

**CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF**  
**LE PRÉSIDENT DE LA VI<sup>e</sup> CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ**  
**A R R Ê T**

n° 251.233 du 8 juillet 2021

A. 233.684/VI-22.049

En cause : **la société anonyme JETTE CLEAN,**  
ayant élu domicile chez  
M<sup>es</sup> Aurélien VANDEBURIE et  
Jorien VAN BELLE, avocats,  
boulevard Bischoffsheim 33  
1000 Bruxelles,

contre :

**la Commission communautaire française,**  
représentée par son collègue,  
ayant élu domicile chez  
M<sup>es</sup> Virginie DOR et Léa TREFON, avocats,  
Chaussée de La Hulpe 178  
1170 Bruxelles.

Partie intervenante :

**la société anonyme KÖSE CLEANING,**  
ayant élu domicile chez  
M<sup>es</sup> Peter TEERLINCK et  
Louise GALOT, avocats,  
Avenue de l'Yser 19  
1040 Bruxelles.

-----

*I. Objet des requêtes*

Par une requête introduite le 18 mai 2021, la société anonyme Jette Clean demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision de la fonctionnaire dirigeante des services du Collège de la Commission communautaire française du 28 avril 2021 attribuant à la SA Köse Cleaning le premier lot du « marché de services ayant pour objet le nettoyage de bâtiments dans une approche de développement durable et dans une perspective d'insertion et de formation socio-professionnelles et le contrôle externe de ces prestations ».

Par une requête introduite le 30 juin 2021, la société anonyme Jette Clean sollicite l'annulation de la décision précitée.

## *II. Procédure*

Par une ordonnance du 19 mai 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 7 juin 2021.

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

Par une requête introduite le 1<sup>er</sup> juin 2021, la société anonyme Köse Cleaning demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

M. Imre Kovalovszky, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M<sup>es</sup> Aurélien Vandeburie, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M<sup>es</sup> Virginie Dor et Léa Trefon, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M<sup>e</sup> Louise Galot, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

## *III. Faits utiles à l'examen de la demande*

1. La Commission communautaire française (en abrégé, « la COCOF »), a lancé un marché public de services ayant pour objet « le nettoyage de bâtiments dans une approche de développement durable et dans une perspective d'insertion et de formation socio-professionnelles et le contrôle externe de ces prestations ».

Ce marché est divisé en cinq lots :

- Lot 1 : « Nettoyage de bâtiments sur le campus du Ceria » ;
- Lot 2 : « Nettoyage de bâtiments de l’Institut Charles Gheude » ;
- Lot 3 : « Nettoyage de bâtiments de l’Institut Alexandre Herlin » ;
- Lot 4 : « Nettoyage des immeubles administratifs de la COCOF situés rue des Palais, rue du Meiboom et rue Royale » ;
- Lot 5 : « Contrôle externe des prestations de services de nettoyage ».

Le présent recours porte sur le lot 1 « Nettoyage de bâtiments sur le campus du Ceria ».

Le marché, dont le montant dépasse le seuil de publication européenne, est passé par procédure ouverte. Le cahier spécial des charges prévoit quatre critères d’attribution, applicables pour les lots 1 à 4. Ces critères sont libellés comme suit :

| N° | Critères d’attribution                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Pondération |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| 1  | <p><b>Prix des prestations de nettoyage annuel (les prestations incluant la fourniture des produits de nettoyage et, uniquement pour les lots 1, 2 et 4, les prix des fournitures mentionnés dans l’inventaire annexe D « inventaire lots 1 à 4 : matrice des prix »).</b></p> <p>Le soumissionnaire proposant le prix le plus bas a le maximum de points pour ce critère. Les prix proposés par les autres soumissionnaires seront comparés avec le prix du moins-disant au prorata, selon la formule suivante :</p> <p>Nombre de points = 50 (nombre de points attribués à ce critère) multiplié par le rapport entre l’offre la plus basse et l’offre du soumissionnaire x.</p> | 50/100      |
| 2  | <p><b>Nombre annuel d’heures de prestations</b></p> <p>Le nombre annuel d’heures de prestations est celui repris dans de l’annexe D « inventaire lots 1 à 4 : matrice des prix »</p> <p>Méthode de cotation : <i>règle de trois : score offre = (nombre annuel d’heures de l’offre analysée / nombre annuel d’heures de prestation.</i></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 30/100      |
| 3  | <p><b>Taux horaire</b></p> <p>Le soumissionnaire est tenu d’indiquer le taux horaire qu’il appliquera dans le cadre de l’exécution du marché dans l’onglet taux horaire de l’annexe D « inventaire lots 1 à 4 : matrice des prix »</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 10/100      |

|   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |        |
|---|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
|   | Méthode de cotation : <i>règle de trois : score offre = (taux horaire le plus bas / taux horaire de l'offre) * pondération du critère taux horaire</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |        |
| 4 | <p><b>Respect de l'environnement</b></p> <p>Les soumissionnaires seront attentifs à exécuter leur mission selon une approche respectueuse de l'environnement. A cet effet, ils remettront un listing complet des produits qu'ils comptent utiliser ainsi que leurs éventuels labels respectifs et la fiche technique afférente à chaque produit. Le maximum de point sera attribué au soumissionnaire qui proposera, proportionnellement à sa liste, le plus de produits de nettoyage répondant aux critères de l'écolabel européen.</p> <p>Exemple (dans le cadre duquel on part du principe que 10 points sont attribués pour ce critère) : Société A : 100% des produits utilisés répondent aux critères de l'écolabel européen =&gt; 10 points seront attribués à la société A pour ce critère ;<br/> Société B : 90 % des produits répondent aux critères de l'écolabel européen =&gt; 9 points seront attribués à la société B pour ce critère ;<br/> Société C: 85% des produits répondent aux critères de l'écolabel européen =&gt; 8,5 points seront attribués à la société C pour ce critère.</p> | 10/100 |

Les soumissionnaires suivants ont remis offre pour le lot 1 :

- Cleaning Masters S.A. ;
- Forwarding Cleaning services ;
- Gom N.V. ;
- Group Cleaning Services S.A. ;
- Jette Clean S.A.;
- Köse Cleaning, S.A. ;
- Misanet S.A.

Toutes les offres pour le lot 1 ont été déclarées régulières sauf celles de Group Cleaning Services et de Forwarding Cleaning services.

En ce qui concerne l'examen de la normalité du prix de l'offre de la société Köse Cleaning, à qui sera attribué le marché pour le lot 1, le rapport d'analyse des offres contient les considérations suivantes :

«

La société Köse Cleaning (K.C.) propose un taux horaire apparemment anormalement bas pour les lots 1 à 4. Le pouvoir adjudicateur a, dans un courrier du 16 mars 2021, invité la société Köse Cleaning à justifier le taux horaire proposé dans les offres pour les lots 1 à 4, au regard du taux horaire minimum pour le personnel de nettoyage pour la catégorie 1A (CP121) ainsi qu'au regard du prix de revient calculé par l'UGBN pour la catégorie de travailleur 1 A. Dans le courrier du 22 mars 2021 précité, Köse Cleaning fait valoir qu'elle envisage d'occuper du personnel lui permettant de bénéficier de déductions fiscales et d'avantages financiers importants dans le cadre de l'exécution du marché ( ex : personnel sous plan activa, étudiant et « article 60 »). Köse Cleaning fait notamment référence à l'obligation de reprise du personnel<sup>24</sup> et précise qu'il n'est toutefois pas possible de déterminer précisément la catégorie du personnel à engager dans le cadre de l'exécution du marché et appuie finalement son argumentation sur l'article 36 §2, 4° de l'A.R. du 18/04/2017 selon lequel le soumissionnaire peut justifier ses prix sur base de l'«*obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement*». Le pouvoir adjudicateur considère que Köse Cleaning apporte des justifications précises et complètes pour expliquer l'anormalité apparente du taux horaire mentionné pour les lots 1 à 4 au regard des spécificités du marché.

Le pouvoir adjudicateur constate un écart de l'ordre de 9% entre le nombre d'heures demandé dans le cahier des charges et le nombre d'heure proposé par Köse Cleaning pour le lot 1. En conséquence, le pouvoir adjudicateur a, en vertu de l'article 35 de l'A.R. du 18 avril 2017, interrogé la société Köse cleaning dans le courrier du 02 février 2021 précité afin d'obtenir « *un détail du calcul des heures annuelles* » et « *une justification permettant au pouvoir adjudicateur de comprendre comment Köse Cleaning arrive à ce nombre d'heures Cette justification doit permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer que les prescrits du cahier spécial des charges (voir pt. III.2.1 et III.2.6 du csc) pourront être respectés* ».

Dans le courrier du 8 février 2021 en réponse, la société Köse Cleaning fait référence à une note technique, à un matériel adapté, à son expérience et à sa connaissance des lieux. Le pouvoir adjudicateur considère que cette réponse n'est pas suffisante et demande en vertu de l'article 36 §2 de l'A.R du 18 avril 2017, dans le courrier du 16 mars 2021 précité, à Köse Cleaning d'être « plus concrète » dans sa réponse.

Dans son courrier du 22 mars 2021, Köse Cleaning présente un tableau comparatif chiffré des heures proposées pour le campus du Ceria dans le cadre du cahier spécial des charges dont, selon Köse Cleaning, il ressort que les heures proposées sont globalement similaires annuellement à celles proposées dans le cadre du cahier spécial des charges et justifie suffisamment de manière factuelle les différences repérées au niveau des cadences (en m2/h) par bâtiment sur le campus du Ceria par des exemples concrets. En conséquence, le pouvoir adjudicateur considère que Köse Cleaning apporte des justifications précises et complètes sur le nombre d'heures proposé au regard de l'écart <sup>25</sup>constaté sur cette question pour le lot 1

».

Le rapport d'analyse des offres reprend les cotations attribuées pour les divers critères d'attribution. S'agissant du lot 1, il aboutit au classement suivant :

- Köse Cleaning : 94,26 points ;
- Jette Clean : 90,37 points ;
- Cleaning Masters: 85.34 points ;
- Misanet: 82,82 points ;
- Gom: 74,49 points.

Le 28 avril 2021, la fonctionnaire dirigeante des services du Collège de la Commission communautaire française décide d'attribuer le lot 1 du marché en cause à Köse Cleaning. Il s'agit de l'acte attaqué.

Par un courrier du 11 mai 2021, la partie requérante demande à la partie adverse de retirer sa décision en faisant valoir que l'offre de Köse Cleaning doit être écartée. La partie adverse répond, par un courrier du 14 mai 2021, qu'elle estime avoir adéquatement motivé sa décision de ne pas déclarer l'offre de Köse Cleaning irrégulière dès lors que les justifications apportées par cette dernière relatives à son taux horaire sont satisfaisantes et permettent de s'assurer que ce soumissionnaire exécutera le lot 1 du marché conformément aux exigences du cahier spécial des charges.

#### *IV. Intervention*

Par une requête introduite le 1<sup>er</sup> juin 2021, la société anonyme Köse Cleaning demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire du lot 1 du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

#### *V. Moyen unique*

##### *V.1. Requête*

La requérante prend un moyen unique de la violation :

- des articles 10 et 11 de la Constitution,
- de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment de ses articles 4, 81, 83 et 84,
- de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment de ses articles 33, 35, 36 et 76,
- 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 des services et de concessions et, notamment, son article 4, 8° et 5, 8° et 9°,

- de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et, notamment, ses articles 2 et 3,
- du cahier spécial des charges et du principe général *patere legem quam ipse fecisti*,
- du principe général de motivation des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que du principe de minutie et de diligence,

en ce que la partie adverse déclare que l'offre de la SA Köse Cleaning est régulière pour le lot 1, et décide de lui attribuer ce lot, et non pas à la partie requérante ,

alors que :

- première branche, « la partie adverse n'a pas procédé à un examen concret, précis, pertinent, minutieux et rigoureux des justifications fournies par la SA Köse Cleaning, devant l'amener à vérifier l'exactitude des informations communiquées, pour conclure à la régularité du taux horaire » ;
- deuxième branche, « sur base des déclarations et constats de l'acte attaqué, la partie adverse n'a pas pu examiner valablement le taux horaire de la SA Kose Cleaning et confirmer que ce taux horaire était normal » ;
- troisième branche, « les affirmations de la partie adverse dans son rapport d'analyse des offres sont inexactes et erronées, et sont mêmes contradictoires car la partie adverse se fonde sur des hypothèses et spéculations » ;
- quatrième branche, « la motivation reprise dans le rapport d'analyse des offres ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a pu se satisfaire des justifications fournies par SA Köse Cleaning dans son courrier du 22 mars 2021 pour conclure que le taux horaire proposé est normal » ;
- cinquième branche, « alors que les justifications de la SA Köse Cleaning ne peuvent pas aboutir à renverser la présomption d'anormalité, la partie adverse aurait dû déclarer son offre irrégulière » ;
- sixième branche, « en toute hypothèse, on ne comprend pas comment le taux horaire proposé par la SA Köse Cleaning pourrait prendre en compte le coût réel des prestations ; il est en réalité anormalement bas »,

de sorte que, « en attribuant le lot 1 du présent marché à la SA Köse Cleaning alors que son offre contient un taux horaire anormalement bas et est entachée d'une irrégularité substantielle, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés au moyen ».

Après avoir rappelé les dispositions applicables ainsi que les principes généraux, la requérante fait valoir ce qui suit à propos de la première branche :

- « 17. Il ressort du rapport d'analyse des offres que la partie adverse a déclaré que le taux horaire de l'offre de la SA Kose Cleaning était apparemment anormalement bas pour (entre autres) le lot 1.

Il ressort également de ce rapport que la partie adverse a invité ce soumissionnaire, par un courrier du 16 mars 2021, à justifier son taux horaire « au regard du taux horaire minimum pour le personnel de nettoyage pour la catégorie 1 A (CP121) ainsi qu'au regard du prix de revient calculé par l'UGBN pour la catégorie de travailleur 1 A ».

Le rapport fait état dans les termes suivants des réponses données par ce soumissionnaire :

“ La société Kose Cleaning (K.C.) propose un taux horaire apparemment anormalement bas pour les lots 1 à 4. Le pouvoir adjudicateur a, dans un courrier du 16 mars 2021, invité la société Kose Cleaning à justifier le taux horaire proposé dans les offres pour les lots 1 à 4, au regard du taux horaire minimum pour le personnel de nettoyage pour la catégorie 1 A (CP121) ainsi qu'au regard du prix de revient calculé par l'UGBN pour la catégorie de travailleur 1 A. Dans le courrier du 22 mars 2021 précité, Kose Cleaning fait valoir qu'elle envisage d'occuper du personnel lui permettant de bénéficier de déductions fiscales et d'avantages financiers importants dans le cadre de l'exécution du marché (ex : personnel sous plan activa, étudiant et 'article 60'). Kose Cleaning fait notamment référence à l'obligation de reprise du personnel et précise qu'il n'est toutefois pas possible de déterminer précisément la catégorie du personnel à engager dans le cadre de l'exécution du marché et appuie finalement son argumentation sur l'article 36 § 2, 4° de l'A.R. du 18/04/2017 selon lequel le soumissionnaire peut justifier ses prix sur base de l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement'.” [...].

La partie adverse considère ce qui suit, dans ledit rapport, à propos de ces “justifications” du taux horaire proposé de la SA Köse Cleaning :

“ Le pouvoir adjudicateur considère que Kose Cleaning apporte des justifications précises et complètes pour expliquer l'anormalité apparente du taux horaire mentionné pour les lots 1 à 4 au regard des spécificités du marché” [...].

En procédant de la sorte, la partie adverse n'a pas valablement appliqué les dispositions visées au moyen en particulier son obligation d'examen et de contrôle des prix.

18. Conformément à la jurisprudence, lorsque le pouvoir adjudicateur a déclaré un prix apparemment anormalement bas, l'appréciation qui le conduit à écarter le soupçon d'anormalité doit faire l'objet d'une motivation précise, de laquelle doivent dûment ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur

lesquels est fondée la décision de ne pas considérer ce prix comme étant anormalement bas. Sa décision doit reposer sur des éléments probants et précis.

Une telle appréciation et une telle motivation font défaut en l'espèce, à défaut pour la partie adverse d'avoir procédé à un examen concret, précis, pertinent, minutieux et rigoureux des justifications fournies par la SA Köse Cleaning, devant l'amener à vérifier l'exactitude des informations communiquées, pour conclure à la régularité du taux horaire.

En effet, il ne ressort aucunement du rapport d'analyse des offres que la partie adverse a, avec toute la rigueur requise, effectivement procédé à l'examen des justifications formulés par la SA Kose Cleaning.

Elle se limite à affirmer que Kose Cleaning apporte les justifications précises et complètes, sans qu'il n'apparaisse que la partie adverse en a concrètement vérifié notamment l'exactitude et la pertinence.

Pour ce faire, la partie adverse aurait dû, notamment, vérifier la réalité des affirmations et de l'offre de Kose Cleaning, en les confrontant concrètement et minutieusement, notamment :

- aux obligations sociales de la SA Köse Cleaning, plus particulièrement au respect des normes salariales au regard du taux horaire minimum pour le personnel de nettoyage pour la catégorie 1A (CP 121) ;
- au prix de revient calculé par l'UGBN pour la catégorie de travailleur 1A ;
- aux différents frais directs et indirects, frais généraux et bénéfice à prendre en considération conformément à l'onglet "taux Hor" de l'annexe D du cahier des charge, comme la partie adverse l'avait précisé en réponse à une question de la partie requérante (pièce 3).

Ayant invité ledit soumissionnaire à justifier son prix au regard de ces éléments, par son courrier du 16 mars 2021, la partie adverse devait examiner, vérifier et justifier sa décision au regard de ces données. Concrètement, elle devait vérifier l'exactitude et la pertinence des justifications pour chacun des éléments du taux horaires, comme repris en annexe D du CSC (en substance, salaires et charges sociales, couts directs et couts indirects). A la lecture de l'acte attaqué, une telle analyse fait manifestement défaut.

La rigueur de l'analyse attendue de la partie adverse est d'autant plus importante que le marché s'inscrit dans les secteurs sensibles à la fraude, comme en cas d'espèce, le secteur du nettoyage.

S'en tenant au seul constat que "Kose Cleaning apporte des justifications précises et complètes pour expliquer l'anormalité apparente du taux horaire mentionné pour les lots 1 à 4 au regard des spécificités du marché", la partie adverse n'a pu procéder à une vérification effective du respect des normes salariales fixées par la CP 121, ni du prix de revient calculé par l'UGBN pour la catégorie de travailleur 1A, ni, en toute hypothèse, des frais directs et indirects. Cette vérification devait pourtant nécessairement être effectuée à la suite de l'invitation adressée audit soumissionnaire par le courrier du 16 mars 2021.

L'attitude de la partie adverse est d'autant plus surprenante qu'elle avait été interpellée par la partie requérante sur la problématique du taux horaire dans son courrier du 15 février 2021. En outre, la différence de prix pratiquée par rapport à l'offre de la partie requérante (qui exécute le marché actuellement et a donc une très bonne connaissance des coûts) ainsi que, comme on pense pouvoir le comprendre s'agissant des salaires et charges sociales, par rapport au prix de revient de l'UGBN, aurait dû amener la partie adverse à un examen plus approfondi de ce taux horaire. Or, la partie adverse n'a à tort pas procédé à un tel

examen, notamment malgré l'écartement sensible avec le taux horaire de la partie requérante.

Le renvoi fait à l'article 36, § 2, alinéa 2, 4°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 n'y change rien. Cette disposition ne permet pas de se fonder sur des éléments qui ne seraient pas précis, concrets, exacts et probants.

19. En agissant de la sorte, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation. Au mépris des principes de bonne administration, en particulier le principe de minutie, de son cahier des charges et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, elle a déclaré normal le taux horaire de Kose Cleaning. Ce faisant, elle a également violé les articles 33, 35 et 36 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017, et les articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que les principes d'égalité et de non-discrimination. En attribuant ce marché à ce soumissionnaire, elle a également violé les articles 81, 83 et 84 de la loi du 17 Juin 2016, ainsi que les articles 36 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.  
[...] ».

À propos de la deuxième branche du moyen, la requérante expose ce qui suit :

« 20. Dans le cadre d'un marché du type de celui qui est en cause, Votre Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de juger que "la détermination du prix dépend, dans une importante mesure, des frais de personnel et, partant, de la configuration de celui-ci, laquelle est notamment influencée par diverses obligations à caractère social (dont la reprise – par l'attributaire du marché – du personnel précédemment affecté aux prestations faisant l'objet de ce marché) ou par les possibilités qu'ont, ou non, les soumissionnaires de disposer de catégories de travailleurs dont les coûts peuvent être moindres à raison de régimes spécifiques. (...), la détermination du prix révèle une complexité telle que la vérification à laquelle le pouvoir adjudicateur est tenu ne peut être effectuée que si celui-ci dispose d'éléments concrets permettant de comprendre la structure du prix proposé. De tels éléments, communiqués par le soumissionnaire à l'appui de son offre ou en réponse à une invitation adressée par le pouvoir adjudicateur à l'occasion de la vérification requise, doivent nécessairement figurer au dossier administratif".

De cet arrêt découle nécessairement que le pouvoir adjudicateur doit disposer d'éléments concrets permettant de comprendre la structure du prix proposé afin de pouvoir procéder à une réelle vérification des prix. La charge de la preuve à cet égard incombe aux soumissionnaires.

Le soumissionnaire interrogé – comme le pouvoir adjudicateur – ne peut pas de se fonder sur des hypothèses ou formuler ou admettre des spéculations. C'est d'ailleurs le but du contrôle des prix d'exclure de telles spéculations.

En outre, Votre Conseil a également déjà jugé qu'un pouvoir adjudicateur avait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que l'offre d'un soumissionnaire ne posait pas de problème au stade de la vérification des prix sans s'être au préalable enquis de ce que ce soumissionnaire aurait bien pris en considération, d'une part, l'obligation qui lui incombe de respecter, notamment, la convention collective de travail du 12 mai 2003, et, d'autre part, l'éventuel surcoût qui résulterait de l'obligation de reprendre tout ou partie du personnel de nettoyage du prestataire actuellement affecté par celle-ci à l'entretien du bâtiment concerné .

21. Or, en l'espèce, le rapport d'analyse des offres fait comprendre que la SA Köse Cleaning n'a pas fourni de justification détaillée de son prix au regard du taux horaire minimum (CP 121) et du prix de revient calculé par l'UGBN, ni

d'ailleurs des frais directs et indirects permettant de comprendre et de vérifier la réalité et la pertinence de la structure du prix, ni n'a appuyé ses allégations d'éléments concrets et précis étayant concrètement la normalité de ses prix.

Il ressort en effet de la décision d'attribution que ce soumissionnaire justifie son prix par le fait qu'il « envisage » d'occuper du personnel lui permettant de bénéficier de déductions fiscales et d'avantages financiers, mais qu'il "ne lui est pas possible de déterminer précisément la catégorie du personnel à engager".

La SA Köse Cleaning s'est donc limitée apparemment à faire référence à des avantages fiscaux et financiers, sans pouvoir les confirmer. Or, lorsqu'elle ne fournit pas d'éléments concrets et précis, il n'est pas possible de procéder à un examen effectif du respect des normes salariales fixées par la CP 121.

En outre, il ne ressort nullement du rapport d'analyse des offres que la SA Köse Cleaning a fourni des éléments concrets et précis des charges sociales auxquels les entreprises de nettoyage sont soumises. La partie adverse n'était donc pas en mesure de procéder à une vérification effective du respect desdites charges.

Enfin, les éléments avancés par ce soumissionnaire sont sans lien avec les coûts directs, comme le coût des vêtements de travail, l'amortissement du matériel, le coût du petit matériel et les coûts indirects, comme le coût de la surveillance, les frais généraux et marge et le risque, alors que la partie adverse avait, en réponse à une question de la partie requérante, expressément indiqué que ces éléments devaient être respectés. Lorsque la SA Köse Cleaning ne fournit pas d'éléments concrets et précis, il n'est pas possible de procéder à une vérification effective du respect du taux horaire, dans ses différentes composantes.

22. En acceptant ces justifications, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation. Au mépris des principes de bonne administration, en particulier le principe de minutie, de son cahier des charges et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, elle a déclaré normal le taux horaire de Kose Cleaning. Ce faisant, elle a également violé les articles 33, 35 et 36 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017, et les articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que les principes d'égalité et de non-discrimination. En attribuant ce marché à ce soumissionnaire, elle a également violé les articles 81, 83 et 84 de la loi du 17 Juin 2016, ainsi que les articles 36 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.  
[...] ».

## V.2. Note d'observations

La partie adverse expose d'abord les principes applicables aux six branches réunies. Elle fait valoir qu'il en ressort que le pouvoir adjudicateur doit d'abord analyser les prix afin de déterminer si certains de ceux-ci semblent anormaux, auquel cas il devra procéder à un examen plus approfondi, afin de juger de leur régularité. Elle expose que les justifications nécessaires sont celles qui permettront à l'adjudicateur d'aboutir à la conclusion que les prix suspectés d'anormalité concordent avec la réalité et ne présagent pas une mauvaise exécution du marché et qu'il s'ensuit que le soumissionnaire interrogé doit veiller à apporter dans le délai requis une réponse adéquate, complète, suffisamment précise et fondée sur des données chiffrées.

Elle souligne également que le pouvoir adjudicateur dispose d'une large marge de manœuvre dans le cadre de la vérification des prix tant pour procéder à un contrôle des prix, que pour déterminer ceux à propos desquels il estime opportun de solliciter des justifications sur base de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et que pour déterminer si ces justifications sont acceptables ou non. Elle soutient que la jurisprudence est établie en ce sens que le Conseil d'État ne s'estime pas compétent pour substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, et qu'il se limite en la matière à exercer un contrôle marginal, portant sur d'éventuelles erreurs manifestes d'appréciation qui auraient été commises par le pouvoir adjudicateur.

Elle expose ensuite ce qui suit à propos des deux premières branches du moyen :

« 16. Dans les première et deuxième branches du moyen unique de sa requête, la partie requérante reproche en substance à la partie adverse de ne pas avoir respecté son obligation de contrôle des prix, dans la mesure où elle n'aurait pas procédé de manière effective à l'examen des justifications formulées par l'attributaire pressenti.

17. L'argumentation avancée par la partie requérante ne peut toutefois être suivie en l'espèce.

Il ressort en effet du dossier administratif, et plus particulièrement de la décision motivée d'attribution et du rapport d'analyse des offres (pièce n° 27), que la partie adverse a bien examiné le caractère normal des prix contenus dans les offres des soumissionnaires, conformément à ce que lui imposait les articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

18. Concernant plus précisément l'analyse des prix de Köse Cleaning, l'attributaire pressenti du lot 1 du marché litigieux, la partie adverse a interrogé celui-ci, conformément à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Un premier courrier lui a été envoyé par le pouvoir adjudicateur le 2 février 2021 (pièce n° 13), auquel celui-ci a répondu le 8 février 2021 (pièce n° 19). La partie adverse a cependant estimé que certaines réponses apportées par Köse Cleaning n'étaient pas suffisamment étayées.

Une seconde demande de justification a alors été envoyée le 16 mars 2021 à Köse Cleaning, par laquelle la COCOF demandait expressément, concernant plus particulièrement son taux horaire, les informations suivantes (pièce n° 20) :

“

Pour les lots 1 à 4 : Un document justifiant le taux horaire proposé dans votre offre au regard du taux horaire minimum pour le personnel de nettoyage pour la catégorie 1A (CP 121) ainsi que du prix de revient calculé par l'UGBN pour la catégorie de travailleur 1A (soit 27,4040 €/heure) ;

”.

Suite à la réponse précise, concrète et adéquate de Köse Cleaning (pièce n° 25), la partie adverse a pu conclure que son taux horaire ne présentait pas d'indice d'anormalité et que l'offre de Köse Cleaning déposée dans le cadre du lot 1 était régulière.

19. La partie adverse a justifié la normalité du taux horaire de Köse Cleaning de la manière suivante dans son rapport d'analyse des offres (page 17, pièce n° 27) :

“

La société Köse Cleaning (K.C.) propose un **taux horaire** apparemment anormalement bas pour les **lots 1 à 4**. Le pouvoir adjudicateur a, dans un courrier du 16 mars 2021, invité la société Köse Cleaning à justifier le taux horaire proposé dans les offres pour les **lots 1 à 4**, au regard du taux horaire minimum pour le personnel de nettoyage pour la catégorie 1A (CP121) ainsi qu’au regard du prix de revient calculé par l’UGBN pour la catégorie de travailleur 1 A. Dans le courrier du 22 mars 2021 précité, Köse Cleaning fait valoir qu’elle envisage d’occuper du **personnel lui permettant de bénéficier de déductions fiscales et d’avantages financiers importants dans le cadre de l’exécution du marché** ( ex : personnel sous plan activa, étudiant et « article 60 »). Köse Cleaning fait notamment référence à l’obligation de reprise du personnel<sup>24</sup> et précise qu’il n’est toutefois **pas possible de déterminer précisément la catégorie du personnel à engager dans le cadre de l’exécution du marché et appuie finalement son argumentation sur l’article 36 §2, 4° de l’A.R. du 18/04/2017** selon lequel le soumissionnaire peut justifier ses prix sur base de l’«*obtention éventuelle par le soumissionnaire d’une aide publique octroyée légalement*». Le pouvoir adjudicateur considère que Köse Cleaning apporte des justifications précises et complètes pour expliquer l’anormalité apparente du taux horaire mentionné pour les **lots 1 à 4** au regard des spécificités du marché.

”.

20. Sur la base de cet extrait, la partie requérante prétend toutefois que la partie adverse n’a pas vérifié à suffisance l’exactitude des justifications de Köse Cleaning. Selon la partie requérante, la partie adverse aurait dû confronter ces justifications (page 22 de la requête) :

- au respect des normes salariales au regard du taux horaire minimum pour le personnel de nettoyage pour la catégorie de travailleurs 1A (conformément à la Commission paritaire 121 du nettoyage (ci-après, “CP 121”)) ;
- au prix de revient calculé par l’Union générale belge du nettoyage (ci-après, « UGBN ») pour la catégorie de travailleurs 1A ;
- aux différents frais direct et indirects, frais généraux et bénéfice à prendre en considération conformément à l’onglet “Taux hor” de l’annexe D du Cahier spécial des charges (pièce n° 5).

21. La partie requérante ne peut à nouveau être suivie ici. En effet, dans sa réponse (pièce n° 25), Köse Cleaning apporte des précisions relatives tant à la CP 121 qu’au prix de revient calculé par l’UGBN, permettant à la partie adverse de s’assurer que le taux horaire de ce soumissionnaire ne présentait aucun indice d’anormalité.

Il s’agit notamment des éléments suivants (pages 1-2, pièce n° 25) :

“

Dans votre courrier, vous évoqué le prix de revient calculé par l’UGBN. L’UGBN calcule le **coût salarial maximum d’un travailleur en ajoutant les charges maximales au salaire brut**. L’UGBN sait que le **tarif horaire moyen d’une offre peut être inférieur à ce taux calculé** par ses soins puisqu’il existe des incitants et autres possibilités de réduction des charges sociales. Ce coût est donc une **estimation du coût maximal** pour le travailleur pour lequel l’employeur ne bénéficie d’aucunes réductions de charges. Si une part des charges est invariable, l’autre part varie en fonction des sociétés. Par exemple, les charges liées aux maladies varient d’une société à l’autre.

Ce que KC sait par l’analyse de ses coûts salariaux moyens réels, c’est que ceux-ci sont largement inférieur au coût salarial maximum calculé par l’UGBN et qu’il est **totalement possible de tenir compte d’un taux horaire de vente de 24,48 €/heure en respectant toutes les obligations légales de paiement du salaire de la CP121** et en respectant la clause relative à la reprise du personnel.

”.

Votre Conseil constatera également dans ledit courrier de Köse Cleaning, qui est déposé à titre confidentiel (pièce n° 25), que ce dernier reprend les calculs concrets qui ont été effectués afin de se permettre d’arriver à un taux horaire de 24,48 euros/heure.

22. Ainsi, contrairement à ce que prétend la partie requérante, les justifications apportées par Köse Cleaning reposent sur des éléments concrets, et non sur des éléments hypothétiques. L'attributaire pressenti démontre en effet précisément comment les avantages fiscaux dont il bénéficie lui permettent de prévoir un taux horaire inférieur au taux renseigné par l'UGBN tout en respectant les prescrits de la CP 121.

23. Il importe en outre d'insister sur le fait que, comme le soulève Köse Cleaning dans l'extrait susvisé, le prix de revient calculé par l'UGBN s'apparente à une estimation et ne doit pas obligatoirement être appliqué par les entreprises de nettoyage.

Le "Tableau des salaires avec charges" de l'UGBN concernant la catégorie de travailleurs 1A se décompose comme suit (page 38, pièce n° 30) :

“

ai

ABSU - UGBN

Tableau des salaires avec charges

Paramètre

%

104,11

validité : à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020

| Categorie | Salaire | Prix de revient | Primes et sursalaires | Salaire               | Prix de revient |
|-----------|---------|-----------------|-----------------------|-----------------------|-----------------|
| 1A        | €       | 13,4261         | 27,4040               | nuît                  |                 |
| 1B        | €       | 13,8441         | 28,2572               | dimanche - jour férié |                 |
| 1C        | €       | 13,9751         | 28,5246               | samedi                |                 |
| 1D        | €       | 14,2576         | 29,1012               | insalubrité           |                 |

| €/h | 2,4435 | 4,9874    |
|-----|--------|-----------|
| %   | 100    | + charges |
| %   | 25     | + charges |
| €/h | 0,5115 | 1,0440    |

”.

Ce tableau indique le prix de revient, à savoir les barèmes de la CP 121 par catégorie de travailleurs, augmentés des cotisations de sécurité sociale versées à l'ONSS et les autres charges patronales.

Les barèmes de la CP 121 (à savoir la colonne "salaire" du tableau repris ci-dessus) sont obligatoires et, en principe, aucun écart à la baisse n'est autorisé.

Le taux des cotisations de sécurité sociale et autres charges patronales du secteur ne sont toutefois qu'une simple évaluation puisque ce taux ne tient pas compte, pour ce qui est des cotisations de sécurité sociale, des réductions (qui peuvent varier de société à société et de trimestre à trimestre) et n'est qu'une moyenne sectorielle pour ce qui est des charges patronales, qui ne sont pas fixées légalement et peuvent donc être plus élevées ou plus basses selon la société concernée.

L'UGBN insiste elle-même sur le fait que les entreprises de nettoyage ne sont pas liées par les prix repris par celle-ci (page 4, pièce n° 30) :

“ L'UGBN constate que dans les documents du marché, les offres et les litiges, il est parfois fait référence à de prétendues 'normes' de l'UGBN en matière de prix.

Toutefois, l'UGBN déclare formellement qu'elle n'émet ni recommandations en matière de prix ni, encore moins, de 'normes' à cet égard. Tel n'est en aucun cas l'objectif du présent manuel, qui ne peut dès lors pas être compris ou utilisé en ce sens. Il est évident que les soumissionnaires doivent déterminer eux-mêmes leur prix, certes en respectant les prescriptions légales). (...)

En revanche, dans le présent manuel, l'UGBN s'efforce de fournir, outre la mention des dispositions légales applicables, un certain nombre d'outils et de chiffres objectifs afin d'aider les adjudicateurs à procéder à la vérification des prix. A cette fin, l'UGBN fournit, aussi précisément que possible, un certain nombre de barèmes minimaux qui sont applicables dans son secteur et/ou elle renvoie les adjudicateurs vers la législation pertinente” [...].

24. C'est précisément pour cela que la partie adverse, lorsque la question lui a été posée sur la plateforme e-Procurement de savoir si le taux horaire devait respecter le tarif UGBN "toutes charges comprises", a apporté la réponse suivante (pièce n° 6) :

“

| Répondre |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Objet    | Re: Taux horaire                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Contenu  | Le marché est soumis à toutes les conventions collectives de travail légalement applicables dans le cadre de la commission paritaire 121 dont notamment la Convention collective de travail relative aux salaires, sursalaires et primes ainsi que la convention collective de travail relative à la reprise du personnel suite à un transfert d'un contrat d'entretien (cf. p.1 du csc). En conclusion, le tarif des catégories de travailleurs doit être respecté, auxquelles doivent être ajoutés les différentes charges sociales patronales de l'entreprise et par la suite, les différents frais directs et indirects, frais généraux et bénéfice estimé conformément à l'onglet "taux Hor" de l'annexe D du cahier des charge. |

”.

Cette réponse reflète bien la volonté du pouvoir adjudicateur d'imposer aux soumissionnaires le respect des prescrits de la CP 121 et non le taux horaire "toutes charges comprises de l'UGBN". Une telle obligation ne se retrouve par ailleurs pas non plus dans le Cahier spécial des charges.

Votre Conseil a par ailleurs précisément jugé qu'un moyen ne pouvait être déclaré sérieux si la partie requérante restait en défaut de démontrer quel document du marché imposait l'application des normes renseignées par l'UGBN :

“ En sa première branche, le moyen ne dénonce (...) la conception selon laquelle n'aurait pas été respectée, par lesdits candidats, une norme salariale fixée par l'Union générale belge du nettoyage (ci-après désignée UGBN) et que la partie adverse aurait toutefois imposée, ainsi que l'attesteraient les clauses techniques du cahier spécial des charges.

La requérante reste toutefois en défaut de désigner la disposition des clauses techniques du marché litigieux qui imposerait l'application d'une telle norme salariale. La lecture de ces clauses ne permet, par ailleurs, pas d'établir, en extrême urgence, de laquelle d'entre elles est déduite la norme UGBN dont la requérante entend se prévaloir à l'appui des griefs formulés au soutien de son moyen, en sa première branche” [...].

25. Il découle en outre du rapport d'analyse des offres que la majorité des soumissionnaires du lot 1, ayant compris que le taux proposé par l'UGBN ne devait pas obligatoirement être appliqué dans le cadre du présent marché, a proposé un taux horaire inférieur au taux (facultatif) de l'UGBN (page 30, pièce n° 27) :

“

|                                                                    | Cleaning Masters | Gom   | Jette Clean | Köse Cleaning | Misanet |
|--------------------------------------------------------------------|------------------|-------|-------------|---------------|---------|
| Taux horaires<br>(sur base de l'annexe er.annex D de chaque offre) | 25,40            | 30,19 | 27,69       | 24,48         | 24,00   |

”.

26. Köse Cleaning ne devait par ailleurs pas obligatoirement apporter de justification quant à ses frais directs et indirects, comme le prétend la partie requérante, dans la mesure où celle-ci n'a pas été interrogée à cet égard par la partie adverse dans son courrier du 16 mars 2021 (pièce n° 20).

Il ressort en effet expressément du rapport d'analyse des offres que le pouvoir adjudicateur a interrogé Köse Cleaning quant à son taux horaire au regard (i) du taux horaire minimum fixé par la CP 121 et (ii) du prix de revient calculé par l'UGBN (page 21, pièce n° 27) :

“ du 16 mars 2021, invité la société Köse Cleaning à justifier le taux horaire proposé dans les offres pour les lots 1 à 4, au regard du **taux horaire minimum pour le personnel de nettoyage pour la catégorie 1A (CP121)** ainsi qu'au regard du **prix de revient calculé par l'UGBN pour la catégorie de travailleur 1 A**. Dans le courrier du ”.

La partie adverse n'a donc pas demandé à l'attributaire pressenti de justifier la section “Coûts directs” et la section “Coûts indirects” de la structure tarifaire reprise à l'onglet “Taux Hor” de l'annexe D du Cahier spécial des charges (pièce n° 5), mais bien seulement la section “Total charge social” :

|                                        |        |
|----------------------------------------|--------|
|                                        |        |
| Taux horaire moyen (*)                 |        |
| Jour de maladie / Abscence             |        |
| Jour férié payé                        |        |
| Autres suppléments et charges sociales |        |
| Total charges sociales (1)             | 0,00   |
| Vêtement de travail                    |        |
| Ammortissement du matériel             |        |
| Petit matériel (**)                    |        |
| Total coûts directs (2)                | 0,00   |
| Surveillance / Inspection              |        |
| Coûts généraux (overhead)              |        |
| Marge et risque                        |        |
| Total coûts indirects (3)              | 0      |
| TOTAL (1)+(2)+(3)                      | € 0,00 |

(\*) Cat. 1A ; le tarif sera adapté en fonction des obligations de la convention collective CP 131.

27. Enfin, l'arrêt du 28 mars 2019 invoqué par la partie requérante (pages 19 et page 33 de la requête) dans le cadre duquel Votre Conseil a estimé que la partie adverse n'avait pas vérifié à suffisance le taux horaire de l'attributaire pressenti du marché n'est pas pertinent en l'espèce.

En effet, dans cette affaire, (i) le taux horaire en cause s'écarterait sensiblement des taux des autres soumissionnaires (« ce prix est inférieur de plus de 3,50 euros à celui proposé par la requérante, qui propose un prix beaucoup plus conforme aux deux autres soumissionnaires »), ce qui n'est pas le cas en l'espèce et (ii) le pouvoir adjudicateur n'avait pas interrogé l'attributaire pressenti sur son taux horaire, alors que dans la présente affaire, la partie adverse a précisément interrogé Köse Cleaning sur ses prix à deux reprises.

28. Il découle dès lors de ce qui précède que :

- Il ne peut en aucun cas être reproché à la partie adverse de ne pas avoir scrupuleusement respecté son obligation de vérification et d'examen du taux horaire de Köse Cleaning dans la mesure où :
  - o la partie adverse a interrogé Köse Cleaning à l'égard de son taux horaire conformément à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ;
  - o la partie adverse a analysé les justifications apportées par Köse Cleaning afin de déterminer si son taux horaire lui permettrait d'exécuter le marché conformément aux exigences du Cahier spécial des charges et excluait toute spéculation.
- C'est en connaissance de cause et sur base de sa large marge d'appréciation que la partie adverse a conclu, sur base des éléments justificatifs apportés par Köse Cleaning et sur base des informations qu'elle avait en sa possession concernant la CP 121 et les taux de l'UGBN, à la normalité du taux horaire de l'attributaire pressenti.

29. La première branche et la deuxième branche du moyen unique ne sont donc pas sérieuses ».

### V.3. La requête en intervention

La partie intervenante se réfère aux développements du mémoire en réponse. Elle formule en outre six observations.

1. Elle soutient qu'il ressort de la décision d'attribution que la moyenne des taux horaires des cinq soumissionnaires dont l'offre a été déclarée régulière est de 26,35 euros HTVA, que le taux de son offre n'est que de 7,1 % en dessous de la moyenne des offres déclarées régulières et qu'elle voit mal comment ce taux pourrait *a priori* être considéré comme anormalement bas.

2. Elle expose que l'UGBN n'émet, en matière de prix, ni des recommandations ni des normes. Elle souligne que le prix de revient, tel qu'indiqué dans le manuel de l'UGBN, n'est qu'une estimation calculée entre autres sur la base des cotisations sociales maximales et sur la base de la moyenne sectorielle pour les charges patronales, de sorte que l'affirmation qu'un taux horaire qui se trouve en dessous du soi-disant « taux horaire UGBN » serait *a priori* anormal, apparaît erroné. Elle ajoute qu'en tout état de cause, le taux horaire qu'elle propose ne dévie que de 11,55 % de ce taux.

3. Elle fait valoir que la partie adverse a procédé à un examen de prix minutieux, qu'elle l'a interrogée à deux reprises et qu'elle a examiné minutieusement ses justifications.

4. Elle observe que, contrairement à ce que soutient la requérante, elle a fourni des justifications détaillées de son prix. Elle ajoute qu'elle a répondu de manière complète aux demandes de justification de prix de la partie adverse.

5. Elle estime que la requérante est mal placée pour prétendre que le taux horaire de 24,48 euros HTVA serait un prix anormalement bas et que ses justifications ne peuvent être acceptées dès lors que cette dernière offre régulièrement un taux horaire nettement inférieur à ce montant et qu'elle fournit des justifications tout à fait semblables. Elle en fournit cinq exemples.

6. Elle fait valoir que, contrairement à ce que soutient la requérante, elle n'a pas justifié son prix de façon hypothétique. Elle expose qu'elle a clairement indiqué les incitants financiers dont elle pourrait bénéficier en employant différentes catégories de travailleurs pour lesquels il existe des avantages fiscaux et financiers et qu'elle a uniquement précisé dans son courrier qu'au moment de la remise de l'offre, il n'est pas possible de déclarer pour la durée du contrat la proportion d'heures de travail payées au taux maximal et au coût réduit dès lors que cette proportion dépend de facteurs inconnus au moment de la remise de l'offre. S'agissant de la reprise du personnel, qui constitue un des facteurs inconnus au moment de la remise de l'offre, l'intervenante allègue que ce n'est pas la première fois qu'elle remporte un marché public qui avait antérieurement été attribué à la requérante. Elle affirme qu'elle a constaté que la reprise du personnel était en général très faible.

L'intervenante conclut que, contrairement à ce qu'allègue la requérante, la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que le taux horaire offert par elle n'est pas un taux anormalement bas.

#### *V.4. Appréciation du Conseil d'État*

La première branche du moyen tend à reprocher à la partie adverse de n'avoir pas procédé à un examen concret, précis, pertinent et rigoureux des justifications fournies par la société Köse Cleaning et de s'être limitée à affirmer que cette dernière apporte des justifications précises et complètes sans qu'il apparaisse qu'elle en a concrètement vérifié l'exactitude et la pertinence. La requérante soutient qu'il incombait au pouvoir adjudicateur de vérifier la réalité des justifications pour chacun des éléments du taux horaire, repris en annexe D du cahier spécial des charges (en substance, salaires et charges sociales, coûts directs et coûts indirects) et qu'à la lecture de l'acte attaqué, une telle analyse fait manifestement défaut.

La seconde branche fait grief au pouvoir adjudicateur de s'être fondé sur des hypothèses et d'avoir admis des spéculations. La requérante soutient qu'il ressort du rapport d'analyse des offres que la société Köse Cleaning s'est limitée à faire référence à des avantages fiscaux et financiers sans pouvoir les confirmer, ce qui rend impossible un examen effectif du respect des normes salariales fixées par la

commission paritaire 121. Elle ajoute que ledit rapport d'analyse n'indique nullement que la société Köse Cleaning a fourni des éléments concrets et précis des charges sociales auxquelles les entreprises de nettoyage sont soumises. Elle allègue également que les éléments avancés par ce soumissionnaire sont sans lien avec les coûts directs (coûts des vêtements de travail, amortissement du matériel, coût du petit matériel) et les coûts indirects (coût de la surveillance, frais généraux, frais généraux et marge).

Ayant considéré que la société Köse Cleaning proposait un taux horaire apparemment anormalement bas pour les lots 1 à 4, la partie adverse a, par un courrier du 16 mars 2021, demandé à ce soumissionnaire de communiquer un document justifiant ce taux horaire au regard du taux horaire minimum pour le personnel de nettoyage pour la catégorie 1A (commission paritaire 121) ainsi que du prix de revient calculé par l'UGBN pour la catégorie de travailleur 1A (soit 27,4040 €/heure). La société Köse Cleaning a répondu par un courrier daté du 22 mars 2021.

Dans le rapport d'analyse des offres (acte attaqué, p. 17), la partie adverse considère que les prix présentés ne sont pas anormalement bas.

Cette conclusion se fonde sur le constat que la société Köse Cleaning expose, dans son courrier du 22 mars 2021, qu'elle « envisage d'occuper du personnel lui permettant de bénéficier de déductions fiscales et d'avantages financiers importants dans le cadre de l'exécution du marché », comme par exemple du personnel bénéficiant du plan « Activa » ou du plan « article 60 », des étudiants ou des stagiaires. Le pouvoir adjudicateur relève que la société Köse Cleaning fait notamment référence à l'obligation de reprise du personnel, qu'elle indique qu'il n'est toutefois pas possible de déterminer précisément la catégorie du personnel à engager dans le cadre de l'exécution du marché et qu'elle appuie finalement son argumentation sur l'article 36, § 2, 4°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, selon lequel le soumissionnaire peut justifier ses prix sur base de l'« obtention éventuelle d'une aide publique octroyée légalement ».

Dans le cadre d'un marché du type de celui qui est en cause, la détermination du prix dépend, dans une importante mesure, des frais de personnel et, partant, de la configuration de celui-ci, laquelle est notamment influencée par diverses obligations à caractère social (dont la reprise par l'attributaire du marché, du personnel précédemment affecté aux prestations faisant l'objet de ce marché) ou par les possibilités qu'ont, ou non, les soumissionnaires de disposer de catégories de travailleurs dont les coûts peuvent être moindres en raison de régimes spécifiques

dont ceux-ci relèvent. La détermination du prix révèle une complexité telle que la vérification à laquelle le pouvoir adjudicateur est tenu ne peut être effectuée que si celui-ci dispose d'éléments concrets permettant de comprendre la structure du prix proposé. De tels éléments, communiqués par le soumissionnaire à l'appui de son offre ou en réponse à une invitation adressée par le pouvoir adjudicateur à l'occasion de la vérification requise, doivent nécessairement figurer au dossier administratif.

Dans sa réponse à la demande de justification qui lui a été adressée par la partie adverse, la société Köse Cleaning détaille les montants des réductions de charges patronales qu'impliquent, par travailleur, les différentes formules d'insertion sociale. Elle s'engage explicitement à faire profiter le pouvoir adjudicateur du maximum possible de réduction des charges patronales et à « limiter sa marge au maximum », rappelant à cet égard les termes du chapitre « II. 13.5.2 Clause sociale » du cahier spécial des charges, lequel est rédigé comme suit :

« tenant compte de l'obligation de reprise du personnel, l'adjudicataire réservera l'embauche de public-cible aux nouveaux postes vacants issus de l'extension du contrat ou des départs naturels en passant par le pôle clauses sociales d'Actiris. Celui-ci présentera des candidats correspondant au profil du public-cible, à savoir des demandeurs d'emploi inoccupés au moins 12 mois sur les 18 derniers mois (ou assimilés) et avoir suivi ou être en cours de formation dans le métier recherché ou avoir eu une expérience dans celui-ci ».

En revanche, ladite société a exposé qu'il lui était impossible de déterminer quelle sera, sur la durée du contrat, la proportion des heures de travail qui seront payées au coût salarial maximum et celle des heures qui seront payées à un taux moindre, et cela pour le motif qu'elle ne savait ni comment se ferait la reprise du personnel, ni la part des travailleurs soumis à reprise qui bénéficient de possibilités de réduction de charges, ni quels seraient les besoins d'embauche.

Pour justifier le taux horaire que le pouvoir adjudicateur considérerait comme étant apparemment anormalement bas, la société Köse Cleaning s'est limitée à faire état de son intention de recourir à l'engagement de personnel sous statut spécial subsidié, ce qui constitue d'ailleurs, en l'espèce, une obligation prescrite à tous les soumissionnaires par le cahier spécial des charges, tout en indiquant qu'il lui était impossible de déterminer la proportion de travailleurs qui seraient engagés sous un tel statut. Il ne semble pas, au terme d'un examen en référé d'extrême urgence, que la partie adverse pouvait, comme elle l'a fait, se fonder sur ces seuls éléments pour considérer que la société Köse Cleaning avait apporté des éléments constituant les justifications précises et complètes permettant de justifier l'anormalité apparente.

C'est en vain que, pour démontrer que le moyen n'est pas sérieux, l'intervenante se prévaut du contenu de son offre qui comporte, selon elle, les

éléments permettant de justifier la normalité du taux horaire qu'elle propose. En effet, pour considérer que ce taux n'était pas anormal, le pouvoir adjudicateur ne s'est fondé que sur les réponses qu'elle avait apportées dans son courrier du 22 mars 2021.

Le moyen est sérieux, en ses première et deuxième branches, en tant qu'il est pris de la violation de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de l'article 36, § 3, 3°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

#### *VI. Balance des intérêts*

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporterait sur ses avantages.

#### *VII. Confidentialité*

La partie requérante demande que son offre, les demandes de justification de prix de la partie adverse et les réponses qu'elle a apportées à ces demandes demeurent confidentielles et que ces pièces soient « soustraites à la consultation de tiers dans le dossier administratif de la partie adverse ».

La partie adverse dépose à titre confidentiel les offres des différents soumissionnaires (pièces n° 7 à 12), les courriers de demande de justification des prix adressés aux soumissionnaires (pièces n° 13 à 18 et 20 à 24) et les courriers en réponse de la société Köse Cleaning à l'égard de ses prix (pièces n° 19 et 25) et le rapport d'analyse des offres complet (pièce n° 27).

La partie intervenante dépose également sous le couvert de la confidentialité un extrait de son offre, les demandes de justification de prix que lui a adressées la partie adverse ainsi que les réponses qu'elle a données à ces demandes. Il s'agit des pièces A.1. à A.5. de son dossier.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

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

**Article 1<sup>er</sup>.**

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision de la fonctionnaire dirigeante des services du Collège de la Commission communautaire française du 28 avril 2021 attribuant à la SA Köse Cleaning le premier lot du « marché de services ayant pour objet le nettoyage de bâtiments dans une approche de développement durable et dans une perspective d'insertion et de formation socio-professionnelles et le contrôle externe de ces prestations ».

**Article 2.**

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

**Article 3.**

Les pièces n<sup>os</sup> 7 à 25 ainsi que la pièce n° 27 du dossier administratif et les pièces A.1. à A.5. du dossier de l'intervenante 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<sup>e</sup> chambre siégeant en référé, le 8 juillet 2021 par :

Imre Kovalovszky,  
Vincent Durieux,

président de chambre,  
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky