

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

A R R Ê T

n° 242.862 du 7 novembre 2018

A. 226.280/VI-21.325

En cause : **la société privée à responsabilité limitée A.I.R.A.
CLEANING SERVICES,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Christophe DUBOIS, Ikram EABDELLATIN et
Isabelle VAN KRUCHTEN, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par le Secrétaire d'État à
l'Asile et la Migration, chargé de la Simplification
administrative, adjoint au ministre de la Sécurité
et de l'Intérieur,

ayant élu domicile chez
M^e Stijn BUTENAERTS, avocat,
boulevard Léopold II 180
1080 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 27 septembre 2018, la société privée à responsabilité limitée A.I.R.A. CLEANING SERVICES demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision adoptée par Monsieur Théo Francken, Secrétaire d'État à l'Asile et à la Migration, chargé de la Simplification administrative, le 12 septembre 2018, aux termes de laquelle il est décidé d'attribuer les lots 1 à 5 du marché relatif à l'entretien des centres fermés et des logements FITT gérés par l'Office des Étrangers aux soumissionnaires MISANET pour les lots 1, 2, 3 et 5 et ATALIAN pour le lot 4".

II. Procédure

Par une ordonnance du 28 septembre 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 19 octobre 2018 à 9 heures 30.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 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.

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

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Isabelle VAN KRUCHTEN et Ikram EABDELLATIN, *loco* M^e Christophe DUBOIS, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Stijn BUTENAERTS, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Luc DONNAY, auditeur au Conseil d'État, a été entendu 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

La partie adverse expose comme suit les faits de la cause :

" 1. En sa qualité de pouvoir adjudicateur, l'État belge, représenté par le Secrétaire d'État à l'Asile et la Migration, chargé de la Simplification administrative, a lancé un marché public de services relatif au nettoyage des centres pour illégaux et des maisons FITT sous gestion de l'Office des Etrangers.

Ce marché est divisé en 10 lots, chacun concernant un centre ou une maison FITT.

2. L'avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications du 3 avril 2018 et au Journal officiel de l'Union européenne du 5 avril 2018.

3. Le marché est régi par un cahier spécial des charges portant le n° 2018/DVZOE/CLEANING/OP [...].

4. Le mode de passation retenu est la procédure ouverte.

5. La date limite de réception des offres était fixée au 14 mai 2018.

6. En ce qui concerne les lots 1 à 5, cinq soumissionnaires ont introduit une offre dans le délai imparti :

- La SPRL A.I.R.A. CLEANING SERVICES, Rue Edouard Colson 280, 4431 Loncin [...];
- La SA ATALIAN, Boulevard international 55 F, 1070 Anderlecht [...];
- La SA GROUP CLEANING SERVICES, Rue Godefroid Kurth 19, 1140 Evere [...];

- La SA LAURENTY, Rue de Mont Saint-Martin 73, 4000 Liège [...];
- La SA MISANET, Rue Jacobs Fontaine 75, 1020 Bruxelles [...].

En ce qui concerne les lots 6 à 10, trois soumissionnaires ont introduit une offre dans le délai imparti :

- La SPRL A.I.R.A. CLEANING SERVICES, Rue Edouard Colson 280, 4431 Loncin [...];
- La SA LAURENTY, Rue de Mont Saint-Martin 73, 4000 Liège [...];
- La SA MISANET, Rue Jacobs Fontaine 75, 1020 Bruxelles [...].

7. Le 12 septembre 2018, le pouvoir adjudicateur a pris deux décisions d'attribution, l'une concernant les lots 1 à 5, l'autre concernant les lots 6 à 10.

En ce qui concerne la première décision [...], il a décidé d'attribuer les lots comme suit :

- Lot 1: la SA MISANET, Rue Jacobs Fontaine 75, 1020 Bruxelles ;
- Lot 2: la SA MISANET, Rue Jacobs Fontaine 75, 1020 Bruxelles ;
- Lot 3: la SA MISANET, Rue Jacobs Fontaine 75, 1020 Bruxelles ;
- Lot 4: la SA ATALIAN, Boulevard international 55F, 1070 Anderlecht;
- Lot 5: la SA MISANET, Rue Jacobs Fontaine 75, 1020 Bruxelles.

Il s'agit de l'acte attaqué.

En ce qui concerne la deuxième décision [...], le pouvoir adjudicateur a décidé d'attribuer les lots comme suit :

- Lot 6: la SPRL A.I.R.A. CLEANING SERVICES, rue Edouard Colson 280, 4431 Loncin;
- Lot 7: la SA MISANET, Rue Jacobs Fontaine 75, 1020 Bruxelles ;
- Lot 8: la SPRL A.I.R.A. CLEANING SERVICES, rue Edouard Colson 280, 4431 Loncin;
- Lot 9: la SPRL A.I.R.A. CLEANING SERVICES, rue Edouard Colson 280, 4431 Loncin;
- Lot 10: la SPRL A.I.R.A. CLEANING SERVICES, rue Edouard Colson 280, 4431 Loncin.

8. Par un courrier du 12 septembre 2018, adressé par voie postale et par mail, la partie adverse informait la partie requérante de ce qu'aucun des cinq lots litigieux ne lui était attribué [...].

À ce courrier était joint une décision d'attribution datée du 12 septembre 2018, l'acte attaqué.

9. Le présent recours porte sur les lots 1 à 5 de ce marché".

IV. Recevabilité

La partie adverse ne conteste pas la recevabilité du recours. Aucune exception d'irrecevabilité ne paraît devoir être soulevée.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

Le deuxième moyen est pris de la violation de :

- la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, et plus particulièrement des articles 5, 36, 66 et 71,
- l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, et plus particulièrement des articles 65 et 67,
- et des principes d'égalité de traitement, de transparence et de concurrence, en ce que, la partie adverse sollicite la preuve d'une assurance couvrant les risques professionnels, sans fixer de seuil d'exigence et que, sur cette base, elle sélectionne les soumissionnaires et elle attribue les lots litigieux, alors que "les exigences de sélection qualitative posées par les dispositions et principes visés au moyen ne sont pas satisfaites; qu'en effet, pour qu'un critère de sélection soit régulier, celui-ci doit, en principe, obligatoirement être assorti d'un seuil d'exigence minimal; qu'à défaut, la partie adverse ne pouvait, sans violer les dispositions et principes visés au moyen, d'une part, procéder sur la base des documents du marché à la sélection qualitative des soumissionnaires et déclarer qu'ils satisfaisaient aux exigences en vertu de la réglementation applicable et, d'autre part, désigner l'offre des soumissionnaires pressentis de chacun des lots litigieux comme étant l'offre économiquement la plus intéressante".

Dans les développements consacrés au moyen, la requérante soutient d'abord qu'elle dispose de l'intérêt à contester la régularité d'un critère de sélection même si elle a été sélectionnée, dès lors que cette irrégularité est de nature à vicier toute la procédure d'attribution.

Sur le fond du moyen, elle expose que, sur la base de l'article 71 de la loi précitée du 17 juin 2016, "l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 prévoit que l'entité adjudicatrice doit préciser les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel, ainsi que leurs niveaux d'exigence, de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché". Elle souligne que cette dernière disposition consacre la jurisprudence antérieure du Conseil d'État, ainsi qu'en atteste le rapport au Roi. Elle déduit de l'article 67, § 4, de l'arrêté royal précité que la réglementation prévoit expressément que le critère relatif à la preuve d'une assurance professionnelle se prête à la fixation d'un niveau d'exigence approprié.

Elle constate que, parmi les critères de sélection relatifs aux moyens financiers du soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur exige, pour chacun des lots entrepris, la preuve d'une assurance couvrant les risques professionnels (C.S.C., page 13). Après avoir reproduit ledit critère ainsi que les mentions du rapport d'attribution consacrées aux critères de sélection relatifs aux moyens financiers, elle fait valoir que le critère en cause n'est pas assorti d'un niveau d'exigence approprié. Elle souligne à cet égard qu'aucun seuil, par exemple financier (franchise, montant assuré, *etc.*) n'est fixé dans les documents du marché. Selon elle, "il est évident que le pouvoir adjudicateur ne bénéficiera pas de la même couverture en fonction du montant assuré ou de l'existence d'une franchise éventuelle". Elle estime que "le seul fait d'être assuré ne suffit pas à constituer un critère de capacité économique et financière valable, d'autant plus lorsque ce critère permet, sans difficulté, d'être assorti d'un niveau d'exigence".

La requérante en déduit qu'en ne prévoyant pas d'exigences minimales pour le critère de sélection relatif à la preuve d'une assurance couvrant les risques professionnels, alors qu'il se prête parfaitement à l'ajout d'un niveau d'exigence, la partie adverse a adopté un critère méconnaissant les dispositions et principes visés au moyen.

V.2. Thèse de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

" a. Le manque d'intérêt au deuxième moyen

19. Afin que la critique de la partie requérante puisse être entendue, celle-ci doit avoir un intérêt au moyen de droit qu'elle soulève. «Un moyen est recevable lorsque son bien-fondé serait de nature à restituer à celui qui l'invoque une chance de se voir attribuer le marché».

20. Le moyen invoque l'irrégularité du critère de sélection relatif aux moyens financiers du soumissionnaire en ce qu'il demande de disposer de la preuve d'une assurance couvrant les risques professionnels.

21. En cas de nullité du critère de sélection, il y a lieu de constater que celle-ci n'influencera pas la décision attaquée. En effet, tous les soumissionnaires ont répondu positivement à ce critère.

Ainsi, la décision ne prive pas ce soumissionnaire de toute possibilité de participation au marché et, partant, de toute possibilité d'attribution et, ne lui fait dès lors pas grief.

22. Par conséquent, la décision attaquée ne sera pas influencée par l'irrégularité de ce critère.

23. Il y a également lieu d'ajouter que le marché public initialement proposé se compose de dix lots. La partie requérante attaque la décision d'attribution des lots 1 à 5. Cependant, les critères de sélection sont exactement les mêmes pour les lots

1 à 5 que pour les lots 6 à 10.

Ainsi, la preuve d'une assurance couvrant les risques professionnels est exigée et ce, peu importe le lot pour lequel le soumissionnaire dépose une offre.

Or, en ce qui concerne les lots 6 à 10, la partie requérante a choisi de ne pas contester ce critère puisque celle-ci a obtenu 4 lots parmi les 5.

Par conséquent, la partie requérante ne conteste le critère que lorsque celui-ci joue en sa défaveur.

24. Dès lors, la partie requérante manque d'intérêt au moyen.

25. De plus, il peut être relevé que, de par son deuxième moyen, la partie requérante entend attaquer directement le cahier spécial des charges et non la décision d'attribution, cette dernière étant l'acte attaqué par le présent recours.

Cependant, en ce qui concerne le cahier spécial des charges, il y a lieu de constater que la partie requérante en avait connaissance au moins à la date du dépôt de sa soumission, c'est-à-dire le 11 mai 2018.

Ainsi, dans la mesure où la partie requérante vise, par son moyen, le cahier spécial des charges, elle aurait dû introduire un recours contre celui-ci dans un délai prescrit de soixante jours.

26. Il y a par conséquent lieu de déclarer le moyen comme étant irrecevable.

b. Le caractère sérieux du deuxième moyen

27. L'article 67, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 prévoit que le pouvoir adjudicateur peut imposer aux soumissionnaires des conditions qui garantissent que ceux-ci possèdent la capacité économique et financière nécessaire pour exécuter le marché. La preuve de cette capacité peut notamment être apportée par la preuve d'une assurance des risques professionnels :

«En ce qui concerne la capacité économique et financière, le pouvoir adjudicateur peut imposer aux opérateurs économiques des conditions garantissant que ceux-ci possèdent la capacité économique et financière nécessaire pour exécuter le marché.

La preuve de la capacité économique et financière de l'opérateur économique peut, en règle générale, être apportée par un ou plusieurs des éléments de références suivants :

- 1° la présentation d'états financiers ou d'extraits d'états financiers, dans les cas où la publication d'états financiers est prescrite par la législation du pays dans lequel l'opérateur économique est établi;
- 2° la déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché, portant au maximum sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activités de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles;
- 3° la preuve d'une assurance des risques professionnels ou, le cas échéant, une déclaration bancaire.»

28. L'article 67, § 4, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal précité, précise que le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels :

«Pour ce qui concerne la preuve d'une assurance des risques professionnels visée au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, 3°, le pouvoir adjudicateur peut exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels.»

29. Parmi les critères de sélection relatifs aux moyens financiers du soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur demande à celui-ci de disposer de la preuve d'une assurance couvrant les risques professionnels comme suit :

«Le soumissionnaire doit disposer de la preuve d'une assurance couvrant les risques professionnels : il contracte les assurances qui couvrent sa responsabilité civile en matière d'accidents du travail ainsi qu'une assurance couvrant la responsabilité civile à l'égard de tiers durant l'exécution du marché.

Les risques suivants doivent être couverts :

- La responsabilité civile conformément aux articles 1382-1386 du Code civil pour les dommages corporels, les dommages matériels et les dommages indirects purement immatériels (s'ils résultent d'un accident) causés à des tiers ;
- La responsabilité conformément à l'art. 544 du Code civil pour les dommages corporels, les dommages matériels et les dommages indirects purement immatériels (s'ils résultent d'un accident) causés à des tiers (troubles du voisinage).»

30. Les risques devant être couverts sont clairement prévus par le cahier spécial des charges. Ainsi, lorsque le soumissionnaire dispose d'une assurance couvrant ces risques, le pouvoir adjudicateur estime qu'il répond au critère.

31. Par conséquent, le critère est assorti du niveau d'exigence approprié *in casu*.

32. De plus, concernant le critère de sélection litigieux, tous les soumissionnaires y ont répondu entièrement et ont par conséquent été sélectionnés.

33. Ainsi, l'annulation de ce critère n'influencera ni la participation, ni le classement des différents soumissionnaires.

34. Le moyen n'est pas sérieux."

V.3. Appréciation du Conseil d'État

A. Sur la recevabilité du moyen

La partie adverse soulève trois exceptions d'irrecevabilité à l'égard du moyen. Les deux premières exceptions contestent l'intérêt au moyen, d'une part, en ce que la requérante a été sélectionnée tout comme les autres soumissionnaires, de sorte que l'irrégularité a été sans incidence sur l'acte attaqué, et, d'autre part, en ce que le même critère de sélection a été retenu pour les lots 6 à 10, qui ne font pas l'objet du recours, la requérante ayant obtenu quatre de ces cinq lots et ne contestant donc le critère que lorsque celui-ci joue en sa défaveur. En une troisième exception, la partie adverse soutient que la critique est dirigée contre le cahier spécial des charges et que la requérante aurait donc dû introduire un recours contre celui-ci dans le délai de 60 jours.

Sur la troisième exception, un soumissionnaire potentiel ou effectif à un marché public peut former un recours en annulation contre la décision d'arrêter un cahier spécial des charges ou des prescriptions de celui-ci si cette décision, bien que préparatoire à la décision définitive d'attribution de ce marché, n'apparaît plus à

l'égard de ce soumissionnaire comme une décision purement préparatoire mais comme une "décision préalable", parce qu'elle emporte des effets juridiques définitifs pour celui-ci. La faculté d'introduire, dans cette hypothèse, immédiatement un recours contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges n'empêche pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation. La troisième exception ne peut être retenue.

La méconnaissance de la réglementation applicable en matière de sélection qualitative est de nature à mettre en concurrence, dans le cadre de la comparaison des offres, une partie requérante avec d'autres entreprises indûment sélectionnées et de diminuer ainsi ses chances d'obtenir le marché. La requérante a donc intérêt au moyen. La circonstance que les critères de sélection étaient identiques pour les autres lots et que quatre d'entre eux ont été attribués à la requérante s'avère sans incidence à cet égard. Il ne peut être reproché à cette dernière de n'avoir contesté la décision attaquée que pour les lots qui ne lui ont pas été attribués et d'invoquer, à l'égard de cette décision, un moyen présentant un intérêt pour elle. Les première et deuxième exceptions d'irrecevabilité du moyen doivent donc également être rejetées.

B. Sur le fond du moyen

Parmi les critères de sélection relatifs aux moyens financiers du soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur exige la preuve d'une assurance couvrant les risques professionnels.

Le cahier spécial des charges énonce ce qui suit au point 12.1.2.:

- " Le soumissionnaire doit disposer de la preuve d'une assurance couvrant les risques professionnels : il contracte les assurances qui couvrent sa responsabilité civile en matière d'accidents du travail ainsi qu'une assurance couvrant la responsabilité civile à l'égard de tiers durant l'exécution du marché.

Les risques suivants doivent être couverts :

- la responsabilité civile conformément aux articles 1382-1386 du Code civil pour les dommages corporels, les dommages matériels et les dommages indirects purement immatériels (s'ils résultent d'un accident) causés à des tiers;
- la responsabilité conformément à l'art. 544 du Code civil pour les dommages corporels, les dommages matériels et les dommages indirects purement immatériels (s'ils résultent d'un accident) causés à des tiers (troubles du voisinage)".

Aux termes de l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques :

- " Sans préjudice de l'article 42, § 3, alinéa 1^{er}, 2°, de la loi, les critères de sélection ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou, en absence d'un tel avis, dans les documents du marché.
- Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un niveau d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau.
- Si le pouvoir adjudicateur utilise un critère économique, financier ou technique, ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau, ce critère doit être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation.
- Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires".

L'article 67, §§ 1^{er} et 4, du même arrêté disposent comme suit:

- " § 1^{er}. En ce qui concerne la capacité économique et financière, le pouvoir adjudicateur peut imposer aux opérateurs économiques des conditions garantissant que ceux-ci possèdent la capacité économique et financière nécessaire pour exécuter le marché.
- La preuve de la capacité économique et financière de l'opérateur économique peut, en règle générale, être apportée par un ou plusieurs des éléments de références suivants :
- 1° la présentation d'états financiers ou d'extraits d'états financiers, dans les cas où la publication d'états financiers est prescrite par la législation du pays dans lequel l'opérateur économique est établi;
- 2° la déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché, portant au maximum sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activités de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles;
- 3° la preuve d'une assurance des risques professionnels ou, le cas échéant, une déclaration bancaire.
- Toutefois, si pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les éléments de référence demandés par le pouvoir adjudicateur, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document. Il appartient au pouvoir adjudicateur d'apprécier le caractère approprié ou non du document présenté.
- [...]
- § 4. Pour ce qui concerne la preuve d'une assurance des risques professionnels visée au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, 3°, le pouvoir adjudicateur peut exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels.
- Lorsqu'il est recouru à la déclaration bancaire visée au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, 3°, le modèle prévu à l'annexe 11 doit être utilisé".

Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal précité comporte notamment les considérations suivantes :

- " L'alinéa 2 a trait à l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection d'un niveau d'exigence approprié. Il s'agit d'une reprise, moyennant modification, de

l'article 58, § 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Le Conseil d'État a rappelé de manière constante et à de nombreuses reprises que l'utilisation de critères de sélection qualitative n'a de sens que si lesdits critères sont assortis d'un niveau d'exigence à atteindre pour être sélectionné. À défaut de fixation d'un tel niveau, il se pourrait que des opérateurs économiques de capacité potentiellement différentes soient traités de manière identique et donc discriminatoire. Par exemple, si le pouvoir adjudicateur demande simplement une liste de travaux exécutés au cours des cinq dernières années, un entrepreneur ayant réalisé cinq travaux pour 10.000 euros serait mis sur le même pied qu'un autre en ayant réalisé dix pour 200.000 euros chacun. Pour rappel, il ressort de l'article 71 de la loi que le pouvoir adjudicateur peut décider de se dispenser purement et simplement de critère économique ou de critère technique. Le pouvoir adjudicateur doit par contre, après avoir choisi d'utiliser un ou plusieurs critères de capacité économique ou technique ou les deux types de critères, fixer un niveau d'exigence pour chacun des critères retenus.

Une dérogation est toutefois prévue à la fin de l'alinéa 2. En effet, il se pourrait que certains critères ne se prêtent pas à la fixation d'un niveau d'exigence minimal (par exemple la déclaration bancaire). Dans pareil cas, le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation de fixer un niveau pour le critère en question mais doit par contre, comme mentionné à l'alinéa 3, assortir ledit critère d'un second critère de même type (dans l'exemple précité donc un critère de type économique) permettant la fixation d'un niveau d'exigence".

Il résulte de l'article 65, alinéas 2 et 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 que le pouvoir adjudicateur doit assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier ou technique d'un niveau d'exigences approprié sauf si l'un des critères ne s'y prête manifestement pas, auquel cas ledit critère doit être assorti d'un second critère se prêtant à une telle fixation. L'article 67, § 4, du même arrêté doit être interprété à la lumière de l'article 65. En énonçant que le pouvoir adjudicateur "peut exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels", cette disposition ne paraît pas pouvoir être comprise comme introduisant une dérogation supplémentaire à l'obligation inscrite à l'article 65, alinéa 2. Il semble qu'il faille plutôt l'interpréter comme précisant que l'exception prévue par l'article 65, alinéas 2 et 3, ne trouve pas à s'appliquer à la preuve d'une assurance des risques professionnels.

Le rapport au Roi indique d'ailleurs la volonté de l'auteur du projet de confirmer la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, abrogé par l'arrêté royal du 18 avril 2017. À ce propos, l'arrêt n° 233.263 du 16 décembre 2015 a relevé que nombreux sont les arrêts dans lesquels le Conseil d'État a jugé que la simple indication de la satisfaction à un critère de sélection qualitative sans détermination d'un niveau d'exigence est contraire à l'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, précité. Ainsi, dans son arrêt n° 232.049 du 14 août 2015, le Conseil d'État a considéré "qu'il n'est pas contesté par les parties que les assurances couvrant les risques professionnels peuvent être assorties de modalités qui en étendent ou en réduisent la portée, en fixant, par exemple, des franchises ou des plafonds. La seule exigence imposée par le cahier spécial des charges d'administrer la preuve que le

soumissionnaire est couvert par une telle assurance n'est pas de nature à renseigner sur l'étendue du risque couvert, ni sur la part du risque assumée par l'assuré au titre de la franchise".

Ainsi que le souligne la partie adverse, le cahier des charges ne se limite pas à exiger la preuve d'une assurance couvrant les risques professionnels mais il mentionne les risques qui doivent être couverts. Ce faisant, il indique certes avec précision l'objet de l'assurance. Toutefois, il y a lieu de souligner que l'objectif du critère en cause est d'attester que l'opérateur économique possède la capacité économique et financière pour exécuter le marché et que c'est en fonction de cette finalité que doit être déterminé le "niveau d'exigence" relatif à ce critère. Or, en l'espèce, le cahier spécial des charges ne comporte aucune prescription relative aux modalités qui sont de nature à étendre ou à réduire la portée du contrat d'assurances, parmi lesquelles figurent notamment les franchises et les plafonds. Dès lors que le pouvoir adjudicateur n'a formulé aucune exigence relative à l'étendue du risque couvert ni à la part du risque assumée par le soumissionnaire, il ne paraît pas pouvoir être considéré, au terme d'un examen en référé d'extrême urgence, qu'il a assorti le critère en cause d'un "niveau d'exigence", au sens de l'article 65, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Le moyen est sérieux.

VI. Confidentialité

La requérante demande que les extraits de son offre qu'elle dépose en annexes à sa requête (pièces 6 à 8 de son dossier de pièces) demeurent confidentiels. Elle précise également qu'elle souhaite que l'intégralité de son offre, qui a été déposée par la partie adverse, reste confidentielle.

La partie adverse sollicite, quant à elle, que soit maintenue la confidentialité de l'ensemble des offres qu'elle dépose au dossier administratif ainsi que de l'analyse des produits par le pouvoir adjudicateur (pièces A à F du dossier administratif).

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}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du Secrétaire d'État à l'Asile et à la Migration, chargé de la Simplification administrative, du 12 septembre 2018 attribuant les lots 1, 2, 3 et 5 du marché relatif à l'entretien des centres fermés et des logements FITT gérés par l'Office des Étrangers à la société MISANET et le lot 4 du même marché à la société ATALIAN.

Article 2.

Les pièces 6 à 8 du dossier de pièces de la partie requérante et les pièces A à F du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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 5.

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 sept novembre deux mille dix-huit par :

MM. Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Imre KOVALOVSKY.