

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

n° 254.211 du 1^{er} juillet 2022

A. 236.480/VI-22.348

En cause : **la société anonyme JETTE CLEAN,**
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Aurélien VANDEBURIE et
 Lotfi BOUHAYAOUI, avocats,
 boulevard Bischoffsheim 33
 1000 Bruxelles,

contre :

le Port de Bruxelles,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Charles-Henri DE LA VALLÉE
 POUSSIN et Julielle VAN VYVE, avocats,
 Place Eugène Flagey 7
 1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 27 mai 2022, la société anonyme Jette Clean demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 29 avril 2022 de la partie adverse, qui déclare l'offre de la partie requérante irrégulière et attribue le marché public de services n° 1439 ayant pour objet “nettoyage et dépoussiérage des locaux, mobilier, vitres, etc... aux différents bâtiments du Port de Bruxelles” à un autre soumissionnaire ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 30 mai 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 17 juin 2022.

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} Aurélien Vandeburie et Lotfi Bouhyaoui, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Charles-Henri de la Vallée Poussin et Juliette Van Vyve, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, auditeur adjoint 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

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

- « 1. La présente procédure concerne un marché public de services organisé par le Port de Bruxelles ayant pour objet le "nettoyage et dépoussiérage des locaux, mobilier, vitres, etc...aux différents bâtiments du Port de Bruxelles".

Le marché a été passé par procédure négociée avec mise en concurrence préalable, en deux phases.

Le marché est prévu pour une durée initiale d'un an, renouvelable trois fois.

L'estimation du marché pour une année s'élève à 265.000,00 euros.

2. Le 3 janvier 2022, un avis de marché a été publié au Bulletin des Adjudications, sous la référence 2022-500116. Le 7 janvier 2022, un avis de marché a été publié au Journal officiel de l'Union européenne.

3. Le marché est régi par un cahier spécial des charges (ci-après "CSC") , ainsi qu'un guide de sélection et des clauses techniques annexées au CSC, portant le numéro de dossier "1439".

4. Le guide de sélection prévoyait que les candidats devaient compléter le document unique de marché européen (ci-après "DUME") .

Il prévoyait en outre que le pouvoir adjudicateur vérifiait la situation du candidat sur le plan des dettes sociales et fiscales, et s'assurait que le candidat ne tombait sous le coup d'aucun des motifs d'exclusion visés aux articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après "la loi du 17 juin 2016"). Le guide de sélection ne prévoyait aucun critère de sélection.

5. L'article 2.3 du CSC fixait quatre critères d'attribution :

Les critères d'attribution sont les suivants :

Critères	Pondération	Méthode
Le prix total du marché calculé sur base annuelle	60 %	Le critère prix sera évalué comme suit : $P = \text{Pondération du prix} \times (\text{Pr min} / \text{Pr offerte})$ Dont : Pr min = prix le plus bas des offres jugées régulières entrant en ligne de compte pour l'attribution du marché Pr offerte = prix de l'offre analysée P = point octroyés au critère Prix pour l'offre analysée
La méthodologie et l'organisation de travail envisagées en ce compris : - La/les procédure(s) de contrôle de qualité proposée ; - Les indicateurs qualités et performances proposés pour le suivi du marché ; - Le service clientèle proposé.	25 %	Ce critère sera évalué sur la base d'une note méthodologique (max 6 pages A4 reprenant les informations permettant au pouvoir adjudicateur d'évaluer la méthodologie et l'organisation de travail qui entendent être menées.
Caractéristiques environnementales (voir aussi § 2.5 Clause environnementale dans le Clauses Administratives)	10 %	Pour l'évaluation du critère « caractéristiques environnementales », le soumissionnaire remettra une note reprenant les mesures environnementales mises en place au sein de l'entreprise ainsi que durant l'exécution du
		marché (réduction et compensation des émissions de CO ₂ , usage rationnel de l'eau (réduction consommation d'eau potable), système de management environnemental et labels environnementaux de l'entreprise,...).
Considérations d'ordre sociale	5 %	Descriptif et appréciation : Politique de recrutements ou d'inclusion de jeunes chômeurs dans l'entreprise. Le soumissionnaire se verra attribué des points pour toute action réalisée dans un but de promotion de l'emploi vis-à-vis de jeunes chômeurs bruxellois, ainsi que la présentation de tous les moyens mis en œuvre dans la formation et l'insertion socioprofessionnelle de demandeurs d'emplois.

S'agissant de la détermination du prix, le marché est un marché à bordereau de prix et “[s]euls les prix unitaires sont forfaitaires. Les quantités reprises dans le bordereau sont présumées et n’engagent pas le pouvoir adjudicateur”.

Le CSC dispose que “[l]a nature des postes est mentionnée dans l'inventaire récapitulatif joint à l’offre. Le soumissionnaire ne peut pas modifier le caractère d’un poste”.

En outre, il prévoyait la possibilité pour les opérateurs économiques intéressés de poser des questions relatives au marché par le biais du forum ouvert sur e-Tendering.

6. Enfin, les clauses techniques du CSC comprenaient la description des prestations et les procédés et moyens qui devaient être mis en œuvre. Le métré (inventaire) y était annexé .

Les clauses techniques comprenaient notamment les exigences suivantes :

“ 1.2. Horaires

L’entrepreneur doit impérativement tenir compte des plages horaires définies pour certains bâtiments. Lorsque aucune plage n’est spécifiée pour un bâtiment, l’entrepreneur doit exécuter ses tâches entre 6.30 heures et 19.00 heures, mais toujours en tenant compte des impératifs commerciaux, hygiéniques et de la fréquentation des locaux.

Plage horaire pour le siège social et son annexe (place des Armateurs, 6 et avenue du Port, 57) : de 16H00 à 19H00.

Plage horaire pour les bureaux de la Capitainerie au centre administratif de l’avant-port (rue de l’avant-port, 2) : de 8H00 à 12H00.

Plage horaire pour les communs et les sanitaires du centre administratif de l’avant-port (bâtiment de la Capitainerie) : de 8H00 à 12H00.

Plage horaire pour les communs des locaux, bâtiments, bureaux ou entrepôts mis à la disposition de la Douane (TIR Bât A): de 8H00 à 12H00.

Plage horaire pour le bâtiment TRW : (av du Port, 100) : de 6.30H à 12H00.

Plage horaire pour les nettoyages dans les bâtiments TIR. : de 6.30H à 12H00 et de 13H00 à 16H00.

Aucune tâche de nettoyage ne pourra être exécutée avant 6.30h le matin ni après 19h00 que ce soit par l’entrepreneur principal ou par un de ses éventuels sous-traitants, y compris le nettoyage des vitres.

Sauf dérogation exceptionnelle motivée par la nature ou les impératifs d’occupation des locaux, les nettoyages se font du lundi au vendredi inclus, excepté les jours fériés.

Lors de périodes de congé programmées par l’administration portuaire (donc en dehors des jours de congé légaux), soit le nettoyage sera maintenu pour des tâches routinières et/ou exceptionnelles, soit le nettoyage sera supprimé, ce dont le gestionnaire du Port de Bruxelles est seul juge.

En cas de suppression des travaux, un décompte en moins sera appliqué.

(...)

2.2.1 Moyens humains

L’entrepreneur constitue les équipes pour chaque bâtiment avec suffisamment de personnel afin que tous les travaux prévus soient, dans chaque cas, complètement et parfaitement exécutés à la fin de la plage horaire déterminée au présent CSC.

Le personnel de nettoyage, sans exception, devra s’exprimer correctement en français ou en néerlandais.

Le personnel de nettoyage prévu devra être actif durant toute la plage horaire imposée, sans être écrasé par la tâche, pour accomplir les travaux requis par le présent CSC

Au cas où le résultat ne donnerait pas satisfaction à cause d'un personnel insuffisant, l'entrepreneur devra augmenter en personnel l'équipe déficiente. Le personnel de l'entrepreneur doit être stylé et ne doit pas causer de bruit inutile ou excessif (radios, cris, ...). Il devra porter une tenue au nom de l'entreprise.

Clause additionnelle pour le siège social et son annexe (place des Armateurs, 6 et avenue du Port, 57) :

L'équipe de nettoyage pour les travaux quotidiens doit se composer d'AU MOINS SIX personnes qualifiées pour les tâches demandées. Ces personnes devront être actives et présentes sur le lieu de travail durant toute la plage horaire prévue.

Si une personne est manquante, elle devra être remplacée par une autre dont le nom sera inscrit dans le livre des remarques.

Cette clause est impérative, le non-respect de celle-ci entraînera la fin du contrat de plein droit, ainsi qu'un décompte en moins en faveur du Port de Bruxelles, proportionnellement à la diminution des prestations effectuées avec l'équipe diminuée, par rapport aux prestations qui auraient dû être réalisées conformément au CSC avec une équipe complète.

Ainsi, à titre d'exemple, s'il manque deux nettoyeurs sur les six prévus durant une journée de travail, cette journée fera l'objet d'un décompte en moins correspondant à 1/3 des prestations.

fournitures de cantine, les douches, ou autres facilités qui seraient disponibles sur les lieux de travail, à l'exception des toilettes.

Clause additionnelle pour les bâtiments du Centre TIR : l'équipe de nettoyage par journée de travail doit être composée de TROIS personnes au moins...

Clause additionnelle pour le bâtiment de la Capitainerie (Centre administratif de l'avant-port) : l'équipe de nettoyage quotidienne doit être composée d'une personne au moins présente sur le lieu de travail durant toute la plage horaire prévue. Cette personne devra être pourvue d'une habilitation sécurité spéciale délivrée après formation par le Capitaine du Port de Bruxelles ou son adjoint. Cette habilitation lui permettra également d'intervenir sur les ouvrages d'art. Les interventions prévues pour les ouvrages d'art à un rythme de 4 passages mensuels sont, par passage :

- 2h pour le Pont de Buda,
 - 3h pour l'écluse d'Anderlecht
 - 3h pour l'écluse de Molenbeek
- (...)

3.12.4. Cabines des écluses et des ponts mobiles

(...)

Toutes les tâches à effectuer dans ces locaux doivent être exécutés par du personnel qualifié disposant d'un brevet BA4 pour les dangers de l'électricité et d'une habilitation spéciale délivrée par la Capitainerie, sachant travailler dans des locaux techniques où existe un risque électrique.

(...)

5.10 Placement Ladybox

L'emplacement (34) des Ladybox aux différents bâtiments et ouvrages d'art dans les WC femmes avec détecteur de présence.

La société passe CHAQUE MOIS dans tous les ouvrages d'art pour changer les poubelles.

Mesurage : Pièces

QUANTITE PRESUMEE (QP) ».

Le métré comprend, notamment, les postes suivants :

Post(e)	Description des prestations	(...)	Quantité présumée	Unité	Fréquence présumée annuelle
(...)					
1.19	<i>Vider les poubelles "ladies box"</i>	(...)	5	PC	246
(...)					
1.32	<i>Laver les vitres des portes, les cloisons vitrées, les dalles en verre</i>	(...)	252	m²	4
(...)					
1.42	<i>Nettoyer les tapis</i>	(...)	38	m²	1
1.43	<i>Nettoyer lino</i>	(...)	1132	m²	1

7. La date limite de réception des demandes de participation était fixée le 3 février 2022, à 10h.

Le 3 février, avant cette échéance, la requérante a introduit une demande de participation.

8. Le 11 février, la requérante a été informée qu'elle était sélectionnée et invitée à déposer une offre au plus tard le 24 février 2022 à 11h :

“ Dans le cadre du marché 1439 - Nettoyage lancé par le Port de Bruxelles, votre entreprise a remis un dossier de candidature pour participer à la deuxième phase de la procédure. Nous avons le plaisir de vous informer que vous êtes sélectionnés. Vous pouvez désormais remettre votre meilleure offre pour le 24/02 à 11h. Les documents du marché sont accessibles via la plateforme”.

La requérante a déposé son offre le 24 février 2022, avant l'échéance.

9. Par un courrier recommandé du 12 mai 2022, la partie adverse a informé la requérante que son offre n'était pas retenue :

CONCERNE: Cahier spécial des charges n° 1439- Nettoyage et dépoussiérage des locaux mobiliers vitres etc aux différents bâtiments du Port de

Chère Madame, cher Monsieur,

Nous avons le regret de vous informer que le Conseil d'administration du Port de Bruxelles, en sa séance du 29 avril 2022, n'a pas retenu votre offre pour le marché susmentionné.

Conformément à l'article 8 §1er 2° de la loi du 17 juin 2013 concernant la motivation, l'information et les voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, vous trouverez ci-joint un extrait de la décision motivée.

Cette décision est recevable pour une demande de suspension auprès du Conseil d'État, Rue de la Science, 33 à 1040 Bruxelles, dans un délai de 15 jours à compter du lendemain de l'envoi de la décision motivée aux soumissionnaires concernés, conformément à l'article 11 de la loi du 17 juin 2013 précitée.

Si vous souhaitez introduire une demande de suspension, vous devez nous en informer dans le même délai par fax, courrier électronique ou tout autre moyen électronique à l'adresse suivante : à l'attention de Mme Chantal Brutin, tél : 02/421.57.04 ou e-mail : cbrutin@haven.brussels.

Nous vous remercions de l'attention que vous avez porté à notre marché et comptons sur votre participation à tout futur appel d'offres public.

10. Le rapport au Conseil d'administration du 29 avril 2022 était annexé à ce courrier.

Le rapport, tel qu'envoyé à la requérante, comprenait des parties masquées.

Dans sa version non anonymisée, le rapport du Conseil d'administration était rédigé en ces termes :

“ ANNEXE 1 : Décision motivée d'attribution

1. Candidatures

Le 03 février 2022 la période de remise des candidatures a été clôturée. 12 entreprises ont exprimé leur intérêt.

<i>Jette cleans S.A.</i>	<i>Misanet S.A.</i>
<i>NCC Group SRL</i>	<i>Aronia N.V.</i>
<i>Köse Cleaning S.A.</i>	<i>Activa SA/NV</i>
<i>Group cleaning & services S.A.</i>	<i>AG Multi-services</i>
<i>Eden star SPRL</i>	<i>Gom NV</i>
<i>Care BV</i>	<i>BSC Cleaning</i>

Après analyse, les 12 candidatures ont été retenues et ces 12 candidats ont reçu les documents de soumission et ont été invités à introduire une offre avant le 24-02-2022.

Les 12 candidats doivent utiliser le métré fourni pour la présentation de leur offre.

2. Offres

Le Port a reçu 8 offres avant le 24-02-2022.

	Entrepreneur	Montant inscription HTVA	Régularité
1	Jette Clean S.A.	€ 224.968,63	offre irrégulière substantiellement
2	NCC Group SRL	€ 239.130,90	offre régulière
3	Köse Cleaning S.A.	€ 217.623,96	offre régulière
4	Group Cleaning & Services S.A.	€ 244.879,37	offre régulière
5	Eden Star SPRL	€ 256.911,84	offre régulière
6	Care BV	€ 286.252,33	offre régulière
7	Misanet S.A.	€ 288.722,55	offre régulière
8	Aronia N.V.	€ 323.737,92	offre régulière

3. Méthode d'analyse et de comparaison

Conformément au CSC 1439, les critères d'attribution du marché sont :

Critères	Pondération	Méthode
Le prix total du marché calculé sur base annuelle	60 %	<p>Le critère prix sera évalué comme suit :</p> <p>$P = \text{Pondération du prix} \times (\text{Pr min} / \text{Pr offerte})$</p> <p>Dont :</p> <p>$\text{Pr min}$ = prix le plus bas des offres jugées régulières entrant en ligne de compte pour l'attribution du marché</p> <p>Pr offerte = prix de l'offre analysée</p> <p>P = points octroyés au critère Prix pour l'offre analysée</p>

<p><i>La méthodologie et l'organisation de travail envisagées en ce compris :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>La/les procédure(s) de contrôle de qualité proposée ;</i> - <i>Les indicateurs qualités et performances proposés pour le suivi du marché ;</i> - <i>Le service clientèle proposé.</i> 	25 %	<p><i>Ce critère sera évalué sur la base d'une note méthodologique (max 6 pages A4) reprenant les informations permettant au pouvoir adjudicateur d'évaluer la méthodologie et l'organisation de travail qui entendent être menées.</i></p>
<p><i>Caractéristiques environnementales</i></p> <p><i>(voir aussi § 2.5 Clause environnementale dans le Clauses Administratives)</i></p>	10 %	<p><i>Pour l'évaluation du critère « caractéristiques environnementales », le soumissionnaire remettra une note reprenant les mesures environnementales mises en place au sein de l'entreprise ainsi que durant l'exécution du marché (réduction et compensation des émissions de CO2, usage rationnel de l'eau (réduction consommation d'eau potable), système de management environnemental et labels environnementaux de l'entreprise,...).</i></p>
<p><i>Considérations d'ordre sociale</i></p>	5 %	<p><i>Descriptif et appréciation : Politique de recrutements ou d'inclusion de jeunes chômeurs dans l'entreprise.</i></p> <p><i>Le soumissionnaire se verra attribué des points pour toute action réalisée dans un but de promotion de l'emploi vis-à-vis de jeunes chômeurs bruxellois, ainsi que la présentation de tous les moyens mis en œuvre dans la formation et l'insertion socioprofessionnelle de demandeurs d'emplois.</i></p>

4. Régularité des offres

La première étape a consisté à examiner la régularité des offres.

L'offre de Jette Clean, notre prestataire actuel dans le cadre de l'accord 1151, comporte un grand nombre de lacunes. Plus de 30% du métré n'a pas été remplie par le candidat. Il est impossible de combler ces lacunes. Aucune explication de ces lacunes n'a été trouvée dans le dossier. Il est impossible d'évaluer l'offre de Jette Clean et de la comparer aux autres offres, ce qui constitue une irrégularité substantielle. L'offre de Jette Clean doit donc être rejetée.

Concernant ce qui précède, relevons que l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux précise ce qui suit: "Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues".

L'article 74 §4 prévoit en outre, dans le cadre des procédures avec publicité européenne que "L'entité adjudicatrice déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, elle donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que l'entité adjudicatrice n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation". En l'occurrence, le cahier des charges ne prévoit aucune clause relative à la régularisation des irrégularités substantielles.

Relevons en outre que l'article 84 de l'arrêté passation prévoit la possibilité pour l'entité adjudicatrice lorsque, pour un poste quelconque du métré récapitulatif ou de l'inventaire, un soumissionnaire n'a indiqué aucun prix, soit d'écarter l'offre comme irrégulière, soit de la retenir en réparant l'omission par application d'une formule prévue par la disposition réglementaire précitée.

En l'occurrence, comme précisé, nous prenons la décision d'écarter l'offre irrégulière en raison de l'importance des omissions constatées. A ce propos, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de décider que la grande quantité de postes frappés d'omission constitue un motif admissible pour choisir d'écarter une offre (voir C.E., (6e ch.) n° 235.038, 10 juin 2016 (sa Palumbo & Fils / scrl Habitations Sociales du Roman Païs)).

Les offres des autres candidats ne comportaient aucune irrégularité substantielle. Cependant, il a été demandé à deux candidats de ventiler les éléments marqués PM (= pro memoria) dans les autres éléments de la feuille de mesure, sans que cela n'affecte le prix.

5. Résultat de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable avec publicité européenne

Les résultats des cotations relatifs à la comparaison offres sont les suivants :

	Critères				TOTAL [100]
	Prix [60]	Méthodologie et organisation [25]	Caractéristiques environnementales [10]	Considérations d'ordre social [5]	
NCC GROUP SRL	54,60	15	10	4	83,60
KÖSE CLEANING S.A.	60,00	20	10	4	94,00
GROUP CLEANING & SERVICES S.A.	53,32	25	10	2,5	90,82
Eden Star SPRL	50,82	25	10	0	85,82
Care BV	45,62	25	10	5	85,62
Misanet S.A.	45,22	7,5	10	4	66,72
Aronia N.V.	40,33	5	1	0	46,33

Les prix sont considérés comme normaux parce que :

- Les offres des différents candidats sont toutes du même ordre de grandeur ;
- Les offres sont conformes à notre estimation, comme indiqué avant le lancement de ces spécifications ;
- Toutes les entreprises nous ont confirmé que les salaires horaires payés au personnel employé par nous sont conformes aux dispositions du salaire minimum tel que prévu dans le PC121 - Nettoyage.

A la suite de cette analyse, il appert que l'offre la plus avantageuse devant être retenue dans le cadre du Cahier Spécial des Charges n° 1439 est celle de la société Köse Cleaning S.A. pour un montant de 217.623,96 € HTVA pour une année de service selon l'offre introduite.

Puisque le candidat satisfait aux critères de sélection, qu'il est en règle avec ses dettes sociales et fiscales et que son offre est régulière et conforme, le marché peut lui être attribué. Le soumissionnaire est en règle au regard des motifs d'exclusion prévus par les articles 67, 68 et 69 de la loi sur les marchés publics du 17-06-2016.

11. Par un courrier du 20 mai 2022, la requérante s'est adressée à la partie adverse et a formulé plusieurs griefs qui, selon elle, devaient conduire la partie adverse à retirer sa décision et à relancer la procédure :

Objet : MP de services « Nettoyage et dépoussiérage des locaux, mobilier, vitres, etc...aux différents bâtiments du port de Bruxelles » - email du 12 mai 2022

Nous faisons suite à votre email du 12 mai 2022.

Nous constatons que le marché serait attribué à un autre soumissionnaire.

Toutefois, la procédure d'attribution et le Cahier spécial des charges comportent plusieurs lacunes et manquements importants qui imposent le retrait de la décision d'attribution et la relance de la procédure.

Par ailleurs, plusieurs documents essentiels ne nous ont pas été transmis.

I. Les lacunes du CSC

1. Vous trouverez ci-dessous les manquements constatés qui justifient le retrait la décision d'attribution et la relance du marché sur base d'un cahier spécial des charges adéquat.

2. En tant que prestataire actuel (et par ailleurs depuis de nombreuses années), nous constatons une divergence dans les inventaires actuels et les inventaires du marché n°1439.

a. Siège social

i. Poste 1.2 « *laver les sols, lino et carrelage des halls d'entrée, des couloirs, ainsi que des salles d'attente* » : la superficie de ce poste est valorisée à 461 m² alors que ce poste représente en réalité 146 m².

ii. Poste 1.13 « *nettoyer les cloisons carrelées des sanitaires* » : la superficie de ce poste est valorisée à 245 m² alors que ce poste est de 244 m².

iii. Poste 1.31 : la superficie de ce poste est estimée à 424 m² alors que la superficie réelle est inférieure.

iv. Poste 1.32 « *Laver les vitres des portes, les cloisons vitrées, les dalles en verre* » : la superficie de ce poste est valorisée à 252 m² alors que la superficie réelle pour ce poste est de 424 m².

v. L'addition des postes 1.41, 1.42 et 1.43 est valorisée à 1.231 m² alors que ces postes représentent une superficie réelle de 1148m².

b. Capitainerie

- i. Nous constatons que la superficie indiquée pour le bâtiment « Capitainerie » est erronée sachant qu'un plateau a été ajouté depuis le dernier marché. Or, cette surface n'est pas reprise dans les inventaires.

- c. Les surfaces des autres bâtiments devraient être vérifiées pour être certain qu'elles sont correctes dans la mesure où les deux bâtiments ci-dessus présentent des erreurs.

A cet égard, le Conseil d'Etat a déjà jugé qu'un pouvoir adjudicateur avait à bon droit décidé de renoncer à un marché dans lequel les documents de marché comportaient des erreurs, et notamment des quantités erronées¹.

3. Nous constatons également un manquement concernant la clause additionnelle relative aux bâtiments du Centre TIR. En effet, le point 2.2.1. « Moyens humains » des clauses techniques du Cahier spécial des charges prévoit :

« Clause additionnelle pour les bâtiments du Centre TIR : l'équipe de nettoyage par journée de travail doit être composée de TROIS personnes au mois... ».

Cette clause est incomplète. En effet, il fallait prévoir 3 personnes par jour et non par mois comme l'indique le CSC.

De surcroît, cette clause est également incomplète dans la mesure où elle n'est pas terminée (utilisation de « ... ») et la tranche horaire de travail n'est notamment pas spécifiée comme pour les autres sites.

4. Nous constatons par ailleurs qu'aucun poste de l'inventaire ne reprend le point 5.10 « Placement Ladybox » des clauses techniques du Cahier spécial des charges.

5. Dans la mesure où le Cahier spécial des charges comporte de nombreuses et importantes lacunes, le marché ne peut être valablement attribué.

Il convient dès lors de relancer le marché.

II. Sur la régularité des offres et le contrôle des prix

6. Le point 3.12.4 « Cabines des écluses et des ponts mobiles » précise :

« Toutes les tâches à effectuer dans ces locaux doivent être exécutés par du personnel qualifié disposant d'un brevet BA4 pour les dangers de l'électricité et d'une habilitation spéciale délivrée par la Capitainerie, sachant travailler dans des locaux techniques où existe un risque électrique ».

En effet, les soumissionnaires devaient proposer une organisation comprenant une personne disposant d'une habilitation spécifique pour travailler dans les divers bâtiments du Port de Bruxelles :

1. Capitainerie
2. Pont Buda
3. Ecluse de Molenbeek
4. Ecluse d'Anderlecht

Ci-dessous, vous trouverez notre organigramme pour les divers sites concernés (cfr fluo vert) :



La plage horaire/site imposé dans le Csch sera rigoureusement respectée.

Notre personnel dispose des certifications nécessaires pour travailler au port de Bruxelles (Capitainerie comprise). Nous ne transférons pas notre personnel en cas de perte de chantier.

Sauf erreur, l'attributaire n'a pas proposé du personnel disposant d'un brevet BA4 et d'une habilitation spécifique délivrée par la Capitainerie.

La décision d'attribution ne peut donc être valable.

7. Nous constatons également que la décision motivée communiquée ne dit rien sur le contrôle de la régularité des offres et des prix des autres soumissionnaires.

Or, en vertu des articles 84 et 153 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de la jurisprudence du Conseil d'Etat², le contrôle des prix est obligatoire. A défaut, la décision d'attribution est irrégulière.

Ceci justifierait donc également un retrait de la décision d'attribution et la relance de la procédure.

III. Documents manquants

8. Enfin, nous relevons que la décision motivée d'attribution du 29 avril 2022 n'est pas la décision définitive adoptée par le Conseil d'administration. En effet, la page 3 de cette décision indique qu'il s'agit d'une « *proposition de décision* ».

Par ailleurs, aucune décision de sélection qualitative ne nous a été communiquée.

Nous vous invitons dès lors à nous transmettre ces documents de toute urgence.

”.

12. Par un courriel du 24 mai 2022, la partie adverse a répondu à la requérante comme il suit :

“ Cher Monsieur Burak SEZER,

Nous accusons bonne réception de votre courrier du 20 mai 2022.

Nous sommes navrés que l'issue du marché ne soit pas conforme à ce que vous espériez.

Nous avons bien pris connaissance de vos griefs et souhaitons y apporter les réponses suivantes.

A titre liminaire, nous observons que vous ne contestez pas le fait que votre offre ait été déclarée irrégulière. Votre intérêt à développer les griefs formulés dans votre courrier ne nous apparaît donc pas clairement. Nous y répondons toutefois par souci de transparence et d'efficacité.

1° Concernant les erreurs de surfaces

Vous considérez que les surfaces mentionnées dans certains postes de l'inventaire seraient erronées.

Sauf erreur de notre part, ces erreurs de quantités (ou de surfaces) – à les supposer établies – ne constituent pas des illégalités susceptibles de vicier la procédure d'attribution d'un marché. Nous rappelons, à cet égard, les dispositions des articles 77 et 79 de l'AR passation qui confèrent aux soumissionnaires la responsabilité de signaler, au moment de la remise de leur offre, les éventuelles erreurs qu'ils découvriraient dans les documents du marché et, notamment, dans l'inventaire. Nous rappelons également les dispositions de l'article 80 qui prévoit ce qui suit :

‘ Dès la date et l'heure limites d'introduction des offres, éventuellement prolongée, le soumissionnaire n'est plus fondé à se prévaloir des erreurs ou

omissions qui pourraient figurer dans le métré récapitulatif ou dans l'inventaire mis à sa disposition par l'entité adjudicatrice.
En outre, dès cet instant, il ne peut se prévaloir des vices de forme dont est entachée son offre, ni des erreurs ou omissions qu'elle comporte'.

Indépendamment de ce qui précède, il n'est pas établi qu'en utilisant les quantités qui, selon vous, auraient dû l'être, votre offre aurait été la plus avantageuse économiquement.

Concernant l'arrêt 250.836 du Conseil d'Etat, celui-ci admet en effet qu'un adjudicateur puisse renoncer à attribuer un marché et le relancer en raison d'erreurs dans les documents du marché et, notamment, dans les quantités. Cependant, les erreurs dont il était question dans l'arrêt invoqué sont sans commune mesure avec celles que vous prétendez relever ici. Par ailleurs, l'arrêt reconnaît à l'adjudicateur une faculté de renoncer à attribuer le marché. Il ne lui impose pas de le faire.

2° Concernant l'erreur dans les moyens humains et l'omission dans l'inventaire du point 5.10.

Les arguments sont les mêmes qu'au point 1°. Il vous appartenait, le cas échéant, de signaler en temps utile l'erreur et l'omission que vous prétendez identifier.

En les supposant établies – quod non, cette erreur et cette omission n'ont, en toute hypothèse, eu aucune influence sur le classement des offres.

3° Concernant le fait que l'attributaire n'aurait pas proposé de personnel disposant d'un brevet A4 et d'une habilitation spécifique délivrée par la capitainerie

Ces exigences ne sont ni des exigences de sélection qualitative, ni des exigences de régularité de l'offre. Il s'agit d'exigences contractuelles dont le respect doit être vérifié au moment de l'exécution du marché, pas au moment de son attribution.

4° Concernant le contrôle de la régularité des offres et des prix

Concernant le contrôle de la régularité des offres, nous rappelons que, conformément à la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, 'une décision positive qui constate la régularité d'une offre, sans que l'examen de sa régularité ait suscité quelque difficulté, peut comporter une motivation plus succincte qu'une décision qui constate l'irrégularité d'une offre' (Voy. par ex. C.E., 14 février 2019, 243.687).

Concernant la vérification des prix, nous rappelons que, conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat, celle-ci doit 'ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif'. Le seul fait que la vérification des prix ne soit pas mentionnée dans la décision ne suffit donc pas à établir une illégalité. Encore faut-il que le dossier administratif soit lui-même muet. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

A titre subsidiaire, sur les deux points précités, vous ne soutenez pas – ni ne démontrez – que l'offre de l'adjudicataire serait irrégulière ou affectée de prix anormaux.

5° Concernant le document manquant

Nous vous prions de bien vouloir trouver, en pièce jointe, le document demandé.

* * *

Compte tenu de l'ensemble des éléments qui précèdent, nous ne pouvons donner une suite favorable à votre demande de retrait de la décision d'attribution du marché”.

13. En annexe au courriel, la partie adverse joignait le procès-verbal de la séance du Conseil d'administration du 29 avril 2022 :

Extrait du procès-verbal

Le Conseil d'administration réuni conformément aux statuts a décidé en sa séance du 29 avril 2022 :

[...]

Pt.09 Attribution d'une procédure négociée avec mise en concurrence préalable avec publicité européenne pour CSC 1439 – Travaux d'entretien, nettoyage et dépoussiérage des locaux, du mobilier, vitres, etc
Vu la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;

Vu l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux;

Vu la décision du Conseil d'administration du 24 décembre 2021, sur le lancement de d'une procédure négociée avec mise en concurrence préalable avec publicité européenne se rapportant au cahier spécial des charges n° 1439 – Travaux d'entretien, nettoyage et dépoussiérage des locaux, du mobilier, vitres, etc. à effectuer aux différents bâtiments du Port de Bruxelles.

Considérant que l'entreprise Köse Cleaning a remis l'offre régulière la plus avantageuse.

Considérant que l'entreprise Köse Cleaning satisfait à ses obligations sociales et fiscales et que son offre est régulière et conforme.

Le conseil d'administration décide d'attribuer le marché à la société Köse Cleaning S.A, rue stroobants, 48A, 1140 Evere.

Il charge les fonctionnaires dirigeants de notifier la présente décision à tous les candidats selon les formalités prescrites par la loi.

En attendant le début des prestations du marché 1439, le Conseil d'Administration autorise la Direction Technique à prolonger le marché précédent ayant pour référence 1151 et adjudicataire la société Jette Clean pour une durée d'un mois et un montant maximal de 25.000€,

La présente décision est de notification immédiate.

14. Cette délibération, ainsi que le rapport au Conseil d'administration, constituent la décision d'attribution du marché.

Il s'agit de l'acte attaqué ».

IV. Recevabilité

IV.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante justifie son intérêt au recours en ces termes :

« [...] En tant que soumissionnaire ayant déposé offre pour le marché litigieux, l'intérêt de la requérante à obtenir la suspension de la décision attaquée n'est pas contestable conformément à la jurisprudence de Votre Conseil [...].

Par ailleurs, Votre Conseil a déjà jugé qu'un soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière a intérêt à contester la décision d'attribution dans la mesure où il établit que le marché ne pouvait être régulièrement attribué à un autre soumissionnaire de sorte qu'il retrouverait ainsi une possibilité de se voir attribuer le marché si le pouvoir adjudicateur décidait de lancer une nouvelle procédure d'attribution [...].

Votre Conseil a par ailleurs déjà jugé qu'un opérateur économique a intérêt à critiquer le contrôle de la régularité des prix, et plus spécialement du prix de l'attributaire du marché, puisqu'une éventuelle illégalité à cet égard est de nature à lui causer grief [...].

Or, comme cela sera développé ci-dessous, la présente requête tend notamment à dénoncer l'absence de contrôle de la régularité des prix par le pouvoir adjudicateur.

Votre Conseil a déjà jugé qu'en l'absence de vérification adéquate et régulière des prix, rien ne permet de déterminer le résultat de celle-ci de sorte que l'illégalité ainsi commise cause grief, car elle a privé le requérant de la chance de voir les autres offres écartées pour prix anormaux [...].

En l'espèce, les moyens développés dans la présente requête tendent à démontrer soit que la décision d'attribution ou de sélection [est] irrégulière [...], soit que la procédure est elle-même irrégulière [...].

Dans l'un et l'autre cas, la requérante retrouverait une chance de se voir attribuer le marché si l'un des moyens était déclaré sérieux.

La requérante a donc un intérêt direct et certain à obtenir la suspension de l'acte attaqué. »

2. Note d'observations

La partie adverse conteste l'intérêt à agir de la requérante. Elle rappelle que, dans le contentieux des marchés publics, la partie requérante doit soulever « au moins un moyen fondé sur une violation qui l'a lésée ou a risqué de la léser ». Elle ajoute que, pour justifier d'un intérêt au recours – qu'elle distingue de l'intérêt au moyen –, la lésion ou le risque de lésion ne peut être établi sur la base d'une simple « supputation », mais doit être concrètement démontré. Elle estime que la requérante entretient, à tort, une confusion, dans sa requête, entre l'intérêt au recours et l'intérêt au moyen.

Elle relève que l'offre de la requérante a été écartée pour irrégularité substantielle et qu'aucun moyen de la requête ne critique les motifs qui justifient cet écartement. Elle estime, dans ces circonstances, que pour pouvoir justifier d'une lésion ou d'un risque de lésion et démontrer concrètement son intérêt au recours, la requérante doit invoquer au moins un moyen susceptible d'établir que le marché ne

pouvait, de façon régulière, être attribué à aucun autre soumissionnaire, en ce compris l'attributaire du marché.

Selon elle, la requérante est en défaut d'apporter cette démonstration. La partie adverse expose, plus précisément, ce qui suit :

« [...] En l'espèce, il ne peut être contesté que la seule illégalité qui pourrait, éventuellement, avoir lésé la requérante est celle qu'elle invoque dans la deuxième branche de son premier moyen. Les illégalités invoquées dans le cadre des autres branches/moyens ne sont en effet pas de nature à avoir lésé la requérante et ne peuvent donc être exploitées pour établir son intérêt au recours. La requérante le reconnaît d'ailleurs, puisqu'elle écrit ce qui suit :

“ Votre Conseil a déjà jugé qu'un soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière a intérêt à contester la décision d'attribution dans la mesure où il établit que le marché ne pouvait être régulièrement attribué à un autre soumissionnaire de sorte qu'il retrouverait ainsi une possibilité de se voir attribuer le marché si le pouvoir adjudicateur décidait de lancer une nouvelle procédure d'attribution.

Votre Conseil a par ailleurs déjà jugé qu'un opérateur économique a intérêt à critiquer le contrôle de la régularité des prix, et plus spécialement du prix de l'attributaire du marché, puisqu'une éventuelle illégalité à cet égard est de nature à lui causer grief.

Or, comme cela sera développé ci-dessous, la présente requête tend notamment à dénoncer l'absence de contrôle de la régularité des prix par le pouvoir adjudicateur.

Votre Conseil a déjà jugé qu'en l'absence de vérification adéquate et régulière des prix, rien ne permet de déterminer le résultat de celle-ci de sorte que l'illégalité ainsi commise cause grief, car elle a privé le requérant de la chance de voir les autres offres écartées pour prix anormaux.

(...)

La requérante a donc un intérêt direct et certain à obtenir la suspension de l'acte attaqué”.

La requérante se fourvoie toutefois lorsqu'elle écrit :

“ En l'espèce, les moyens développés dans la présente requête tendent à démontrer soit que la décision d'attribution ou de sélection sont irrégulières, soit que la procédure est elle-même irrégulière.

Dans l'un et l'autre cas, la requérante retrouverait une chance de se voir attribuer le marché si l'un des moyens était déclaré sérieux”.

En effet, comme exposé précédemment il n'y a pas “des” moyens qui soient susceptibles d'établir la lésion dont la requérante a besoin pour établir son intérêt au recours. Il n'y a qu'un seul moyen et, plus précisément encore, une seule branche d'un moyen : la deuxième branche du premier moyen.

D. ANALYSE

[...] En substance, la requérante soutient donc que la vérification des prix n'aurait pas été accomplie et que, si elle l'avait été, toutes les offres auraient peut-être été déclarées irrégulières. La requérante soutient qu'en pareil cas, elle retrouverait une chance de se voir attribuer le marché qui devrait être relancé.

De toute évidence, ce syllogisme ne permet pas à la requérante d'établir son intérêt au recours.

[...] En effet, la thèse de la requérante se fonde sur l'idée que la vérification des prix – qui selon elle n'aurait pas été accomplie – pourrait aboutir à la conclusion que toutes les offres sont irrégulières.

Cette allégation, abstraite et générale, est purement hypothétique. Pour reprendre les termes de l'arrêt CEMRE précédemment commenté, elle ne consiste qu'en une simple "supputation". Elle ne satisfait de toute évidence "pas à l'exigence de démonstration concrète d'une lésion que lui a causée ou risqué de lui causer la violation alléguée".

Afin d'établir concrètement cette lésion, la requérante aurait dû développer un moyen tendant à établir que toutes les offres de ses concurrents étaient irrégulières, et pas simplement qu'elles l'étaient peut-être. En effet, la seconde branche du premier moyen développé par la requérante, telle qu'elle est formulée, laisse place à un large panel d'éventualités. En admettant, pour les besoins de la démonstration, que l'adjudicateur se serait effectivement abstenu de procéder à une vérification des prix – *quod non* –, cette vérification, si elle avait été menée, aurait pu aboutir à différents scénarios :

- Tous les prix sont normaux ;
- Certains prix sont suspects d'anormalité, mais les soumissionnaires concernés, après avoir été interrogés, sont parvenus à les justifier valablement ;
- Certains prix sont suspects d'anormalité et n'ont pas pu être valablement justifiés par le soumissionnaire concerné, aboutissant à l'écartement d'une offre ;
- Certains prix sont suspects d'anormalité et n'ont pas pu être valablement justifiés par les soumissionnaires concernés, aboutissant à l'écartement de deux offres ;
- Certains prix sont suspects d'anormalité et n'ont pas pu être valablement justifiés par les soumissionnaires concernés, aboutissant à l'écartement de trois offres ;
- Certains prix sont suspects d'anormalité et n'ont pas pu être valablement justifiés par les soumissionnaires concernés, aboutissant à l'écartement de quatre offres ;
- Certains prix sont suspects d'anormalité et n'ont pas pu être valablement justifiés par les soumissionnaires concernés, aboutissant à l'écartement de cinq offres ;
- Certains prix sont suspects d'anormalité et n'ont pas pu être valablement justifiés par les soumissionnaires concernés, aboutissant à l'écartement de six offres ;
- Certains prix sont suspects d'anormalité et n'ont pas pu être valablement justifiés par les soumissionnaires concernés, aboutissant à l'écartement de sept offres ;
- Certains prix sont suspects d'anormalité et n'ont pas pu être valablement justifiés par les soumissionnaires concernés, aboutissant à l'écartement de l'ensemble des offres.

Seule la dernière éventualité est de nature de réaliser la "lésion" vantée par la requérante.

Compte tenu des éléments qui précèdent, le recours doit être déclaré irrecevable à défaut d'intérêt.

[...] En tout état de cause, en supposant que ce qui précède ne suffirait pas à conclure à l'irrecevabilité du recours, une telle conclusion doit alors, à tout le moins, être tirée de l'absence de caractère sérieux de la branche du premier moyen relative à la vérification des prix.

À cet égard, le Conseil d'État a déjà reconnu, dans le contentieux des marchés publics, qu'une exception d'irrecevabilité du recours pouvait être liée au fond :

“ Le soumissionnaire évincé ne sera lésé, ou ne risquera de l'être, que si la violation alléguée a entaché l'ensemble de la procédure de sélection ou si elle concerne la régularité ou le classement de toutes les offres mieux classées que la sienne, en manière telle qu'en l'absence de cette violation, le marché aurait pu lui être attribué.

Dès lors que les deux premiers moyens concernent l'appréciation de l'un des principaux critères, à savoir la valeur technique, pour certains lots et que le troisième critique le contrôle des prix également pour certains lots, ce n'est qu'en examinant le caractère sérieux des moyens, qui sont développés de manière différente pour les différents lots, qu'il est possible de déterminer si les violations alléguées sont de nature à rendre une chance à la partie requérante de se voir attribuer le marché. L'exception [d'irrecevabilité] est par conséquent liée au fond”.

Les enseignements de l'arrêt précité doivent être transposés en l'espèce. Ce n'est que dans l'hypothèse où la seconde branche du premier moyen viendrait à être jugée recevable et sérieuse que l'intérêt au recours de la requérante serait établi. Or, comme cela sera démontré ci-dessous, le premier moyen n'est sérieux en aucune de ses branches.

[...]En conclusion, la requérante n'a pas intérêt au recours.

Le recours est irrecevable ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 15 de loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions dispose que l'instance de recours peut ordonner la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 de la même loi, c'est-à-dire pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante. Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation « ayant lésé » ou « risquant de léser » la requérante.

En l'espèce, l'intérêt de la requérante au présent recours n'est *prima facie* pas contestable. La requérante est un opérateur économique qui a fait offre pour le marché considéré. Par sa requête, elle tend notamment à démontrer que des illégalités commises lors de l'examen de la régularité des offres ont conduit la partie adverse à retenir illégalement les offres déposées par les autres soumissionnaires, à son désavantage, puisque seule son offre a été écartée. Elle précise, à l'audience, que, compte tenu des violations commises, le marché ne pouvait être régulièrement attribué à aucun soumissionnaire.

Plus précisément, dans la deuxième branche du premier moyen de la requête, la requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir vérifié les prix, tant unitaires que globaux, des offres remises – contrôle pourtant légalement requis et sans lequel le marché ne peut être régulièrement attribué à quelque soumissionnaire que ce soit. L'illégalité dénoncée vicie la procédure d'attribution du

marché et a pu léser la requérante, car elle a privé celle-ci de la chance de voir les autres offres écartées pour prix anormaux.

La requérante démontre ainsi concrètement la lésion que lui auraient causée ou risqué de lui causer les violations qu'elle allègue dans la deuxième branche du premier moyen de sa requête. Du reste, il ne peut être reproché à la requérante qui n'a pas accès aux offres de ses concurrents, parce qu'elles sont déposées à titre confidentiel, de ne pas mettre plus précisément en cause la régularité de celles-ci. C'est d'autant plus le cas, en l'espèce, que, comme le souligne la requérante à l'audience, le rapport d'analyse des offres qui lui a été communiqué, en même temps que la décision d'attribution, comprenait un très grand nombre de passages masqués.

Dès lors qu'elle soulève au moins un moyen fondé sur une violation qui l'a lésée ou a risqué de la léser, son intérêt aux autres moyens et branches de moyen soulevés par la requérante ne doit pas être examiné à ce stade.

L'exception d'irrecevabilité du recours, tirée du défaut d'intérêt à agir de la requérante, ne peut être accueillie.

V. Premier moyen

V.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que des principes d'égalité et de non-discrimination, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment ses articles 4, 84 et 153, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, notamment ses articles 41, 43, 44 et 74, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, notamment ses articles 4 et 5, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment ses articles 2 et 3, du principe général de motivation interne des actes administratifs, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, des documents du marché, du principe de minutie et de diligence comme principes de bonne administration ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation.

Dans une deuxième branche, la requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir procédé à la vérification concrète des prix, tant unitaires que globaux, des offres remises par les différents soumissionnaires, conformément à la réglementation en vigueur. Elle rappelle le contenu de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, auquel renvoie l'article 153, 3°, de la même loi, pour les marchés passés dans les secteurs spéciaux, et des articles 43 et 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux. Elle expose que cette vérification ne ressort, en tout cas, pas des éléments qui lui ont été communiqués (décision d'attribution et rapport d'analyse des offres avec de nombreux passages masqués), qu'une vérification des prix est pourtant « d'autant plus importante en l'espèce que le marché litigieux est conclu dans un secteur sensible à la fraude, ce qui peut impliquer des obligations supplémentaires de vérification, notamment en vertu de l'article 44, § 4, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 », que le Conseil d'État a déjà jugé que, dans le cadre de ce type de marché, « la détermination du prix révèle une complexité telle que la vérification à laquelle le pouvoir adjudicateur est tenu ne peut être effectuée que si celui-ci dispose d'éléments concrets permettant de comprendre la structure du prix proposé » et que de tels éléments « doivent nécessairement figurer au dossier administratif ». Selon elle, la décision motivée d'attribution devrait faire ressortir, de manière précise, concrète et circonstanciée, pour chaque offre, les éléments permettant de comprendre la structure des prix proposés, sur la base desquels la partie adverse a considéré ces prix comme normaux.

Elle ajoute que « le seul fait d'interroger les soumissionnaires sur la conformité du taux horaire appliqué par rapport à la législation sociale [...] ne saurait suffire pour démontrer le respect de ces obligations », qu'« il est attendu des soumissionnaires qu'ils respectent la législation sociale relative au salaire minimum », mais que « le respect de celle-ci ne saurait exclure l'existence d'un prix anormal au sens de la réglementation des marchés publics », que « la vérification des prix doit permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer que le prix offert par les soumissionnaires permet réellement d'exécuter les obligations qui découlent du cahier spécial des charges », lesquelles prévoient, en l'espèce, toute une série d'exigences « en termes de fréquence et de durée d'interventions, ceci en tenant compte du nombre de jours à prester, soit 246, et du taux horaire minimum (28,81 €/h) tel que défini par l'Union générale belge du nettoyage ». Elle reproduit les points 2.2.1 (Moyens humains) et 1.2. (horaires) des clauses techniques du cahier spécial des charges, en précisant que la partie adverse devait « vérifier et démontrer » que les prix proposés par chaque soumissionnaire répondent à ces exigences et que « dans le cas contraire, les autres offres ne peuvent être régulières et la décision attaquée est illégale ».

Elle invite le Conseil d'État à « vérifier si pour chaque site (comme par exemple, le siège social ou la Capitainerie), le nombre d'heures imposé par les documents du marché est atteint par rapport au prix remis », en précisant que « [c]eci peut se faire en divisant le montant correspondant des postes relatifs à ces sites par le nombre de jours de prestations (246 jours) et par le taux horaire de l'Union Générale Belge du nettoyage (28,81 €) », que « [l]e résultat indique la quantité d'heures de prestation pour ce site par jour », que « [p]our le siège social, ce nombre ne peut être inférieur à 18 (6 x 3 heures) », que « [p]our la capitainerie, ce nombre ne peut être inférieur à 4 (1 x 4 heures) » et qu' « [u]ne offre qui ne respecterait pas ces exigences serait nécessairement irrégulière et la décision d'attribution serait manifestement illégale ».

Elle fait encore valoir que « [l]e fait que les offres des différents soumissionnaires seraient de même grandeur, ce qui doit être démontré, ou conformes à l'estimation, ce qui doit aussi être démontré, ne permet pas de conclure à l'absence de prix anormal et ne constitue pas une motivation suffisante dans le cadre de la vérification des prix », que, par ailleurs, « une offre supérieure de plus de 50 à 100.000 EUR ne peut être du même ordre de grandeur qu'une autre offre » et que « [d]e la même manière, une offre conforme à l'estimation ne peut présenter cette conformité si elle s'en écarte de manière importante », que « l'estimation était fixée à 265.000 Euros » en sorte qu'« [u]ne offre inférieure à ce montant de plus de 15 % ne saurait raisonnablement être conforme à cette estimation ». Elle ajoute qu'en tout état de cause, « de tels motifs ne se rapporteraient pas à la vérification des prix unitaires, pourtant obligatoire » et que « [c]ela démontrerait que la partie adverse n'a pas procédé à la vérification des prix unitaires, ce qui rendrait sa décision illégale ».

Elle conclut qu'« en ne démontrant pas qu'elle a concrètement et adéquatement procédé à la vérification et à l'examen des prix, la partie adverse a violé les dispositions invoquées au moyen, en particulier les articles 84 et 153 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ainsi que les articles 43, 44 et 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, ainsi que l'obligation de motivation formelle des actes administratifs et le principe de motivation interne ».

2. Note d'observations

La partie adverse répond que, contrairement à ce qu'affirme la requérante, elle a bien procédé à la vérification des prix, comme cela ressort du rapport d'analyse des offres, lequel énonce ce qui suit :

- « Les prix sont considérés comme normaux parce que :
- Les offres des différents candidats sont toutes du même ordre de grandeur ;
 - Les offres sont conformes à notre estimation, comme indiqué avant le lancement de ces spécifications ;
 - Toutes les entreprises nous ont confirmé que les salaires horaires payés au personnel employé par nous sont conformes aux dispositions du salaire minimum tel que prévu dans le PC121 – Nettoyage ».

Elle expose que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer, dans la motivation de la décision d'attribution du marché, la raison pour laquelle il considère qu'un prix ne présente pas un caractère anormal, l'appréciation du caractère normal du prix ne devant – lors de la première étape de son contrôle – pas être motivée formellement, seules les erreurs manifestes d'appréciation pouvant être, à ce stade, sanctionnées par le Conseil d'État et que ce n'est qu'à l'occasion de la seconde étape – qui ne s'enclenche que si le pouvoir adjudicateur relève une suspicion d'anormalité d'un prix et qu'il invite le soumissionnaire concerné à fournir les justifications relatives à ce prix – que l'appréciation que porte le pouvoir adjudicateur sur ces justifications doit être formellement motivée. Elle constate que les arrêts cités par la requérante portent uniquement sur cette seconde étape et ne sont donc pas pertinents en l'espèce. Elle ajoute que les critiques développées dans la requête dénoncent un vice de motivation formelle en faisant valoir que l'acte attaqué aurait dû mieux « démontrer », « justifier » ou encore « motiver » le caractère normal du prix proposé, alors que l'acte attaqué qui constate, au stade de la première étape de la vérification des prix, que ceux-ci sont normaux ne doit pas être motivé formellement sur ce point.

La partie adverse ajoute que « s'il fallait considérer qu'en formulant ces critiques, la requérante [...] entendait en réalité démontrer que l'extrait du rapport d'analyse relatif à la vérification des prix était insuffisant pour établir le caractère effectif de ladite vérification », il conviendrait alors de s'en référer aux enseignements de la jurisprudence du Conseil d'État, selon lesquels la simple mention, dans le rapport d'analyse des offres, qu'« il a été procédé à la vérification des prix » suffit à attester de cette vérification, dès lors qu'« aucun élément livré par les écrits et pièces de la procédure ne laisse apparaître que le pouvoir adjudicateur aurait été confronté à une difficulté particulière dans la vérification des prix ou aurait dû être interpellé par une telle difficulté ». Selon la partie adverse, les mentions qui figurent dans le rapport d'analyse des offres suffisent à attester qu'elle a bien procédé concrètement à la vérification des prix et qu'« [e]n juger autrement reviendrait à exiger de la partie adverse que celle-ci motive les raisons qui l'ont poussée à juger les prix normaux à l'issue de la première étape de vérification, ce que n'imposent ni les articles 84 de la loi du 17 juin 2016 et 43 AR passation SS, ni la jurisprudence du Conseil d'État ».

À titre subsidiaire, la partie adverse relève que « la requérante ne soutient pas – ni ne démontre – que l’offre de l’adjudicataire serait [...] affectée de prix anormaux ».

3. Débats à l'audience

La requérante fait valoir, à l'audience, que les pièces du dossier administratif – auxquelles elle a pu avoir accès après le dépôt de sa requête – ainsi que le contenu de la note d'observations confirment qu'il n'y a, en tout cas, pas eu de vérification des prix unitaires. Pour ce qui concerne le contrôle des prix globaux, elle fait valoir que les motifs qui figurent dans le rapport d'analyse des offres sont, pour partie, erronés et, pour autre partie, insuffisants pour justifier la normalité des prix des offres, ces motifs ne permettant pas, en outre, de s'assurer d'une bonne exécution du marché. Elle relève que, contrairement à ce qu'indique le rapport, les offres ne sont pas toutes du même ordre de grandeur, le prix global de l'offre de l'attributaire du marché étant inférieur de près de 18% à la moyenne des offres tandis qu'un écart de 21.506,94 euros sépare déjà l'offre de l'attributaire de la deuxième offre la moins chère et des écarts respectivement de 106.113 euros, 71.098,59 euros et 68.628,37 euros séparent l'offre de l'attributaire des trois offres les plus chères. Elle ajoute que, contrairement également à ce qu'indique le rapport, les prix proposés ne sont pas conformes à l'estimation de la partie adverse, puisqu'un écart de 47.376 euros sépare l'offre de l'attributaire (217.623,96 euros) de cette estimation (265.000 euros). Quant au respect des dispositions relatives au salaire minimum tel que prévu par le PC121-Nettoyage, la requérante fait valoir que cet élément ne suffit pas à justifier la vérification des prix, le fait de se conformer à la législation sociale ne permettant pas d'exclure l'existence de prix anormaux.

La partie adverse répète que la première étape de la vérification des prix ne doit faire l'objet d'aucune motivation et qu'il appartient à la requérante de démontrer l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur et d'établir, avec une vraisemblance suffisante, que toutes les offres soumises proposent des prix anormaux. Elle ajoute qu'en l'espèce, elle n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que les prix étaient normaux, affirme que l'expression « les prix » qui figure dans le rapport d'analyse des offres vise les prix tant unitaires que globaux et que la vérification des prix ressort, en l'occurrence, de la motivation de l'acte attaqué.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Dans la deuxième branche du premier moyen, la requérante ne dénonce pas seulement un vice de motivation formelle. Elle soutient – également et surtout – qu'il n'apparaît pas que la partie adverse a procédé à une vérification concrète et effective des prix, comme l'exige la réglementation en vigueur.

L'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, auquel l'article 153, 3°, de la même loi renvoie pour les marchés passés dans les secteurs spéciaux, impose au pouvoir adjudicateur de procéder à la vérification des prix des offres anormalement basses ou élevées et lui permet de demander aux soumissionnaires les indications nécessaires à cette fin. Les articles 43 et 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux précisent la manière dont la vérification des prix et des coûts doit s'opérer. Il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur doit toujours procéder à la vérification des prix et des coûts. Il peut, à cette fin, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires. L'objectif de la réglementation sur le contrôle des prix est double : d'une part, protéger le pouvoir adjudicateur en lui permettant de s'assurer que les prix proposés garantissent une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents du marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires et exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics; d'autre part, protéger les exigences d'une saine concurrence en évitant que le pouvoir adjudicateur avalise des comportements qui y sont contraires et que des marchés publics soient finalement attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence.

Comme le relève la partie adverse, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans les motifs de sa décision la raison pour laquelle un prix proposé ne présente, selon lui, aucun caractère anormal. Il ne doit motiver formellement sa décision que lorsqu'un prix lui semble anormalement bas ou élevé et qu'il invite le soumissionnaire à justifier celui-ci. Dans ce cas, la décision de ne pas considérer le prix comme anormalement bas ou élevé doit faire l'objet d'une motivation précise, faisant ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels le pouvoir adjudicateur a fondé cette décision. La décision d'écarter une offre parce qu'elle présente un prix anormal doit également être formellement motivée.

Même si le pouvoir adjudicateur ne doit pas – dans un premier temps – indiquer les motifs pour lesquels les prix proposés lui semblent normaux, il n'en demeure pas moins qu'il doit ressortir de sa décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé à ce contrôle. Si le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'estimation du caractère anormalement bas ou élevé d'un prix, il ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à la vérification concrète des prix remis. Et si la détermination de ces prix s'avère complexe, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer d'être en possession de l'ensemble des éléments utiles lui permettant de comprendre les prix proposés et de vérifier concrètement leur normalité.

En l'espèce, la partie adverse soutient que la vérification des prix a bien eu lieu et qu'elle a, au terme de cet examen, estimé qu'aucun prix ne présentait de caractère anormal. Elle se réfère à un extrait du rapport d'analyse des offres, qui énonce ce qui suit :

- « Les prix sont considérés comme normaux parce que :
- Les offres des différents candidats sont toutes du même ordre de grandeur ;
 - Les offres sont conformes à notre estimation, comme indiqué avant le lancement de ces spécifications ;
 - Toutes les entreprises nous ont confirmé que les salaires horaires payés au personnel employé par nous sont conformes aux dispositions du salaire minimum tel que prévu dans le PC121 – Nettoyage ».

Ces éléments ne servent pas de motivation formelle à la décision d'attribution attaquée adoptée le 29 avril 2022 par le conseil d'administration de la partie adverse, puisque celle-ci ne se réfère pas à ce rapport ni n'indique s'approprier le contenu de ce dernier. L'extrait précité est seulement à considérer comme un élément du dossier administratif que la partie adverse mobilise pour démontrer qu'un contrôle des prix a bien eu lieu.

Or, comme le relève la requérante à l'audience, les éléments d'explication contenus dans ce rapport apparaissent comme manifestement contraires aux données du dossier. En effet, les prix globaux des offres proposées présentent, au contraire de ce que suggère l'extrait précité, des écarts très importants. Ainsi, 106.113,96 euros (+49%), 71.098,59 euros (+33%) et 68.628,37 euros (+31%) séparent les trois offres les plus chères de l'offre de l'attributaire. Ces écarts contredisent *prima facie* l'affirmation selon laquelle « les offres des différents candidats sont toutes du même ordre de grandeur ». Par ailleurs, ces prix globaux ne sont pas tous « conformes à [l']estimation [de la partie adverse] ». Ainsi, le prix global de l'offre de l'attributaire est inférieur de près de 50.000 euros à celui de l'estimation (-18%) tandis que l'offre la plus chère lui est supérieure de près de 60.000 euros (+22%).

Certes, le dossier administratif révèle que la partie adverse a interrogé les soumissionnaires en sollicitant des informations sur le salaire horaire des travailleurs et en leur demandant de confirmer que ce salaire était conforme au salaire minimum prévu par la CP 121- Nettoyage et que les soumissionnaires ont tous répondu à cette demande. Cet élément ne permet cependant pas, à lui seul, de démontrer que la partie adverse a bien procédé à une vérification des prix au sens des dispositions précitées.

Par ailleurs, comme le souligne la requérante, l'extrait qui figure dans le rapport d'analyse des offres ne permet pas de s'assurer qu'un contrôle des prix unitaires a bien eu lieu. La partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que l'expression « les prix » viserait les prix tant globaux qu'unitaires. Il apparaît du reste de l'extrait du rapport que la partie adverse semble, au contraire, s'être focalisée sur les prix globaux des offres.

Aucun autre élément concernant une vérification de la normalité des prix ne ressort des pièces du dossier administratif, en ce compris de la décision d'attribution attaquée.

Dans ces conditions, il ne peut *prima facie* être considéré que la partie adverse aurait procédé à une vérification concrète et effective des prix.

À l'occasion de l'examen de la recevabilité du recours, il a déjà été constaté que l'absence de vérification de prix dénoncée dans la deuxième branche du premier moyen est de nature à causer grief à la requérante. Si un pouvoir adjudicateur ne procède pas à cette vérification, il ne peut attribuer régulièrement le marché concerné à aucun soumissionnaire. C'est en vain que la partie adverse soutient que la requérante ne démontre pas que les prix proposés par les autres soumissionnaires seraient anormalement bas ou élevés. Il revient, en premier lieu, au pouvoir adjudicateur d'effectuer un contrôle de la normalité des prix, qui soit conforme à la réglementation en vigueur.

Enfin, il n'appartient pas au Conseil d'État de présumer du résultat auquel peut aboutir ce contrôle ou de procéder à celui-ci à la place du pouvoir adjudicateur.

Dans cette mesure, le premier moyen, en sa deuxième branche, est sérieux.

VI. Deuxième moyen et moyen nouveau

VI.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante prend un deuxième moyen de l'incompétence de l'auteur de l'acte ainsi que de la violation de l'article 169 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'ordonnance du 3 décembre 1992 relative à l'exploitation et au développement du Canal, du port, de l'avant-port et de leurs dépendances dans la

Région de Bruxelles-Capitale, de l'arrêté de l'exécutif de la Région de Bruxelles-Capitale du 15 janvier 1993 portant adoption des statuts du Port de Bruxelles, de l'article 26 des Statuts du Port de Bruxelles, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, notamment ses articles 4 et 5, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment ses articles 2 et 3, du principe général de motivation interne des actes administratifs et de l'excès de pouvoir.

Elle soutient qu'il n'apparaît pas des éléments qui lui ont été communiqués que la décision de sélection des candidats a été adoptée par le conseil d'administration de la partie adverse, qui est l'organe compétent pour ce faire et que cette décision serait motivée. Elle en déduit que l'acte attaqué qui se fonde sur une telle décision est également illégal. Elle développe son grief en ces termes :

« [...] L'article 8, alinéa 6, de l'ordonnance du 3 décembre 1992 relative à l'exploitation et au développement du Canal, du port, de l'avant-port et de leurs dépendances dans la Région de Bruxelles-Capitale dispose notamment :
“ Les statuts déterminent le fonctionnement et les pouvoirs du conseil d'administration”.

[...] Les statuts de la partie adverse ont été adoptés par l'arrêté de l'exécutif de la Région de Bruxelles-Capitale du 15 janvier 1993 portant adoption des statuts du Port de Bruxelles. Il découle de ceux-ci, et notamment de son article 26, que le conseil d'administration de la partie adverse est l'autorité compétente pour l'attribution d'un marché public.

[...] Or, il n'apparaît pas que la décision de sélection des candidats invités à déposer offre a été adoptée par le conseil d'administration de la partie adverse, comme l'exige pourtant les dispositions précitées.

[...] En toute hypothèse, il faut que la décision de sélection soit adéquatement et suffisamment motivée en la forme, ce qui n'apparaît pas à ce stade.

Il convient à la partie adverse de démontrer que la décision de sélection a été adoptée par l'organe compétent et est motivée. À défaut, la décision d'attribution, qui se fonde sur cette décision de sélection, serait illégale ».

2. Note d'observations

La partie adverse répond que la requérante n'a pas intérêt au moyen, dès lors que le guide de sélection ne prévoyait de toute façon aucun critère de sélection, puisqu'il suffisait, pour être sélectionnés, que les candidats complètent un DUME, qu'ils n'aient pas de dettes sociales et fiscales et qu'ils ne tombent pas sous le coup d'un motif d'exclusion. Elle en déduit qu'« en tout état de cause, la décision de sélection – dont l'absence est constatée par la requérante – n'aurait pas porté sur l'appréciation de critères de sélection », en sorte que « si l'illégalité dénoncée n'avait pas été commise, l'adoption d'une décision de sélection n'aurait pas pu avoir

d'influence sur le sens de la décision finale, puisqu'en tout état de cause, l'adjudicataire a complété un DUME, n'avait pas de dettes sociales ni fiscales et ne tombait sous le coup d'aucun des motifs d'exclusion visés aux articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016 ». Elle en conclut que « la requérante n'a aucun intérêt au moyen dès lors que la violation invoquée n'est susceptible d'exercer aucune influence sur le sens de la décision ».

3. Débats à l'audience

La requérante soulève à l'audience un moyen nouveau pris de la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment ses articles 67, 68, 73, 75 et 151, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, notamment ses articles 67 et 68, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment ses articles 61, 62, 63, et 72, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment ses articles 2 et 3, du principe général de motivation interne des actes administratifs, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, des documents du marché, du principe de minutie et de diligence comme principes de bonne administration ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation. Elle reproche à la partie adverse de ne pas avoir vérifié la situation fiscale et sociale des candidats et soumissionnaires, ainsi que l'absence de motifs d'exclusion obligatoires dans leurs chefs, ni lors de la sélection qualitative, ni avant l'attribution du marché alors que le pouvoir adjudicateur est tenu d'opérer cette vérification sous peine d'exclusion des candidats et de l'adjudicataire pressenti. Elle relève que le tableau figurant à la pièce 19-2 du dossier administratif contient une majorité de mentions « à vérifier » s'agissant des attestations ONSS, des dettes TVA et des dettes fiscales, ainsi qu'une majorité de « absent » pour ce qui concerne le casier judiciaire des administrateurs des candidats. Ayant pris connaissance des diverses attestations produites par la partie adverse la veille de l'audience en réponse à son courriel annonçant son moyen nouveau, la requérante fait valoir, en termes de plaidoiries, que les documents produits par la partie adverse confirment qu'aucune vérification n'a eu lieu dans les vingt jours suivants le dépôt des candidatures, comme le prévoit le cahier spécial des charges et la réglementation en vigueur, avant la sélection des candidats et l'invitation de déposer offre, ce que confirmait déjà le contenu du tableau qui figure à la pièce 19-2 du dossier administratif. Elle ajoute que les attestations d'absence de dettes fiscales et sociales datant des 2 et 3 mars 2022 auraient dû faire l'objet d'une nouvelle vérification avant l'attribution du marché, ce d'autant plus que le contrôle porte sur des trimestres différents. Elle souligne, à cet égard, que le tableau figurant à la pièce 32 du dossier administratif – qui n'est pas daté – ne permet pas de démontrer que la partie adverse aurait contrôlé, à nouveau, la situation de

l'adjudicataire pressenti juste avant de lui attribuer le marché et constate qu'en tout état de cause l'extrait de casier judiciaire produit par la partie adverse ne concerne que la société attributaire du marché – et pas les administrateurs de cette société – et a, en outre, été établi le 16 juin 2022, soit postérieurement à l'attribution du marché. Il en va de même des deux attestations d'absence de dettes fiscales et sociales et de l'attestation TVA, qui datent toutes du 16 juin 2022. Elle en déduit qu'à défaut de vérification régulière de l'ensemble des éléments précités, le marché ne pouvait être valablement attribué.

Quant au deuxième moyen – tiré de l'incompétence de l'auteur de la décision de sélection –, la requérante relève que la partie adverse a confirmé qu'il n'existait pas de décision de sélection adoptée par son organe compétent, ce qui suffit à établir le sérieux de ce moyen. Elle ajoute qu'elle justifie d'un intérêt à soulever une irrégularité qui a pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte.

La partie adverse répond, s'agissant du moyen nouveau, qu'elle a produit toutes les attestations qui établissent que l'adjudicataire était, avant l'attribution du marché, en ordre (absence de dettes fiscales et sociales) et en déduit que la requérante n'a pas intérêt à ce moyen.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le conseil de la partie adverse a, à la suite d'une demande formulée par l'auditeur adjoint chargée de l'instruction de l'affaire, confirmé, dans un courriel du 14 juin 2022, qu'« il n'existe pas de décision formelle de sélection prise par l'organe compétent, quel qu'il soit ».

Ce deuxième moyen est d'ordre public dès lors qu'il touche à la compétence de l'auteur de la décision de sélection, sans laquelle un marché ne peut être régulièrement attribué. L'absence de décision de sélection adoptée par un organe compétent vicie l'ensemble de la procédure, le marché ne pouvant être attribué à un soumissionnaire qui n'a pas été valablement sélectionné. La requérante ne doit pas justifier d'un intérêt à un moyen d'ordre public, lequel aurait pu être soulevé d'office par le Conseil d'État.

En l'espèce, l'absence de critères de sélection ne permettait pas à la partie adverse de se dispenser d'adopter une décision de sélection avant d'inviter les soumissionnaires à déposer offre.

En effet, la sélection est un préalable obligatoire à tout stade ultérieur de la passation d'un marché (invitation à remettre une offre ou attribution), quelle que soit la procédure de passation choisie, sauf les exceptions prévues par la loi, non applicables en l'espèce.

L'article 147, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit qu'« aux fins de la sélection de participants à des procédures de marché [...] 1° l'entité adjudicatrice ayant établi des règles et des critères d'exclusion [...] des soumissionnaires ou des candidats conformément à l'article 149, alinéa 1^{er}, ou à l'article 151, § 1^{er}, exclut les opérateurs économiques en fonction de ces règles et critères [et] 2° elle sélectionne les soumissionnaires ou les candidats conformément aux règles et critères objectifs établis en vertu des articles 149 et 151 [...] ». L'article 149, alinéa 1^{er}, de la loi – qui est relatif aux « critères de sélection qualitative » – vise, sans distinguer, les « règles et critères objectifs d'exclusion et de sélection » des soumissionnaires ou des candidats. L'article 151, § 1^{er}, alinéa 2, précise que « lorsque l'entité adjudicatrice est un pouvoir adjudicateur, ces critères et règles incluent les motifs d'exclusion énumérés aux articles 67 à 69, dans les conditions qui y sont exposées ». Il se déduit de ces dispositions que la sélection des candidats doit notamment permettre d'exclure les candidats sur la base des motifs d'exclusion visés aux articles 67 à 69 de la loi, nonobstant l'absence éventuelle de critères de sélection.

Conformément aux dispositions précitées, le guide de sélection (dossier n° 1439) relatif au marché litigieux « donne les informations nécessaires afin de pouvoir participer à la procédure de sélection » et indique les règles et critères objectifs à respecter « pour pouvoir participer à la seconde phase (remise d'offre) de la procédure ». Il précise les documents qui doivent être joints à la « candidature », à savoir notamment le DUME, les « documents réclamés dans le cadre de la sélection qualitative (point 6.3.1) » ainsi qu'un « extrait du casier judiciaire ». Il prévoit, en outre, que le pouvoir adjudicateur vérifiera la situation du candidat sur le plan des dettes sociales et fiscales et s'assurera qu'il ne tombe pas sous le coup des autres motifs d'exclusion visés aux articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016 précitée.

La partie adverse devait constater le respect de ces exigences dans une décision de sélection (ou de non-sélection) des candidats, à adopter préalablement à l'invitation à déposer offre – *quod non* en l'espèce. Pour rappel, le marché litigieux est passé par procédure négociée avec mise en concurrence préalable, c'est-à-dire nécessairement en deux phases distinctes, successives dans le temps et indépendantes l'une de l'autre. Les personnes qui sont invitées à déposer offre sont uniquement celles qui ont été préalablement sélectionnées. L'article 147, § 6, de la loi du 17 juin 2016 qui permet de différer, après l'examen des offres, le contrôle

approfondi des motifs d'exclusion et des critères de sélection, n'est applicable qu'à la procédure ouverte et la procédure négociée directe avec mise en concurrence préalable, pas aux marchés passés en procédure restreinte ou en deux étapes, comme c'est le cas en l'espèce.

Dans un moyen nouveau, la requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir vérifié la situation fiscale et sociale des candidats et des soumissionnaires, ainsi que l'absence, dans leurs chefs, de motifs d'exclusion obligatoire. Ce moyen, soulevé pour la première fois à l'audience, est recevable, la requérante n'ayant pu avoir connaissance d'une difficulté à ce sujet qu'après avoir eu accès au dossier administratif, en particulier à la pièce 19-2 de ce dossier. Par ailleurs, le conseil de la requérante a pris soin d'informer, avant l'audience, par courriel, le Conseil d'État et le conseil de la partie adverse de la teneur du moyen nouveau qu'il développerait lors des plaidoiries et le moyen a pu être débattu en tous ses aspects à l'audience.

L'absence de décision de sélection adoptée par un organe compétent suffit, en soi, à considérer que la partie adverse ne s'est pas régulièrement prononcée sur l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des candidats, avant de les inviter à déposer offre.

Pour le surplus, il paraît effectivement ressortir du tableau produit en pièce 19-2 du dossier administratif, inventoriée sous l'intitulé « comparatif des candidatures », que la partie adverse n'a, lors de l'examen des demandes de participation, pas procédé aux vérifications requises avant d'inviter les candidats à déposer offre, ce qui vicie l'ensemble de la procédure de passation. Comme le relève la requérante, l'on trouve, dans ce tableau, une majorité de mentions « à vérifier » s'agissant des attestations ONSS, des dettes TVA et des dettes fiscales, ainsi qu'une majorité de mentions « absent » pour ce qui concerne le casier judiciaire des administrateurs des candidats. Les différentes attestations transmises par la partie adverse la veille de l'audience sont toutes postérieures aux invitations envoyées aux différents candidats à déposer offre et concernent exclusivement l'attributaire du marché. Elles ne permettent en tout cas pas d'établir que la partie adverse aurait procédé à l'ensemble des vérifications requises lors de l'examen de la sélection qualitative des candidats avant de les inviter à déposer offre.

Dans cette mesure, le deuxième moyen de la requête et le moyen nouveau soulevé par la requérante à l'audience sont sérieux.

VII. Balance des intérêts

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

VIII. Confidentialité

La requérante demande que son offre ainsi que « les échanges qui ont eu lieu avec la partie adverse » soient soustraits à la consultation des tiers dans le dossier administratif de la partie adverse, dès lors qu'ils « contiennent des informations confidentielles, des secrets d'affaires et/ou commerciaux », en application de l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 précitée. Elle ne dépose elle-même aucune pièce à titre confidentiel.

La partie adverse sollicite, quant à elle, la confidentialité des candidatures et offres déposées dans le cadre de la procédure de passation litigieuse. Il s'agit des pièces 7 à 18 et 22 à 29 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 précitées.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision du 29 avril 2022 prise par le conseil d'administration du Port de Bruxelles d'attribuer, à la société anonyme Köse Cleaning, le marché public de services ayant pour objet « nettoyage et dépoussiérage des locaux, mobilier, vitres, *etc.*...aux différents bâtiments du Port de Bruxelles » (cahier spécial des charges n° 1439) est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 7 à 18 et 22 à 29 sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 1^{er} juillet 2022, par :

Florence Piret,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Florence Piret