

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 257.486 du 29 septembre 2023

A. 222.807/VI-21.061

En cause : **la société anonyme MISANET**,
ayant élu domicile chez
M^e Jean LAURENT, avocat,
avenue Louise 250
1050 Bruxelles,

contre :

la Région de Bruxelles-Capitale,
représenté par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^e Bruno LOMBAERT, avocat,
Central Plaza,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme JETTE CLEAN,
ayant élu domicile chez
M^e Maëlle Rixhon, avocat,
avenue Louise 106
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 15 septembre 2017, la SA Misanet demande l'annulation de :

- « - la décision de la partie adverse de date inconnue de ne pas sélectionner la requérante dans le cadre du marché "Nettoyage des zones publiques et communes du site CCN", communiquée à celle-ci par un courrier de l'association des copropriétaires du centre communication Nord du 18 juillet 2017 ;
- la décision de la partie adverse de date inconnue attribuant le marché à un autre candidat que la requérante, non communiquée à la requérante ».

II. Procédure

Par une requête introduite le 17 août 2017, la SA Jette Clean demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Un arrêt n° 238.975 du 24 août 2017 a accueilli la requête en intervention introduite par la SA Jette Clean, a rejeté la demande de suspension d'extrême urgence et a liquidé les dépens relatifs à la procédure en suspension. Il a été notifié aux parties.

Le droit visé à l'article 70 du règlement général de procédure a été acquitté.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^{me} Geneviève Martou, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties requérante et adverse ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 28 décembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 27 janvier 2021.

M. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Charline Servais, *loco* M^e Jean Laurent, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Julia Simba, *loco* M^e Bruno Lombaert, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M^{me} Geneviève Martou, premier auditeur, 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. Exposé des faits utiles

Les faits utiles à l'examen du présent recours ont été exposés dans l'arrêt n° 238.975 du 24 août 2017.

IV. Premier moyen

IV.1. Requête

La requérante prend un premier moyen de la violation de la Constitution, notamment ses articles 10 et 11, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment ses articles 5 et 20 à 22, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment ses articles 58 et 68 à 72, du principe de concurrence, de l'erreur manifeste d'appréciation et de la violation des principes généraux de bonne administration, notamment le principe général du raisonnable, le principe de proportionnalité et le principe de minutie.

Elle souligne que le premier acte attaqué refuse de la sélectionner pour le motif suivant :

« Attendu que le soumissionnaire propose sept références ; Qu'il appert que seules deux des sept références font état d'un bâtiment mixte disposant d'une zone publique comportant un important nœud inter -et multimodal de transport, avec une fréquence d'un passage élevé (au moins 30.000 personnes par jour) ; Que les exigences de la sélection qualitative ne sont sur ce point que partiellement rencontrées. Que cette exigence est pourtant considérée comme essentielle par le pouvoir adjudicateur eu égard à la nature particulière du bâtiment concerné par le présent marché ; Que partant, l'offre de Misanet ne contient pas les références requises et ne peut donc être sélectionnée ; ».

Elle indique qu'à propos de la capacité technique, le cahier spécial des charges prévoit que « seront exclusivement admis les soumissionnaires qui fournissent la preuve d'avoir, au cours des trois dernières années précédant la remise de leur offre, exécuté trois contrats respectifs d'une importance similaire à celle du présent marché » et que par contrat d'importance similaire, il faut entendre des contrats relatifs :

- « a) aux services de nettoyage d'un bâtiment mixte disposant d'une zone publique comportant un important nœud inter -et multimodal de transport, avec une fréquence d'un passage élevé (au moins 30.000 personnes par jour) ;
- b) à l'exécution de prestations de nature similaire,
- c) à des surfaces globales au moins égales à 20.000 m². »

Elle soutient que ce critère de sélection n'est nullement lié et proportionné à l'objet du marché en ce qu'il exige un passage d'au moins 30.000 personnes par jour. Elle expose que la partie adverse ne produit aucun document prouvant un tel passage, qu'elle devrait cependant pouvoir démontrer la légalité de son action ainsi que la réalité des motifs qu'elle invoque et qu'aucun document du dossier administratif ne permet de se départir du constat que le chiffre invoqué n'a aucune réalité à défaut de pouvoir se fonder sur un comptage ou une étude, même approximatifs. Elle ajoute « qu'il peut être question [sic] de demander à la requérante de pouvoir, de son côté, chiffrer ce qui aurait dû l'être par la partie adverse » et que la bonne exécution du marché ne nécessite nullement l'indication d'un tel seuil de passage dans le cadre des références à produire.

Elle fait valoir que le critère de sélection n'est nullement lié et proportionné à l'objet du marché en ce qu'il exige la production de trois références de services similaires et que la production d'une ou deux références similaires, eu égard à l'exigence des caractéristiques exigées, suffit à démontrer la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché. Elle relève qu'elle « a remporté le marché précédent et a exécuté celui-ci à la satisfaction du pouvoir adjudicateur alors même qu'il ne répond pas aujourd'hui au critère de sélection exigé ». Elle souligne qu'elle a d'ailleurs obtenu des attestations de bonne exécution relatives à l'exécution du marché précédent.

Elle allègue qu'aucun élément du dossier administratif ne peut justifier un seuil aussi élevé, qui pose un problème à deux égards :

- d'une part, le nouveau critère constitue un changement d'attitude par rapport au marché antérieurement conclu ; si un changement est évidemment possible, ce dernier ne peut s'envisager que pour des motifs proportionnés et justifiables en droit ; or, la partie adverse atteste que la superficie du bâtiment à nettoyer est restée inchangée, de sorte que le changement d'attitude procède d'une erreur manifeste d'appréciation et d'une violation des principes généraux visés au moyen ;
- d'autre part, l'application de ce critère plus strict aboutit à restreindre de manière injustifiée la concurrence ; en effet, parmi les huit candidats au marché, six ont été exclus principalement sur ce motif ; le critère litigieux avait donc manifestement pour objectif de favoriser certains candidats dès lors qu'il n'est nullement proportionné à l'objet du marché, de sorte que ce critère viole les principes visés précédemment.

Elle souligne qu'elle répond aux autres critères de sélection et qu'elle

aurait donc indéniablement dû être sélectionnée si l'irrégularité constatée n'avait pas été commise.

IV.2. Mémoire en réponse

La partie adverse soutient d'abord que la requérante n'a pas intérêt au moyen dès lors que, même si son offre avait été déclarée régulière, elle n'aurait pas obtenu un nombre de points suffisant pour bouleverser le classement établi par la partie adverse.

Sur le fond, elle estime que les critères de sélection sont liés et proportionnés à l'objet du marché et que le pouvoir adjudicateur devait prendre en compte la spécificité du bâtiment à nettoyer en vue d'évaluer la capacité technique des soumissionnaires, d'autant que, selon elle, la fréquentation journalière élevée des lieux est notoirement connue. Elle considère également que la requérante ne démontre pas que l'exigence de produire trois références de produits similaires aurait eu pour effet de réduire la concurrence. Quant à la circonstance que la requérante serait l'actuel prestataire du marché, elle soutient que le pouvoir adjudicateur est libre d'adapter les critères de sélection d'un marché à l'autre et précise que si la superficie est restée inchangée, la description des tâches et les clauses d'exécution techniques ont été complètement remodelées. La circonstance que la partie requérante ait effectué le marché précédent à la satisfaction du pouvoir adjudicateur serait selon elle sans influence.

IV.3. Mémoire en réplique

La requérante réplique que c'est à tort que la partie adverse soutient que si son offre avait été déclarée régulière, elle n'aurait pas obtenu un nombre de points suffisant pour bouleverser le classement établi. Elle rappelle qu'il n'est pas permis à la partie adverse de refaire la décision d'attribution en cours de procédure de recours et relève qu'il ne ressort ni de l'acte attaqué, ni du dossier administratif que la partie adverse aurait coté son offre avant la procédure de recours. Elle estime que la partie adverse ne pourrait, en cours de procédure, procéder pour la première fois à l'évaluation de son offre et ce, pour les besoins de la cause. Elle considère que les situations en cause dans les arrêts n° 223.730 du 5 juin 2013 et n° 227.867 du 25 juin 2014 cités par la partie adverse ne sont pas similaires à celle du cas d'espèce, dès lors que dans ces deux arrêts, l'évaluation de l'offre de la requérante avait eu lieu dans l'acte attaqué et non pas en cours de procédure. Elle fait valoir que l'argumentation de la partie adverse sur ce point doit donc être rejetée sans même

étudier les cotations concrètes qu'elle a attribuées à l'offre de la requérante.

Elle rappelle qu'il a déjà été considéré qu'un soumissionnaire non sélectionné avait intérêt à contester une décision d'attribution d'un marché à un autre soumissionnaire dès lors qu'un tel recours peut amener le pouvoir adjudicateur à recommencer la procédure de passation du marché sur un autre fondement législatif et sur d'autres critères de sélection, ce qui pourrait restituer à la société requérante une nouvelle chance de se voir attribuer le marché.

À titre subsidiaire, elle indique qu'elle démontre, dans le cadre du second moyen, que l'offre de la société Jette Clean aurait dû être écartée pour non-respect de l'exigence relative au respect du tableau des salaires de la commission paritaire 121 et que l'offre de la requérante serait arrivée en première position dans le classement dès lors que le prix proposé par la société Gom pour le marché doit être modifié au regard des heures réellement nécessaires pour réaliser le poste n° 1 au regard du livre Misset 95 ou que l'offre de cette société aurait dû être écartée dès lors que le prix proposé est anormalement bas.

Elle en conclut qu'elle avait une chance de se voir attribuer le marché si son offre avait été sélectionnée et si le cahier spécial des charges avait été régulier de sorte qu'elle a bien intérêt au présent moyen.

Sur le fond, elle rappelle qu'en application de l'article 58, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, les critères de sélection doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché et qu'en vertu de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006, les soumissionnaires à un marché public doivent être traités conformément au principe d'égalité et de non-discrimination.

Elle relève qu'en l'espèce, le cahier spécial des charges énonce ce qui suit quant à la capacité technique :

« Seront exclusivement admis les soumissionnaires qui fournissent la preuve d'avoir, au cours des trois dernières années précédant la remise de leur offre, exécuté trois contrats respectifs d'une importance similaire à celle du présent marché.

Par contrat d'une importance similaire, il faut entendre des contrats relatifs :

- a) aux services de nettoyage d'un bâtiment mixte disposant d'une zone publique comportant un important nœud inter -et multimodal de transport, avec une fréquence d'un passage élevé (au moins 30.000 personnes par jour) ;
- b) à l'exécution de prestations de nature similaire ;
- c) à des surfaces globales au moins égales à 20.000 m².

Le soumissionnaire joindra au dossier d'offre les documents attestant les références de 3 services similaires mentionnant : les coordonnées du contractant

(nom, adresse, numéro de téléphone d'une personne de contact), le bâtiment concerné, la nature des prestations exécuté à l'objet du présent marché, les superficies nettoyées (m²). Au cas où le soumissionnaire atteste de plus de trois références, le pouvoir adjudicateur n'analysera que les trois premières références citées dans l'ordre de la rédaction ou, à défaut, des annexes produites.

Ces trois références doivent être attestées comme suit :

- a) s'il s'agit de services pour le compte d'autorités publiques, la preuve sera fournie par la production de certificats émis ou signés par l'autorité compétente ;
- b) s'il s'agit de services pour le compte de personnes privées, les prestations seront certifiées par les personnes concernées, faute de quoi le soumissionnaire ajoutera une déclaration sur l'honneur signée d'exécution desdits services.

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de contrôler les références introduites par les soumissionnaires auprès des clients référencés ».

Elle considère que le critère de sélection n'est nullement lié et proportionné à l'objet du marché en ce qu'il exige un passage d'au moins 30.000 personnes par jour, alors que la partie adverse ne produit aucun document prouvant un tel passage et se réfère au surplus à tort à la fréquentation journalière de la gare du Nord. Elle souligne que la gare ne fait pas partie des zones à nettoyer, de sorte que, selon elle, la partie adverse se méprend sur la surface à nettoyer faisant l'objet du marché et sur la fréquentation de cette surface. Elle considère que le chiffre invoqué n'a aucune réalité à défaut d'un comptage ou d'une étude, même approximatifs.

Elle soutient que la bonne exécution du marché ne nécessite nullement l'indication d'un tel seuil de passage dans le cadre des références à produire et souligne être bien placée pour affirmer que la fréquentation journalière des lieux est bien inférieure à 30.000 personnes par jour dès lors qu'elle était l'adjudicataire du marché précédent.

Elle ajoute que ce critère de sélection n'est pas non plus lié et proportionné à l'objet du marché en ce qu'il exige la production de trois références de services similaires. La production d'une ou deux références similaires, eu égard à l'exigence des caractéristiques requises, suffit à démontrer la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché. Elle rappelle qu'elle a remporté le marché précédent et a exécuté celui-ci à la satisfaction du pouvoir adjudicateur en obtenant d'ailleurs des attestations de bonne exécution relatives au marché précédent et estime qu'il est interpellant que son offre soit rejetée au stade de la sélection alors qu'elle détient une attestation de bonne exécution du marché précédent et que celui-ci n'a pas fait l'objet de modifications. Elle rappelle que la sélection qualitative a pour but de déterminer si les soumissionnaires disposent bien de la capacité technique, financière et économique pour réaliser le marché.

Elle estime qu'aucun élément du dossier administratif ne peut justifier un seuil aussi élevé, que le nouveau critère constitue un changement d'attitude par rapport au marché antérieur, sans être justifié par des motifs proportionnés et justifiables en droit. Elle relève que la partie adverse atteste que la superficie du bâtiment à nettoyer est restée inchangée de sorte que la partie requérante comprend mal pourquoi un nouveau critère relatif à la fréquence de passage est instauré. Elle estime que le changement d'attitude procède d'une erreur manifeste d'appréciation et d'une violation des principes généraux visés au moyen en ce qu'il a pour effet d'écarter du marché des soumissionnaires tout à fait aptes à réaliser ce marché.

Elle soutient que l'application de ce critère plus strict aboutit à restreindre de manière injustifiée la concurrence, dès lors que, parmi les huit candidats au marché, six ont été exclus principalement sur ce motif et en déduit que le critère litigieux avait manifestement pour objectif de favoriser certains candidats dès lors qu'il n'est nullement proportionné à l'objet du marché. Elle indique qu'elle répond aux autres critères de sélection et qu'elle aurait donc dû être sélectionnée si l'irrégularité constatée n'avait pas été commise.

IV.4. La requête en intervention

En ce qui concerne la réfutation du premier moyen, l'intervenante renvoie à l'argumentation relative à l'irrecevabilité du moyen telle que développée par la partie adverse. Elle estime que la requérante, même si son offre avait été déclarée régulière, n'aurait pas obtenu un nombre de points suffisants pour se voir octroyer le marché, de sorte qu'elle ne risque pas d'être lésée par la violation alléguée et n'a donc pas intérêt au moyen.

IV.5. Dernier mémoire de la partie requérante

Après avoir reproduit la motivation de l'acte attaqué, les dispositions applicables ainsi que les prescriptions pertinentes du cahier spécial des charges, la requérante reprend l'argumentation du mémoire en réplique relative à la recevabilité du moyen.

Sur le fond, elle reproduit, pour l'essentiel, l'argumentation exposée en réplique.

Elle souligne particulièrement que la gare du Nord ne fait pas partie de la zone à nettoyer, le cahier des charges faisant référence uniquement à la gare des bus et non à la gare ferroviaire. Elle estime que la fréquentation journalière de la gare du

Nord ne doit donc pas être prise en compte, les superficies relatives à la gare dépendant de la SNCB et non de la Région de Bruxelles-Capitale. Elle souligne que la partie adverse n'a toujours pas apporté la preuve de la fréquentation élevée des lieux et que, étant l'adjudicataire du marché précédent, elle est particulièrement bien placée pour affirmer que la fréquentation des lieux est bien inférieure à 30.000 personnes par jour.

IV.6. Appréciation du Conseil d'Etat

L'article 58, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit :

- « Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :
- 1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 61 à 66 ;
 - 2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire.
- Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou, en l'absence d'un tel avis, dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir ».

Moyennant le respect des conditions imposées par cette disposition, dont les exigences de proportionnalité et d'adéquation à l'objet du marché, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation pour fixer les critères de sélection et les seuils à atteindre, de sorte que le Conseil d'État ne peut, dans le cadre du contrôle qu'il exerce, substituer son appréciation à la sienne à cet égard, sous réserve de la sanction d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation.

En l'espèce, s'agissant de la capacité technique dont les candidats doivent pouvoir faire état dans le cadre de la sélection qualitative, le cahier spécial des charges contient notamment la prescription suivante :

- « Le soumissionnaire joindra au dossier d'offre les documents attestant les exigences de capacité technique requises ci-après :
- 1. Seront exclusivement admis les soumissionnaires qui fournissent la preuve d'avoir, au cours des trois dernières années précédant la remise de leur offre, exécuté trois contrats respectifs d'une importance similaire à celle du présent marché.
- Par contrat d'une importance similaire, il faut entendre des contrats relatifs :
- a) aux services de nettoyage d'un bâtiment mixte disposant d'une zone publique

comportant un important nœud inter -et multimodal de transport, avec une fréquence d'un passage élevé (au moins 30.000 personnes par jour) ;

b) à l'exécution de prestations de nature similaire ;

c) à des surfaces globales au moins égales à 20.000 m².

Le soumissionnaire joindra au dossier d'offre les documents attestant les références de 3 services similaires mentionnant : les coordonnées du contractant (nom, adresse, numéro de téléphone d'une personne de contact), le bâtiment concerné, la nature des prestations exécuté à l'objet du présent marché, [les] superficies nettoyées (m²). Au cas où le soumissionnaire atteste de plus de trois références, le pouvoir adjudicateur n'analysera que les trois premières références citées dans l'ordre de la rédaction ou, à défaut, des annexes produites.

Ces trois références doivent être attestées comme suit :

a) s'il s'agit de services pour le compte d'autorités publiques, la preuve sera fournie par la production de certificats émis ou signés par l'autorité compétente ;

b) s'il s'agit de services pour le compte de personnes privées, les prestations seront certifiées par les personnes concernées, faute de quoi le soumissionnaire ajoutera une déclaration sur l'honneur signée d'exécution desdits services.

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de contrôler les références introduites par les soumissionnaires auprès des clients référencés.

[...] ».

La requérante critique le choix de ce critère, particulièrement « en ce qu'il exige un passage d'au moins 30.000 personnes par jour ». Au regard de cette exigence, estime-t-elle, le critère de capacité technique ainsi fixé n'est ni proportionné ni lié à l'objet du marché. Dans sa requête, elle fait valoir qu'« aucun document du dossier administratif ne permet de se départir du constat que le chiffre invoqué n'a aucune réalité », et ce en l'absence « d'un comptage ou d'une étude même approximatifs ». Dans son mémoire en réplique, elle fait grief à la partie adverse de se référer à tort à la fréquentation journalière de la gare du Nord, alors que la gare ne fait pas partie des zones à nettoyer, de sorte qu'elle se méprend sur la fréquentation de la surface en cause.

Le marché concerné a pour objet le nettoyage des zones publiques et communes du bâtiment CCN ainsi que le nettoyage des parties intérieures vitrées qu'elles englobent. Le CCN se compose de la gare ferroviaire de Bruxelles-Nord, de stations de pré-métro, de tramways et de bus, d'un terminal d'autocars, d'une station de taxis, d'une galerie commerçante et des bureaux du service public régional de Bruxelles-Capitale. La partie adverse a pu raisonnablement avoir égard au fait que les locaux à nettoyer sont traversés en permanence par un nombre considérable de personnes et estimer que cette circonstance, qui présente un impact certain sur la manière dont les prestations du marché seraient effectuées, doit être prise en compte pour évaluer la capacité technique des soumissionnaires au regard du marché à attribuer. Le critère de sélection est lié à l'objet du marché.

Contrairement à ce que soutient la requérante tant dans son mémoire en réplique que dans son dernier mémoire, pour déterminer la fréquence de passage

dans le bâtiment en cause, le pouvoir adjudicateur a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, prendre en considération la fréquentation de la gare du Nord. Il peut être souligné à cet égard que les clauses techniques du cahier spécial des charges font référence à la salle des pas perdus, par laquelle transitent de nombreux voyageurs empruntant la gare ferroviaire. Les autres occupants du bâtiment génèrent également une fréquentation qui n'est pas nécessairement en lien avec la gare.

S'il est exact que le dossier administratif ne comporte pas de document établissant la fréquentation quotidienne de la gare du Nord, celle-ci est notoirement connue comme étant l'une des gares les plus fréquentées du pays. S'agissant du seuil retenu pour les attestations prescrites dans le cahier spécial des charges, à savoir une fréquence de passage d'au moins 30.000 personnes par jour, il convient de relever que dans son mémoire en réponse, la partie adverse souligne que « la fréquentation journalière élevée des lieux (bien plus de 30.000 personnes par jour) est notoirement connue », relevant que plusieurs sites *web* font état d'une fréquentation de la gare par plus de 58.000 navetteurs et que, tant en réplique que dans son dernier mémoire, la requérante se limite à affirmer péremptoirement qu'elle « est particulièrement bien placée pour affirmer que la fréquentation journalière des lieux est bien inférieure à 30.000 personnes par jour dès lors qu'elle était l'adjudicataire du marché précédent », sans rencontrer de quelque manière que ce soit l'information que la partie adverse affirme tirer d'un site Internet dont celle-ci donne la référence. Dans ces conditions, il convient de constater que la requérante est en défaut d'établir l'erreur manifeste d'appréciation qu'aurait, selon elle, commise la partie adverse en exigeant des attestations établissant l'exécution de contrats relatifs à des services de nettoyage de bâtiments mixtes comportant un important nœud inter -et multimodal de transport, avec une fréquence d'un passage d'au moins 30.000 personnes par jour. Elle n'établit pas non plus que cette exigence et en particulier, l'obligation de fournir trois attestations, a eu pour effet de vicier la concurrence ou de porter atteinte à l'efficacité du mécanisme de sélection. Ne révèle pas davantage, en soi, une erreur manifeste d'appréciation ou une atteinte à la concurrence le fait que six des huit candidats au marché n'ont pas été sélectionnés.

Est indifférente, à cet égard, la circonstance que la requérante avait remporté le marché précédent et l'avait exécuté à la satisfaction du pouvoir adjudicateur. En effet, la circonstance qu'elle ne satisfait pas au critère en cause constitue la conséquence normale de l'imposition d'un nouveau critère de sélection. Le pouvoir adjudicateur a le pouvoir de fixer des critères de sélection et des seuils différents de ceux qu'il avait définis pour un marché précédent. En particulier,

s'agissant de la critique de la requérante reprochant au pouvoir adjudicateur d'avoir changé d'attitude en instaurant, pour le présent marché, le critère relatif à la fréquence de passage, s'il est exact que la partie adverse a confirmé que la superficie du bâtiment à nettoyer est inchangée, elle a toutefois exposé, dans son mémoire en réponse, que « la partie technique du cahier spécial des charges et les clauses d'exécution ont été radicalement modifiées en comparaison avec le marché précédent » et que « la description des tâches et les clauses d'exécution techniques ont été complètement remodelées », sans que ces affirmations aient été contestées dans le mémoire en réplique et dans le dernier mémoire.

Par ailleurs, la circonstance que la requérante peut se prévaloir d'attestations de bonne exécution ne peut empêcher le pouvoir adjudicateur de fixer des conditions de sélection qualitative d'une manière générale et abstraite et n'est pas de nature à établir le caractère disproportionné de ces conditions du seul fait que leur mise en œuvre aboutit à ne pas la sélectionner.

Le moyen n'est pas fondé.

V. Second moyen

V.1. Requête

La requérante prend un second moyen de la violation de la Constitution, notamment ses articles 10 et 11, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment son article 5, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment ses articles 21 et 95, du principe de concurrence, de l'erreur manifeste d'appréciation, des principes généraux de bonne administration, notamment le principe général du raisonnable et le principe de minutie et du principe de motivation formelle et matérielle.

À titre principal, elle constate que le pouvoir adjudicateur n'a pas procédé à une vérification des prix et qu'il ne ressort d'aucun élément porté à sa connaissance que la partie adverse aurait procédé à une vérification des prix proposés par les soumissionnaires alors qu'une telle vérification constitue une obligation légale essentielle notamment par le fait que le prix constitue un élément essentiel de l'offre. Elle en déduit que l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 est manifestement violé.

À titre subsidiaire, elle expose que si le pouvoir adjudicateur avait procédé à une vérification des prix, il aurait dû constater que le prix horaire proposé par les candidats ne respectaient pas les normes fixées par les clauses techniques, et les écarter conformément à l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

À titre encore plus subsidiaire, elle explique que le pouvoir adjudicateur devait à tout le moins considérer que les prix des candidats « paraissaient anormalement bas » au sens de l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et qu'il aurait ainsi dû interroger les soumissionnaires conformément à cette disposition quant au prix proposé dès lors que ce prix est manifestement anormalement bas.

À titre infiniment subsidiaire, à supposer que les offres ne soient pas irrégulières et que le pouvoir adjudicateur ne devait pas interroger les candidats quant aux prix anormalement bas, elle estime que celui-ci devait cependant exposer les motifs pour lesquels il n'entendait pas respecter les normes salariales qu'il a imposées dans les clauses techniques du cahier spécial des charges. Elle souligne qu'elle a, pour sa part, proposé un prix horaire de 25,64 euros par heure, qu'elle respecte bien les normes salariales UGBN et qu'elle propose donc un prix normal conformément aux dispositions du cahier spécial des charges.

Elle soutient qu'en ne procédant pas à une vérification des prix et en n'écartant pas les offres des autres candidats, le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation et qu'il a, en outre, violé les principes d'égalité et de concurrence en ne respectant pas les conditions minimales qu'il a lui-même fixées dans son cahier spécial des charges. Elle observe que son offre est, au surplus, la plus intéressante dès lors qu'elle propose le prix horaire le plus bas par rapport aux deux autres candidats qui proposent respectivement un prix horaire de 32,61 euros (Gom) et de 30,98 euros (Group Cleaning Services).

En une seconde branche, la requérante expose que le nombre d'heures prévu par le pouvoir adjudicateur pour l'exécution du poste 1 sur une année, à savoir 7.343 heures ne correspond pas au minimum indiqué dans l'ouvrage « cadences de nettoyage » de l'UGBN publié par Misset 95, contrairement à ce qu'affirme la partie adverse dans son cahier spécial des charges, et que ce nombre d'heures minimal renseigné par la partie adverse dans le cahier spécial des charges est irréaliste et déraisonnable.

Elle explique que la partie adverse prétend dans son cahier des charges que le nombre d'heures minimum pour l'exécution du poste 1 s'élève à 7.343 heures sur une année conformément à l'ouvrage « cadences de nettoyage » publié par Misset 95 alors que le nombre d'heures minimum pour l'exécution du poste 1 devrait être porté à 13.088,50 heures en vertu de cet ouvrage. Elle expose que le nombre d'heures minimal renseigné dans le cahier spécial des charges est, au surplus, irréaliste et que, dès lors que la norme de référence est l'UGBN selon le pouvoir adjudicateur, un minimum de 13.088,50 heures aurait dû être indiqué dans le cahier spécial des charges, lequel comporte donc une irrégularité qui entache la régularité du marché.

Elle avance que les offres des autres candidats auraient dû être écartées pour non-respect des conditions minimales UGBN et que le pouvoir adjudicateur a, en outre, violé les principes d'égalité et de concurrence en n'indiquant pas une référence exacte dans son cahier spécial des charges. Elle indique qu'elle a, en effet, proposé un prix total plus élevé que les autres candidats dès lors qu'elle est la seule à avoir respecté les règles minimales UGBN. Elle soutient que la motivation de l'acte attaqué est erronée et que la décision adoptée n'est pas conforme au principe de minutie et qu'à tout le moins, la partie adverse aurait dû exposer les motifs pour lesquels elle n'a pas procédé à la correction de l'erreur matérielle signalée.

V.2. Mémoire en réponse

La partie adverse conteste l'intérêt au moyen.

Sur la première branche, elle fait valoir ce qui suit :

« 24. En substance, la requérante prétend que le pouvoir adjudicateur aurait déterminé un nombre d'heures minimales de prestations qui ne correspondraient pas au minimum indiqué dans l'ouvrage "Cadences de nettoyage" de l'UGBN publié par Misset 95.

22. Si, conformément au calcul que la requérante suggère d'effectuer — et indépendamment de toutes les réserves qu'il y a lieu de faire valoir à l'égard du caractère probant d'un tel calcul [...] —, l'on divise le prix offert par la société Gom pour le poste 1 du marché et le nombre d'heures que cette société prévoit pour effectuer les tâches courantes, l'on aboutit à un résultat qui est bien au-delà de 25 euros et qui serait amplement suffisant pour permettre à la société Gom, le cas échéant, de rémunérer ses employés au taux horaire minimal prévu par la convention collective de travail applicable — et largement plus (voy. la pièce O 3 du dossier administratif confidentiel).

Le calcul serait le suivant : 334.971,49 (prix pour le poste 1) ! 7380 (nombre d'heures prévu le même poste) = 45,39 euros.

Il en résulte que, contrairement à ce que prétend la requérante, l'offre de la société Gom n'est en toute hypothèse pas irrégulière et ne contient pas de prix anormalement bas.

23. Or, à supposer même que l'offre de la requérante ait dû être sélectionnée — *quod non* [...] —, elle n'aurait pas obtenu un nombre de points suffisant pour bouleverser le classement établi par la partie adverse et arriver en première position.

En effet, comme exposé plus haut (*supra*, n° 12), il suffit pour le démontrer objectivement d'appliquer à l'offre de la requérante les différents critères d'attribution, lesquels prévoient une méthode mathématique d'octroi des points, sans aucune appréciation du pouvoir adjudicateur.

En l'occurrence, même en prenant pour hypothèse que l'offre de la société Jette Clean est irrégulière — *quod non* —, la société Gom obtiendrait 93,46 points et la requérante 93,17 points.

- Ainsi, concernant le critère du prix, et compte tenu du fait que l'offre remise par la société Gom présente le prix le plus bas (à savoir 1.782.529,40 euros) et que l'offre remise par la requérante présente un prix de 1.867 828.44 euros, Misanet aurait obtenu 38,17 points (soit $40 * 1.782.529,40 / 1.867.828,44$) tandis que Gom aurait obtenu 40 points.
- Concernant le critère relatif au montant des SLA, Misanet et Gom auraient obtenu toutes deux 40 points, soit le maximum de points, dès lors qu'elles se sont engagées sur le montant maximum possible des SLA.
- Concernant le critère relatif au nombre d'heures prévues pour effectuer les tâches courantes, Misanet aurait obtenu 15 points, c'est-à-dire le maximum des points, dans la mesure où elle aurait pu se prévaloir du rapport le plus élevé ($13.088,5 / 7.343 = 1,7824$), tandis que Gom aurait obtenu 8,46 points ($15 / 1,7824 * 1,0050$).
- Concernant le critère relatif à la promotion du travail à temps plein dans l'exécution du marché, Misanet aurait obtenu 0 point compte tenu du fait qu'elle n'a pas fourni les données nécessaires pour l'évaluation de ce critère, tandis que Gom aurait obtenu 5 points.

Dans la mesure où la suspension de l'acte attaqué n'est pas susceptible de manière certaine de profiter à la requérante, celle-ci n'étant pas placée en ordre utile pour pouvoir prétendre à l'attribution du marché si sa candidature devait être déclarée régulière, il y a lieu de décider que le moyen soulevé par la société Misanet est irrecevable, car dénué d'intérêt dans son chef ».

S'agissant de la recevabilité de la seconde branche, la partie adverse reproduit l'arrêt n° 238.960 du 21 août 2017, qui considère que, sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur la pertinence du calcul effectué par elle pour établir une valeur de référence du nombre d'heures à prester, la requérante ne peut en toute hypothèse pas avoir été lésée par la fixation d'une valeur de référence inférieure à ce qu'elle a elle-même proposé, de sorte que cette dernière n'a pas intérêt à cette branche.

Sur le fond, s'agissant de la première branche du moyen, la partie adverse explique qu'elle a bien vérifié les prix des offres des soumissionnaires, tels que renseignés dans les inventaires. Elle observe que la décision motivée d'attribution mentionne bien que « [l]es offres des soumissionnaires ont été

examinées dans le cadre de leur régularité formelle (entre autres le PV d'ouverture) et matérielle ». Elle souligne que l'examen de la régularité matérielle des offres comprend nécessairement la vérification des prix et relève que l'accomplissement de cette formalité est également attesté dans le passage relatif à l'examen des offres à la lumière des critères d'attribution qui fait allusion à la vérification des opérations arithmétiques, opération intrinsèquement liée à la vérification des prix ainsi corrigés. Elle remarque qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'impose au pouvoir adjudicateur de mentionner formellement qu'il a bien procédé à la vérification des prix, que ce soit dans la décision motivée d'attribution ou dans la notification de celle-ci aux soumissionnaires et que l'accomplissement de cette formalité, en l'espèce, se déduit à suffisance de la conjonction des éléments suivants :

- de manière positive, les mentions de la décision motivée d'attribution telles que reprises ci-dessus et
- d'une manière négative, le constat, implicite mais certain, fait par le pouvoir adjudicateur, selon lequel les prix proposés par les soumissionnaires ne sont pas anormaux, constat qui a justifié que ne soit pas mise en œuvre la procédure prévue par l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, ou, en d'autres termes, que les soumissionnaires ne soient pas interrogés à propos de la normalité de leurs prix.

Elle en déduit qu'il ressort à suffisance de la décision motivée d'attribution et du dossier administratif que le pouvoir adjudicateur a procédé concrètement à la vérification des prix et qu'en conclure autrement participerait d'un formalisme excessif et reviendrait à obliger les pouvoirs adjudicateurs à assortir désormais leurs décisions d'attribution de marché d'une clause de style énonçant qu'ils ont bien procédé à la vérification des prix, et ce même lorsqu'il ressort implicitement mais certainement du dossier administratif et des éléments contextuels que la vérification des prix a bien eu lieu et qu'elle n'a pas débouché sur le constat de l'existence de prix anormaux.

Elle constate ensuite que le moyen soulevé par la requérante repose sur une compréhension erronée du cahier spécial des charges concernant le nombre d'heures de prestation et, notamment, le troisième critère d'attribution. Elle expose que ce troisième critère porte sur le nombre d'heures prévu par les soumissionnaires pour effectuer les tâches courantes et qu'en favorisant l'offre qui prévoit le plus grand nombre d'heures pour effectuer les tâches courantes, ce critère d'attribution tend à encourager les soumissionnaires à prévoir des cadences de travail respectueuses de leurs employés — tout en offrant un prix correct. Elle explique que pour calculer le nombre de points susceptibles d'être accordés à chaque offre, le

pouvoir adjudicateur a, avec l'aide d'un consultant externe, établi un nombre censé représenter le nombre d'heures de référence pour fournir les prestations visées au poste 1 du marché, à savoir les prestations de nettoyage quotidiennes et récurrentes, compte tenu de leur caractère prépondérant et que ce nombre a été fixé à 7.343 heures. Elle souligne que le cahier spécial des charges considère que ce nombre est une valeur de référence fixée de manière abstraite pour tous les soumissionnaires et que si un soumissionnaire proposait une valeur inférieure à celui-ci, elle serait ramenée à 7.343 heures puisque le marché implique une obligation de résultat, ce qui a pour conséquence que l'attributaire devra l'exécuter de telle manière qu'il satisfasse aux clauses techniques du cahier spécial des charges, quel que soit le nombre d'heures qu'il a proposées pour ce critère. Elle considère qu'en toute hypothèse, le fait pour un soumissionnaire de proposer un nombre d'heures inférieur à 7.343 ne pourrait en rien entraîner l'irrégularité de l'offre, le cahier spécial des charges prévoyant précisément une conversion du montant proposé. Elle fait état de l'arrêt n° 238.960 du 21 août 2017 rendu dans le cadre de la procédure en extrême urgence introduite contre la décision d'attribution d'un marché dont le cahier spécial des charges comportait le même critère d'attribution qu'en l'espèce.

Elle fait, par ailleurs, valoir que l'exigence posée par le cahier spécial des charges concernant le respect des conventions collectives de travail constitue une condition d'exécution du marché dont le respect doit être vérifié au moment de l'exécution de celui-ci et non une cause d'irrégularité des offres, qui ne devaient d'ailleurs pas proposer un prix correspondant au taux horaire de rémunération du personnel de nettoyage, s'agissant d'un marché de services portant sur une prestation globale de nettoyage pour un prix forfaitaire.

Elle observe que le calcul présenté par la requérante est erroné et simpliste, car il ne concerne que le poste 1 du marché public, mais ne prend pas en compte les postes 2 et 3 du marché alors que c'est l'ensemble des postes du marché qui doivent être couverts par le prix global forfaitaire remis par chaque soumissionnaire. Elle souligne ensuite que, comme le Conseil d'Etat l'a souligné dans l'arrêt n° 238.960, précité, les soumissionnaires étaient libres de proposer un nombre d'heures inférieur au nombre de référence fixé dans le cahier spécial des charges et que c'est bien à l'aune du nombre d'heures que la société Jette Clean a déclaré qu'il serait le cas échéant possible d'obtenir un taux horaire, et non du nombre d'heures de référence. Elle remarque aussi que, dans le secteur des services de nettoyage, de nombreux emplois font l'objet de subventions, qu'il en va ainsi par exemple lors de la mise à disposition par les CPAS de personnel dit « article 60 », dispositif dont le but est de mettre ou remettre à l'emploi des bénéficiaires du revenu

d'intégration sociale et que les entreprises de nettoyage peuvent recourir à l'utilisation de personnel dans le cadre du plan Activa, plan qui permet une diminution des cotisations ONSS patronales et qui accorde une allocation de travail. Elle rappelle que ces dispositifs peuvent avoir une incidence non négligeable, à la baisse, sur le coût total du personnel utilisé par le soumissionnaire et note que l'offre de Jette Clean fait état de relations avantageuses avec le FOREM, VDAB, ACTIRIS et les CPAS et ce alors que l'article 5 des clauses administratives du cahier spécial des charges contient une clause sociale aux termes de laquelle l'adjudicataire est tenu d'embaucher des personnes fragilisées sur le marché de l'emploi. Elle en déduit que dans la mesure où ces emplois sont susceptibles de faire l'objet de subventions conformément à ce qui vient d'être dit, le coût du personnel du soumissionnaire qui y recourt est diminué à la baisse de telle sorte que la requérante ne peut pas déduire du calcul simpliste qu'elle fait que la société Jette Clean rémunérerait son personnel à un taux horaire de 25 euros (charges sociales comprises) puisque ce calcul omet de prendre en compte plusieurs paramètres importants du calcul du coût global du personnel d'une entreprise de nettoyage dans le cadre du présent marché. Pour les mêmes raisons, elle considère que le prix offert par la société Jette Clean n'est pas non plus un prix anormal.

Pour le surplus, elle estime qu'il ne lui incombait pas d'exposer les motifs relatifs à une prétendue méconnaissance d'une prétendue norme salariale dès lors que le critère de prix du marché ne consistait pas, contrairement à ce que prétend la requérante, à « proposer un prix horaire », mais bien à s'engager sur un prix global forfaitaire pour l'exécution du service requis, étant une obligation de résultat.

La partie adverse explique, en ce qui concerne la seconde branche, que l'ouvrage intitulé « Cadences de nettoyage » de l'UGBN ne constitue pas une norme juridique obligatoire dont le respect s'imposerait au pouvoir adjudicateur et qu'il s'agit d'un ouvrage dont l'édition remonte à plus de vingt ans qui demeure utile dans la mesure où il constitue le seul ouvrage de ce type, mais dont les résultats donnés par son application doivent être relativisés puisque les moyens techniques, les produits, *etc.*, ont évolué. Elle remarque que c'est la raison pour laquelle le pouvoir adjudicateur ne s'est en rien obligé à respecter les dispositions de cet ouvrage dans le cahier spécial des charges, contrairement à ce que prétend la requérante et qu'en particulier, il n'a pas voulu faire du « respect » de ce chiffre de référence (de 7.343 heures en l'occurrence), une condition de régularité des offres. Elle souligne que s'il a été prévu que, pour les besoins de l'évaluation du troisième critère d'attribution, le nombre d'heures de prestations afférant au poste 1 du marché est estimé à 7.343

heures « sur base de l'ouvrage "Cadences de travaux de nettoyage" de l'UGBN, publié par Misset 95 », le nombre retenu a été arrêté par la partie adverse sur la base d'un document établi par un consultant externe au terme d'une étude approfondie et qu'on ne saurait utilement prétendre que la partie adverse, en choisissant un tel nombre, aurait commis une erreur manifeste d'appréciation. Elle soutient que la requérante ne saurait raisonnablement être suivie lorsqu'elle avance un total de 13.088,50 heures sans la moindre justification, ce qui révèle pour le moins un contraste de taille entre son approche et celle de la partie adverse, qui repose sur un document établi par un consultant externe.

Elle se réfère à l'arrêt n° 238.975 du 24 août 2017, prononcé sur la demande de suspension, et dans lequel le Conseil d'Etat a conclu au manque de sérieux de la branche d'un moyen libellée de manière tout à fait analogue à la présente requête en annulation pour le motif suivant : « ni dans sa requête ni en termes de plaidoiries, la requérante n'expose précisément pas en quoi la définition du volume horaire de 7.343 heures par an, retenu par la partie adverse, procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation et en quoi un nombre de 13.088,50 heures aurait dû être indiqué — pour ce poste — dans les documents du marché ».

V.3. Mémoire en réplique

À propos de la première branche, la partie requérante réplique, sur la question de l'intérêt, que c'est à tort que la partie adverse soutient que, si l'offre de la partie requérante avait été sélectionnée, celle-ci n'aurait pas pu être classée en ordre utile. Elle souligne qu'elle démontre dans la seconde branche du moyen que le nombre d'heures proposé par la société GOM pour réaliser le marché n'est pas suffisant. La société propose en effet de réaliser le poste n°1 en 7.380 heures alors que le nombre d'heures minimum pour l'exécution du poste 1 devrait être porté à 13.088,50 heures en vertu de l'ouvrage « cadences de nettoyage » de l'Union générale belge du Nettoyage (ci-après UGBN) publié par Misset 95. Elle soutient que, si le prix total proposé par la société GOM est actuellement moindre que celui proposé par la requérante, c'est uniquement en raison du fait que le nombre d'heures proposé par cette société pour réaliser le marché est irréalisable et que, si le nombre d'heures correct était appliqué à l'offre de la société GOM, deux hypothèses pourraient être envisagées :

- soit le prix total proposé par cette société dépasserait celui proposé par la requérante de sorte que cette dernière passerait en première position dès lors que le critère relatif au prix est valorisé par un plus grand nombre de points ;
- soit l'offre de cette société devrait être écartée dès lors que le prix proposé est

anormalement bas.

Elle fait valoir que l'offre de la société Jette Clean devrait quant à elle être écartée dès lors que le prix horaire proposé par cette société est inférieur à 25 euros de sorte que l'exigence relative au respect du tableau des salaires de la commission paritaire 121 n'est pas respectée.

Elle considère qu'elle démontre qu'elle arriverait en première position si son offre devait être sélectionnée et que si son raisonnement devait être suivi, elle a manifestement intérêt au moyen.

Sur le fond, elle estime que le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation en n'opérant aucune vérification des prix et en considérant les offres des candidats retenus régulières et les prix acceptables. Elle rappelle que selon les clauses administratives du cahier spécial des charges (page 25) la valeur minimale du nombre d'heures à respecter est celle du tableau UGBN et que ce dernier, quant au nombre d'heures, est donc une norme minimale à respecter dans le cadre du présent marché.

Elle relève par ailleurs que le cahier spécial des charges indique que les conventions collectives de travail légalement applicables dans le cadre de la commission paritaire 121, dont notamment la Convention collective de travail relative aux salaires, sursalaires et primes, sont applicables au présent marché.

Le salaire minimal hors charges sociales s'élève à un montant de « 12,8431 » par heure depuis juillet 2017, soit un salaire d'environ 25 euros par mois charges sociales comprises. Le pouvoir adjudicateur a donc entendu imposer l'application d'un salaire horaire minimum dans le Cahier spécial des charges en se référant à cette convention collective.

Elle considère que le prix proposé par la société Jette Clean, société qui s'est vue attribuer le marché, ne permet pas de répondre à l'exigence relative au respect du tableau des salaires de la commission paritaire 121 dès lors que le prix proposé par cette société pour le premier poste, divisé par le nombre d'heures prévues pour ce poste est inférieur à 25 euros.

Elle en déduit, à titre principal, que le pouvoir adjudicateur n'a pas procédé à une vérification des prix, alors qu'il s'agit d'une obligation légale essentielle, et qu'il ne ressort ni de la décision d'attribution, ni du dossier

administratif, que la partie adverse aurait procédé à une réelle vérification des prix. Si tel avait été le cas, elle aurait constaté que tableau des salaires de la commission paritaire 121 ne pouvait être respecté au regard des prix proposés ou elle aurait expliqué pour quelles raisons elle a considéré que cette exigence était rencontrée.

A titre subsidiaire, elle relève que si le pouvoir adjudicateur avait procédé à une vérification des prix, il aurait dû constater que le prix horaire proposé par les candidats ne respectait pas les normes applicables en vertu du cahier spécial des charges et les écarter pour irrégularité conformément à l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité.

Elle fait valoir qu'il ne semble pas que la société Jette Clean explique dans son offre les raisons pour lesquelles son prix horaire ne respecte pas le tableau des salaires de la commission paritaire 121, de sorte que le prix proposé par la société Jette Clean aurait dû être considéré comme anormal par le pouvoir adjudicateur.

Elle soutient que c'est à tort que la partie adverse indique que le respect de l'exigence posée par le cahier spécial des charges de respecter les conventions collectives de travail doit seulement être vérifié au moment de l'exécution du marché. En effet, la partie adverse est tenue de vérifier, lors de l'analyse des offres, si les offres proposées permettent de réaliser le marché au regard de l'ensemble des exigences énoncées dans le cahier spécial des charges, de sorte qu'il revenait à la partie adverse de démontrer que l'offre de la société Jette Clean respectait bien l'ensemble des exigences du cahier spécial des charges dont le tableau des salaires de la commission paritaire 121.

Elle considère qu'il importe peu de soutenir que les soumissionnaires auraient pu proposer un prix inférieur à celui renseigné dans le cahier spécial des charges, dès lors que la partie adverse doit démontrer que le prix global proposé par la société Jette Clean, divisé par le nombre d'heures global nécessaire pour réaliser le marché (soit 13.088,5 heures) est supérieur à 25 euros. Elle relève que la partie adverse ne démontre au surplus pas que ce montant de 25 euros serait respecté si le nombre d'heures proposé par la société Jette Clean dans son offre était utilisé pour réaliser le calcul.

Elle estime que c'est à tort que la partie adverse soutient que la société Jette Clean aurait pu bénéficier de subventions de sorte que le coût du personnel de la société serait diminué. En effet, le cahier spécial des charges énonce en page 12

que la convention collective de travail relative à la reprise du personnel suite à un transfert de contrat d'entretien est applicable au présent marché. La société Jette Clean devra dès lors reprendre le personnel anciennement employé par la requérante de sorte qu'elle ne pourra bénéficier de subventions.

A titre encore plus subsidiaire, elle soutient que le pouvoir adjudicateur devait à tout le moins considérer que les prix des candidats paraissent anormalement bas au sens de l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité. Il aurait ainsi dû interroger les soumissionnaires conformément à cette disposition quant au prix proposé dès lors que ce prix est manifestement anormalement bas. Elle ajoute qu'à supposer que les offres ne soient pas irrégulières et que le pouvoir adjudicateur ne devait pas interroger les candidats quant aux prix anormalement bas, celui-ci devait cependant exposer les motifs pour lesquels il n'entendait pas respecter les normes salariales qu'il a entendu imposer dans le cahier spécial des charges.

Elle indique qu'elle a quant à elle proposé un prix horaire de 25,64 euros par heure, de manière à respecter les normes salariales UGBN et que seule son offre aurait dû être retenue dès lors qu'il s'agit de la seule qui propose un prix normal conformément aux dispositions du cahier spécial des charges. Elle considère que le prix horaire qu'elle a proposé est le prix acceptable le plus bas.

Elle en conclut qu'en ne procédant pas à une vérification des prix et en n'écartant pas les offres des autres candidats, le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation et a violé les principes d'égalité et de concurrence en ne respectant pas les conditions minimales qu'il a lui-même fixées dans son cahier spécial des charges. Elle prétend qu'elle est la seule à avoir respecté les règles salariales minimales.

Sur la seconde branche, quant à la question de l'intérêt, elle indique que s'il est vrai que l'ensemble des soumissionnaires auraient obtenu la même cotation pour le troisième critère si la partie adverse avait fixé la valeur de référence à un nombre d'heures par an équivalent à celui proposé par la requérante, il convient cependant de constater que les prix proposés par les autres soumissionnaires deviendraient anormalement bas de sorte que la requérante serait le seul soumissionnaire dont l'offre devrait être déclarée recevable et régulière. Elle en conclut qu'elle a intérêt au moyen

Sur le fond, elle souligne que le nombre d'heures prévues par le pouvoir

adjudicateur pour l'exécution du poste 1 sur une année de 7.343 heures ne correspond pas au minimum indiqué dans l'ouvrage « cadences de nettoyage » du l'UGBN publié par Misset 95 contrairement à ce qu'affirme la partie adverse dans son cahier spécial des charges. Elle considère que le nombre d'heures minimal renseigné par la partie adverse dans le cahier spécial des charges est irréaliste et déraisonnable, ce qu'elle a souligné dans le courrier joint à son offre et adressé à la partie adverse.

Elle relève que la partie adverse prétend dans son cahier des charges que le nombre d'heures minimum pour l'exécution du poste 1 s'élève à 7.343 heures sur une année conformément à l'ouvrage « cadences de nettoyage » du l'UGBN publié par Misset 95, mais estime que le nombre d'heures minimum pour l'exécution du poste 1 devrait être porté à 13.088,50 heures en vertu de l'ouvrage précité. Elle fait valoir que, dans son offre, elle applique cette norme et arrive à un nombre d'heures de 13.088,5.

Elle estime que le nombre d'heures minimal renseigné par la partie adverse dans le cahier spécial des charges est au surplus irréaliste et déraisonnable, se prévalant du fait qu'elle était l'adjudicataire du marché précédent, de sorte qu'elle sait déterminer, en moyenne, le nombre d'heures nécessaire pour réaliser ledit marché. Selon elle, dès lors que la norme de référence est l'UGBN selon le pouvoir adjudicateur, un minimum de 13.088,5 heures par an aurait dû être indiqué dans le cahier spécial des charges qui comporte dès lors une irrégularité qui entache la régularité du marché.

Elle fait valoir que les offres des autres candidats auraient dû être écartées pour non-respect des conditions minimales de la convention collective de travail ou dès lors que les prix proposés sont anormalement bas au regard du nombre d'heures nécessaires pour réaliser le marché et ajoute que le pouvoir adjudicateur a violé les principes d'égalité et de concurrence en n'indiquant pas une référence exacte dans son cahier spécial des charges.

Elle considère que la motivation de l'acte attaqué est erronée et qu'à tout le moins, la partie adverse aurait dû exposer les motifs pour lesquels elle n'a pas procédé à la correction de l'erreur matérielle signalée.

V.4. Dernier mémoire de la partie requérante

Première branche

Sur la recevabilité de la première branche, la requérante rappelle que l'absence d'une vérification des prix est une irrégularité de nature à entraîner l'annulation de l'acte attaqué. Elle estime que son intérêt résulte de ce que rien ne peut laisser présumer le résultat du contrôle des prix, lequel pourrait mener à une absence d'offre régulière, et que, dans cette circonstance, le marché pourrait être relancé. Elle soutient qu'en outre, les offres mieux classées que la sienne auraient pu être jugées irrégulières par le pouvoir adjudicateur s'il avait procédé à un contrôle des prix.

Elle fait valoir également que c'est à tort que la partie adverse soutient que si l'offre de la partie requérante avait été sélectionnée, celle-ci n'aurait pas pu être classée en ordre utile. Elle expose à cet égard ce qui suit :

« En effet, comme cela est développé dans la seconde branche du moyen, le nombre d'heures proposé par la société GOM pour réaliser le marché n'est pas suffisant. La société propose en effet de réaliser le poste n° 1 en 7380 heures alors que le nombre d'heures minimum pour l'exécution du poste 1 devrait être porté à 13088,50 heures en vertu de l'ouvrage "cadences de nettoyage" du PUGBN publié par Misset 95.

Ainsi, si le prix total proposé par la société GOM est actuellement moindre que celui proposé par la requérante, c'est uniquement en raison du fait que le nombre d'heures proposé par cette société pour réaliser le marché est irréalisable.

Si le nombre d'heures correct était appliqué à l'offre de la société GOM, deux hypothèses pourraient être envisagées :

- Soit le prix total proposé par cette société dépasserait celui proposé par la requérante de sorte que cette dernière passerait en première position dès lors que le critère relatif au prix est valorisé par un plus grand nombre de points ;
- Soit l'offre de cette société devrait être écartée dès lors que le prix proposé est anormalement bas.

L'offre de la société JETTE CLEAN devrait quant à elle être écartée dès lors que le prix horaire proposé par cette société est inférieur à 25 euros de sorte que l'exigence relative au respect du tableau des salaires de la commission paritaire 121 n'est pas respectée.

Dès lors que la requérante démontre qu'elle arriverait en première position si son offre devait être sélectionnée et si son raisonnement devait être suivi, elle a manifestement intérêt au moyen ».

Sur le fond, elle reproduit l'argumentation du mémoire du mémoire en réplique. Elle se prévaut notamment du raisonnement de l'arrêt n° 238.961 du 21 août 2017 et estime que la référence que fait la motivation à la vérification et à la correction des opérations arithmétiques, ne peut se comprendre que comme une indication que les opérations arithmétiques ont été vérifiées et que les erreurs dans celles-ci ont été rectifiées, comme le prévoit l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet précité, mais qu'il ne s'agit pas d'une opération de vérification des prix. Elle relève, par ailleurs qu'il ne ressort d'aucun élément du dossier administratif, et pas davantage de la décision attaquée, que le pouvoir adjudicateur aurait procédé à un

contrôle des prix.

Seconde branche

Sur la recevabilité de la seconde branche, la requérante fait valoir ce qui suit :

« S'il est vrai que l'ensemble des soumissionnaires auraient obtenu la même cotation pour le troisième critère si la partie adverse avait fixé la valeur de référence à un nombre d'heures par an équivalent à celui proposé par la requérante, il convient cependant de constater que les prix proposés par les autres soumissionnaires deviendraient anormalement bas de sorte que la requérante serait le seul soumissionnaire dont l'offre devrait être déclarée recevable (voir moyen n°1) et régulière.

La requérante a donc bien intérêt au moyen ».

Sur le fond du moyen, la requérante reproduit l'argumentation du mémoire en réplique.

V.5. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse souligne que la première branche du deuxième moyen, outre qu'elle doit être déclarée irrecevable (dès lors que la partie requérante n'a pas rempli les critères de sélection pour l'accès au présent marché et qu'elle n'établit pas en quoi le deuxième moyen qu'elle soulève serait susceptible d'aboutir à ce que le présent marché lui soit attribué ou à la conclusion que le marché aurait pu lui être attribué), est en toute hypothèse non fondée.

Sur le fond de la première branche, elle soutient qu'il ressort à suffisance de la décision motivée d'attribution et du dossier administratif que le pouvoir adjudicateur a procédé concrètement à la vérification des prix, celle-ci ne révélant par ailleurs aucun élément de nature à susciter un doute quant à la normalité desdits prix et ne devant pas faire l'objet d'une quelconque motivation expresse particulière.

Elle estime qu'il ne peut être avancé que le pouvoir adjudicateur aurait dû constater que le prix horaire proposé par les soumissionnaires ne permettait pas de rencontrer les exigences du cahier des charges, de sorte qu'il aurait prétendument été tenu de déclarer leurs offres irrégulières. En effet, selon la partie adverse, outre que la société Jette Clean a proposé, pour le poste 1 du marché, un nombre d'heures supérieur à celui préconisé par le cahier spécial des charges, le nombre d'heures de référence retenu concernant l'exécution du lot 1 ne constituait pas un minimum obligatoire pour les soumissionnaires, lesquels étaient autorisés (sans entraîner

l'irrégularité de l'offre) à proposer un nombre d'heures inférieur pour ladite exécution.

Par ailleurs, elle relève que la requérante n'établit aucunement si et en quoi les soumissionnaires auraient été interdits de se prévaloir de subventions et d'aides à l'emploi et que celle-ci ne peut être admise à se prévaloir, en vue de la contestation des offres, de l'affirmation purement hypothétique selon laquelle l'exécution du présent marché par Jette Clean conformément à son offre l'amènerait nécessairement à méconnaître les conventions collectives de travail pertinentes relatives à la reprise de personnel.

Quant à la seconde branche, la partie adverse souligne également qu'elle doit être déclarée irrecevable, dès lors que la partie requérante n'a pas rempli les critères de sélection pour l'accès au présent marché et qu'elle n'établit pas en quoi le deuxième moyen qu'elle soulève serait susceptible d'aboutir à ce que le présent marché lui soit attribué ou à la conclusion que le marché aurait pu lui être attribué.

Elle soutient que cette branche est en tout état de cause non fondée. Elle allègue que l'ouvrage « Cadences de nettoyage » de l'UGBN publié par Misset 95 n'est pas une norme juridique obligatoire dont le respect s'imposerait à elle. Elle ajoute que la requérante n'expose pas et n'établit pas si et en quoi la définition du volume horaire de 7.343 heures par an, retenu par la partie adverse, procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation et en quoi un nombre de 13.088,50 heures aurait dû être indiqué — pour ce poste — dans les documents du marché.

V.6. Appréciation du Conseil d'Etat

La partie adverse soutient que le second moyen est irrecevable, notamment pour le motif que la requérante n'a pas rempli les critères de sélection pour accéder au présent marché, de sorte qu'elle n'a pas intérêt au second moyen.

La partie requérante fait valoir, s'agissant de la première branche, que son intérêt résulte de ce que le contrôle des prix pourrait mener la partie adverse à constater l'absence d'offre régulière et que, dans cette circonstance, le marché pourrait être relancé. S'agissant de la seconde branche, elle expose que si la partie adverse avait fixé, dans le cahier spécial des charges, la valeur de référence à un nombre d'heures par an équivalent à celui qu'elle-même a proposé, les prix des autres soumissionnaires deviendraient anormalement bas, de sorte qu'elle serait le seul soumissionnaire dont l'offre devrait être déclarée régulière.

Pour établir son intérêt au moyen, la requérante se prévaut donc de l'avantage qui résulterait, selon elle, d'un constat des illégalités alléguées dans les deux branches dudit moyen, qui pourrait aboutir à ce que la partie adverse relance le marché et lui attribue celui-ci.

La référence à l'absence d'avantage qui résulterait, ou non, d'un constat de l'illégalité alléguée rappelle les conditions dans lesquelles était admis, non pas l'intérêt au moyen, mais bien l'intérêt au recours formé contre la décision d'attribution d'un marché public, et ce antérieurement au régime aujourd'hui fixé par 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. La reconnaissance de l'intérêt à un tel recours était alors subordonnée à la probabilité que l'annulation sollicitée procurât un avantage au requérant, cet avantage s'identifiant notamment dans la nouvelle chance de se voir attribuer le marché convoité. Selon le régime fixé par la loi du 17 juin 2013 précitée, la recevabilité *ratione personae* du recours en annulation dirigé contre la décision d'attribution d'un marché public ne se vérifie plus en considération d'une perspective d'avantage que procurerait l'annulation sollicitée, mais bien au regard des prescriptions de l'article 14 de cette loi, lequel se lit comme suit :

« À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :

- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions ;
- 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné ;
- 3° les documents du marché ou de la concession ».

Si l'exigence de recevabilité du recours ne peut être confondue avec celle d'intérêt au moyen, la recevabilité de celui-ci doit être examinée au regard de cette condition d'intérêt. À ce propos, il se comprend, à la lecture du préambule et des dispositions de la Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, que la volonté des auteurs de cette directive a été de veiller à ce que chaque État-membre organise un système de

recours juridictionnels protégeant les opérateurs économiques à l'encontre des illégalités qui, dans le cours de la procédure de passation d'un marché public, les préjudicieraient, en les lésant ou en risquant de les léser. Il se déduit également de plusieurs modalités d'exercice ou de traitement des recours dont l'organisation est prévue par cette directive qu'a été prise en considération la nécessité de faire en sorte que l'exercice des recours juridictionnels n'ait pas pour effet de compromettre la bonne fin de la passation ou de l'exécution du marché concerné, en particulier au nom de l'intérêt public.

La préoccupation de ménager un équilibre entre les intérêts respectifs des opérateurs économiques et des autorités adjudicatrice qui sous-tend le système conçu par la directive précitée, ainsi qu'entre l'efficacité des recours et celle des procédures de passation, est utilement rencontrée par l'exigence d'intérêt au moyen, cet intérêt consistant – en vue de l'équilibre ainsi recherché – dans la lésion qu'a causée ou risqué de causer au requérant l'illégalité alléguée par celui-ci.

L'argument de la partie requérante tiré de l'avantage qu'elle retirerait – en vue de l'obtention du marché convoité – du constat de l'illégalité alléguée ne permet pas de justifier l'intérêt au moyen. Dès lors que la partie adverse a pu régulièrement décider que la requérante ne satisfaisait pas aux critères de sélection, les illégalités dénoncées par le moyen, à les supposer établies, n'ont pu la léser.

Le moyen est irrecevable.

VI. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de

200 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 29 septembre 2023, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

Imre Kovalovszky,
David De Roy,
Florence Piret,
Vincent Durieux,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky