégularité constatée n'avait pas été commise;

Que le moyen est fondé".

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 58, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit:

" Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :

1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 61 à 66;
2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire.
Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou, en l'absence d'un tel avis, dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir".

Moyennant le respect des exigences de proportionnalité et d'adéquation à l'objet du marché imposées par cette disposition, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation pour fixer les critères de sélection et les seuils à atteindre, de sorte que le conseil d'État ne peut, dans le cadre du contrôle qu'il exerce, substituer son appréciation à la sienne à cet égard, sous réserve de la sanction d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation.

En l'espèce, 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".

La requérante critique le choix de ce critère, particulièrement "en ce qu'il exige un passage d'au moins 30.000 personnes par jour". Au regard de cette exigence, estime-t-elle, le critère de capacité technique ainsi fixé n'est ni proportionné ni lié à l'objet du marché.

Force est de constater, à la lecture du moyen, que la requérante y affirme que le choix de ce critère de sélection qualitative procède d'une erreur manifeste d'appréciation, mais reste en défaut d'apporter le moindre élément concret qui permettrait, dans le cadre de la procédure en extrême urgence, de considérer que, *prima facie*, la partie adverse a bien commis une telle erreur.

Est indifférente, à cet égard, la circonstance que la requérante avait remporté le marché précédent et l'avait exécuté à la satisfaction du pouvoir adjudicateur, celui-ci ayant le pouvoir de fixer des critères de sélection et des seuils différents de ceux qu'il avait définis pour un marché précédent.

Ne révèle pas davantage, en soi, une erreur manifeste d'appréciation le fait que six des huit candidats au marché n'aient pas été sélectionnés.

Enfin, il y a lieu de relever que la requérante, qui a pu se prévaloir de deux références de services prestés dans un bâtiment répondant aux caractéristiques retenues par la partie adverse, ne critique nullement l'exigence de production de trois références.

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

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèse de la requérante

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

" Moyen pris de la violation de :

- La Constitution, notamment ses articles 10 et 11;
- La loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs;
- La loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment son article 5;
- L'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans

les secteurs classiques, notamment ses article 21 et 95;
- Le principe de concurrence;
- L'erreur manifeste d'appréciation;
- Les principes généraux de bonne administration, notamment le principe général du raisonnable et le principe de minutie;
- Le principe de motivation formelle et matérielle.

PREMIERE BRANCHE

EN CE QUE, le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant les offres des candidats retenus régulières et les prix acceptables;

ALORS QUE, l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 énonce que :
«§ 1er. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.
§ 2. Sur le plan formel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles 6, § 1er, 51, § 2, 52, 54 § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, dans la mesure où les formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel.
Par contre, lorsque l'offre ne respecte pas les autres formalités prescrites par les articles mentionnés à l'alinéa 1er ou par les documents du marché, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.
§ 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.
Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1er, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.
§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.
En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière.»

Que l'article 21§3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 énonce que :
«[…] 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 prévoie un délai plus long […]».

Que le cahier spécial des charges énonce à la page 25 des clauses administratives que :
«Le troisième critère d'attribution :
Nombre d'heures prévues pour effectuer les tâches courantes : 15 points.

Le rapport suivant est considéré : X_i / X_1

où X_i = nombre d'heures prévues par le soumissionnaire pour l'exécution du poste 1, code A (nettoyage approfondi des zones publiques, les jours ouvrables), sur une année
X_1 = nombre d'heures prévues par le pouvoir adjudicateur pour l'exécution du poste 1, code A (nettoyage approfondi des zones publiques, les jours

ouvrables), sur une année : 7.343 heures;
le poste 1, code A reprenant l'ensemble des prestations de nettoyage des espaces publics, prestations quotidiennes et répétitives généralement susceptibles, en cas de qualité insuffisante, d'incommoder le public de passage.
Le pouvoir adjudicateur a estimé ce nombre de 7.343 heures par an sur base de l'ouvrage "Cadences de travaux de nettoyage" de l'UGBN, publié par Misset 95. Ce nombre est considéré comme une valeur de base; une valeur inférieure à celle-ci serait ramenée à 7.343 heures.
Ensuite, le soumissionnaire qui obtient le rapport le plus élevé reçoit la cote maximale de 15 points et les autres soumissionnaires reçoivent une cote proportionnelle inférieure.».

Que le pouvoir adjudicateur indique donc que la valeur minimale du nombre d'heures à respecter est celle du tableau UGBN; Que ce dernier, quant au nombre d'heures, est donc une norme minimale à respecter dans le cadre du présent marché;

Qu'il ressort, par ailleurs, des clauses techniques du cahier spécial des charges que «L'adjudicataire est tenu de respecter le tableau des salaires (avec charges sociales) de l'Union du nettoyage (UGBN)»; Que le pouvoir adjudicateur a donc entendu imposer l'application d'un salaire horaire minimum dans le Cahier spécial des charges en se référant au tableau de l'UGBN;

Que selon ce tableau UGBN, le salaire minimum avec charges sociales s'élève à un montant de 25,63 euros par heure pour la catégorie de base des travailleurs (catégorie 1 A); Que l'on notera d'ailleurs que le prix pour chacun des emplois dans le secteur est supérieur à 25,63 €;

Qu'il semblerait que les prix proposés par les candidats retenus ne permettent pas de répondre à l'exigence relative au respect du tableau des salaires UGBN;

Qu'à titre principal, le pouvoir adjudicateur aurait dû constater que le prix horaire proposé par les candidats ne respectait pas les normes fixées par les clauses techniques et les écarter pour irrégularité conformément à l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011;

Qu'à titre subsidiaire, le pouvoir adjudicateur devait à tout le moins considérer que les prix des candidats « paraissaient anormalement bas » au sens de l'article 21§ 3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011; Qu'il aurait ainsi dû interroger les soumissionnaires conformément à cette disposition quant au prix proposé dès lors que ce prix est manifestement anormalement bas;

Que l'arrêté royal du 15 juillet 2011 est manifestement violé;

Qu'à titre encore plus subsidiaire, à supposer que les offres ne soient pas irrégulières et que le pouvoir adjudicateur ne devait interroger les candidats quant aux prix anormalement bas, celui-ci devait cependant exposer les motifs pour lesquels il n'entendait pas respecter les normes salariales qu'il a entendu imposer dans les clauses techniques du CSC; Que tant la motivation formelle que la motivation au fond de la décision sont inadéquates en l'espèce;

Que la requérante a quant à elle proposé un prix horaire de 25,64 euros par heure; qu'elle respecte donc bien les normes salariales UGBN ; que seule son offre aurait dû être retenue dès lors qu'il s'agit de la seule qui propose un prix normal conformément aux dispositions du cahier spécial des charges; Qu'à tout le moins, le prix horaire proposé par la requérante est le prix acceptable le plus bas;

Qu'en n'écartant pas les offres des autres candidats le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation;

Que le pouvoir adjudicateur a en outre violé les principes d'égalité et de concurrence en ne respectant pas les conditions minimales qu'il a lui-même fixé dans son cahier spécial des charges; Que la requérante a en effet proposé un prix total plus élevé que les autres candidats dès lors qu'elle est la seule à avoir respecté les règles minimales UGBN;

Que la motivation de l'acte attaqué est erronée; que la décision adoptée n'est pas conforme au principe de minutie;

Que les dispositions reprises au moyen sont manifestement violées;

Que la première branche du moyen est fondée.

SECONDE BRANCHE

EN CE QUE, le nombre d'heures prévues par le pouvoir adjudicateur pour l'exécution du poste 1 sur une année de 7.343 heures ne correspond pas au minimum indiqué dans l'ouvrage «cadences de nettoyage» du l'UGBN publié par Misset 95 contrairement à ce qu'affirme la partie adverse dans son cahier spécial des charges;

ALORS QUE, il ressort de la doctrine que «tout contractant doit loyalement fournir à ses partenaires les éléments qui doivent lui permettre de contracter en connaissance de cause. Cette règle vaut également pour les marchés publics et le pouvoir adjudicateur doit fournir aux candidats des données exactes»;

Qu'en l'espèce, la requérante a joint le courrier suivant à son offre :

«Cher Monsieur Dauw,

Concerne : Nettoyage des zones publiques et communes du site CCN (Centre de Communication Nord)
Cahier spécial des charges n° GRF-334

Nous avons le plaisir de vous faire parvenir notre meilleure offre de prix pour le nettoyage des zones publiques et communes du site CCN (Centre de Communication Nord) – CSC n° GRF-334.

Toutefois, nous désirons vous informer que lorsque nous avons calculé les heures tout en respectant les cadences suivant la norme Misset 95, nous avons un total d'heures beaucoup plus élevé que stipulé dans le Cahier Spécial des charges ce qui correspond beaucoup plus à la réalité sur site d'après notre expérience.

De plus, nous avons constaté des discordances dans les inventaires pour cela, nous avons incorporé après le formulaire de soumission, une déclaration sur l'honneur afin de détailler les prix ainsi que les nombres d'heures.

Pour votre information, nous joignons le détail des heures par poste pour une année ainsi que pour les 4 ans, ce document se trouve après l'inventaire.

Nous restons à votre entière disposition pour tous renseignements complémentaires.

Très cordialement,

A.Messaoudi
Administrateur délégué».

Que la partie adverse prétend dans son cahier des charges que le nombre d'heures minimum pour l'exécution du poste 1 s'élève à 7.343 heures sur une année

conformément l'ouvrage «cadences de nettoyage» du l'UGBN publié par Misset 95;

Que cependant le nombre d'heures minimum pour l'exécution du poste 1 devrait être porté à 13088,50 heures en vertu de l'ouvrage «cadences de nettoyage» de l'UGBN publié par Misset 95;

Que la partie requérante a au surplus informé la partie adverse de l'erreur figurant dans le cahier spécial des charges; qu'il ne semble pas que la partie adverse ait tenu compte de ce signalement et ait corrigé l'erreur;

Que dès lors que la norme de référence est l'UBGN selon le pouvoir adjudicateur, un minimum de 13.088,50 heures par an aurait dû être indiqué dans le cahier spécial des charges;

Que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation;

Que le cahier des charges comporte une irrégularité qui entache la régularité du marché;

Qu'au surplus, les offres des autres candidats auraient dû être écartées pour non-respect des conditions minimales UGBN;

Que le pouvoir adjudicateur a en outre violé les principes d'égalité et de concurrence en n'indiquant pas une référence exacte dans son cahier spécial des charges; Que la requérante a en effet proposé un prix plus élevé que les autres candidats dès lors qu'elle est la seule à avoir respecté les règles minimales UGBN;

Que la motivation de l'acte attaqué est erronée et la décision adoptée n'est pas conforme au principe de minutie; Qu'à tout le moins, la partie adverse aurait dû exposer les motifs pour lesquels elle n'a pas procédé à la correction de l'erreur matérielle signalée; Qu'à défaut, la motivation formelle est insuffisante;

Que la seconde branche du moyen est fondée;

Que le moyen est fondé".

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à la première branche

En sa première branche, le moyen ne dénonce pas l'absence de vérification des prix proposés par les candidats sélectionnés, mais bien la manière dont ces prix ont été vérifiés, la requérante formulant trois griefs – respectivement "à titre principal", "à titre subsidiaire" et "à titre encore plus subsidiaire" – procédant, tous les trois, de la conception selon laquelle n'aurait pas été respectée, par lesdits candidats, une norme salariale fixée par l'Union générale belge du nettoyage (ci-après désignée U.G.B.N.) et que la partie adverse aurait toutefois imposée, ainsi que l'attesteraient les clauses techniques du cahier spécial des charges.

La requérante reste toutefois en défaut de désigner la disposition des clauses techniques du marché litigieux qui imposerait l'application d'une telle norme

salariale. La lecture de ces clauses ne permet, par ailleurs, pas d'établir, en extrême urgence, de laquelle d'entre elles est déduite la norme U.G.B.N. dont la requérante entend se prévaloir à l'appui des griefs formulés au soutien de son moyen, en sa première branche. Il s'indique, à cet égard, de relever que la requérante n'a pas contesté l'observation de la partie adverse, aux termes de laquelle cette norme U.G.B.N. invoquée était sans doute imposée par les documents de marchés contigus (référencés GRF-333 et GRF-335), mais non par les documents du marché litigieux.

Le moyen n'est, pour cette raison, pas sérieux, en sa première branche.

Quant à la seconde branche

En sa seconde branche, le moyen reproche à la partie adverse d'avoir prévu, pour le poste 1 du marché litigieux, 7.343 heures par an, sur la base de l'ouvrage "Cadences de travaux de nettoyage" de l'U.G.B.N., qu'elle présente comme ayant été "publié par Misset 95". Elle soutient que, conformément à la norme fixée par l'U.G.B.N., le nombre minimum d'heures requis pour l'exécution dudit poste 1 aurait dû être fixé à 13.088,50.

Toutefois, ni dans sa requête ni en termes de plaidoiries, la requérante n'expose précisément pas en quoi la définition du volume horaire de 7.343 heures par an, retenu par la partie adverse, procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation et en quoi un nombre de 13.088,50 heures aurait dû être indiqué – pour ce poste – dans les documents du marché.

Le moyen qui, formulé et plaidé en ces termes, ne permet pas – à l'occasion d'un examen effectué en extrême urgence – de révéler une illégalité manifeste de l'acte attaqué, ne peut être déclaré sérieux en sa seconde branche.

VIII. Troisième moyen

VIII.1. Thèse de la requérante

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

" Moyen pris de la violation de :

- La Constitution, notamment de son article 33;
- La compétence de l'auteur de l'acte;
- 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, notamment son article 8;

EN CE QUE, il semblerait que la décision de ne pas sélectionner l'offre de la requérante et d'attribuer le marché à un autre candidat émanerait de l'association des copropriétaires du centre communication Nord alors qu'il ne s'agit pas du pouvoir adjudicateur;

ALORS QUE, l'article 8 §1er de la loi du 17 juin 2013 énonce que :
«Dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée, l'autorité adjudicatrice communique :

1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;
2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;
3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée».

Qu'il ressort de cette disposition que c'est à l'autorité adjudicatrice qu'il revient de prendre une décision motivée d'attribution et de non-sélection de certains candidats; Que c'est également à l'autorité adjudicatrice de communiquer cette décision aux soumissionnaires;

Qu'il ressort du cahier spécial des charges que :
«Le pouvoir adjudicateur est :
Région de Bruxelles-Capitale - Service Public Régional de Bruxelles
Direction Facilities
City Center – boulevard du Jardin Botanique, 20
1035 Bruxelles
ci-après désigné «la Direction Facilities» ou «le pouvoir adjudicateur»

Spécifique pour le marché avec prestations pour la «Copropriété C.C.N.» :

Le pouvoir adjudicateur est le Service Public Régional de Bruxelles.

Le maître de l'ouvrage du présent marché est la «Copropriété C.C.N.». Le bâtiment C.C.N. est une copropriété entre la Région de Bruxelles-Capitale, AXA, Bpost et la S.N.C.B.

La Direction Facilities du Service Public Régional de Bruxelles assure pour le présent marché la mission de «Syndic» agissant pour le compte et mandaté à cette fin par «l'Assemblée des copropriétaires C.C.N.».

Différents services publics et entreprises privées sont également présents dans le bâtiment et sont désignés comme «occupants» (notamment la S.T.I.B., De Lijn, la Police, Eurolines, des commerces, …)».

Qu'en l'espèce, seul un extrait de la décision d'attribution a été communiqué à la requérante de sorte qu'il ne lui est pas possible de vérifier l'identité de l'auteur de cette décision;

Que cependant, cette décision a été communiquée par l'association des Copropriétaires du Centre Communication Nord;

Qu'il y a donc lieu de considérer a priori que la décision d'attribution a été adoptée par l'Association des Copropriétaires;

Qu'en tout état de cause, la communication de la décision aurait dû être opérée par l'autorité adjudicatrice, soit le Service Public Régional de Bruxelles;

Que les actes attaqués n'ont pas été adoptés par la personne compétente pour ce faire;

Que les dispositions reprises au moyen sont manifestement violées;

Que le moyen est fondé".

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

À l'audience du 18 août 2017, la requérante a déclaré se désister de ce moyen sauf dans la mesure où il dénonce le défaut de compétence des personnes qui lui ont communiqué les motifs de sa non-sélection.

À supposer établi le défaut de compétence invoqué par la requérante, il n'affecterait, en toute hypothèse, pas la légalité de l'acte attaqué.

Dans la mesure où la requérante le maintient, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

IX. Confidentialité

La requérante sollicite le bénéfice de la confidentialité pour la pièce 7 de son dossier de pièces.

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 et sollicite également que l'attestation du secrétariat social SECUREX qu'elle dépose en annexe 3 de sa requête en intervention soit tenue 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 d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

X. 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 de 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 ailleurs, il est apparu que la partie requérante s'est acquittée deux fois du montant des droits afférents à sa demande de suspension d'extrême urgence. Il y a lieu, en conséquence, d'ordonner le remboursement du montant de 200 euros, indûment versé.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

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.

La pièce 7 des annexes à la requête, la pièce 3 des annexes à la requête en intervention et les offres des sociétés JETTE CLEAN et MISANET jointes au dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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.

Article 7.

Le montant de 200 euros indûment versé par la partie requérante lui sera remboursé par le service désigné au sein du Service public fédéral des finances comme compétent pour encaisser les droits au Conseil d'État.

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.