

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

A R R Ê T

n^o 240.354 du 5 janvier 2018

A.223.791/VI-21.116

En cause : **la société anonyme JETTE CLEAN,**

ayant élu domicile chez
M^e Geneviève RIGAUX, avocat,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles,

contre :

**la société anonyme de droit public Société des Chemins de
Fer Belge**, en abrégé S.N.C.B.,

ayant élu domicile chez
M^{es} Barteld SCHUTYSER, Magali HEINE
et Robin MEYLEMANS, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles,

Partie intervenante :

la société anonyme KÖSE CLEANING,

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 17 novembre 2017, la société anonyme JETTE CLEAN sollicite, d'une part, la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution et, d'autre part, l'annulation de "la décision de date inconnue par laquelle le Conseil d'administration de la partie adverse a décidé d'attribuer, à la société KÖSE CLEANING, «l'accord-cadre relatif au nettoyage de locaux, bureaux et fenêtres des bâtiments de direction de la SNCB à Bruxelles»".

II. Procédure

Par une ordonnance du 17 novembre 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 8 décembre 2017 à 10 heures 30.

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

Par une requête introduite le 30 novembre 2017, la société anonyme KÖSE CLEANING 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. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Geneviève RIGAUX, Marie VASTMANS, Cyrille DONY, avocats, et Monsieur Ali SEZER, administrateur-délégué, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Magali HEINE et Robin MEYLEMANS, *loco* M^e Barteld SCHUTYSER, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Louise GALOT et Peter TEERLINCK, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, 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

Le 5 février 2016, la S.N.C.B. publie un avis de marché au *Bulletin des Adjudications*. Le 10 février, un avis à portée identique est publié au *Journal officiel de l'Union européenne*.

L'objet du marché, qui porte le titre "Nettoyage des locaux, bureaux et vitres dans les bâtiments de direction de la S.N.C.B. à Bruxelles" est décrit dans l'avis de marché comme suit :

" Le marché comprend (liste non exhaustive) le nettoyage des sanitaires, des revêtements muraux, du sol, des cloisons (vitrées), des plafonds, de l'éclairage, des

cages d'escalier, des ascenseurs, des éclairages de secours, des portes, des armoires, du mobilier et l'évacuation des déchets (tri sélectif) dans les différents locaux des bâtiments de direction".

Toujours selon l'avis de marché, le marché sera conclu pour une durée de quatre ans, sous la forme d'un accord-cadre.

La procédure d'attribution du marché est la procédure négociée avec publicité. La date pour la remise des candidatures est fixée au 14 mars 2016. Dix candidatures sont reçues dans les délais.

En ce qui concerne les critères de sélection liés à la capacité économique et financière, l'avis de marché mentionne ce qui suit:

- " Les candidats doivent disposer d'une assise financière saine. Le cas échéant un audit financier sera effectué pour contrôler la santé financière de l'entreprise ainsi que la véracité des renseignements fournis. Sur base des résultats de l'audit financier effectué, la S.N.C.B. se réserve le droit d'exclure une firme de participer au marché.
- Le prestataire de services doit avoir un chiffre d'affaire minimal de 3.000.000 EUR par an sur le marché belge et ceci pour les 3 dernières années (2013-2014-2015) et il fournit dès lors dans sa demande de participation un exemplaire du rapport annuel relatif au dernier exercice comptable écoulé, de même qu'un document mentionnant les chiffres d'affaires des trois derniers exercices comptables réalisés dans le domaine des services faisant l'objet de ce marché".

En ce qui concerne les critères de sélection liés à la capacité technique, l'avis de marché énonce ce qui suit:

- " Le candidat doit joindre les renseignements suivants à sa demande de participation :
- une déclaration indiquant les moyens humains effectifs disponibles et qui seront mis à disposition pour l'exécution du présent marché,
 - une déclaration comprenant une confirmation que chacun des membres du personnel de nettoyage qui prestera à la S.N.C.B. pourra au moins comprendre, parler et lire le français et/ou le néerlandais afin d'effectuer sa tâche de façon sécurisée.
 - un certificat de qualité ISO 9001 ou équivalent,
 - la certification *ad hoc* relative à l'existence d'un système de management environnemental (certificat ISO 14001 ou équivalent).
 - un certificat VCA et/ou attestation BESACC ou équivalent,
 - de l'expérience démontrable au profit d'entreprises ou de services publics durant les quatre (4) dernières années avec quatre (4) marchés de nettoyage d'ampleur similaire ou un volume de travail de minimum 450.000 €/an pour chaque marché a été atteint,
 - des références de clients actuels,
 - tout élément utile prouvant que le personnel de nettoyage possède les capacités, les expériences et les formations nécessaires afin d'exécuter les tâches de nettoyage habituelles selon les règles de l'art et dans un souci de respect de l'environnement".

Le 18 mai, la S.N.C.B. approuve le rapport relatif à la sélection des firmes.

Au total, 9 firmes sont sélectionnées: Köse Cleaning, Activa, Laurenty, Jette Clean, Cleaning Masters, Temco-Euroclean, Gom et ISS. La firme Group Cleaning Services est sélectionnée sous réserves. L'association momentanée AGS-MIW (Action Global Services SPRL-Maintenant Industrielle Wallonne SPRL) n'a quant à elle par été sélectionnée.

Le résultat de la sélection qualitative est notifié aux différentes firmes.

Le cahier des charges est approuvé par la S.N.C.B. le 14 octobre. Il est envoyé aux firmes sélectionnées le 19 octobre.

Les critères d'attribution sont fixés comme suit dans le cahier des charges :

Critère	Pondération
Prix total de l'offre	60 %
Plan d'approche	30 %
Aspects écologiques et éthiques du service	10 %

S'agissant du deuxième critère d'attribution, relatif au plan d'approche, le cahier spécial des charges mentionne que les offres seront évaluées selon les éléments d'appréciation suivants:

- le nombre d'heures de prestations proposées par le soumissionnaire ;
- l'organisation pratique des prestations de nettoyage (la méthode de nettoyage et le planning);
- l'encadrement de son personnel par le soumissionnaire;
- l'organisation du contrôle qualité par le soumissionnaire;
- l'organisation des contacts avec le Fonctionnaire Dirigeant afin de mesurer la satisfaction du client et d'apprendre ses éventuels desiderata;
- l'organisation du soumissionnaire permettant de réagir face à une situation imprévue dans le planning global du nettoyage.

À propos du troisième critère d'attribution, relatif aux aspects écologiques et éthiques du service, le cahier spécial des charges énonce notamment ce qui suit:

- " Le soumissionnaire doit indiquer dans son offre comment le service et son organisation satisfont au respect de l'environnement dans le cadre de ce marché et dans quelle mesure il respecte les aspects socio-éthiques.
On entend notamment par respect de l'environnement, les mesures prises par un soumissionnaire au sein de son organisation ou par rapport à une offre de service

en vue de limiter l'empreinte écologique, ainsi que les mesures prises dans le cadre de la gestion des flux de déchets (p.ex. il existe notamment un programme écologique ou un plan d'approche que le soumissionnaire mettra spécifiquement en pratique au profit de la S.N.C.B.).

Par aspects socio-éthiques, il faut entendre notamment les aspects relatifs à la mise à l'emploi légale de chômeurs de longue durée, les conditions de travail, la protection des droits de l'homme, la non-discrimination, les aspects relatifs à la lutte contre le chômage ou l'exclusion sociale".

S'agissant de la méthode de détermination de l'offre régulière la plus avantageuse, le cahier spécial des charges indique ce qui suit à propos de la cote relative au troisième critère:

- " Chaque offre obtient une évaluation, cette évaluation est ramenée au poids du critère. La solution qui représenterait la situation idéale obtient le maximum des points. Chaque offre sera évaluée sur cette échelle, et les points qu'elle obtiendra seront fonction de la mesure dans laquelle elle se rapproche de cet idéal.

Eu égard au respect de l'environnement, il sera notamment évalué ce qui suit :

La SNCB évalue la liste des produits de nettoyage utilisés, leurs caractéristiques écologiques, les éventuels labels et les fiches de données sécurité.

Les offres comportant les produits les plus respectueux de l'environnement (produits avec Ecolabel UE ou équivalents) obtiendront des points bonus.

À titre d'information :

Les critères de l'Ecolabel UE sont repris dans la Décision de la Commission du 28 juin 2011 établissant les critères écologiques pour l'attribution du label écologique de l'Union européenne aux nettoyeurs universels et aux nettoyeurs pour sanitaires (Journal Officiel de l'Union Européenne du 29.06.2011, L 169/52).

S'il n'est pas obtenu une cote de 6/10 points pour le critère «ASPECTS ECOLOGIQUES ET ETHIQUES», l'offre sera d'office écartée pour l'évaluation des prix".

À propos de la conformité spécifique des offres, le cahier spécial des charges énonce ce qui suit:

- " Le tarif horaire du nettoyage de base doit être au moins égal au tarif horaire moyen du secteur du nettoyage - cat. 1A) (tarif de l'Union Générale Belge du Nettoyage), majoré de 5 % (charges sociales comprises), qui est d'application 30 jours de calendrier avant la date de remise de l'offre.

x= Le tarif horaire pour le nettoyage de base est calculé comme suit:

$$x = y/z$$

y= prix total partie 1 nettoyage de base (Ann B)

z= nombre total d'heures partie 1 nettoyage de base (Ann B)

Les soumissionnaires qui proposent des tarifs horaires inférieurs aux directives de l'UGBN doivent joindre un justificatif à leur offre. Le pouvoir adjudicateur vérifiera si ce justificatif a été établi sur une base acceptable. En cas de justificatif non acceptable, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de déclarer l'offre non conforme.

Les soumissionnaires obtiennent pour les 2 critères de conformité ci-dessus ((1) + (2)) la mention «conforme» ou «non conforme». Les offres des soumissionnaires dont un ou plusieurs critères de conformité sont jugés comme «non conformes» pourront être déclarées nulles et non avenues".

Le tarif horaire moyen de l'Union Générale Belge du Nettoyage (ci-après, "U.G.B.N.") est de 25,53 €/h. Le tarif de référence pris en considération est donc de 26,81 €/h.

Le 23 novembre 2016, la S.N.C.B. transmet à tous les candidats les réponses à plusieurs questions. L'une d'entre elles portait sur la méthode selon laquelle la S.N.C.B. attribuera les points pour les différents critères. Il y est répondu comme suit:

- " 1. Comment la SNCB va déterminer l'attribution des points pour les différents critères d'attribution ?
En premier lieu, la phrase «Des conditions tarifaires plus favorables que le prix moyen peuvent rapporter des points supplémentaires» est supprimée dans le Cahier des charges.
Pour chaque critère d'attribution, le soumissionnaire va recevoir une cote qui ne dépassera pas le nombre maximum de points pouvant être attribué.
Le final sur 100 points sera divisé comme suit :
60 points critère «prix total de l'offre» MAXIMUM
30 points critère «plan d'approche» MAXIMUM, comme calculé ci-après :
-sous-critère 1° nombre d'heures : 50 points MAXIMUM
-sous-critère 2° à 6°: 50 points (10 points par sous-critère peuvent être attribués)
Total appréciation sur 100 points
Règle de 3 pour obtenir un score sur 30 points
10 points critère «aspects écologiques et éthiques» MAXIMUM."

Par ce même courrier, la S.N.C.B. prolonge le délai d'introduction des offres au 2 décembre 2016.

Parmi les 9 sociétés sélectionnées, 8 déposent une offre pour la date précitée.

Par un courrier du 31 janvier 2017 chaque soumissionnaire est invité à déposer sa meilleure offre pour le 10 février et à répondre par la même occasion aux questions reprises en annexe à ce courrier, certaines d'entre elles étant spécifiques à la situation de chaque soumissionnaire.

La S.N.C.B. a ainsi demandé à trois soumissionnaires, dont la S.A. KÖSE CLEANING, de joindre un justificatif de prix à leur meilleure offre, le tarif horaire proposé étant inférieur au tarif de référence de l'U.G.B.N..

Tous les soumissionnaires déposent une meilleure offre en temps utile.

Par un courrier du 8 février et en réponse aux questions qui lui ont été posées dans la demande de meilleure offre, la société KÖSE CLEANING indique, dans la lettre d'accompagnement de sa meilleure offre, que son tarif horaire est justifié par l'emploi:

- de personnel bénéficiant d'une carte de travail "Activa", et ce à hauteur de 75 %;
- d'étudiants durant les congés scolaires.

En ce qui concerne l'évacuation des déchets, KÖSE CLEANING expose que la collecte des déchets est déjà incluse dans les différents programmes de nettoyage, de sorte qu'elle a considéré que la partie 5 "évacuation des déchets", ne porte que sur l'évacuation des déchets déjà collectés et rassemblés dans un endroit précis.

Par un courrier du 28 février, la S.N.C.B. indique à KÖSE CLEANING que le nombre d'heures et le prix pour l'évacuation des déchets devaient inclure toutes les heures prestées (et donc le prix coûtant) en relation avec la collecte et l'évacuation des déchets. Elle demande en conséquence à KÖSE CLEANING d'isoler les heures relatives à la collecte et évacuation des déchets et de les rassembler dans les postes de l'inventaire relatif à l'évacuation des déchets.

Par un courrier du 2 mars, KÖSE CLEANING transmet à la SNCB son inventaire de prix adapté en ce sens.

En réponse au justificatif de prix fourni par KÖSE CLEANING dans son offre finale, la S.N.C.B. lui demande, par un courrier du 23 mars, de fournir des explications complémentaires quant au tarif horaire proposé et au respect des règles interprofessionnelles relatives au transfert de chantiers de nettoyage.

Dans un courrier du 28 mars, la société KÖSE CLEANING garantit à la S.N.C.B que les règles interprofessionnelles relatives aux transferts de chantier de nettoyage et, par conséquent, les droits des travailleurs du prestataire actuel, seront respectés. Elle justifie sa capacité à embaucher environ 75 % de personnel Activa par les éléments suivants:

- l'expérience montre que le taux de reprise de personnel provenant du prestataire actuel est très faible;
- l'adjudicataire actuel emploie une forte proportion de travailleurs intérimaires, qui ne sont pas sujets à la reprise de personnel;
- il est possible à l'adjudicataire entrant de réaffecter le personnel sur d'autres chantiers bruxellois si le contrat de travail le permet ou moyennant l'accord de l'employé.

Par un courriel du 9 mars, la S.N.C.B. sollicite l'avis de l'U.G.B.N. au sujet des justificatifs fournis par les soumissionnaires, notamment quant au recours

aux contrats "Activa". Le 16 mars, l'U.G.B.N. souligne notamment les points suivants :

- les moyennes sectorielles de l'U.G.B.N. ne tiennent pas compte, notamment, des réductions structurelles de cotisations sociales;
- la politique de l'entreprise concernant l'embauche de certains groupes cibles tels que les travailleurs engagés dans le cadre du plan Activa peut apporter certains avantages financiers;
- le plan Activa doit déboucher sur une augmentation du taux d'emploi, laquelle ne peut toutefois être garantie état donné que la convention collective de travail du 12 mai 2003 prévoit la reprise de personnel à la suite d'un transfert de contrat d'entretien.

Le 27 octobre 2017, le conseil d'administration de la S.N.C.B. approuve la l'attribution du marché concerné à la SA KÖSE CLEANING pour un montant total annuel de 1.697.903,56 € ainsi que la conclusion de l'accord-cadre avec ladite société pour une durée initiale d'un an assortie de maximum trois reconductions tacites d'un an pour un montant annuel de 1.697.903,56 €.

Les offres des soumissionnaires sont classées de la manière suivante:

"

Soumissionnaires	Critère prix total de l'offre (4 ans) Points attribués (/60)	Critère plan d'approche Points attribués (/30)	Critères aspects écologiques et éthiques Points attribués (/10)	Points totaux	Classement
KÖSE CLEANING	60	23.19	9.5	92.69	1
JETTE CLEAN	52.31	27.30	9.5	89.11	2
EUROCLEAN	46.85	25.21	9.5	81.56	3
GROUP CLEANING SERVICES	49.14	20.73	8	77.87	4
ACTIVA	42.50	26.36	8.5	77.36	5
CLEANING MASTERS	38.05	23.74	8	69.79	6
GOM	34.95	26.10	8	69.05	7
LAURENTY	24.04	25.43	8.5	57.96	8

".

Il s'agit de la décision attaquée, laquelle a été notifiée par des courriers datés du 2 novembre 2017 et par télécopieur à la même date.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 30 novembre 2017, la société anonyme KÖSE CLEANING, 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. Deuxième moyen

V.1. Thèse des parties

A. La requête

Le deuxième moyen est pris de la violation des articles 5 et 20 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que de l'article 63 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, de la violation des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de bonne administration, du devoir de minutie, de la violation du principe de non-discrimination, du principe d'égalité de traitement entre les candidats, du principe de mise en concurrence et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

La requérante fait valoir que l'avis de marché a fixé des exigences en termes de sélection qualitative qui, pour plusieurs critères relatifs à la capacité économique et financière ainsi qu'à la capacité technique des candidats, ne sont assorties d'aucun niveau minimum d'exigence.

Elle relève que, s'agissant de l'assise financière dont devraient disposer les candidats, aucun niveau d'exigence n'est prévu dans l'avis de marché, qui se limite à indiquer que les candidats doivent disposer d'une assise financière "saine" et qu'un audit financier pourra être effectué pour contrôler la santé financière de l'entreprise ainsi que la véracité des renseignements fournis. Elle fait également valoir qu'en ce qui concerne la capacité technique, l'avis de marché indique que les candidats doivent

joindre à leur demande de participation une déclaration indiquant les moyens humains effectifs disponibles qui seront mis à disposition pour l'exécution du marché ainsi que des références de clients actuels sans assortir ces deux exigences d'un quelconque niveau minimum d'exigence. Elle en conclut que la partie adverse a violé l'article 63 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 ainsi que les principes de transparence et d'égalité de traitement entre les candidats.

B. La note d'observations

La partie adverse conteste la recevabilité du moyen. Elle se réfère à l'arrêt CEMRE, n° 239.392, du 12 octobre 2017, par lequel le Conseil d'État a déclaré irrecevable un moyen critiquant l'absence de seuil minimum, pour le motif que la partie requérante ne disposait pas d'un intérêt à soulever ce moyen. Elle souligne que, dans cette affaire, le Conseil d'État a considéré que la requérante n'avait pas été lésée par la violation alléguée dès lors qu'elle avait été sélectionnée et que la probabilité que, si un seuil minimum avait été fixé, certains soumissionnaires aient été exclus au stade de la sélection, ne suffirait pas à démontrer l'existence d'un intérêt, et qu'en outre, il était tout aussi probable que la fixation d'un tel seuil ait eu pour effet d'exclure la partie requérante. La partie adverse estime que le même raisonnement doit être suivi en l'espèce dès lors que la requérante n'a pas été écartée au stade de la sélection et qu'elle est en défaut de démontrer que la fixation d'un seuil minimum lui aurait donné une chance plus grande de se voir attribuer le marché.

Elle soutient par ailleurs que le moyen n'est pas sérieux. Elle fait valoir que l'article 63, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 n'impose la fixation d'un niveau minimum qu'en procédure ouverte et en procédure négociée directe avec publicité, tandis qu'en procédure négociée, seule la fixation d'un niveau d'exigence est obligatoire, cette exigence devant recevoir une interprétation plus souple. En particulier, elle estime qu'un critère de sélection assorti d'un niveau d'exigence peut laisser une marge d'appréciation aux pouvoirs adjudicateurs, ce qui n'est pas le cas des critères de sélection assortis d'un niveau minimum. Elle considère que les critères de sélection critiqués par la requérante répondent à l'exigence de fixation d'un niveau d'exigence. Selon elle, l'avis de marché permet d'identifier les candidats que la S.N.C.B. voulait exclure au moyen des trois critères de sélection critiqués par la requérante, tout en laissant une certaine marge d'appréciation ainsi que le permet l'article 63, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

C. La requête en intervention

L'intervenante conteste également l'intérêt au moyen. Elle fait valoir que la requérante se limite à alléguer de façon abstraite qu'elle aurait été empêchée de

déposer son dossier de candidature en connaissance de cause sans contester en quoi le critère de sélection en cause l'aurait désavantagée concrètement.

Elle souligne que l'offre de JETTE CLEAN a été sélectionnée, de sorte qu'elle ne peut en tout état de cause pas avoir été lésée par un éventuel manque de niveau minimum d'exigence. Elle relève par ailleurs que la requérante ne soutient pas qu'un soumissionnaire aurait été sélectionné à tort en ce qu'il n'aurait pas eu une assise financière suffisante en l'espèce, ni que cette sélection irrégulière aurait eu une incidence sur le classement final des offres.

L'intervenante en déduit que la requérante ne démontre pas qu'elle a été lésée par l'irrégularité qu'elle dénonce, de sorte qu'elle n'a pas intérêt au moyen.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Recevabilité du moyen

Les articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions disposent comme suit :

- " Art. 14. À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;
 - 3° les documents du marché ou de la concession.

Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'État, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

- 1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;
- 2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 24, la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites devant le Conseil d'État, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé.

L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt

public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1^{er} ou, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation visée à l'article 14 ou séparément."

L'article 14 précité soumet la recevabilité du recours à deux conditions. D'une part, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché. D'autre part, il faut que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, le requérant.

Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risquant de léser le requérant. Lorsque cette condition est respectée, l'article 14 n'interdit pas que soient soulevés d'autres moyens, qui allèguent une violation n'ayant pas lésé ou ne risquant pas de léser le requérant. Par ailleurs, si l'intérêt au moyen peut notamment résulter d'une lésion causée par l'illégalité dénoncée, il peut également être établi sur la base d'autres éléments d'appréciation. En d'autres termes, dès lors que la requête satisfait aux deux conditions de recevabilité énoncées par l'article 14 de la loi du 17 juin 2013, rien n'impose au Conseil d'État de s'en tenir, pour l'appréciation de l'intérêt au moyen, à la seule vérification de l'existence d'une lésion ou d'un risque de lésion et, le cas échéant, au seul constat d'un défaut de lésion ou de risque de lésion.

La violation alléguée dans le second moyen, qui a trait aux critères de sélection qualitative, n'a pu léser la requérante au sens de l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 dès lors que son offre a été déclarée régulière sur la base de ces critères.

L'enseignement de l'arrêt n° 239.392 du 12 octobre 2017, auquel fait référence la partie adverse à l'appui de sa thèse, n'est pas toutefois pas transposable en la présente espèce. D'une part, cet arrêt se prononce sur la recevabilité non du moyen, mais bien du recours au regard des deux conditions de recevabilité qu'impose l'article 14 précité. D'autre part, dans cet arrêt, le Conseil d'État a déclaré le recours irrecevable au motif qu'il ne satisfait pas à la seconde condition de recevabilité susvisée, aucune des violations alléguées au titre du moyen unique n'apparaissant avoir lésé, ou risqué de léser, la requérante.

Or, en la présente espèce, ni la partie adverse ni la partie intervenante ne soutiennent qu'aucune des violations alléguées au terme des trois moyens soulevés n'aurait lésé, ou risqué de léser, la requérante. En particulier, il convient de relever que

le premier moyen reproche notamment à la partie adverse d'avoir déclaré l'offre de la société KÖSE CLEANING "spécifiquement conforme" pour le motif que les justifications fournies par cette dernière dans son offre seraient "acceptables" alors que ladite offre aurait dû être déclarée irrégulière en l'absence de justification adéquate de son prix très bas. La requérante invoque à cet égard ce qu'elle estime être trois irrégularités:

- l'offre initiale de KÖSE CLEANING ne comportait aucun justificatif du prix et la partie adverse ne pouvait se fonder sur des justifications postérieures, qui sont tardives,
- la justification donnée par l'attributaire est inadéquate dès lors, d'une part, qu'elle se fonde sur un dispositif (le système des travailleurs "Activa") appelé à disparaître et, d'autre part, que l'emploi, par KÖSE CLEANING, de personnel "Activa" l'empêcherait de respecter son obligation de reprendre le personnel de l'adjudicataire sortant,
- l'acte attaqué se limite à reprendre les justifications fournies par KÖSE CLEANING sans indiquer les motifs pour lesquels celles-ci sont acceptables.

La partie adverse ne conteste l'existence d'une lésion qu'en ce que le moyen dénonce la justification du tarif horaire par le recours à des travailleurs "Activa", dès lors que la requérante a elle-même justifié son tarif horaire par la circonstance qu'elle emploie de tels travailleurs. La partie intervenante, quant à elle, n'invoque pas l'irrecevabilité de ce premier moyen. Il peut en tout état de cause être considéré, *prima facie*, que les deux autres irrégularités alléguées à l'appui du premier moyen ont lésé ou risqué de léser la requérante.

Par conséquent, le recours satisfait aux deux conditions de recevabilité prescrites par l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 et l'appréciation de l'intérêt au moyen ne doit donc pas se limiter à vérifier qu'existe une lésion ou un risque de lésion.

Ainsi que le souligne la partie adverse, il n'est pas certain que la fixation d'un niveau d'exigence aurait entraîné l'exclusion de certains soumissionnaires, dont l'attributaire, et rien ne garantit non plus que l'offre de la requérante aurait, sur la base de ce niveau d'exigence, été déclarée régulière. Toutefois, rien ne permet de déterminer quel aurait été le niveau d'exigences qu'aurait imposé le pouvoir adjudicateur, ni quelles offres auraient, sur cette base, été écartées au stade de la sélection. L'annulation de l'acte attaqué sur la base du second moyen présente donc un intérêt pour la requérante.

Le moyen doit dès lors être déclaré recevable.

B. Caractère sérieux du moyen

L'avis de marché mentionnait les exigences suivantes en termes de capacités économique et financière:

- " Les candidats doivent disposer d'une assise financière saine. Le cas échéant un audit financier sera effectué pour contrôler la santé financière de l'entreprise ainsi que la véracité des renseignements fournis. Sur base des résultats de l'audit financier effectuée, la SNCB se réserve le droit d'exclure une firme de participer au marché.
Le prestataire de services doit avoir un chiffre d'affaire minimal de 3.000.000 EUR par an sur le marché belge et ceci pour les 3 dernières années (2013-2014-2015) et il fournit des lors dans sa demande de participation un exemplaire du rapport annuel relatif au dernier exercice comptable écoulé, de même qu'un document mentionnant les chiffres d'affaires des trois derniers exercices comptables réalisés dans le domaine des services faisant l'objet de ce marché."

S'agissant de la capacité technique, l'avis de marché indiquait ce qui suit:

- " Le candidat doit joindre les renseignements suivants à sa demande de participation :
- une déclaration indiquant les moyens humains effectifs disponibles et qui seront mis à disposition pour l'exécution du présent marché,
 - une déclaration comprenant une confirmation que chacun des membres du personnel de nettoyage qui prestera à la SNCB pourra au moins comprendre, parler et lire le français et/ou le néerlandais afin d'effectuer sa tâche de façon sécurisée.
 - un certificat de qualité ISO 9001 ou équivalent,
 - la certification *ad hoc* relative à l'existence d'un système de management environnemental (certificat ISO 14001 ou équivalent).
 - un certificat VCA et/ou attestation BESACC ou équivalent.
 - de l'expérience démontrable au profit d'entreprises ou de services publics durant les quatre (4) dernières années avec quatre (4) marchés de nettoyage d'ampleur similaire où un volume de travail de minimum 450.000 €/an pour chaque marché a été atteint,
 - des références de clients actuels,
 - tout élément utile prouvant que le personnel de nettoyage possède les capacités, les expériences et les formations nécessaires afin d'exécuter les tâches de nettoyage habituelles selon les règles de l'art et dans un souci de respect de l'environnement".

L'article 63, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux était, tel qu'applicable au présent marché, libellé comme suit:

- " Art. 63. § 1^{er}. 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 66 à 71;
 - 2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur en vertu de la présente section et de la section 3. 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 en procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire".

À la lecture de cette disposition, il apparaît que, quel que soit le mode de passation du marché, le pouvoir adjudicateur est tenu de préciser le niveau d'exigence pour chacun des critères dont il choisit de faire application en vue de procéder à la sélection qualitative.

Ainsi que le souligne la requérante, aucun niveau d'exigence n'est prévu en ce qui concerne la capacité financière des candidats. L'indication selon laquelle les candidats doivent disposer d'une "assise financière saine" ne peut, en raison de son caractère particulièrement vague, être considérée comme fixant un "niveau d'exigence" destiné à constituer la référence que le pouvoir adjudicateur prend en compte pour l'évaluation de la capacité financière. Force est d'ailleurs de souligner que l'avis de marché renvoie à un éventuel audit destiné à contrôler la santé financière de l'entreprise, sans indiquer préalablement les exigences en termes de capacité financière.

De la même manière, s'agissant de la capacité technique, aucun niveau d'exigence n'est précisé en ce qui concerne les moyens humains, le pouvoir adjudicateur se limitant à exiger que le candidat indique dans sa demande de participation les "moyens humains effectifs disponibles et qui seront mis à disposition" pour l'exécution du marché.

Enfin, l'avis de marché indique qu'à la demande de participation doivent être jointes "des références de clients actuels" sans formuler à cet égard un quelconque niveau d'exigence.

C'est en vain que la partie adverse soutient qu'en procédure négociée, seule la fixation d'un niveau d'exigence est obligatoire et que cette exigence doit nécessairement recevoir une interprétation plus souple que l'exigence de fixation d'un seuil minimum. En effet, un tel argument s'avère dépourvu de pertinence lorsque, comme en l'espèce, pour les critères concernés, aucun niveau d'exigence n'est précisé. Par ailleurs, ni la partie adverse, ni l'intervenante ne soutiennent que, pour ces critères, la fixation d'un niveau d'exigence aurait été impossible.

Il en résulte que le deuxième moyen est sérieux

VI. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VII. Confidentialité

A. Demandes des parties.

La requérante dépose à titre confidentiel les pièces "complémentaires" portant les références A à E et relatives à des informations concernant sa justification de prix et à des données concernant ses travailleurs.

La partie adverse dépose à titre confidentiel les pièces 1 à 7 d'un dossier qu'elle qualifie de "confidentiel" et contenant les offres initiales et meilleures offres de certains soumissionnaires, ainsi qu'un avis juridique d'un cabinet d'avocat.

La partie intervenante dépose à titre confidentiel les pièces 3 à 7 d'un dossier qu'elle qualifie d'"attribution" et contenant des extraits de son offre initiale, de sa meilleure offre et des échanges de courriers entre la partie adverse et elle-même.

Par ailleurs, la même partie intervenante, par un courriel adressé au Conseil d'État le 30 novembre 2017, demande la confidentialité des pièces 6, 11, 12, 15, 18 et 19 du dossier administratif qualifié de "non-confidentiel" par la partie adverse.

À l'audience du 8 décembre 2017, les conseils de la requérante demandent à ce que soit levée la confidentialité des pièces 6, 11, 12, 15, 18 et 19 du dossier administratif.

B. Appréciation du Conseil d'État

Dès lors que ces pièces ne sont, à ce stade de la procédure, pas nécessaires à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme KÖSE

CLEANING est accueillie.

Article 2.

Les pièces "complémentaires" portant les références A à E déposées par la requérante, les pièces 1 à 7 du dossier administratif qualifié de "confidentiel" et les pièces 6, 11, 12, 15, 18 et 19 du dossier administratif qualifié de " non-confidentiel", ainsi que les pièces 3 à 7 du dossier de la partie intervenante qualifié d'"attribution", sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du conseil d'administration de la S.N.C.B. du 27 octobre 2017 attribuant à la société KÖSE CLEANING le marché ayant pour objet la fourniture de services de nettoyage des locaux, bureaux et vitres dans les bâtiments de direction de la S.N.C.B. situés à Bruxelles et approuvant la conclusion de l'accord-cadre avec la société précitée pour une durée initiale d'un an assortie de maximum trois reconductions tacites d'un an, pour un montant annuel de 1.697.903, 56 euros.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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 cinq janvier deux mille dix-huit par :

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre,
M^{me} Katty LAUVAU, greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Imre KOVALOVSKY.