

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

n° 250.836 du 9 juin 2021

A. 233.607/VI-22.043

En cause : **la société anonyme GROUP
CLEANING & SERVICES,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Véronique VANDEN ACKER, Manon
de THIER et François VISEUR, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles,

contre :

Bruxelles Environnement,
ayant élu domicile chez
M^{es} Sébastien DEPRÉ et Charles-Henri
de LA VALLÉE POUSSIN, avocats,
place Eugène Flagey 7
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 10 mai 2021, la société anonyme Group Cleaning & Services demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision datée du 15 décembre 2020, portant un cachet de sortie du 13 avril 2021 et notifiée à la requérante le 23 avril 2021 décidant de ne pas attribuer les lots 1, 2 et 3 du marché de nettoyage écologique des lieux de travail et assimilés ou bâtiments des sites externes gérés par Bruxelles Environnement » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 11 mai 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 28 mai 2021.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M. David De Roy, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} François Viseur et Pacôme Selim Noumair, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Sébastien Depré, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Exposé des faits utiles

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

« 1. Par un avis de marché publié le 29 mai 2020 au JOUE, l'Institut bruxellois chargé de la gestion de l'environnement (ci-après IBGE) a lancé une procédure ayant pour objet "le nettoyage écologique des lieux de travail et assimilés ou bâtiments des sites externes gérés par Bruxelles Environnement" et comportant le cahier des charges 2020M0039 [...].

Ce marché de service est passé en procédure ouverte et est attribué pour une durée de un an reconductible trois fois.

Le prix est l'unique critère d'attribution.

Le marché comporte trois lots divisés comme suit :

- Lot 1 : Nettoyage des lieux de travail et assimilés ou bâtiments gérés par BE dans les communes de Schaerbeek, de Bruxelles Ville à l'exception de Laeken, d'Ixelles, d'Etterbeek, de Forest, de Saint-Gilles et de Saint-Josse-Ten-Noode. (Zone Centre)
- Lot 2 : Nettoyage écologique des lieux de travail et assimilés ou bâtiments gérés par BE dans les communes de Watermael-Boitsfort, d'Uccle, d'Auderghem, de Woluwe Saint-Pierre et de Woluwe Saint-Lambert. (Zone Est)
- Lot 3 : Nettoyage écologique des lieux de travail et assimilés ou bâtiments gérés par BE dans les communes d'Anderlecht, de Molenbeek Saint-Jean, de Laeken, de Jette, de Ganshoren, de Berchem Saint-Agathe, d'Evere et de Koekelberg. (Zone Ouest)

Pour chaque lot, le pouvoir adjudicateur détaille les prestations à effectuer pour les différents locaux et prévoit des fréquences différentes en fonction du type de prestation (journalières/hebdomadaires/mensuelles/semestrielles).

Les horaires du nettoyage sont fixés entre 7h30 et 15h00 sans prestation possible les jours fériés.

Conformément à l'article II.12 du cahier des charges, le recours à des sous-traitants est formellement interdit.

2. A l'expiration du délai pour le dépôt des offres, sept soumissionnaires ont remis une offre pour les trois lots, à savoir :

- Action Global Services;
- BSC Cleaning, partie requérante;
- Concor;
- Group Cleaning Services, partie intervenante;
- Jette Clean;
- Kose Cleaning;
- Misanet.

Au terme de l'analyse des critères de sélection qualitative, tous les soumissionnaires sont sélectionnés comme cela relève du rapport d'examen des offres [...].

3. Lors de l'examen de la vérification des prix, l'IBGE a interrogé le soumissionnaire Action Global Services et le soumissionnaire Misanet sur la normalité de leurs prix.

A la suite des justifications fournies par Action Global Services, l'IBGE a considéré qu'elles n'étaient pas suffisantes vu la non-prise en compte des primes dans son offre et a, par conséquent, écarté l'offre de ce soumissionnaire pour irrégularité substantielle.

Concernant le soumissionnaire Misanet, il apparaît, au vu des justifications reçues, que celui-ci justifie l'omission de la prime de nuit comme un geste commercial, ce qui n'est pas toléré par l'IBGE.

Par un courrier du 23 septembre 2020, le pouvoir adjudicateur a également interrogé le Group Cleaning Services sur la composition du prix du poste D1 qui lui paraissait anormalement haut par rapport aux prestations à exécuter et au regard des prix de référence de l'UGBN .

L'IBGE a posé la question suivante :

“
Poste D1 « Prix par heure de travail en semaine durant les heures ouvrables comprises entre 7h30 et 15h » :
Pour un prix de [REDACTED] €/h, l'offre remise pour ce poste demeure supérieure de [REDACTED] % au « prix de revient » estimé par l'UGBN pour un travailleur de la catégorie 1A de 27.40€/h or que votre prix pour les postes A1, B1 et C1 qui concernent également le prix par heure de travail en semaine durant les heures ouvrables comprises entre 7h30 et 15h sont à [REDACTED] €/h. (pour rappel, l'estimation de l'UGBN ne concerne que le coût de la main-d'œuvre).
Au regard de ce qui précède, pouvez-vous nous donner les justificatifs sur la composition de vos prix ?
”

Pour rappel, l'UGBN présente, à titre informatif, un résumé “tableau des salaires avec charges” qui indique le coût moyen pour les différentes catégories de travaux et les éventuelles primes et allocations comme suit :

“

Categorie	Salaire	Prix de revient	Primes et sursalaires	Salaire	Prix de revient
1A	€ 13,4261	27,4040	nuît	€/h 2,4435	4,9874
1B	€ 13,8441	28,2572	dimanche - jour férié	% 100	+ charges
1C	€ 13,9751	28,5246	samedi	% 25	+ charges
1D	€ 14,2576	29,1012	insalubrité	€/h 0,5115	1,0440
			intempérie cat 3 D	€/h 0,1010	0,2062
2A	€ 14,2946	29,1767	masque	€/h 1,5685	3,2015
2B	€ 14,7046	30,0136	nucéaire	€/h 0,8255	1,6849
2C	€ 14,8716	30,3544	équipes successives et		
2D	€ 14,7046	30,0136	alternatives - excepté cat 8	€/h 0,8475	1,7298
2E	€ 14,8521	30,3146			
2F	€ 13,6811	27,9245	chef d'équipe	% 10	+ charges
			brigadier	% 5	+ charges
3A	€ 15,2616	31,1505			
3B	€ 15,1566	30,9361	heures supplémentaires		
3C	€ 16,0586	32,7772	au-delà de 37h/sem.	% 50	+ charges
3D	€ 16,4676	33,6120	heures complémentaires		
3E	€ 16,9866	34,6713	au-delà de 37 heures/mois	% 50	+ charges
4A-7A	€ 15,1566	30,9361	permanence WE	€ 55,7380	113,7668
4B-7B	€ 15,5281	31,6944	permanence JF	€ 27,8755	56,8967
4C-7C	€ 15,7886	32,2261			
4D-7D	€ 16,0516	32,7629	indemnité de mobilité	€/km 0,0658	
			indem. de mobilité chauffeur	€/km 0,1316	

”.

Par un mail du 25 septembre 2020, le Group Cleaning Services a indiqué que le poste D1 était une prestation semestrielle qui comprenait un nettoyage d'intérieur et d'extérieur de toutes les fenêtres (vitres et châssis) et portes-fenêtres, ainsi qu'un nettoyage du balcon, ce qui correspond à une prestation de catégorie 4D et non de catégorie 1A comme le pensait le pouvoir adjudicateur.

Sur ces bases et à la conclusion de l'examen de la régularité des offres, seuls cinq soumissionnaires sont repris dans le classement établi par le pouvoir adjudicateur :

“

Classement final des offres régulières (classées d'après le prix tvac)

N°	Nom	Prix TVAC*
Lot 1 - Nettoyage écologique des lieux de travail et assimilés ou bâtiments gérés par BE dans les communes de Schaerbeek, de Bruxelles Ville à l'exception de Laeken, d'Ixelles, d'Etterbeek, de Forest, de Saint-Gilles et de Saint-Josse-Ten-Noode. (Zone Centre)		
1	Group Cleaning Services	166.130,05 €
2	Jette Clean	169.066,69 €
3	BSC Cleaning	183.072,18 €
4	Köse Cleaning	193.195,71 €
5	Concor	194.563,38 €

* Montants contrôlés

N°	Nom	Prix TVAC*
Lot 2 – Nettoyage écologique des lieux de travail et assimilés ou bâtiments gérés par BE dans les communes de Watermael-Boitsfort, d'Uccle, d'Auderghem, de Woluwe Saint-Pierre et de Woluwe Saint-Lambert. (Zone Est)		
1	Group Cleaning Services	181.984,92 €
2	Jette Clean	184.223,49 €

3	BSC Cleaning	199.418,79 €
4	Köse Cleaning	210.442,09 €
5	Concor	214.863,69 €

* Montants contrôlés

N°	Nom	Prix TVAC*
Lot 3 – Nettoyage écologique des lieux de travail et assimilés ou bâtiments gérés par BE dans les communes d'Anderlecht, de Molenbeek Saint-Jean, de Laeken, de Jette, de Ganshoren, de Berchem Saint-Agathe, d'Evere et de Koekelberg. (Zone Ouest)		
1	Group Cleaning Services	171.994,07 €
2	Jette Clean	175.079,70 €
3	BSC Cleaning	189.516,52 €
4	Köse Cleaning	199.094,77 €
5	Concor	204.585,75 €

* Montants contrôlés

”.

Par courrier du 15 décembre 2020, la partie adverse informe la partie requérante qu'elle a pris la décision de lui attribuer le marché.

4. Par une requête du 29 décembre 2020, la SPRL B.S.C. Cleaning introduit une requête en suspension d'extrême urgence contre la décision d'attribution du marché à la requérante.

Ensuite de cette requête, la partie adverse retire sa décision d'attribution.

5. Par courrier du 12 février 2021, l'IBGE adresse à la requérante une demande de justification de prix à rendre pour le 19 février 2021 au plus tard.

Le 19 février 2021, la requérante répond et justifie l'ensemble de ses prix.

6. Par courrier du 23 avril 2021, l'IBGE prend cependant la décision de n'attribuer aucun des lots du marché litigieux.

La motivation de cette décision est la suivante :

« Considérant que le cahier des charges et l'inventaire comportent des erreurs recensées dans les 3 lots.

En effet, dans chaque lot, les prescriptions techniques du cahier spécial des charges détaillent la nature et la fréquence attendue des prestations suivant les zones de travail référencées comme suit :

Les postes H, K et J respectivement dans chaque lot, spécifient les mêmes prescriptions pour une fréquence semestrielle et rappellent à l'adjudicataire potentiel que des mesures de sécurité contre les risques de chute liés au travail en hauteur sont à prendre.

Ensuite, respectivement pour les lots 1, 2 et 3, les chapitres III.1.2.4, III.2.2.4 et III.3.2.4 détaillent les prescriptions couvrant les prestations semestrielles en les ventilant en deux postes : les prestations de nettoyage écologique référencées en poste D1 et les prestations de lavage des vitres référencées également en poste D1 au lieu de D2.

Le cahier spécial des charges détaille les quantités présumées de chacun de ces deux postes D1 dans deux tableaux distincts présentant des totaux erronés.

Ces 2 types de prestations devraient par ailleurs être exécutées par du personnel de catégories de salaire différentes : 1A pour le nettoyage écologique et 4 pour le lavage des vitres, elles auraient dû faire l'objet de postes dédiés dans l'inventaire pour permettre une vérification des prix offerts sur base des quantités réellement présumées pour chacun de ces postes.

L'inventaire ne reprenant qu'un seul poste D1 sans qu'il ne soit précisé de quel type de prestation il s'agit, il n'était vraisemblablement pas possible pour les soumissionnaires de déterminer les quantités éventuellement omises et de les signaler précisément, ni de déterminer la base salariale à imputer pour établir leurs offres.

Considérant que la date initiale d'ouverture des offres était fixée au 30 juin 2020. Suite à un erratum publié, la date d'ouverture des offres a été déplacée au 08 juillet 2020. L'analyse et la vérification des prix unitaires basée sur les tarifs semestriels de l'UGBN est donc difficilement identifiable puisque certains soumissionnaires ont déposé leurs offres en juin et d'autres en juillet.

Considérant que ces erreurs ne sont pas corrigées étant donné que nous sommes en procédure ouverte ; qu'elles rendent la vérification des prix offerts impossibles et les offres incomparables. »

Il s'agit de l'acte attaqué ».

2. Il doit être précisé que, dans le cadre de la nouvelle analyse des offres requise à la suite du retrait de la première décision d'attribution du marché litigieux, l'Observatoire des prix de référence dans les marchés publics a – en réponse à une demande de la partie adverse – rendu, le 2 mars 2021, un avis dont les principaux extraits susceptibles d'être publiés dans le respect de la confidentialité sollicitée par la partie adverse se lisent comme suit :

«

DEMANDE D'AVIS RELATIVE AUX JUSTIFICATIONS DES PRIX OU DES COÛTS REMISES DANS LE CADRE DU MARCHÉ PUBLIC « NETTOYAGE ÉCOLOGIQUE DES LIEUX DE TRAVAIL ET ASSIMILÉS OU BÂTIMENTS DES SITES EXTERNES GÉRÉS PAR BRUXELLES ENVIRONNEMENT - 2020M0039 »
02/03/2021

Nos références : 2020-0502-04

Bonjour Madame Ben Maalla,

En réponse à votre message du 01/03/2021, l'Observatoire prend bonne note de l'erreur d'analyse concernant les prix des postes D1 des trois lots.

Il vous est bien sûr possible de réinterroger les soumissionnaires concernant ces postes D1 (même si, comme vous l'écrivez, l'inventaire ne distinguait pas les prestations classiques du lavage de vitres, ce qui a pu générer un manque de clarté dans le chef des soumissionnaires).

Toutefois, si vous envisagez de réinterroger les soumissionnaires, il nous semble important d'attirer dès à présent votre attention sur plusieurs autres problèmes que l'Observatoire a repérés jusqu'ici dans le cadre de cette demande d'avis. En effet, il apparaît notamment que :

[...]

- S'appuyant sur les prix du lot 1, Group Cleaning & Services S.A. a été interrogé pour un soupçon de prix anormalement hauts pour les postes D1 (à ce propos, l'Observatoire renvoie également à l'erreur d'analyse commise concernant ces postes), alors même que Concor Facility Services N.V. a, quant à lui, remis des prix nettement plus élevés pour ces postes sans pour autant faire l'objet d'une demande de justifications (pour lesdits postes).

[...]

Par ailleurs, l'application des barèmes salariaux pour les catégories de fonction de la Commission paritaire 121 varie selon les soumissionnaires. Certains ont en effet remis offre avant le 01/07/2020 et

appliquent les barèmes du 1^{er} semestre 2020 (par exemple : BSC Cleaning S.P.R.L.), alors que d'autres confirment, dans leur courrier de justifications, et sur base de la date limite de dépôt des offres, prendre en compte les barèmes applicables à partir du 01/07/2020. Cette différence implique donc un problème de comparabilité des offres entre elles, notamment au stade de la vérification des prix. Il aurait été opportun de préciser, dans les documents du marché, le barème à utiliser pour la remise des prix. *A posteriori*, se rendant compte de la différence au stade de l'analyse des offres, Bruxelles Environnement aurait pu requérir des soumissionnaires ayant renseigné les barèmes du 1^{er} semestre, qu'ils adaptent leur offre en appliquant les barèmes indexés du 2^d semestre.

L'Observatoire constate également que Bruxelles Environnement a interrogé de manière systématique la normalité des prix des postes des soumissionnaires dès lors qu'ils s'écartent des estimations de l'UGBN, même lorsque ces écarts sont minimes (exemple : écart de 1%) (concernant les estimations de l'UGBN et leur mode de calcul, l'Observatoire se permet également de renvoyer aux explications fournies dans nos précédents avis). Bien que l'adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation, il pourrait dès lors se poser un problème de proportionnalité à partir du moment où un soumissionnaire qui remet des prix s'écartant de 1% de la référence utilisée par l'adjudicateur voit ses prix soupçonnés d'anormalité au même titre qu'un soumissionnaire ayant remis des prix s'écartant de 15%, voire 20%, de cette même référence.

Après avoir ainsi décrit les problèmes ainsi relevés, l'Observatoire conclut comme suit :

«

Sur base de ces éléments, l'Observatoire considère que l'analyse des prix et les demandes de justifications comportent des manquements qui fragilisent la suite du processus d'attribution. Dès lors, l'Observatoire recommanderait à Bruxelles Environnement de reprendre l'analyse des prix et, le cas échéant, de procéder à de nouvelles demandes de justifications, et ce afin d'assurer une sécurité juridique suffisante à la suite du processus d'attribution.

Nous profitons également de l'envoi de ce message pour attirer votre attention sur la nécessité de vous assurer que le délai de validité des offres soit toujours ouvert pour pouvoir les lier à Bruxelles Environnement dans le cadre de ce marché.

Compte tenu de ce qui précède, deux options sont possibles dans le cadre de la saisine de l'Observatoire datée du 22/02/2021 :

- L'Observatoire poursuit l'analyse des justifications de prix transmises le 22/02/2021, et vous rend un avis sur celles-ci (dans les délais fixés dans l'ordonnance du 03/04/2014, soit le 09/03/2021 au plus tard), mais celui-ci sera remis sous toute réserve, au vu de ce qui précède (outre l'analyse des justifications, l'Observatoire devra y reprendre les manquements qu'il aura identifiés).
- Bruxelles Environnement suit la recommandation de l'Observatoire, formulé dans le présent message, de reprendre son analyse des prix dans le cadre de ce marché, et réinterroge éventuellement les soumissionnaires sur cette nouvelle base. L'Observatoire se tiendra alors à la disposition de Bruxelles Environnement pour, le cas échéant, l'aider dans l'analyse des justifications remises.

».

IV. Moyen unique

IV.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique, « pris de l'excès de pouvoir, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'erreur de fait, de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et en particulier ses articles 2 et 3 ainsi que de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, notamment de ses articles 4 ,4/1 et 5 ainsi que de la violation du principe général de droit de proportionnalité ». Elle l'expose dans les termes suivants :

« 11. Les motifs invoqués par la partie adverse à l'appui de sa décision sont entachés d'erreurs d'appréciation et ne peuvent, ni seuls, ni ensemble, justifier l'abandon de la procédure d'attribution de marché litigieuse.

Ainsi, deux motifs sont invoqués à l'appui de la décision d'abandon de la procédure, motifs qui rendraient "la vérification des prix offerts impossibles et les offres incomparables" :

- Une omission dans l'inventaire qui aurait empêché les soumissionnaires à remettre une offre précise et à la partie adverse de contrôler leur prix;
- Un problème de date de remise d'offre empêchant l'identification des tarifs UGBN applicables aux offres et donc le contrôle des prix.

Nous les aborderons l'un après l'autre.

3.1. Erreur dans l'inventaire

12. Quant à l'erreur dans l'inventaire, une analyse du cahier spécial des charges montre effectivement que les heures reprises à la ligne 6 de l'inventaire pour chacun des lots concernant les prestations semestrielles ne correspondent pas au

détail des heures repris dans les prescriptions techniques du cahier spécial des charges aux points III.1.2.4, III.2.2.4 et III.3.2.4.

13. Pour bien la comprendre, il faut comprendre la manière dont le cahier spécial des charges a été structuré.

La structure est identique pour chaque lot.

Pour chaque lot, le cahier des charges reprend les différents types de locaux à entretenir et les identifie par une lettre (D = installations sanitaires, E : cuisines et réfectoires, etc.). La dernière lettre pour chaque lot est attribuée au nettoyage des fenêtres, portes fenêtres et balcons (H pour le lot 1, I pour le lot 2 et J pour le lot 3).

Pour chacun de ces types de locaux (identifié par une lettre), les prestations à effectuer sont classées par fréquences : quotidienne, hebdomadaire, mensuelle ou semestrielle.

Toutes les fréquences ne sont pas reprises pour chaque type de locaux. Ainsi, les fenêtres, portes-fenêtres et balcons ne connaissent que des prestations semestrielles.

14. Le cahier des charges identifie ainsi, par type de lieu, les prestations à effectuer selon leur fréquence (par exemple, pour les sanitaires, il faut vider les poubelles à chaque passage, détartrer les cuvettes de WC une fois par semaine, dépoussiérer les radiateurs une fois par mois et dépoussiérer les éclairage tous les six mois seulement).

Ensuite, dans une deuxième partie, le cahier des charges reprend les prestations à effectuer mais cette fois par fréquence et liste, pour chaque fréquence, l'ensemble des lieux à nettoyer et le nombre d'heures/homme à y consacrer.

15. Dans le cadre du présent dossier, ce sont les prestations semestrielles qui posent question.

Eu égard à celles-ci, un chapitre particulier du cahier spécial des charges décrit les prestations à réaliser chaque semestre et en donne le détail aux chapitres III.1.2.4 pour le lot 1, III.2.2.4 pour le lot 2 et III.3.2.4 pour le lot 3.

Ce chapitre est scindé en deux tableaux : un tableau de prestations "classiques" qui doivent être effectuées une fois tous les six mois (référéncé du nom du marché : entretien et nettoyage écologique) et un autre pour l'entretien des portes, fenêtres et balcons qui sont systématiquement semestrielles.

16. Il ressort des règlements pris par la commission paritaire 121 du secteur du nettoyage que ces prestations relèvent de catégories d'ouvriers différentes.

Les prestations de nettoyage classiques sont classées en catégorie 1.A "nettoyage habituel" alors que le nettoyage de vitres relève de la catégorie 4. "Laveur de vitres qualifié".

L'écart salarial entre les premiers et les seconds est d'environ 2,5 EUR/h ou +/- 20%.

17. Dans son inventaire, l'IBGE a largement sous-évalué le nombre d'heures de catégorie D.1. (prestations semestrielles) en "oubliant" 22 heures pour le lot 1, 42 heures pour le lot 2 et 34 heures pour le lot 3.

L'hypothèse la plus probable serait que l'IBGE ait oublié de totaliser les deux types d'heures pour les prestations semestrielles et n'ait repris, en catégorie D1

(semestriel), que les heures de “nettoyage écologique” en omettant les heures de nettoyage des fenêtres et balcons.

Il semble également qu’une erreur se soit glissée dans le tableau repris en page 56 du cahier spécial des charges et concernant les fenêtres, portes fenêtres et balcons du lot 2, qui reprend un total de 301 heures alors que l’addition de chaque ligne équivaut à 42 heures.

18. Les erreurs existent et elles ne sont pas contestées.

Par contre, ces erreurs n’empêchaient nullement l’attribution du marché.

19. Avant tout, il importe de remarquer qu’aucun des soumissionnaire ni l’IBGE n’a remarqué ces erreurs pendant la procédure d’attribution du marché alors même que l’IBGE a procédé à deux examens des prix et à attribué puis retiré la décision d’attribution du marché avant d’adopter la décision litigieuse.

20. Ensuite, il faut remarquer que les heures omises portent sur des prestations semestrielles et donc peu importantes au regard du marché.

Ainsi, il s’agit de 22 heures sur 5695 pour le lot 1, 42 heures sur 6204 pour le lot 2 et 34 heures sur 5897 pour le lot 3, soit respectivement :

- 0,38% de la valeur du marché pour le lot 1
- 0,67% de la valeur du marché pour le lot 2
- 0,57% de la valeur du marché pour le lot 3

Ou, si l’on prend l’ensemble des lots, 98 heures sur 17.796 ou encore 0,55% de la valeur du marché.

L’impact de cet oubli d’heures sur le marché dans son ensemble est donc totalement négligeable.

21. Plus précisément, l’écart entre l’offre de la requérante et celle de Jette Clean, classée deuxième dans chacun des lots, se présente comme suit :

- Pour le lot 1, 2.936,64 EUR d’écart soit 1,76% du prix de l’offre de la requérante;
- Pour le lot 2, 2.328,57 EUR soit 1,28% du prix de l’offre de la requérante;
- Pour le lot 3, 3.085,63 EUR soit 1,79% du prix de l’offre de la requérante

Pour ces trois lots, dès lors que la part des heures omises dans l’inventaire est inférieure à l’écart entre l’offre de la requérante et celle de la deuxième classée, il est certain que cette omission n’a eu aucune influence sur le classement des offres.

A titre d’illustration, pour le lot 1, si Jette Clean avait pu remettre un prix de 0 EUR pour les 22 heures concernées et que la requérante avait remis un prix de 40 EUR/h, soit plus du double de la catégorie la plus élevée des tarifs indicatifs UGBN, cela n’aurait fait augmenter le prix de la requérante que de 22×40 EUR, soit 880 EUR, soit d’un montant inférieur à l’écart entre les deux offres.

En aucun cas cette erreur dans l’inventaire n’était pas en mesure de bouleverser le classement.

Aucune rupture d’égalité ni de discrimination ne découle donc de cette erreur. Elle n’empêche absolument pas la comparaison des offres et l’IBGE aurait très bien pu motiver l’attribution du marché en constatant que la partie requérante a remis le prix le plus bas sur base de l’inventaire et que l’oubli de ces quelques heures n’aurait pas pu avoir d’influence sur le classement, même si Jette Clean avait remis un prix très bas et que, sur ce poste en particulier, la requérante avait remis un prix particulièrement élevé.

22. Elle aurait d'autant plus pu le faire que, en réalité, il ressort de l'examen des offres et des questions qui ont été posées sur les prix par l'IBGE avant la première attribution du marché que la partie requérante a remis, pour l'ensemble des heures de catégorie D1 (semestrielles), un prix relevant de la catégorie 4.

Pendant la phase d'examen des offres précédant l'attribution du marché, la partie adverse a ainsi estimé que le prix remis par la requérante était potentiellement anormalement élevé et a donc interrogé la requérante à ce sujet dès lors que son prix était largement supérieur à celui des autres pour ce poste.

La requérante a répondu en expliquant qu'elle avait introduit l'ensemble des activités semestrielles en catégorie 4. Cela n'a pas empêché l'IBGE, sur cette base, de considérer l'explication satisfaisante et de lui attribuer le marché.

Il ressort de cet état de fait que la requérante a d'autant moins pu être avantagée par l'oubli d'heures dans l'inventaire de l'IBGE qu'elle a remis un prix supérieur à celui que ses concurrents ont vraisemblablement remis (ceux-ci n'ayant pas été interrogés sur cet aspect de leur prix).

L'erreur dans l'inventaire n'a donc eu aucun impact sur la comparabilité des offres ou a éventuellement désavantagé la requérante mais ne lui a certainement apporté aucun avantage.

Dès lors, le marché pouvait très bien être attribué à la requérante sans empêcher la comparabilité des offres ni la vérification des prix.

3.2. Difficultés de contrôler les prix

23. La partie adverse semble également faire grand cas des difficultés que son erreur pourrait avoir sur sa faculté à contrôler les prix.

Ce motif d'abandon de la procédure ne saurait davantage être considéré comme fondé.

Tout d'abord, il a été démontré ci-dessus que le poste D.1. est négligeable eu égard au total du marché.

Ainsi, les prestations semestrielles représentent :

- Pour le lot 1 : 43 heures sur 5.717 soit 0,75%
- Pour le lot 2 : 144 heures sur 6.246 soit 2,3%
- Pour le lot 3 : 55 heures sur 5.931 soit 0,92%

Le total de ces heures est parfaitement négligeable et l'IBGE n'aurait pas été tenue d'exclure un soumissionnaire présentant un prix anormal pour ces prestations uniquement.

24. De plus, le processus de vérification des prix permet d'interroger les soumissionnaires jusqu'à obtenir une décomposition précise de leurs prix, tant que le doute est permis.

Face à une ligne de l'inventaire comportant à la fois des heures de catégorie 1A et des heures de catégorie 4, l'adjudicateur pouvait demander une décomposition faisant apparaître la façon dont les soumissionnaires panachaient les heures des différentes catégories en fonction des types de prestations à réaliser.

Ce processus de vérification était tout à fait possible.

C'est d'ailleurs ce qu'a fait l'IBGE vis-à-vis de la requérante – à sa satisfaction d'ailleurs – en l'interrogeant sur son prix qui lui semblait anormalement élevé pour la catégorie D1.

3.3. Difficultés liées à la date de remise des offres

25. Finalement, l'IBGE motive sa décision en expliquant que la date initiale d'ouverture des offres était le 30 juin 2020 mais qu'elle a été repoussée au 8 juillet 2020 si bien que des offres ont été remises avant et d'autres après le 30 juin 2020.

Or, les tarifs semestriels de l'UGBN changent le 30 juin chaque année.

L'IBGE en déduit que "L'analyse et la justification des prix unitaires basée sur les tarifs UGBN est donc difficilement identifiable puisque certains soumissionnaires ont déposé leurs offres en juin et d'autres en juillet".

Or, les tarifs UGBN sont indicatifs. Il n'y a aucune raison de fonder l'analyse des prix exclusivement sur ceux-ci.

Par ailleurs, cette question de dates et la prétendue difficulté de déterminer les tarifs UGBN à utiliser entre en contradiction avec la formule de révision fixée au cahier spécial des charges (clause II.4, p. 14), laquelle prend comme base les coûts salariaux valables 10 jours avant l'ouverture des offres, soit indubitablement sous l'empire des tarifs UGBN du 1^{er} semestre 2020.

Dès lors que les offres ont été remises le 7 juillet 2020 au plus tard, seule la norme du premier semestre 2020 doit pouvoir servir de fondement à un contrôle des prix.

26. Il ressort de ce qui précède qu'aucun des motifs invoqués par l'IBGE pour arrêter la procédure d'attribution n'est fondé.

Le moyen est sérieux.

3.4. Conclusion

27. Aucun des motifs soulevés par la partie adverse à l'appui de la décision litigieuse ne permet de justifier l'abandon de la procédure.

C'est d'autant plus vrai que le marché litigieux est organisé autour d'un seul critère d'attribution : le prix.

En décidant de relancer le marché – dont les détails techniques seront vraisemblablement identiques à ceux du marché litigieux – moyennant une simple correction de l'inventaire, l'IBGE permet à tous les concurrents de la partie requérante de connaître ses prix globaux et de remettre un prix plus bas.

Le faible écart entre la requérante et Jette Clean, deuxième classée, démontre que cette hypothèse est loin d'être théorique.

28. Face à son erreur indéniable dans l'inventaire du cahier spécial des charges, il appartenait à la partie adverse de choisir la réaction la moins attentatoire aux droits des différents soumissionnaires, conformément au principe de proportionnalité.

En l'espèce, il a été démontré que l'omission de certaines des heures de prestations semestrielles n'a pas apporté d'avantage à la partie requérante, au contraire.

Aucune discrimination entre parties n'a été causée par cet oubli.

Cet oubli s'avère négligeable au retard du total des heures prestées sur le marché et n'a donc aucune influence sur le classement des offres.

Il n'empêche absolument pas la vérification des prix, non seulement au regard du caractère négligeable des heures concernées mais en plus grâce à la faculté du pouvoir adjudicateur d'interroger le soumissionnaire et de demander la décomposition des prix.

Finalement, elle a certes pu apporter une certaine confusion dans le chef de certains soumissionnaires mais :

- La partie requérante a remis un prix plus important que le minimum et donc son prix n'est pas anormalement bas;
- Les autres parties – dont le prix pourrait potentiellement être considéré comme anormal si elles ont introduit l'ensemble des heures semestrielles avec un tarif de catégorie 1A – ne sont pas adjudicataires du marché et donc n'ont aucun intérêt à contester la décision qui aurait dû intervenir.

Dans ces conditions, la décision d'abandonner le marché est beaucoup plus préjudiciable à la partie requérante et elle n'apporte aucun avantage à l'IBGE qui pourrait parfaitement attribuer le marché sur base de la procédure litigieuse.

L'IBGE a, ce faisant, enfreint le principe de proportionnalité.

Le moyen est sérieux ».

B. Note d'observations

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

« 14. L'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme il suit :

“ L'accomplissement d'une procédure n'implique pas l'obligation d'attribuer ou de conclure le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit recommencer la procédure, au besoin d'une autre manière”.

15. En l'espèce, la partie adverse a fait application de cette disposition.

16. Il n'est ni contestable ni contesté que l'acte attaqué est motivé en la forme. En substance, l'acte attaqué explique que le cahier des charges et l'inventaire sont erronés sur plusieurs points. La requérante relève d'ailleurs elle-même que la partie adverse a oublié de comptabiliser des heures. Elle écrit que “les erreurs existent et elles ne sont pas contestées”.

Plus précisément, certaines quantités ont été omises par erreur dans les prescriptions techniques et dans l'inventaire. En outre, l'inventaire ne distinguait pas, comme il eût fallu, les postes dédiés au nettoyage écologique (D1), d'une part, et le poste dédié au lavage des vitres (D2), d'autre part. Or, ces deux types de prestations doivent être exécutés par du personnel relevant de catégories de salaires différentes.

17. Selon la requérante, les erreurs commises par la partie adverse “n’empêchaient nullement l’attribution du marché”. La requérante conteste donc l’opportunité de refuser d’attribuer le marché.

A ce sujet, la partie adverse souligne qu’il n’appartient pas au Conseil d’État de se substituer au pouvoir adjudicateur pour apprécier l’opportunité de ne pas attribuer un marché. Seule une erreur manifeste d’appréciation pourrait être sanctionnée. En l’espèce, cette erreur manifeste est inexistante.

18. La requérante tente de minimiser les erreurs commises.

19. La requérante observe d’abord que ni les soumissionnaires ni la partie adverse n’avaient constaté ces erreurs avant de procéder au retrait de la décision d’attribution du marché.

Cet élément n’est pas pertinent pour démontrer une erreur manifeste d’appréciation dans le chef de la partie adverse. Premièrement, nul ne sait si ces erreurs n’avaient pas été constatées par un soumissionnaire. Le fait qu’aucun soumissionnaire ne les ait relevées ne signifie pas encore qu’aucun soumissionnaire ne les avait constatées. Par ailleurs, ce n’est pas parce que ces erreurs n’avaient pas empêché l’attribution du marché que la partie adverse, constatant par la suite ces erreurs, aurait nécessairement dû poursuivre la procédure d’attribution en corrigeant la première décision retirée, menant ainsi à son terme une procédure viciée *ab initio*.

20. La requérante observe ensuite que “les heures omises portent sur des prestations semestrielles et donc peu importantes”, de sorte que cette erreur n’a eu aucune incidence sur le classement des offres, même si la requérante avait remis un prix très élevé pour ces heures oubliées.

Cet argument manque lui aussi de pertinence pour démontrer une erreur manifeste d’appréciation dans le chef de la partie adverse. La question n’est en effet pas de savoir si l’erreur a eu ou non un effet sur le classement des offres. La seule question à trancher est de savoir si, constatant cette erreur, la partie adverse a ou non commis une erreur manifeste d’appréciation en décidant de ne pas attribuer le marché et en décidant de le relancer sur la base de documents du marché corrigés. Le fait que l’erreur commise n’ait pas eu d’incidence sur le classement des offres n’est en effet pas par lui-même révélateur d’une erreur manifeste d’appréciation dans le chef de la partie adverse.

21. En sens inverse, on ne peut pas reprocher à un pouvoir adjudicateur normalement prudent et diligent, constatant des erreurs dans les documents de marché, ne de pas souhaiter poursuivre une procédure viciée *ab initio*. A supposer que la partie adverse ait poursuivi l’attribution du marché, en corrigeant la décision initiale d’attribution attaquée puis retirée, il n’est pas exclu que la nouvelle décision d’attribution ait été attaquée par un soumissionnaire évincé qui aurait pu soulever un moyen pris de l’erreur et de la contradiction dans les documents de marché. Ce n’est pas parce qu’un tel moyen n’a pas été soulevé dans le recours introduit par la SPRL BSC Cleaning qu’il n’aurait pas pu l’être à l’occasion d’un recours contre une nouvelle décision d’attribution, le cas échéant introduit par un autre soumissionnaire. Comme on le verra ci-après, les erreurs invoquées ressortent clairement du dossier administratif, puisqu’elles ont été mises en évidence par l’ODP [...].

Il importe peu que l’incidence de l’erreur soit potentiellement importante ou non, en ce sens qu’elle soit de nature ou non à bouleverser le classement des offres. La question n’est en effet pas de savoir, en l’espèce, si, en l’absence d’erreurs dans les documents de marché, un autre soumissionnaire aurait été désigné, ou si les erreurs ont ou non avantagé la requérante. La question est de savoir si le choix du pouvoir adjudicateur est manifestement déraisonnable.

Un pouvoir adjudicateur qui constate une erreur dans les documents de marché, ce qui implique inévitablement un risque de recours, doit conserver la possibilité de se prémunir contre des recours potentiels et, au besoin, de recommencer la procédure si c'est la seule manière de la corriger. En l'espèce, tel était bien le cas. L'acte attaqué indique en effet que "ces erreurs ne sont pas corrigeables étant donné que nous sommes en procédure ouverte" [...].

22. Le choix effectué par le pouvoir adjudicateur est d'autant moins révélateur d'une erreur manifeste d'appréciation que les échanges entre le pouvoir adjudicateur et l'ODP montrent clairement que les erreurs constatées dans le cahier des charges en ce qui concerne le poste D1 ont en réalité rendu impossibles le contrôle et la comparaison des prix. L'inventaire ne distinguait en effet pas les prestations de nettoyage ordinaire et les prestations de lavage de vitres. Or, ces deux types de prestations doivent être effectuées par du personnel de catégories de salaires différentes. C'est ce que constate l'ODP quand il écrit qu'il "prend bonne note de l'erreur d'analyse concernant les prix des postes D1 des trois lots" [...].

Vu les erreurs constatées dans le cahier des charges, l'ODP "considère que l'analyse des prix et les demandes de justifications comportent des manquements qui fragilisent la suite du processus d'attribution" [...]. Ce seul constat suffit à exclure toute erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse au moment d'adopter l'acte attaqué.

A la lecture de cette remarque, il ne peut être reproché au pouvoir adjudicateur d'avoir voulu mettre un terme au processus d'attribution, pour éviter de fragiliser le marché.

A cela s'ajoute que, manifestement, le temps estimé pour le nettoyage des vitres dans le cahier des charges est insuffisant [...]. L'estimation elle-même est erronée. Pour comparer les prix, le pouvoir adjudicateur aurait donc nécessairement dû soit neutraliser le poste, soit modifier a posteriori la quantité présumée. Dans les deux cas, le pouvoir adjudicateur s'exposait ainsi à la critique.

23. Par ailleurs, comme l'a relevé l'ODP, les offres n'étaient pas comparables entre elles au motif que certains soumissionnaires ont appliqué les barèmes salariaux applicables au 1^{er} semestre 2020, alors que d'autres ont appliqué les barèmes en vigueur à partir du 1^{er} juillet 2020, faute de précision dans les documents du marché. "Cette différence implique donc un problème de comparabilité des offres entre elles, notamment au stade de la vérification des prix" [...], selon l'ODP.

A ce sujet, la requérante observe que les tarifs de l'Union Générale Belge du Nettoyage (UGBN) sont indicatifs et qu'il "n'y a aucune raison de fonder l'analyse des prix exclusivement sur ceux-ci".

Il importe peu que ces tarifs soient indicatifs. Le cahier spécial des charges se réfère en effet au tableau des salaires de l'UGBN [...]. La formule de révision des prix est fondée sur ces tarifs.

La requérante elle-même, interrogée sur ses tarifs, indique qu'elle applique et respecte le "taux UGBN de 4D" [...].

Même si ces tarifs ne sont pas obligatoires, il est donc logique que le pouvoir adjudicateur procède au contrôle et à la comparaison des prix sur la base des barèmes de l'UGBN. Ce n'est en tout cas pas révélateur d'une erreur manifeste d'appréciation.

Par ailleurs, il importe peu que la formule de révision des prix prévue au cahier spécial des charges [...] prenne comme base de calcul les coûts salariaux valables 10 jours avant l'ouverture des offres. Il n'en demeure en effet pas moins que certains soumissionnaires ont appliqué les barèmes du premier semestre 2020, alors que d'autres ont appliqué ceux du second semestre, ce qui rendait les offres difficilement comparables.

24. Il découle de tout ce qui précède que, si le pouvoir adjudicateur avait voulu poursuivre la procédure d'attribution, il aurait nécessairement dû (1) recommencer l'analyse des prix et, (2) interroger à nouveau les soumissionnaires.

Le pouvoir adjudicateur aurait pu suivre cette voie.

Toutefois, dès lors que le cahier spécial des charges comprenait des erreurs et des omissions, cette façon d'agir n'aurait pas permis de garantir l'adoption d'une décision finale de désignation exempte de toute critique de la part des soumissionnaires évincés.

Pour se prémunir contre le risque de contestations fondées sur les erreurs du cahier des charges, entraînant un risque d'erreur dans le contrôle et la comparaison des prix, le pouvoir adjudicateur a fait le choix de ne pas poursuivre la procédure viciée *ab initio* et de repartir sur de nouvelles bases saines.

Ce choix est révélateur d'une gestion prudente et du souci de mener des procédures d'attribution régulières et exemptes de critiques. Il n'est pas révélateur d'une erreur manifeste d'appréciation.

25. La partie adverse ajoute que la poursuite de la procédure de désignation d'un prestataire sur la base d'un cahier des charges et d'un inventaire contenant des quantités erronées aurait inmanquablement entraîné des difficultés et des discussions au stade de l'exécution du marché. D'une part, la quantité des prestations effectuées aurait nécessairement dépassé le nombre de jours indiqués dans l'inventaire, puisque celui-ci omet par erreur un certain nombre de prestations. D'autre part, des discussions auraient inévitablement surgi en ce qui concerne les prix pratiqués, puisque les prestations D1 et D2 doivent être exécutées par du personnel relevant de catégories de salaires différentes. Or, l'inventaire ne mentionne que les prestations de la catégorie D1.

Ce risque n'est d'ailleurs pas hypothétique. La requérante indique elle-même qu'elle a introduit l'ensemble des activités semestrielles en catégorie 4 ("laveur de vitres qualifié"), ce qui n'est manifestement pas correct, puisque les activités semestrielles comprennent des prestations de nettoyage ordinaire relevant de la catégorie 1A. La requérante avait donc l'intention de facturer l'ensemble des prestations semestrielles au barème relevant de la catégorie 4, ce qui n'aurait évidemment pas manqué de soulever des objections dans le chef du pouvoir adjudicateur en cours d'exécution.

26. La requérante se plaint finalement d'une méconnaissance du principe de proportionnalité. Elle soutient que la partie adverse a fait le choix qui lui est le plus préjudiciable, alors qu'il "n'apporte aucun avantage à l'IBGE". Elle se plaint encore du fait que ses concurrents connaissent désormais ses tarifs et qu'en relançant le marché, la partie adverse permet ainsi aux autres soumissionnaires de remettre un prix plus bas.

La partie adverse observe que ce n'est pas par l'acte attaqué que les concurrents de la requérante connaissent ses tarifs. Ceux-ci sont connus depuis l'adoption de la décision d'attribution du marché [...] qui a ensuite été retirée. L'acte attaqué n'ajoute rien à cet égard.

A cela s'ajoute qu'on ne peut préjuger du contenu du prochain cahier des charges en ce qui concerne les critères d'attributions.

Ensuite, la requérante ne peut pas être suivie quand elle soutient que le choix qui a été fait par le pouvoir adjudicateur ne lui a procuré aucun avantage. Comme il a été exposé ci-dessus, les erreurs et omissions dans le cahier des charges et l'inventaire ont entraîné une série de confusions, d'interrogations et d'approximations dans l'opération de contrôle des prix. Ceci ressort très clairement des échanges entre le pouvoir adjudicateur et l'ODP [...]. La qualité et la précision du travail effectué ont indéniablement été faussées. L'attribution du marché sur cette base aurait, selon toute vraisemblance, pu conduire à des contestations des soumissionnaires évincés fondées sur les erreurs et omissions des documents de marché. De même, en attribuant le marché sur la base d'un cahier des charges et d'un inventaire viciés, le pouvoir adjudicateur s'exposait à un risque de discussions et de contestations en cours d'exécution de marché.

La partie adverse n'a pas souhaité courir ces risques. Plus généralement, elle est soucieuse de mener des procédures d'attribution de marché avec la rigueur et la précision nécessaires, dans le respect de la légalité et sur la base de documents qui n'induisent pas les soumissionnaires en erreur.

C'est pour ces raisons que le pouvoir adjudicateur a fait le choix de ne pas attribuer le marché sur la base de documents de marché viciés. Le marché va maintenant pouvoir être relancé, sur de nouvelles bases solides. La partie adverse compte bien entendu sur la requérante pour déposer une nouvelle offre dans le cadre du marché relancé. Celle-ci sera évaluée comme n'importe quelle autre offre reçue.

Le choix du pouvoir adjudicateur présente donc un indéniable "avantage" pour le pouvoir adjudicateur. Ce choix n'a pas été fait pour nuire à la requérante. Il a été fait au regard de considérations d'intérêt général, en particulier le souci de la partie adverse de mener des procédures d'attribution de marché sur la base de documents clairs, précis, exempts d'erreurs pouvant prêter à confusion et susciter des difficultés tant en termes d'attribution que d'exécution.

Ce faisant, la partie adverse n'a pas enfreint le principe de proportionnalité.

27. Le moyen unique n'est pas sérieux ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen unique reproche à la partie adverse d'avoir fondé sa décision de renoncer à l'attribution du marché litigieux sur les motifs qu'énonce l'acte attaqué, la requérante estimant que ces motifs sont inexacts. En dépit de ce que ce moyen invoque notamment la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, il ressort de son exposé que les griefs portent sur la motivation matérielle de la décision contestée.

L'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est libellé comme suit :

« L'accomplissement d'une procédure n'implique pas l'obligation d'attribuer ou de conclure le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou à

conclure le marché, soit recommencer la procédure, au besoin d'une autre manière ».

À la suite et par l'effet du retrait de la première décision d'attribution du marché litigieux, la partie adverse avait à nouveau le choix d'attribuer ce marché, de renoncer à cette attribution ou de recommencer la procédure de passation. Ce choix lui appartenait conformément à la faculté tirée de l'article 85 précité, faculté impliquant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour retenir ainsi l'option qui lui apparaissait opportune. Elle n'était donc pas contrainte d'attribuer le marché litigieux dans le cadre de la procédure de passation initiale, étant précisément libre de renoncer à celle-ci, voire de la recommencer d'une autre manière. Par ailleurs, de ce que le choix de renoncer à l'attribution du marché implique l'exercice d'un pouvoir d'appréciation, il n'appartient pas au Conseil d'État, saisi d'un recours qui critique ce choix, de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, sauf à censurer une erreur manifeste que celui-ci aurait commise.

Il ressort du dossier administratif – et plus particulièrement de l'avis de l'Observatoire des prix de références dans les marchés publics et des échanges préalables entre les collaborateurs de cet Observatoire et les services de la partie adverse – que celle-ci a renoncé à l'attribution du marché litigieux dont les documents apparaissaient entachés d'erreurs susceptibles d'affecter le contrôle des prix et la comparabilité des offres au regard de ceux-ci. Au vu des éléments ainsi mis en évidence par cet avis, de ce qu'ils imposaient ainsi à la partie adverse de prendre en considération pour se déterminer à propos de la suite de la procédure de passation, et des échanges qui ont précédé l'adoption de l'avis, peut se comprendre la préoccupation de la partie adverse de ne pas conclure un marché dont l'attribution aurait, en raison de ces erreurs, suscité un risque élevé de contestation. Une telle préoccupation peut fonder la décision de renonciation litigieuse sans imputer celle-ci à une erreur manifeste de la partie adverse.

Par ailleurs, les considérations émises au titre des développements du moyen appellent les observations suivantes :

- À supposer, comme le fait valoir la requérante, que les erreurs décelées dans les documents du marché, et non contestées en tant que telles, ne rendraient pas impossible l'attribution du marché, elles ne pourraient priver la partie adverse de la faculté de renonciation qu'elle tient de l'article 85 précité, le recours à cette faculté pouvant, dans de telles circonstances ainsi mises en évidence, être notamment justifié par la prise en compte des risques résultant de ces erreurs.
- Les considérations relatives, d'une part, au fait que les erreurs des documents du marché n'auraient, dans un premier temps, été décelées ni par les

soumissionnaires, ni par la partie adverse et, d'autre part, au fait que ces erreurs ne pourraient – selon la requérante – affecter le classement des offres sont de nature à mettre en cause l'opportunité de la décision attaquée, mais n'attestent pas une erreur manifeste d'appréciation qu'aurait commise la partie adverse en adoptant celle-ci.

- L'argument tiré de ce que l'adoption de l'acte attaqué permettrait aux autres soumissionnaires de connaître les prix globaux de la requérante et de remettre un prix plus bas à l'occasion d'une nouvelle procédure d'attribution, ne peut davantage être retenu : d'une part, la divulgation des prix globaux de la requérante résulte non pas de l'adoption de l'acte attaqué, mais de celle de la première décision d'attribution du marché; d'autre part, cet argument rend sans doute compte d'un grief que la requérante estime résulter de l'adoption de l'acte attaqué, mais n'atteste pas une erreur manifeste d'appréciation que la partie adverse aurait commise en adoptant celui-ci; la méconnaissance du principe de proportionnalité invoquée dans le même ordre d'idées ne peut davantage être vérifiée, à défaut pour la requérante d'indiquer les droits auxquels cette décision porterait une atteinte excessive.

Il suit de ces différentes considérations qu'à défaut de révéler, dans le cadre d'une procédure en extrême urgence, une erreur manifeste d'appréciation qu'aurait commis la partie adverse en décidant de renoncer à l'attribution du marché litigieux, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

V. Confidentialité

La partie adverse sollicite le maintien de la confidentialité de la pièce 9 du dossier administratif ainsi que de la version intégrale de l'avis de l'Observatoire des prix de référence dans les marchés publics (pièce 6 confidentielle). Elle dépose par ailleurs, en pièce 6 non confidentielle, ce même avis dans une version en laquelle ont été rendus illisibles les extraits auxquels elle estime devoir attacher un caractère confidentiel.

La demande de maintien de confidentialité formulée par la partie adverse n'a pas été contestée. Il y a donc lieu de maintenir provisoirement la confidentialité de la pièce 9 du dossier administratif ainsi que de la version intégrale de l'avis de l'Observatoire des prix de référence dans les marchés publics (pièce 6 confidentielle).

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 6 confidentielle et 9 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

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 siégeant en référé, le 9 juin 2021 par :

David De Roy,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy