

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

A R R Ê T

n° 241.061 du 21 mars 2018

A.224.622/VI-21.202

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 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 26 février 2018, 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 d'attribuer à la SA Jet Clean Services et de ne pas attribuer à la requérante le marché public de services relatif au «Nettoyage de divers bâtiments, de leurs abords et d'espaces de bureaux du Service Public Régional de Bruxelles», communiquée à celle-ci par un courrier du Service Public Régional de Bruxelles de date inconnue reçu le 12 février 2018".

II. Procédure

Par une ordonnance du 27 février 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 mars 2018 à 13 heures 30.

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

Par une requête introduite le 7 mars 2018, 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. David DE ROY, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Jean LAURENT et Charline SERVAIS, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Bruno LOMBAERT et Martin VRANCKEN, avocats, comparaissant pour la partie adverse et M^e Louise GALOT, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Exposé des faits utiles à l'examen de la demande

À s'en tenir à la version qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être décrits comme suit :

- " 1. Le présent recours concerne la procédure de passation d'un marché public de services relatif au nettoyage de divers bâtiments, de leurs abords et d'espaces de bureaux du Service public régional de Bruxelles (SPRB) lancée par la Région de Bruxelles-Capitale, pouvoir adjudicateur et dont le cahier spécial des charges porte la référence n° GRF-335.
- Un avis de marché a été publié au Bulletin des Adjudications le 14 mars 2017 et au Supplément au Journal Officiel de l'Union européenne le 17 mars 2017 [...]. Par la suite, deux avis rectificatifs ont été publiés au Bulletin des Adjudications, respectivement le 30 mars et le 20 avril 2017, et au Supplément officiel au Journal Officiel de l'Union européenne le 4 et le 22 avril 2017 [...]. Le premier avis rectificatif avait pour objet la modification de l'inventaire joint au cahier spécial des charges. Le second avis rectificatif avait pour objet la modification des clauses

techniques du cahier spécial des charges et une seconde modification de l'inventaire.

Le présent marché a été passé en même temps que deux autres marchés publics de services de nettoyage de la Région de Bruxelles-Capitale concernant respectivement les espaces de bureaux du bâtiment CCN (cahier spécial des charges n° GRF-333) et les zones publiques et communes du site CCN (Centre de Communication Nord) (cahier spécial des charges n° GRF-334).

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

«Le présent marché de services concerne des prestations de nettoyage pour le Service Public Régional de Bruxelles (ci-après nommé le pouvoir adjudicateur), la fourniture des produits liés aux prestations de nettoyage, et la fourniture d'appareils (en location) et de produits sanitaires.

Le présent marché est un marché de service de catégorie 14 de l'annexe IIA de la Loi du 15 juin 2006 : Services de nettoyage de bâtiments et services de nettoyage de vitres (CPV : 90911200-8 et -9).

Les bâtiments concernés par le présent marché sont :

- CITY CENTER : Boulevard du Botanique 20 à 1000 Bruxelles (City Center);
- CRESPEL : Rue Capitaine Crespel 35 à 1050 Bruxelles;
- REGENT : Boulevard du Régent 21-23 à 1000 Bruxelles;
- DUCALE : Rue Ducale 7-9 à 1000 Bruxelles;
- BRUCEFO : Le bâtiment Brucefo – Avenue de l'Industrie 200 à 1070 Anderlecht;
- DELTA : Le bâtiment Delta – Rue Jules Cockx 9-11 à 1160 Auderghem.

[...]».

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

3. Il s'agit d'un marché public comportant des obligations de résultat.

Les clauses techniques du cahier spécial des charges prévoient en effet :

«Les clauses techniques définissent les conditions techniques imposées à l'adjudicataire pour le nettoyage de divers bâtiments, de leurs abords, et d'espaces de bureaux du Service Public Régional de Bruxelles.

Toutes les quantités reprises dans le descriptif technique et l'inventaire sont des quantités présumées. Elles ont été calculées avec le plus de précision possible afin de permettre aux soumissionnaires d'établir leur offre le plus finement possible et pourraient être adaptées par la suite pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur. Les soumissionnaires vérifieront avec précision les superficies et les surfaces à nettoyer préalablement à l'établissement de leur offre. Le pouvoir adjudicateur ne pourra en aucun cas être tenu pour responsable des erreurs éventuelles de métrage.

Le marché est à obligation de résultats : il consiste en un marché à obligations de résultats attendus pour les prestations de nettoyage. L'adjudicataire est tenu d'obtenir un résultat qualitatif tel que défini dans le manuel qualité développé au paragraphe 1.5 des clauses techniques. Les prestations couvriront tout autre besoin qui s'avérerait nécessaire en vue de garantir un parfait état de propreté permanent desdites zones et des éléments à nettoyer» [...].

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

- le prix (40 points);
- le montant des SLA (40 points); et
- le nombre d'heures prévues pour effectuer les tâches courantes (20 points).

S'agissant plus spécialement du critère du prix, le cahier spécial des charges prévoit que :

«La formule suivante est d'application : $cote = 40 \times \frac{X_1}{X_i}$

où X_i = montant de l'offre cotée

X_1 = montant de l'offre la plus basse».

Le prix global forfaitaire offert par les soumissionnaires doit être mentionné dans le formulaire de soumission et détaillé au moyen de l'inventaire joint au cahier spécial des charges, les deux documents devant être dûment signés et complétés. S'agissant du troisième critère, à savoir celui relatif au nombre d'heures prévues pour effectuer les tâches courantes, le cahier spécial des charges prévoit ce qui suit :

«Nombre d'heures prévues pour effectuer les tâches courantes : 20 points.

Le rapport suivant est considéré : $\frac{X_i}{X_1}$

où X_i = nombre d'heures prévues par le soumissionnaire pour l'exécution du poste 1, sur une année

X_1 = nombre d'heures prévues par le pouvoir adjudicateur pour l'exécution du poste 1, sur une année : 13.626 heures;

le poste 1, qui reprend l'ensemble des prestations de nettoyage quotidiennes et récurrentes, étant le poste prépondérant de l'inventaire.

Le pouvoir adjudicateur a estimé ce nombre de 13.626 heures 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 13.626 heures.

Ensuite, le soumissionnaire qui obtient le rapport le plus élevé reçoit la cote maximale de 20 points et les autres soumissionnaires reçoivent une cote proportionnelle inférieure».

En vue de déterminer le nombre d'heures nécessaires en principe pour effectuer ces prestations, le pouvoir adjudicateur s'est fondé sur le document fourni par un consultant externe, la firme IPSO [...]. Ce consultant, au terme d'une analyse détaillée des prestations comprises dans le poste n° 1 du marché, est arrivé à la conclusion que le nombre d'heures nécessaires en principe s'élevait à 13.626 heures par an.

Ces précisions étant faites, il y a lieu de souligner que le marché public n'en demeure pas moins un marché à obligations de résultat, comme énoncé plus haut (supra, n° 3).

5. Huit soumissionnaires ont remis une offre dans le délai imparti, à savoir pour le 3 mai 2017, à 11h40. La société Misanet a remis son offre le 28 avril 2017, et la société Jette Clean le 3 mai [...].

6. Le 2 mai 2017, la société Misanet a adressé un courrier à la partie adverse, dont la teneur est la suivante :

«Cher Monsieur Dauw,

Concerne : Nettoyage de divers bâtiments, de leurs abords et d'espaces de bureaux du Service Public Régional de Bruxelles

Cahier spécial des charges n° GRF-335

Nous avons le plaisir de vous faire parvenir notre meilleure offre de prix pour le nettoyage de divers bâtiments, de leurs abords et d'espaces de bureaux du Service Public Régional de Bruxelles – CSC n° GRF-335.

Toutefois, nous désirons vous informer que lorsque nous avons calculé les heures tout en respectant les cadences suivant la norme Misset 95, comme prévu au cahier Spécial des Charges dans les critères d'attribution, nous avons un total d'heures bien plus élevé que stipulé dans le Cahier Spécial des charges.

D'autre part, il apparaît de grosse discordance entre les quantités basées sur 48 mois multipliées par 4 en fin de l'inventaire, alors que la mission est prévue pour 4 ans au Cahier Spécial des Charges. C'est pour cela que nous avons repris dans le formulaire de soumission, le prix qui correspond dans l'inventaire au total de marché TVAC (1 an) qui en réalité est pour 4 ans avec la quantité des 48 mois et non du total marché TVAC (4 ans) qui reviendrait à 8 ans, de là la discordance.

Comme la livraison des fournitures sanitaires n'est pas prévue dans le Cahier Spécial des Charges ni dans l'inventaire, ceux-ci feront l'objet d'ordre [de] mission séparé.

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.
[...])» [...].

7. Le pouvoir adjudicateur a adopté une décision motivée d'attribution du marché le 5 juillet 2017 [...].

Cette décision a fait l'objet de deux recours en suspension selon la procédure d'extrême urgence, dont l'un a été introduit par la société Misanet.

Par un arrêt n° 238.961 du 21 août 2017, le Conseil d'État a ordonné la suspension de l'acte attaqué au motif qu'il ne ressortait ni de la décision attaquée, ni du dossier administratif, que le pouvoir adjudicateur avait bien procédé concrètement à la vérification des prix.

8. Par une décision du 27 octobre 2017, la Région de Bruxelles-Capitale a retiré la décision dont l'exécution avait été suspendue par le Conseil d'État [...]. Cette décision de retrait a été notifiée à la société Misanet le 3 novembre suivant [...].

9. La Région de Bruxelles-Capitale a adopté une nouvelle décision motivée d'attribution du marché le 9 février 2018 [...]. Il s'agit de la décision attaquée dans le cadre du présent recours.

10. Après analyse du respect des critères de sélection qualitative et examen de la régularité des offres par le pouvoir adjudicateur, il est apparu que quatre soumissionnaires sur huit ne satisfaisaient pas aux exigences fixées à cet égard par le cahier spécial des charges.

S'agissant plus spécialement de la vérification des prix, en vue de se conformer à l'arrêt n° 238.961 du 21 août 2017 précité, la Région de Bruxelles-Capitale a interrogé par un courrier du 27 novembre 2017 la société Jette Clean concernant la composition de ses prix et la manière dont elle exécuterait le marché, dans le respect des conditions d'exécution [...].

La société Jette Clean y a répondu par un courrier du 11 décembre 2017 [...].

La décision attaquée mentionne à cet égard ce qui suit :

«Attendu qu'en application de l'article 21, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le pouvoir adjudicateur a demandé à la S.A. Jette Clean, par un courrier du 27 novembre 2017, de transmettre toutes indications qui expliquent ses prix et la manière dont elle exécutera, dans le respect du tableau des salaires de l'Union de nettoyage visé en page 4 des clauses techniques du cahier spécial des charges, les prestations du marché pour le prix et pour le nombre d'heures fixés dans son offre; Attendu que la S.A. Jette Clean a répondu à cette demande par un courrier du 11 décembre 2017 (recommandé et email);

Attendu qu'elle a expliqué sa méthode de calcul pour la détermination du nombre d'heures nécessaires pour effectuer les prestations requises, qu'elle a exposé qu'elle recourait à des travailleurs dits "article 60" et à des étudiants durant les périodes de vacances, que le recours à des personnes fragilisées sur le marché de l'emploi est d'ailleurs imposé par le cahier spécial des charges pour un minimum de 3.600 heures pour les 12 premiers mois (et 7.200 heures par la suite sur base annuelle), qu'elle a tenu compte des différentes catégories de travailleurs (en ce compris les travailleurs "article 60" et les étudiants) et de leur coût respectif pour les différents postes du marché, ainsi que du coût des matériels, produits et machines et des frais généraux d'encadrement et de gestion administrative;

Attendu que la S.A. Jette Clean a joint des tableaux explicitant la décomposition de ses prix;

Attendu que le pouvoir adjudicateur considère que ces justifications sont acceptables et qu'elles sont de nature à permettre l'exécution du marché conformément aux conditions fixées dans le cahier spécial des charges et à la réglementation sociale applicable;

Attendu que, à la lumière des éléments repris ci-dessus, le pouvoir adjudicateur considère les prix proposés par Jette Clean comme normaux et acceptables».

11. Le pouvoir adjudicateur a donc procédé à la comparaison des offres des quatre soumissionnaires encore en lice, dont la société Misanet et la société Jette Clean.

Concernant la comparaison des offres au regard des critères d'attribution, la décision motivée d'attribution énonce ce qui suit :

«CRITERE N° 1 : MONTANT DE L'OFFRE (40 POINTS)

Attendu qu'après vérification et correction des opérations arithmétiques par le pouvoir adjudicateur (voy. supra), le montant des offres des soumissionnaires pour l'ensemble du marché, c'est-à-dire quatre ans, se présente comme suit :

Soumissionnaires	Montant (€ HTVA)
Jette Clean	1.548.837,68
Kose Cleaning	1.598.334,36
Misanet	2.183.903,32
Gom	2.247.477,32

Attendu qu'après application de la formule du critère d'attribution n° 1 reprise ci-avant, le nombre de points attribués aux soumissionnaires se présente comme suit. Jette Clean ayant donc remis le prix le plus bas, il obtient la totalité des points, les autres entreprises obtiennent des points au prorata :

Soumissionnaires	Points (40)
Jette Clean	40,00
Kose Cleaning	38,76
Misanet	28,37
Gom	27,57

CRITERE N°2 : Montant des SLA (40 POINTS)

Les soumissionnaires ayant remis des SLA égaux ou supérieurs aux maximums autorisés, ils obtiennent le maximum de points.

Soumissionnaires	Points (40)
Jette Clean	40,00
Kose Cleaning	40,00
Misanet	40,00
Gom	40,00

CRITERE N°3 : Nombre d'heures prévues pour effectuer les tâches courantes (20 POINTS)

Considérant que le nombre d'heures qui est proposé par chaque soumissionnaire pour effectuer les tâches courantes sont les suivantes :

Soumissionnaires	Nombre d'heures
Jette Clean	11.604,52
Kose Cleaning	13.626
Misanet	15.851,37
Gom	13.640

Conformément au cahier spécial des charges, le nombre d'heures proposé par chaque soumissionnaire pour effectuer les tâches courantes a été repris dans la formule ci-dessous :

Le rapport suivant est considéré : $\frac{X_i}{X_1}$

où X_i = nombre d'heures prévues par le soumissionnaire pour l'exécution du poste 1, sur une année

X_1 = nombre d'heures prévues par le pouvoir adjudicateur pour l'exécution du poste 1, sur une année : 13.626 heures;

le poste 1, qui reprend l'ensemble des prestations de nettoyage quotidiennes et récurrentes, étant le poste prépondérant de l'inventaire.

Le pouvoir adjudicateur a estimé ce nombre de 13.626 heures 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 13.626 heures.

Le résultat de ce calcul donne un chiffre de 1,163317922 pour Misanet, de 1 pour Jette Clean et Kose Cleaning et de 1,001027448 pour Gom.

Ensuite, le soumissionnaire qui obtient le rapport le plus élevé reçoit la cote maximale de 20 points et les autres soumissionnaires reçoivent une cote proportionnelle inférieure.

Misanet ayant remis le nombre d'heures le plus important, il obtient la totalité des points, les autres entreprises obtiennent des points au prorata. La formule utilisée pour ce faire est la suivante :

Nombre de points Jette clean= $20 \times (1/1,163317922)$

Nombre de points Kose cleaning= $20 \times (1/1,163317922)$

Nombre de points Gom= $20 \times (1,001027448/1,163317922)$

Les points attribués à chaque offre sont donc les suivants :

Soumissionnaires	Points (20)
Jette Clean	17,19
Kose Cleaning	17,19
Misanet	20,00
Gom	17,21

».

À l'issue de l'examen comparatif des offres, les soumissionnaires se sont vus attribuer les notes suivantes :

«TOTAL DES POINTS

Le total de points obtenus par les soumissionnaires se présente comme suit :

Soumissionnaires	Points (100)
Jette Clean	97,19
Kose Cleaning	95,95
Misanet	88,37
Gom	84,78

De cet examen, il est apparu que l'offre de Jette clean a obtenu la cotation la plus élevée».

La société Jette Clean ayant obtenu le plus grand nombre de points à l'issue de cet examen comparatif, le pouvoir adjudicateur lui a attribué le marché.

12. La décision motivée d'attribution a été communiquée à la société anonyme Misanet par un courrier recommandé du 12 février 2018 [...]".

IV. Intervention

Par une requête introduite le 7 mars 2018, la société anonyme KÖSE CLEANING demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure.

Cette société n'est certes pas le bénéficiaire de l'acte attaqué. Néanmoins, il apparaît, à la lecture de la requête, et plus particulièrement de la première branche du premier moyen, que la régularité de son offre, classée en deuxième position, est mise en cause, tout comme celle de l'offre de la société anonyme JETTE CLEAN, à laquelle le marché litigieux a été attribué.

Au regard de cet élément, la requérante en intervention a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure, de sorte qu'il y a lieu d'accueillir sa requête.

V. Recevabilité de la demande

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 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 la décision de ne pas attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

VI. Premier moyen – Première branche

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier 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; [du] principe de concurrence; [de l']erreur manifeste d'appréciation; [d]es principes généraux de bonne administration, notamment le principe général du raisonnable et le principe de minutie; [du] principe de motivation formelle et matérielle".

En sa première branche, ce moyen est formulé comme suit :

" EN CE QUE, le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant les offres de Jette Clean et Kose Cleaning régulières et leurs prix acceptables;

ALORS QUE, l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 énonce que :

«§ 1^{er}. 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, § 1^{er}, 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 1^{er} 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 1^{er}, 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 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 énonce que :

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

§ 2. Si les documents du marché le prévoient, le pouvoir adjudicateur peut confier aux personnes qu'il désigne la mission d'effectuer toutes vérifications sur pièces comptables et tous contrôles sur place de l'exactitude des indications fournies dans le cadre de la vérification des prix.

Les indications fournies en application des dispositions qui précèdent ne peuvent être utilisées par le pouvoir adjudicateur à d'autres fins que celle de la vérification des prix.

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

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

La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.

Les justifications concernent notamment :

1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;

2° les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;

3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

4° le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;

5° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Le pouvoir adjudicateur vérifie les justifications fournies et interroge à nouveau le soumissionnaire si nécessaire.

Lorsque le marché de travaux, de fournitures ou de services relevant de l'annexe II, A, de la loi atteint le montant fixé à l'article 32 et que le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide publique, l'offre ne peut être rejetée pour ce seul motif que si le soumissionnaire consulté n'est pas en mesure de démontrer dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne».

Qu'il ressort du Guide relatif à la lutte contre le dumping social dans les marchés publics et concessions que «un prix normal est un prix permettant à l'entrepreneur de conserver après déduction de tous ses frais une marche bénéficiaire raisonnable»;

Que le cahier spécial des charges énonce à la page 24 des clauses administratives que :

«Le troisième critère d'attribution :

Nombre d'heures prévues pour effectuer les tâches courantes : 20 points.

Le rapport suivant est considéré : $\frac{X_i}{X_1}$

où X_i = nombre d'heures prévues par le soumissionnaire pour l'exécution du poste 1, sur une année

X_1 = nombre d'heures prévues par le pouvoir adjudicateur pour l'exécution du poste 1, sur une année : 13.626 heures;

le poste 1, qui reprend l'ensemble des prestations de nettoyage quotidiennes et récurrentes, étant le poste prépondérant de l'inventaire.

Le pouvoir adjudicateur a estimé ce nombre de 13.626 heures 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 13.626 heures.

Ensuite, le soumissionnaire qui obtient le rapport le plus élevé reçoit la cote maximale de 20 points et les autres soumissionnaires reçoivent une cote proportionnelle inférieure».

Qu'en l'espèce, le nombre d'heures proposé par les soumissionnaires pour réaliser le marché concerne le poste n°1 seulement en vertu du cahier spécial des charges; Que le pouvoir adjudicateur indique 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 ; qu'au surplus, les soumissionnaires sont également soumis au respect des conventions collectives du travail de la commission paritaire n°121 qui imposent également le respect d'un salaire horaire minimal;

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'en vertu des conventions de la commission paritaire n°121, le salaire minimal hors charges sociales s'élève à un montant de 12,5255 par heure depuis juillet 2017, soit un salaire d'environ 25 euros par mois charges sociales comprises;

Que le prix horaire minimum proposé par la société Jette Clean s'élève à un montant de 21,07 euros de sorte que le prix proposé par cette société aurait dû être considéré comme irrégulier voire comme anormalement bas par le pouvoir

adjudicateur; que le prix horaire proposé ne permet en effet pas à Jette Clean de payer son personnel conformément aux normes salariales UGBN ou de la commission paritaire n°121; Que le tableau UGBN renseigne en effet des prix minimum de 12,52 de salaires perçus pour un montant total charges sociales comprises de 25,62 €; Que les offres des deux premiers classés ne respectent aucunement les minima prévus par la convention paritaire n°121 ou le tableau UGBN;

Que le prix horaire de Jette Clean a été calculé en référence au prix proposé pour le poste 1 obtenu en retirant 100.000 euros du prix total proposé par cette entreprise pour les quatre postes pour quatre ans (1.248.837,68 euros) qui correspond à une estimation du prix des autres postes; que le prix du poste 1 de Jette Clean s'élève à un montant de 1.148.837,68 euros, soit 287.209,42 euros par an; que le nombre d'heures proposé pour une année est de 13.626 heures; que le taux horaire proposé par Jette Clean est donc de 21,07 euros;

Que le prix proposé par Kose est également anormalement bas dès lors que le prix horaire proposé s'élève à 21,98 euros;

Qu'il convient de constater que le pouvoir adjudicateur n'a pas procédé à une réelle vérification des prix conformément à l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011;

Qu'en effet, si le pouvoir adjudicateur avait procédé à une véritable vérification des prix, il aurait dû constater que le prix horaire proposé par Jette Clean ne respectait pas les normes fixées par les clauses techniques dès lors que ce prix de 21,07 € est inférieur au prix minimum de 25.63 € déterminé à la ligne 1A du tableau UGBN; Que l'offre de Jet Clean devait nécessairement être écartée pour irrégularité conformément à l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011; Qu'il en va de même pour l'offre de Kose;

Qu'il ressort de la jurisprudence que «Lorsque le coût horaire moyen d'une offre de service de nettoyage est inférieur au coût du salaire horaire minimal fixé par la convention collective de travail, il importe à l'opérateur économique concerné de produire les éléments de preuve permettant d'établir la structure de prix qu'elle a proposée de manière à prouver le caractère normal du prix».

Qu'il ressort de la décision d'attribution que la société Jette Clean a expliqué, dans un courrier du 11 décembre 2017, sa méthode de calcul pour la détermination du nombre d'heures nécessaires pour effectuer les prestations requises; qu'elle aurait exposé dans ce courrier qu'elle recourait à des travailleurs dits «article 60» et à des étudiants durant les périodes de vacances; que la décision d'attribution précise également que le recours à des personnes fragilisées sur le marché de l'emploi est imposé par le cahier spécial des charges pour un minimum de 3.600 heures pour les 12 premiers mois;

Que l'explication donnée par Jette Clean dans son courrier du 11 décembre 2017 ne tient pas ; qu'une erreur vicie au surplus le cahier spécial des charges;

Qu'en effet, le cahier spécial des charges énonce en page 12 que la convention collective de travail relative à la reprise du personnel suite à un transfert de contrat d'entretien est applicable au présent marché ; Qu'en toute hypothèse, l'ensemble des soumissionnaires sont soumis à la convention collective de travail du 30 juin 2011 modifiant la convention collective de travail du 12 mai 2003 relative à la reprise de personnel suite à un transfert d'un contrat d'entretien en leur qualité d'entreprise de nettoyage;

Que le cahier des charges indique cependant en page 32 que l'exécution du marché est assortie d'une clause sociale visant à embaucher des personnes fragilisées sur le marché de l'emploi pour un nombre d'heures déterminé ; que ce nombre d'heures

est de minimum 3.600 pour les douze premiers mois «afin de tenir compte du délai de reprise du personnel employé par l'actuel prestataire»;

Que l'article 5 du cahier spécial des charges (page 32) est incompatible avec la convention collective de travail relative à la reprise du personnel, applicable au présent marché, dès lors qu'il est impossible de prédire le nombre de postes qui seront vacants après la reprise de personnel ; qu'il est tout à fait envisageable qu'aucun poste ne soit vacant après la reprise de personnel de sorte que cet article 5 ne pourra être respecté par le nouvel adjudicataire ; Que cette clause sociale doit être écartée en vue du respect de la convention collective de travail relative à la reprise de personnel;

Que dès lors que la société Jette Clean devra reprendre le personnel anciennement employé par l'adjudicataire du marché précédent, elle ne pourra bénéficier que d'un nombre très limité (voir aucun) de travailleurs «article 60» ou d'autres subventions;

Qu'au surplus, le cahier spécial des charges précise en page 30 que le recours à du personnel étudiant ne pourra se faire qu'à titre exceptionnel; qu'il est dès lors surprenant que le pouvoir adjudicateur avalise l'explication donnée par Jette Clean dans son courrier du 11 décembre 2017 duquel il ressort que la société entend recourir à des travailleurs étudiants durant les vacances scolaires;

Que l'offre de Jette Clean viole le droit social et du travail dès lors qu'elle contient des pratiques abusives qui peuvent être qualifiées de «dumping social»; que la partie adverse aurait dû écarter cette offre;

Que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que les explications communiquées par Jette Clean étaient acceptables; qu'il est indéniable que le prix proposé par Jette Clean ne lui permet pas de conserver, après déduction de ses frais, une marge bénéficiaire de sorte que ce prix doit être qualifié d'anormalement bas; que la motivation de la décision d'attribution est dès lors erronée; que l'article 5 du cahier spécial des charges est irrégulier;

Que la requérante a quant à elle proposé un prix horaire de 28,13 euros par heure; qu'elle respecte donc bien les normes salariales UGBN; qu'elle propose donc un prix normal conformément aux dispositions du cahier spécial des charges;

Qu'en ne procédant pas à une réelle vérification des prix et en n'écartant pas les offres de Jette Clean et de Kose 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 plus élevé que ces deux candidats dès lors qu'elle est la seule à avoir respecté les règles minimales UGBN;

Que la requérante propose au surplus un prix horaire plus intéressant que Gom de sorte qu'elle aurait dû se voir attribuer le marché;

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 sérieuse".

La requérante fait, par ailleurs, valoir ce qui suit, à propos de son intérêt au moyen :

- " La partie requérante démontre, dans le cadre du présent moyen, que les offres des sociétés Jette Clean et de Kose Cleaning auraient dû être écartées par le pouvoir adjudicateur dès lors que le prix horaire proposé par celles-ci est inférieur à 25,63 euros de sorte que l'exigence relative au respect du tableau des salaires de l'Union du nettoyage UGBN n'est pas respectée (ainsi que le tableau des salaires de la commission paritaire n°121).

À titre subsidiaire, si les offres de ces soumissionnaires ne devaient pas être écartées, *quod non*, la partie requérante démontre dans le cadre du présent moyen que si le prix total proposé par Jette Clean ou par Kose Cleaning est actuellement moindre que celui proposé par la requérante, c'est uniquement en raison du fait que le nombre d'heures proposé par ces sociétés pour réaliser le marché est irréalisable.

Si le nombre d'heures correct était appliqué à ces offres, deux hypothèses pourraient être envisagées :

- Soit les offres de ces sociétés devraient être écartées dès lors que le prix proposé est anormalement bas.
- Soit le prix total proposé par ces sociétés dépasserait celui proposé par la requérante de sorte que cette dernière passerait en première position dès lors que le critère relatif au prix est valorisé par un plus grand nombre de points.

La partie requérante démontre ainsi qu'elle arriverait en première position si son raisonnement devait être suivi. Elle a donc manifestement intérêt au moyen".

B. Note d'observations

En réponse au moyen, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

- " 15. L'argument de la requérante consiste à dire, si on le comprend bien, que le pouvoir adjudicateur aurait imposé un nombre minimal d'heures de prestations et que cette soi-disant règle devrait être lue en combinaison avec la condition d'exécution du marché selon laquelle l'adjudicataire est tenu de respecter le tableau des salaires établi par l'UGBN. Elle en déduit, au terme d'un calcul sommaire, que les prix offerts par la société Jette Clean et par la société Köse Cleaning, mis en relation avec 13.626 heures, ne permettraient pas à celles-ci de rémunérer leurs employés conformément aux exigences des clauses techniques du cahier spécial des charges, de sorte que leur offre serait irrégulière, ou à tout le moins anormalement basse.

Force est de constater que le moyen soulevé par la requérante repose sur une compréhension erronée du cahier spécial des charges concernant le nombre d'heures de prestation et, notamment, le troisième critère d'attribution.

16. En effet, en l'occurrence, le troisième critère d'attribution porte sur le nombre d'heures prévues par les soumissionnaires pour effectuer les tâches courantes. En favorisant l'offre qui prévoit le plus grand nombre d'heures pour effectuer les tâches courantes, ce critère d'attribution tend à encourager les soumissionnaires à prévoir des cadences de travail respectueuses de leurs employés – tout en offrant un prix correct.

Pour calculer le nombre de points susceptibles d'être accordés à chaque offre, le pouvoir adjudicateur a, avec l'aide d'un consultant externe, établi un nombre censé représenter le nombre d'heures de référence pour fournir les prestations visées au poste 1 du marché, à savoir les prestations de nettoyage quotidiennes et

récurrentes, compte tenu de leur caractère prépondérant. Ce nombre a été fixé à 13.626 heures (supra, n° 4).

Le cahier spécial des charges considère que ce nombre est une valeur de référence fixée de manière abstraite pour tous les soumissionnaires. Dès lors, si un soumissionnaire proposait une valeur inférieure à celui-ci, elle serait ramenée, pour les besoins du troisième critère d'attribution à 13.626 heures. En effet, le marché implique une obligation de résultat (supra, n° 3), ce qui a pour conséquence que l'attributaire devra l'exécuter de manière telle qu'il satisfasse aux clauses techniques du cahier spécial des charges, quel que soit le nombre d'heures qu'il a proposées pour ce critère.

En toute hypothèse, le fait pour un soumissionnaire de proposer un nombre d'heures inférieur à 13.626 ne pourrait en rien entraîner l'irrégularité de l'offre, le cahier spécial des charges prévoyant précisément une conversion du montant proposé pour les besoins du troisième critère d'attribution.

17. Dans le cadre de la procédure de suspension en extrême urgence introduite par la société Misanet contre la décision d'attribution d'un autre marché de la Région comportant un critère d'attribution analogue, procédure dans laquelle la société Misanet exposait le même raisonnement que celui développé dans le cadre du présent recours, le Conseil d'État a bien confirmé que celui-ci reposait sur une compréhension erronée du troisième critère d'attribution. Le Conseil d'État s'est exprimé en ces termes :

«En ce qui concerne la seconde branche du moyen, il ressort de la lecture de la clause litigieuse du cahier spécial des charges que le respect d'un minimum de 16.013 heures n'est pas obligatoire, puisqu'une valeur inférieure serait ramenée, pour le calcul du troisième critère, à 16.013 heures. Les soumissionnaires étaient donc bien avertis qu'ils n'étaient pas obligés de respecter cette valeur, mais qu'ils obtiendraient plus de points s'ils prévoyaient un nombre d'heures plus élevé. En revanche, ils savaient également que s'ils prévoyaient un nombre d'heures inférieur à la valeur de référence, le nombre d'heures pris en compte pour ce critère serait ramené à cette valeur, le rapport entre l'offre et la valeur de référence (X_i/X_1) étant, dans ce cas, automatiquement de 1. Autrement dit, les soumissionnaires proposant un nombre d'heures par an supérieur à la valeur de référence sont avantagés pour l'évaluation de ce critère. En revanche, tous ceux qui proposent un nombre d'heures égal ou inférieur à la valeur de référence sont traités de la même manière et reçoivent le même nombre de points» (la Région souligne).

18. D'autre part, les clauses techniques du cahier spécial des charges reprennent parmi les spécifications relatives au marché pour les postes 1 à 5 l'obligation suivante dans le chef de l'attributaire :

«L'adjudicataire est tenu de respecter le tableau des salaires (avec charges sociales) de l'Union du nettoyage (UGBN)» (page 5 des clauses techniques).

Cette exigence constitue une condition d'exécution du marché dont le respect doit être vérifié au moment de l'exécution de celui-ci. Il ne s'agit pas d'une cause d'irrégularité des offres, qui ne devaient d'ailleurs pas proposer un prix correspondant au taux horaire de rémunération du personnel de nettoyage, s'agissant d'un marché de services portant sur une prestation globale de nettoyage pour un prix forfaitaire.

19. Le calcul présenté par la requérante consiste à diviser le prix qu'elle suppose que la société Jette Clean a remis pour le poste 1 (1.148.837,68 euros HTVA, soit 287.209,42 euros par an) par le nombre d'heures minimum prévu par le cahier spécial des charges pour le calcul du troisième critère d'attribution (soit 13.626 heures). Elle croit pouvoir en déduire que le taux horaire de rémunération du personnel de nettoyage pratiqué par la société Jette Clean serait de 21,07 euros. Ce calcul est erroné et simpliste.

En effet, le calcul proposé ne concerne que le poste 1 du marché public mais ne prend pas en compte les postes 2, 3, 4 et 5 du marché. Or, c'est l'ensemble des postes du marché qui doivent être couverts par le prix global forfaitaire remis par chaque soumissionnaire.

Ensuite, comme le Conseil d'État l'a souligné dans l'arrêt n° 238.960 évoqué ci-avant, les soumissionnaires étaient libres de proposer un nombre d'heures inférieur au nombre de référence fixé dans le cahier spécial des charges (voy. supra, n° 17). C'est bien à l'aune du nombre d'heures que la société Jette Clean a déclaré qu'il serait le cas échéant possible – si tant est qu'un tel calcul soit pertinent, *quod non* – d'obtenir un taux horaire, et non du nombre d'heures de référence.

Par ailleurs, dans le secteur des services de nettoyage, de nombreux emplois font l'objet de subventions. Il en va ainsi par exemple lors de la mise à disposition par les CPAS de personnel dit «article 60», dispositif dont le but est de mettre ou remettre à l'emploi des bénéficiaires du revenu d'intégration sociale. Les entreprises de nettoyage peuvent par ailleurs recourir à l'utilisation de personnel dans le cadre du plan Activa, plan qui permet une diminution des cotisations ONSS patronales et qui accorde une allocation de travail.

Ces dispositifs peuvent avoir une incidence non négligeable, à la baisse, sur le coût total du personnel utilisé par le soumissionnaire.

20. À la suite de la suspension de la première décision motivée d'attribution, la Région a interrogé la société Jette Clean au sujet de ses prix (voy. supra, n° 9). Celle-ci a fourni une réponse qui a été jugée satisfaisante par la Région, comme en atteste la décision attaquée.

La société Jette Clean a ainsi fourni des indications concernant ses prix ainsi que les modalités suivant lesquelles elle entend exécuter le marché. Elle a joint à sa réponse un tableau expliquant la décomposition de ses prix. Elle a enfin expliqué sa méthode de calcul pour la détermination du nombre d'heures nécessaires pour effectuer les prestations requises.

Les explications fournies ont satisfait la Région, qui a considéré que la décomposition du nombre d'heures de travail prestées par chaque catégorie de travailleurs (avec leur coût respectif) était réaliste et raisonnable.

Pour l'ensemble des raisons qui précèdent, la requérante ne peut pas déduire du calcul simpliste qu'elle fait que la société Jette Clean rémunérerait son personnel à un taux horaire de 21,07 euros, et la société Köse Cleaning à un taux horaire de 21,98 euros. Ce calcul omet de prendre en compte plusieurs paramètres importants du calcul du coût global du personnel d'une entreprise de nettoyage dans le cadre du présent marché.

21. La requérante soutient en outre qu'une erreur vicie le cahier spécial des charges, en ce que la clause sociale visant à embaucher des personnes fragilisées sur le marché de l'emploi pour un nombre d'heures déterminé serait incompatible avec la convention collective de travail du 12 mai 2003 relative à la reprise du personnel suite à un transfert de contrat d'entretien, dès lors qu'il serait impossible de prédire le nombre de postes qui seraient vacants après la reprise de personnel. Contrairement à ce que soutient la requérante, il n'incombait pas à la Région d'aller encore plus loin dans l'appréciation de la justification de ses prix par la société Jette Clean.

La clause sociale prévue à l'article 5 des clauses administratives du cahier spécial des charges impose à l'adjudicataire d'employer de la main d'œuvre fragilisée sur le marché de l'emploi pour les besoins du marché en cause.

Cette clause ne s'applique qu'aux postes vacants. Concernant le nombre d'heures de prestation concernées, elle prévoit ceci :

«Le nombre d'heures durant lesquelles des personnes "cibles" doivent être occupées par l'adjudicataire, doit correspondre à un minimum de 7.200 heures par an (càd entre deux dates anniversaires de la notification du marché). Par dérogation à ce qui précède, afin de tenir compte du délai de reprise du personnel employé par l'actuel prestataire, ce nombre est réduit à un minimum de 3.600 heures pour les douze premiers mois suivant la notification du marché» (la Région souligne).

Il résulte du passage souligné que le pouvoir adjudicateur a clairement tenu compte, lors de l'élaboration des documents de marché et, plus précisément, de la clause sociale, de l'obligation de reprise du personnel qui s'impose à l'attributaire du marché, en estimant que le nombre de 3.600 heures (au lieu de 7.200) pour la

mise en œuvre de la clause sociale, la première année, prend suffisamment en compte cette obligation de reprise et le nombre de postes vacants qui y est lié. En fixant un tel nombre d'heures, le pouvoir adjudicateur est resté pleinement dans les limites du raisonnable. La requérante n'apporte du reste aucun élément permettant de mettre en cause le caractère réaliste du nombre d'heures fixé pour la mise en œuvre de la clause sociale.

La mise en œuvre de la clause sociale est donc parfaitement compatible avec le respect des prescriptions sociales en termes de reprise du personnel.

22. D'autre part, la requérante dans sa requête une application inexacte et abusive de la convention collective de travail du 12 mai 2003 relative à la reprise de personnel suite à un transfert d'un contrat d'entretien.

L'article 3 de celle-ci prévoit notamment ce qui suit :

«Pour les transferts de contrat d'entretien pour lesquels au moins 3 ouvriers sont concernés, les ouvriers ayant au moins neuf mois de prestations (périodes de suspension du contrat de travail incluses) sur le chantier, précédant immédiatement la date de l'entrée en vigueur du nouveau contrat commercial, qui n'atteignent pas l'âge de la pension et qui n'ont pas, dans le respect des clauses essentielles du contrat de travail, accepté la proposition éventuelle de reclassement faite par l'entreprise sortante, entrent de plein droit en service de l'entreprise qui obtient le contrat d'entretien.

[...]

Les ouvriers ainsi repris, reçoivent un nouveau contrat de travail, sans période d'essai et avec maintien de leur ancienneté et de leur nombre d'heures de travail contractuel et en tenant compte des conditions de travail normales prévues par les conventions collectives de travail de la Commission paritaire pour les entreprises de nettoyage et de désinfection».

Premièrement, cette convention ne s'applique qu'à une certaine catégorie d'ouvriers, à savoir ceux ayant au moins neuf mois de prestations sur le chantier, qui n'atteignent pas l'âge de la pension et qui n'ont pas, dans le respect des clauses essentielles du contrat de travail, accepté la proposition éventuelle de reclassement faite par l'entreprise sortante. Les ouvriers concernés par cette obligation de reprise sont donc bien moins nombreux que ce que la requérante tente de faire croire, et ce d'autant plus qu'il est peu probable que le prestataire actuel du marché souhaite se défaire de l'ensemble des ouvriers qu'il emploie sur le marché.

Deuxièmement, la convention ne contraint pas l'adjudicataire d'un marché de services d'entretien à employer sur le même chantier les travailleurs concernés. Tout au plus prévoit-elle que les ouvriers entrent de plein droit au service de l'entreprise qui obtient le contrat d'entretien, recevant un nouveau contrat de travail, notamment avec maintien de leur ancienneté et de leur nombre d'heures de travail et en tenant compte des conditions de travail normales prévues par les conventions collectives de travail de la Commission paritaire pour les entreprises de nettoyage et de désinfection.

C'est donc à tort que la requérant prétend que la société Jette Clean ne pourra bénéficier que d'un nombre très limité de travailleurs «article 60» (voire d'aucun) ou d'autres subventions.

23. Pour le reste, c'est également à tort que la requérante prétend que le recours à du personnel étudiant ne pourra se faire qu'à titre exceptionnel, les clauses administratives du cahier spécial des charges se bornant à prévoir que :

«Si, par extraordinaire, l'adjudicataire devait avoir recours à du personnel étudiant ou intérimaire, le premier devra apporter pour chaque ouvrier ou employé qui relève de ces catégories la preuve que ce dernier a suivi avec fruit une formation spécifique en matière de nettoyage».

L'adjudicataire est bien évidemment libre de recourir à du personnel étudiant ou intérimaire, moyennant le respect de cette obligation de formation.

Pour le surplus, le nombre d'heures de prestation par des étudiants par an qui a été indiqué par la société Jette Clean est tout à fait raisonnable au regard des heures prestées par les ouvriers «1A UGBN», les ouvriers «article 60» et le chef d'équipe [...].

C'est donc à tort que la requérante prétend que la Région de Bruxelles-Capitale aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.
Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent qu'en estimant que l'offre de la société Jette Clean n'était pas irrégulière ni ne comportait des prix anormalement bas, la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation.

Le moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux".

C. Requête en intervention

L'intervenante formule, quant à elle, les observations suivantes:

- " 17. L'Union Générale Belge du Nettoyage (ci-après «l'UGBN») réunit toutes les entreprises professionnelles dans le secteur du nettoyage et de la désinfection, du nettoyage industriel, dans le secteur de l'enlèvement de déchets et du ramonage. L'UGBN est une association professionnelle reconnue pour le secteur de nettoyage en Belgique.
En tant qu'association professionnelle, l'UGBN rédige entre autres des memos pour ses membres contenant des informations utiles.
Ainsi, un des documents établis par l'UGBN est le «Tableau des salaires avec charges» tel que déposé en néerlandais comme pièce 4 par la partie requérante et que la partie intervenante dépose en français comme pièce B.2. Il s'agit de la version du tableau applicable à partir du 1^{er} janvier 2017 et qui était le tableau utilisé par l'UGBN au moment de la remise des offres pour le marché litigieux.
18. La partie requérante estime que c'est à ce tableau que la partie adverse fait référence à la page 5 des clauses techniques du cahier spécial des charges qui énonce «L'adjudicataire est tenu de respecter le tableau des salaires (avec charges sociales) de l'Union du nettoyage (UGBN)» [...].
19. Selon la partie requérante, il ressortirait de ce tableau que l'UGBN imposerait un salaire horaire minimal, charges sociales comprises, de 25,63 EUR.
20. Contrairement à ce que prétend la partie requérante, l'UGBN n'impose nulle part et certainement pas dans le tableau en question, un salaire horaire minimal charges sociales comprises (voyez infra points 25 et s.).
21. Le seul barème qui est imposé en l'espèce dans le secteur du nettoyage est le salaire horaire minimal hors charges sociales qui est imposé par la Convention Collective de Travail du 20 juin 2017 relatif aux salaires, sursalaires et primes émanant de la Commission paritaire pour le nettoyage (ci-après la CP n° 121) [...] qui impose un salaire horaire minimal par catégorie de travailleur.
- À titre d'illustration, pour un travailleur de base (catégorie 1A) le salaire horaire minimal hors charges sociales s'élève à 12,5255 EUR à partir du 1^{er} janvier 2017 [...].
22. C'est ce chiffre de 12,5255 EUR pour un travailleur de catégorie 1A qui est repris dans la colonne «salaire» du «Tableau des salaires avec charges» de l'UGBN [...]:

Tableau des salaires avec charges

Paramètre

% 104,60

validité : à partir du 1^{er} janvier 2017

Categorie	Salaire	Prix de revient	Primes et sursalaires	Salaire	Prix de revient
1A	€ 12,5255	25,6272	nuît	€/h 2,3305	4,7682
1B	€ 12,9245	26,4435	dimanche - jour férié	% 100	+ charges
1C	€ 13,0495	26,6993	samedi	% 25	+ charges
1D	€ 13,3185	27,2497	insalubrité	€/h 0,4880	0,9984
			intempérie cat 3 D	€/h 0,0960	0,1964
2A	€ 13,3545	27,3233	masque	€/h 1,4965	3,0618
2B	€ 13,7445	28,1212	nucéaire	€/h 0,7875	1,6112
2C	€ 13,9045	28,4486	équipes successives et		
2D	€ 13,7445	28,1212	alternatives - excepté cat 8	€/h 0,8080	1,6532
2E	€ 13,8855	28,4097			
2F	€ 12,7685	26,1244	chef d'équipe	% 10	+ charges
			brigadier	% 5	+ charges
3A	€ 14,2760	29,2087			
3B	€ 14,1760	29,0041	heures supplémentaires		
3C	€ 15,0365	30,7647	au-delà de 37h/sem.	% 50	+ charges
3D	€ 15,4265	31,5626	heures complémentaires		
3E	€ 15,9215	32,5754	au-delà de 37 heures/mois	% 50	+ charges
4A-7A	€ 14,1760	29,0041	permanence WE	€ 53,1600	108,7654
4B-7B	€ 14,5305	29,7294	permanence JF	€ 26,5865	54,3960
4C-7C	€ 14,7790	30,2378			
4D-7D	€ 15,0295	30,7504	indemnité de mobilité	€/km 0,0658	
			indem. de mobilité	€/km 0,1316	
5	pm				
			indemnité entre chantiers	€/km 0,0820	0,1678
6	€ 13,6365	27,9003	indem. entre chantiers	€ 1,6400	3,3554
			minim.		
8	€ 13,7945	28,2235	utilisation propre voiture	€/km 0,3363	
8 A	€ 14,7130	30,1028	indemnité vélo	€/km 0,22	
8 B	€ 14,9840	30,6573			
8 B 1	€ 14,9840	30,6573	supplément logement	€ 14,5045	
8 B 2	€ 15,4075	31,5237	supplément nourriture	€ 26,9330	
8 B 3	€ 15,7910	32,3084			
8 B 4	€ 16,2220	33,1902	entr. vêtem. travail/semaine	€ 1,8230	
8 C	€ 16,8715	34,5191	entr. vêtem. travail/mois	€ 7,29	
9	voir CCT entreprise		repas + 10 h travail	€ 12,8805	
10 A	€ 14,7490	30,1765	Indemnité RGPT	€ 1,63	
10 B	€ 15,1805	31,0593			
10 C	€ 15,6800	32,0813	Primes cat 8		
10 D	€ 16,7800	34,3319	masque	€/j 13,0680	26,7371
10 E	€ 16,8490	34,4731	inertie	€/j 13,0680	26,7371
10 F	€ 17,3465	35,4909	permanence WE	€ 53,1600	108,7654
			permanence JF	€ 26,5865	54,3960
			départ	€ 26,5865	54,3960
			indem. journ. miss. service		
			à partir de 76 km/jour	€ 13,84	

de 26 à 75 km/jour	€	10,43
de 10 à 25 km/jour	€	4,01

La troisième colonne du «Tableau des salaires avec charges» indique le «prix de revient» calculé par l'UGBN.

23. La partie requérante allègue que ce «prix de revient» serait le salaire horaire minimal charges sociales comprises imposé par l'UGBN.

24. Cette allégation est non fondée.

25. En effet, le « prix de revient » calculé par l'UGBN est une simple indication du coût moyen pour une heure de travail par catégorie de travailleur pour un travailleur pour lequel l'employeur doit payer les charges sociales maximales. L'UGBN calcule ce «prix de revient» sur la base de deux paramètres qu'elle nomme des «paramètres révisions des prix». Ces «paramètres révision des prix» sont repris dans un document explicatif qui accompagne le «Tableau des salaires avec charges» [...]. Les deux paramètres sont les suivants :

1) Les cotisations sociales ouvriers imposées par l'ONSS. Le document énumère les différentes cotisations sociales qui doivent être payées par les employeurs. Ces cotisations sociales sont les mêmes pour toutes les entreprises de nettoyage. Le document reprend les cotisations sociales maximales [...] :

Parameters prijsherzieningen - Paramètres révisions des prix					
I. - Sociale bijdragen arbeiders - Cotisations sociales ouvriers					
RSZ	1/07/2016		1/01/2017		ONSS
	108 %	100 %	108 %	100 %	
Basisbijdrage					Cotisation de base
Pensioenen	8,86		8,86		Pensions
Ziekte en invaliditeit					Maladie et invalidité
Geneeskundige verzorging	3,80		3,80		Soins de santé
Uitkeringen	2,35		2,35		Indemnités
Werkloosheid	1,46		1,46		Chômage
Arbeidsongevallen	0,30		0,30		Accidents de travail
Beroepsziekten	1,00		1,00		Maladies professionnelles
Kinderbijslag	7,00		7,00		Allocations familiales
Betaald educatief verlof	0,05		0,05		Congé-éducation payé
Kinderopvang	0,05		0,05		Accueil des enfants
Begeleidingsplan	0,05		0,05		Plan d'accompagnement
Tax shift 2016	-2,27		-2,27		Tax shift 2016
	22,65	24,46	22,65	24,46	
Overige algemene bijdragen					Autres cotisations générales
Jaarlijkse vakantie	5,65		5,61		Vacances annuelles
Asbestfonds	0,01		0,01		Fonds amiante
Arbeidsongevallen	0,02		0,02		Accidents de travail
Tijd. werkloosh. anciënniteit	0,10		0,10		Chômage temporaire âgés
Loonmatiging	7,35		7,35		Modération salariale
	13,13	14,18	13,09	14,14	
Bijdrage werkloosheid					Cotisation chômage
10 of meer werknemers	1,60		1,60		10 travailleurs ou plus
Loonmatiging	0,09		0,09		Modération salariale

	1,69	1,83	1,69	1,83	
Sluiting ondernemingen					Fermeture d'entreprises
20 of meer werknemers	0,18		0,22		20 travailleurs ou plus
Loonmatiging	0,01		0,01		Modération salariale
Tijdelijke werkloosheid	0,13		0,13		Chômage temporaire
Loonmatiging	0,01		0,01		Modération salariale
	0,33	0,36	0,37	0,40	
Sectoreigen bijdragen					Cotisations propres au secteur
Sociaal fonds schoonmaak	15,20		15,20		Fonds social du nettoyage
Sectoraal pensioenfonds	1,72		1,72		Fonds de pension sectoriel
Opleidingscentrum	0,75		0,75		Centre de formation du
	17,67	19,08	17,67	19,08	
Totaal		59,91		59,91	
Jaarlijkse vakantie					Vacances annuelles
Betaalbaar op 30 april	10,27		10,27		Payable au 30 avril
	10,27	11,09	10,27	11,09	
Totaal RSZ		71,00		71,00	Total ONSS

2) «Autres charges». La catégorie des «Autres charges» reprend la liste des charges qui reposent sur les employeurs en vertu de diverses législations mais dont le tarif n'est pas fixé par les législations en question. Le tarif peut donc varier d'une entreprise à l'autre et les chiffres repris dans le tableau de l'UGBN sont des moyennes sectorielles que l'UGBN a calculées sur la base de statistiques dont elle dispose [...].

Parameters prijsherzieningen - Paramètres révision des prix			
II. - Andere lasten - Autres charges			
Sectorgemiddelden			
Betaalde afwezigheden, RSZ inbegrepen	1/07/2016	1/01/2017	Absences payées, ONSS compris
	10	10	
Feestdagen	7,50	7,50	Jours fériés
11de extra wettelijke feestdag	0,75	0,75	11ème jour extra légal
Ancienniteitsverlof	0,93	0,93	Congé d'ancienneté
Kort verzuim	0,30	0,30	Petit chômage
Gewaarborgd weekloon	2,71	2,71	Salaire hebdomadaire garanti
Impact eenheidstatuut	3,96	3,96	Impact statut unique
Totaal RSZ inbegrepen	16,15	16,15	Total ONSS compris
Diverse verplichtingen, zonder RSZ	1/07/2016	1/01/2017	Obligations diverses, sans ONSS
	10	10	
Wetsverzekering	3,52	3,52	Assurance loi
Gewaarborgd weekloon 2de week	1,58	1,58	Salaire hebdomadaire 2ème
Gewaarborgd maandloon	0,59	0,59	Salaire mensuel garanti

Arbeidskledij	1,57	1,57	Vêtements de travail
Arbeidsgeneeskunde	0,51	0,51	Medecin de travail
Vervoerkosten, tussenwerf, ARAB vergoeding	5,72 2,22	5,72 2,22	Frais transport, entre chantiers, Indemnité RGPT
Totaal	15,71	15,71	
Impact andere	1/07/2016	1/01/2017	Impact autres mesures
Looncorrectie BV, doelgroepen, structurele lastenverlaging bijdrage economische WL, ...	10	10	Correction salariale PP, groupes diminution structurelle , chômage, ...
Totaal	1,74	1,74	Total
Parameter prijsherziening	104,60	104,60	Paramètre révision des prix

En additionnant les différents totaux repris dans les deux postes «paramètres révision de prix» (71 + 16,15 + 15,71 + 1,74), l'UGBN arrive au «Paramètre révision des prix» de 104,60 (voyez la dernière ligne du tableau ci-dessus).

26. C'est ce «Paramètre révision des prix» de 104,60 % qui est repris en haut du «Tableau des salaires avec charges» (pièce B.2) et que l'UGBN a utilisé pour calculer le «prix de revient» pour chaque catégorie de travailleurs repris dans la troisième colonne du «Tableau des salaires avec charges»

À titre d'illustration, pour un travailleur catégorie 1A :

$$25,6272 = 12,5255 + \frac{12,5255 \times 104,60}{100}$$

27. Le «Paramètre révision des prix» de 104,60 étant partiellement basé sur des chiffres qui sont des moyennes sectorielles, il ne peut en aucun cas être pris en compte comme paramètre légal pour déterminer le salaire horaire minimal toutes charges sociales comprises et qui aurait pour conséquence que tout salaire horaire minimal toutes charges sociales comprises en dessous du «prix de revient» calculé par l'UGBN serait automatiquement considéré comme un prix anormalement bas.

28. En outre le «Tableau des salaires avec charges» de l'UGBN illustre uniquement un «prix de revient» pour les cas où l'employeur est tenu de payer les charges sociales maximales.

Ni le «Tableau des salaires avec charges» ni le document «Paramètres révision des prix» ne prennent en compte les emplois qui font l'objet de subventions et qui bénéficient de diminution des charges sociales tel que par exemple les employés bénéficiant du régime «Activa».

Or, le recours à du personnel bénéficiant de subventions telles que des diminutions des charges sociales, entraîne une diminution du coût salarial du personnel et donc un «prix de revient» par heure moins cher.

29. En tout état de cause, la partie intervenante conteste formellement les allégations de la partie requérante selon lesquelles le prix remis par la partie intervenante serait un prix anormalement bas et que son offre ne respecterait pas les minima prévus par la CTT du 20 juin 2017 relative aux salaires, sursalaires et primes.

Dans ce cadre la partie intervenante observe que la partie adverse a jugé dans l'acte attaqué que les prix de la partie intervenante n'apparaissent pas anormalement bas ou élevés [...].

Quant au prétendu taux horaire de 21,98 EUR offert par la partie intervenante, ce montant est uniquement basé sur des estimations faites par la partie requérante et est erroné. La partie intervenante ne dévoilera toutefois pas le prix qu'elle a remis

pour le poste 1, qui au demeurant est un prix forfaitaire global et non pas un taux horaire, puisqu'il s'agit d'un prix unitaire qui relève de son secret d'affaires. En outre, la connaissance de ce prix n'est pas nécessaire pour réfuter les allégations concernant un prétendu salaire horaire minimal imposé par l'UGBN.

30. Il découle de ce qui précède que c'est à juste titre que la partie adverse a estimé que les prix de la partie intervenante n'apparaissent pas anormalement bas. La première branche du premier moyen manque dès lors de sérieux et est non fondée".

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen, qui invoque notamment une violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que des articles 21 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, dénonce en substance l'absence de réelle vérification des prix proposés par les soumissionnaires JETTE CLEAN et KÖSE CLEANING et reproche à la partie adverse d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que les prix respectivement proposés par ces deux sociétés étaient acceptables et que leurs offres étaient régulières. Il ressort, par ailleurs, des développements de ce moyen, qu'il met également en cause la motivation formelle de l'acte attaqué.

L'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit en son paragraphe premier :

" Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites. À sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure toutes indications permettant cette vérification".

En l'espèce, la partie adverse a considéré comme acceptable le prix proposé par la société JETTE CLEAN, au terme de l'examen des justifications que celle-ci avait été invitée à fournir.

Par ailleurs, l'acte attaqué contient le motif suivant :

" Attendu que les prix de Gom, Köse Cleaning et Misanet n'apparaissent pas anormalement bas ou élevés".

Ce motif laisse supposer que la vérification des prix à laquelle la partie adverse était tenue, en vertu de l'article 21 précité, a bien été effectuée.

L'examen du moyen impose de distinguer selon que la vérification des prix à laquelle la partie adverse était tenue, se rapporte au prix proposé par la société KÖSE CLEANING ou à celui qui l'a été par la société JETTE CLEAN.

Quant à la vérification du prix proposé par la société KÖSE CLEANING

Dans le cadre d'un marché du type de celui qui est en cause, la détermination du prix dépend, dans une importante mesure, des frais de personnel et, partant, de la configuration de celui-ci, laquelle est notamment influencée par diverses obligations à caractère social (dont la reprise – par l'attributaire du marché – du personnel précédemment affecté aux prestations faisant l'objet de ce marché) ou par les possibilités qu'ont, ou non, les soumissionnaires de disposer de catégories de travailleurs dont les coûts peuvent être moindres à raison de régimes spécifiques. Ainsi que les débats tenus à l'audience du 13 mars 2018 l'ont mis en évidence, la détermination du prix révèle une complexité telle que la vérification à laquelle le pouvoir adjudicateur est tenu ne peut être effectuée que si celui-ci dispose d'éléments concrets permettant de comprendre la structure du prix proposé. De tels éléments, communiqués par le soumissionnaire à l'appui de son offre ou en réponse à une invitation adressée par le pouvoir adjudicateur à l'occasion de la vérification requise, doivent nécessairement figurer au dossier administratif. Tel n'est toutefois pas le cas pour ce qui a trait à l'offre de la société KÖSE CLEANING, de sorte que la partie adverse n'établit pas avoir procédé à la vérification du prix proposé par ce soumissionnaire.

Il s'ensuit qu'en tant qu'il dénonce l'absence de réelle vérification du prix proposé par la société KÖSE CLEANING, le moyen doit être déclaré sérieux en sa première branche.

Quant à la vérification du prix proposé par la société JETTE CLEAN

Il ressort de l'acte attaqué que la partie adverse a notamment pris en considération le recours à des travailleurs étudiants comme élément de justification du prix proposé par la société JETTE CLEAN.

Aux termes de son moyen, la requérante déclare être surprise par le fait que la partie adverse a avalisé cet élément de justification. En faisant apparaître qu'elle ne comprend pas la raison pour laquelle cette justification a été acceptée, la requérante met, implicitement mais certainement, en cause la motivation formelle de l'acte attaqué.

La disposition du cahier spécial des charges aux termes de laquelle "[s]i, par extraordinaire, l'adjudicataire devait avoir recours à du personnel étudiant ou intérimaire, le premier devra apporter pour chaque ouvrier ou employé qui relève de ces catégories la preuve que ce dernier a suivi avec fruit une formation spécifique en

matière de nettoyage" impose de considérer que le recours à des travailleurs étudiants doit rester exceptionnel.

La lecture du courrier confidentiel du 11 décembre 2017 fait toutefois clairement apparaître que le recours à des travailleurs étudiants n'est pas conçu par la société JETTE CLEAN comme revêtant un caractère exceptionnel, ce dont témoigne notamment le montant de la réduction des coûts de personnel permise par ce procédé.

La motivation de l'acte attaqué ne permet pas de comprendre la raison pour laquelle la partie adverse a pu se satisfaire d'une telle justification révélant une dérogation à une condition fixée par les documents du marché.

Il s'ensuit que dans la mesure où il critique la motivation de l'acte attaqué, en tant que celui-ci accepte les justifications de prix fournies par la société JETTE CLEAN, le moyen doit également être déclaré sérieux en sa première branche.

VII. 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.

VIII. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de la pièce 11 de son dossier, laquelle est constituée de son offre et de déclarations sur l'honneur.

La partie adverse demande également de maintien de la confidentialité des offres de la requérante et de la société JETTE CLEAN, ainsi que des courriers des 27 novembre et 11 décembre 2017, échangés entre celle-ci et la partie adverse (pièces 1 à 4 du dossier administratif confidentiel). L'intervenante appuie cette demande 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.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme KÖSE CLEANING est accueillie dans la présente procédure.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision prise en date du 9 février 2018 par la Région de Bruxelles-Capitale d'attribuer à la société JETTE CLEAN le marché public de services relatif au «Nettoyage de divers bâtiments, de leurs abords et d'espaces de bureaux du Service Public Régional de Bruxelles» est ordonnée.

Article 3.

La demande est rejetée pour le surplus.

Article 4.

La pièce 11 du dossier de pièces de la partie requérante et les pièces 1 à 4 du dossier administratif confidentiel demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 5.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 6.

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 à la partie n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 7.

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

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

MM. David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.