

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

A R R Ê T

n^o 244.164 du 3 avril 2019

A. 227.617/VI-21.442

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

ayant élu domicile chez
M^e Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles,

contre :

**la société anonyme de droit public Société Nationale
des Chemins de Fer Belges, en abrégé SNCB,**

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

Partie intervenante :

la société anonyme KÖSE CLEANING,

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 mars 2019, la société anonyme JETTE CLEAN demande, d'une part, la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution et, d'autre part, l'annulation de "la décision de la partie adverse du 22 février 2019 aux termes de laquelle celle-ci a décidé d'attribuer le marché public de services ayant pour objet la conclusion d'un «accord-cadre de services concernant : Nettoyage des bureaux, locaux et vitres dans les bâtiments de direction de la SNCB à Bruxelles» à la SA KÖSE CLEANING".

II. Procédure

Par une ordonnance du 15 mars 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 27 mars 2019 à 10 heures 30.

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

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

Par une requête introduite le 25 mars 2019, la société anonyme KÖSE CLEANING demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Marie VASTMANS et Marie SCULIER, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Marie RYS et Robin MEYLEMANS, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Peter TEERLINCK et Raluca GHERGHINARU, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis 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

Le 26 janvier 2018, le conseil d'administration de la SNCB a décidé de lancer, par procédure ouverte, un marché pour le nettoyage des bâtiments de direction à Bruxelles. Cette décision fait suite à un arrêt du Conseil d'État n° 240.354 du 5 janvier 2018 ayant suspendu l'exécution de la décision d'attribution d'un précédent marché ayant un objet identique, procédure d'attribution que le conseil d'administration a décidé d'arrêter.

Le 14 mai 2018 est paru au Bulletin des adjudications un avis relatif à un marché de nettoyage des bâtiments de direction de la SNCB à Bruxelles. Un avis est

également paru le 18 mai 2018 au Journal Officiel de l'Union européenne. Ces avis indiquent que le marché implique la mise en place d'un accord-cadre avec un seul opérateur et qu'il sera passé selon la procédure ouverte. Les offres devaient être déposées pour le 18 juin 2018 à 14 heures 30 au plus tard.

Selon le procès-verbal d'ouverture des offres, dix offres ont été déposées. Ces offres émanaient des sociétés suivantes :

- ACTIVA S.A.,
- ATALIAN S.A.,
- CLEANING MASTERS,
- GOM S.A.,
- GROUP CLEANING SERVICES S.A.,
- ITZU CLEANING S.A.,
- JETTE CLEAN,
- KOSE CLEANING S.A.,
- LAURENTY,
- MISANET S.A.

Il ressort du rapport d'attribution ayant procédé à l'analyse des offres que la société MISANET n'a pas remis de prix. L'auteur de ce rapport conclut, dès lors, à la nullité de cette offre en application de l'article 74, § 3, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux. Le rapport d'attribution estime également que les sociétés ACTIVA et LAURENTY ne peuvent être sélectionnées car elles ne satisfont pas à un critère de capacité technique et professionnelle.

Le rapport examine ensuite la régularité des offres déposées par les sept sociétés sélectionnées. Il estime qu'en ce qui concerne la signature, le contenu des offres et la vérification du respect du nombre d'heures minimum de nettoyage, toutes ces offres sont régulières. Le rapport émet, toutefois, à ce stade, la réserve suivante :

- " Il pourra être lu plus loin dans les analyses que l'offre de Jette Clean et Group Cleaning Services sont affectées d'une irrégularité substantielle, de sorte qu'elles doivent être écartées de l'analyse ultérieure. L'Adjudicateur émet les réserves nécessaires à cette fin dans ce titre 5".

Dans le cadre de la vérification des prix, le rapport mentionne que tous les soumissionnaires ont été invités à fournir les informations supplémentaires suivantes :

- " - Pour la vérification des prix : l'Adjudicateur veut connaître «le tarif horaire proposé pour chaque catégorie de travailleur concerné par des prestations demandées dans le marché ainsi qu'une justification détaillée bien chiffrée» pour

savoir comment les soumissionnaires ont composé leurs prix et nombre d'heures annuels,

- L'Adjudicateur entend vérifier les salaires réels (salaires bruts + primes et sursalaires minimums) versés aux travailleurs qui viendront sur ses chantiers et qui relèvent de la Commission paritaire 1210000 pour le nettoyage et désinfection (CP 121) selon les catégories de fonction prévues à la CP 121,
- Le contrôle de l'exigence que le personnel fixe peut être remplacé pour maximum 50 % des prestations mensuelles par des collaborateurs qui ont un régime de travail spécial".

Le rapport indique ensuite, en ce qui concerne l'offre de la requérante, ce qui suit :

- " En date du 06/08/2018, l'Adjudicateur a transmis à Jette Clean la lettre l'invitant à donner l'information supplémentaire ci-dessous, sans possibilité de pouvoir modifier l'offre :

«[...] Sur base des prestations pouvant être demandées dans le marché C97/0000606866 et des salaires minimums repris à la Commission Paritaire 1210000 Nettoyage, il nous manque donc les tarifs horaires des catégories suivantes:

- travail d'un nettoyeur 1A le samedi/dimanche et jours fériés entre 6h et 22h,
- travail d'un nettoyeur 1B (nettoyage spécial) qui équivaut au nettoyage spécifique dans notre Cahier des charges C97/0000606866 - hors nettoyage des vitres en semaine - entre 6h et 22h,
- travail d'un laveur de vitres qualifié en fonction de l'ancienneté qui s'applique (4.A, 4.B, 4.C et 4.D) en semaine entre 6h et 22h.

Pour chaque tarif horaire demandé, veuillez nous donner l'aperçu du nombre d'heures que vous avez prévu pour ces prestations, ainsi que la justification détaillée bien chiffrée.

Nous vous demandons donc de transmettre : (i) les tarifs horaires des différents types de travailleurs qui seront employés (personnel activa ou autres, étudiants, travailleurs repris du soumissionnaire sortant, travailleurs «fixes», etc.) et (ii) le nombre d'heures annuelles qui sera attribué à chaque catégorie de travailleurs. [...]

L'Adjudicateur a reçu les informations nécessaires et suffisantes.

Par conséquent, Jette Clean a transmis tous les documents requis pour l'évaluation de l'offre et la vérification des prix.

Suite à l'examen des informations données, l'Adjudicateur constate que le soumissionnaire Jette Clean a modifié par sa réponse à la demande d'informations supplémentaires les éléments suivants de son offre :

- Le prix de revient annuel du marché est adapté : une différence de 20.683,03 € entre le chiffre indiqué dans l'offre initiale et le chiffre indiqué dans la réponse,
- Le nombre d'heures annuel relatif à l'emploi de main d'œuvre «stage 1st» est adapté : une différence de 105 heures entre le chiffre indiqué dans l'offre initiale et le chiffre indiqué dans la réponse,
- Le nombre d'heures annuel relatif à l'emploi d'étudiants est adapté : une différence de 105 heures entre le chiffre indiqué dans l'offre initiale et le chiffre indiqué dans la réponse.

L'Adjudicateur constate en effet que le soumissionnaire Jette Clean est forcé à revoir certains prix/heures de son offre à la hausse s'il doit respecter toutes les

obligations de la CP 121 et payer certains salaires légaux comme ceux relatifs au nettoyage des vitres non repris dans son offre.

Avec ces modifications, Jette clean modifie des éléments essentiels du marché, ce que l'article 147, § 4, alinéa 1 de la Loi du 17/06/2016 interdit. Par l'acceptation de ces adaptations, l'Adjudicateur risque de violer les principes d'égalité de traitement et de transparence, ainsi que de donner un avantage discriminatoire à Jette Clean.

L'Adjudicateur déclare l'offre de Jette Clean par conséquent affectée d'une irrégularité substantielle et la déclare nulle, en application de l'article 74, § 1, alinéa 3 et §3 de l'AR du 18/06/2017.

Cette offre est par conséquent écartée de l'analyse ultérieure".

Après avoir constaté que l'offre de GROUP CLEANING SERVICES est également affectée d'une irrégularité substantielle, le rapport d'attribution examine les critères d'attribution et propose l'attribution du marché à l'intervenante.

Le 22 février 2019, le conseil d'administration de la SNCB a approuvé l'attribution du marché à l'intervenante et a fait sien le rapport d'attribution. Il s'agit de l'acte attaqué qui a été communiqué à la requérante par un courrier et par un courriel datés du 1^{er} mars 2019.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 25 mars 2019, la société anonyme KÖSE CLEANING demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité

V.1. Thèses des parties

La requérante indique qu'elle a déposé une offre et que l'acte attaqué ayant pour objet l'attribution du marché à un autre soumissionnaire, elle justifie d'un intérêt suffisant pour contester cette décision. Elle relève que son intérêt est certain même si son offre a été déclarée substantiellement irrégulière, car elle conteste l'appréciation de la partie adverse aux termes de laquelle celle-ci a décidé de déclarer son offre substantiellement irrégulière et dénonce le fait que la partie adverse n'a pas réservé le même sort à tous les soumissionnaires placés dans les mêmes circonstances. Elle observe qu'elle conteste également l'appréciation de la partie adverse au terme de laquelle celle-ci a décidé de déclarer régulière l'offre de l'intervenante.

L'intervenante expose qu'un soumissionnaire dont l'offre a été déclarée irrégulière n'a, en principe, aucun intérêt à contester une décision d'attribution, à moins qu'il arrive à démontrer que son offre a été déclarée irrégulière à tort ou que le marché ne pouvait être attribué à personne. Dans ce dernier cas, elle souligne que le soumissionnaire doit donc contester non seulement la régularité de l'offre retenue, mais aussi celle de tous les autres soumissionnaires et que l'examen de la recevabilité du recours est alors lié à l'examen au fond des moyens. Elle constate qu'en l'espèce, la requérante fait valoir, dans le cadre du deuxième moyen, que la partie adverse a erronément décidé que son offre était substantiellement irrégulière et soutient, dans le cadre de la troisième branche du quatrième moyen, que la SNCB aurait dû déclarer toutes les offres comme irrégulières "dans la mesure où aucune des offres déposées ne comportait «le tarif horaire proposé pour chaque catégorie de travailleur concerné par des prestations demandées dans le marché ainsi qu'une justification détaillée bien chiffrée»". Elle en déduit que dès lors que ni le deuxième moyen, ni la troisième branche du quatrième moyen ne sont fondés, l'ensemble du recours doit être déclaré irrecevable, et cela sans que le Conseil d'État ne doive se prononcer sur les autres moyens et branches.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 14 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, auquel renvoie l'article 15 pour les demandes de suspension, soumet la recevabilité du recours à deux conditions. D'une part, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché. D'autre part, il faut que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, le requérant.

Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risquant de léser le requérant. Lorsque cette condition est respectée, l'article 14 n'interdit pas, au regard des conditions de recevabilité d'un recours, que soient soulevés d'autres moyens, qui allèguent une violation n'ayant pas lésé ou ne risquant pas de léser le requérant.

En l'espèce, la requérante a déposé offre pour le marché litigieux. Si son offre a été déclarée irrégulière, le deuxième moyen qu'elle invoque à l'appui de la présente demande de suspension conteste cette irrégularité en soutenant qu'elle "n'a apporté des précisions et modifications à son offre que dans les limites admises par la réglementation" et en exposant également que l'acte attaqué ne lui permet pas de comprendre en quoi elle aurait modifié des éléments essentiels du marché. Ce moyen

dénonce ainsi une violation ayant pu léser la requérante. Il en résulte que le recours paraît, *prima facie*, satisfaire aux deux conditions de recevabilité prescrites par l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 et qu'il est, en conséquence, recevable.

La question que soulève, en réalité, l'intervenante est celle de la recevabilité des autres moyens soulevés par la requérante à l'appui de sa demande de suspension.

Dans son premier moyen, la requérante soutient que l'intervenante n'aurait pas dû être sélectionnée (première branche) et que l'acte attaqué ne permet pas de s'assurer que la partie adverse a vérifié que les soumissionnaires répondent aux critères de sélection qualitative (seconde branche). Dans son troisième moyen, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir permis à certains soumissionnaires de fournir des informations complémentaires concernant leur prix en ne lui réservant cette possibilité qu'à une seule reprise (première branche) et de ne pas expliquer dans l'acte attaqué pourquoi elle a agi ainsi (seconde branche). Dans son quatrième moyen, la requérante fait grief à la partie adverse d'avoir tenu compte des éléments contenus dans son offre pour apprécier la régularité de celle de l'intervenante (première branche), d'avoir motivé sa décision concernant la régularité de l'offre de l'intervenante en se fondant sur des éléments de la sienne (deuxième branche) et de ne pas avoir déclaré irrégulières les offres des autres soumissionnaires alors qu'elles sont entachées d'une cause d'irrégularité substantielle (troisième branche).

Ainsi que le souligne l'intervenante, si le deuxième moyen dans lequel la requérante conteste l'irrégularité de son offre n'était pas sérieux, la requérante n'aurait intérêt aux autres moyens que dans la mesure où ceux-ci contestent la sélection et/ou la régularité de l'ensemble des autres soumissionnaires sélectionnés. Les autres illégalités invoquées ne seraient, en effet, pas de nature à lui avoir causé grief. Ce constat implique, dès lors, qu'il soit procédé d'abord à l'examen du deuxième moyen et ensuite, le cas échéant, à l'examen des moyens ou branches de moyens qui remettent en cause la sélection et/ou la régularité de l'ensemble des autres soumissionnaires.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 4, 83, 84, 147 et 153 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 43 et 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de

recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concession, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de motivation matérielle, du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, du principe de non-discrimination, du principe de bonne administration et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du cahier spécial des charges, de la méconnaissance de son offre et de la foi due aux actes, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Dans une première branche, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir déclaré son offre substantiellement irrégulière au motif qu'elle aurait modifié des éléments essentiels du marché en réponse à la demande de précisions supplémentaires qu'elle lui avait adressée alors qu'elle n'a apporté des précisions et modifications à son offre que dans les limites admises par la réglementation.

Après un rappel des dispositions et principes applicables ainsi que des articles 8b) et 9 du cahier spécial des charges, elle explique qu'on peut déduire de l'extrait du rapport d'analyse des offres relatif à l'examen de la régularité des offres que "la partie adverse a considéré que le «tarif horaire proposé pour chaque catégorie de travailleur concerné par des prestations demandées dans le marché» et la «justification détaillée bien chiffrée» ne constituent pas des éléments dont la méconnaissance serait susceptible d'entraîner l'irrégularité de l'offre concernée" et que la partie adverse ayant conclu à la régularité de son offre, "elle ne pouvait donc décider, par la suite, de l'écarter au vu de sa prétendue irrégularité substantielle". Elle explique ensuite ce qui suit :

" [...] les modifications relevées par la partie adverse dans l'offre de la requérante concernent le prix de revient annuel du marché ; le nombre d'heures relatif à l'emploi de main d'œuvre «stage 1st» et le nombre d'heures annuel relatif à l'emploi d'étudiants.

A ce propos, il convient, tout d'abord, de souligner que le cahier spécial des charges n'exige aucunement des soumissionnaires qu'ils communiquent ces éléments dans leur offre.

A l'inverse, l'article 9, b), du cahier spécial des charges – et, plus particulièrement, l'inventaire auquel cette disposition renvoie – oblige les soumissionnaires à remettre un nombre total d'heures par an et par bâtiment et un prix total par an et par bâtiment, lesquels constituent des éléments essentiels du marché.

Or, la requérante n'a apporté aucune modification à ces éléments essentiels en réponse à la demande d'informations complémentaires, comme le démontre son offre et son courrier du 8 août 2018.

La requérante en veut notamment pour preuve que le nombre d'heures total annuel proposé dans son offre et dans son courrier du 8 août 2018 est – et reste – de 97.165,94 heures [...] et que le prix de vente total horaire est – et reste – de 20,00 EUR [...].

La requérante a d'ailleurs été particulièrement attentive à ne pas apporter de modifications à ces éléments essentiels en réponse à la demande d'informations complémentaires puisqu'elle a revu sa marge bénéficiaire à la baisse afin de ne pas modifier le prix de vente total horaire, et donc le prix total par an et par bâtiment [...].

Partant, il appert que les précisions et modifications apportées par la requérante à son offre en réponse à la demande d'informations supplémentaires ne constituent pas des modifications apportées à des éléments essentiels du marché en ce qu'elles ne portent pas sur des éléments obligatoires ou prescrits à peine de nullité par les documents du marché et qu'elles n'ont pas pour objet ou pour effet de modifier de tels éléments.

[...] En outre, il faut souligner que le prix de revient annuel du marché ; le nombre d'heures relatif à l'emploi de main d'œuvre «stage 1st» et le nombre d'heures annuel relatif à l'emploi d'étudiants constituent des éléments qui sont amenés à varier en cours d'exécution du marché.

Le prix de revient annuel du marché doit en effet pouvoir être revu en cours d'exécution du marché en fonction, le cas échéant, de l'évolution des barèmes salariaux et des index.

Dans le même ordre d'idées, le nombre d'heures attribuées à la main d'œuvre «stage 1st» et à des étudiants doit pouvoir être adapté en cours d'exécution du marché en fonction de l'organisation interne de l'adjudicataire et des besoins spécifiques du pouvoir adjudicateur.

La requérante en veut d'ailleurs pour preuve que le cahier spécial des charges se contente de limiter le «personnel de remplacement» à un certain pourcentage.

Du reste, il est frappant de relever qu'en ce qui concerne l'offre de l'attributaire pressenti, ces éléments sont incontestablement amenés à varier en cours d'exécution du marché puisque celui-ci sera contraint de procéder à la reprise du personnel de l'adjudicataire précédent et qu'il indique expressément, dans son offre, qu'il lui est impossible de déterminer «combien de personnes pourront être reprises, ni à quelles catégories salariales elles appartiendront» [...]. *A fortiori*, les heures prévues par l'attributaire pressenti dans son offre pour les différentes catégories de travailleurs devront donc faire l'objet d'adaptation en cours d'exécution du marché.

Au vu de ce qui précède, si la requérante a modifié des éléments de son offre en réponse à la demande d'informations supplémentaires de la partie adverse, force est de constater que ces éléments ne regardent que l'organisation interne de l'entreprise et qu'il ne s'agit donc pas d'éléments essentiels du marché.

Ces constatations sont encore confortées par le fait que la partie adverse a estimé que le tarif horaire proposé pour chaque catégorie de travailleur et la justification détaillée chiffrée ne constituent pas des éléments essentiels du marché, et ce alors que l'article 8, b), 3, du cahier spécial des charges impose aux soumissionnaires de joindre ces éléments à leur offre. Partant, l'on aperçoit mal comment des éléments tels que le prix de revient annuel du marché ; le nombre d'heures relatif à l'emploi de main d'œuvre «stage 1st» et le nombre d'heures annuel relatif à l'emploi d'étudiants pourraient, quant à eux, être considérés comme des éléments essentiels du marché, alors que le cahier spécial des charges n'exige aucunement des soumissionnaires qu'ils indiquent ces éléments dans leur offre et qu'ils ne sont pas destinés à évaluer les offres.

[...] Du reste, faut-il rappeler que les précisions et modifications apportées par la requérante à son offre en réponse à la demande d'informations supplémentaires

n'ont pas pour objet ou pour effet de régulariser son offre et qu'elles s'inscrivent, à l'inverse, dans les limites admises par la réglementation [...].

[...] Partant, il appert que la partie adverse a méconnu les dispositions et principes visés au moyen en déclarant l'offre de la requérante substantiellement irrégulière au motif qu'elle aurait modifié des éléments essentiels du marché en réponse à la demande d'informations supplémentaires".

Dans une seconde branche, la requérante expose que l'acte attaqué ne permet aucunement de comprendre en quoi elle aurait modifié des éléments essentiels du marché en réponse à la demande d'informations supplémentaires qui lui a été adressée par la partie adverse. Elle soutient que l'acte attaqué aurait, à tout le moins, dû contenir les motifs pour lesquels la partie adverse a estimé que son offre devait être déclarée substantiellement irrégulière et, partant, écartée.

Plus particulièrement, la requérante fait valoir que "la décision motivée d'attribution ne permet aucunement de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a estimé que le prix de revient annuel du marché, le nombre d'heures relatif à l'emploi de main d'œuvre «stage 1st» et le nombre d'heures annuel relatif à l'emploi d'étudiants constitueraient des éléments essentiels du marché", qu'elle "ne permet aucunement de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a considéré que les modifications apportées par la requérante à son offre en réponse à la demande d'informations supplémentaires porteraient atteinte aux principes généraux d'égalité de traitement et de transparence ainsi qu'à la comparabilité des offres et seraient de nature à lui conférer un avantage discriminatoire" et qu'en outre, elle "ne permet pas de comprendre en quoi les modifications apportées par la requérante à son offre en réponse à la demande d'informations supplémentaires dépasseraient les limites admises par la réglementation".

VI.2. Appréciation du Conseil d'État sur les deux branches réunies

Conformément à l'article 74, § 3, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, une offre affectée d'une irrégularité substantielle doit être déclarée nulle lorsqu'il est fait usage, comme en l'espèce, d'une procédure ouverte.

L'article 8 b) du cahier spécial des charges précise ce qui suit :

" Contenu de l'offre

Le soumissionnaire joint à son offre les documents suivants:

1. Les inventaires récapitulatifs des prestations par bâtiment et par type de prestation. Pour chaque prestation, il convient de mentionner le prix sur une base annuelle. Le nombre d'heures consacrées aux activités de nettoyage de base et spécifiques doit également être stipulé;

2. L'attestation de visite préalable des lieux qui a été demandée par le soumissionnaire, dûment complétée et signée par le Fonctionnaire dirigeant ou son délégué (cf. Annexe D); elle ne doit pas être jointe par le soumissionnaire qui n'a pas visité les lieux visés par les prestations. Pour rappel, une visite des lieux n'est pas obligatoire;
3. Le tarif horaire proposé pour chaque catégorie de travailleur concerné par des prestations demandées dans le marché ainsi qu'une justification détaillée bien chiffrée;
4. Documents à fournir en vertu de la Réglementation UE REACH et CLP (voir point 18, g);
5. Si le soumissionnaire fait appel à des sous-traitants (Art. 14), il ajoutera la liste de ceux-ci dans son offre ainsi que la part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter;
6. Les aspects durables du marché pris en compte par l'adjudicateur pour l'évaluation de l'offre ;
7. Le Document unique de marché européen (DUME);
8. La déclaration relative à la brochure «Travailler et circuler en sécurité à la SNCB».

L'Adjudicateur invite les soumissionnaires à introduire les différents documents demandés au sein d'un seul et même fichier pour la version originale de l'offre et un autre pour la version copie de l'offre".

Examinant la régularité des offres sous l'angle de leur caractère complet, le rapport d'attribution - que la décision attaqué fait sien - énonce ce qui suit :

- " L'Adjudicateur doit cependant constater que « le tarif horaire proposé pour chaque catégorie de travailleur concerné par des prestations demandées dans le marché ainsi qu'une justification détaillée bien chiffrée » n'a pas été énoncé clairement pour toutes les offres restantes.

Par cette exigence l'Adjudicateur souhaite analyser comment les soumissionnaires ont composé leurs prix et nombre d'heures annuelles pour chaque prestation. Cette dernière information a bien été transmise par chaque soumissionnaire au travers d'exigence de transmettre «les inventaires récapitulatifs des prestations par bâtiment et par type de prestation».

L'Adjudicateur n'attache aucune exigence spécifique au «tarif horaire proposé pour chaque catégorie de travailleur concerné par des prestations demandées dans le marché» ou à la «justification détaillée bien chiffrée» dans le Cahier spécial des charges. Cette information ne sert pas non plus pour l'évaluation des propositions des soumissionnaires dans le cadre des critères d'attribution.

En aucun cas, le manquement à l'exigence «le tarif horaire proposé pour chaque catégorie de travailleur concerné par des prestations demandées dans le marché ainsi qu'une justification détaillée bien chiffrée», dans chaque offre soumissionnée, est de nature (i) à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, (ii) à entraîner une distorsion de concurrence, (iii) à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou (iv) à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Voilà pourquoi l'Adjudicateur peut au maximum constater une irrégularité non substantielle en ce qui concerne la complétude de toutes les offres. Cette irrégularité non substantielle éventuelle ne conduit pas à la nullité des offres, conformément l'article 74, § 2 de l'AR 18/06/2017. Le législateur limite expressément la nullité des offres aux 4 cas susmentionnées.

Les offres d'Atalian, Cleaning Masters, Gom, Group Cleaning Services, Itzu Cleaning, Jette Clean et Köse Cleaning sont admises pour l'analyse ultérieure.

Pour le reste, les soumissionnaires susmentionnés ont ajouté à leur offre tous les documents demandés au point 8.b du Cahier spécial des charges. Les offres sont donc complètes.

Sans préjudice de l'analyse plus loin dans ce rapport de l'attribution, l'Adjudicateur n'a pas constaté des irrégularités formelles ni matérielles dans les offres".

Il est permis de comprendre, à la lecture de cet extrait, que la partie adverse a constaté que les soumissionnaires sélectionnés n'avaient pas indiqué clairement "le tarif horaire proposé pour chaque catégorie de travailleur concerné par des prestations demandées dans le marché ainsi qu'une justification détaillée bien chiffrée", mais que cette absence constituait, en tant que telle, tout au plus une irrégularité non substantielle qui ne conduisait pas à la nullité des offres et que les soumissionnaires avaient, par la suite, ajouté les informations demandées par ce point du cahier spécial des charges. La requérante ne conteste pas cette analyse selon laquelle cette absence constitue tout au plus une irrégularité non substantielle.

Le rapport d'attribution motive ensuite l'irrégularité de l'offre de la requérante de la manière suivante :

" En date du 06/08/2018, l'Adjudicateur a transmis à Jette Clean la lettre l'invitant à donner l'information supplémentaire ci-dessous, sans possibilité de pouvoir modifier l'offre :

«[...] Sur base des prestations pouvant être demandées dans le marché C97/0000606866 et des salaires minimums repris à la Commission Paritaire 1210000 Nettoyage, il nous manque donc les tarifs horaires des catégories suivantes:

- travail d'un nettoyeur 1A le samedi/dimanche et jours fériés entre 6h et 22h,
- travail d'un nettoyeur 1B (nettoyage spécial) qui équivaut au nettoyage spécifique dans notre Cahier des charges C97/0000606866 - hors nettoyage des vitres en semaine - entre 6h et 22h,
- travail d'un laveur de vitres qualifié en fonction de l'ancienneté qui s'applique (4.A, 4.B, 4.C et 4.D) en semaine entre 6h et 22h.

Pour chaque tarif horaire demandé, veuillez nous donner l'aperçu du nombre d'heures que vous avez prévu pour ces prestations, ainsi que la justification détaillée bien chiffrée.

Nous vous demandons donc de transmettre : (i) les tarifs horaires des différents types de travailleurs qui seront employés (personnel activa ou autres, étudiants, travailleurs repris du soumissionnaire sortant, travailleurs «fixes», etc.) et (ii) le nombre d'heures annuelles qui sera attribué à chaque catégorie de travailleurs. [...]

L'Adjudicateur a reçu les informations nécessaires et suffisantes.

Par conséquent, Jette Clean a transmis tous les documents requis pour l'évaluation de l'offre et la vérification des prix.

Suite à l'examen des informations données, l'Adjudicateur constate que le soumissionnaire Jette Clean a modifié par sa réponse à la demande d'informations supplémentaires les éléments suivants de son offre :

- Le prix de revient annuel du marché est adapté : une différence de 20.683,03 € entre le chiffre indiqué dans l'offre initiale et le chiffre indiqué dans la réponse,
- Le nombre d'heures annuel relatif à l'emploi de main d'oeuvre «stage 1st» est adapté : une différence de 105 heures entre le chiffre indiqué dans l'offre initiale et le chiffre indiqué dans la réponse,
- Le nombre d'heures annuel relatif à l'emploi d'étudiants est adapté : une différence de 105 heures entre le chiffre indiqué dans l'offre initiale et le chiffre indiqué dans la réponse.

L'Adjudicateur constate en effet que le soumissionnaire Jette Clean est forcé à revoir certains prix/heures de son offre à la hausse s'il doit respecter toutes les obligations de la CP 121 et payer certains salaires légaux comme ceux relatifs au nettoyage des vitres non repris dans son offre.

Avec ces modifications, Jette clean modifie des éléments essentiels du marché, ce que l'article 147, § 4, alinéa 1 de la Loi du 17/06/2016 interdit. Par l'acceptation de ces adaptations, l'Adjudicateur risque de violer les principes d'égalité de traitement et de transparence, ainsi que de donner un avantage discriminatoire à Jette Clean. L'Adjudicateur déclare l'offre de Jette Clean par conséquent affectée d'une irrégularité substantielle et la déclare nulle, en application de l'article 74, § 1, alinéa 3 et §3 de l'AR du 18/06/2017.

Cette offre est par conséquent écartée de l'analyse ultérieure".

Il est permis de comprendre, à la lecture de cette motivation, que la partie adverse a considéré que l'offre telle qu'elle a été déposée par la requérante ne respectait pas toutes les obligations imposées par la commission paritaire 121 et ne permettait pas de "payer certains salaires légaux comme ceux relatifs au nettoyage des vitres", que ces obligations ne pouvaient être respectées que moyennant une modification de l'offre et qu'une telle modification d'éléments essentiels du marché ne pouvait être admise sans violer les principes d'égalité de traitement et de transparence et sans donner à la requérante un avantage discriminatoire par rapport aux autres soumissionnaires. Dès lors que la décision attaquée se réfère à l'article 74, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 précité, l'offre de la requérante n'a pas été jugée comme entachée par une irrégularité substantielle au sens de l'article 74, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 qui répute substantielles les irrégularités touchant au non respect du droit social ou du travail pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement.

L'offre de la requérante a donc été déclarée irrégulière parce que, d'une part, telle qu'elle a été déposée, elle ne respectait pas toutes les obligations imposées par la commission paritaire 121 et ne permettait pas de "payer certains salaires légaux comme ceux relatifs au nettoyage des vitres" ce qui était de nature à lui conférer, par

rapport aux autres soumissionnaires, un avantage discriminatoire au sens de l'article 74, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 précité et parce que, d'autre part, les modifications apportées ne pouvaient être admises en application de l'article 147, § 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, car elles menaient à une modification des éléments essentiels du marché.

L'offre de la requérante renseignait le nombre annuel d'heures de nettoyage qui suit:

"

Type de personnel	Nombre d'heures annuelles
Jette Clean Catégorie 1A	48.582,72
Etudiants	9.189,12
CPAS Articles 60	24.291,36
Contrat First Actiris	15.102,24

".

Selon ce tableau, la moitié des heures prévues devaient être effectuées par du personnel de catégorie 1A au sens des tarifs horaires prévus par la commission paritaire 121 et l'autre moitié par des étudiants ou des personnes relevant des stages "First" d'ACTIRIS ou de l'article 60, § 7, de la loi organique des centres publics d'action sociale. Ce tableau ne prévoit, par contre, aucune heure prestée par du personnel de catégorie 1B, 4A, 4B, 4C et 4D. La requérante ne conteste, dans sa demande de suspension, aucun de ces éléments.

Dans sa réponse datée du 8 août 2018, la requérante a modifié cette répartition horaire de la manière suivante :

- 2.777,39 heures de nettoyage sont retirées de la catégorie 1A et sont réparties entre les catégories 1B (686,27 heures), 4B (348,52heures), 4C (697,04 heures) et 4D (1.045,56 heures);
- 105 heures sont transférées de la catégorie stages "First" d'ACTIRIS vers la catégorie "Etudiants".

Le nombre total d'heures de nettoyage et le prix restent, par contre, identiques, la requérante ayant choisi de diminuer son taux de marge bénéficiaire.

Il n'est pas contesté que l'exécution du marché requiert du personnel relevant des catégories 1B et 4 telles que visées par la commission paritaire 121, ni que ce personnel bénéficie d'un tarif horaire plus élevé que celui de la catégorie 1A. Il est, dès lors, établi que l'offre de la requérante, telle qu'elle a été déposée, ne respectait pas toutes les obligations imposées par la commission paritaire 121 et ne permettait pas de "payer certains salaires légaux comme ceux relatifs au nettoyage des vitres" et que ces caractéristiques étaient de nature à lui conférer, par rapport aux autres

soumissionnaires, un avantage discriminatoire au sens de l'article 74, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 précité.

L'article 147, § 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme suit :

" Lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par les opérateurs économiques sont ou semblent incomplets ou erronés, ou lorsque certains documents sont manquants, l'entité adjudicatrice peut, sans préjudice de l'article 121, § 6, alinéa 2, demander aux candidats ou soumissionnaires concernés de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence et, s'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, sans que cela ne puisse mener à une modification des éléments essentiels du marché".

Comme le relève la partie adverse dans sa note d'observations, cet article 147, § 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 précitée permet à un pouvoir adjudicateur de demander aux soumissionnaires de présenter, compléter, clarifier ou préciser des informations ou des documents incomplets, erronés ou manquants. Il ne permet, par contre, pas à un soumissionnaire de régulariser une offre entachée d'une irrégularité qui est de nature lui à conférer un avantage discriminatoire au sens de l'article 74, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 précité. La requérante reconnaît, dans sa demande de suspension, que les précisions et modifications qui peuvent être admises ne peuvent avoir "pour objet de couvrir une irrégularité" (demande de suspension, p.19, voir également pp. 20 et 21). Dès lors qu'il est établi que l'offre de la requérante, telle qu'elle a été déposée, était entachée d'une irrégularité, celle-ci ne pouvait donc être "régularisée" par le biais de l'article 147, § 4, alinéa 1^{er}.

Au surplus, les modifications apportées par la requérante portent sur la répartition des heures entre les différentes catégories de personnel, l'ajout des catégories 1B, 4B, 4C et 4D qui n'étaient pas prévues dans l'offre, une modification du prix de revient et une diminution de sa marge bénéficiaire. Même si le prix global du marché et le nombre total d'heures de prestations n'ont pas été modifiés, ces adaptations touchent à des éléments constitutifs du prix de l'offre qui peuvent raisonnablement être qualifiés d'éléments essentiels du marché dans le cadre d'une procédure d'attribution.

L'acte attaqué est, dès lors, adéquatement et suffisamment motivé et a permis à la requérante de comprendre les motifs de droit et de fait pour lesquels son offre a été déclarée irrégulière.

Enfin, c'est à tort que la requérante soutient que dès lors que la partie adverse avait conclu à la régularité de son offre, elle ne pouvait ensuite l'écarter pour

une irrégularité substantielle. Le point 5 consacré dans le rapport d'attribution à la régularité des offres concerne la date de dépôt des offres, leur signature, leur caractère complet et le respect de l'exigence minimale en heures de nettoyage. C'est dans ce cadre que les offres - dont celle de la requérante - sont déclarées régulières. Ce constat n'empêchait, toutefois, pas la partie adverse de constater une irrégularité substantielle touchant à un autre élément de l'offre et de l'écarter en conséquence de la suite de l'analyse. La conclusion du point 5 du rapport d'attribution porte, à cet égard, la mention très claire suivante :

" Il pourra être lu plus loin dans les analyses que l'offre de Jette Clean et Group Cleaning Services sont affectées d'une irrégularité substantielle, de sorte qu'elles doivent être écartées de l'analyse ultérieure. L'Adjudicateur émet les réserves nécessaires à cette fin dans ce titre 5".

Le deuxième moyen n'est, dès lors, sérieux en aucune de ses deux branches.

VII. Seconde branche du premier moyen

VII.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 4, 147 et 149 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 70 à 73 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, des articles 65 à 69 et 72 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concession, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de motivation matérielle, du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, du principe de non-discrimination, du principe de bonne administration et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du cahier spécial des charges et, plus particulièrement, de son article 7, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Dans une seconde branche, la requérante expose que l'acte attaqué ne permet pas de s'assurer que la partie adverse a vérifié que les renseignements fournis par les soumissionnaires permettent de démontrer que ceux-ci répondent aux critères de sélection qualitative prévus par le cahier spécial des charges et ce alors que l'acte attaqué aurait, à tout le moins, dû contenir les motifs pour lesquels la partie adverse a estimé que ces soumissionnaires répondent à ces exigences.

Après avoir rappelé les principes et dispositions applicables, elle explique qu'"en ce qui concerne les critères de capacité économique et financière, la décision motivée d'attribution ne permet pas de s'assurer que la partie adverse a bien vérifié que les soumissionnaires atteignent les seuils de chiffre d'affaires spécifique et minimal prévus par l'article 7, b), du cahier spécial des charges". Elle considère que face aux difficultés d'interprétation que peut susciter l'article 7, b), du cahier spécial des charges, la seule mention d'un "OK" suivie des trois dernières années concernées figurant dans le rapport d'analyse des offres auquel la décision motivée d'attribution renvoie ne suffit pas à démontrer que la partie adverse a correctement vérifié la situation des soumissionnaires pour chacune de ces trois années tant pour le chiffre d'affaires spécifique que pour le chiffre d'affaires global. Elle indique également que "la décision motivée d'attribution ne permet pas de s'assurer que la partie adverse a bien vérifié que l'attributaire pressenti du marché a réalisé un chiffre d'affaires annuel minimal de 3.000.000 EUR pour des activités de nettoyage de bureaux (chiffre d'affaires spécifique)".

Elle observe ensuite qu'en ce qui concerne les critères de capacité technique et professionnelle, "la décision motivée d'attribution ne permet pas de vérifier que les soumissionnaires ont bien fourni «4 références de contrats de nettoyage de bureaux exécutés au cours des trois dernières années au maximum où un chiffre d'affaires annuel minimal de 450.000 EUR a été atteint», comme l'exige l'article 7, b), du cahier spécial des charges" et que, de même, "la décision motivée d'attribution ne permet aucunement de s'assurer que les références fournies par les soumissionnaires comportent bien les mentions imposées par cette disposition, à savoir l'objet du marché et son montant annuel, sa localisation, les coordonnées du client, la date du début du contrat et sa durée et une description succincte des prestations et opérations de nettoyage" puisque le "rapport d'analyse des offres se contente [...] de reprendre, en annexe B, un document intitulé «tableau de contrôle des références», qui se limite à l'indication de la mention «OK» dans les différentes colonnes sans autre précision". Elle soutient qu'il "appartient à la partie adverse d'expliquer, dans la décision motivée d'attribution, les raisons pour lesquelles elle a estimé que les soumissionnaires répondent aux exigences prévues par le cahier spécial des charges". Elle conclut de la manière suivante :

" Au vu de ce qui précède, force est de constater que la décision motivée d'attribution n'est pas adéquatement motivée en ce qu'elle ne permet aucunement de s'assurer que la partie adverse a vérifié que les soumissionnaires et, plus particulièrement, l'attributaire pressenti du marché, répondent au critère de capacité économique et financière prévu par le cahier spécial des charges.

Dans le même ordre d'idées, la décision motivée d'attribution ne permet aucunement de contrôler la manière dont la partie adverse a exercé son pouvoir d'appréciation concernant les références fournies par les différents

soumissionnaires et, plus particulièrement, par l'attributaire pressenti du marché afin de démontrer leur capacité technique et professionnelle à exécuter le marché".

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Dans cette branche du moyen, la requérante ne soutient pas que les autres soumissionnaires ne pouvaient pas être sélectionnés, mais que l'acte attaqué ne permet pas de s'assurer que la partie adverse a vérifié que ceux-ci répondent aux critères de sélection qualitative. La requérante remet ainsi en cause l'examen de la sélection qualitative pour l'ensemble des soumissionnaires sélectionnés. La requérante a intérêt, nonobstant le caractère irrégulier de son offre, à soulever une telle illégalité dans la mesure où, si elle était établie, elle serait de nature à remettre en cause la sélection des autres soumissionnaires sélectionnés.

Une décision positive qui sélectionne un soumissionnaire, sans que le déroulement de la phase de sélection ait suscité quelque difficulté, peut comporter une motivation plus succincte qu'une décision qui exclut un soumissionnaire ou refuse de le sélectionner. Pour admettre une telle motivation plus succincte, encore faut-il que le pouvoir adjudicateur n'ait pas été confronté à une difficulté, qui le contraindrait alors à expliciter davantage les raisons pour lesquelles il a estimé que le candidat ou soumissionnaire concerné répondait au(x) critère(s) à propos duquel (desquels) cette difficulté pourrait faire surgir une contestation.

En ce qui concerne, en l'espèce, les seuils de chiffre d'affaires spécifique et minimal prévus par l'article 7, b) du cahier spécial des charges, le rapport d'attribution a estimé que tous les soumissionnaires répondaient au critère de chiffre d'affaires. A l'appui de cette conclusion, il contient le tableau suivant :

" le soumissionnaire doit avoir réalisé un chiffre d'affaires annuel minimal de 3.000.000 EUR global et spécifique, c'est-à-dire spécifiquement lié aux activités de nettoyage de bureaux et ceci pour les 3 dernières années comptables.

En ce qui concerne l'appréciation du chiffre d'affaires annuel minimal précité, il ne sera tenu compte que des chiffres d'affaires de la société soumissionnaire proprement dite, à l'exclusion des chiffres d'affaires du groupe éventuel auquel une société soumissionnaire appartient, sauf en cas de recours à la capacité de tiers conformément à l'article 150 de la loi du 17 juin 2016

Activa	Atalian	Cleaning Masters	Gom	Group Cleaning Services	Itzu Cleaning	Jette Clean	Köse Cleaning	Laurenty
OK, 2015/2016 /2017	OK, 2015/2016 /2017	OK, 2015/2016 /2017	OK, 2015/2016 /2017	OK, 2015/2016 /2017	OK, 2015/2016 /2017	OK, 2015/2016 /2017	OK, 2015/2016 /2017	OK, 2015/2016 /2017

".

La mention "OK" accompagnée des années comptables concernées atteste que, selon la partie adverse, chaque soumissionnaire répondait à chacune des exigences édictées sur ce point en vue de la sélection.

En ce qui concerne les critères de capacité technique et professionnelle, le rapport d'attribution considère qu'à l'exception des soumissionnaires ACTIVA et LAURENTY, les autres soumissionnaires ont produit des références qui répondent aux critères de sélection de la capacité technique et professionnelle et renvoie à un tableau de contrôle des références dans lequel sont examinées les références invoquées par chaque soumissionnaire et leur adéquation avec les exigences du cahier spécial des charges. En cas d'adéquation, l'auteur du rapport d'attribution a indiqué la mention "OK". Il ressort de ce tableau que deux soumissionnaires ne produisent pas les quatre références requises et que les sept autres ont bien produit les références requises.

Il résulte de ces éléments figurant dans le rapport d'attribution - que l'acte attaqué fait sien - que la partie adverse a bien procédé à un examen concret tant des seuils de chiffre d'affaires spécifique et minimal que des exigences en matière de référence et que son examen l'a conduite à ne pas sélectionner deux soumissionnaires. C'est, dès lors, à tort que la requérante soutient que l'acte attaqué ne permet pas de s'assurer que la partie adverse a vérifié que les renseignements fournis par les soumissionnaires permettent de démontrer que ceux-ci répondent aux critères de sélection qualitative prévus par le cahier spécial des charges.

Il n'apparaît, par ailleurs, pas du dossier administratif que le pouvoir adjudicateur ait, au cours de cet examen, été confronté à une quelconque difficulté qui l'aurait contraint à expliciter davantage les raisons pour lesquelles il a estimé que le candidat ou soumissionnaire concerné répondait au(x) critère(s) à propos duquel (desquels) cette difficulté pourrait faire surgir une contestation. La requérante ne se prévaut, à cet égard, pas d'une difficulté qu'aurait concrètement soulevée la sélection d'ATALIAN S.A., de CLEANING MASTERS, de GOM S.A. et de ITZU CLEANING S.A. au regard des seuils de chiffre d'affaires spécifique et minimal et des exigences en matière de référence qu'elle évoque dans sa demande de suspension. Dans de telles circonstances, une motivation plus succincte comportant la mention "OK" dans les tableaux figurant dans le rapport d'attribution peut être admise et suffit à établir que le pouvoir adjudicateur a bien procédé à un examen concret des critères de sélection qualitative.

La seconde branche du premier moyen n'est, dès lors, pas sérieuse.

VIII. Troisième branche du quatrième moyen

VIII.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un quatrième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 4 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concession, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de motivation matérielle, du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, du principe de non-discrimination, du principe de bonne administration et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Dans une troisième branche, elle constate que la partie adverse a déclaré son offre substantiellement irrégulière au motif qu'elle aurait modifié des éléments essentiels du marché en réponse à la demande de précisions supplémentaires qu'elle lui avait adressée et soutient que si le Conseil d'État devait considérer que ces modifications portent sur des éléments essentiels du marché, toutes les offres déposées sont alors affectées d'une cause d'irrégularité substantielle qui aurait dû conduire la partie adverse à les écarter. Elle développe cette branche du moyen de la manière suivante :

- " En l'espèce, comme relevé précédemment, l'article 8, b), 3, du cahier spécial des charges impose aux soumissionnaires de joindre à leur offre «le tarif horaire proposé pour chaque catégorie de travailleur concerné par des prestations demandées dans le marché ainsi qu'une justification détaillée bien chiffrée».

Or, il résulte du rapport d'analyse des offres qu'aucun des soumissionnaires n'a joint ces éléments à son offre, à l'exception de la requérante comme cela résulte de son offre.

Dès lors, à supposer que Votre Conseil considère que la requérante a apporté des modifications à des éléments essentiels du marché en réponse à la demande d'informations supplémentaires – *quod certe non* –, il conviendrait alors de constater que l'ensemble des offres sont affectées d'une cause d'irrégularité substantielle qui aurait dû conduire le pouvoir adjudicateur à les écarter.

En effet, si Votre Conseil venait à considérer que le prix de revient annuel du marché; le nombre d'heures relatif à l'emploi de main d'œuvre «stage 1st» et le nombre d'heures annuel relatif à l'emploi d'étudiants constituent des éléments essentiels du marché – *quod certe non* –, il conviendrait d'en déduire que le tarif horaire proposé pour chaque catégorie de travailleur et la justification détaillée chiffrée constituent également de tels éléments essentiels.

La requérante en veut notamment pour preuve que le tarif horaire proposé pour chaque catégorie de travailleur et la justification détaillée chiffrée constituent des éléments que les soumissionnaires doivent joindre à leur offre en vertu de l'article 8, c), 3, du cahier spécial des charges, ce qui n'est pas le cas du prix de revient annuel du marché ; du nombre d'heures relatif à l'emploi de main d'œuvre «stage 1st» et du nombre d'heures annuel relatif à l'emploi d'étudiants.

Dès lors, dans ce cas de figure, il conviendrait de constater que la partie adverse a autorisé l'ensemble des soumissionnaires à régulariser leur offre, en méconnaissance de l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017".

VIII.2. *Appréciation du Conseil d'État*

Ainsi qu'il l'a été exposé lors de l'examen du deuxième moyen, le pouvoir adjudicateur a estimé, sans que cette appréciation ne soit contestée par la requérante, que le fait que les soumissionnaires sélectionnés n'avaient pas énoncé clairement "le tarif horaire proposé pour chaque catégorie de travailleur concerné par des prestations demandées dans le marché ainsi qu'une justification détaillée bien chiffrée", constituait, en tant que tel, tout au plus une irrégularité non substantielle qui ne conduisait pas à la nullité des offres. En demandant à chacun des soumissionnaires de lui fournir des précisions, le pouvoir adjudicateur n'a, dès lors, nullement invité à "régulariser" une cause d'irrégularité substantielle.

Comme il l'a également été exposé lors de l'examen du deuxième moyen, la requérante avait déjà fourni, dans son offre, un tableau de répartition des heures entre les catégories de personnel qu'elle prévoyait. Sa réponse du 8 août 2018 modifie cette répartition des heures entre les différentes catégories de personnel et ajoute des catégories 1B, 4B, 4C et 4D qui n'étaient pas prévues dans l'offre. Sa réponse établit donc que son offre, telle qu'elle a été déposée, était entachée d'une irrégularité substantielle et qu'elle ne pouvait être régularisée. Il est, sur ce point, renvoyé à l'examen du deuxième moyen.

Ce constat d'irrégularité n'apparaît *prima facie* pas pour l'ensemble des autres soumissionnaires. Ceux-ci ont simplement été invités, dans un premier temps, à fournir "le tarif horaire proposé pour chaque catégorie de travailleur concerné par des prestations demandées dans le marché ainsi qu'une justification détaillée bien chiffrée" et, ensuite, à apporter des précisions complémentaires sans pour autant modifier leur offre, ni tenter de régulariser une irrégularité touchant aux catégories de personnel et aux tarifs horaires de celles-ci. Il n'est, en conséquence, *prima facie* pas établi que chacun d'entre eux aurait modifié des éléments essentiels de son offre.

La troisième branche du quatrième moyen n'est, dès lors, pas sérieuse.

IX. Troisième moyen

IX.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un troisième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concession, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de motivation matérielle, du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, du principe de non-discrimination et du principe de bonne administration, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Dans une première branche, elle reproche à la partie adverse d'avoir invité, à plusieurs reprises, certains des soumissionnaires à lui fournir des informations supplémentaires concernant leurs prix alors qu'elle ne lui a réservé cette possibilité qu'à une seule reprise. Elle remarque ainsi que la société ITZU CLEANING a pu apporter des précisions complémentaires concernant ses prix pas moins de trois fois tandis que "la société GROUP CLEANING SERVICES a modifié certains éléments de son offre en réponse à la demande d'informations supplémentaires mais [...] a, malgré tout, été invitée, une seconde fois, à fournir des informations supplémentaires". Elle soutient que "la société GROUP CLEANING SERVICES a modifié le nombre total d'heures par an et le prix total annuel prévus dans son offre en réponse à la demande d'informations supplémentaires qui lui a été adressée par la partie adverse le 13 novembre 2018 mais que celle-ci a, malgré tout, décidé de l'inviter, une seconde fois, à fournir des informations supplémentaires le 10 décembre 2018". Elle en déduit que "la partie adverse n'a pas réservé le même traitement à tous les soumissionnaires placés dans les mêmes circonstances" alors que "les précisions que la requérante aurait pu fournir à la partie adverse en réponse à la demande d'informations supplémentaires auraient pu lui permettre d'expliquer les modifications apportées à son offre et/ou de rectifier ces modifications de sorte qu'elle aurait pu récupérer une chance de se voir attribuer le marché".

Dans une seconde branche, la requérante constate que l'acte attaqué ne lui permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a décidé, d'une part, de la traiter de façon différente dans le cadre de la vérification des prix en invitant, à plusieurs reprises, certains des soumissionnaires à lui fournir des informations supplémentaires concernant leurs prix alors qu'elle ne lui a réservé cette possibilité qu'à une seule reprise et, d'autre part, d'admettre les informations

supplémentaires fournies par certains des soumissionnaires alors qu'elle a décidé de rejeter les siennes. Elle explique que "la motivation de la décision motivée d'attribution ne permet aucunement de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a décidé de traiter, de façon différente, l'offre de la requérante et celle de la société GROUP CLEANING SERVICES alors que ces soumissionnaires étaient placée dans des circonstances similaires" puisque "après avoir constaté que la société GROUP CLEANING SERVICES a modifié le nombre total d'heures par an et le prix total annuel prévus dans son offre en réponse à la demande d'informations supplémentaires, elle l'a invitée, une nouvelle fois, à lui fournir des informations supplémentaires". Elle relève également que "la décision motivée d'attribution ne permet aucunement de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a estimé que les informations supplémentaires fournies par les sociétés ATALIAN, CLEANING MASTERS, GOM, ITZU CLEANING et GROUP CLEANING SERVICES pouvaient être admises alors que celles de la requérante devaient être rejetées".

IX.2. Appréciation du Conseil d'État

En tant que la deuxième branche du troisième moyen expose que "la décision motivée d'attribution ne permet aucunement de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a estimé que les informations supplémentaires fournies par les sociétés ATALIAN, CLEANING MASTERS, GOM, ITZU CLEANING et GROUP CLEANING SERVICES pouvaient être admises alors que celles de la requérante devaient être rejetées", il est renvoyé à l'examen de la troisième branche du quatrième moyen. L'ensemble des éléments qui y sont évoqués ressortent clairement de la motivation de l'acte attaqué.

Pour le surplus et ainsi que le relève la partie adverse dans sa note d'observations, la requérante critique, dans ce troisième moyen, la manière dont elle aurait été traitée comparativement aux autres soumissionnaires ainsi que la motivation de la décision attaquée sur cette question. Elle ne soutient, toutefois, pas dans ce moyen que son offre était régulière, ni que les offres d'ATALIAN S.A., de CLEANING MASTERS, de GOM S.A. et de ITZU CLEANING S.A. auraient été déclarées régulières à tort. Si elle soutient qu'elle aurait pu apporter des précisions supplémentaires permettant d'expliquer les modifications apportées à son offre ou de rectifier ces modifications, elle n'expose pas concrètement comment elle aurait pu, dans ce cadre de ces précisions complémentaires, "régulariser" une offre dont, au regard de l'examen du deuxième moyen, il n'est pas valablement contesté, d'une part, qu'elle ne respectait pas toutes les obligations imposées par la commission paritaire 121 et ne permettait pas de "payer certains salaires légaux comme ceux relatifs au nettoyage des vitres" et, d'autre part, que ces caractéristiques étaient de nature à lui

conférer, par rapport aux autres soumissionnaires, un avantage discriminatoire au sens de l'article 74, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 précité. Les illégalités invoquées à l'appui de ce troisième moyen ne sont, dès lors, pas de nature à avoir causé grief à la requérante.

X. Première branche du premier moyen et première et deuxième branches du quatrième moyen

Dans la première branche du premier moyen, la requérante soutient que l'intervenante n'aurait pas dû être sélectionnée. Dans le quatrième moyen, elle fait grief à la partie adverse d'avoir tenu compte des éléments contenus dans son offre pour apprécier la régularité de celle de l'intervenante (première branche) et d'avoir motivé sa décision concernant la régularité de l'offre de l'intervenante en se fondant sur des éléments de la sienne (deuxième branche).

Dès lors que l'irrégularité de l'offre de la requérante n'est pas valablement contestée et que la requérante n'établit pas que c'est à tort que ATALIAN S.A., CLEANING MASTERS, GOM S.A. et ITZU CLEANING S.A. ont été sélectionnés ou que leur offre a été déclarée irrégulière, la requérante n'a pas intérêt aux illégalités invoquées dans ces trois branches.

XI. Confidentialité

La requérante demande la confidentialité pour son offre et son courrier du 8 août 2018 au motif que "ces pièces contiennent des informations couvertes par le secret des affaires". Il s'agit des pièces A et B du dossier qu'elle dépose ainsi que des pièces 7 et 22 de la partie confidentielle du dossier administratif.

La partie adverse demande la confidentialité pour les offres des soumissionnaires ainsi que pour les échanges qu'elle a eus avec ceux-ci de manière à ne pas nuire au secret d'affaires. Il s'agit des pièces 1 à 48 de la partie confidentielle du dossier administratif.

L'intervenante dépose à titre confidentiel son offre et les courriers qu'elle a adressés à la partie adverse les 8 août 2018 et 15 février 2019. Il s'agit des pièces 1, 2 et 4 du dossier qu'elle dépose ainsi que des pièces 8, 16 et 38 de la partie confidentielle du dossier administratif.

Les pièces 39 à 48 du dossier administratif sont les courriers de notification de l'acte attaqué aux différents soumissionnaires. Ces courriers tels qu'ils sont ainsi déposés ne contiennent aucune information liée au secret des affaires et ne

concernent pas davantage la décomposition et la justification des prix des soumissionnaires. Il n'y a donc pas lieu d'en maintenir la confidentialité.

S'agissant des autres pièces pour lesquelles une demande de confidentialité a été formulée et qui peuvent contenir des éléments susceptibles de relever du secret des affaires, leur divulgation n'est, à ce stade de la procédure, 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.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 1 à 38 de la partie confidentielle du dossier administratif, les pièces A et B du dossier de la requérante et les pièces 1, 2 et 4 du dossier de l'intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 6.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le trois avril deux mille dix-neuf par :

M^{mes} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, président f.f.,
Katty LAUVAU, greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Nathalie VAN LAER.