

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

n° 251.776 du 7 octobre 2021

A. 234.573/VI-22.155

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

contre :

la Commission Communautaire française,
en abrégé COCOF,
ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR et Léa TREFON, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles.

Partie requérante en intervention :

la société anonyme JETTE CLEAN,
ayant élu domicile chez
M^{es} Aurélien VANDEBURIE et
Jorien VAN BELLE, avocats,
boulevard Bischoffsheim 33
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 17 septembre 2021, la société anonyme Köse Cleaning demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la partie adverse du 31 août 2021 relative à l'attribution du 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" (ci-après le "Marché litigieux"), en son lot 1 ("nettoyage de bâtiments sur le campus du Ceria").

Plus précisément, la partie requérante demande la suspension, selon la procédure en extrême urgence, de la décision du 31 août 2021 par laquelle la partie adverse a

décidé (i) de retirer la décision du 28 avril 2021 relative à l'attribution du lot 1 à la partie requérante, (ii) de déclarer l'offre de la partie requérante pour ce lot comme irrégulière et nulle et (iii) d'attribuer le lot 1 à Jette Clean ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 17 septembre 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 octobre 2021.

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

Par une requête introduite le 30 septembre 2021, la société anonyme Jette Clean 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. David De Roy, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Louise Galot, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Virginie Dor et Léa Trefon, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Jorien Van Belle, avocat, comparaissant pour la requérante en intervention, ont été entendues en leurs observations.

M. Lionel Renders, 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. Exposé des faits

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

« 1. La partie requérante – Köse Cleaning – est une entreprise ayant notamment pour objet social le nettoyage, ainsi qu'il ressort de ses statuts [...].

A. Le Marché litigieux

2. Le 22 octobre 2020, la partie adverse a publié au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications un avis relatif à 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".

3. Le marché litigieux est divisé en 5 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".

4. Le présent recours porte sur le lot 1 "Nettoyage de bâtiments sur le campus du Ceria".

5. Le marché, dont le montant dépasse le seuil de publication européenne, a été passé par le biais de la procédure ouverte.

6. Le cahier spécial des charges [...] prévoit quatre critères d'attribution, applicables pour les lots 1 à 4.

7. Ces critères sont libellés comme suit :

N°	Critères d'attribution	Pondération
1	<p>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 »).</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>Nombre annuel d'heures de prestations</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 : règle de trois : score offre = (nombre annuel d'heures de l'offre analysée / nombre annuel d'heures de prestation).</p>	30/100

3	<p>Taux horaire</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> <p>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></p>	10/100
4	<p>Respect de l'environnement</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 => 10 points seront attribués à la société A pour ce critère ;</p> <p>Société B : 90 % des produits répondent aux critères de l'écolabel européen => 9 points seront attribués à la société B pour ce critère ; Société C : 85% des produits répondent aux critères de l'écolabel européen => 8,5 points seront attribués à la société C pour ce critère.</p>	10/100

8. 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.

9. En ce qui concerne l'examen de la normalité du prix de l'offre de la partie requérante, à qui sera attribué le marché pour le lot 1 dans un premier temps, le rapport d'analyse des offres du 27 avril 2021 contenait 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 1A. 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 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 mentionne 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 propose 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 2 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 constaté sur cette question pour le lot 1.
[...]

L'offre de la société Köse Cleaning est régulière pour les lots 1 et 4, tous les documents sont joints à l'offre".

10. Le Rapport d'analyse des offres du 27 avril 2021 conclut au classement suivant pour le lot 1 :

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

B. Première décision d'attribution du 28 avril 2021

11. Par une décision du 28 avril 2021 [...], la partie adverse a, dès lors, décidé d'attribuer le lot 1 du Marché litigieux à Köse Cleaning.

12. Cette décision a été attaquée dans le cadre d'un recours en suspension selon la procédure en extrême urgence par Jette Clean SA.

13. Dans l'arrêt n°251.233 du 8 juillet 2021 [...], le Conseil d'État a conclu à la suspension de la décision du 28 avril 2021 dans les termes suivants :

“ 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'arrêt royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques”.

14. Il est à souligner que votre Conseil ne s'est, dès lors, pas prononcé sur l'argument invoqué par la partie requérante (en qualité de partie intervenante dans le recours précité) selon lequel son taux horaire serait normal. Votre Conseil s'est limité à considérer que, dans la mesure où la partie adverse a considéré que le taux horaire offert par la partie requérante était apparemment anormalement bas, elle ne pouvait pas accepter la justification fournie par la partie requérante, cette justification, à elle seule, n'étant pas suffisante.

15. La requérante souligne également qu'elle ne remet pas en question dans le présent recours cette considération du Conseil d'État. Ainsi qu'il ressort des considérations ci-après, la requérante développe dans le présent recours l'argument selon lequel elle n'avait pas à justifier son prix étant donné que son prix était normal. Par conséquent, la question de savoir si la justification était suffisante ou non n'est pas pertinente.

C. Deuxième décision d'attribution du 31 août 2021 (la Décision attaquée)

16. A la suite de l'arrêt du Conseil d'État précité, la partie adverse a pris une nouvelle décision en date du 31 août 2021 [...]. Par le biais de cette décision, la partie adverse a décidé (i) de retirer la décision du 28 avril 2021 relative à l'attribution du lot 1 à la partie requérante, (ii) de déclarer l'offre de la partie requérante pour ce lot comme irrégulière et nulle et (iii) d'attribuer le lot 1 à Jette Clean.

17. Cette décision est motivée comme suit :

“ 6.2. Analyse du caractère normal des prix

6.2.1 Développement

[...]

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 1A.

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 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'.

Suite à l'arrêt n° 251.233 du Conseil d'Etat du 8 juillet 2021, il apparaît que ces justifications ne peuvent être considérées comme suffisantes et complètes pour justifier le taux horaire anormalement bas de Köse Cleaning. En effet, pour justifier le taux horaire que le pouvoir adjudicateur considérerait comme étant apparemment anormalement bas, les justifications de la société Köse Cleaning portent uniquement sur son intention de recourir à l'engagement de personnel sous statut spécial subsidié, tout en indiquant qu'il lui était impossible de déterminer la proportion de travailleurs qui seraient engagés sous un tel statut. Or, le fait de recourir à l'engagement de personnel sous statut subsidié constitue en réalité, en l'espèce une obligation prescrite à tous les soumissionnaires par le cahier spécial des charges (II.13.5.2 Clause sociale) :

‘ 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'.

L'offre de Köse Cleaning ne contient par ailleurs pas d'élément supplémentaire de nature à justifier les prix apparemment anormalement bas. En effet, une décomposition des prix ne peut pas suffire à renverser l'anormalité apparente. Par ailleurs, comme l'a fait remarquer le Conseil d'Etat, le fait d'engager des travailleurs pour lesquels les charges patronales sont réduites constitue en réalité une donnée applicable à tous les soumissionnaires, en vertu du Cahier spécial des charges. En conclusion, l'offre de la société Köse Cleaning présente des prix anormaux non suffisamment justifiés pour les lots 1 à 4 et est par conséquent affectée d'une irrégularité substantielle. Elle est déclarée nulle et doit être écartée.

En conclusion, l'offre de la société Köse Cleaning présente des prix anormaux non suffisamment justifiés pour les lots 1 à 4 et est, par conséquent, affectée d'une irrégularité substantielle pour les lots 1 à 4. Elle est déclarée nulle et doit être écartée pour les lots 1 à 4”.

18. Il s'agit de la Décision attaquée dans le cadre du présent recours ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 30 septembre 2021, la société anonyme Jette Clean demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire 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. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique, « pris de la violation [...] du principe de transparence prévu à l'article 4 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après, la "Loi relative aux marchés publics"), de l'article 81 de la Loi relative aux marchés publics ; des articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après, l'"AR Passation") ; des articles 2 et 3 de la Loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, du principe de motivation matérielle des actes administratifs, des principes de minutie et de diligence en tant que principes de bonne administration, du principe général de saine concurrence, de l'erreur manifeste d'appréciation ». Elle l'expose comme suit :

« 27. Les principes et dispositions énumérés ci-dessus sont violés en ce que :

- La partie adverse a déclaré le taux horaire remis par la partie requérante pour le lot 1 comme étant apparemment anormal et a, dès lors, demandé des justifications sur la composition de ce prix qu'elle a considérées ensuite comme incomplètes et insuffisantes et a, dès lors, déclaré l'offre de la partie requérante pour le lot 1 irrégulière et nulle.
- Après avoir déclaré l'offre de la partie requérante irrégulière, elle a attribué le marché à Jette Clean SA ;

Alors que :

- La partie adverse ne motive pas pourquoi elle a considéré le taux horaire de la partie requérante comme apparemment anormalement bas et a engagé, dès lors, la procédure de vérification de prix. En outre, la partie adverse n'a pas fait preuve de transparence à ce sujet dans ses demandes de justification de prix envoyées à la partie requérante (première branche) ;
- En tout état de cause, dans la mesure où le taux horaire remis par la partie requérante n'était pas apparemment anormalement bas, aucune justification n'aurait dû être fournie par la partie requérante, et la partie adverse n'aurait pas dû conclure à l'anormalité du taux horaire sur la seule base que cette justification n'était pas suffisante. En outre, le lot 1 aurait dû être attribué à la

partie requérante étant donné qu'elle avait présenté l'offre économiquement la plus avantageuse pour le lot 1 (deuxième branche).

2. Développement du moyen

a. Généralités

28. L'article 35 de l'AR Passation prévoit que :

“ Le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Pour ce faire, il peut, conformément à l'article 84, alinéa 2, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires”.

29. L'article 36, §§ 1 à 3 de l'AR Passation prévoit que:

“ § 1^{er}. Lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix ou des coûts effectuée conformément à l'article 35, le pouvoir adjudicateur procède à un examen de ces derniers. Lorsqu'il est fait usage de la procédure concurrentielle avec négociation, la procédure négociée directe avec publication préalable et la procédure négociée sans publication préalable, l'examen se fait sur la base des dernières offres introduites, ce qui n'empêche nullement que le pouvoir adjudicateur puisse déjà procéder à cet examen à un stade antérieur de la procédure.

§ 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée. La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.

Les justifications concernent notamment:

1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;

2° les solutions techniques choisies ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;

3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

4° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Lors de l'examen des prix ou des coûts visé à l'alinéa 1^{er}, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi, applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale.

Le pouvoir adjudicateur n'est toutefois pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables.

Si nécessaire, le pouvoir adjudicateur interroge à nouveau le soumissionnaire par écrit. Dans ce cas, le délai de douze jours peut être réduit.

§ 3. Le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et:

1° soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;

2° soit constate que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;
3° soit motive dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal.

Le pouvoir adjudicateur écarte également l'offre s'il établit que son montant total est anormalement bas parce qu'elle contrevient aux obligations en matière de droit environnemental, social ou du travail, visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi et ce, en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée. Lorsque l'offre contrevient aux obligations applicables dans le domaine du droit social fédéral ou du droit du travail fédéral, le pouvoir adjudicateur le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 2.

Dans le cadre de l'évaluation, le pouvoir adjudicateur peut également tenir compte d'informations qui ne proviennent pas du soumissionnaire. Ces données sont soumises au soumissionnaire afin de lui permettre d'y réagir.

Si le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre paraît anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire, il ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le pouvoir adjudicateur qui écarte une offre dans ces conditions le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 3. Le présent alinéa n'est applicable que pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne”.

30. Il ressort clairement des dispositions ci-dessus que le pouvoir adjudicateur procède à un examen des prix conformément à l'article 36 de l'AR Passation seulement lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix ou des coûts effectuée conformément à l'article 35 de l'AR Passation. En d'autres termes, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent appliquer la procédure prévue à l'article 36 de l'AR Passation et demander des justifications supplémentaires sur la composition du prix que si, lors de l'examen effectué en vertu de l'article 35 de l'AR Passation, le prix du soumissionnaire semble anormal.

31. En dehors du cas de la présomption légale de l'article 36§4 de l'AR Passation, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider si un prix semble (ou non) anormal et engager (ou non) la procédure pour prix apparemment anormaux prévue à l'article 36 de l'AR Passation. Le Conseil d'Etat ne peut se substituer au pouvoir adjudicateur dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation mais peut, sur demande, vérifier notamment si l'appréciation qui a été faite par le pouvoir adjudicateur à cet égard a été faite avec les soins requis et repose sur des motifs suffisamment convaincants et solides .

32. Il faut également rappeler que lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation (comme c'est le cas ici), l'obligation de motivation est renforcée.

33. Il est évident que cette obligation de motivation existe aussi bien dans le cas où le pouvoir adjudicateur décide de ne pas enclencher la procédure d'examen des prix prévu à l'article 36 de l'AR Passation que dans le cas inverse, à savoir lorsqu'il décide de faire appel à la procédure d'examen de prix. Cette motivation doit tout au moins se trouver dans le dossier administratif.

34. De plus, ainsi qu'il est confirmé par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, le pouvoir adjudicateur doit faire preuve de transparence vis-à-vis de l'adjudicataire quand il l'interroge sur ses prix :

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

35. En d'autres mots, quand il interroge le soumissionnaire dans le cadre de l'art. 36 de l'AR Passation, le pouvoir adjudicateur doit communiquer au soumissionnaire de façon précise pourquoi et sur quels points son offre est considérée comme apparemment anormalement basse, et doit dès lors le cas échéant communiquer quel seuil a été retenu afin de considérer le prix (total et/ou unitaire) comme apparemment anormalement bas.

b. Première branche : En considérant que le taux horaire remis par la partie requérante pour le lot 1 du Marché litigieux était apparemment anormal et que la procédure prévue à l'article 36 § 2 de l'AR Passation devait être enclenchée, sans qu'aucune motivation ne soit fournie à cet égard et sans transparence vis-à-vis de la partie requérante, la partie adverse a violé l'obligation de motivation matérielle et formelle et le principe de transparence

36. Il ressort des pièces du dossier administratif dont la partie requérante dispose, et notamment des courriers que la partie adverse a envoyés à la partie requérante en vertu de l'article 36 § 2 AR Passation et de la Décision attaquée, que, à aucun moment et à aucun endroit, la partie adverse n'explique pourquoi elle a considéré, lors de l'examen des prix réalisés dans le cadre de l'article 35 de l'AR Passation, que le taux horaire de Köse Cleaning 'semblait anormal'.

37. La partie adverse déclare tout simplement que le taux horaire de la partie requérante est considéré comme apparemment anormalement bas, sans aucune motivation.

38. Par ailleurs, la demande de justifications formulée en vertu de l'article 36 § 2 de l'AR Passation quant au taux horaire (i.e. le courrier du 16 mars 2021 adressé à la requérante – Pièce A.6) ne mentionne nulle part quel est “le seuil d'anomalie” applicable en l'espèce, ni quels sont “les points précis qui ont suscité des interrogations de la part du pouvoir adjudicateur” quant à la normalité du taux horaire de la requérante pour le lot 1.

39. Il ressort de ce qui précède que la partie adverse a violé manifestement les principes de motivation matérielle et de transparence.

40. Comme la motivation et la transparence ont fait cruellement défaut, la partie adverse ne pouvait pas demander des justifications à la partie requérante (violation de l'article 36 § 2 de l'AR Passation), et ne pouvait dès lors pas non plus conclure à l'insuffisance de cette justification pour déclarer ensuite l'offre de la partie requérante comme substantiellement irrégulière (violation de l'article 36 § 3 de l'AR Passation).

41. En d'autres termes, rien que pour ces seuls motifs, Votre Conseil devrait prononcer la suspension de la Décision attaquée. Toutefois, pour autant que de besoin, la partie requérante expliquera dans la deuxième branche qu'il n'y a pas question d'un prix (apparemment) anormalement bas.

42. La première branche du moyen unique est, dès lors, sérieuse.

c. Deuxième branche : En considérant le taux horaire de la partie requérante comme (apparemment) anormalement bas, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation. Le taux horaire de la partie requérante n'étant pas anormal, la partie requérante ne devait pas et ne pouvait pas demander une justification. En tout état de cause, la partie adverse ne pouvait pas conclure à l'irrégularité substantielle de l'offre de la partie requérante pour le seul motif que la justification de la partie requérante ne suffisait pas ; le lot 1 aurait dû être attribué à la partie requérante étant donné qu'elle avait présenté l'offre économiquement la plus avantageuse pour le lot 1.

43. Pour autant que la partie adverse fournirait des motifs pour démontrer que le taux horaire de la requérante serait apparemment anormalement bas, et pour autant que ces motifs se trouveraient dans le dossier administratif (les motifs ne se trouvant pas dans le dossier administratif devant être rejetés d'office), la partie requérante fait valoir ce qui suit.

44. Premièrement, le taux horaire remis par la requérante pour le lot 1 ne peut pas être considéré comme (apparemment) anormalement bas. En effet, le taux horaire de la requérante est tout à fait aligné aux taux horaires remis par les autres soumissionnaires déclarés réguliers.

45. En effet, il ressort de la première décision d'attribution du 28 avril 2021 que les taux horaires des cinq soumissionnaires dont l'offre a été déclarée régulière sont les suivants :

- Cleaning Masters : 25,40 EUR HTVA
- GOM : 30,19 EUR HTVA
- Jette Clean : 27,69 EUR HTVA
- Köse Cleaning : 24,48 EUR HTVA
- Misanet : 24,00 EUR HTVA

46. La moyenne étant de 25,85 euros, le taux horaire de Köse Cleaning n'était que de 5,3% en dessous de cette moyenne .

47. Une déviation de la moyenne de seulement 5,3% ne peut être considérée comme anormale.

48. Deuxièmement, le fait que le taux horaire de Köse Cleaning était inférieur au prix de revient calculé par l'Union générale belge du nettoyage ("UGBN") pour la catégorie de travailleurs en question (1 A) ne signifie pas non plus qu'il pouvait être considéré comme anormalement bas.

49. En effet, le prix de revient tel qu'indiqué dans le manuel de l'UGBN est uniquement une estimation qui est calculée, entre autres, sur la base des cotisations sociales maximales et sur la base de la moyenne sectorielle pour les charges patronales. Il n'est en aucun cas un plafond minimum en dessous duquel les taux horaires ne peuvent jamais descendre.

50. Il est évident que le simple fait que le taux horaire se trouve en dessous de la moyenne du secteur ne suffit pas pour considérer qu'il est anormal. Une "moyenne" signifie par définition que la moitié des taux horaires du secteur se trouve en dessous de cette moyenne. Le fait qu'un taux se trouve dans cette moitié (en-dessous de la moyenne) ne peut évidemment pas en soi être considéré comme anormal.

51. L'UGBN souligne, d'ailleurs, elle-même que le simple fait qu'un prix est inférieur à la moyenne qu'elle indique comme prix de revient, ne signifie pas en soi que ce prix semble anormal :

“ L'UGBN constate que les moyennes du secteur sont régulièrement mentionnées dans les spécifications du cahier spécial des charges comme étant le prix minimum en dessous duquel le prix offert est considéré comme apparemment anormal. Toutefois, l'UGBN souligne que le simple fait qu'un prix soit inférieur à la moyenne ne signifie pas en soi qu'il semble anormal. Au contraire, il convient de prendre comme point de départ la norme légale selon laquelle les prix totaux qui s'écartent de plus de 15 % des prix totaux moyens sont considérés comme apparemment anormaux”.

52. Pour autant que ce taux horaire moyen calculé par l'UGBN puisse toutefois être considéré comme un taux de référence (quod certe non), il échet de constater que le taux horaire proposé par Köse Cleaning n'est que 10,65 % en dessous de ce taux-là, ce qui ne peut a priori pas être considéré comme un prix anormalement bas.

53. Troisièmement, la constatation de votre Conseil dans l'arrêt n° 8 juillet 2021 que la justification fournie par la partie requérante pourrait, en principe, être fournie par tous les soumissionnaires confirme précisément que la partie requérante a calculé son taux horaire de façon tout à fait normale.

54. Son prix étant tout à fait similaire aux prix des autres soumissionnaires, la partie requérante ne pouvait (et ne devait) pas fournir une justification que d'autres soumissionnaires ne sauraient pas fournir. La constatation de votre Conseil est dès lors correcte, mais pas pertinente dans le cadre du présent recours.

55. Il est évident que la partie requérante ne saurait pas justifier une déviation anormale qui n'existe pas...

56. Pour autant que de besoin, la partie requérante tient à souligner que la déviation (minime et normale) qui peut être constatée au niveau de son tarif horaire pour le lot 1 par rapport au taux horaire des autres soumissionnaires, peut se justifier par les éléments suivants (liste non exhaustive):

- 1) les frais généraux ;
- 2) le prix du matériel et des produits ;
- 3) politique de recrutement variable ;
- 4) politique tarifaire de chaque société (marges bénéficiaires variables) etc.

57. Il ressort de ce qui précède que la considération de base de la partie adverse selon laquelle le taux horaire proposé par la partie requérante serait anormalement bas repose sur une erreur manifeste d'appréciation. En outre, cela démontre aussi que l'offre de la partie requérante n'a pas été étudiée avec la diligence et la minutie requises.

58. Selon la requérante, le fait de déclarer – de manière illégale – un prix comme anormalement bas porte également atteinte aux principes d'égalité et de non-discrimination entre soumissionnaires, mais également, de manière plus générale, au principe de concurrence saine sur le marché.

59. Par ailleurs, étant donné que la partie adverse ne motive pas, et en tout cas pas de manière suffisante et adéquate, l'existence d'un prix apparemment anormalement bas (voir supra), la partie adverse n'était pas en droit de demander une justification à la partie requérante (violation de l'article 36 § 2 de l'AR Passation) et de conclure à l'irrégularité substantielle de l'offre de la partie requérante sur le seul fondement que la justification donnée par la partie requérante serait insuffisante (violation de l'article 36 § 3 de l'AR Passation). Dans la mesure où le taux horaire remis par la requérante pour le lot 1 n'était pas anormal, la partie requérante ne pouvait et ne devait pas justifier son taux horaire.

60. Enfin, s'il n'y avait pas la Décision attaquée déclarant son offre pour le lot 1 irrégulière et nulle, la partie requérante serait l'attributaire du lot 1 dans la mesure où son offre est l'offre économiquement la plus avantageuse pour ce lot. La partie adverse viole, dès lors, également l'article 81 de la Loi relative aux marchés publics.

61. Il ressort de ce qui précède que la deuxième branche du moyen unique est sérieuse ».

À l'audience du 4 octobre 2021, la requérante a insisté sur ce que, au titre de la première branche du moyen, elle n'invoquait pas uniquement une méconnaissance, par la partie adverse, de ses obligations en matière de motivation formelle, pour ce qui concerne la demande de justification de prix qui lui avait été adressée, mais dénonçait également une violation du principe de transparence consacré par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. À propos de la seconde branche, elle a, en substance, identifié ce qu'elle estime être des contradictions que révèlent les argumentations respectivement soutenues par la partie adverse au cours de la présente procédure, d'une part, et de celle qui a donné lieu à l'arrêt n° 251.233 du 8 juillet 2021, d'autre part.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la première branche

En sa première branche, le moyen reproche à la partie adverse de ne pas motiver pourquoi elle a considéré comme apparemment anormal le taux horaire proposé par la requérante pour le lot 1 et a, partant, demandé à celle-ci une justification de prix. Elle fait, en outre, valoir qu'une telle manière de procéder méconnaît le principe de transparence consacré par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

La requérante n'indique pas les dispositions ou principes desquels – parmi ceux dont elle invoque la violation – se déduirait une obligation de motivation formelle de la décision de retenir l'apparence d'anormalité du taux horaire proposé et, partant, de demander une justification de prix.

Par ailleurs, le principe de transparence consacré par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 précitée impose au pouvoir adjudicateur qui invite un soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme apparemment anormal de formuler sa demande de justification d'une façon suffisamment intelligible que pour permettre à un soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent de comprendre la

portée de cette demande et d'interpréter celle-ci de la même manière que le pouvoir adjudicateur.

En l'espèce, le courrier de demande de justification adressé à la requérante le 16 mars 2021 invite notamment celle-ci à soumettre à la partie adverse, 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) ». Par ces indications, la partie adverse a clairement laissé entendre à la requérante ce qu'elle attendait de celle-ci pour répondre à sa demande de justification de prix à propos de ce poste litigieux. *Prima facie*, il n'apparaît pas que la demande de justification écrite emporterait un risque de favoritisme ou d'arbitraire de la part de la partie adverse et la requérante n'expose pas concrètement en quoi, telle que libellée, la demande de justification ne lui aurait pas permis de répondre utilement à l'invitation de la partie adverse.

Le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa première branche.

B. Quant à la seconde branche

En sa seconde branche, le moyen reproche à la partie adverse d'avoir considéré que le taux horaire proposé par la requérante présentait une apparence d'anormalité, de sorte qu'il n'y avait lieu ni d'inviter la requérante à justifier ce taux, ni de conclure à l'anormalité de celui-ci en raison d'une justification insuffisante.

Lors de la procédure de vérification des prix ou des coûts régie par les articles 33 à 37 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le pouvoir adjudicateur bénéficie d'une latitude, notamment pour déterminer les prix à propos desquels il estime opportun de solliciter des justifications. Dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation, seule une erreur manifeste peut être censurée, erreur qu'il incombe au requérant de démontrer.

Avant tout, il se comprend, à la lecture du courrier de demande de justifications adressé à la requérante le 16 mars 2021, que la partie adverse a pris en considération, pour adresser cette demande et en formuler les termes, la comparaison entre le taux horaire proposé par la requérante et la référence UGBN, ainsi que le taux horaire minimum pour le personnel de nettoyage relevant de la catégorie de 1A (CP 121). Ceci constitue, *prima facie*, un élément qui a incité la partie adverse à déceler une apparence d'anormalité ; ce motif est bien révélé par le dossier administratif, contrairement à ce que laisse entendre le point 43 de la requête.

Par ailleurs, les trois arguments exposés aux points 44 à 55 de la requête appellent les considérations qui suivent : en prenant notamment appui sur l'écart que présentait le taux horaire offert par la requérante par rapport à la référence UGBN, la partie adverse n'a pas – contrairement à ce que laisse entendre le point 48 de la requête – estimé que ce taux était nécessairement anormal, mais qu'il présentait une apparence d'anormalité suffisante pour la déterminer à inviter la requérante à le justifier. De ce que l'existence de cet écart ne suffirait pas en soi – et selon ce que soutient la requérante – à établir le caractère anormal du taux horaire proposé, il ne découle pas qu'une apparence d'anormalité devait être nécessairement exclue aux yeux de la partie adverse. Il ne peut donc, *prima facie*, être reproché à celle-ci d'avoir, pour permettre de prendre sa décision en parfaite connaissance de cause quant aux prix proposés, commis une erreur manifeste d'appréciation en interrogeant la requérante, et ce même en tenant compte, comme celle-ci l'avance, du delta de 5,3 % constaté au regard du taux moyen dont elle fait état. Cet écart de 5,3 % que la requérante présente pour faible n'empêchait, en effet, pas la partie adverse de mobiliser un autre indice d'apparence d'anormalité, révélé par la référence UGBN. Ceci rend, de même, sans pertinence l'argument exposé aux points 53 et 54 de la requête, qui prend également appui sur une proximité du prix proposé par la requérante par rapport à la moyenne de ceux des autres soumissionnaires.

Il doit également être souligné que n'est pas davantage relevant le fait que la requérante pourrait justifier la déviation présentée par son taux horaire, à l'aide de plusieurs éléments, dès lors que le grief formulé par le moyen, en cette branche, porte sur une étape de la procédure de vérification des prix située en amont de celle de la justification de ceux-ci par le soumissionnaire.

S'agissant enfin des contradictions que la requérante a estimé, en termes de plaidoiries, devoir déceler entre les thèses respectivement défendues par la partie adverse en la présente procédure et en la cause référencée A.233.684/VI-22.049, qui a donné lieu à l'arrêt n° 251.233 du 8 juillet 2021, il doit être constaté qu'exposés pour la première fois à l'audience, les arguments tirés de ces prétendues discordances ne pouvaient être débattus dans le respect de la contradiction des débats en extrême urgence. En toute hypothèse, il ne relève pas de l'évidence que la partie adverse aurait adopté des attitudes contradictoires, d'une part en défendant, dans le cadre de la procédure qui a donné lieu à l'arrêt du 8 juillet 2021 précité, son acceptation des justifications de prix fournies par la requérante, et, d'autre part, en faisant valoir, dans le cadre de la présente procédure, que c'est à bon droit qu'elle avait, à un stade antérieur à l'appréciation de ces justifications, invité la requérante à les lui fournir, en raison d'une apparence d'anormalité qui – la requérante ayant été la bénéficiaire de la précédente décision d'attribution du marché litigieux – n'avait alors pas été contestée devant le Conseil d'État.

Pour ces différentes raisons, la requérante échoue à démontrer l'erreur manifeste d'appréciation qu'aurait commise la partie adverse. Le moyen ne peut, en conséquence, être déclaré sérieux en sa seconde branche.

VI. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité des pièces A.5, A.6 et A.7 de son dossier de pièces, ainsi que de son offre telle qu'elle sera produite au dossier administratif.

La partie adverse demande également le maintien de la confidentialité des pièces 6 à 11 (étant les offres, dont celle de la requérante est identifiée comme pièce 6), 12 à 17 et 21 du dossier administratif.

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 et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

À l'audience du 4 octobre 2021, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

Le rejet de la demande de suspension justifie par ailleurs que les dépens liés à l'introduction de cette demande soient laissés à la requérante, tandis que ceux relatifs à l'intervention doivent être mis à la charge de l'intervenante.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme Jette Clean est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A.5, A.6 et A.7 du dossier de la requérante, ainsi que 6 à 17 et 21 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

La partie requérante supporte les autres 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 7 octobre 2021 par :

David De Roy,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy