

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n^o 247.802 du 16 juin 2020

A. 230.458/VI-21.738

En cause : **la société anonyme ACTIVA**,
ayant élu domicile chez
M^e Thomas CAMBIER, avocat,
avenue Winston Churchill 253/40
1180 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par le Ministre de
la Défense.

Parties intervenantes :

1. la société anonyme I.S.S. FACILITY SERVICES,
ayant élu domicile chez
M^{es} Peter TEERLINCK et
Louise GALOT, avocats,
Avenue de l'Yser 19
1040 Bruxelles,

2. la société anonyme CLEANING MASTERS,
ayant élu domicile chez
M^{es} Jens MOSSELMANS et
Dorian PYCKE, avocats,
Chaussée de la Hulpe 120
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 17 avril 2020, la société anonyme ACTIVA demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision de la partie adverse du 3 avril 2020 de :

- « - Attribuer les lots 1, 3, 4 et 5 du marché public de service pluriannuel relatif au nettoyage domestique des bâtiments et infrastructures militaires pour les quartiers des plateaux de Peutie, Berlaar, Evere, Liège et Marche-en-Famenne à la société ISS FACILITY SERVICES ;
- Attribuer le lot 2 du marché public de service pluriannuel relatif au nettoyage domestique des bâtiments et infrastructures militaires pour les quartiers des plateaux de Peutie, Berlaar, Evere, Liège et Marche-en-Famenne à la société CLEANING MASTERS ».

Par une requête introduite le 28 mai 2020, la partie requérante poursuit l'annulation de la décision précitée.

II. Procédure

Il est fait application de l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite et des arrêtés royaux des 4 et 18 mai 2020 prorogeant certaines mesures prises par l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite.

Une ordonnance du 29 avril 2020 a fixé les règles procédurales applicables à l'examen du présent recours.

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

Par une requête introduite le 13 mai 2020, la société anonyme I.S.S. Facility Services a demandé à intervenir dans la présente procédure.

Par une requête introduite le 13 mai 2020, la société anonyme Cleaning Masters a demandé à intervenir dans la présente procédure.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

Les parties ont déposé des notes complémentaires.

Les parties ont communiqué leurs dernières observations.

M^{me} Geneviève Martou, premier auditeur au Conseil d'État, a émis un avis écrit, conforme au présent arrêt.

À la suite de la communication de cet avis aux parties, les débats ont été clos et l'affaire a été prise en délibéré.

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

Selon la relation qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

« 1. Le présent recours concerne l'attribution d'un marché de service pluriannuel relatif au nettoyage domestique des bâtiments et infrastructures militaires pour les quartiers des plateaux de Peutie, Berlaar, Evere, Liège et Marche-en-Famenne.

Il s'agit d'un marché européen divisé en 5 lots, chaque lot correspondant à un plateau comprenant plusieurs quartiers :

- Lot 1 : Plateau Peutie ;
- Lot 2 : Plateau Berlaar ;
- Lot 3 : Plateau Evere ;
- Lot 4 : Plateau Liège ;
- Lot 5 : Plateau Mache-en-Famenne.

2. Le marché est attribué selon la procédure ouverte comprenant les critères, sous-critères et sous-sous-critères d'attribution suivants :

Primaire	%	secondaire	%	tertiaire	%
Prix	70				
Qualité	30	Formation du Pers.	30		
		Garantie qualité	50	Politique qualité	10
				Propre système de contrôle	40
		Organisation	20		

3. Le cahier spécial des charges fixe également plusieurs exigences de sélection qualitative (p. 11).

4. Les soumissionnaires suivants ont remis une offre :

- SA ACTIVA : Partie requérante qui a remis offre pour les 5 lots ;
- ISS FACILITY ;
- LAURENTY ;
- MISANET ;
- CLEANING MASTERS ;
- KÖSE CLEANING ;
- GROUP CLEANING SERVICES.

5. Le 9 mars 2020, la partie adverse adopte une première décision de déclarer toutes les offres régulières et de :

- Attribuer les lots 1, 3 4 et 5 à la société ISS FACILITY SERVICES ;
- Attribuer le lot 2 à la société Cleaning Masters ;

6. Cet acte a fait l'objet d'un recours en suspension d'extrême urgence introduit par la requérante.

Ce recours contenait plusieurs moyens, dont un moyen titré du fait que :

- La décision motivée d'attribution faisait apparaître que la partie adverse n'avait pas appliqué, ni côté les sous-critères et les sous-sous-critères d'attribution annoncés et pondérés au cahier spécial es charges. Seul le critère Qualité est appliqué et côté de manière globale ;

- La décision motivée d'attribution ne contenait aucune motivation des cotations attribuées pour le critère Qualité.

7. Le 3 avril 2020, suite à ce recours, la partie adverse a retiré sa première décision d'attribution.

8. Le même jour, la partie adverse adopte une nouvelle décision d'attribution.

Les cotations sont entièrement identiques à la première décision d'attribution, de sorte que la partie adverse décide à nouveau de déclarer toutes les offres régulières et de :

- Attribuer les lots 1, 3 4 et 5 à la société ISS FACILITY SERVICES ;
- Attribuer le lot 2 à la société Cleaning Masters ;

Il s'agit de l'acte attaqué ».

IV. Interventions

Par des requêtes introduites le 13 mai 2020, la société anonyme I.S.S. Facility Services et la société anonyme Cleaning Masters demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaires de l'acte attaqué, elles ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

Il y a lieu, en conséquence, d'accueillir ces requêtes.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la requérante

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, pris « de l'incompétence de l'auteur du cahier spécial des charges, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la contrariété entre les causes et les motifs et de la violation de la Constitution, notamment de son article 33 (incompétence) ».

Elle l'expose comme suit :

« 10. À l'issue du cahier spécial des charges, l'auteur est identifié de la manière suivante :

Pour le Ministre de la Défense
Par délégation


IVAN DE TENDER
Kolonel stafbrevethouder
Colonel breveté d'état-major
MRMP a.i.

L. ROELANDTS, ir
Général-major d'aviation
Chef de la Division Marchés Publics

Le 16/09/2017

a. Il n'est donc pas possible d'identifier avec certitude qui a adopté le cahier spécial des charges. Il semblerait que ce soit le Colonel IVAN DE TENDER et non le Général-Major L. ROELANDTS.

b. De plus, il est fait état d'une délégation donnée par le Ministre de la Défense. Il appartiendra à la partie adverse d'apporter la preuve de l'existence de cette délégation et de sa régularité.

Dans ces circonstances, la régularité du cahier spécial des charges n'est pas établie, à tout le moins au sujet de la compétence de la personne qui l'a adopté. Il apparaît au contraire qu'il a été adopté par une personne incompétente, en violation notamment de l'article 33 de la Constitution. Cela vaut d'autant plus que la décision d'attribution est quant à elle adoptée par le Ministre et non pas sur délégation.

L'acte attaqué constitue la décision finale d'une opération complexe qui est donc illégale en raison de l'illégalité du cahier spécial des charges
--

».

B. Note complémentaire

Dans sa note complémentaire, la requérante fait valoir ce qui suit :

- « L'acte attaqué est adopté par le Ministre mais le cahier spécial des charges semble avoir été adopté sur la base d'une délégation, voire une subdélégation, ce qui a amené la partie adverse à soulever le premier moyen tiré de l'incompétence de l'auteur du cahier spécial des charges.

La signature du cahier spécial des charges ne permet pas de comprendre, à elle seule, le mécanisme de délégation et/ou subdélégation.

1. *In fine*, la partie adverse invoque l'existence d'une subdélégation de pouvoir du chef de la Division Marchés Publics de la Direction générale *Material Resources* (MRMP) au profit du chef de la Section management et support.

Il existerait une délégation au profit du Chef du service de la Division Marchés publics et une subdélégation au profit du chef de la Section management et support.

2. La partie adverse n'apporte cependant pas la preuve de la légalité de cette subdélégation, sachant notamment que l'article 2, § 3 de l'arrêté ministériel invoqué par la partie adverse prévoit que : " § 3. Le pouvoir délégué ne peut être

sous-délégué". Si une annexe à l'arrêté devait permettre une subdélégation, comme semble le considérer la partie adverse, *quod non*, il en résulterait :

- l'irrégularité de cette annexe qui serait en contrariété avec l'arrêté lui-même ;
- à tout le moins, une contradiction au sein d'un même arrêté, qui affecterait l'arrêté ministériel d'irrégularité manifeste justifiant son écartement (art. 159 Constitution).

3. À ce sujet, il conviendra également d'examiner la légalité de cet arrêté ministériel, tout comme les mécanismes de délégations qu'il fixe, voire de subdélégations, notamment :

- en ce qu'il n'a pas été soumis à l'avis de la Section de législation du Conseil d'État ;
- en ce qu'il s'appuie sur les arrêtés suivants :

" Vu l'arrêté royal du 3 avril 2013 relatif à l'intervention du Conseil des Ministres, aux délégations de pouvoir et aux habilitations en matière de passation et d'exécution des marchés publics, des concours et des concessions au niveau fédéral, modifié par les arrêtés royaux du 7 février 2014 et du 15 avril 2018, articles 7 à 11;

Vu l'arrêté royal du 9 janvier 2014 relatif au contrôle préalable en matière de passation de marchés publics en application de l'article 18, § 3, de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité;

Vu l'arrêté royal du 21 décembre 2001 déterminant la structure générale du Ministère de la Défense nationale et fixant les attributions de certaines autorités, l'article 30 modifié par l'arrêté royal du 6 avril 2010 et l'article 40 modifié par l'arrêté royal du 26 décembre 2013;

Vu l'arrêté ministériel du 8 mai 2014 portant délégations de pouvoir par le Ministre de la Défense en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, en matière d'aliénation et en matière de dépenses diverses". ».

V.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Tel que formulé en termes de requête, le moyen, qui invoque l'incompétence de l'auteur du cahier spécial des charges, repose sur deux griefs, à savoir, d'une part, l'affirmation qu'il ne serait pas possible d'identifier l'autorité qui a adopté le cahier spécial des charges et, d'autre part, le fait que ne seraient prouvées ni l'existence ni la régularité de la délégation mise en cause.

Dans sa note d'observations, la partie adverse rencontre ces deux griefs dans les termes suivants :

« L'arrêté ministériel du 31 juillet 2018 portant délégations de pouvoir par le ministre de la Défense en matière de passation et d'exécution des marchés publics et des contrats de concessions, en matière d'aliénation et en matière de dépenses diverses attribue à certaines autorités militaires la compétence, entre autres, de préparer les marchés publics.

Son article 3, 1°, c) dispose que la délégation comporte la compétence pour le chef de la MRMP d'approuver les documents du marché. Le tableau 1, § 2 en annexe à l'arrêté ministériel précité dispose qu'en cas d'absence du chef de la MRMP, le chef de la Section management et support le remplace.

En l'espèce, c'est bien le colonel breveté d'état-major DE TENDER, chef de la Section management et support de la MRMP, tel que cela ressort de la pièce 29, qui a signé le CSCh en l'absence du chef de la MRMP et conformément à l'arrêté ministériel précité.

Dès lors, force est de constater que le premier moyen manque en fait ».

Dans sa note complémentaire déposée à la suite de la note d'observations de la partie adverse, la requérante ne maintient pas son grief relatif à l'impossibilité d'identifier l'autorité qui a adopté le cahier spécial des charges, ni celui relatif à un doute quant à l'existence de la délégation contestée. Elle met toutefois en cause la légalité de ce qu'elle estime être une « subdélégation » au titre de laquelle aurait agi le colonel breveté d'état-major De Tender et, plus généralement, la légalité de l'arrêté ministériel du 31 juillet 2018 invoqué par la partie adverse, notamment en ce que l'adoption de cet arrêté n'aurait pas été précédée d'une saisine, pour avis, de la section de législation du Conseil d'État.

Comme le fait valoir la partie adverse dans sa note complémentaire, sans être contestée ultérieurement par la requérante, l'approbation par le colonel breveté d'état-major De Tender ne peut s'analyser comme résultant de l'exercice d'une subdélégation, de sorte qu'une prétendue contrariété, pour cette raison, à l'arrêté ministériel du 31 juillet 2018 ne peut être sérieusement établie.

L'arrêté ministériel du 31 juillet 2018 ne revêt, *prima facie*, pas le caractère d'un arrêté réglementaire au sens de l'article 3 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, et la requérante ne fait d'ailleurs état d'aucun élément qui imposerait de reconnaître un tel caractère réglementaire. Le grief tiré du défaut de consultation préalable de la section de législation du Conseil d'État n'apparaît donc pas sérieux. Enfin, il n'apparaît pas, au terme d'un examen effectué dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence, que l'arrêté ministériel précité serait entaché de quelque autre illégalité justifiant qu'il soit privé d'effet.

Le premier moyen ne peut être déclaré sérieux.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la requérante

A. Requête

La requérante soulève un deuxième moyen, pris « de l'erreur manifeste d'appréciation, de la contrariété entre les causes et les motifs et de la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10 et 11 (égalité et non-discrimination) ; la loi du 17 juin 2016 "relative aux marchés publics" et, plus spécifiquement, de ses articles 4 (principes d'égalité et de mise en concurrence et principe de proportionnalité), 66 et 81 (application des critères d'attribution énoncés) ; 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" notamment de ses articles 4 et 5 (motivation de la décision d'attribution). Pour autant que de besoin, 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" notamment de ses articles 36 et 37 (motivation formelle, marchés défense et sécurité). La loi du 29 juillet 1991 "relative à la motivation formelle des actes administratifs" notamment de ses articles 2 et 3 ; Les principes de bonne administration dont les principes d'égalité et de transparence, le principe de proportionnalité et le principe *patere legem quam ipse fecisti*. Pour autant que de besoin, de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, notamment de ses articles 5 (égalité) et 24 (application des critères d'attribution) ».

Elle l'expose comme suit :

« 12. Le cahier spécial annonce et pondère les critères primaire, secondaires et tertiaires suivants :

Primaire	%	secondaire	%	tertiaire	%
Prix	70				
Qualité	30	Formation du Pers.	30		
		Garantie qualité	50	Politique qualité	10
				Propre système de contrôle	40
		Organisation	20		

13. Au sujet du critère d'attribution "Qualité", l'acte attaqué reprend les cotations suivantes :

Soumissionnaire	Qualité 30%
ISS FACILITY SERVICES SA	25,67
CLEANING MASTERS NV	24,68
ACTIVA SA	22,26
LAURENTY SA	19,16
KOSE CLEANING SA	18,30
GROUP CLEANING SERVICES SA	16,50
MISANET SA	13,79

On relèvera d'emblée que la différence de points entre la requérante et les 2 attributaires pour ce critère est systématiquement supérieure à la différence totale de points pour l'attribution de chaque lot. Ce critère présente donc une importance déterminante.

Les détails des points fournis dans la décision d'attribution sont les suivants :

Soumissionnaire	Formation	Assurance qualité		Organisation	Total	Total / 30
		Qualité	Propre système de contrôle			
Total Max	30	10	40	20	100	30
Köse cleaning	24	4,75	21	11,25	61	18,3
Group cleaning services	19	5,75	21	9,25	55	16,5
Activa	17	8	31	18,2	74,2	22,26
Misanet	16,5	4,75	14	10,7	45,95	13,785
ISS	28,5	8,75	30,5	17,8	85,55	25,665
Cleaning Masters	27	6,2	33,5	15,55	82,25	24,675
Laurenty	25,5	75	15	15,85	63,85	19,155

Il en résulte que ce serait le critère secondaire "formation du personnel" qui ferait perdre le marché à la requérante.

14. L'acte attaqué contient une appréciation générale des offres, dans leur ensemble qui ne présente pas de lien avec les cotations accordées.

Avec la décision motivée, la partie adverse a également transmis un tableau de cotation avec une courte appréciation par soumissionnaire, pour chaque cotation. La partie requérante renvoie au contenu de ce tableau qu'elle ne reproduit pas in extenso dans la présente requête.

On y constate que les cotations fournies dans la décision motivée d'attributions sont le résultat d'une subdivision des critères annoncés en nouveaux critères :

1. Le critère "secondaire" "Formation du personnel" sur 30% est subdivisé en 3 nouveaux critères "tertiaires" qui sont systématiquement appliqués à toutes les offres et cotés chacun sur 10 % :

- Fréquence ;
- Durée ;
- et contenu.

2. Quant au critère "tertiaire" "Politique qualité" sur 10%, il devient "gestion de la qualité" et est également subdivisé en plusieurs nouveaux critères pondérés :

- structure qualité sur 2 ;
- moyens de communication sur 2 ;
- quels contrôles sur 2 ;
- gestion des plaintes sur 2 ;
- et certificats/reconnaissance sur 2.

3. Il en va de même pour le critère "propre système de contrôle" sur 40% est divisé en 8 critères :

- quel système sur 7,5 points ;
- contrôle bâtiments/locaux sur 5 points ;
- formation FD sur 5 points ;
- fonctionnalités outil sur 5 points ;
- explication conformité ENN 13549 sur 2,5 points ;
- Rapports sur 10 points ;
- et exploitations résultats sur 5 points.

4. le critère "secondaire" "organisation" sur 20% est également subdivisé en nouveaux critères qui sont appliqués systématiquement et auxquels la partie adverse accorde des pondérations différentes :

- organisation/méthode de travail sur 5 ;
- Qualité des documents sur 3 ;
- Mise en œuvre réaliste sur 2 ;
- exemple de planification sur 5 ;
- contrôle des performances sur 1,5 ;
- qui fait quoi et quand sur 2,5 ;
- et horaires lisibles sur 1.

A l'analyse de cette nouvelle subdivision, la partie requérante perd des points par rapport aux 2 attributaires pour les nouveaux critères suivants :

- Fréquence ; durée ; contenu ;
- moyens de communication ; gestion des plaintes / SLA ; certificats / reconnaissance ;
- Quel système ; Formation FD ; Fonctionnalités outil ;
- organisation/méthode de travail ; Qualité des documents ; exemple de la planification ; horaires lisibles.

Ce n'est donc pas le critère "formation du personnel" qui fait perdre le marché à la requérante mais l'application de plusieurs nouveaux critères.

Un tel procédé est illégal puisqu'il revient, lors de la comparaison des offres, à appliquer et coter de nouveaux critères qui n'ont pas été annoncés, ni pondérés à l'avance.

15. Cela viole les principes de transparence et d'égalité et donc notamment les articles 10 et 11 de la Constitution et 4 de la loi du 17 juin 2016.

Cela viole aussi les articles 66 et 81 de la loi du 17 juin 2016 qui imposent d'appliquer les critères d'attribution tels qu'ils sont annoncés et pondérés dans les documents du marché.

Dans différents arrêts la Cour de Justice a considéré qu'il résulte des obligations de publicité prévues par les directives européennes applicables, lues à la lumière du principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques et de l'obligation de transparence qui en découle, que "tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus

avantageuse et leur importance relative doivent être connus par les soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres".

Par conséquent, le pouvoir adjudicateur ne peut, dans le cadre d'une procédure de passation de marché, fixer ultérieurement des coefficients de pondération et des sous-critères pour les critères d'attribution mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché (C.J.C.E., 24 novembre 2005, ATI EAC, C-331/04, pt. 24 ; C.J.U.E., 24 janvier 2008, Lianakis, C-532/06, pt 36).

16. Le fait qu'il s'agisse, en l'espèce, de subdiviser des sous-critères en "sous-sous-critères", voire des sous-sous-critères en "sous-sous-sous-critères" est sans incidence sur cette illégalité.

En effet, la violation reste la même dès lors qu'il s'agit de subdiviser un critère, qu'il soit primaire, secondaire ou tertiaire en plusieurs nouveaux critères comprenant eux-mêmes une pondération propre. Quel que soit le "rang" du nouveau critère, la violation des principes d'égalité et de transparence reste la même dès lors qu'il est appliqué et côté : les soumissionnaires ne sont pas en mesure de remettre offre en pleine connaissance et le pouvoir adjudicateur énonce de nouvelles règles de comparaison après la réception des offres.

Confronté à une pratique similaire (voire identique), consistant à décomposer des critères et sous-critères, a déjà rendu un arrêt qui assimile et condamne de la même façon l'application de nouveaux sous-critères pondérés et l'application de nouveaux sous-sous-critères pondérés :

" Rien dans les documents du marché ne permettait de prévoir que les aspects qui seraient ainsi examinés par la partie adverse ne présenteraient pas toujours, au sein de chaque critère ou sous-critère, la même valeur et que certains auraient une plus grande importance que d'autres. Interrogée sur cette question lors de l'audience du 11 juin 2019, la partie adverse a confirmé que cette pondération n'était pas annoncée dans le cahier spécial des charges.

(...).

Rien ne permettait davantage d'y déterminer que, pour le sous-critère 'performances des liaisons', les différents débits *upload* et *download* examinés ne présentaient pas la même importance, mais seraient évalués selon une pondération de 0,20 à 1,50 tandis que les aspects liés aux lignes internet seraient évalués sur 1 et sur seulement 0,60 pour l'aspect 'Ligne internet locale (3TECs) –*backup* filaire'. De même, les documents du marché ne permettaient pas de déterminer que les débits *download* moyen et garanti 'ligne principale moyenné pour les 135 sites' seraient évalués sur 1,5 tandis que les débits *upload* moyen et garanti 'ligne principale moyenné pour les 135 sites' ne seraient évalués que sur 1.

(...).

Au cours de l'audience du 11 juin 2019, la partie adverse a indiqué que si ces différentes pondérations n'étaient pas mentionnées dans le cahier spécial des charges, elles étaient, par contre, prévisibles pour une société spécialisée dans le développement de réseaux privés et de connexion à Internet. Elle ne produit, cependant, aucun élément à l'appui de cette affirmation et n'établit, en conséquence, pas que ces pondérations étaient bien prévisibles pour les soumissionnaires au moment de la rédaction des offres.

La connaissance de cette pondération aurait, par ailleurs et comme le soutient la demande de suspension, été susceptible d'influencer l'offre de la requérante si cette pondération avait été connue lors de la préparation de celle-ci. Le

premier moyen est, dans cette mesure, sérieux » (C.E., n°244.825 du 18 juin 2019).

Se référant à la jurisprudence de Votre Conseil, la doctrine assimile également les notions de sous-critères et sous-sous-critères :

" Le Conseil d'État définit la notion de sous-critère (et, partant, de sous-sous-critère) comme 'des(...) données auxquelles les offres ont été confrontées systématiquement' (C.E., 9 novembre 2010, n° 208.793, traduction libre). Cette définition a été confirmée par le Conseil d'État dans d'autres arrêts, et notamment dans les arrêts du 19 septembre 2008 et du 3 février 2011 (C.E., 19 septembre 2008, Bvba L3m Architectenvennootschap, n° 186.386 ; C.E., 3 février 2011, BorchersKreislauwirtschaft GmbH, n° 210.969)".

17. En l'espèce, rien ne permettait aux soumissionnaires de deviner les pondérations qui seraient appliquées par le pouvoir adjudicateur à ces nouveaux critères non annoncés dans le cahier spécial des charges.

Il ne leur était même pas possible de deviner, pour autant que cela puisse être attendu d'un soumissionnaire, quod non, que ces nouveaux critères seraient appliqués. En effet, à titre d'exemples, s'il en faut, la description fournie dans le cahier spécial des charges ne permettait pas de savoir que le pouvoir adjudicateur procéderait de la sorte:

- Concernant la formation, s'il est indiqué que la fréquence, la durée et le contenu sont des aspects qui seront pris en considération, il s'agit d'une énumération non exhaustive suivie de "...". et il est expressément mentionné que "des points ne sont pas donnés par élément de réponse" (p.18) ;
- Concernant la Politique qualité sur 10%, le cahier spécial des charges contient une courte description qui ne fait jamais référence à plusieurs critères appliqués, tels que notamment "moyens de communication", "quels contrôles" ou encore "gestion des plaintes" ;
- Concernant les critères "Propre système de contrôle" et "Organisation", la description du cahier spécial des charges ne laisse pas présumer une subdivision en critères et encore moins avec des pondérations très différentes allant de 2,5 à 10 points.

Il en résulte que le pouvoir adjudicateur a illégalement systématiquement scindé les critères secondaires, voire les critères tertiaires, annoncés au cahier spécial des charges en des nouveaux (sous-)critères pondérés qui ont été systématiquement appliqués aux offres et côtés alors qu'ils n'étaient pas annoncés, non pondérés au cahier spécial des charges.

Ces critères, systématiquement appliqués et côtés lors de l'attribution, devaient être annoncés et pondérés dans le cahier spécial des charges, afin de permettre aux soumissionnaires de préparer leur offre en pleine connaissance de cause. Leur connaissance préalable aurait eu une influence sur le contenu des offres.

Au-delà de l'information pour la préparation des offres, il s'agit d'éviter tout risque de discrimination qui résulterait nécessairement du fait qu'un pouvoir adjudicateur choisisse, sur la base des offres reçues, des critères et leur pondération respective.

Ce risque doit être apprécié de manière d'autant plus stricte lorsque, comme en l'espèce, les écarts sont particulièrement faibles et que le choix de ces nouveaux critères et le choix de leur pondération a un effet déterminant sur le classement.

Le moyen est sérieux. ».

B. Note complémentaire

Dans sa note complémentaire, la requérante fait valoir ce qui suit :

«

Vu les différences entre les cotations finales entre ACTIVA et les attributaires (environ 2% par lot), l'application de ce critère revêt un caractère déterminant qu'ACTIVA présente donc un intérêt à contester, tant au sujet de ses cotations que celles de ses concurrents.

Le tableau de cotation transmis avec la décision motivée d'attribution permet de comprendre que les cotations fournies dans la décision motivée d'attributions sont le résultat d'une subdivision des critères annoncés en nouveaux critères pondérés

Il ne peut être reproché à la partie requérante de ne pas avoir soulevé le problème avant le dépôt de son offre (cfr. requête en intervention Cleaning Masters, p. 6) alors que, par hypothèse, c'est un problème qui apparaît lors de la décision motivée d'attribution qui contient des nouveautés par rapport à ce qui était annoncé.

1. Selon la partie adverse et les parties intervenantes, les nouveaux sous-critères appliqués étaient annoncés, car le cahier spécial des charges en faisait état.

Il n'en est rien :

- Il est de jurisprudence constante qu'il ne faut pas confondre les éléments d'appréciation et les sous-critères d'attribution pondérés et cotés de manière systématique .

La partie adverse et les parties intervenantes entretiennent une confusion à ce sujet :

Cfr. notamment requête en intervention d'ISS FACILITY (p. 5) : "il ne s'agit pas de nouveaux critères puisque les trois éléments d'appréciation qui ont été pris en compte" étaient énoncés. En page 6 également, il est fait référence à des "éléments d'appréciation" annoncés au cahier spécial des charges.

Cfr. également la requête en intervention de CLEANING MASTERS (p. 15 et s.) qui vise la définition des "éléments d'appréciation" et cite à ce sujet l'arrêt n° 233.374 du 31 décembre 2015 de Votre Conseil.

De manière générale, le cahier spécial des charges mentionnait des éléments d'appréciation de manière non limitative. Par contre, il n'est jamais fait référence à des sous-critères limitatifs qui seront appliqués de manière systématique et cotés.

À titre d'exemple, concernant la formation, s'il est indiqué que la fréquence, la durée et le contenu sont des éléments qui seront pris en considération, il s'agit d'une énumération non exhaustive puisqu'elle est suivie de "...".

De plus, il est expressément mentionné que "des points ne sont pas donnés par élément de réponse" (p.18). Dans son cahier spécial des charges, la partie adverse annonce donc qu'il ne s'agit pas de sous-critère qui seront cotés.

Or, ce qui est appliqué, ce sont des sous-critères d'attribution systématiquement cotés et non des éléments d'appréciation.

Il s'imposait donc de les renseigner comme des sous-critères et pas comme des éléments d'appréciations exemplatifs et non limitatifs.

Il s'imposait à tout le moins de ne pas indiquer que "des points ne sont pas donnés par élément de réponse" (confiance légitime et *patere legem quam ipse fecisti*)

- En outre, certains sous-critères n'ont pas été annoncés dans le cahier spécial des charges, même comme des éléments d'appréciation :

- Concernant la Politique qualité sur 10%, le cahier spécial des charges contient une courte description qui ne fait jamais référence à plusieurs critères appliqués, tels que notamment "moyens de communication", "quels contrôles" ou encore "gestion des plaintes" ;

- Concernant les critères "Propre système de contrôle" et "Organisation", la description du cahier spécial des charges ne laisse pas présumer une subdivision en critères et encore moins avec des pondérations très différentes allant de 2,5 à 10 points. Il n'y a pas d'énumération de sous-critères, même sous forme d'éléments d'appréciation.

2. Contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, l'arrêt LIANAKIS de la C.J.U.E. est pleinement transposable en ce qu'il juge que :

" la commission d'adjudication n'a mentionné, dans l'avis de marché, que les critères d'attribution eux-mêmes et a déterminé *ex post*, après la présentation des offres et après le déchetage des demandes de manifestation d'intérêt, tant les coefficients de pondération que les sous-critères pour ces critères d'attribution. Or, ceci ne répond manifestement pas à l'obligation de publicité prévue par l'article 36, paragraphe 2, de la directive 92/50, lu à la lumière du principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques et de l'obligation de transparence".

Comme le relève Cleaning Masters (requête en intervention, p. 10), "dans l'affaire LIANAKIS du 24 janvier 2008, la juridiction de renvoi demandait, en substance, si l'article 36, paragraphe 2, de la directive 92/50 s'oppose à ce que, dans le cadre d'une procédure d'adjudication, le pouvoir adjudicateur fixe ultérieurement des coefficients de pondération et des sous-critères pour les critères d'attribution mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché".

C'est précisément ce qui est le cas en l'espèce puisque :

- Les critères n'étaient pas annoncés : tout au plus certains l'étaient en tant qu'éléments d'appréciation ;

- La pondération n'était ni annoncée, ni prévisible et, de plus, elle n'est pas la même pour chaque nouveau sous-critère.

3. C'est à tort que la partie adverse et les parties intervenantes invoquent la jurisprudence de Votre Conseil au sujet de la mention des méthodes d'analyse des offres ou encore des éléments d'appréciation dans les documents du marché.

La partie adverse cite l'arrêt suivant de Votre Conseil :

" Cette jurisprudence est reprise par le Conseil d'État qui considère à son tour que 'il n'est pas, en soi, interdit à une autorité adjudicatrice de spécifier plus en détail un critère ou un sous-critère d'attribution préalablement porté à la connaissance des soumissionnaires par les documents du marché et, voire même, de leur attribuer une pondération, pour autant que les trois conditions suivantes soient réunies : les critères d'attribution préalablement définis dans les documents du marché ne peuvent en être modifiés ; il ne doit pas s'agir d'éléments qui, s'ils avaient été connus par les soumissionnaires lors de la préparation de leur offre, auraient été susceptibles d'influencer cette préparation ; enfin, la détermination de ces éléments ne doit pas avoir été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers un ou plusieurs des soumissionnaires'."

Comme susmentionné, il faut distinguer la méthode d'analyse et les éléments d'appréciation des sous-critères pondérés et côtés.

Il n'est pas question en l'espèce d'appliquer telle ou telle "méthode d'analyse" non annoncée (terminologie également utilisée par Cleaning Masters, requête, p. 6) ou d'appliquer des "éléments d'appréciations" non prévus mais bien d'appliquer et coter de manière systématique chaque offre sur la base de sous-critères non annoncés et non pondérés, à l'avance ce qui est illégal (cfr. article 81).

En effet, à la différence des éléments d'appréciation et des méthodes d'analyse, ces sous-critères et leur pondération doivent être annoncés.

4. En toute hypothèse, à supposer même que le cahier spécial des charges permettait de comprendre tous les sous-critères appliqués lors de la décision d'attribution, *quod non*, il n'en demeure pas moins que la partie adverse applique des pondérations totalement nouvelles et imprévisibles.

En déterminant la pondération des sous-critères après le dépôt des offres, la partie adverse s'arroe un pouvoir incompatible avec les exigences de transparence, d'égalité et de non-discrimination.

À ce sujet, il semble utile de rappeler qu'en règle, un pouvoir adjudicateur doit mentionner dans les documents du marché, non seulement les sous-critères, mais aussi leur pondération . Les candidats doivent connaître les critères "et leur portée".

Cela vaut d'autant plus qu'en l'espèce :

- les cotations finales sont particulièrement serrées (selon les lots, entre 1,26% et 3,19%);
- les pondérations entre les sous-critères varient sensiblement A ce sujet, dans sa requête en intervention ISS avance le fait que le critère "politique de qualité" sur 10% a été divisé équitablement en 5 sous-critères sur 2% (pt. 33) mais cette répartition équitable n'est pas suivie pour d'autres critères (par exemple, variation entre 2,5% et 10% pour le critère "propre système de contrôle").

Certains arrêts invoqués par les parties intervenant semblent admettre, dans certains cas, que la pondération de certains sous-critères ne soient annoncés à l'avance, sous certaines conditions.

Comme le relève P. Thiel, l'arrêt Lianakis "s'oppose à ce que le pouvoir adjudicateur fixe ultérieurement des coefficients de pondération et des sous-critères".

L'auteur souligne clairement que "l'obligation de pondération répond à un objectif de transparence et d'égalité. Elle influe sur la conception des offres. La pondération des critères faite en suite de l'ouverture des offre rend loisible d'établir son système de cotation en pleine connaissance de cause des offres déposées, et, en favorisant, si elle le souhaite, les offres qui lui paraissent les plus intéressantes, même au mépris de l'égalité des soumissionnaires, ce qui ne se peut pas". Cela vaut également pour la pondération des sous-critère : "il faut donc indiquer la pondération des sous-critères".

En toute hypothèse :

- Ce serait une exception au principe, à appliquer avec rigueur et de manière stricte;
- les conditions de cette exception ne seraient pas remplies en l'espèce puisque :
 - o pour que cela puisse être admis, il s'impose à tout le moins que les sous-critères soient annoncées de manière exhaustive et claire dans le cahier spécial des charges, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.
 - o les pondérations sont d'autant moins prévisibles que la partie adverse accorde des cotations variables entre les différents sous-critères ;
 - o les pondérations appliquées après le dépôt des offres par la partie adverse présentent un caractère déterminant vu les écarts entre les offres (discrimination) ;
 - o les offres auraient pu être différentes vu les pondérations différentes accordées pour certains sous-critères (variation parfois entre 2,5 et 10%).

Il va de soi que la partie requérante, comme tout opérateur économique aurait pu préparer son offre différemment s'il avait été informé de l'existence de tous les sous-critères et de leur pondération. Des priorités auraient pu être accordées afin de maximiser les chances d'obtenir le marché, sans qu'il soit nécessaire, dans le cadre de la présente procédure, d'entrer dans une analyse de ce qu'aurait pu être l'offre de la requérante si elle avait reçu une information suffisante.

Ce procédé est d'autant plus illégal qu'à lire la partie adverse elle était en mesure, dès le cahier spécial des charges d'annoncer qu'elle aurait recours à cette subdivision en sous-critères et à cette pondération.

5. Au demeurant, à supposer que la partie adverse pouvait appliquer des sous-critères non annoncés et/ou non pondérés dans le cahier spécial des charges, *quod non*, elle doit, à tout le moins, apporter la preuve que ces sous-critères et leur pondération avaient été décidés avant la réception des offres et qu'ils ont été adoptés par l'organe compétent.

Une telle preuve n'est pas apportée puisque ces sous-critères et leur pondération apparaissent uniquement dans un tableau transmis avec la décision d'attribution, c'est-à-dire postérieurement aux offres. On se demande d'ailleurs qui a adopté ces sous-critères et leur pondération, s'agissant d'un tableau non signé auquel l'acte attaqué ne fait pas référence (cfr. *infra*)

6. La partie requérante présente un intérêt à soulever ce moyen, ce que seules les parties intervenantes semblent contester.

En effet :

- il va de soi que si elle avait eu connaissance de cette subdivision et de ces pondérations variables, elle aurait pu préparer son offre différemment pour

maximiser ces chances d'obtenir le marché, en insistant sur certains éléments dans sa présentation, voire en faisant certains choix différents ;

- La pondération retenue par le pouvoir adjudicateur est déterminante au vu des écarts pour ce critère et des écarts du classement final.

Le classement aurait pu être inversé sur cette pondération avait été différente. Les exemples peuvent être multipliés puisqu'en augmentant la valeur des critères les plus favorables à la requérante et, inversement, en réduisant celles des critères moins favorables, on influence le classement.

Il ne faut pas perdre de vue que les écarts entre les offres sont minimales (environ 2%).

A nouveau, il n'est pas question de se prêter, dans le cadre de la présente procédure à des calculs qui consiste à augmenter les valeurs de tel ou tel sous-critère dans telle ou telle proportion et de faire l'inverse pour d'autres.

La seule circonstance que la requérante obtienne le maximum pour un critère ou qu'elle soit la mieux classée pour ce critère ne signifie pas qu'elle n'a pas d'intérêt à la critique. Ce qui compte n'est pas seulement d'être le meilleur pour un critère mais la différence de points par rapport aux concurrents pour ce critère. Or, cette différence de points varie en fonction de la pondération.

A ce sujet, Votre Conseil juge que :

" Le rapport d'évaluation des offres fait apparaître que seuls trois points sur cent séparent les trois premiers soumissionnaires. Dès lors que le critère méthodologique compte pour 65 points et que la requérante n'a obtenu que 58 points pour ce critère, une remise en cause de la manière dont il a été procédé à l'évaluation de ce critère est incontestablement de nature à modifier le classement. Il est cependant impossible de prévoir la manière dont seraient évaluées les offres si la méthode d'évaluation appliquée par la partie adverse était modifiée. La requérante a, par conséquent, intérêt à ce moyen, qui, s'il devait se révéler fondé, est de nature à lui redonner une chance de se voir attribuer le marché".

- *in fine*, ce moyen a un impact sur la régularité du cahier spécial des charges dès lors que c'est à ce moment que la partie adverse aurait dû annoncer ce qui est à présent déterminant dans la comparaison des offres ».

C. Dernières observations

Au sujet du deuxième moyen, la requérante formule les dernières observations suivantes :

« 1. Pour autant que de besoins, la partie requérante reprend, en annexe, une pièce démontrant que le choix de la pondération, réalisé après le dépôt des offres par le pouvoir adjudicateur, était susceptible d'influencer le classement.

En effet, il s'agit d'un exemple permettant de constater que d'autres pondérations auraient permis de conduire à inverser le classement. De tels exemples peuvent être multipliés.

À ce sujet, le pouvoir adjudicateur ayant fait le choix d'accorder des pondérations parfois très éloignées entre certains nouveaux critères, il est permis d'envisager

de nouvelles pondérations également très éloignées et donc susceptibles d'avoir un effet sur le classement.

Il n'y a pas lieu, dans le cadre d'une procédure contentieuse d'examiner toutes les pondérations différentes qui pourraient être choisies et avec un impact sur le classement.

Il n'y a pas lieu non plus de débattre sur l'opportunité de telle ou telle autre pondération mais uniquement de constater que d'autres pondérations sont possibles et peuvent impacter le classement.

2. Il va de soi que si le soumissionnaire avait su, à l'avance, que le pouvoir adjudicateur coterait de manière systématique tous ces nouveaux critères et leur accorderait telle ou telle pondération, il aurait préparé son offre différemment.

Cela vaut d'autant plus que pour plusieurs critères, le soumissionnaire était en mesure d'améliorer le contenu de sa proposition ou la présentation de celle-ci.

À titre d'exemples :

- Elle n'avait par exemple pas connaissance du fait que la durée serait cotée et encore moins sur 10 points, au même niveau que les autres sous-critères. Elle aurait pu augmenter son nombre d'heures de formation.
- Si elle avait su que la formation FD serait cotée sur 5 points (propre système de contrôle), elle aurait pu développer ce volet dans son offre. Elle ne l'a pas fait, mettant la priorité sur la formation des travailleurs.
- ... ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Tel que formulé en termes de requête, le moyen fait grief à l'acte attaqué d'avoir, dans la comparaison des offres, recouru à un procédé consistant « à appliquer et coter de nouveaux critères qui n'ont pas été annoncés, non pondérés à l'avance ». Serait indifférente, de ce point de vue, la circonstance propre au cas d'espèce que ces « nouveaux critères » résultent de la subdivision de sous-(sous-) critères.

Selon la requérante, ce procédé méconnaîtrait les principes et dispositions visés par le moyen, singulièrement les principes d'égalité et de transparence, ainsi que les articles 66 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, dans l'interprétation que ces principes et dispositions doivent recevoir conformément à l'enseignement jurisprudentiel des arrêts prononcés par la Cour de justice de l'Union européenne les 24 novembre 2005 (aff. C-331/04, ATI EAC) et 24 janvier 2008 (aff. C-532/06, Lianakis).

Les articles 66 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, dont la violation est plus spécialement invoquée au titre du moyen, sont libellés comme suit :

« Art. 66. § 1^{er}. Les marchés sont attribués sur la base du ou des critères d'attribution fixés conformément à l'article 81, pour autant que le pouvoir adjudicateur ait vérifié que toutes les conditions suivantes sont réunies :

1° l'offre est conforme aux exigences, conditions et critères énoncés dans l'avis de marché et dans les documents du marché, compte tenu, le cas échéant, des variantes ou options;

2° l'offre provient d'un soumissionnaire qui n'est pas exclu de l'accès au marché sur la base des articles 67 à 70 et qui répond aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés à l'article 79, § 2, alinéa 1^{er}.

Sans préjudice du paragraphe 2, lorsque le pouvoir adjudicateur constate que l'offre du soumissionnaire auquel il se propose d'attribuer ne respecte pas les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social ou du travail et mentionnées à l'article 7, il décide de ne pas attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis ladite offre, pour autant qu'il s'agit d'une obligation dont le non-respect est également sanctionné pénalement. Dans les autres cas où il constate que cette offre ne satisfait pas aux obligations susmentionnées, il peut procéder de la même manière.

§ 2. Pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne le pouvoir adjudicateur peut, dans le cas d'une procédure ouverte, procéder au contrôle des offres après la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection sur la base du seul Document Unique de Marché européen. Dans ces cas, il peut être procédé, à ce stade, à l'évaluation des offres sans un examen plus approfondi de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection. Avant de recourir à cette possibilité, le pouvoir adjudicateur doit toutefois avoir vérifié l'absence de dettes fiscales et sociales conformément à l'article 68.

Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, le Roi peut définir les cas où le pouvoir adjudicateur peut procéder à l'évaluation des offres avant le contrôle de l'absence de motifs d'exclusions et du respect des critères de sélection, ainsi que les modalités additionnelles y afférentes.

Lorsqu'il fait usage de la possibilité visée aux alinéas 1^{er} et 2, il s'assure que la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection s'effectue d'une manière impartiale et transparente, afin qu'aucun marché ne soit attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu ou qui ne remplit pas les critères de sélection.

§ 3. Sans préjudice de l'article 39, § 6, alinéa 2, lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par le candidat ou soumissionnaire sont ou semblent incomplets ou erronés ou lorsque certains documents sont manquants, le pouvoir adjudicateur peut demander au candidat ou soumissionnaire 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 de la procédure ouverte ou restreinte, que cela ne donne pas lieu à une modification des éléments essentiels de l'offre.

Un changement de la composition du personnel mis à disposition pour l'exécution du contrat, qui est la conséquence directe des mesures visant à résoudre les conflits d'intérêt ou les situations de participation préalable, est considéré comme ne donnant pas lieu à une modification d'un élément essentiel de l'offre, à condition de respecter pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence.

§ 4. Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, le Roi peut autoriser l'usage d'un système de qualification d'opérateurs économiques ou une liste de candidats sélectionnés, selon les conditions à déterminer par Lui » ;

« Art. 81. § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

§ 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :

1° sur la base du prix;

2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82;

3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir notamment :

a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, le commerce et les conditions dans lesquels il est pratiqué;

b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché;

c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

§ 3. Les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans :

1° le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services, ou

2° un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel.

Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. En cas de doute, le pouvoir adjudicateur vérifie concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires.

Ces critères doivent être indiqués dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché.

§ 4. Pour les marchés publics égaux ou supérieurs aux montants fixés pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur précise, dans les documents du marché, la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, sauf lorsqu'elle est déterminée sur la seule base du prix.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont la différence entre le minimum et le maximum est appropriée.

Lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, le pouvoir adjudicateur mentionne les critères par ordre décroissant d'importance.

Pour les marchés publics inférieurs aux montants précités, le pouvoir adjudicateur précise soit la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, soit leur ordre décroissant d'importance. A défaut, les critères d'attribution ont la même valeur.

§ 5. Le Roi peut fixer des modalités additionnelles concernant les critères d'attribution ».

Il ressort de l'enseignement des arrêts précités de la Cour de justice de l'Union européenne, et singulièrement de celui du 24 novembre 2005, que l'admissibilité d'une manière de procéder telle que celle qui est critiquée par le moyen est subordonnée au respect de trois conditions précises, à savoir qu'elle :

- « - ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché;
- ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation;
- n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires ».

Le moyen et les débats auxquels il a donné lieu ne permettent pas de constater que la partie adverse aurait, à proprement parler, fixé de « nouveaux critères » qu'elle aurait négligé d'annoncer (tant en leur objet qu'en leur pondération) dans les documents du marché. En revanche, l'examen du grief formulé en termes de requête impose de déterminer si celui-ci fait apparaître – à tout le moins d'une manière qui révèle *prima facie* le caractère sérieux du moyen – que, par le procédé critiqué de mise en œuvre des critères préalablement annoncés, la partie adverse aurait méconnu l'une des trois conditions fixées par l'enseignement jurisprudentiel précité.

Pareille vérification du respect de ces trois conditions peut être effectuée sans qu'il soit nécessaire de décider si les éléments identifiés au point 14 de la requête sont, ou non, de « nouveaux critères » comme le prétend la requérante. Les longs développements des écrits de procédure (singulièrement de la note complémentaire de la requérante) relatifs à cette question sont donc vains, de ce point de vue. Il n'est pas davantage requis, pour procéder à la vérification qu'appelle le grief formulé en termes de requête, de déterminer quand, comment ou par quelle autorité a été décidée la pondération critiquée par la requérante. Sans préjuger de leurs mérites éventuels, ces aspects des critiques de la requérante abordés au point 5 de sa note complémentaire sont d'ailleurs, à tout le moins partiellement, étrangers au moyen de la requête et apparaissent nouveaux au regard de celui-ci.

S'agissant de la première des trois conditions, il n'apparaît pas que, par la mise en œuvre des éléments que critique la requérante, la partie adverse puisse se voir reprocher d'avoir modifié les critères d'attribution annoncés dans les documents du marché, que ce soit en leurs objets respectifs ou leur pondération. Ces éléments contestés n'affectent pas davantage la portée des critères ainsi annoncés, dès lors

qu'ils étaient expressément visés dans les (ou se déduisaient à suffisance des) indications par lesquelles la partie adverse avait décrit ces critères et annoncé leur mise en œuvre ; ces éléments doivent donc être considérés comme étant – ainsi que le relève la partie adverse – la traduction prévisible de ces critères.

S'agissant des deux autres conditions, force est de constater qu'en termes de requête, la requérante n'identifie précisément et concrètement aucun élément qui aurait pu influencer la préparation des offres s'il avait été connu à ce stade, ou qui aurait été susceptible d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires. Elle n'invoque aucune circonstance qui l'aurait empêchée de développer, dès l'introduction de sa requête, l'argumentation susceptible d'étayer concrètement son grief, en tant que celui-ci fait valoir, pour l'essentiel, une méconnaissance des dispositions et principes applicables, dans l'interprétation qu'imposerait, selon elle, d'en dégager la jurisprudence évoquée de la Cour de justice de l'Union européenne. En toute hypothèse et outre leur tardiveté, les développements des dernières observations de la requérante relatifs à l'influence potentielle du choix de la pondération sur le classement des offres ne permettent pas utilement de constater, même *prima facie*, la méconnaissance des deux dernières conditions déduites de la jurisprudence précitée, ou de l'une d'entre elles.

Dès lors que la requérante n'établit pas, même *prima facie*, qu'aurait été méconnue par la partie adverse au moins une des trois conditions déduites de la jurisprudence qu'elle invoque à l'appui de son moyen, celui-ci ne peut être déclaré sérieux.

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèse de la requérante

A. Requête

La requérante soulève un troisième moyen, pris « de l'erreur manifeste d'appréciation, de la contrariété entre les causes et les motifs et de la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10 et 11 (égalité et non-discrimination) ; la loi du 17 juin 2016 "relative aux marchés publics" et, plus spécifiquement, de ses articles 4 (principes d'égalité et de mise en concurrence et principe de proportionnalité), 66 et 81 (application des critères d'attribution énoncés) ; 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" notamment de ses articles 4 et 5 (motivation de la décision d'attribution). Pour autant que de besoin, 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" notamment de ses articles 36 et 37 (motivation formelle, marchés défense et sécurité). La loi du 29 juillet 1991 "relative à la motivation formelle des actes administratifs" notamment de ses articles 2 et 3 ; les principes de bonne administration dont les principes d'égalité et de transparence, le principe de proportionnalité et le principe *patere legem quam ipse fecisti*. Pour autant que de besoin, de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, notamment de ses articles 5 (égalité) et 24 (application des critères d'attribution ».

Elle l'expose comme suit :

« 19. Au-delà de l'illégalité des nouveaux critères appliqués et pondérés lors de la comparaison des offres, il convient de constater que :

- La motivation formelle de l'acte attaqué ne permet pas de comprendre l'appréciation des offres et les cotations accordées ;
- Cette motivation fait apparaître des appréciations manifestement erronées et insuffisantes des offres, ce qui conduit la partie adverse à commettre des erreurs manifestes d'appréciation et a manqué à son devoir de minutie.

20. Les appréciations comprises dans la décision motivée adoptée par le Ministre ne permettent pas de comprendre les cotations accordées. En effet, elles ne relatent pas un examen effectif des offres mais contiennent uniquement des considérations générales, incomplètes et imprécises, sans rapport avec les cotations accordées.

Ces appréciations ne pourraient d'ailleurs pas expliquer les cotations puisque ces cotations s'expliquent par l'application de nouveaux sous-critères cotés dont la décision motivée ne fait pas état mais au sujet desquels il faut se référer à un tableau transmis avec la décision motivée d'attribution.

21. Pour tenter de comprendre les cotations attribuées, il faut donc nécessairement se référer au tableau de cotation transmis avec la décision motivée d'attribution. C'est ce document qui exprime la comparaison des offres, comprenant toutes les cotations attribuées.

Pour que ce document puisse être pris en compte, encore faut-il s'assurer que l'auteur de l'acte répond aux exigences de la motivation par référence. Il faut notamment que l'auteur de l'acte, en l'espèce, le Ministre, se réfère clairement à ce document et ait fait sien le contenu du document auquel il est référé (C.E., n° 223.031 du 27 mars 2013).

Tel n'est pas le cas en l'espèce puisque la décision motivée du Ministre mentionne uniquement : "Dans les annexes de cette décision motivée se trouvent tous les détails par élément et par firme" (p. 6) :

- Le Ministre ne se réfère pas à ce document, ne fait pas sien son contenu.
- Il ne mentionne même pas que ce document est annexé à la décision qu'il adopte. Pour sa part, ce document n'est pas non plus identifié comme une annexe.

- Il s'agit donc uniquement d'un tableau transmis avec la notification de la décision prise par le Ministre. A ce sujet, on relèvera également que la notification n'est pas faite par le Ministre.
- Il n'est même pas avéré que le Ministre ait pu prendre connaissance du contenu de ce document dont l'acte attaqué fait uniquement état de l'existence.

22. En outre, à supposer qu'il puisse être pris en considération pour pallier le manque de motivation de l'acte attaqué, *quod non*, ce tableau ne contient pas une motivation suffisante des cotations.

Dans ce tableau, chaque cotation est accompagnée d'une tentative d'explication qui est insuffisante pour permettre au soumissionnaire de comprendre (et contrôler) ses cotations et celles de ses concurrents et répondre aux exigences de motivation formelle.

Il en résulte non seulement un défaut de motivation formelle mais également un manquement au devoir de prudence et de minutie qui conduit d'ailleurs la partie adverse à commettre des erreurs manifestes d'appréciation.

A titre d'exemples, la requérante observe les carences et incohérences suivantes :

- Concernant le "propre système de contrôle", la défense attribue un 5/7.5 pour le Flash à Activa. Il n'y a cependant aucune motivation, aucune appréciation du système FLASH.

De plus, la Défense attribue la même cotation à Group Cleaning pour le système POCKET Manager, également sans aucune appréciation. Il s'agit pourtant d'un système nettement moins qualitatif (ex : n'offre qu'une version limitée en version néerlandaise sur le WEB et n'est pas disponible sur les tablettes électroniques nécessaires pour encoder les contrôles).

Cleaning Master et ISS proposent un système QMS comme système de contrôle et obtiennent 6/7, toujours sans aucune motivation, ni appréciation. Après vérification, le QMS système est un logiciel pour mettre en place les normes ISO 9001. Aucune référence à la norme EN 13549 exigée par La Défense.

- Concernant l'organisation, ACTIVA propose de mettre un chef d'équipe volant équipé d'une voiture, des outils électroniques de contrôles, ... en plus des chefs d'équipe sur site. Ce point n'a pas été relevé par La Défense.

ACTIVA met également à disposition une cellule spécialement dédiée à La Défense, ce qui est également un atout majeur dans l'organisation et le fonctionnement entre Activa et La Défense. Cette proposition n'a pas non plus été relevée et n'est pas présente les autres soumissionnaires.

- La motivation ne permet pas de comprendre les différences de cotation entre la requérante et les 2 attributaires, au sujet de la formation.

Pour la requérante, la motivation des cotations, comprises dans le tableau, se contente de mentionner :

" fréquence : formation de base, répétition annuelle, formation spécifique
 Formation de base : pas discuté pour technicien de surface (6/10)
 Durée : paquet d'heures limité par rapport aux concurrents (5/10)
 Contenu : contenu de la formation de base pas vérifiable pour technicien de surface, plan de formation spécifique pour la Défense : clair et bien organisé – 2020 – 2024 (6/10)".

Pour ISS :

" Fréquence : formation de base par type de personnel, spécifique, formation permanentes, formations spécifiques pour le personnel cadre (9,5/10)
Durée : paquet d'heures étendu (9/10)
Le contenu : base + cours linguistiques + communication + QSE + ... très complet (10/10)".

Pour Cleaning Masters :

" Fréquence : une formation approfondie, standard, des modules permanentes, spécifique et en lus selon le besoin du client, formation sur tous les niveaux (9/10)
Durée : très grand paquet d'heures (10/10)
Contenu : paquet de base QMS intégré, peut être étendu sur demande du client ou après des mauvais contrôles de qualité (8/10) ».

Cette motivation est trop sommaire et trop vague pour pouvoir comprendre les différences de cotations. En effet, le pouvoir adjudicateur s'abstient systématiquement de fournir les données objectives qui permettent de valoriser ou dévaloriser une offre, restant dans l'utilisation de termes généraux.

De plus, elle laisse apparaître un examen incomplet de l'offre de la requérante :

La requérante a abordé plus de 22 sujets différents et un total de plus de 20 heures par an sur toute la durée du contrat. Les thèmes sont en relation avec l'activité de nettoyage à réaliser sur les quartiers en fonction des programmes ou du type de sol. Par exemple, le nettoyage spécifique du sol en parquet ou le nettoyage tout à fait particulier des crèches.

L'offre prévoit aussi une formation pour l'ensemble de l'équipe sur les nouvelles spécifications du nouveau cahier des charges afin d'informer tout le personnel sur les nouveautés (fréquences de travail, gestion des déchets, ...).

La requérante s'engage aussi à donner 2 heures de formation aux étudiants.

Toutes les formations sont suivies et font l'objet d'une remise d'une attestation de participation. La requérante utilise aussi la passeport formation pour tenir à jour toutes les formations reçues par les travailleurs.

Concernant ISS, il est fait référence à une formation "QSE" (lire selon la requérante : Qualité-sécurité-environnement). Or, dans son offre, la requérante inclut, dans son programme de formation spécifique pour la Défense : deux modules de sécurité (ligne 6, 20), un module de qualité (ligne 10) et plusieurs modules environnementaux (18,19,21). Il n'en est pourtant pas fait état dans la motivation.

Cleaning Master obtient 9/10 car il prévoit entre-autre un module de formation "selon les besoins du clients" ! La requérante n'obtient que 6/10 alors qu'elle prévoit, à la ligne 5 et 6, des formations en parfaite relation avec La Défense et en ligne 28 un module "autre formation spécifique demandée par La Défense".

- La requérante obtient 1,5/2 pour le moyen de communication (gestion de la qualité) alors qu'ISS obtient 2/2. A la lecture de la motivation, cette différence s'expliquerait uniquement par le fait qu'ISS offre un accès à son Portal. Or, en page 29 de son offre, la requérante propose la mise à disposition de l'espace VIP sur son intranet et il n'est pas fait état dans l'acte attaqué ».

B. Note complémentaire

Dans sa note complémentaire, la requérante fait valoir ce qui suit :

« Article 1. Au sujet du tableau transmis avec l'acte attaqué

La partie adverse transmet, avec l'acte attaqué un tableau de cotation qui permet de constater les sous-critères appliquer et les cotations attribuées. Ce tableau n'est pas signé. L'acte attaqué ne s'y réfère pas et se l'approprie encore moins. Il n'y fait même pas référence. Les exigences de motivation formelle par référence ne sont donc pas remplies.

7. La partie adverse affirme à la fois que :

" Or, en l'espèce, il ne s'agit nullement d'une motivation par référence puisque l'acte attaqué ne fait référence à aucun autre document. En effet, le détail des points se trouve dans la décision motivée d'attribution elle-même telle que communiquée aux différents soumissionnaires" et que "il est d'ailleurs mentionné à cet égard en page 6 de l'acte attaqué que 'Dans les annexes de cette décision motivée d'attribution se trouvent les détails par éléments et par firme, ...'. Dès lors force est de constater que cet argument manque en fait".

Cette affirmation ne permet pas de comprendre si :

- La partie adverse considère que ce tableau ne fait pas partie de la motivation formelle de l'acte attaqué. Il n'y aurait donc pas de motivation par référence à ce tableau.
- Ou si la partie adverse considère que ce tableau fait partie intégrante de l'acte attaqué et de motivation formelle parce qu'il est fait référence aux annexes de la décision.

8. Or :

- a. Soit ce tableau n'est pas supposé faire partie de l'acte attaqué, car la partie adverse estime que l'acte se suffit à lui-même, sans ce tableau.
L'acte est alors illégal, car :
 - o La motivation de l'acte attaqué est encore plus insuffisante pour comprendre les cotations si on doit faire abstraction de ce tableau ;
 - o On ne peut faire abstraction de ce tableau alors qu'il existe, qu'il est déterminant et qu'il est communiqué aux soumissionnaires. Il devait faire partie de la motivation formelle de la décision prise par l'organe compétent.
 - o Si ce tableau n'est qu'un document administratif interne, non soumis et non approuvé par le Ministre, cela renforce l'illégalité des sous-critères appliqués et cotés après le dépôt des offres et qui n'ont donc pas été adoptés par l'organe compétent.

- b. Soit ce tableau est supposé faire partie intégrante de l'acte attaqué.
C'est ce que semblent comprendre les parties intervenantes (cfr. notamment requête en intervention Cleaning Masters, p. 20) et c'est ce qui semble devoir être privilégié.

Dans ce cas également, l'acte est illégal, car il ne répond pas aux exigences légales de motivation par référence. La seule référence, dans l'acte, à "des" annexes ne suffit pas pour admettre une motivation par référence à ce tableau (qui n'est jamais identifié dans l'acte attaqué). Il en résulte que ce tableau, supposé faire partie intégrante de la décision motivée n'en fait pas partie.

Article 2. Au sujet des cotations attribuées et de la motivation formelle

La partie requérante se réfère intégralement au contenu de sa requête au sujet des cotations attribuées et de la motivation formelle de l'acte attaqué et du tableau transmis avec la décision d'attribution.

Au sujet de son intérêt à la critique :

La partie requérante présente un intérêt à contester les cotations et la motivation de l'acte attaqué.

1. D'abord, la partie requérante estime que les cotations accordées sont, à la lecture de la motivation formelle, constitutive d'erreurs manifestes d'appréciation. Cette critique est, par nature, de nature à avoir un impact sur les cotations et donc sur l'attribution du marché.

Il ne peut être attendu de la partie requérante que, dans le cadre de la présente procédure, elle procède elle-même à une cotation de son offre et de celle de ses concurrents pour justifier son intérêt.

Cfr. tableau en annexe

2. En outre, rien ne permet de considérer qu'au terme d'une décision valablement motivée, les cotations seraient identiques. La motivation peut mettre en évidence des erreurs qui conduiraient à revoir les cotations et donc le classement ».

C. Dernières observations

Au sujet du troisième moyen, la requérante formule les dernières observations suivantes :

« 3. Au sujet, de la motivation par référence, il semble utile de rappeler que pour pouvoir s'appuyer sur une annexe à sa décision, la partie adverse doit démontrer que l'auteur de la décision a fait sien le document auquel il est référé. En d'autres termes, le document doit être annexé à la décision (et pas la notification) et la décision doit s'y référer explicitement et s'en approprier le contenu.

Or, la décision prise par la partie adverse ne fait même pas état de l'existence de cette annexe. Il n'est même pas mentionné que ce tableau serait repris en annexe de la décision. Forcément l'auteur de la décision ne fait pas non plus sien le contenu d'un tableau auquel il ne fait même pas état.

Ce tableau apparaît uniquement avec la notification de la décision (qui ne se confond pas avec la décision elle-même) ».

VII.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Tel que formulé en termes de requête, le troisième moyen est articulé en deux griefs. D'une part, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir, en adoptant l'acte attaqué, recouru au procédé de la motivation « par référence » sans toutefois respecter les conditions auxquelles est subordonnée l'admissibilité de ce procédé. D'autre part, elle dénonce une motivation lacunaire révélant des

manquements qui ont conduit la partie adverse à commettre des erreurs manifestes d'appréciation.

Pour ce qui concerne le premier grief, il s'indique de relever que l'acte attaqué contient une motivation propre, que complètent des indications consignées dans un tableau annexé à cette décision par la partie adverse. La circonstance que ces indications complémentaires soient regroupées dans une annexe à l'acte attaqué n'autorise pas, à elle seule et dans les circonstances de l'espèce, à considérer que cette annexe constituerait un document autonome et que la motivation contenue dans celui-ci devrait, en tant que motivation distincte, faire l'objet d'une appropriation formelle et expresse par l'autorité, si celle-ci entendait recourir au procédé de la motivation par référence. Contrairement à ce que soutient le moyen, la partie adverse n'apparaît pas avoir recouru à ce procédé, de sorte que la légalité de l'acte attaqué – au regard des dispositions régissant l'obligation de motivation formelle – ne suppose pas le respect des conditions auxquelles est subordonnée l'admissibilité du recours à tel procédé, en particulier la condition relative à l'appropriation expresse des motifs par l'autorité. Il n'est, par ailleurs et en toute hypothèse, pas contesté que le tableau a bien été porté à la connaissance de la requérante simultanément à la communication, à celle-ci, de l'acte attaqué. Sont, enfin, indifférentes, en tant que telles, au regard du grief de légalité, les considérations émises au point 21, *in fine*, de la requête, relativement aux modalités de communication de l'acte attaqué ou à la prétendue ignorance, par le ministre, du contenu du tableau annexé à l'acte attaqué. Le premier grief ne peut être tenu pour sérieux.

S'agissant du second grief, qui dénonce principalement l'insuffisance de motivation de l'acte attaqué (même en ayant égard au tableau annexé), force est de constater, dans le cadre d'une procédure en extrême urgence, que, sauf à donner à l'obligation de motivation formelle une mesure qui reviendrait à imposer à la partie adverse d'exposer les motifs de ses motifs et plus encore, la requérante ne peut, *prima facie*, être suivie lorsqu'elle entend dénoncer – pour ce qui concerne la comparaison des offres au regard des critères d'attribution – l'insuffisance de la motivation de l'acte attaqué, alors que celle-ci permet de comprendre suffisamment la démarche suivie par la partie adverse et les résultats auxquelles elle a abouti, comme l'attestent d'ailleurs les critiques formulées au titre du moyen. Pour le surplus, la requérante reste en défaut d'établir les erreurs manifestes qu'elle reproche à la partie adverse d'avoir commises à raison d'un manquement au devoir de prudence et de minutie. Les exemples sur lesquels elle entend fonder cette critique particulière ne révèlent pas, en tant que tels, pareilles erreurs manifestes.

Il suit de ces considérations que le moyen ne peut, au regard d'aucun de ces griefs, être déclaré sérieux.

VIII. Confidentialité

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des offres des sept soumissionnaires (pièces 1 à 7 de son inventaire de pièces confidentielles), du « Rapport d'évaluation technique » (pièce 8) et du « Rapport d'attribution » (pièce 9).

La requérante et la société I.S.S. Facility Services demandent également, chacune pour ce qui la concerne, que soit maintenue de leurs offres, déposées avec le dossier administratif.

Dès lors que ces demandes n'ont pas été contestées, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Les requêtes en intervention introduites par la société anonyme I.S.S. Facility Services et la société anonyme Cleaning Masters sont accueillies.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les offres des sept soumissionnaires, le « Rapport d'évaluation technique » et le « Rapport d'attribution » versés au dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenus pour confidentiels.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 16 juin 2020, par :

David De Roy,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy