

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

n° 254.321 du 11 août 2022

A. 236.872/VI-22.392

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

contre :

la ville de Bruxelles,
ayant élu domicile chez
M^{es} Stijn BUTENAERTS et
Simon LEFEBVRE, avocats,
boulevard Léopold II 180
1080 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 25 juillet 2022, la société anonyme Jette Clean demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 2 juin 2022 du Collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse d'attribuer le marché public de services ayant pour objet le "nettoyage durable, pendant 48 mois, du nouveau centre administratif de la ville de Bruxelles" à un autre soumissionnaire et de ne pas sélectionner la SA Jette Clean ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 26 juillet, l'affaire a été fixée à l'audience du 8 août 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. Yves Houyet, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Aurélien Vandeburie et Lotfi Bouhyaoui, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Stijn Butenaerts et Simon Levebvre, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus 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. Faits utiles à l'examen de la demande

Le 2 juin 2022, la partie adverse a décidé de ne pas sélectionner la requérante dans le cadre d'une procédure relative à un marché public de services « ayant pour but le nettoyage durable, pendant 48 mois, du nouveau centre administratif de la Ville de Bruxelles » et a attribué ce marché public à un autre soumissionnaire.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Note d'audience

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse demande l'écartement de la note d'audience de la requérante qui n'est pas prévue par le règlement de procédure.

IV.2. Appréciation

Une note d'audience n'est pas prévue par le règlement de procédure et ne requiert donc pas de réponse formelle. La communication d'une telle note par écrit avant l'audience doit se comprendre comme un geste de courtoisie envers l'autre partie et le Conseil d'État et n'est pas prise en considération comme pièce de procédure mais uniquement à titre informatif. En outre, si le requérant développe dans cette note ou dans sa plaidoirie à l'audience des arguments qu'il n'a pas exposés dans ses écrits de procédure alors qu'il aurait pu le faire, il n'en est pas tenu compte par le Conseil d'État.

V. Premier moyen

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 concurrence et de proportionnalité; de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et, notamment ses articles 4, 5, 66, 71 et 73; de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et, notamment, ses article 38, 65, 68 et 72; 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 et, notamment, ses articles 4 et 5; de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et, 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; et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

V.1. Première branche

A. Thèses des parties

La requérante soutient que « (...) l'acte attaqué ne contient aucun motif de droit justifiant la décision de non-sélection de la partie requérante, puisque les dispositions légales pertinentes ne sont pas mentionnées », que « (...) l'obligation de motivation qui s'impose à la partie adverse en vertu des dispositions précitées lui imposait notamment d'indiquer les motifs de droit fondant sa décision, ce qui n'a pas été fait, de sorte que l'acte attaqué est illégal ».

La partie adverse répond qu'« (...) il ressort des branches et moyens soulevés dans le cadre de la requête en suspension d'extrême urgence que l'acte attaqué a parfaitement permis à la requérante de comprendre les raisons qui ont fondé la décision de la partie adverse », que « la requérante ne peut être suivie lorsqu'elle prétend que l'acte attaqué ne contiendrait aucun motif de droit justifiant la décision de non-sélection de la requérante », que « l'acte attaqué doit être lu dans sa globalité », que « l'acte attaqué se réfère explicitement au cahier spécial des charges dans son objet (...) », qu'en « se référant explicitement au cahier spécial des charges, l'acte attaqué permet aux intéressés de comprendre les raisons qui fondent la décision de non-sélection (...) », que « les dispositions du cahier spécial des charges étaient parfaitement connues de la requérante », que « par sa motivation par référence explicite au cahier spécial des charges, l'acte attaqué est motivé en droit », qu'il « ressort de l'acte attaqué qu'il est non seulement motivé en droit, mais qu'il

est également motivé en fait et qu'à sa lecture, les raisons qui le fondent sont parfaitement compréhensibles pour les intéressés ».

B. Appréciation

Les développements des deuxième et troisième branches du premier moyen font apparaître que la partie requérante a parfaitement compris les motifs de droit ayant fondé l'acte attaqué.

Celui-ci mentionne expressément l'article 8, § 1^{er}, 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 et précise que « votre firme n'a pas été sélectionnée », ce qui permet, sans doute possible, de comprendre qu'est visée une décision de non-sélection au sens de l'article 8, § 1^{er}, 1^o, de la loi précitée.

Par ailleurs, il peut être compris sans difficulté au regard des motifs en fait exposés dans l'acte attaqué qu'est concerné le non-respect du critère de sélection qualitative « capacité technique » visé à l'article 68 du cahier spécial des charges, ce dernier étant expressément mentionné dans la décision entreprise.

La motivation en droit est suffisante. La première branche n'est donc pas sérieuse.

V.2. Deuxième branche

A. Thèses des parties

La requérante expose que « (...) l'acte attaqué justifie (sa) non-sélection (...) en prétendant que, sur base des informations fournies dans l'offre, chacun [des services référencés dans l'offre] concerne le nettoyage de plusieurs sites, de sorte qu'il ne serait pas possible de déterminer si ces services concernent un bâtiment ou un complexe de bâtiments et non pas (...) différents bâtiments sur plusieurs sites », que « le CSC ne donne aucune définition de ce qui est visé par un complexe de bâtiments », que « (...) le terme "complexe" tel qu'il est utilisé dans le CSC, est défini comme un "Regroupement de bâtiments en fonction de leur activité, de leur utilisation (...)" ou comme un "Ensemble d'industries regroupées dans une région" », qu'il « découle de cette définition que, contrairement à ce que laisse entendre l'acte attaqué, les termes "complexe de bâtiments" ne doivent pas nécessairement être compris comme impliquant une proximité géographique immédiate, au sens d'une contiguïté », qu'à « tout le moins, le CSC aurait dû

préciser si une telle contiguïté était exigée », que « (...) en l'absence d'une quelconque définition, il faut donc interpréter les termes "complexe de bâtiments" dans leur sens usuel précité », qu'il « faut donc considérer que les différentes références fournies répondent à cette définition puisqu'elles concernent toutes des bâtiments liés par une activité et/ou une utilisation commune qui se situent dans une région délimitée », que « les deux premières références concernent respectivement les zones Nord-Ouest et Sud-Est de la Belgique, la troisième référence est limitée à 40 sites situés en Région de Bruxelles-Capitale et en Région wallonne, tandis que la dernière référence est circonscrite à la Belgique », que « l'ensemble de ces références sont propres à une activité et/ou une utilisation déterminée et précise, à savoir le réseau ferroviaire (1^{ère} et 2^{ème} références), les implantations administratives et cabinets ministériels de la Communauté française (3^{ème} référence), et les agences, le siège et le centre de distribution d'une société privée, Brico (4^{ème} référence) », que « cette lecture des termes du CSC est confirmée par l'article 68 du CSC précité, puisqu'il précise que l'offre doit fournir les références de trois services dont la nature correspond à l'objet du marché », qu'il « est évident que les quatre références fournies concernent toutes un marché de nettoyage », que « la partie adverse aurait dû sélectionner la requérante dans la mesure où elle répond au critère de sélection relatif à la capacité technique », qu'il « résulte de ce qui précède que la décision de non-sélection est contraire aux dispositions légales et réglementaires précitées, notamment au principe d'égalité, et au CSC, et procède d'une erreur manifeste d'appréciation », qu'elle « contrevient également aux obligations en matière de motivation formelle et interne », que « les motifs de cette décision sont en effet contraires à l'offre », que « la motivation de l'acte attaqué est donc erronée, inadmissible et inadéquate », qu'à « tout le moins, si la partie adverse estimait qu'il ne lui était pas possible de déterminer si les services exécutés satisfont aux conditions posées, *quod non*, la partie adverse aurait dû interroger la requérante sur les références fournies afin d'obtenir des informations supplémentaires, spécialement au regard du contenu de ces références », qu'en « n'agissant pas de la sorte, elle a également commis une erreur manifeste d'appréciation », que « si votre Conseil considère que la possibilité d'interroger un soumissionnaire afin d'obtenir des informations supplémentaires sur les documents fournis n'est qu'une faculté au profit du pouvoir adjudicateur, il juge également qu'une erreur manifeste d'appréciation dans l'exercice de cette faculté peut être censurée », qu'au « regard des éléments développés, une erreur manifeste d'appréciation a été commise par la partie adverse en n'interrogeant pas la requérante à ce sujet, compte tenu des éléments qui précèdent ».

À l'audience, la requérante fait valoir des critiques nouvelles. Elle expose que les principes d'égalité et de non-discrimination et de transparence sont violés dans la mesure où la partie adverse n'a pas appliqué le critère de sélection de

la même manière à l'égard de tous les soumissionnaires. Elle indique qu'il découle de la pièce 7.2 du dossier administratif (p. 2) que le soumissionnaire A. S.A. a été sélectionné, alors que la troisième référence fournie concerne uniquement les années 2019, 2020 et 2021 et que le cahier spécial des charges exigeait que la référence ait trait à trois services « fournis au cours des cinq dernières années ». Elle ajoute que la pièce 7.4 du dossier administratif (pp. 1 et 2) démontre que le soumissionnaire L. S.A. a été sélectionné alors que deux des trois références fournies ne portent pas sur des services prestés au cours des cinq dernières années.

La partie adverse répond que « (...) le but du critère de sélection est de garantir que le soumissionnaire dispose de la capacité technique et professionnelle nécessaire pour exécuter le marché à attribuer », que « le présent marché public de services a pour but le nettoyage durable, pendant 48 mois, du nouveau centre administratif de la Ville de Bruxelles qui se tient sur pas moins de 15 niveaux », que « les soumissionnaires sont informés de l'ampleur du bâtiment grâce aux informations communiquées dans le cahier spécial des charges », qu'une « visite obligatoire du bâtiment était également prévue par le cahier spécial des charges (page 1) afin d'amener les soumissionnaires à prendre connaissance de l'ampleur des services à prester », que « la requérante a ainsi visité le bâtiment en date du 9 mars 2022 », que « le soumissionnaire est ainsi invité à démontrer sa capacité technique par la présentation de trois services dont la nature correspond à l'objet du marché (le nettoyage régulier d'un bâtiment ou d'un complexe de bâtiments) et qu'il a fournis au cours des cinq dernières années, en indiquant leur montant, leur date et leur destinataire public ou privé », que « chaque service a une valeur annuelle d'au moins 300.000,00 EUR HTVA et ce pour au moins deux des cinq dernières années », que « pour que ces références soient pertinentes pour le présent marché, chacune d'elles ne doit concerner qu'un seul bâtiment ou complexe de bâtiments et avoir une valeur annuelle d'au moins 300.000 EUR HTVA comme défini ci-avant », que « cela doit garantir que chaque référence ait trait au nettoyage d'un bâtiment ou complexe de bâtiments d'une taille compatible avec celle du nouveau centre administratif de la Ville de Bruxelles dont le nettoyage fait l'objet du marché », que « (...) le critère de sélection ne souffre d'aucune ambiguïté », que « dans le contexte du présent marché, il doit être entendu par le terme "complexe de bâtiments" un ensemble de bâtiments se trouvant sur un même site (ce qui implique une proximité géographique), afin que le nettoyage de ce complexe puisse être assimilé au nettoyage d'un seul bâtiment », que « telle est l'intention réelle de la partie adverse », que « le terme "complexe de bâtiments" n'apparaît qu'une seule fois dans le cahier spécial des charges, à l'article 68 relatif à la sélection qualitative », que « l'article 68, §4, 1°, b) mentionne une déclaration d'exécution de trois services dont la nature correspond à l'objet du marché (le nettoyage régulier d'un bâtiment ou d'un complexe de bâtiments) », que « la référence à un bâtiment en premier lieu,

suivie de la conjonction “ou” introduisant le terme “complexe de bâtiments” permet de comprendre que l’intention de la partie adverse était d’inscrire le terme “complexe de bâtiments” dans la suite du terme “un bâtiment”, faisant de fait allusion à une proximité géographique de bâtiments regroupés dans un complexe », qu’il « serait incohérent de la part de la partie adverse de faire référence à un bâtiment et en même temps à un complexe de bâtiments qui serait à interpréter dans le sens de plusieurs bâtiments dispersés sur plusieurs sites », que « si tel avait été le cas, le cahier spécial des charges l’aurait alors mentionné de manière explicite tant les deux termes auraient été antagonistes », que « l’objectif de la partie adverse en ne limitant pas le critère de sélection au seul bâtiment et en l’ouvrant au complexe de bâtiments était en réalité de permettre à davantage d’opérateurs économiques de pouvoir satisfaire aux exigences relatives à la capacité technique », qu’à « considérer que le terme “complexe de bâtiments” doive toutefois être interprété dans son sens usuel, compte tenu du contexte du marché, le raisonnement de la requérante ne peut être suivi en ce qu’elle prétend que dans son sens usuel – à démontrer qu’il s’agisse bien du sens usuel de ce terme –, le terme “complexe de bâtiments” n’implique pas nécessairement une proximité géographique entre ces bâtiments », que « la signification du terme “complexe de bâtiments” ressort du contexte dans lequel il est employé », que « la définition usuelle, tirée de “Linternaute” par la requérante, souligne bien l’idée d’un regroupement de bâtiments », que « l’idée de regroupement implique nécessairement, par elle-même, un aspect spatial et géographique », que « (...) des références multi-sites qui impliquent des bâtiments dispersés (soit dans la Région bruxelloise et dans la Région wallonne, soit dans toute la Belgique) ne peuvent répondre, par définition, à un complexe de bâtiments qui implique, au terme du processus de regroupement, l’absence de dispersion », que « d’un point de vue usuel, on ne peut considérer des bâtiments dispersés aux quatre coins de la Belgique – et même au Luxembourg – comme un complexe », que « les complexes de bâtiments, qu’ils soient immobiliers, hôteliers ou industriels, impliquent toujours une proximité spatiale », qu’« aucune question d’aucun soumissionnaire ne lui a été posée quant au sens à donner au terme de “complexe de bâtiments” », que « la requérante avait toujours la possibilité, comme indiqué en page 1 du cahier spécial des charges, de demander des informations complémentaires en cas de besoin, ce qu’elle n’a pas estimé utile de faire », que « la nouvelle interprétation qu’en donne la requérante dans le cadre de son recours résulte de la décision de la partie adverse de ne pas la sélectionner », qu’« avant l’acte attaqué, aucune problématique liée à l’interprétation du critère de sélection n’existait », que « la requérante essaie désormais de faire entrer ses références multi-sites dans le cadre du critère de sélection, alors que ce dernier n’a justement pas vocation à intégrer des références multi-sites », que « la requérante tente en conséquence d’intégrer ses références multi-sites dans le cadre d’une définition usuelle du terme “complexe de bâtiments” », que « grâce à la remise de références

multi-sites, la requérante échappe à la remise de références pour un bâtiment ou un complexe de bâtiments – ou, pour le dire franchement, pour un site - pour une valeur annuelle de 300.000 EUR », que « grâce à des références multi-sites, la requérante peut ainsi dépasser le critère de la valeur annuelle de 300.000 EUR puisque ses références visent des marchés s'étendant sur des dizaines voire des centaines de sites distincts », que « par des références multi-sites, si la requérante démontre qu'elle peut couvrir le nettoyage de plusieurs bâtiments dispersés en Belgique, elle ne démontre néanmoins pas de capacité technique spécifique à nettoyer un bâtiment/complexe de bâtiments/site d'une taille similaire au nouveau centre administratif de la Ville de Bruxelles et dont l'ampleur se traduirait à travers une valeur annuelle de plus de 300.000 EUR pour ce bâtiment/complexe de bâtiments/site », que « si la requérante n'a pas été sélectionnée, c'est donc d'une part parce que les références ne concernent pas un bâtiment/complexe de bâtiments/site mais bien des bâtiments dispersés à travers des dizaines ou centaines de sites, et d'autre part parce que ces références multi-sites empêchent la requérante de démontrer une capacité technique à nettoyer un bâtiment/complexe de bâtiments/site d'une taille telle que la valeur annuelle de la référence dépasserait 300.000 EUR », qu'« on pourrait d'ailleurs aller jusqu'à supposer que c'est parce que la requérante ne dispose pas de référence – ou pas suffisamment de références – pour un bâtiment ou complexe de bâtiments d'une valeur annuelle d'au moins 300.000 EUR HTVA qu'elle a été contrainte, pour introduire son offre, de fournir des références multi-sites lui permettant de dépasser la valeur annuelle d'au moins 300.000 EUR HTVA », que « (...) la possibilité d'interroger un soumissionnaire afin d'obtenir des informations supplémentaires sur les documents fournis n'est précisément qu'une faculté et non une obligation », que « (...) la requérante reste en défaut de démontrer en quoi la décision de ne pas la sélectionner sans l'interroger au préalable constituerait une erreur manifeste d'appréciation », que « la lecture de l'acte attaqué laisse encore voir que la requérante ne fut pas la seule à ne pas être sélectionnée au motif qu'il n'était pas possible de déterminer, sur la base des informations fournies dans l'offre, si les services exécutés qu'[elle] a présenté[e]s dans son offre, satisfont aux conditions posées (...) ».

B. Appréciation

L'article 68 « Sélection qualitative, capacité technique » du cahier spécial des charges requérait en substance que les soumissionnaires établissent qu'ils avaient exécuté, au cours des cinq dernières années, trois services de nettoyage régulier d'un bâtiment ou d'un complexe de bâtiments et que chaque service de nettoyage régulier de ce bâtiment ou de ce complexe de bâtiments ait une valeur annuelle d'au moins 300.000,00 euros hors TVA.

La requérante s'est prévalu de contrats de services de nettoyage de bâtiments d'une valeur supérieure à 300.000,00 euros. Toutefois, la partie adverse a valablement relevé en substance que parmi les différents services allégués, il n'était pas possible de déterminer si la requérante avait bien presté trois services de nettoyage concernant un bâtiment ou un complexe de bâtiments pour une valeur annuelle d'au moins 300.000,00 euros hors TVA. Les références produites par la requérante faisaient apparaître qu'il s'agissait de services relatifs à une pluralité de bâtiments sur plusieurs sites. Les contrats en cause pouvaient certes avoir une valeur supérieure à 300.000,00 euros hors TVA en raison de la multiplicité des bâtiments concernés mais ne pas comporter spécifiquement de service relatif à un bâtiment ou un complexe de bâtiments pour une valeur annuelle d'au moins 300.000,00 euros hors TVA.

Concernant le terme « complexe de bâtiments », en l'absence de définition dans les documents de marché, ce terme doit être compris dans son sens usuel. Selon le dictionnaire « Le Robert » en ligne, s'agissant de bâtiments, le terme « complexe » correspond à un « ensemble de bâtiments groupés en fonction de leur utilisation ». Le groupement des bâtiments implique une proximité spatiale entre eux.

Les services évoqués par la requérante dans son offre ne font pas apparaître qu'ils concerneraient un ensemble de bâtiments groupés en fonction de leur utilisation. La requérante y fait état de différents bâtiments sur plusieurs sites séparés et non de bâtiments groupés.

Il s'ensuit que la partie adverse a pu décider, sans commettre les illégalités invoquées à l'appui de la présente branche, que la partie requérante n'avait pas démontré qu'elle satisfaisait au critère de sélection visé à l'article 68 du cahier spécial des charges.

La possibilité pour la partie adverse de solliciter des informations auprès de la requérante en vue de la sélection qualitative, ne crée pas de droit dans le chef du soumissionnaire. Il s'agit seulement d'une faculté au profit du pouvoir adjudicateur qui exerce, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire. Seule l'erreur manifeste d'appréciation peut être censurée.

En l'espèce, la partie requérante n'établit pas l'existence d'une telle erreur manifeste. Ainsi, dans sa requête, elle se contente de renvoyer aux arguments exposés préalablement pour soutenir que les quatre références reprises dans l'offre concerneraient bien chacune un complexe de bâtiments. Or, tel n'est pas le cas pour les motifs qui ont été exposés.

Concernant les critiques nouvelles, elles sont recevables étant donné que la requérante n'a pu les formuler qu'après avoir consulté le dossier administratif et qu'elles ont été soulevées avant l'audience de telle sorte que la partie adverse a pu se défendre utilement. Toutefois, elles ne sont pas sérieuses. En effet, l'article 68 du cahier spécial des charges imposait de déclarer l'exécution de trois services déterminés ayant été « fournis au cours des cinq dernières années ». Il s'agissait donc de services ayant été prestés durant cette période de cinq ans (de 2017 à 2021). Le cahier spécial des charges ne requérait pas en outre que ces services aient été réalisés pendant chacune de ces cinq années. La partie adverse n'a donc pas violé les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence en appliquant différemment le critère de sélection à l'égard de la requérante et à l'égard d'autres soumissionnaires.

La deuxième branche n'est pas sérieuse.

V.3. Troisième branche

A. Thèses des parties

La requérante indique qu'« (...) (elle) a remis, dans son offre, un DUME et quatre références relatives au critère de sélection portant sur la capacité technique », que « la partie adverse a toutefois estimé, selon ses termes, qu'il n'était pas possible de déterminer, sur la base des informations fournies dans l'offre, si les services exécutés qu'(elle) a présentés dans son offre, satisfont aux conditions posées », que « cela implique que, selon la partie adverse, la requérante était dans une situation similaire à celle où le soumissionnaire n'a pas fourni de documents justificatifs justifiant qu'il est satisfait au critère de sélection, comme l'affirme le DUME », que « compte tenu de la remise du DUME, la partie adverse ne pouvait donc pas écarter l'offre de la requérante au motif qu'elle ne pouvait être sélectionnée », qu'à « défaut d'avoir demandé à la requérante qu'elle présente les documents justificatifs démontrant le respect du critère de sélection relatif à la capacité technique, la partie adverse ne pouvait prendre une décision de non-sélection à son égard », qu'en « toute hypothèse, l'acte attaqué n'explique pas pourquoi la partie adverse s'est dispensée de cette demande », que « l'acte attaqué n'est donc pas adéquatement ni suffisamment motivé », que « la circonstance que la partie requérante a fourni dans son offre des références pour démontrer le respect des critères de sélection, et plus précisément pour celui relatif à la capacité technique, ne contredit pas ce qui précède », que « l'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016 est très clair : en ce cas, le fait de ne pas produire les documents, lors

de la présentation de demandes de participation ou d'offres, ne peut en aucun cas entraîner l'exclusion ».

La partie adverse répond que « (...) conformément à l'article 73, §1^{er} de la loi, le DUME ne constitue donc qu'une déclaration sur l'honneur faite par le candidat ou le soumissionnaire », que « cette déclaration sur l'honneur ne vaut en outre qu'à titre de preuve *a priori* », que « cela ne signifie pas que le pouvoir adjudicateur se retrouverait *de facto* empêché de vérifier si le soumissionnaire remplit effectivement les critères de sélection », que « cette déclaration sur l'honneur est acceptée par le pouvoir adjudicateur en lieu et place des documents ou certificats confirmant que le soumissionnaire remplit, notamment, les critères de sélection », que « la partie adverse n'a en l'espèce pas besoin de réclamer auprès de la requérante de documents probants démontrant que les références produites par lui sont exactes : nul besoin de documents de la part de la SNCB, de la Communauté française ou de BRICO; la déclaration sur l'honneur vaut à titre de preuve *a priori* », que « c'est pour cette raison que les travaux préparatoires de la loi précisent qu'en l'absence de telles attestations, le pouvoir adjudicateur ne peut exclure un candidat ou un soumissionnaire de la procédure puisque le DUME remplace la nécessité de produire de telles attestations », que « néanmoins, en l'occurrence, la requérante n'a pas été sélectionnée non pas parce que la partie adverse lui reprocherait de ne pas avoir produit les attestations et documents confirmant qu'il remplit bien le critère de sélection, mais bien parce que ses références ne répondent pas au critère de sélection tel que formulé dans le cahier spécial des charges », qu'il « s'agit de deux cas de figure nettement distincts », que « par l'adoption du DUME, le législateur européen a souhaité uniformiser les pratiques, parfois fort divergentes, connues au sein de chaque État membre de l'Union européenne en matière de déclaration sur l'honneur et ainsi favoriser les échanges intra-européens », que « le but du DUME était aussi de réduire les formalités administratives pour les opérateurs économiques et pour les pouvoirs adjudicateurs », que « l'objectif du DUME n'a jamais été d'ôter aux pouvoirs adjudicateurs le droit de vérifier si, nonobstant le DUME, le soumissionnaire remplissait les critères de sélection », que « le seul fait que la requérante ait indiqué dans le DUME qu'il remplissait le critère de sélection ne signifie pas pour autant que tel est le cas », qu'en « pareille circonstance, tout critère de sélection ne servirait plus à rien dès lors qu'il suffirait que le soumissionnaire lui-même estime qu'il remplit les critères de sélection pour que tel soit le cas », que « (...) la loi prévoit deux choses : d'une part, que l'opérateur économique déclare via le DUME que le critère de sélection est rempli et, d'autre part, que l'opérateur économique fournisse les informations pertinentes requises par le pouvoir adjudicateur », que « parmi les informations pertinentes requises par le pouvoir adjudicateur figurent les trois références exigées pour remplir le critère de sélection », que « si la loi prévoit explicitement deux conditions cumulatives – d'une

part la déclaration affirmant que le critère de sélection est rempli et d'autre part la fourniture des informations pertinentes requises – il ne peut dès lors être conclu que seule la première condition suffirait à affirmer que le critère de sélection serait rempli », qu'il « convient également que l'opérateur économique fournisse les informations pertinentes », que « sur base de ces informations pertinentes requises – les références – la partie adverse a pu constater que le critère de sélection n'était en réalité pas rempli, contrairement à ce qui était affirmé a priori par la requérante dans son DUME », que « (...) la loi ne prévoit qu'une faculté dans le chef du pouvoir adjudicateur de demander aux candidats et soumissionnaires de fournir des documents justificatifs », qu'en « aucun cas il ne s'agit d'une obligation », qu'il « ne s'agit que d'une possibilité, dont l'appréciation est laissée au pouvoir adjudicateur », que « la seule obligation pesant sur les épaules du pouvoir adjudicateur concerne le soumissionnaire auquel il a décidé d'attribuer le marché et à qui le pouvoir adjudicateur doit demander qu'il présente les documents justificatifs visés à l'article 75 de la loi », que « cette obligation, limitée au soumissionnaire auquel il a été décidé d'attribuer le marché, ne peut être étendue à tous les candidats et soumissionnaires à moins de violer le prescrit de la loi », que « la requérante n'est pas le soumissionnaire auquel la partie adverse a décidé d'attribuer le marché », qu'« aucune obligation vis-à-vis de la requérante ne pesait donc sur les épaules de la partie adverse qui était en droit de prendre une décision de non-sélection », que « (...) à suivre le raisonnement de la requérante, la partie adverse violerait elle-même les dispositions du cahier spécial des charges », que « l'article 66 prévoit l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de vérifier que le soumissionnaire répond aux critères de sélection – *quod non* en l'espèce – et que l'offre est conforme aux exigences, conditions et critères énoncés dans les documents du marché », que « l'acte attaqué se réfère expressément à cet article 66 du cahier spécial des charges », que « (...) c'est en vertu de ces dispositions que les critères de sélection ont été vérifiés et que la requérante n'a pas été sélectionnée », que « la partie adverse a donc respecté ses obligations et s'est conformée aux dispositions du cahier spécial des charges », que « (...) les motifs d'exclusion visés aux articles 67 et 69 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics font eux aussi l'objet d'une vérification par le pouvoir adjudicateur conformément à l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et comme le développe la requérante dans son deuxième moyen », qu'« ici aussi, ce n'est pas parce que l'opérateur économique indique dans son DUME qu'il ne fait l'objet d'aucun motif d'exclusion que cela interdit au pouvoir adjudicateur de vérifier l'exactitude des déclarations de l'opérateur économique », que « c'est encore à tort que la requérante affirme qu'elle se serait trouvée dans une situation similaire à celle où le soumissionnaire n'a pas fourni de documents justificatifs justifiant qu'il est satisfait au critère de sélection, comme l'affirme le DUME », que « la partie adverse fait la distinction entre les soumissionnaires qui n'ont pas remis de DUME (cas de

l'offre de D.-M. BV) et les soumissionnaires dont l'offre ne permet pas de déterminer si les références citées remplissent les exigences du critère de sélection », que « les références fournies par la requérante ne nécessitaient pas de justificatifs complémentaires étant donné que les justificatifs établis par les destinataires des services étaient déjà joints à l'offre et que ceux-ci attestent chaque fois que les références présentées concernent le nettoyage de multiples bâtiments dispersés sur de nombreux sites », qu'il « n'existait donc aucune raison de réclamer des documents justificatifs supplémentaires compte tenu du fait qu'ils étaient déjà joints à l'offre », que « c'est d'autant plus le cas que les articles 68, 72 et 77 du cahier spécial des charges demandaient eux aussi au soumissionnaire de joindre à son offre toute une série de pièces relatives à la sélection qualitative, comme le permet l'article 73, §3 du cahier spécial des charges relatif au DUME (issu de l'article 73, §3 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics) (...) », que « si en l'espèce, les documents ont été fournis, ils s'avèrent qu'ils ne sont néanmoins pas en mesure de répondre aux exigences du critère de sélection », que « la simple indication dans le DUME que le critère de sélection est bien rempli ne suffit pas ».

B. Appréciation

La partie adverse n'a pas refusé de sélectionner la requérante parce qu'elle n'avait pas fourni de documents justifiant qu'elle satisfaisait au critère de sélection en cause.

La requérante a fourni des documents pour attester qu'elle respectait le critère de sélection litigieux mais la partie adverse a estimé légalement, pour les motifs qui ont été exposés lors de l'examen de la deuxième branche, que ces documents ne permettaient pas de considérer qu'elle satisfaisait à ce critère, contrairement à ce qu'affirmait la requérante dans le DUME.

La partie adverse pouvait contrôler le respect du critère de sélection au regard des éléments pertinents produits par la requérante. Elle ne devait pas demander à la requérante de fournir des documents attestant qu'elle respectait le critère de sélection puisque la requérante avait déjà produit des documents et que la partie adverse avait constaté que ces documents ne démontraient pas que la requérante satisfaisait à ce critère.

Dès lors que la partie adverse ne devait pas demander de tels documents, elle n'était pas davantage tenue d'expliquer pourquoi elle ne les sollicitait pas. Enfin, si la requérante reproche à tort à la partie adverse de ne pas lui avoir demandé des documents justificatifs, elle n'établit pas en outre qu'une telle demande aurait eu une quelconque utilité dès lors que la requérante ne soutient pas dans sa requête et

ne démontre donc pas que parmi les services qu'elle a fait valoir, il y avait trois services de nettoyage concernant un bâtiment ou un complexe de bâtiments pour une valeur annuelle d'au moins 300.000,00 euros hors TVA.

La troisième branche n'est pas sérieuse.

V.4. Quatrième branche

A. Thèses des parties

La requérante soutient que « (...) si le CSC doit être interprété comme exigeant des références autres que celles déposées, alors le critère de sélection relatif à la capacité technique serait illégal », que « (...) s'il fallait interpréter les termes "complexe de bâtiments" comme visant exclusivement les services relatifs à des bâtiments contigus, cela aboutirait à restreindre de manière illégale la concurrence et à violer l'égalité entre les soumissionnaires », qu'une « telle interprétation aboutirait *ipso facto* à exclure de la participation au marché tout opérateur économique qui exécuterait d'importants marchés portant sur plusieurs sites, et ce, même à supposer que ces sites comportent individuellement des bâtiments contigus », que « de cette façon, le jeu de la concurrence est nécessairement limité et l'égalité de traitement n'est pas respectée, sans justification admissible possible, inexistante à la connaissance de la partie requérante », qu'un « tel critère serait dès lors manifestement illégal, et le marché ne pourrait être attribué », qu'en « plus d'aboutir à cette limitation de la concurrence et à cette discrimination, l'interprétation que semble faire la partie adverse du critère de sélection relatif à la capacité technique ne respecte pas non plus la définition et l'objectif des critères de sélection », qu'il « découle de l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 qu'un critère de sélection vise à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer », que « cette même disposition précise que les conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché », qu'à « suivre la partie adverse, l'exécution de plusieurs services de nettoyage d'une valeur annuelle, pour chacun, plus de dix fois supérieure à celle du présent marché et portant sur plusieurs bâtiments, ne serait pas de nature à garantir que la requérante dispose des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché », que « ceci démontre déjà que le critère de sélection litigieux n'est pas proportionné et est donc illégal », qu'« on comprend que pour la partie adverse, le caractère nécessaire des compétences techniques requises serait démontré par la réalisation de services de nettoyage régulier d'un (seul) bâtiment ou d'un complexe de bâtiments, en réalité contigus... », que « ceci n'est pas sérieux et démontre une erreur manifeste d'appréciation dans le choix de ce critère », qu'« on n'aperçoit en effet pas comment, au regard de l'objet du marché, la capacité d'un soumissionnaire pourrait être davantage justifiée par la satisfaction de ces conditions, alors que tel ne serait pas le cas d'un soumissionnaire qui justifie de l'exécution de plusieurs services de nettoyage d'une valeur, pour chacun, plus de dix fois supérieure à celle du présent marché et portant sur plusieurs bâtiments », que « la partie requérante, qui est le prestataire actuel du marché de nettoyage portant sur le centre administratif actuel de

la partie adverse, n'aperçoit pas en quoi l'exécution d'un service limité à un bâtiment ou à un complexe de bâtiments contigus, d'une valeur annuelle de 300.000€ HTVA, serait plus à même de démontrer les compétences requises pour exécuter le marché », que « cela n'est en tous cas nullement démontré, ni motivé », qu'il « en découle que le critère de sélection précité n'est manifestement pas proportionné à l'objet du marché, ni lié à ce dernier », que « par voie de conséquence les dispositions visées au moyen sont violées, en particulier l'article 71 de la loi du 17 juin 2016, les principes d'égalité, de concurrence et de proportionnalité, ainsi que de motivation formelle et interne ».

La partie adverse répond que la « quatrième branche doit être déclarée irrecevable en ce que la requérante aurait dû attaquer le cahier spécial des charges en temps et en heure plutôt que de l'attaquer, à titre subsidiaire, par le biais d'un recours dirigé contre le présent acte attaqué », que « (...) (la partie adverse) a décidé d'introduire le terme "complexe de bâtiments" dans l'article 68 du cahier spécial des charges précisément pour ne pas limiter la concurrence et pour permettre à des opérateurs économiques ayant comme référence le nettoyage d'un complexe de bâtiments – sur un seul site géographique – de participer à la procédure », que « la partie adverse aurait pu se limiter à réclamer dans le cadre de ce critère de sélection des références liées au nettoyage d'un bâtiment », qu'« alors que la partie adverse a précisément voulu ouvrir la concurrence à un maximum d'opérateurs économiques, la requérante se saisit du terme "complexe de bâtiments" pour considérer que, dans son cas à elle, un tel ajout ne serait pas suffisant en ce qu'il ne permettrait pas de couvrir ses propres références », que « dans la mesure où un opérateur économique ne peut pas produire de références telles que demandées dans le cadre d'un marché public, cela ne signifie pas automatiquement que le critère de sélection serait illégal mais plutôt que l'opérateur économique en question ne dispose pas des capacités techniques et professionnelles requises – raison pour laquelle, au demeurant, il ne fut pas sélectionné en l'occurrence », que « (...) la participation au marché demeurerait ouverte à ces opérateurs économiques à condition qu'ils démontrent dans le cadre de trois références une capacité technique et professionnelle de nettoyage de trois bâtiments/complexes de bâtiments/sites dont la valeur dépasse pour chacun le seuil de 300.000 EUR annuels HTVA », que « comme déjà expliqué *supra*, des références multi-sites ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de connaître la taille et l'ampleur de chaque site dont le nettoyage est pris en charge par l'opérateur économique », que « (...) le but du critère de sélection est de garantir que le soumissionnaire dispose de la capacité technique et professionnelle nécessaire pour exécuter le présent marché », que « le présent marché public de services a pour but le nettoyage durable, pendant 48 mois, du nouveau centre administratif de la Ville de Bruxelles composé de 15 niveaux », que « le soumissionnaire est ainsi invité à démontrer sa capacité technique par la présentation de trois services dont la nature

correspond à l'objet du marché (le nettoyage régulier d'un bâtiment ou d'un complexe de bâtiments) et qu'il a fournis au cours des cinq dernières années, en indiquant leur montant, leur date et leur destinataire public ou privé », que « chaque service a une valeur annuelle d'au moins 300.000,00 EUR HTVA et ce pour au moins deux des cinq dernières années, afin de permettre à la partie adverse de s'assurer que le soumissionnaire dispose d'une capacité technique et professionnelle suffisante pour garantir le nettoyage d'un bâtiment de l'ampleur de celui du nouveau centre administratif », que « pour que ces références soient pertinentes pour le présent marché, chacune d'elles ne doit concerner qu'un seul bâtiment ou complexe de bâtiments et a une valeur annuelle d'au moins 300.000 € comme défini ci-avant », que « des références visant des marchés portant sur des dizaines voire des centaines de sites dispersés dans toute la Belgique demeurent non-pertinentes pour garantir l'objet du présent marché », que « le critère de sélection est proportionné et lié à l'objet du marché », qu'en « conséquence de quoi, il convient de constater que la partie adverse n'impose pas d'autres critères que ceux visés à l'article 71, le présent critère de sélection ayant trait aux capacités techniques et professionnelles pertinentes pour le présent marché », que « le critère de sélection tel que formulé par la partie adverse permet précisément de garantir que les opérateurs économiques présentent des garanties nécessaires pour réaliser le nettoyage d'un site similaire au nouveau centre administratif de la Ville de Bruxelles », que « le critère de sélection qui vise trois services dont la nature correspond à l'objet du marché est pleinement et indiscutablement lié à l'objet du marché (nettoyage régulier d'un bâtiment ou d'un complexe de bâtiments) », qu'il « est en outre également proportionné à l'objet du marché dans la mesure où la partie adverse a souhaité que le critère de sélection vise des références qui soient relatives à un bâtiment ou à un complexe de bâtiments, à l'exclusion de références multi-sites qui demeurent inaptes à démontrer la capacité du soumissionnaire à prendre en charge le nettoyage d'un bâtiment ou complexe de bâtiments dont l'ampleur est similaire au nouveau centre administratif de la Ville de Bruxelles », que « le niveau d'exigence du critère de sélection est approprié et, de surcroît, justifié au regard des caractéristiques du présent marché », que « conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, le critère de sélection employé par la partie adverse permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que l'opérateur choisi est pleinement en mesure d'exécuter le marché et qu'il présente les capacités techniques et professionnelles requises pour un bâtiment similaire au nouveau centre administratif de la Ville de Bruxelles se dressant sur 15 niveaux ».

B. Appréciation

Un soumissionnaire évincé peut invoquer l'illégalité des documents du marché dans le cadre du recours dirigé contre la décision de ne pas le sélectionner. L'abstention du soumissionnaire de faire valoir immédiatement, auprès du pouvoir

adjudicateur, ses objections contre des dispositions du cahier spécial des charges ou de ne pas former de recours contre la décision d'approbation du cahier spécial des charges, ne l'empêche pas de contester sa légalité à l'appui du recours introduit contre la décision de ne pas le sélectionner. La quatrième branche est donc recevable.

La partie adverse a pu retenir le critère de sélection contesté sans commettre les illégalités dénoncées à l'appui de la quatrième branche. Ce critère est lié et proportionné à l'objet du marché. Il est propre à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose des capacités nécessaires pour exécuter le marché à attribuer.

Le marché public en cause a pour objet « le nettoyage durable, pendant 48 mois, du nouveau centre administratif de la ville de Bruxelles ». Le critère de sélection contesté permet de garantir à la partie adverse que les soumissionnaires ont la capacité nécessaire pour réaliser le nettoyage du nouveau centre administratif de la Ville de Bruxelles car ils ont déjà effectué antérieurement le nettoyage de bâtiments similaires.

L'exigence selon laquelle le soumissionnaire doit être en mesure d'effectuer un service de nettoyage, comparable à celui faisant l'objet du marché et relatif à un complexe de bâtiments, soit à des bâtiments groupés et donc proches, et non un service de nettoyage dont se prévaut la requérante, qui est différent de l'objet du marché et qui porte sur une pluralité de bâtiments dispersés, est objectivement et raisonnablement justifiée afin de permettre à la partie adverse de s'assurer que le soumissionnaire est capable d'exécuter le marché. Une telle exigence ne restreint pas illégalement la concurrence et ne viole pas l'égalité entre les soumissionnaires.

La circonstance que la requérante ait la capacité d'exécuter des services de nettoyage d'une valeur annuelle, supérieure à celle du présent marché, concernant de nombreux bâtiments répartis sur plusieurs sites différents, n'implique pas en soi que les bâtiments dont la requérante a assuré le nettoyage soient similaires à celui faisant l'objet du présent marché et qu'elle ait la capacité requise pour exécuter ce marché. Pour ce faire, elle aurait dû établir qu'elle avait déjà presté antérieurement des services de nettoyage comparables, soit des services concernant un bâtiment ou un complexe de bâtiments pour une valeur annuelle d'au moins 300.000,00 euros hors TVA. Or, tel n'est pas le cas.

La quatrième branche n'est pas sérieuse.

VI. Second moyen

La requérante prend un second moyen de « la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et, notamment ses articles 67, 68, 73 et 75; de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et, notamment, ses articles 61, 62 et 63; de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et, 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; et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

VI.1. Thèses des parties

La requérante expose qu'il « n'apparaît pas que le pouvoir adjudicateur a vérifié la situation sociale et fiscale des candidats et soumissionnaires sur base des attestations disponibles via l'application Télémarch, ainsi que l'absence de cause d'exclusion obligatoires, tant dans les 20 jours qui suivent l'ouverture des offres qu'avant l'attribution du marché », que « le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier l'absence de dettes fiscales et sociales ainsi que l'absence de causes d'exclusion obligatoires, sous peine d'exclusion des soumissionnaires et de l'adjudicataire pressenti », que « le marché n'a pas pu être valablement attribué », qu'« (...) aucune information transmise à la requérante ne démontre que ces obligations ont été respectées puisque seuls les motifs de non-sélection la concernant lui a été transmise », qu'en « vertu des articles 62, §2 et 63, §2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, la vérification aurait dû avoir lieu dans les vingt jours suivants le dépôt des candidatures et avant l'attribution du marché, ce qui n'est pas démontré en l'espèce, de sorte que l'intégralité de la procédure de passation est viciée dans l'hypothèse où cela n'a pas été fait ».

La partie adverse répond que « dans l'hypothèse où ce second moyen serait déclaré sérieux par le Conseil d'État, cela ne modifierait en rien la situation de la requérante », que « quand bien même le marché n'aurait pas été valablement attribué, il n'en demeure pas moins que la requérante n'a pas été sélectionnée et ne peut par conséquent pas prétendre se voir attribuer le présent marché », que « pour ce motif, le deuxième moyen est irrecevable », qu'« (...) il ressort de l'acte attaqué que la partie adverse a bien procédé à la vérification des motifs d'exclusion et à la vérification des éventuelles dettes sociales et fiscales (...) », que « c'est d'ailleurs à la suite de cette vérification que le soumissionnaire D.-M. BV a vu son offre déclarée nulle au motif qu'il n'y avait pas joint de DUME », que « conformément à l'article 73 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, le DUME consiste en une déclaration sur l'honneur et vaut à titre de preuve *a priori* que le candidat ou

le soumissionnaire ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion obligatoire ni d'un motif d'exclusion relatif aux dettes fiscales et sociales », que « sur base de cette vérification, la partie adverse en a conclu que les autres soumissionnaires ne devaient pas être exclus de la procédure de passation du marché », que « conformément à l'article 73, §3, al.2 de la loi du 17 juin 2016 et conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, le pouvoir adjudicateur doit vérifier une seconde fois avant l'attribution du marché que le soumissionnaire auquel il a décidé d'attribuer le marché satisfait à ses obligations relatives au paiement d'impôts et de taxes, ainsi que des cotisations de sécurité sociale », que « cette vérification spécifique se retrouve également mentionnée dans l'acte attaqué (...) », que « pour que ne subsiste aucun doute, la partie adverse produit également les dix analyses des motifs d'exclusion pour chaque soumissionnaire, ainsi que les attestations de l'ONSS et du SPF Finances relatives à chacun d'eux (Pièces n° 7 et 8) ».

VI.2. Appréciation

La partie requérante dispose de l'intérêt requis à critiquer la sélection des autres soumissionnaires au regard de leurs situations sociales et fiscales. Une irrégularité commise lors de ce contrôle est susceptible de l'avoir lésée.

Par ailleurs, la critique relative au défaut de vérification des dettes sociales et fiscales au stade de l'attribution du marché paraît également recevable. En effet, il ne peut être préjugé qu'au regard de cette exigence de contrôle, les deux soumissionnaires sélectionnés et dont l'offre n'a pas été déclarée nulle, n'auraient pas dû être exclus de l'attribution si le contrôle en question avait été opéré. Cette éventuelle irrégularité est bien de nature à emporter un risque de lésion dans le chef de la partie requérante et, partant, à justifier un intérêt au grief.

Le second moyen est donc recevable.

La décision du 2 juin 2022 attribuant marché litigieux précise que :

- « Considérant qu'il apparaît de la vérification de l'absence de motifs d'exclusion, d'une part, sur la base du document unique de marché européen (DUME), et, d'autre part, sur la base de la situation sur le plan de dettes fiscales et sociales, conformément aux articles 66, § 2, 68, 70, 73, §§ 1^{er} et 2, 62, 63 et 64 du cahier spécial des charges que:
 - le soumissionnaire D.-M. BV n'a pas joint de DUME à son offre. De ce fait, son offre est affectée d'une irrégularité substantielle en vertu de l'article 76, § 1^{er}, du cahier spécial des charges (non-respect des exigences visées à l'article 38). En application du § 3 du même article 76, l'offre est déclarée nulle à cause de cette irrégularité substantielle;

- les autres soumissionnaires ne doivent pas être exclus de l'accès à la procédure de passation du marché; ».

La vérification des dettes fiscales et sociales des soumissionnaires par le pouvoir adjudicateur en exécution des articles 62, § 2, et 63, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, mentionnée dans les motifs précités de la décision du 2 juin 2022, est corroborée par le dossier administratif.

Par ailleurs, la décision du 2 juin 2022 précitée comporte les motifs suivants quant à la vérification, antérieure à l'attribution du marché, de la situation des dettes fiscales et sociales du soumissionnaire auquel le marché a été attribué :

- « Considérant qu'il s'ensuit que l'offre régulière économiquement la plus avantageuse est présentée par le soumissionnaire (...);

Considérant qu'il apparaît de l'examen plus approfondi de ce soumissionnaire sur la base des motifs d'exclusion conformément aux articles 67, 68, 69, 70, 73, §§ 3 et 4, 61, 64 et 72, § 2, du cahier spécial des charges que ce soumissionnaire ne doit pas être exclu de l'accès à la procédure de passation du marché; ».

Il est donc attesté que la partie adverse a bien procédé à la vérification actualisée de la situation concernant les dettes fiscales et sociales avant de procéder à l'attribution du marché.

La circonstance que le dossier administratif ne comporte pas de pièce spécifique de nature à confirmer cette vérification est sans conséquence. En effet, l'article 73, § 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose que :

- « § 4. Nonobstant le paragraphe 3, les opérateurs économiques ne sont pas tenus de présenter des documents justificatifs ou d'autres pièces justificatives lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale dans un État membre qui est accessible gratuitement, comme un registre national des marchés publics, un dossier virtuel d'entreprise, un système de stockage électronique de documents ou un système de préqualification ».

Tel est le cas des informations relatives aux dettes fiscales et sociales, lesquelles sont disponibles gratuitement via l'application Télémarché.

Du reste, la partie requérante ne s'inscrit pas en faux à l'encontre de la décision du 2 juin 2022.

Le second moyen n'est pas sérieux.

VII. Premier moyen nouveau

VII.1. Thèses des parties

Postérieurement à l'introduction de la requête et antérieurement à l'audience, la requérante prend un premier moyen nouveau « de la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et, notamment ses articles 83 et 84; de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et, notamment, ses articles 35 et 36; de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et, notamment, ses articles 2 et 3; 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; du principe général de motivation interne des actes administratifs; du principe de minutie et de diligence comme principes de bonne administration; et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

La requérante soutient que « l'acte attaqué se borne à mentionner que les prix des offres sont vérifiés comme le prévoit l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et qu'il n'est pas constaté de prix semblant anormalement bas ou élevés », que « les dispositions visées au moyen imposent au pouvoir adjudicateur de procéder à une vérification effective, concrète et motivée des prix, tant unitaires que globaux, des offres, voire à l'examen des prix », qu'en « adoptant l'acte attaqué, qui se limite à cette seule affirmation, la partie adverse a adopté une décision manifestement illégale », que « la recevabilité de ce moyen nouveau n'est pas contestable », que « la requérante n'a pu avoir connaissance d'une difficulté à ce sujet qu'après avoir eu accès au dossier administratif, en particulier à la pièce 8-2 de ce dossier », que « cette difficulté était indécidable lors de l'examen du courrier notifiant un extrait des motifs de la décision d'attribution », que « l'absence de vérification de prix est de nature à causer grief à la requérante », que « si un pouvoir adjudicateur ne procède pas à cette vérification, il ne peut attribuer régulièrement le marché concerné à aucun soumissionnaire », que « la requérante n'a pas à démontrer que les prix proposés par les autres soumissionnaires seraient anormalement bas ou élevés », qu'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 (...) », que « l'affirmation suivant laquelle les prix ont été vérifiés n'est pas développée dans la décision d'attribution », qu'« on ignore sur quoi elle se fonde; et si elle se rapporte à la vérification des prix unitaires et globaux », qu'il « s'agit d'une clause de style », que « cette affirmation ne trouve aucune trace dans le dossier administratif », qu'« on doit comprendre qu'en réalité, aucune vérification des prix unitaires et des prix globaux n'a eu lieu et qu'aucun examen des prix n'a eu lieu; en tous les cas

aucune vérification minutieuse, concrète et effective, s'appuyant sur des éléments tangibles et contrôlables », que « l'obligation de vérification des prix est d'autant plus importante en l'espèce que le marché litigieux est conclu dans un secteur sensible à la fraude (...) », que « la décision attaquée devait donc démontrer que la partie adverse a, de manière précise, concrète et circonstanciée, examiné, pour chaque offre, les éléments concrets à sa disposition permettant de comprendre la structure des prix proposés, tant pour les prix unitaires que globaux, et a justifié sa décision de déclarer les prix normaux sur cette base », qu'il « doit ressortir de la décision d'attribution ou du dossier administratif que le pouvoir adjudicateur a vérifié que les prix proposés, tant unitaires que globaux, pour chaque soumissionnaire permettent notamment de réaliser les prestations conformément aux prescriptions du cahier des charges », qu'« aucun élément démontrant le respect de ces obligations n'a été communiqué à la partie requérante et la motivation de l'acte attaqué est totalement muette à cet égard », qu'elle « ne peut donc être adéquate et suffisante ». Concernant la pièce n° 10 du dossier administratif, produite par la partie adverse pour établir la vérification des prix, la requérante fait valoir en substance qu'elle ignore quel est l'auteur de ce document et quand il a été établi. Elle indique, en se prévalant du respect des droits de la défense et de l'effectivité du recours, qu'elle s'oppose au dépôt de cette pièce à titre confidentiel sans qu'une version caviardée soit communiquée. Elle soutient que la manière dont la partie adverse aurait vérifié les prix n'est pas confidentielle.

La partie adverse répond qu'il ressort de la décision d'attribution que la vérification des prix a été effectuée et qu'il n'y avait pas prix anormalement bas ou élevés.

VII.2. Appréciation

Le moyen nouveau est recevable dès lors que la partie requérante n'a pu le soulever qu'après avoir pris connaissance du dossier administratif et qu'il a été invoqué avant l'audience de telle sorte que la partie adverse a pu se défendre utilement.

Concernant l'obligation qui incombe au pouvoir adjudicateur de procéder d'office à la vérification des prix, il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif que le pouvoir adjudicateur a bien procédé concrètement à cette vérification des prix.

En l'espèce, l'acte attaqué mentionne expressément que : « Considérant que les prix des offres sont vérifiés comme le prévoit l'article 35 de l'arrêté royal du

18 avril 2017 et qu'il n'est pas constaté de prix semblant anormalement bas ou élevés ».

Compte tenu de ce qu'aucun élément livré par les écrits et pièces de la procédure ne laisse apparaître que la partie adverse aurait été confrontée à une difficulté particulière dans la vérification des prix ou aurait dû être interpellée par une telle difficulté, la mention précitée ne peut être tenue pour une « clause de style » et suffit à attester qu'il a bien été procédé à la vérification des prix. La requérante ne fait état d'aucun élément concret qui autoriserait à en juger différemment.

En outre, la partie adverse dépose, à titre confidentiel, la pièce n° 10 (analyse des offres des soumissionnaires), qui atteste l'existence d'une vérification des prix des différentes offres déposées.

Cette pièce comporte des éléments relevant du secret des affaires – notamment le prix horaire proposé – en sorte qu'il y a lieu d'en maintenir également la confidentialité dans son intégralité à ce stade de la procédure. Il n'y a pas lieu d'en refuser le dépôt dès lors qu'elle fait partie du dossier administratif et qu'elle est nécessaire pour l'examen du recours. Au regard de son contenu, il n'apparaît pas possible qu'elle soit communiquée, de manière utile, sous une forme neutre tout en préservant le caractère confidentiel des données contenues dans cette pièce.

Le premier moyen nouveau n'est donc pas sérieux.

VIII. Deuxième moyen nouveau

VIII.1. Thèses des parties

Postérieurement à l'introduction de la requête et antérieurement à l'audience, la requérante prend un deuxième moyen nouveau de « l'incompétence de l'auteur de l'acte, ainsi que de la violation de l'article 14, de l'article 26bis, § 1^{er}, 8°, de l'article 50, des articles 108, 109, 110 et 111 de la Nouvelle loi communale ».

La requérante soutient que « l'extrait conforme de l'acte attaqué versé au dossier administratif est signé par le Bourgmestre de la Ville de Bruxelles faisant fonction et contresigné par le secrétaire communal de la Ville de Bruxelles faisant fonction », que « la partie adverse ne démontre pas que les signataires peuvent agir en ce sens en cette qualité, ou qu'ils disposeraient d'une délégation de signature », que « si la partie adverse ne peut établir la validité de ces signataires, il faudrait alors constater qu'il ne serait pas établi que l'acte attaqué a bien été adopté par l'organe compétent (...) », qu'aux « termes de (l'article 109 de la Nouvelle loi communale),

l'acte attaqué doit dès lors, en principe, être signé par le bourgmestre de la Ville de Bruxelles, soit Monsieur P. C., et contresigné par le secrétaire communal de la Ville de Bruxelles, soit Monsieur D. L. », qu'« étrangement, l'acte attaqué identifie 2 secrétaires communaux, Monsieur D. L. et Monsieur L. S. », que « seul ce dernier est indiqué parmi les personnes présentes lors de la réunion du Collège », que « l'acte attaqué a été signé par Monsieur F. M., membre du Collège des Bourgmestre et Échevins de la Ville de Bruxelles, en qualité de bourgmestre faisant fonction, et contresigné par S. M. en qualité de secrétaire communal faisant fonction », que « la partie adverse ne démontre pas que les signataires pouvaient agir en ce sens en cette qualité : pour le Bourgmestre, au regard de l'article 14 de la Nouvelle loi communale, ou sur base d'une délégation de signature sur base de l'article 110 de la Nouvelle loi communale; pour le secrétaire communal, sur base d'une désignation adoptée par le Conseil communal ou par le Collège des Bourgmestre et échevins conformément à l'article 50 de la Nouvelle loi communale, ou sur base d'une délégation de signature sur base de l'article 110 ou 111 de la Nouvelle loi communale ».

La partie adverse répond qu'elle produit les pièces attestant que le moyen n'est pas sérieux.

VIII.2. Appréciation

Le moyen nouveau est recevable dès lors que la partie requérante n'a pu le soulever qu'après avoir pris connaissance du dossier administratif et qu'il a été invoqué avant l'audience de telle sorte que la partie adverse a pu se défendre utilement.

L'acte attaqué est signé, pour copie conforme, par F. M., bourgmestre faisant fonction, et par S. M., secrétaire faisant fonction.

La partie adverse produit une note du 27 juin 2022 du bourgmestre et une note du 7 juillet 2022 du secrétaire communal.

Ces notes suffisent à établir que le bourgmestre a délégué ses compétences à l'échevin F.M. en vertu de l'article 14 de la Nouvelle loi communale et que le collège a désigné S.M. en tant secrétaire faisant fonction en application de l'article 50 de la même loi. Elles attestent dès lors à suffisance, dans le cadre de la procédure d'extrême urgence, que l'acte attaqué a été signé et contresigné par des personnes bénéficiant régulièrement chacune des compétences requises.

L'article 50 précité permet au collège de désigner un secrétaire faisant fonction en cas d'urgence. Dans le cadre des débats d'extrême urgence, la partie adverse n'est pas tenue d'établir, en plus de cette désignation, l'urgence qu'il y avait d'y procéder.

Le deuxième moyen nouveau n'est pas sérieux.

IX. Troisième moyen nouveau

IX.1. Thèse de la partie requérante

À l'audience, la requérante soulève un troisième moyen nouveau pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte et de la violation de l'article 234 de la Nouvelle loi communale. Elle soutient que la partie adverse n'établit pas que le conseil communal a choisi la procédure de passation et a fixé les conditions du marché, conformément à la disposition précitée. Elle en déduit que la procédure de passation du marché public est viciée et que l'acte attaqué qui se fonde sur un cahier spécial des charges illégal est également illégal.

IX.2. Appréciation

La procédure d'extrême urgence réduit les droits de la défense des parties ainsi que la contradiction des débats. Cette procédure n'est pas comme telle incompatible avec la faculté de soulever de nouveaux moyens à la condition que le moyen nouveau puisse être débattu en tous ses aspects à l'audience. Par ailleurs, dans l'hypothèse où le moyen nouveau est présenté comme étant d'ordre public, il peut se justifier qu'il ne soit pas examiné lorsque l'invocation de ce moyen par la partie requérante apparaît, au vu des circonstances propres au cas d'espèce, comme portant une atteinte avérée à la loyauté procédurale, qui constitue un manquement substantiel au déroulement normal et adéquat de l'examen du recours.

En l'espèce, il n'apparaît pas que la requérante n'était pas en mesure de soulever ce moyen nouveau, sinon dès l'introduction de sa requête, à tout le moins avant l'audience comme elle l'a fait pour les deux autres moyens nouveaux. Elle ne fait d'ailleurs valoir aucune circonstance qui l'en aurait empêchée.

Au vu des exigences de traitement procédural de la présente demande et des circonstances dans lesquelles la requérante invoque pour la première fois à l'audience le présent moyen, celui-ci doit être déclaré irrecevable.

X. Confidentialité

X.1. Thèses des parties

La requérante indique que « (son offre) contient des informations confidentielles, des secrets d'affaires et/ou commerciaux, qui ne peuvent pas être divulgués à des tiers, par exemple une éventuelle partie intervenante », qu'« afin d'assurer le libre jeu de la concurrence, la confidentialité de cette pièce ne pourrait pas être levée », que « la levée de l'intégralité de l'offre ne serait, en toute hypothèse, absolument pas nécessaire pour la résolution du présent litige », qu'il « ne se justifie donc nullement de donner accès à l'intégralité de l'offre », que « cette pièce doit par conséquent bénéficier de la confidentialité en application de l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat et de l'article 26 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 », qu'elle « doit être soustraite à la consultation de tiers dans le dossier administratif de la partie adverse ».

La partie adverse ne voit aucune objection à ce que la confidentialité de l'offre de la requérante soit maintenue. Elle indique que le dossier administratif contient plusieurs pièces comportant des informations confidentielles et sensibles qui ne peuvent être divulguées, qu'il est ainsi de la décision d'attribution en ce qu'elle reprend des informations relatives aux autres soumissionnaires et à certaines offres; de l'analyse des motifs d'exclusion de certains soumissionnaires et des attestations y relatives qui contient notamment des informations relatives à la situation sociale et fiscale des autres soumissionnaires. La partie adverse demande en conséquence que ces pièces soient couvertes par la confidentialité en application de l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948.

X.2. Appréciation

Le droit d'accès des parties au dossier de l'autorité adjudicatrice, que celle-ci est tenue de déposer, relève des exigences d'un recours juridictionnel effectif. L'exercice de ce droit peut toutefois être limité par l'instance de recours dans les conditions que fixe l'article 26 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. En effet, cette instance peut, en vertu de cette disposition, être amenée à décider que ce droit d'accès doit être mis en balance avec le respect dû à la confidentialité et au secret d'informations contenues dans ce dossier – ainsi, du reste, que dans les dossiers des autres parties –, en manière telle que cet accès à certaines informations

doive être totalement ou partiellement refusé ou, à tout le moins, organisé selon des modalités qu'elle précise.

Il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité, afin de sauvegarder le secret des affaires, des offres des soumissionnaires (pièce 3 du dossier administratif selon le dernier inventaire déposé), des analyses des motifs d'exclusion (pièce 4 du dossier administratif selon le dernier inventaire déposé), des attestations ONSS et SPF Finances (pièce 5 du dossier administratif selon le dernier inventaire déposé), de la décision d'attribution dans sa version non caviardée (pièce 8.1. du dossier administratif selon le dernier inventaire déposé) et de l'analyse des offres des soumissionnaires (pièce 10 du dossier administratif).

XI. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite, au point « V. Dépens » de sa note d'observations, une « indemnité de procédure liquidée à son montant de base ». Elle conclut cette note en demandant « de délaisser les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure liquidée à la somme de 700 EUR, à charge de la partie requérante ».

Toutefois, depuis l'entrée en vigueur, le 9 juillet 2022, de l'arrêté ministériel du 22 juin 2022 relatif à l'indexation de l'indemnité de procédure visée à l'article 67 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, le montant de base de l'indemnité de procédure s'élève désormais à 770 euros.

Sur base d'une lecture bienveillante de la note d'observations, il y a lieu de considérer que la partie adverse sollicite en réalité une indemnité de procédure liquidée à son montant de base de 770 euros et de faire droit à sa demande.

Les autres dépens doivent également être mis à charge de la partie requérante.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 3, 4, 5, 8.1. et 10 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 22 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations siégeant en référé, le 11 août 2022 par :

Yves Houyet,
Vincent Durieux,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Yves Houyet