

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

n° 251.280 du 16 juillet 2021

A. 233.934/VI-22.073

En cause : **la société anonyme JETTE CLEAN**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR et Léa TREFON, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles,

contre :

la Société nationale des chemins de fer belges
en abrégé, SNCB,
ayant élu domicile chez
M^{es} Barteld SCHUTYSER, Tom VILLÉ
et Robin MEYLEMANS, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 22 juin 2021, la société anonyme Jette Clean demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 4 juin 2021 prise par la partie adverse (...), telle que communiquée par lettre recommandée et par courrier électronique le 8 juin 2021 (...), par laquelle la partie adverse a décidé de renoncer à attribuer le lot 1 "Nettoyage des gares et bâtiments de services situés en Région Nord (Flandres)" et le lot 3 "Nettoyage des gares et bâtiments situés en Région Sud (Wallonie)" du marché ayant pour objet "accord-cadre pour le nettoyage des gares et bâtiments de service de la SNCB" et de recommencer la procédure ».

II. Procédure

Une ordonnance du 23 juin 2021, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 7 juillet 2021 à 10 heures. Par courriel du 24 juin 2021, adressé aux parties, l'affaire a été remise à l'audience du 9 juillet 2021 à 11 heures.

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^{me} Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Virginie Dor et Léa Trefon, avocats, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Robin Meylemans, avocat, comparaisant 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. Faits utiles à l'examen de la demande

1. Les 18 et 23 septembre 2019, la partie adverse publie un avis de marché au *Bulletin des Adjudications* et au *Journal officiel de l'Union européenne* pour un marché de services ayant pour objet « Accord-cadre pluriannuel pour la fourniture de prestation de nettoyage des gares et bâtiments de service de la SNCB [...] ».

Le marché est prévu pour une durée initiale de quatre ans, qui peut être prolongée quatre fois pour une durée d'un an. Le marché est divisé en trois lots :

- le lot n° 1, intitulé « Région Nord » (valeur estimée à 31 millions d'euros pour quatre ans), portant sur le nettoyage des gares et des bâtiments de service principalement en Région flamande;
- le lot n° 2, intitulé « Région Centre » (valeur estimée à 21 millions d'euros pour quatre ans), portant le nettoyage des gares et des bâtiments de service principalement en Région de Bruxelles-Capitale;
- le lot n° 3, intitulé « Région Sud » (valeur estimée à 25 millions d'euros pour quatre ans), portant le nettoyage des gares et des bâtiments de service principalement en Région wallonne.

La procédure d'attribution du marché est la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, visée à l'article 120 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

En ce qui concerne les critères de sélection qualitative relatifs à la capacité économique et financière, l'article 4.2 du guide de sélection prévoit ce qui suit :

« Les informations concernant le chiffre d'affaires, l'inscription sur un registre professionnel (le cas échéant) et l'assurance contre les risques professionnels (le cas échéant) doivent être prévues dans la partie IV A et IV B du Document Unique de Marché Européen (DUME). L'opérateur économique peut annexer les autres informations demandées à ce document.

Critères de sélection concernant la capacité économique et financière :

1) Le chiffre d'affaires annuel minimal sur les 3 derniers exercices comptables dans le domaine du nettoyage doit atteindre le montant repris ci-après en fonction du lot pour lequel le candidat souhaite introduire une demande de participation :

Lot 1 : 20 000 000 €

Lot 2 : 15 000 000 €

Lot 3 : 12 000 000 €

Le candidat qui souhaite participer à plusieurs lots devra cumuler les montants de chaque lot auquel il souhaite participer.

[...] ».

2. Par un courrier du 22 octobre 2019, la requérante attire l'attention de la partie adverse « sur un point qui pourrait [...] appeler à révision dans une perspective de régularité de la procédure et de maintien d'une ouverture la plus large possible à la concurrence ». Elle dénonce, plus particulièrement, les montants trop élevés du chiffre d'affaires minimal annuel prévus par l'article 4.2 du guide de sélection pour établir la capacité économique et financière des candidats à exécuter les trois lots du marché considéré.

3. Le 28 octobre 2019, six opérateurs économiques introduisent une demande de participation pour un, deux ou trois lots.

4. Par décision du 6 décembre 2019, quatre candidats sont sélectionnés pour les lots 1 et 3.

Cette décision est accompagnée d'un tableau Excel qui renseigne ce qui suit s'agissant du critère de sélection qualitative concernant la capacité économique et financière, relatif au chiffre d'affaires de la requérante :

« 2019 : 35.547.866 €
2018 : 34.164.199 €
2017 : 31.810.120 €
2016 : 30.338.218 € ».

Les candidats sélectionnés doivent transmettre leurs premières offres pour le 27 février 2020. Des négociations ont ensuite cours avec les soumissionnaires qui sont finalement invités à remettre leurs BAFO. La partie adverse déclare qu'après avoir évalué ces offres, elle a constaté que la requérante avait remis « l'offre économiquement la plus avantageuse » pour les lots 1 et 3.

5. Par un courriel du 26 août 2020, la partie adverse demande à la requérante de lui fournir différents éléments, en ce compris « les documents attestant que le soumissionnaire remplit les critères de sélection relatifs à la capacité économique et financière [...] (*cfr* guide de sélection) ».

6. Par un courrier du 2 septembre 2020, la requérante transmet son extrait de casier judiciaire, ainsi que ceux de ses représentants. Concernant les critères de sélection qualitative, elle expose ce qui suit :

« [...] Concernant ensuite votre demande relative aux documents attestant que Jette Clean remplit les critères de sélection de la SNCB relatifs à la capacité économique et financière ainsi qu'à la capacité technique et professionnelle, nous nous en étonnons quelque peu dès lors que cela relève de la phase de sélection qui est à présent terminée, que Jette Clean vous a déjà fourni l'ensemble des documents demandés ainsi que ses observations quant aux seuils minimums d'exigences requis pour le chiffre d'affaires. Sur la base de ces éléments, Jette Clean a ensuite été sélectionnée sans aucune réserve, comme cela nous a été notifié par courrier du 6 décembre 2019.

Il nous semble que les documents et informations en question ne peuvent être demandés par la SNCB à ce stade que dans l'hypothèse où ceux-ci n'auraient pas été fournis par Jette Clean lors de la phase antérieure, ce qui n'est pas le cas en l'espèce étant donné que lesdits documents et informations ont été fournis dans le dossier de candidature de Jette Clean du 24 octobre 2019 (comme vous nous le confirmiez d'ailleurs dans votre *e-mail* du 4 mai 2020 s'agissant du chiffre d'affaires). Ces documents se retrouvent plus précisément dans la section 2. "DUME", dans la section 3. "Capacité économique et financière" et dans la section 4 "Capacité technique et professionnelle".

Vous trouverez dès lors en annexe du présent mail à nouveau le dossier de candidature de Jette Clean transmis à la SNCB le 24 octobre 2019 avec les documents demandés. Nous vous rappelons par ailleurs que la décision de sélection est créatrice de droit dans le chef de Jette Clean et a été prise sur la base de l'ensemble des documents et informations demandés et transmis. Or, la situation de Jette Clean est inchangée et ne s'est pas détériorée, que du contraire, puisque notre chiffre d'affaires a même augmenté en 2020 par rapport aux autres années considérées [...] ».

7. Par un courrier du 14 septembre 2020, la partie adverse répond à la requérante ce qui suit :

« [...] En ce qui concerne la demande des documents attestant que Jette Clean remplit les critères de sélection, nous vous renvoyons à l'article 73, § 3, al. 2, de

la loi du 17 juin 2016 applicable dans les secteurs spéciaux par application de l'article 151, § 3, de la même loi.

Ledit article dispose que : “Avant l’attribution du marché, le pouvoir adjudicateur exige du soumissionnaire auquel il a décidé d’attribuer le marché, sauf pour les marchés fondés sur des accords-cadres lorsque ces marchés sont passés conformément à l’article 43, § 4 ou § 5, 1°, qu’il présente les documents justificatifs mis à jour visés à l’article 75. Le pouvoir adjudicateur peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats reçus”.

Nous vous invitons dès lors à soumettre pour le jeudi 17 septembre, 16h au plus tard une version actualisée des documents justificatifs : chiffre d’affaires (dans votre courrier, vous faites référence à l’évolution de votre chiffre d’affaires en 2020), *ratio* de solvabilité, certificats, *etc.* [...] ».

8. Par un courrier du 17 septembre 2020, la requérante répond ce qui suit :

« [...] Nous avons bien reçu votre courrier du 14 septembre 2020, par lequel vous nous demandez une mise à jour de notre situation, conformément à l’article 73, § 3, de la loi du 17 juin 2016.

Comme annoncé dans notre courrier de ce 02/09/2020, notre situation financière s’est améliorée depuis notre dossier de candidature. Vous trouverez les informations à cet égard ci-dessous et en annexe. Nous sommes donc d’avis que vous teniez compte d’une situation mise à jour. Malgré tout, en complément de notre courrier du 02/09/2020 [...] nous souhaiterions vous apporter les observations suivantes.

Comme déjà indiqué dans notre courrier de ce 22/10/2019, nous nous étonnions fortement des exigences reprises dans votre Guide de sélection, en particulier celle relative au chiffre d’affaires nécessaire en cas de cumul de lots.

En effet, nous vous avons déjà indiqué dans ce courrier qu’à la lecture des conditions de participation reprises au point “4.2.” de votre guide, les exigences minimales établies en matière de capacité économique et financière nous paraissent trop restrictives pour le marché considéré. En effet, celles-ci prévoient, premièrement, que les candidats atteignent un chiffre d’affaires annuel minimal sur les trois derniers exercices comptables, s’élevant respectivement à 20 millions d’euros pour le lot 1.

(Ces 20 millions exigés ont été établis sur la base de 175 heures, nombre d’heures erronées, qui ne correspondent pas aux besoins de la gare d’Anvers. La valeur du lot 1 a donc été surévaluée). 15 millions d’euros pour le lot 2, et 12 millions d’euros pour le lot 3. Deuxièmement, ces exigences requièrent que les candidats souhaitant participer à plusieurs lots cumulent les montants de chacun des lots, ce qui en d’autres termes, nécessite un CA de 47 millions d’euros pour la totalité des lots.

La valeur individuelle de ces lots étant nettement inférieure à celle requise pour le CA, nous vous rappelions que ces exigences minimales étaient trop élevées. En effet, tant la directive européenne (article 80 de la directive 2014/25 qui renvoie à l’article 58.3 de la directive 2014/24) que la réglementation belge (article 80 AR passation secteurs spéciaux qui renvoie à l’article 67 AR passation secteurs classiques) prévoient que le pouvoir adjudicateur ne peut reprendre comme seuil d’exigence minimale pour le chiffre d’affaires qu’un montant de maximum deux fois la valeur du marché. À cet égard, vous n’ignorez pas qu’outre ce maximum fixé à deux fois la valeur du marché, les critères de sélection doivent aussi être liés et proportionnés à l’objet du marché.

En l'espèce, force est de constater que :

- Pour le lot 1 du marché, la valeur est de 7.000.000 € alors que dans la partie financière, le PA demande au soumissionnaire souhaitant y participer d'avoir un CA qui atteigne 20.000.000 €
⇒ Ce montant dépasse le double des 7.000.000 €.
- Pour le lot 2 du marché, la valeur du marché est de 5.000.000 € et le CA du soumissionnaire souhaitant participer doit atteindre 15.000.000 €
⇒ soit plus que le double.
- Pour le lot 3 du marché, la valeur du marché est de 6.000.000 € et le CA du soumissionnaire souhaitant participer doit atteindre 12.000.000 €
⇒ OK.

Sachant que légalement, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger une capacité économique et financière supérieure au double de la valeur du marché pour l'ensemble des lots, vous nous aviez sélectionnés pour participer aux 3 lots.

En l'occurrence, la valeur des 3 lots cumulée représente environ 17.000.000 € (cf. récapitulatif ci-dessous). Le pouvoir adjudicateur pouvait donc exiger, en cas de cumul des trois lots, un chiffre d'affaires moyen de 34.000.000 €. Or, lors de la candidature cette moyenne était déjà atteinte et notre moyenne sur les 3 dernières années en prenant 2020 en considération se voit croître à plus de 37.000.000 € (voyez en annexe notre chiffre d'affaires pour 2020). En outre, nous constatons que les montants exigés ne sont pas le reflet des montants respectifs des trois lots puisque les seuils d'exigence des lots 1 et 2 sont supérieurs à celui du lot 3 alors que ce dernier constitue le lot présentant la valeur la plus importante du marché (et est en tout cas supérieur, en valeur, au lot 1).

Ces valeurs sont confirmées par les prix remis par Jette Clean dans le cadre du marché :

[...]

Il s'agit donc pour la SNCB de sélectionner une entreprise capable d'assumer le marché en question et Jette Clean y répond pleinement.

- Jette Clean a été fournisseur depuis plus de 20 ans sur les sites de BXL (de 1999 à juin 2019)
- Jette Clean est actuellement fournisseur pour les sites de :
 - Nord-Ouest depuis 01/10/2020
 - Sud-Est depuis 01/03/2013
 - Sud-Ouest depuis 05/11/2018

Avec un chiffre en croissance et plus de 40.000.000 € de chiffre d'affaires sur 2020, Jette Clean présente manifestement la capacité financière pour se voir attribuer ce marché, même en cas de cumul de lots.

En juger autrement et persister dans l'application des seuils minimaux d'exigences non conformes à la réglementation et disproportionnés par rapport à la capacité manifeste et avérée de Jette Clean à exécuter le marché [...] constituerait manifestement une irrégularité.

Nous supposons dès lors que votre demande revenait finalement à obtenir une mise à jour de notre situation, ce qui semble être confirmé par votre courrier de ce 14/09/2020. La réglementation permet en effet de redemander des éléments d'information relatifs à la sélection qualitative afin de vérifier que la situation de l'entreprise ne s'est pas détériorée, surtout dans des hypothèses où la procédure de passation est assez longue, comme en l'espèce. Or, comme annoncé dans notre courrier de ce 02/09/2020 [...], nous avons le plaisir de vous informer du fait que notre situation financière s'est améliorée pour atteindre, en 2020 (exercice comptable clôturé en septembre 2020) un chiffre d'affaires de

40.940.737,39 €, ce qui représente une moyenne, au cours des trois derniers exercices, de 37.086.489,46 €, comme en atteste notre réviseur d'entreprise. Ainsi, même s'il convenait de prendre en compte les seuils d'exigences tels qu'ils figurent dans votre guide de sélection, *quod non*, nous pourrions malgré tout être retenus à tout le moins pour les lots 1 et 3 de ce marché, dans lesquels nous sommes actifs actuellement, compte tenu de nos trois derniers exercices financiers.

Dans le cadre de cette mise à jour, nous vous invitons à trouver :

- Une attestation de notre réviseur d'entreprise reprenant les chiffres d'affaires des trois derniers exercices comptables clôturés (2020, 2019 et 2018);
- Une attestation de notre réviseur d'entreprise concernant notre *ratio* de solvabilité pour les trois dernières années;
- Les références soumises lors de notre dossier de candidature sont toujours valables;
- Les certificats [...] à jour ont été transmis dans notre courrier du 02/09/2020 [...]

Vous constaterez, dans l'attestation fournie par notre réviseur d'entreprise, que notre CA dépasse les seuils exigés et que notre *ratio* de solvabilité pour les 3 dernières années est largement supérieur au 20 % minimum exigé/an sans en établir la moyenne [...] ».

9. À une date indéterminée, la partie adverse décide d'attribuer l'accord-cadre à la requérante « pour les lots 1 et 3 pour une durée maximum de 8 ans (4 ans durée initiale + prolongation de 4*1 an) et un montant total de € 95.416.325 sur la base du rapport d'évaluation joint (les lots 1 et 3), et les motifs desquels approuvés ».

Il est également prévu qu'en cas de résiliation, l'accord-cadre sera attribué au soumissionnaire classé en seconde position pour le ou les lots concernés, à savoir la SA ISS Facility Services pour le lot 3 et la société Laurenty pour le lot 1.

Le 18 février 2021, la SA ISS Facility Services introduit, contre cette décision, une demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence, suivie d'un recours en annulation (enrôlés sous le numéro G/A.232.953/VI-21.985).

10. Dans le même temps, la partie adverse décide d'attribuer le lot 2 du marché à la société Köse Cleaning. La conclusion de ce lot du marché lui est notifiée par courrier du 18 février 2011.

Cette décision ne fait l'objet d'aucun recours.

11. Par un arrêt n° 250.159 du 18 mars 2021, le Conseil d'État ordonne la suspension de l'exécution de la décision d'attribuer à la requérante les lots 1 et 3 du marché de services « accord-cadre pluriannuel pour la fourniture de prestation de nettoyage des gares et bâtiments de service de la SNCB ».

Les motifs justifiant la suspension de l'exécution de cette décision sont les suivants :

« Les principes d'égalité, de transparence et de concurrence imposent de fixer des critères de sélection qualitative suffisamment précis pour permettre de déterminer, dès la mise en concurrence des opérateurs économiques potentiels, le niveau minimum attendu. C'est en lisant l'avis de marché que les opérateurs économiques se positionnent et décident de déposer une demande de participation, en fonction notamment des exigences de sélection qualitative. L'adjudicateur est, dès lors, tenu de déterminer, dans les documents du marché, les références qu'il entend obtenir ainsi que les niveaux à atteindre par les candidats ou les soumissionnaires pour les sélectionner, sans pouvoir, par après, en cours de procédure, modifier les références et les niveaux requis. En vertu des principes précités, mais aussi du principe *Patere legem ipse fecisti*, l'adjudicateur est tenu par les exigences minimales qu'il a fixées dans les documents du marché. Pour les mêmes motifs, il ne peut, pour évaluer la capacité des candidats ou soumissionnaires à exécuter le marché, modifier la période de référence à laquelle renvoient les documents du marché, laquelle est nécessairement antérieure au dépôt des demandes de participation.

La partie adverse admet qu'«en principe, les candidats doivent répondre aux critères de sélection au plus tard le dernier jour pour l'introduction des demandes de participation» tout en constatant que ce principe connaît des exceptions légales et réglementaires qui permettent, pour juger de la sélection des candidats, de prendre en compte des éléments qui se rapportent à une période postérieure à la remise des demandes de participation. Force est cependant de constater que les dispositions citées dans la note d'observations n'ont pas pour objet de permettre à l'adjudicateur de modifier la période de référence fixée dans les documents du marché pour évaluer la capacité (économique, financière, technique ou professionnelle) des candidats ou soumissionnaires à l'exécuter. Par ailleurs, ces différentes dispositions visent des hypothèses très précises, qui sont étrangères à la présente espèce.

Les parties adverse et intervenante soutiennent, en particulier, que l'article 57 de l'arrêté royal du 18 juin 2017, éventuellement combiné avec l'article 73, § 3, de la loi du 16 juin 2017, permettrait, dans le cas d'un marché à lots pour lequel l'adjudicateur a imposé un niveau minimal supplémentaire en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire, de demander à celui-ci de mettre à jour les éléments justificatifs de sa capacité à exécuter cumulativement plusieurs lots, de manière à avoir les données les plus pertinentes possibles lorsque l'adjudicateur prend une "nouvelle décision de sélection" au moment de l'attribution cumulative de ces lots.

L'article 57 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 prévoit que si l'adjudicateur fixe un niveau minimal d'exigence supplémentaire en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire, la vérification qu'il est satisfait à cette exigence a lieu au stade de l'attribution du marché. Si cette vérification est faite lors de l'attribution du marché, c'est, comme le reconnaissent toutes les parties, parce que le classement des différentes offres pour les différents lots n'est connu qu'à ce stade de la procédure. Ceci ne signifie pas pour autant que les données à prendre en compte pourraient se rapporter à une période différente de celle qui est fixée dans les documents du marché. Dans la mesure où un examen effectué en extrême urgence permet d'en juger, il ne paraît pas que l'article 57 précité permet à l'adjudicateur de prendre en compte des données actualisées pour décider d'attribuer plusieurs lots à un soumissionnaire qui, au vu des éléments justificatifs se rapportant à la période de référence fixée dans les documents du

marché, ne remplit pas les conditions pour se voir attribuer l'ensemble de ces lots.

Quant à l'article 73, § 3, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 – auquel renvoie l'article 151, § 3, de la même loi pour les marchés dans les secteurs spéciaux, il prévoit qu'"avant l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur exige du soumissionnaire auquel il a décidé d'attribuer le marché [...] qu'il présente les documents justificatifs mis à jour visé à l'article 75", c'est-à-dire, suivant cette dernière disposition, "les certificats, les déclarations, les références et les autres moyens de preuve, dont le pouvoir adjudicateur peut exiger la production afin de prouver qu'il n'existe pas de motifs d'exclusion et que les critères de sélection sont remplis". L'article 73 précité a trait au "Document unique de marché européen, déclaration sur l'honneur et moyens de preuve". Le DUME est la déclaration formelle que le candidat ou le soumissionnaire satisfait notamment aux critères de sélection prévus dans les documents du marché et que le document contient les informations exigées par l'adjudicateur. L'utilisation du DUME n'empêche cependant pas l'adjudicateur de demander à des candidats ou des soumissionnaires, à tout moment de la procédure, de fournir tout ou partie des documents justificatifs, si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure (article 73, § 2, alinéa 1^{er}). L'obligation visée à l'article 73, § 3, alinéa 2, faite au pouvoir adjudicateur d'exiger de l'attributaire pressenti qu'il présente des documents justificatifs mis à jour découle du principe selon lequel le marché ne peut être attribué à celui qui ne remplit pas les critères de sélection qualitative établis par l'adjudicateur (principe rappelé à l'article 147, § 6, de la loi du 17 juin 2016). Les termes "mis à jour" ne visent donc *prima facie* qu'à garantir le caractère permanent de la sélection tout le long de la procédure et lors de l'attribution du marché. Ce principe est également mis en œuvre par l'article 66 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 qui dispose que "[l]orsqu'un marché public est passé par une entité adjudicatrice qui applique, conformément à l'article 151 de la loi, des motifs d'exclusion prévus et/ou des critères de sélection, l'entité adjudicatrice peut revoir la sélection d'un candidat déjà sélectionné ou d'un soumissionnaire à quelque stade de la procédure de passation que ce soit, si sa situation à la lumière des motifs d'exclusion ou du respect du ou des critère(s) de sélection applicables ne répond plus aux conditions" ainsi que, dans des termes similaires, par l'article 60 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Ces différentes dispositions permettent à l'adjudicateur de demander au candidat ou au soumissionnaire une actualisation de ses justificatifs pour vérifier qu'il réponde toujours aux conditions de sélection qualitative au moment de l'attribution du marché. Comme le confirme le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 avril 2017, cette vérification "ne peut toutefois conduire à la régularisation d'un candidat ou d'un soumissionnaire qui ne remplissait pas les conditions de sélection durant la période de référence à prendre en considération pour cette sélection". L'adjudicateur ne peut, dès lors, prendre en compte des données "actualisées" ou "mises à jour" pour "repêcher" un candidat ou un soumissionnaire à un stade ultérieur. Au vu de ces éléments, il n'apparaît pas *prima facie* que l'article 73, § 3, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 permette au pouvoir adjudicateur de se fonder sur des données nouvelles pour attribuer plusieurs lots à un même soumissionnaire alors qu'à la date du dépôt de sa demande de participation, il ne remplissait pas le niveau minimal d'exigence supplémentaire fixé dans les documents du marché pour se voir attribuer ces lots.

Au terme d'un examen effectué en extrême urgence, il ne paraît pas qu'une lecture combinée des articles 57 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 et 73, § 3, de la loi du 17 juin 2016 permet d'aboutir à une autre conclusion.

En l'espèce, l'avis de marché publié au *Journal officiel de l'Union européenne* et au *Bulletin des adjudications* renvoie, pour les critères de sélection qualitative,

au guide de sélection établi par la partie adverse. Les critères de sélection relatifs à la capacité économique et financière, énoncés à l'article 4.2 de ce guide, imposent notamment aux candidats qu'ils atteignent un chiffre d'affaires minimal dans le domaine du nettoyage "sur les 3 derniers exercices comptables" d'un montant de 20 millions d'euros pour le lot 1, 15 millions d'euros pour le lot 2 et 12 millions d'euros pour le lot 3, avec comme exigence supplémentaire que "[l]e candidat qui souhaite participer à plusieurs lots devra cumuler les montants de chaque lot auquel il souhaite participer". La même disposition réglementaire précise que "les informations concernant le chiffre d'affaires [...] doivent être prévues dans la partie [...] IV.B du Document Unique de Marché Européen", ce qui implique nécessairement que les "3 derniers exercices comptables" soient clôturés avant le dépôt des demandes de participation.

Sur le vu de cette disposition, les opérateurs économiques intéressés devaient d'emblée pouvoir juger s'ils disposaient des capacités requises pour voir leur demande de participation prise en compte pour chacun des lots pris séparément, mais aussi pour plusieurs lots cumulativement. Il convient de noter, à cet égard, que les termes de l'article 4.2. du guide de sélection sont particulièrement ambigus et ont pu être source de confusion dans le chef d'opérateurs économiques potentiels. En effet, cette disposition semble exiger des candidats qu'ils opèrent déjà un choix entre les lots au moment de l'introduction de leur demande de participation, puisqu'il est requis du candidat qui "souhaite participer à plusieurs lots" qu'il cumule les montants du chiffre d'affaires annuels minimum de chaque lot auquel il souhaite participer. La disposition précitée paraît ainsi solliciter du candidat qui n'atteint pas ces montants cumulés qu'il choisisse d'emblée les lots pour lesquels il introduit une demande de participation, ce choix ne devant plus, dans cette hypothèse, s'opérer au moment de l'attribution des lots...

Quel que soit l'interprétation qu'il convient de donner à cette disposition, il apparaît *prima facie*, pour les raisons qui ont déjà été longuement exposées, que la partie adverse ne pouvait pas attribuer les lots 1 et 3 à la partie intervenante, en se fondant sur les données d'un exercice comptable postérieur à la date du dépôt de sa demande de participation, alors qu'il n'est pas contesté que les éléments justificatifs qui se rapportent à la période de référence fixée dans les documents du marché ne lui permettaient pas de justifier du montant du chiffre d'affaires minimal cumulé pour se voir attribuer ces deux lots. Ce décidant, la partie adverse a, comme l'invoque le moyen unique de la requête, *prima facie* méconnu le principe d'égalité entre les opérateurs économiques, l'article 4.2 du guide de sélection, le principe *Patere legem ipse fecisti* ainsi que la règle énoncée à l'article 147, § 6, de la loi du 17 juin 2016 selon laquelle "le marché n'est pas attribué à un soumissionnaire [...] qui ne remplit pas les critères de sélection établis par l'entité adjudicatrice [...]".

Les arguments des parties adverse et intervenante relatifs aux exigences d'une saine gestion des deniers publics et qui tendent à démontrer la capacité, dans les faits, de la partie intervenante à exécuter cumulativement les lots 1 et 3 du marché ne sont pas pertinents pour apprécier la régularité des actes attaqués.

La partie intervenante soutient, par ailleurs, que son écartement pour les lots 1 et 3 (cumulés) serait, pour les motifs qu'elle développe, manifestement disproportionné et procéderait d'une erreur manifestement d'appréciation. Force est de constater que ces griefs sont étrangers aux actes attaqués. Il n'appartient pas au Conseil d'État d'anticiper sur la décision que la partie adverse pourrait être amenée à prendre à la suite d'un arrêt de suspension et de contrôler la régularité de celle-ci à un stade où elle n'existe pas encore.

Pour les mêmes raisons, le Conseil d'État ne peut examiner le grief de la partie intervenante tiré du caractère discriminatoire d'une décision qui ne lui

attribuerait plus les lots 1 et 3, alors qu'une autre société aurait obtenu, à sa place, un autre lot du marché (lot 2), sans avoir satisfait aux conditions de sélection fixées dans les documents du marché.

En tant qu'il est dirigé contre la décision d'attribuer à la partie intervenante les lots 1 et 3 du marché, le moyen unique est sérieux ».

12. Par une décision du 4 juin 2021, soit plus d'un an et demi après la publication de l'avis de marché, la partie adverse décide de retirer la décision d'attribution des lots 1 et 3 à la requérante et de renoncer à leur attribution dans le cadre de la procédure en cours.

Il s'agit de l'acte attaqué, qui est motivé comme il suit :

« [...]

Vu l'arrêt du 18 mars 2021 n° 250.159 par lequel le Conseil d'État a suspendu la décision de la SNCB d'attribuer les lots 1 et 3 à 6 [...] la société Jette Clean;

Vu l'article 58, § 1^{er}, al. 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics applicable dans les secteurs classiques qui énonce que : "Si le pouvoir adjudicateur choisit de passer un marché sous la forme de lots distincts, il a le droit de n'en attribuer que certains et, éventuellement, de décider que les autres lots feront l'objet d'un ou de plusieurs nouveaux marchés, au besoin selon une autre procédure de passation";

Vu que cette possibilité existe également dans les secteurs spéciaux;

Considérant que la décision d'attribution du lot 2 à Köse Cleaning est donc devenue définitive;

Considérant que la SNCB souhaite relancer une nouvelle procédure d'attribution pour les lots 1 et 3;

Considérant que ce choix se justifie par :

- (i) le dépassement de 9 % du budget prévu pour le lot 3 (Sud);
- (ii) la volonté récente de la SNCB d'apporter des modifications aux spécifications du marché de nettoyage et notamment un renforcement des aspects sociaux et environnementaux; et
- (iii) l'incertitude quant à l'issue d'un éventuel recours en suspension contre une nouvelle décision d'attribution des lots 1 et 3 qui serait prise dans le cadre de la procédure d'attribution en cours.

Considérant que chacun de ces trois motifs, pris isolément, justifie le choix de la SNCB de lancer une nouvelle procédure d'attribution pour les lots 1 et 3 (le premier motif n'ayant naturellement trait qu'au lot 3);

Considérant que pour permettre le lancement d'une nouvelle procédure, il y a lieu de retirer la décision d'attribuer les lots 1 et 3 et de renoncer à leur attribution ».

Cette décision est adressée aux soumissionnaires concernés par un courrier daté du 7 juin 2021, communiqué, selon les termes de la requête, à la requérante par lettre recommandée et par courrier électronique du 8 juin 2021.

13. Par un courrier du 11 juin 2021, la requérante demande à la partie adverse de retirer sa décision du 4 juin, en contestant les trois motifs qui la sous-tendent.

14. Par un courrier du 16 juin 2021, la partie adverse répond qu'elle ne retirera pas sa décision et réfute les griefs formulés par la requérante dans son courrier du 11 juin.

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 4 et 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4, 9°, et 5, 10°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux d'égalité, de transparence et de concurrence et du raisonnable, de l'erreur dans les motifs et du défaut de motifs pertinents, adéquats et légalement admissibles et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle expose tout d'abord que la décision de renoncer à attribuer un marché et d'en lancer un nouveau doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, lesquels doivent figurer dans la motivation formelle de l'acte, qu'une telle décision ne peut être arbitraire, qu'elle ne peut être prise pour avantager l'un ou l'autre candidat et que ses motifs doivent être adéquats et ne peuvent être formulés en termes généraux.

Elle conteste ensuite les trois motifs de la décision de renoncer à passer les lots 1 et 3 du marché litigieux et de relancer la procédure.

Concernant le premier motif – soit « le dépassement de 9 % du budget prévu pour le lot 3 (Sud) », la requérante soutient qu'il « concerne uniquement le lot 3 [,] ne permet pas de justifier le relancement du lot 1 [et] est en outre inadéquat pour le lot 3 ». Elle expose que le budget initialement prévu pour le lot 3 était de 25 millions d'euros, que son offre était de 9 % supérieurs à ce budget tandis que les offres des autres soumissionnaires s'écartaient de 31 %, 32 % et 49 % de celui-ci. Selon elle, de tels écarts démontrent que l'estimation initiale pour ce lot était erronée en sorte que la partie adverse ne peut s'appuyer sur celle-ci pour renoncer à attribuer ce lot du marché. Elle en déduit que « le dépassement de 9 % » de l'offre qu'elle a déposée « alors que les prix remis par les autres soumissionnaires sont encore largement supérieurs » ne constitue pas un motif admissible pour recommencer la procédure d'attribution pour le lot 3. Elle ajoute qu'« en tout état de cause, [la partie adverse] n'a pas considéré ce "dépassement" comme problématique *in tempore non suspecto* » quand, dans sa première décision d'attribution, elle a décidé de lui attribuer le lot 3 du marché pour un prix de 27.243.951,01 euros. Elle considère que ce « revirement d'attitude » doit faire

l'objet d'une « motivation renforcée » tandis que rien ne permet de comprendre celui-ci, « aucune circonstance nouvelle n'[étant] invoquée pour expliquer ce brusque revirement par rapport au budget disponible ». Selon elle, ce motif « semble être invoqué à présent pour les besoins de la cause », dès lors qu'il « ne repose sur aucun fait nouveau depuis la précédente décision d'attribution », « ne peut être admis en tant que tel pour justifier la relance du lot 3 » et « est par conséquent inadéquat ». La requérante développe ensuite toute une argumentation pour démontrer qu'à la suite de l'arrêt de suspension du 18 mars 2021, la partie adverse pouvait lui attribuer alternativement les lots 1 ou 3 du marché litigieux et désigner un autre soumissionnaire pour le lot restant, tout en se maintenant dans le budget global prévu pour ces deux lots, les quatre offres remises pour le lot 1 du marché étant largement inférieures à l'estimation de la partie adverse pour ce lot, évalué à 31 millions d'euros. Elle soutient que l'écart à la baisse du budget pour le lot 1 permettait de compenser l'écart à la hausse du budget pour le lot 3, qu'elle se voit attribuer le lot 1 ou le lot 3 et le soumissionnaire classé suivant le lot restant. Elle en déduit que, quelle que soit l'issue du tirage au sort prévu par l'article 85 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux pour la désigner comme attributaire des lots 1 ou 3 du marché, l'issue de ce tirage ne serait en aucun cas préjudiciable à la partie adverse, le budget global prévu pour ces deux lots n'étant pas dépassé. Elle rappelle encore qu'en toute hypothèse, « ce dépassement de budget » ne concerne que le lot 3 du marché tandis que « [l]e lot 1 aurait [...] pu être attribué à la partie requérante vu que celle-ci est la première classée pour ce lot et qu'elle a démontré avoir un chiffre d'affaires à tout le moins suffisant pour l'exécution soit du lot 1, soit du lot 3 ». Elle en déduit que « [l]a SNCB avait dès lors le choix entre soit (i) directement attribuer le lot 3 à Jette Clean et le lot 1 à Laurenty; soit (ii) directement attribuer le lot 1 à Jette Clean et le lot 3 à ISS; soit (iii) effectivement renoncer à attribuer le lot 3 et recommencer la procédure pour ce lot, mais à tout le moins directement attribuer le lot 1 à Jette Clean, sans recommencer la procédure d'attribution pour ce lot et sans dépasser son budget dans le cadre des options (i) et (ii) ». Elle conclut comme il suit :

- « Il découle de ce qui précède et est en tout état de cause manifeste que le motif invoqué concernant le dépassement budgétaire du lot 3 :
- ne permet pas de justifier la relance du lot 1;
 - semble contradictoire avec la position adoptée par la SNCB *in tempore non suspecto*;
 - n'est étayé par aucun élément probant;
 - est contraire à une analyse budgétaire globale de ce marché.
- Il ne peut donc constituer un motif valable pour relancer le marché ».

Concernant le deuxième motif de l'acte attaqué – soit « la volonté récente de la SNCB d'apporter des modifications aux spécifications du marché du

nettoyage, et notamment un renforcement des aspects sociaux et environnementaux », la requérante fait valoir qu'il « est vague et stéréotypé » et qu'« il est manifestement invoqué pour les besoins de la cause », ce d'autant que « la SNCB n'a pas hésité à conclure le lot 2, basé pourtant sur le même cahier spécial des charges, sans les modifications prétendument nécessaires », alors que, selon elle, « de telles modifications peuvent être apportées en cours d'exécution du marché ». Elle expose que « [l]a SNCB n'explicite cependant ni ce qu'elle vise par "renforcement des aspects sociaux et environnementaux" ni les raisons pour lesquelles ces modifications revêtent [...] un caractère essentiel par rapport au marché litigieux », que « [l]e caractère nécessaire de ces modifications n'est en effet nullement démontré en l'espèce, ni même invoqué par la partie adverse dans sa décision, alors que dans le cadre d'une renonciation à attribuer un marché, le pouvoir adjudicateur doit motiver sa décision de manière claire, complète, précise et adéquate et ne peut se contenter d'une formulation générale » et que « [p]ermettre au pouvoir adjudicateur de recommencer une procédure sur base d'une formulation aussi vague aurait pour effet de lui donner une liberté de choix inconditionnelle et de l'autoriser à recommencer le marché à chaque fois qu'il ne serait pas entièrement satisfait du résultat du processus de mise en concurrence ». Selon elle, il incombait à la partie adverse d'indiquer « en quoi les précédentes exigences ne peuvent plus être appliquées et pourquoi de nouvelles exigences sont à présent nécessaires ». Se référant à un jugement, rendu en référé, du tribunal de première instance de Bruxelles du 9 décembre 2016, elle soutient que « la nécessité de modifier un cahier spécial des charges ne constitu[e] pas un motif suffisant permettant de renoncer à la passation d'un marché », dès lors que les modifications envisagées peuvent être apportées en cours d'exécution des lots 1 et 3 du marché, sans nouvelle procédure de passation, en application des articles 38 à 38/12 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics. Selon la requérante, il appartient à la partie adverse de « démontrer dans sa décision en quoi le renforcement des aspects sociaux et environnementaux des lots 1 et 3 ne pourrait être atteint en apportant certaines précisions ou modifications aux modalités d'exécution du marché, comme le lui permettent les articles 38 et suivants de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ». Elle ajoute que « [l]e caractère non nécessaire de la modification (voire la possibilité de l'apporter en cours d'exécution) est encore confirmée par le fait que la partie adverse a attribué et conclu le lot 2 sans juger nécessaire de recommencer ce lot pour y apporter ces modifications » alors que « ce lot 2 était fondé sur le même cahier spécial des charges que les lots 1 et 3 (la seule différence entre les lots étant géographique) », que « [d]ès lors, vu que la SNCB n'a pas estimé nécessaire de recommencer la procédure du lot 2 alors que les aspects sociaux et environnementaux n'ont pas été renforcés pour ce lot démontre que la SNCB

estime que ceux-ci soit ne sont pas nécessaires, soit pourraient à tout le moins être renforcés en cours d'exécution », que « [s]i la partie adverse considérait que ces modifications ne pouvaient pas être apportées en cours d'exécution alors qu'elle les considérait néanmoins comme essentielles, elle n'aurait pas conclu le lot 2, qui porte sur le nettoyage des gares de la Région de Bruxelles-Capitale » et qu'« [i]l en va d'autant plus ainsi que dans sa décision de renoncer à attribuer les lots 1 et 3 et concernant plus précisément le motif relatif aux aspects sociaux et environnementaux, la partie adverse mentionne que des modifications doivent être apportées "aux spécifications du marché de nettoyage" et non "aux spécifications des lots 1 et 3" ce qui laisse penser que les modifications souhaitées ont trait aux trois lots du marché de nettoyage litigieux ». Elle affirme enfin que « l'adoption d'exigences sociales et environnementales renforcées vise précisément à avantager un soumissionnaire en particulier, à savoir ISS, deuxième classé pour le lot 3 et troisième classé pour le lot 1 », que cette société est « réputé[e] pour avoir gagné des marchés grâce à des critères sociaux et environnementaux "strictes", voire contestables, que ce soumissionnaire tente de pousser, coûte que coûte, auprès des pouvoirs adjudicateurs » alors qu'« une décision de recommencer une procédure ne peut être prise afin d'avantager l'un ou l'autre soumissionnaire du marché ». Elle conclut comme il suit :

« Il découle de ce qui précède que le caractère nécessaire des modifications relatives aux aspects sociaux et environnementaux des lots 1 et 3 n'est pas motivé (ni même mentionné) dans la décision de la partie adverse et que quand bien même ces modifications seraient nécessaires, *quod non*, celles-ci pourraient encore être apportées en cours d'exécution des lots 1 et 3 sur base des articles 38 et suivants de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.
La décision de la SNCB de renoncer à l'attribution du marché dès lors que celle-ci souhaite renforcer les aspects sociaux et environnementaux des lots 1 et 3 n'est donc pas fondée sur un motif exact, pertinent et légalement admissible et semble manifestement avoir été invoqué pour les besoins de la cause ».

Concernant le troisième motif de l'acte attaqué – soit « l'incertitude quant à l'issue d'un éventuel recours en suspension contre une nouvelle décision d'attribution des lots 1 et 3 qui serait prise dans le cadre de la procédure d'attribution en cours », la requérante fait valoir qu'il « est inhérent à toute procédure [d'attribution] de marché public et ne peut justifier à lui seul la relance d'un marché », que le risque de recours « sera par ailleurs également présent lors des nouvelles décisions d'attribution des lots 1 et 3 » et que « c'est précisément pour cette raison que le Conseil d'État estime de manière constante que la crainte d'un recours ne constitue pas une justification satisfaisante pour recommencer une procédure ». Elle ajoute qu'en l'espèce, le risque de recours aurait été bien moindre si la partie adverse avait décidé de lui attribuer le lot 1 ou le lot 3, et au soumissionnaire classé suivant le lot restant, dès lors qu'il n'y a « aucun doute sur

le fait que Jette Clean dispose d'un chiffre d'affaires suffisant pour se voir attribuer soit le lot 1 soit le lot 3 et il y aurait dès lors eu une chance extrêmement faible qu'un soumissionnaire mécontent de la décision de la SNCB introduise un recours à l'égard de cette décision ». Elle conclut comme il suit :

« La décision de la SNCB n'est donc pas fondée sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles. Ce faisant, la partie adverse méconnaît non seulement les principes de bonne administration, dont celui du raisonnable, mais également les obligations de motivation qui s'imposent à elle en vertu des dispositions légales précitées. Elle commet également une erreur manifeste d'appréciation ».

À l'audience, la requérante répète les arguments de la requête. Elle dénonce, à nouveau, la régularité des seuils requis en termes de sélection qualitative pour démontrer la capacité économique et financière des soumissionnaires à exécuter les trois lots du marché et maintient qu'il y avait bien des soucis dans la procédure en cours. Elle explique cependant s'être résignée à la suite de l'arrêt de suspension du 18 mars 2021 et indique avoir informé la partie adverse, par un « courrier confidentiel adressé de conseil à conseil », qu'elle n'introduirait pas de recours si elle obtenait au moins un des deux lots 1 ou 3 du marché. Elle dénonce le *lobbying* qu'exercerait la SA ISS Facility Services sur la partie adverse pour récupérer des parts de marché, en tentant d'imposer des exigences en matière de sélection qualitative et des spécifications techniques que cette société est la seule à satisfaire. Elle ajoute que la partie adverse favoriserait indument cette société en prolongeant des marchés attribués depuis plusieurs années, sans nouvelle mise en concurrence. Elle maintient que les motifs de l'acte attaqué sont, selon elle, « complètement artificiels » et explique que la perte des lots 1 et 3 du marché entraîne, dans son chef, une baisse de la moitié de son chiffre d'affaires.

Concernant le premier motif de l'acte attaqué, elle soutient, pour la première fois, à l'audience qu'un tirage au sort n'était pas d'application à la procédure en cause (procédure négociée avec mise en concurrence préalable) et qu'il aurait suffi à la partie adverse de lui demander son ordre de préférence pour l'attribution des lots 1 ou 3. Elle affirme que la réglementation lui laisse le choix d'indiquer sa préférence pour l'un ou l'autre lot et que la question aurait pu être réglée pendant les négociations.

Concernant le deuxième motif de l'acte attaqué, elle souligne que les « publications doctrinales récentes et publications de la Commission européenne » sur la nécessité de renforcer les aspects sociaux et environnementaux dans les commandes publiques, auxquelles renvoie la partie adverse dans sa note d'observations, sont antérieures au lancement du présent marché et ne permettent, dès lors, pas de justifier de recommencer la procédure en cours. Pour le reste, elle

se demande pourquoi les pièces relatives à l'audit externe, dont fait état la partie adverse, sont confidentielles alors qu'il s'agit, selon elle, de documents publics. Elle émet l'hypothèse que cet audit était déjà en cours avant que le lot 2 du marché soit attribué et constate que la partie adverse n'a pas attendu les résultats de cet audit pour attribuer ce lot.

Concernant le troisième motif, elle indique qu'elle a fait plusieurs tentatives de tractations auprès de la partie adverse pour se voir au moins attribuer un des lots 1 ou 3 et qu'il est donc « contraire à la réalité » d'invoquer, pour ce qui la concerne, un « risque de recours » en cas d'attribution de l'un ou l'autre de ces lots.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, rendu applicable aux secteurs spéciaux par l'article 153 de la même loi, dispose que :

« 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 ».

Il n'est pas contesté, dans le cadre du présent recours, que l'adjudicateur peut, dans les secteurs spéciaux, comme dans les secteurs classiques, décider, en cas de division du marché en lots distincts, de n'en attribuer que certains et, éventuellement, de décider de recommencer une nouvelle procédure pour les lots non attribués.

La décision de renoncer à une procédure d'attribution d'un marché – ou de certains lots d'un marché – et d'en recommencer une nouvelle relève du pouvoir discrétionnaire de l'adjudicateur qui fait ce choix en opportunité. Cette décision doit cependant être fondée sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, repris dans une motivation formelle. Dans le cadre de son contrôle, qui doit demeurer marginal, il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle de l'adjudicateur, sauf à établir l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation.

La décision attaquée de renoncer à attribuer les lots 1 et 3 du marché litigieux et de recommencer la procédure pour ces deux lots est fondée sur trois motifs distincts. Il est précisé que « chacun de ces trois motifs, pris isolément, justifie le choix de la SNCB de lancer une nouvelle procédure d'attribution pour les lots 1 et 3 (le premier motif n'ayant naturellement trait qu'au lot 3) ».

Concernant, en particulier, le deuxième motif de l'acte attaqué – soit « la volonté récente de la SNCB d'apporter des modifications aux spécifications du marché du nettoyage, et notamment un renforcement des aspects sociaux et environnementaux » –, il paraît *prima facie* pouvoir se vérifier à la lecture des pièces confidentielles communiquées par la partie adverse. Comme elle l'explique dans sa note d'observations, un audit externe est actuellement en cours concernant les marchés du nettoyage au sein de la SNCB. Il s'agit notamment de procéder à un examen des critères de sélection et d'attribution de ces marchés et notamment d'évaluer les clauses à respecter par les prestataires en termes de législation sociale et de qualité, ainsi que de vérifier les mesures de contrôle interne dans la phase d'exécution de ces marchés et réaliser un audit chez les prestataires de nettoyage en cours, afin de contrôler le respect de la législation sociale par les attributaires. Si cet audit semble, au départ, avoir été envisagé dans le cadre de l'attribution des trois lots du marché litigieux, la partie adverse a, par une décision du 31 mars 2021, décidé de maintenir le lancement de celui-ci dans son entièreté, malgré l'arrêt de suspension du 18 mars 2021, tout en précisant que les volets portant sur l'exécution concerneront les marchés en cours (et pas le « nouveau marché national »). La procédure de désignation d'une société d'audit a été lancée dans le cadre d'un accord-cadre existant (mini-compétition) et la décision d'attribution est intervenue en juin 2021, l'audit devant se dérouler entre le 28 juin et le 31 août 2021. Par ailleurs, la volonté de la partie adverse paraît bien être celle de renforcer, de manière structurelle, les aspects sociaux et environnementaux de ses commandes publiques. Ceci est corroboré par les autres pièces produites par la partie adverse (présentation sur la stratégie CRS au comité de direction de la SNCB en avril 2021 et *Procurement Report* du premier trimestre de l'année 2021).

Quant à la question du *timing* dénoncée par la requérante, la partie adverse a, à la suite de l'arrêt du 18 mars 2021 ordonnant la suspension de l'exécution des décisions d'attribution des lots 1 et 3, pu estimer, dans la foulée du retrait de ces décisions, qu'il était préférable d'abandonner la procédure d'attribution pour ces lots, vu l'audit externe qu'elle venait de lancer sur ses marchés de nettoyage dans l'optique notamment de revoir les clauses à respecter en termes de législation sociale et de qualité, et d'attendre les résultats de celui-ci pour recommencer une nouvelle procédure pour l'attribution des deux lots restants 1 et 3. Comme le relève la partie adverse, ces contrats de nettoyage ont une durée prévue de quatre années (avec possibilité de prolongation pour quatre années supplémentaires), ce qui paraît pouvoir justifier le souhait de revoir, avant leur conclusion, certaines de leurs conditions. Quant au lot 2 du marché qui a été attribué sur la base du cahier spécial des charges dans sa rédaction initiale, il faut

constater, avec la partie adverse, que la notification de cette décision emportant la conclusion du contrat s'est faite par un courrier du 18 février 2021, c'est-à-dire plus d'un mois avant que la partie adverse ne décide de lancer l'audit externe. La partie adverse paraît pouvoir être suivie lorsqu'elle affirme, dans sa note d'observations, qu'« au moment où la SNCB a attribué le lot 2, la volonté de revoir les aspects sociaux et environnementaux n'existait pas encore ou n'était du moins pas encore arrivée à maturité ».

La requérante soutient que les modifications envisagées pouvaient être apportées en cours d'exécution du marché et que, dans le cas contraire, il incombait à la partie adverse de démontrer que de telles modifications n'étaient pas possibles au cours de cette exécution, en application des articles 38 à 38/12 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics. Comme il a déjà été précisé, la faculté reconnue par l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 de « soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit recommencer la procédure, au besoin d'une autre manière » implique un large pouvoir d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur. Si cette décision doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles et être formellement motivée, il ne paraît pas *prima facie* pouvoir être exigé du pouvoir adjudicateur qu'il se justifie au regard des possibilités de modifications offertes en cours d'exécution du contrat par les articles 38 à 38/12 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 précité. Du reste, la requérante n'établit pas que les modifications envisagées – qui procèdent notamment de la volonté de revoir les critères de sélection et d'attribution des marchés en cause – pourraient être apportées en cours d'exécution de ces marchés.

À la suite de l'arrêt de suspension du 18 mars 2021 et du retrait des décisions d'attribution des lots 1 et 3 du marché, la partie adverse a, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, pu estimer qu'il était « nécessaire » de modifier les spécifications du cahier spécial des charges de ses marchés pluriannuels de nettoyage, notamment pour renforcer « ses aspects sociaux et environnementaux » et, pour ce faire, d'attendre les résultats de l'audit externe actuellement en cours, qui doit approfondir ces questions. La requérante ne démontre pas qu'une telle décision procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation ni que la volonté d'apporter ces modifications serait factice, invoquée pour les besoins de la cause ou mue avec l'intention d'avantager une société concurrente.

Quant à l'obligation de motivation formelle, il ne peut être reproché à la partie adverse de ne pas avoir été plus précise sur les modifications qu'elle envisageait d'apporter au cahier spécial des charges. Comme la partie adverse

l'explique dans sa note d'observations, la décision de renoncer au marché et de relancer la procédure ne pouvait pas anticiper sur les résultats de l'audit externe et le contenu d'un cahier qu'il reste à établir. Elle ajoute, à l'audience, qu'elle ne pouvait pas non plus prendre le risque d'avantager certains opérateurs économiques en dévoilant, à l'avance, les options qui seraient éventuellement privilégiées. En tout état de cause, le motif tiré de la volonté d'apporter des modifications aux spécifications du marché du nettoyage, notamment en renforçant les aspects sociaux et environnementaux, paraît suffisamment clair, la requérante démontrant, dans les développements de son moyen, qu'elle sait manifestement de quoi il est question, ayant récemment été confrontée au même type de préoccupations de la part d'adjudicateurs dans le cadre d'autres marchés de nettoyage.

Concernant le troisième motif de l'acte attaqué – soit « l'incertitude quant à l'issue d'un éventuel recours en suspension contre une nouvelle décision d'attribution des lots 1 et 3 qui serait prise dans le cadre de l'attribution en cours », il paraît également pouvoir justifier, à lui seul, la décision de renoncer à la procédure d'attribution en cours. Certes, le risque de faire l'objet d'une contestation et, partant, d'un recours juridictionnel est une conséquence découlant directement des voies de recours ouvertes par la loi contre les actes de l'autorité. Ceci étant, la partie adverse ne fait pas qu'évoquer un « risque de recours », mais fait état de « l'incertitude quant à l'issue d'un éventuel recours ». Cette mention doit être lue au regard du contexte spécifique de la procédure en cause, lequel est bien connu de la requérante.

La requérante n'a cessé tout au long de la procédure, dans deux courriers préalables à la décision de lui attribuer les lots 1 et 3 du marché, dans sa requête en intervention dans le cadre du premier recours, puis, à nouveau, dans la présente demande de suspension et encore en termes de plaidoirie, de mettre en cause la régularité du critère de sélection qualitative relatif au chiffre d'affaires annuel exigé à l'article 4.2 du guide de sélection pour justifier la capacité économique et financière des soumissionnaires à exécuter le marché. Dans le cadre du premier recours, la SA ISS Facility Services a, quant à elle, notamment fait valoir que la même disposition interdisait à un candidat d'être sélectionné pour l'attribution (même alternative) de plusieurs lots (lots 1, 2 ou 3) s'il n'atteint pas le chiffre d'affaires annuel cumulé pour exécuter l'ensemble des lots pour lesquels il introduit une demande de participation. Dans son arrêt de suspension n° 250.159 du 18 mars 2021, le Conseil d'État n'a, contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, pas confirmé cette interprétation. Il a cependant pointé une ambiguïté dans la rédaction de la disposition précitée, « qui a pu être source de confusion dans le chef d'opérateurs économiques potentiels ».

Dans son courrier du 16 juin 2021 qu'elle a adressé à la requérante, la partie adverse a indiqué qu'elle considérait comme « sérieux » ces différents arguments « visant à démontrer l'illégalité de sa décision d'attribution ». La requérante ne peut, sans se contredire, reprocher à la partie adverse de mettre un terme à une procédure qu'elle estime, par ailleurs, illégale. La circonstance qu'elle se serait engagée, par un « courrier confidentiel adressé de conseil à conseil », à ne pas introduire de recours si elle obtenait au moins un des deux lots n'est pas pertinente. Ce courrier n'est pas soumis au Conseil d'État qui ne peut en vérifier la teneur. La partie adverse expose, de son côté, que la requérante « n'a pas manqué de laisser entendre [...] qu'elle introduirait un recours contre toute décision qui ne serait pas dans ses meilleurs intérêts, c'est-à-dire une décision par laquelle la SNCB ne lui attribuerait pas le lot 3 (qui est financièrement plus important que le lot 1) » et que la requérante « aurait introduit un recours contre la décision d'attribution si la SNCB, après avoir procédé au tirage au sort, attribuait le lot 1 à Jette Clean et non pas le lot 3 [...] ». La requérante affirme, pour la première fois en termes de plaidoirie, que la partie adverse ne devait pas procéder à un tirage au sort et qu'il lui suffisait d'interroger les soumissionnaires, dans le cadre des négociations, pour qu'ils donnent leur ordre de préférence. Sans devoir vérifier la pertinence de cet argument, il apparaît que cette question n'a de toute façon pas été abordée pendant les négociations et qu'il a été mis fin à celles-ci par le dépôt des offres finales (BAFO) sans que la requérante n'ait effectivement donné sa préférence pour l'un ou l'autre lot. *Prima facie* rien ne permet de considérer que la requérante devait se voir attribuer l'un ou l'autre lot et qu'elle aurait renoncé à contester la décision lui attribuant un seul lot ou un lot plutôt qu'un autre. Comme la partie adverse l'explique à l'audience, elle a pu estimer, vu le caractère sérieux des arguments avancés de part et d'autre par « des opérateurs économiques concurrents », qu'il était préférable de recommencer la procédure.

Au vu des éléments précités et de ce qu'ils imposaient à la partie adverse de prendre en considération pour se déterminer quant à la suite de la procédure de passation, il peut se comprendre qu'elle ait décidé de ne pas conclure un marché dont l'attribution aurait suscité un risque élevé de contestations. Une telle préoccupation peut fonder la décision de renonciation litigieuse sans imputer celle-ci à une erreur manifeste d'appréciation. Enfin, la seule évocation de « l'incertitude quant à l'issue d'un éventuel recours en suspension contre une nouvelle décision d'attribution des lots 1 et 3 qui serait prise dans le cadre de l'attribution en cours » constitue une motivation qui, bien que laconique, paraît suffisante, dès lors qu'elle renvoie à des éléments de fait qui sont parfaitement connus de la requérante.

Au terme d'un examen en extrême urgence, il y a lieu *prima facie* de considérer que la décision attaquée de renoncer à l'attribution des lots 1 à 3 du marché repose, au moins, sur deux motifs déterminants qui en constituent chacun le soutien nécessaire. La requérante ne démontre pas que ces motifs ne seraient pas exacts, pertinents ou admissibles tandis qu'elle reste en défaut d'établir qu'une telle décision procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation. Ces motifs sont, par ailleurs, exprimés, à suffisance, dans l'acte attaqué.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de la violation de l'article 10 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 4 et 13 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des principes de proportionnalité, de confidentialité des offres, d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, et de concurrence et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Dans une première branche, la requérante fait valoir que, parmi les trois options qui s'ouvraient à la partie adverse, à savoir « soit attribuer le lot 1 à la partie requérante et le lot 3 au deuxième classé, soit attribuer le lot 3 à la partie requérante et le lot 1 au deuxième classé, soit décider de renoncer à passer les lots 1 et 3 et de relancer ceux-ci », celle-ci a choisi celle qui était la plus préjudiciable pour la requérante. Elle expose qu'« [e]n plus de reposer sur des motifs inadmissibles en fait et en droit, la décision de la partie adverse est manifestement disproportionnée » et précise ce qui suit :

« En l'espèce, entre (i) poursuivre une procédure tout en adaptant, si besoin, en cours d'exécution, les exigences relatives aux aspects sociaux et environnementaux des lots 1 et 3 et (ii) relancer l'ensemble de la procédure pour ces deux lots, alors qu'à ce stade les prix de chacun sont connus de tous les soumissionnaires, la partie adverse a opté pour la solution la plus dommageable et préjudiciable pour la partie requérante. Face à cette situation, le pouvoir adjudicateur a en effet décidé de prendre la décision la moins raisonnable et la moins proportionnée, à savoir recommencer la procédure tant pour le lot 1 que pour le lot 3, alors qu'il était tout à fait en mesure d'attribuer ces lots (voire à tout le moins un de ces lots), face à un risque de recours relativement modéré, voire faible.

On constatera d'ailleurs que la SNCB pourrait tout à fait attribuer le lot 1 à Jette Clean (qui dispose pour ce faire du chiffre d'affaires suffisant et qui avait remis un prix en dessous du budget du pouvoir adjudicateur) et relancer seulement le lot 3 puisque la SNCB dispose d'un contrat actuellement en vigueur pour le lot 3, courant jusqu'au 31 août 2023. Il n'y a donc absolument aucune raison valable pour ne pas attribuer au moins un des lots à Jette Clean, sauf à défavoriser manifestement ce soumissionnaire ou à favoriser injustement un autre soumissionnaire pour, coûte, que coûte, le garder en lice à un prix malgré tout acceptable.

Ainsi, en décidant de recommencer deux lots sans motif valable alors qu'elle avait tout en main pour les attribuer (ou à tout le moins attribuer l'un d'eux), la partie [adverse] a outrepassé son pouvoir d'appréciation et a agi de manière déraisonnable par rapport au but poursuivi (attribuer des services de nettoyage) ».

Après avoir rappelé le contenu des articles 13 de la loi du 17 juin 2016 précitée et 10 de la loi du 17 juin 2013 précitée, elle fait valoir que « [l]a partie adverse a en outre communiqué des informations sensibles relatives au prix de la partie requérante dans sa décision d'attribution des lots 1 et 3 et dans son rapport d'analyse des offres » tandis que la Cour de justice a, dans un arrêt du 14 février 2008 (C-450/06), précisé « à l'égard du principe de confidentialité » que « le pouvoir adjudicateur ne pouvait divulguer des informations dont le contenu pourrait être utilisé pour fausser la concurrence dans le cadre d'une procédure en cours, mais également dans le cadre d'une procédure de passation ultérieure ». Elle explique que « des éléments relatifs au prix, à sa structuration ou à certains documents spécifiques ne peuvent pas être communiqués par un pouvoir adjudicateur, en particulier à un concurrent du soumissionnaire lorsque la procédure est encore en cours » alors qu'en l'espèce, « le pouvoir adjudicateur a communiqué aux concurrents de la partie requérante, par le biais de son rapport d'analyse des offres, toutes les informations permettant à ceux-ci de connaître les prix adoptés par elle ». Elle en déduit que « [l]e recommencement de la procédure porte dès lors manifestement atteinte aux droits des soumissionnaires ayant déposé offre » et qu'« [e]n particulier, une telle décision préjudicie clairement le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, à savoir la partie requérante pour le lot 1 ou le lot 3, puisqu'il constitue à présent la "cible" des autres soumissionnaires ». Elle cite, à titre d'exemple, une décision rendue en référé par le tribunal de première instance de Bruxelles dans lequel il a été jugé que « la motivation quant au caractère indispensable de la modification des dispositions d'un cahier spécial des charges par une relance du marché doit être d'autant plus étayée lorsqu'elle implique un recommencement de la procédure après qu'une décision d'attribution ait été communiquée aux soumissionnaires et que partant, les prix de chacun sont à présent connus des concurrents en lice ». Elle conclut comme il suit :

« Il découle de ce qui précède qu'en décidant de renoncer à attribuer tant le lot 1 que le lot 3 alors que la partie adverse était en mesure de les attribuer dans le cadre de la première procédure d'attribution, la SNCB a méconnu le principe de proportionnalité qui s'impose à elle.
Il en va d'autant plus ainsi que les prix de la partie requérante, première classée pour ces deux lots, ont été communiqués aux autres soumissionnaires.
Par conséquent, la partie adverse aurait très bien pu prendre une décision moins dommageable pour la partie requérante, tout en atteignant les objectifs qu'elle semble vouloir poursuivre. La partie adverse a donc manifestement violé le principe de proportionnalité s'imposant à elle dans sa prise de décision ».

Dans une deuxième branche, la requérante dénonce une différence de traitement entre elle et la société Köse Cleaning, qui s'est vu attribuer le lot 2 du marché alors qu'elle se trouvait dans la même situation qu'elle quant aux critères de sélection. Elle expose que cette société ne justifiait pas du *ratio* de solvabilité suffisant pour se voir attribuer ce lot, dès lors qu'elle n'atteint pas le pourcentage requis de 20 % pour l'année 2017, le guide de sélection exigeant un « *ratio* capitaux propres/total du passif $\geq 20\%$ [...] sur base des trois derniers comptes annuels déposés par le candidat et acceptés par la Banque Nationale de Belgique [...] ». Selon elle :

« Il en va d'autant plus ainsi que si le lot 2 n'avait pas pu être attribué à Köse Cleaning en raison du non-respect par ce dernier de l'exigence relative au *ratio* de solvabilité et que le lot 1 ne pourrait être attribué à Jette Clean, Jette Clean, deuxième classé pour ce lot 2, aurait dû se le voir attribuer, cumulativement avec le lot 3 (puisque les chiffres d'affaires cumulés requis pour ces deux lots étaient de 27.000.000 d'euros et que la partie requérante disposait d'un chiffre d'affaires suffisant pour cumuler ces deux lots).
Ainsi, en attribuant le lot 2 à Köse Cleaning et en concluant ensuite ce lot avec ce soumissionnaire alors que ce dernier se trouvait dans la même situation que Jette Clean quant aux critères de sélection, la partie adverse n'a pas mis ces deux soumissionnaires sur un même pied d'égalité.
En effet, conformément au raisonnement de Votre Conseil dans son arrêt de suspension de la décision de la partie adverse d'attribuer les lots 1 et 3 à Jette Clean, la partie adverse ne pouvait conclure le lot 2 avec Köse Cleaning sans méconnaître les dispositions relatives à la sélection qualitative et contrevenir au principe d'égalité entre les soumissionnaires ».

Elle ajoute que la partie adverse méconnaît également le principe d'égalité en décidant de renoncer aux lots 1 et 3 du marché litigieux et de conclure le lot 2 avec Köse Cleaning, alors que cette société « ne sera pas soumis[e] à des exigences sociales et environnementales renforcées, ce qui sera précisément le cas, à en croire le deuxième motif repris dans la décision de renonciation de la partie adverse, pour les attributaires des lots 1 et 3 ».

Elle conclut comme il suit :

« Il ressort dès lors de ce qui précède qu'en concluant le lot 2 avec Köse Cleaning, mais en renonçant à attribuer les lots 1 et 3 du marché litigieux, la partie adverse

a méconnu le principe d'égalité entre les soumissionnaires. Dès lors que Köse Cleaning et Jette Clean se trouvaient dans la même situation concernant le non-respect d'un critère de sélection, la partie adverse était tenue de le[s] traiter de la même façon, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce ».

À l'audience, la requérante répète les arguments de la requête. Elle réfute l'argument selon lequel le *ratio* de solvabilité exigé par le guide de sélection serait un *ratio* moyen calculé sur la base des trois derniers comptes annuels et dénonce l'attitude incohérente de la partie adverse qui serait plus sévère pour les lots 1 et 3 que pour le lot 2, alors que ces trois lots concernent les mêmes prestations.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à la première branche

La requérante ne démontre pas que la décision de renoncer à l'attribution des lots 1 et 3 du marché reposerait sur des motifs inexacts, non pertinents ou inamissibles en droit. Elle n'établit pas non plus qu'une telle décision procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation (*cf.* premier moyen).

Comme le relève la partie adverse dans sa note d'observations, le principe de proportionnalité n'est pas violé dès l'instant où une décision administrative n'apparaît pas être dans les meilleurs intérêts économiques et financiers d'un des soumissionnaires. La violation de ce principe suppose la démonstration d'une atteinte excessive à un droit.

En l'espèce, la divulgation des prix totaux des offres des différents soumissionnaires résulte non pas de l'adoption de l'acte attaqué, mais de celle de la première décision d'attribution des lots 1 et 3 du marché. L'article 13, § 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, auquel renvoie l'article 10 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions – également cité par la requérante –, précise que l'interdiction de divulgation des éléments communiqués à titre confidentiel s'impose à l'adjudicateur « sans préjudice des obligations en matière de publicité concernant les marchés publics attribués et l'information des candidats, des participants et des soumissionnaires ». La requérante ne conteste pas qu'en l'espèce, les éléments de prix qui figurent dans le rapport d'analyse des offres et dans la première décision d'attribution des lots 1 et 3 du marché pouvaient être communiqués aux différents soumissionnaires, en application des articles 4, 8°, 5, 9° et 8, 3°, de la loi du 17 juin 2013, pour les informer des motifs pour lesquelles leurs offres n'avaient pas été choisies « en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ». Il apparaît, certes, que les prix totaux de l'offre de la requérante sont désormais connus de ses concurrents. Cependant, comme le relève la partie adverse, dans le cadre de la nouvelle procédure de passation, les lots de ce marché seront attribués sur la base d'autres spécifications, ce qui aura une influence sur les prix. Les soumissionnaires ne pourront, dès lors, anticiper sur les prix offerts par leurs concurrents.

La requérante ne démontre pas qu'en décidant de renoncer à l'attribution des lots 1 et 3 du marché litigieux, la partie adverse aurait violé ses

obligations légales de confidentialité ou qu'elle aurait porté une atteinte excessive au droit de la requérante à ne pas voir divulguer certains renseignements communiqués dans le cours de la procédure de passation.

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

Quant à la deuxième branche

Le grief développé dans la deuxième branche du moyen dénonce une différence de traitement entre elle et la société Köse Cleaning, celle-ci ayant obtenu le lot 2 du marché alors que, comme la requérante, elle ne satisfaisait pas aux critères imposés par le guide de sélection pour se le voir attribuer. À supposer que la thèse de la requérante soit exacte, ce qui, à ce stade, n'est pas établi, ce grief ne pourrait de toute façon pas être retenu, au motif qu'il n'y a pas d'égalité dans l'illégalité. Le principe d'égalité ne se rapporte qu'à l'application adéquate de la loi, non à la violation de celle-ci, avec cette conséquence que ce principe ne saurait être invoqué pour revendiquer une décision illégale de l'autorité. Comme le relève la partie adverse, la requérante ne peut tirer aucun droit d'une situation prétendument irrégulière.

Quant aux exigences sociales et environnementales qui seront intégrées dans le nouveau cahier spécial des charges et seront imposées aux futurs attributaires des lots 1 et 3 du marché, à l'exclusion du lot 2 de ce marché déjà attribué à la société Köse Cleaning, il convient de rappeler qu'au moment de l'attribution de ce lot, la partie adverse n'avait pas encore pris la décision de revoir les aspects sociaux et environnementaux de ses contrats de nettoyage (cf. premier moyen). Il ne peut être reproché à la partie adverse de faire évoluer ses exigences sociales et environnementales d'un marché public à un autre. Quant à la société Köse Cleaning, elle devra, comme les autres soumissionnaires, satisfaire aux spécifications qui seront prévues dans le nouveau cahier spécial des charges si elle veut se voir attribuer les lots 1 et 3 du marché.

Le deuxième moyen, en sa deuxième branche, n'est pas sérieux.

VI. Confidentialité

La partie adverse demande le maintien de la confidentialité de la demande de participation déposée par la requérante dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux « pour garantir le principe de libre concurrence et le secret des affaires ». Il s'agit de la pièce 7 du dossier administratif. Elle ajoute

également solliciter la confidentialité du « procès-verbal de la réunion d’audit », des « documents relatifs à la procédure d’attribution du conseiller externe », de « [l]a présentation sur la stratégie CRS au sein de la SNCB présentée au comité de direction » et du « *Procurement Report* du trimestre 2021 », en justifiant sa demande comme il suit :

« 103. Le procès-verbal de la réunion du comité d’audit est un document interne à la SNCB qui n’a pas vocation à être partagé avec des tiers. Il contient des informations sensibles sur les forces, mais aussi sur les faiblesses de la SNCB en tant que société publique. Il contient également des propos tenus par des administrateurs de la SNCB qui n’ont pas donné leur accord à la diffusion de leur propos. La SNCB a reproduit dans sa note, les parties pertinentes et non confidentielles de ce procès-verbal.

104. Les documents relatifs à la procédure d’attribution du conseiller externe doivent aussi être gardés confidentiels. Ces documents visent à désigner un conseiller externe qui sera en charge non seulement d’assister la SNCB dans le cadre de la rédaction d’un nouveau cahier des charges, mais également à définir la politique de vérification de la SNCB du respect de la législation sociale. La SNCB ne souhaite pas partager ces informations avec la partie requérante ou avec d’autres potentielles parties intervenantes, qui sont directement concernées par ces contrôles.

105. La présentation sur la stratégie CSR au sein de la SNCB présentée au Comité de Direction de la SNCB contient des informations confidentielles sur la stratégie interne de la SNCB en termes de CSR. Cette stratégie concerne en outre les prestataires de services qui travaillent pour la SNCB, tels que Jette Clean qui ne pourrait pour cette raison y avoir accès.

106. Le *Procurement Report* du trimestre 2021 contient des informations confidentielles relatives à la stratégie interne de la SNCB, relatives à ses statistiques en termes de dépenses, d’économies, etc. Ces informations ne pourraient en aucun cas être communiquées ».

Il s’agit des pièces 28 à 30 ainsi que 32 et 33 du dossier administratif.

La requérante formule la même demande pour la demande de participation et l’offre qu’elle a déposées dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux. Il s’agit des pièces 8 et 11 annexées à la requête.

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

VII. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une « indemnité de procédure » sans en préciser le montant. Il y a lieu de faire droit à cette demande et lui accorder une indemnité de procédure limitée au montant de base de 700 euros.

**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 7, 28 à 30 ainsi que 32 et 33 du dossier administratif et les pièces 8 et 11 annexées à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 16 juillet 2021 par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret