

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DE VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 245.222 du 23 juillet 2019

A. 228.502/VI-21.520

En cause : **la société anonyme KÖSE CLEANING,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Peter TEERLINCK, Raluca GHERGHINARU et
Louise GALOT, avocats,
avenue de l'Yser 19
1040 Bruxelles,

contre :

la Communauté française,
représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^{es} François MOISES et
Julie BOCKOURT, avocats,
place des Nations-Unies 7
4020 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 juillet 2019, la s.a. KÖSE CLEANING demande selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision de date inconnue adoptée par la partie adverse aux termes de laquelle celle-ci a décidé de déclarer l'offre déposée par la partie requérante dans le «Marché public de services à caractère durable portant sur le nettoyage d'implantations administratives et de Cabinets ministériels dépendant de la Communauté française selon des méthodes respectueuses de l'environnement (MP4034)» comme étant irrégulière".

II. Procédure

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

Par une ordonnance du 3 juillet 2019, les parties ont été convoquées à l'audience du 18 juillet 2019 à 10 heures 30.

M. Marc JOASSART, conseiller d'État, président f.f., a fait rapport.

M^e Louise GALOT, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Julie BOCKOURT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian AMELYNCK, premier auditeur chef de section, a été entendu 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. Faits

1. Par un avis publié au Bulletin des adjudications du 12 novembre 2018, et au Journal officiel de l'Union européenne le 14 novembre 2018, la Communauté française lance un marché de services à caractère durable portant sur le nettoyage d'implantations administratives et des cabinets ministériels. Ce marché est régi par le cahier spécial des charges n° 4034 qui indique que la mission principale porte sur le nettoyage des diverses implantations et sur la gestion de conteneurs hygiéniques. Il est divisé en 13 lots dans lesquels les bâtiments concernés ont été regroupés par bassin, chaque bassin correspondant à une zone géographique délimitée, à l'exception des lots 1, 2, et 13 qui constituent une zone à part entière, répartis de la manière suivante :

Lot	Libellé du lot
Lot 1	Espace 27 septembre
Lot 2	Cabinets ministériels
Lot 3	Bassin de Bruxelles
Lot 4	Bassin de Liège
Lot 5	Bassin de Verviers
Lot 6	Bassin de Huy-Waremme
Lot 7	Bassin du Luxembourg
Lot 8	Bassin de Namur
Lot 9	Bassin du Brabant wallon
Lot 10	Bassin du Hainaut sud

Lot 11	Bassin du Hainaut centre
Lot 12	Bassin de la Wallonie Picarde
Lot 13	Avenue du Port

2. Quatre avis rectificatifs sont publiés :

- le 20 décembre 2018, des modifications sont apportées aux annexes 2 (inventaire) et 4 (liste reprenant les quantités des conteneurs hygiéniques à placer par bâtiment et leur fréquence d'entretien et de remplacement) du cahier spécial des charges;
- le 8 janvier 2019, la date limite de réception des offres est reportée au 1^{er} février 2019;
- le 17 janvier 2019, de nouvelles modifications sont apportées au cahier spécial des charges et à ses annexes 2 et 4, signalées en vert dans les documents;
- et enfin le 22 janvier 2019 le cahier spécial des charges et ses annexes 1 (Formulaire d'offre) et 2 sont modifiés une dernière fois – modifications signalées en jaune dans les documents et la date limite de réception des offres est reportée au 8 février 2019.

3. Les six sociétés suivantes déposent une offre: la SA ACTIVA pour les lots 1 à 13, la SA CLEAN EXPRESS POTY pour les lots 4, 6, 8, 9 et 10, la SA GROUP CLEANING SERVICES pour les lots 1 à 12, la SA JETTE CLEAN pour les lots 1 à 13, la SA KOSE CLEANING pour les lots 1 à 13 et la SA LAURENTY pour les lots 1 à 13.

4. Par courriers recommandés datés du 2 avril 2019, les soumissionnaires sont interrogés en application de l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics au sujet des produits offerts, ainsi que de la documentation et des références fournies. Les soumissionnaires répondent à ces demandes dans le délai indiqué. Une demande d'information complémentaire est adressée à la société GROUP CLEANING le 10 avril 2019, à laquelle celle-ci répond lendemain.

5. Par des courriers recommandés datés du 12 avril 2019, les six soumissionnaires sont invités à fournir divers justificatifs quant à leurs prix dans les termes suivants :

"A. Demande d'information pour l'ensemble des lots pour lesquels vous avez remis offre :
Par application des articles 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et 35 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et considérant que le CSCh prévoyait les passages suivants :

- « Le Pouvoir adjudicateur attire l'attention des soumissionnaires sur le fait que le taux horaire à respecter est le taux UGBN charges sociales comprises. » (Point I.9.ii, page 22 du CSCh);

- « Il est rappelé aux soumissionnaires que les rémunérations convenues ne peuvent être inférieures au salaire minimum fixé au niveau de la branche d'activité par la commission paritaire 121. » (Point I.6.i, page 15 du CSCh);

Considérant pour le surplus que ces aspects ont été confirmés au sein du forum de la plateforme e-Procurement en date du 3 janvier 2019 :

« Le cahier spécial des charges mentionne au point I.9.ii que "le taux horaire à respecter est le taux UGBN charges sociales comprises". Il s'agit donc bien de respecter le taux en vigueur mentionné tant lors de la remise des offres que durant l'exécution du marché. Il est par ailleurs rappelé au point I.6.i. que « les rémunérations convenues ne peuvent être inférieures au salaire minimum fixé au niveau de la branche d'activité par la commission paritaire 121 ». Pour le surplus, le pouvoir adjudicateur ne peut se prononcer sur les irrégularités avant la réception des offres ».

Considérant par ailleurs qu'«un prix normal est un prix permettant à l'entrepreneur de conserver après déduction de tous ses frais une marche bénéficiaire raisonnable »;

Pourriez-vous nous transmettre des éléments concrets permettant d'une part de comprendre la structure de prix proposée et d'autre part de déterminer si, lors de l'exécution du marché, vous respecterez les exigences mentionnées au sein du CSCh et reprises *supra*, à savoir que pour les catégories de travailleurs concernées, le taux horaire charges sociales comprises, tel que déterminé par l'UGBN sera respecté et que les rémunérations convenues ne seront en aucun cas inférieures au salaire minimum fixé au niveau de la branche d'activité par la commission paritaire 121?

B. Vérification des prix et des coûts pour l'ensemble des lots pour lesquels vous avez remis offre :

Par la présente, et conformément à l'article 36 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et sans préjudice des résultats de la sélection qualitative, je me permets de vous demander une justification écrite des montants des postes suivants:

1. « Conteneur hygiénique », prestation pour laquelle un montant annuel HTVA et TVAC pour un conteneur hygiénique, coût du conteneur, entretien et remplacement inclus, selon les fréquences déterminées par l'annexe 4, comme mentionné notamment page 40 du CSCh, était demandé;

2. « Enlèvement de tags et graffitis sur le bâtiment », prestation pour laquelle un prix TVAC au m² était demandé;

3. « Déneigement du périmètre du bâtiment »;

La demande de justification s'applique par définition indépendamment du fait que le poste soit sous-traité totalement, partiellement ou pas du tout.

Paramètres demandés par postes, pour autant qu'ils soient d'application :

- Coût d'achat du matériel et/ou des matériaux mis en œuvre,

- Pour les appareils de levage ou autres, en location, le coût horaire et le nombre d'heures d'utilisation,

- Taux horaire de la main d'œuvre, le nombre d'heures prestées et le nombre d'hommes prévus,

- Marge bénéficiaire en % appliquée par le sous-traitant et/ou la vôtre,

- La méthode d'exécution du travail,

- Tous les autres renseignements utiles à la compréhension du prix du poste.

L'ensemble de ces documents doit me parvenir dans un délai de 12 jours calendrier à dater de la présente à l'adresse mail suivante : marchespublics@cfwb.be, avec en objet : MP4034 – NETTOYAGE.

A défaut de recevoir l'ensemble des renseignements du point B dans ce délai, votre offre sera considérée comme irrégulière et sera écartée du classement définitif ".

Tous les soumissionnaires ont répondu dans le délai indiqué.

6. Une première décision d'attribution, non datée, considère l'offre de la requérante affectée d'une irrégularité substantielle. Les différents lots sont attribués comme suit : - JETTE CLEAN : lots 1 à 12 - LAURENTY : lot 13. Cette décision est notifiée aux différents soumissionnaires par des courriels et des courriers recommandés datés du 5 juin 2019.

7. Par une lettre du 11 juin 2019 adressé au pouvoir adjudicateur, les conseils de la requérante contestent les motifs de la décision d'attribution et invitent la partie adverse à retirer cette décision.

8. Le 19 juin 2019, la première décision d'attribution est retirée et une nouvelle décision d'attribution mentionne ce qui suit au sujet de l'offre de la requérante :

« Considérant que dans son courrier du 23 avril 2019, KOSE CLEANING a confirmé le prix unitaire pour le poste relatif à un conteneur hygiénique, mais n'a pas renseigné le détail de ce prix comme demandé par le pouvoir adjudicateur dans le courrier du 12 avril 2019; qu'il a également fait remarquer que le prix remis l'avait été sur base mensuelle et non pas annuelle, comme requis dans les documents du marché; que cette erreur se retrouve dans l'offre d'un autre soumissionnaire; qu'en effet, les soumissionnaires ont été invités à se baser sur un tableau reprenant la fréquence de remplacement des conteneurs (fréquence mensuelle ou bi-mensuelle) pour remettre leur prix dans l'inventaire (dans lequel le prix annuel d'un conteneur devait être remis); que cette erreur peut donc être considérée comme étant une erreur matérielle au sens de l'article 34, §1^{er} de l'arrêté royal du 18 avril 2017 dans la mesure où le pouvoir adjudicateur peut reconstituer le prix de ce poste en multipliant le prix remis par 12; qu'en ce qui concerne les prix remis relatifs à l'enlèvement des tags et graffitis, KOSE CLEANING justifie le prix proposé eu égard au volume d'affaires important généré par la société dans l'exercice de ce type d'activité qui implique dès lors dans son chef, d'une part, l'utilisation de machines, matériels et produits efficaces et plus coûteux que d'autres sociétés exerçant cette activité de manière plus marginale et, d'autre part, le recours à des ouvriers exerçant ce travail à temps plein et bénéficiant dès lors d'une expertise spécifique permettant d'accroître leur rendement; que, cependant, KOSE CLEANING a remis un prix différent pour le lot 1 et pour les autres lots; que le soumissionnaire n'a pas expliqué cette différence de prix; que la demande adressée au soumissionnaire le 12 avril 2019 visait spécifiquement les prix offerts pour l'ensemble des lots; que le poste « enlèvement de tags et graffitis sur le bâtiment » étant présent dans chaque lot, son prix devait être justifié pour chacun desdits lots;

Que des justificatifs communs pourraient être admis – pour autant qu'ils soient suffisants, ce qui n'est pas le cas – si et seulement si le prix offert était identique dans chaque lot; que des justificatifs identiques pour des prix différents ne sont pas de nature à lever le soupçon d'anormalité pesant sur les prix en question; que, pour le surplus, les éléments de réponse apportés par KOSE CLEANING sont jugés insuffisants dans la mesure où ils ne permettent pas de justifier, éléments chiffrés à l'appui, les prix remis (en quoi les machines utilisées par le soumissionnaire sont-elles plus efficaces que les machines des autres soumissionnaires ? Quel est le volume d'affaire généré par l'enlèvement des tags et graffitis dont se prévaut KOSE CLEANING ? Depuis combien d'années ce chiffre d'affaires annoncé comme important est-il généré ? De quelle expérience

le personnel employé par KOSE CLEANING peut-il se prévaloir pour améliorer la productivité de la société ? etc); qu'enfin, concernant le prix remis pour les prestations liées au déneigement, KOSE CLEANING a expliqué s'être basé sur les heures prestées chez d'autres clients ces dernières années et avoir divisé ce montant par le nombre approximatif de m² déneigés (tout en détaillant le salaire horaire et la marge bénéficiaire escomptée); qu'en conséquence, à défaut d'avoir renseigné les éléments chiffrés requis par le pouvoir adjudicateur dans son courrier du 12 avril 2019 et donc d'avoir apporté des justifications suffisantes concernant les prestations d'enlèvement des tags et graffitis, KOSE CLEANING doit voir son offre écartée en application de l'article 36, §3, 1^o de l'arrêté royal du 18 avril 2017 (irrégularité substantielle)».

Cette nouvelle décision attribue les lots comme la précédente: les lots 1 à 12 à la société JETTE CLEAN et le lot 13 à la société LAURENTY.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Moyen unique – Première branche

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un moyen unique de la violation :

- de l'article 36, §§ 2 et 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et de l'obligation d'organiser un débat contradictoire effectif conformément à cette disposition;
- des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs;
- du principe de motivation matérielle des actes administratifs;
- du principe de transparence;
- du principe de proportionnalité; et
- du principe de bonne administration et de minutie.

Articulé en trois branches, ce moyen est exposé comme suit, pour ce qui concerne sa première branche:

« 30. Les principes et dispositions énumérés ci-dessus sont violés en ce que:
-la partie adverse a qualifié le poste « enlèvement des tags et graffitis » en tant que poste non-négligeable alors que ce poste doit être considéré comme négligeable au sens de l'article 36, § 2 et § 3, de l'AR du 18 avril 2017 et que le prix pour un poste négligeable, même lorsqu'il peut être qualifié d'anormal, ne peut conduire à une irrégularité substantielle de l'offre (première branche);

[...]

B. Rappel des principes applicables en matière de vérification des prix

31. L'article 36, § 2, de l'AR du 18 avril 2017 prévoit que:
«Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.
La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.
Les justifications concernent notamment:
1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
2° les solutions techniques choisies ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
4° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.
Lors de l'examen des prix ou des coûts visé à l'alinéa 1^{er}, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi, applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale.
Le pouvoir adjudicateur n'est toutefois pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables.
Si nécessaire, le pouvoir adjudicateur interroge à nouveau le soumissionnaire par écrit.
Dans ce cas, le délai de douze jours peut être réduit».
32. L'article 36, §3, de l'AR du 18 avril 2017 prévoit, quant à lui, que:
«Le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et:
1° soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;
2° soit constate que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;
3° soit motive dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal.
Le pouvoir adjudicateur écarte également l'offre s'il établit que son montant total est anormalement bas parce qu'elle contrevient aux obligations en matière de droit environnemental, social ou du travail, visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi et ce, en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée. Lorsque l'offre contrevient aux obligations applicables dans le domaine du droit social fédéral ou du droit du travail fédéral, le pouvoir adjudicateur le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 2.
Dans le cadre de l'évaluation, le pouvoir adjudicateur peut également tenir compte d'informations qui ne proviennent pas du soumissionnaire. Ces données sont soumises au soumissionnaire afin de lui permettre d'y réagir.
Si le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre paraît anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire, il ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le pouvoir adjudicateur qui écarte une offre dans ces

conditions le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 3. Le présent alinéa n'est applicable que pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne».

33. Il ressort de ce qui précède que, lorsque le pouvoir adjudicateur constate, lors de la vérification des prix, qu'il y a des soupçons quant à l'anormalité des prix remis par un soumissionnaire, il est obligé d'interroger le soumissionnaire sur la composition du prix en question. Lorsque les soupçons portent sur l'anormalité d'un prix pour un poste négligeable, le pouvoir adjudicateur peut interroger le soumissionnaire sur la composition du prix en question, mais il n'est pas obligé de le faire.

34. En tout état de cause, même si le pouvoir adjudicateur décide d'interroger un soumissionnaire quant à la composition d'un prix pour un poste négligeable, il ne peut pas déclarer son offre irrégulière s'il constate un prix anormal pour ce poste. En effet, ainsi qu'il a été clarifié dans le Rapport au Roi précédant l'AR du 18 avril 2017, « [conformément] au paragraphe 3 [de l'article 36], l'offre doit uniquement être rejetée dans deux hypothèses: en raison du caractère anormal du montant total de l'offre et/ou en raison du caractère anormal d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) ».

35. En application des principes de bonne administration, dont notamment les devoirs de minutie, de proportionnalité et de transparence et de l'obligation d'organiser «un débat contradictoire effectif» [Arrêt de la CJUE du 27 novembre 2001, C-285/99 et C-286/99, *Impresa Lombardini SpA*, point 57]. qui découle de l'article 36, § 2, de l'AR du 18 avril 2017, il est évident que le pouvoir adjudicateur doit préciser explicitement les lots et les postes pour lesquels il a besoin des justifications concernant la composition des prix et poser dans ce cadre toutes les questions qu'il juge nécessaires et opportunes. En effet, le soumissionnaire doit être informé de façon précise sur quels points il doit se défendre, de sorte qu'il puisse faire valoir utilement son point de vue à cet égard :

«53. En effet, il est essentiel que chaque soumissionnaire soupçonné d'avoir présenté une offre anormalement basse dispose de la faculté de faire valoir utilement son point de vue à cet égard, en lui donnant la possibilité de fournir toutes justifications sur les différents éléments de son offre à un moment - se situant nécessairement après l'ouverture de l'ensemble des enveloppes - où il a connaissance non seulement du seuil d'anomalie applicable au marché en cause ainsi que du fait que son offre est apparue anormalement basse, mais également des points précis qui ont suscité des interrogations de la part du pouvoir adjudicateur.

55. Ainsi, d'une part, il ressort du libellé même de ladite disposition, rédigée en termes impératifs, qu'il incombe au pouvoir adjudicateur, premièrement, d'identifier les offres suspectes, deuxièmement, de permettre aux entreprises concernées d'en démontrer le sérieux, en leur réclamant les précisions qu'il juge opportunes, troisièmement, d'apprécier la pertinence des explications fournies par les intéressés et, quatrièmement, de prendre une décision quant à l'admission ou au rejet desdites offres. Il n'est donc possible de considérer que les exigences inhérentes au caractère contradictoire de la procédure de vérification des offres anormalement basses, au sens de l'article 30, paragraphe 4, de la directive, ont été respectées que dans la mesure où toutes les étapes ainsi décrites ont été successivement accomplies.

D'autre part, l'existence d'un débat contradictoire effectif, situé à un moment utile dans la procédure d'examen des offres, entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire constitue une exigence fondamentale de la directive, en vue d'éviter l'arbitraire de l'autorité adjudicatrice et de garantir une saine concurrence entre les entreprises».

36. Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur ne peut pas sanctionner le soumissionnaire sur base d'une absence de réponse ou d'une réponse incomplète à

une question qu'il n'a pas posée et qui ne ressortait pas non plus de façon évidente et explicite des questions posées. Dans ce cas, une interrogation supplémentaire s'impose afin de respecter le droit fondamental du soumissionnaire de se défendre utilement contre l'écartement de son offre.

C. Première branche : la Décision attaquée est entachée d'illégalité en ce qu'elle constate que le poste « enlèvement des tags et graffitis sur le bâtiment » est un poste non-négligeable et qu'un prix prétendument anormal pour ce poste entraînerait l'irrégularité de l'offre de la requérante

37. Pour qu'un pouvoir adjudicateur puisse qualifier un poste qui est, à première vue, négligeable comme poste non-négligeable, il doit se baser sur des justifications objectives et pertinentes et motiver sa décision à cet égard.

38. A cet égard, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'une décision administrative fondée sur l'article 36 § 3, de l'AR du 18 avril 2017 ne peut se contenter de considérer que certains postes apparemment anormaux sont «non-négligeables» pour écarter une offre, Il convient encore d'expliquer pourquoi ces postes sont non-négligeables.

39. On lit ainsi dans un arrêt n° 240.679 du Conseil d'Etat du 7 février 2018 (SPRL SERGE ENGLEBERT c. Ville de BASTOGNE) que:

«La décision attaquée ne montre pas que le pouvoir adjudicateur a vérifié si les postes pour lesquels les prix s'avéraient anormaux dépassaient ou non le seuil permettant de les qualifier de "non négligeables". Au contraire, elle paraît soutenir dans sa note d'observations que toute anomalie affectant un poste de prix unitaire suffit à entacher l'offre d'irrégularité. La motivation de l'acte attaqué est insuffisante à cet égard».

40. Cela est également très bien expliqué dans le Guide « Lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions » établi par le Gouvernement fédéral à l'attention de tous les pouvoirs adjudicateurs belges :

«Les pouvoirs adjudicataires ne sont toutefois pas tenus de demander des justifications des prix de postes négligeables. Et même si des justifications sont demandées, un prix ou un coût anormal relatif à un poste négligeable n'entraîne pas la nullité de l'offre. Le fait de savoir si un poste est négligeable s'évalue au cas par cas en fonction de la nature du marché. Il doit être abordé avec du bon sens, mais aussi avec prudence. Un poste négligeable est par exemple le poste « butoirs de porte » lors de la construction d'une école. Si par contre le marché comprenant le poste « butoirs de porte » se limite au remplacement de portes, ledit poste ne pourra pas être considéré comme négligeable».

41. De même, la partie requérante cite la Circulaire n° 44-0-08-02 de la Région wallonne du 14 juillet 2008 selon laquelle « il est acceptable de ne pas examiner l'anormalité éventuelle du prix de postes dont le montant représente, individuellement, moins de 1% du montant total de l'offre, sauf sérieuse présomption de prix spéculatifs ».

42. Dans le cas d'espèce, force est, tout d'abord, de constater que la partie adverse reconnaît que, à première vue, le poste « enlèvement de tags et graffitis» est un poste négligeable. En effet, il est indiqué dans la décision attaquée que: « quand bien même ces postes auraient pu être considérés comme étant d'importance marginale eu égard au montant total des prestations [...]».

43. Ensuite, il y a lieu de constater que nulle part dans les documents du marché ou dans les courriers envoyés à la requérante dans le cadre de la procédure d'attribution, la partie adverse n'a qualifié le poste « enlèvement de tags et graffitis sur le bâtiment » en tant que poste non négligeable.

44. Dans la première décision d'attribution, la partie adverse a indiqué que la requérante aurait dû comprendre qu'il s'agissait d'un poste non-négligeable étant donné qu'elle avait souligné dans le courrier du 12 avril 2019 que « à défaut de recevoir l'ensemble des renseignements du point B [le point B concerne la vérification des coûts pour les 3 postes susmentionnés] », l'offre de Köse Cleaning sera considérée comme irrégulière et sera écartée du classement définitif. Consciente du fait que cette justification n'était ni correcte, ni suffisante, la partie adverse a retiré la première décision d'attribution et a ajouté un nouveau motif dans la deuxième décision d'attribution (i.e. la Décision attaquée)! pour les besoins de la cause. Malgré ce nouveau « motif », la motivation fournie par la partie adverse à cet égard reste insuffisante et incorrecte.

45. En effet, il ressort de la Décision attaquée que le caractère non-négligeable du poste « enlèvement des tags et graffitis sur le bâtiment » ressortirait :

- (i) premièrement, du fait qu'il a été indiqué dans le courrier du 12 avril 2019 que, à défaut pour la requérante de produire les justifications demandées pour ce poste dans un délai de 12 jours, son offre sera déclarée irrégulière et
- (ii) deuxièmement, du fait que les quantités présumées de ce poste sont susceptibles d'évoluer (et notamment d'augmenter) durant la durée du marché à cause de différents aléas tels que les actes d'incivilités et que, dans ces conditions, « le montant découlant de l'application de ces quantités présumées n'implique pas que ce poste aurait un caractère négligeable ».

46. Les deux justifications exposées dans la décision motivée sont invoquées pour les besoins de la cause et ne reposent sur aucun fondement valable.

47. En ce qui concerne la première justification, la partie adverse ne peut pas décider elle-même, sur base d'une appréciation subjective, qu'un poste est négligeable ou non-négligeable. Il ne s'agit pas d'un examen d'opportunité, mais d'un examen qui doit se baser sur des éléments objectifs, clairs et facilement vérifiables. Or, dans le cas d'espèce, la partie adverse se contente de renvoyer à un courrier antérieur qu'elle a envoyé à la partie requérante et dans lequel elle a simplement indiqué que si la requérante n'allait pas transmettre les justifications relatives aux prix remis pour les postes « Conteneur hygiénique », « Enlèvement de tags et graffitis sur le bâtiment », et « Déneigement du périmètre du bâtiment » dans un délai déterminé, son offre sera considérée comme irrégulière et écartée de la procédure d'attribution.

48. Il est évident que cette phrase générale et stéréotypée ne suffit pas pour démontrer le caractère non-négligeable du poste « enlèvement des tags et graffitis sur le bâtiment ». Ce courrier ne fait, d'ailleurs, aucune référence à la nature non-négligeable de ces postes. Ce type de phrase est une phrase standard que les pouvoirs adjudicateurs reprennent, dans la plupart du temps, dans les demandes de justifications des prix remis par les soumissionnaires. A cet égard, Patrick Thiel soulignait dans son Mémento Marchés publics et PPP 2018 (Tome 1) (page 650) que: « le soumissionnaire qui laisse la demande sans suite verra sa proposition écartée d'office comme irrégulière; dans ce cas, il fut jugé que l'administration n'est pas tenue d'en informer l'intéressé ».

49. En ce qui concerne la deuxième justification, il est indiqué dans la décision attaquée que «considérant [...] que durant toute la durée du marché (48 mois), les quantités présumées de ces 3 postes sont susceptibles de varier dans une proportion non négligeable eu égard à la survenance d'aléas extérieurs (météo, actes d'incivilités...), et de subir d'importants dépassements sur lesquels le pouvoir adjudicateur n'a aucune prise; que le caractère variable du poste était par ailleurs spécifiquement visé par le cahier spécial des charges concernant le poste « conteneur hygiénique »; que les quantités présumées visées dans l'inventaire sont donc indicatives et que le montant des postes découlant de l'application de

ces quantités présumées n'implique pas que ces postes auraient un caractère négligeable; qu'à l'inverse, l'aléa affectant ces postes quant aux quantités qui devront être réellement réalisées durant les 4 années d'exécution du marché implique qu'ils soient considérés comme non-négligeables. [...] ».

50. Tout d'abord, il est important de souligner que le prix par an remis par la requérante pour le poste « enlèvement des tags et graffitis » représente environ 0,02% de la valeur totale du marché. Il est, dès lors, évident que ce poste est un poste négligeable. Consciente du fait que les quantités et la valeur du poste litigieux étaient très limitées, la partie adverse tente de relativiser cette réalité en invoquant la possible augmentation des quantités et, dès lors, de la valeur du poste en cours d'exécution du contrat. Or, force est de constater que cette justification ne peut pas non plus être retenue.

51. Premièrement, le fait que les quantités relatives au poste « enlèvement des tags et graffitis » (i.e. le nombre de m² de graffitis et tags à enlever) ne soient pas des quantités fermes ne signifie pas que la partie adverse pourra, dans le cadre de l'exécution du marché, augmenter ces quantités de manière illimitée. Deuxièmement, le caractère négligeable ou non-négligeable d'un poste s'apprécie au moment de l'attribution du marché, et non de son exécution. Troisièmement, la partie adverse ne peut pas passer un contrat avec des valeurs factices déconnectées de la réalité. Il est évident que les quantités présumées pour le poste « enlèvement des tags et graffitis sur le bâtiment » doivent être proches de ce qui est attendu dans le cadre de l'exécution du contrat. En effet, la partie adverse a l'expérience des contrats antérieurs et connaît très bien les quantités approximatives qui doivent être indiquées dans le tableau d'inventaire. Si la partie adverse estime la quantité de tags et graffitis à enlever à 80 m² pour une durée de 4 ans pour le lot 1 et à 5 m² pour une durée de 4 ans dans les lots 2 à 13, ce n'est pas par hasard. Enfin, en ce qui concerne les prétendus aléas (éléments imprévisibles) qui risquent de survenir dans le cadre de l'exécution du contrat, il y a lieu de constater que le seul aléa cité par la partie adverse pour le poste litigieux serait lié aux actes d'incivilité. Or, il est évident que les actes d'incivilité ne peuvent pas être d'une telle envergure que le nombre de m² de tags et graffitis à enlever passerait de 80 m² à 10.000 m² pour les 13 lots. Et même si cela devait être le cas, la partie adverse devra alors organiser un nouveau marché pour ce poste.

52. Il ressort de ce qui précède que dans la mesure où elle échoue à indiquer pourquoi le poste critiqué serait non-négligeable, la Décision attaquée est affectée d'un vice de motivation formelle. De même, dans la mesure où les seules raisons indiquées pour essayer de justifier cette qualification sont incorrectes, la Décision attaquée est également entachée d'un vice de motivation matérielle.

53. La Décision attaquée viole également l'article 36, § 3, de l'AR du 18 avril 2017 dans la mesure où le prix prétendument anormal reproché à la requérante concerne un poste non négligeable. Or, en vertu de l'article 36, § 3, de l'AR du 18 avril 2017, le pouvoir adjudicateur ne peut déclarer une offre irrégulière que lorsqu'il constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et/ou que le montant total de l'offre est anormal.

54. La Décision attaquée viole également le principe de proportionnalité car à supposer même que le prix remis par la requérante pour le poste « enlèvement des tags et graffitis » dans le cadre du lot 1 serait anormal (*quod certe non*), force est de constater que cette « anormalité » ne peut pas entraîner une distorsion de concurrence ou donner un avantage discriminatoire à la requérante. Par voie de conséquence, une sanction aussi lourde que l'irrégularité substantielle de l'offre dans son entièreté serait disproportionnée.

55. Enfin, et pour autant que de besoin, la partie adverse a également violé les principes de bonne administration et le devoir de minutie lorsqu'elle a adopté la Décision attaquée. Un pouvoir adjudicateur diligent aurait certainement vérifié davantage le caractère « (non-)négligeable » du poste « enlèvement des tags et graffitis » et aurait davantage justifié sa décision à cet égard.

56. Il ressort de ce qui précède que la première branche est sérieuse ».

B. Note d'observations

La partie adverse répond comme suit à la première branche du moyen :

" 10. Selon le rapport au Roi précédant l'AR passation du 18.04.17, il peut être présumé que certains postes « n'auront aucune influence, en raison de leur caractère négligeable ».

« Le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché concerné ».

L'acte attaqué confirme le caractère non négligeable de trois postes dont le poste « Enlèvements des tags et graffitis » :

Considérant que dans le courrier du 12 avril 2019, le pouvoir adjudicateur avait stipulé que

« A défaut de recevoir l'ensemble des renseignements du point B [le point B concerne la vérification des coûts pour les 3 postes susmentionnés] dans ce délai, votre offre sera considérée comme irrégulière et sera écartée du classement définitif »; que par cette clause le pouvoir adjudicateur a indiqué aux soumissionnaires que ces postes ne devaient pas être considérés comme étant négligeables au sens de l'article 36, § 2 de l'arrêté royal du 18 avril 2017;

Considérant, en effet, que le contrôle des prix et les irrégularités susceptibles de découler d'une justification absente ou insuffisante ont notamment pour objet de protéger tant le pouvoir adjudicateur que l'adjudicataire en évitant toute difficulté dans le cours de l'exécution du marché; que durant toute la durée du marché (48 mois), les quantités présumées de ces 3 postes sont susceptibles de varier dans une proportion non négligeable eu égard à la survenance d'aléas extérieurs (météo, actes d'incivilités, ...), et de subir d'importants dépassements sur lesquels le pouvoir adjudicateur n'a aucune prise; que le caractère variable du poste était par ailleurs spécifiquement visé par le cahier spécial des charges concernant le poste « conteneur hygiénique »; que les quantités présumées visées dans l'inventaire sont donc indicatives et que le montant des postes découlant de l'application de ces quantités présumées n'implique pas que ces postes auraient un caractère négligeable; qu'à l'inverse, l'aléa affectant ces postes quant aux quantités qui devront être réellement réalisées durant les 4 années d'exécution du marché implique qu'ils soient considérés comme non-négligeables;

11. En l'espèce, les trois postes concernés, dont le poste « Enlèvement des tags et graffitis » ne peuvent pas, dans le cadre du marché, être présumés n'avoir aucune influence au regard de leur seul montant.

Comme l'indique l'acte attaqué, les quantités sont susceptibles de varier au cours de l'exécution du marché soit sur une durée de 4 ans.

Certes, il appartient au pouvoir adjudicateur d'estimer au plus près les quantités présumées qu'il fait figurer dans l'inventaire.

Le risque de variation des quantités est toutefois ici indépendant du pouvoir adjudicateur puisque, s'agissant du poste « Enlèvement des tags et graffitis », la quantité effective sur les 4 années de durée du marché dépendra de tiers (actes d'incivilité), tous les lots étant concernés.

C'est donc bien au regard de la spécificité du poste que le pouvoir adjudicateur a considéré celui-ci comme non négligeable, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation.

Cela vaut d'autant plus dans le cadre du présent marché de services dans lequel,

contrairement aux marchés de travaux, aucun mécanisme de révision du prix n'est prévu en cas de variation importante des quantités présumées. Au vu de l'aléa affectant le poste, il appartenait donc d'autant plus au pouvoir adjudicateur de s'assurer de la justesse du prix par lequel le soumissionnaire restera tenu durant 4 années, quelles que soient les quantités finalement réellement exécutées.

12. Comme le relève également le pouvoir adjudicateur dans la décision attaquée, les prix offerts pour ce poste sont extrêmement variables d'une offre à l'autre (particulièrement pour le poste « Enlèvement des tags et graffitis » où la proportion entre le prix le plus bas et le prix le plus haut est de x 137 !). Le pourcentage repris dans la circulaire n° 44-0-08-02 auquel se réfère la requérante, par ailleurs indicatif, n'est donc pas une référence en l'espèce, ce pourcentage étant en l'espèce, tout comme les prix des postes concernés, extrêmement variable.

13. Enfin, rien ne contraint le pouvoir adjudicateur à indiquer, dans les documents du marché, les postes qu'il estime être négligeables ou non. Les soumissionnaires ne peuvent en l'espèce être surpris puisque dès le courrier du 12 avril 2019 les interrogent sur leurs prix pour ces postes, ils ont été avisés des conséquences d'une justification insuffisante, soit l'irrégularité de leur offre. C'est par une correcte application de son pouvoir d'appréciation au regard des objectifs poursuivis par la procédure de contrôle des prix, et de manière correctement et adéquatement motivée, que le pouvoir adjudicateur a considéré le poste « Enlèvement des tags et graffitis » comme étant non négligeable.

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

IV.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Il résulte de l'article 36, § 3, 1°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques qu'une offre ne peut être écartée en raison du montant anormal d'un ou plusieurs postes que si ces derniers présentent un caractère non négligeable.

Bien que la demande de renseignement adressée par une lettre recommandée le 12 avril 2019 concerne trois postes, la motivation de l'acte attaqué ne mentionne que le poste portant sur les prestations d'enlèvement des tags et graffitis comme étant déterminant puisqu'il conclut qu'«à défaut d'avoir renseigné les éléments chiffrés requis par le pouvoir adjudicateur dans son courrier du 12 avril 2019 et donc d'avoir apporté des justifications suffisantes concernant les prestations d'enlèvement des tags et graffitis, KOSE CLEANING doit voir son offre écartée en application de l'article 36, § 3, 1° de l'arrêté royal du 18 avril 2017 (irrégularité substantielle) ».

Si l'autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation quant au caractère négligeable ou non d'un poste, il n'en demeure pas moins que sa décision à cet égard doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles.

La motivation formelle de l'acte attaqué mentionne deux motifs pour lesquels l'autorité a considéré que le poste relatif aux prestations d'enlèvement des tags et graffitis doit être considéré comme non négligeable.

Le premier est la mention dans la demande de renseignement du 12 avril 2019 que le défaut de réponse entraînerait l'écartement de l'offre. Si cette indication peut signifier que le pouvoir adjudicateur considère le poste comme non négligeable, elle ne constitue pas par elle-même une démonstration de ce caractère non-négligeable. Le pouvoir adjudicateur doit non seulement vérifier si les postes pour lesquels les prix s'avéreraient anormaux dépasse ou non le seuil permettant de les qualifier de "non négligeables" et mais il doit aussi être en mesure de le justifier objectivement au regard du dossier administratif.

Le second est la quantité présumée pour ce poste est susceptible de varier dans une proportion non négligeable eu égard à la survenance d'aléas extérieurs que constitue les actes d'incivilité et de subir d'importants dépassements sur lesquels le pouvoir adjudicateur n'aurait aucune prise. Il convient préalablement de relever à cet égard que le nombre d'incivilités constitue également un aléa extérieur pour le soumissionnaire qui ne pourrait pas non plus multiplier le nombre de prestations à sa guise. Ces prestations apparaissent, *prima facie*, comme étant très limitées au regard de la mission principale du marché portant sur le nettoyage des diverses implantations et sur la gestion de conteneurs hygiéniques. La requérante évalue le montant du poste à moins de 0,02% de la valeur totale du marché, sans être contredite sur ce point par la partie adverse. Non seulement, il n'y a aucune raison de penser que l'évaluation par la partie adverse du nombre de m² nécessitant l'enlèvement d'un tag ou d'un graffiti aurait été sous-estimée pour les différents lots, mais même si le nombre devait être doublé, triplé ou même décuplé, le montant n'approcherait pas encore du seuil de 1% auquel fait référence, à titre indicatif, la circulaire n° 44-0-08-02, précitée. Cet élément de la motivation formelle ne suffit dès lors pas non plus à justifier le caractère non négligeable du poste.

La dernière justification liée à la variabilité des différentes offres sur ce point, qui ne figure pas dans la motivation formelle de l'acte mais bien dans la note d'observations, n'énervé pas ce constat. Si ce critère peut être pertinent dans le cadre d'un contrôle des prix, il ne démontre pas à lui seul que le poste relatif aux prestations d'enlèvement des tags et graffitis ne serait pas négligeable dans l'offre de la requérante pour les différents lots.

La première branche du moyen est, dans cette mesure, sérieuse, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les deuxième et troisième branches du moyen unique.

V. Balance des intérêts

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

VI. Confidentialité

La partie requérante sollicite la confidentialité des pièces 9, 11 et 19 des annexes "A" de sa requête et celle de la pièce 1 des annexes "B" de sa requête. Ces pièces contiennent son offre, une justification de prix et des courriers.

La partie adverse sollicite la confidentialité des pièces 19 à 29 du dossier administratif. Ces pièces contiennent les différentes offres, des échanges de courriers, ainsi que les décisions d'attributions intégrales.

Ces pièces n'étant pas essentielles à la solution du présent litige, il y a lieu – à ce stade de la procédure – de les tenir pour confidentielles.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision adoptée le 19 juin 2019 par la Communauté française, déclarant l'offre déposée par la société anonyme KÖSE CLEANING dans le «Marché public de services à caractère durable portant sur le nettoyage d'implantations administratives et de Cabinets ministériels dépendant de la Communauté française selon des méthodes respectueuses de l'environnement (MP4034)» comme étant irrégulière, est ordonnée.

Article 2.

Les pièces 9, 11 et 19 des annexes "A" de la requête et la pièce 1 des annexes "B" de la requête, ainsi que les pièces 19 à 29 du dossier administratif sont-à ce stade de la procédure- tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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

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

Marc JOASSART,
Katty LAUVAU,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU

Marc JOASSART.