

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

n° 240.473 du 17 janvier 2018

223.989/VI -21.141

En cause : **la s.a. SODEXO BELGIUM,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Barteld SCHUTYSER, Magali HEINE
et Robin MEYLEMANS, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles,

contre :

la commune d'Uccle,
ayant élu domicile chez
M^{es} Michel Kaiser
et Catherine Jimenez, avocats,
boulevard Louis Schmidt 56
1040 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Vu la requête introduite le 15 décembre 2017 par la s.a. Sodexo Belgium, en ce qu'elle tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision du 26 octobre 2017 de la commune d'Uccle d'attribuer le lot 1 «Chaîne du chaud: Repas pour les écoles communales et l'a.s.b.l. "Le Parascolaire"» du marché de services «Repas de 2018 à 2021: préparation, gestion et livraison de repas» à la s.p.r.l. TCO Service;

II. Procédure devant le Conseil d'État

Une note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Une ordonnance du 18 décembre 2017, notifiée aux parties, a fixé l'affaire à l'audience de la XV^e chambre du 9 janvier 2018 à 9 heures 30.

M. Michel LEROY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Magali HEINE et Robin MEYLEMANS, avocats, et M. Loïc KERVYN, secrétaire administratif, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es}

Michel KAISER et Catherine JIMENEZ, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, auditeur, a été entendue en son avis contraire.

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

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours se présentent comme suit:

Le 20 avril 2017, le conseil communal d'Uccle a approuvé le cahier spécial des charges d'un marché public de services ayant pour objet «Repas de 2018 à 2021: préparation, gestion et livraison de repas». Il s'agit d'un marché public passé par la procédure de l'appel d'offres ouvert, composé de trois lots, dont le premier – le seul qui soit contesté – est «chaîne du chaud: repas pour les écoles communales et l'a.s.b.l. "Le parascolaire"»; son montant est estimé à 4.626.550 € HTVA. Le montant global du marché, pour les trois lots, s'élève à 5.577.978,70 euros et atteint le seuil fixé pour la publicité européenne. Le marché portant sur des «services d'hôtellerie et de restauration» visés à l'annexe II, B, catégorie 17, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, cette publicité n'était pas requise en application de l'article 37, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Ce marché est régi par:

- la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;
- la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

L'avis de marché a été publié le 12 juin. Les offres ont été réceptionnées et ouvertes le 5 septembre. Trois offres ont été déposées pour chacun des lots.

En ce qui concerne le lot n° 1, elles émanent de la s.a. Sodexo Belgium, de la s.p.r.l. TCO service et la s.a. API restauration. Le rapport d'examen des offres a été établi le 18 octobre; il considère que les trois offres sont conformes aux critères de sélection qualitative et qu'elles sont régulières, et conclut que l'offre économiquement la plus avantageuse, au regard des critères d'attribution, est celle de la s.p.r.l. TCO service. Le classement final des offres se présente comme suit:

N°	Nom	Score	Prix TVAC*
2	TCO SERVICE SPRL	93,24	4.668.428,80 €
3	SODEXO BELGIUM SA	90	4.346.406,40 €
1	API RESTAURATION SA	77,4	5.914.367,11 €

Le 26 octobre, le collège des bourgmestre et échevins d'Uccle a pris la décision suivante:

«Le Collège,

Vu la nouvelle loi communale, notamment l'article 236 relatif aux compétences du collège des bourgmestre et échevins;

Vu la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment l'article 25;

Vu 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;

Vu l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;

Vu l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics;

Considérant le cahier des charges n° 2017-002 relatif au marché "Repas de 2018 à 2021: Préparation, gestion et livraison de repas" établi par la Centrale de marchés;

Considérant que le montant global estimé de ce marché s'élève à 5.577.978,70 € hors TVA ou 6.190.250,42 €, TVA comprise;

Considérant que ce marché est divisé en lots;

Considérant que la présente décision concerne le Lot 1 "Chaîne du chaud: Repas pour les écoles communales et l'a.s.b.l. 'Le Parascolaire'", estimé à 4.626.550,00 € hors TVA ou 5.181.736,00 €, 12 % TVA comprise;

Vu la décision du conseil communal du 27 avril 2017 approuvant les conditions, le montant estimé et la procédure de passation (appel d'offres ouvert) de ce marché;

Vu l'avis de marché 2017-518411 paru le 12 juin 2017 au niveau national;

Considérant que les offres devaient parvenir à l'administration au plus tard le 5 septembre 2017 à 14h00;

Considérant que le délai de validité des offres est de 150 jours de calendrier et se termine le 2 février 2018;

Considérant que 3 offres sont parvenues:

API RESTAURATION s.a. [...] (5.280.684,92 € hors TVA ou 5.914.367,11 €, 12 % TVA comprise);

TCO SERVICE s.p.r.l. [...] (4.168.240,00 € hors TVA ou 4.668.428,80 €, 12 % TVA comprise);

SODEXO BELGIUM s.a. [...] (3.880.720,00 € hors TVA ou 4.346.406,40 €, 12 % TVA comprise);

Considérant le rapport d'examen des offres du 5 octobre 2017 pour le lot 1 Chaîne du chaud: Repas pour les écoles communales et l'a.s.b.l. "Le Parascolaire" rédigé par la Centrale de marchés;

Considérant que ledit rapport établit que les trois sociétés se conforment aux exigences du droit d'accès et de la sélection qualitative dans la mesure où elles respectent leurs obligations fiscales et sociales et ne sont pas en état de faillite, et se conforment aux exigences du cahiers des charges par rapport à leurs capacités techniques, économique et financière;

Considérant que la Centrale de marchés a procédé à l'examen des critères d'attribution dont il est fait le détail dans le rapport d'examen des offres;

Considérant que pour le critère "prix" (40 points), la société Sodexo s.a. a obtenu 40 points, la société TCO Service 37,24 points et la société API Restauration 29,4 points;

Considérant que pour le critère "qualité de la nourriture" (30 points), la société TCO Service a obtenu 28 points, la société API Restauration a obtenu 26 points, et la société Sodexo 25 points;

Considérant que pour le critère "variété des repas" (15 points), la société API Restauration a obtenu 15 points et les sociétés Sodexo et TCO Service ont obtenu 13 points;

Considérant que pour le critère "utilisation de produits bio et éventuelle proposition d'amélioration progressive en cours de marché" (10 points), la société TCO a obtenu 10 points, la société Sodexo 7 points et la société API Restauration 4 points;

Considérant que pour le critère "mesures prises en matière de protection de l'environnement" (5 points), les sociétés TCO et Sodexo ont obtenu 5 points et la société API Restauration 3 points;

Considérant que l'addition des points des soumissionnaires sélectionnés donne le résultat suivant: TCO Service, 93,24 points; Sodexo Belgium, 90 points et API Restauration, 77,4 points;

Considérant que la Centrale de marchés propose, tenant compte des éléments précités, d'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit TCO SERVICE s.p.r.l. [...], pour le montant d'offre contrôlé de 4.168.240,00 € hors TVA ou 4.668.428,80 €, 12 % TVA comprise;

Considérant que les crédits permettant cette dépense seront inscrits au budget ordinaire de l'exercice 2018, articles 721/124-23/40, 722/124-23/40 et 75101/124-23/40 et au budget des exercices suivants, sous réserve de leurs approbations respectives par les autorités compétentes,

Décide:

D'approuver le rapport d'examen des offres du 5 octobre 2017 pour Lot 1: Chaîne du chaud: Repas pour les écoles communales et l'a.s.b.l. "Le Parascolaire", rédigé par la Centrale de marchés;

De considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération;

De sélectionner les soumissionnaires API RESTAURATION s.a., TCO SERVICE s.p.r.l. et SODEXO BELGIUM s.a. qui répondent aux critères de sélection qualitative et à leurs obligations fiscales et sociales et ne sont pas état de faillite;

De considérer leurs offres comme complètes et régulières;

D'attribuer le marché "Repas de 2018 à 2021: Préparation, gestion et livraison de repas - Lot 1: Chaîne du chaud: Repas pour les écoles communales et l'a.s.b.l. 'Le Parascolaire' au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit TCO SERVICE s.p.r.l. [...], pour le montant d'offre contrôlé de 4.163.240,00 € hors TVA ou 4.668.428,80 €, 12 % TVA comprise;

L'exécution du marché doit répondre aux conditions fixées par le cahier des charges N° 2017-002;

De transmettre cette délibération à l'autorité de tutelle en vue de l'exercice de la tutelle générale.».

Il s'agit de la décision attaquée.

IV. Moyens

A. Position des parties

1. Requête

Considérant que la requérante prend un moyen unique qu'elle expose comme suit:

«**29.** La partie requérante prend un moyen unique de la violation:

- des articles 10 et 11 de la Constitution;
- des articles 5 et 25 de la loi du 15 juin 2006 "relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services";
- des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 "relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux" des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- des articles 69, 4°, 77 et 78 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 "relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques";
- des exigences du cahier spécial des charges;
- du principe général "*Patere legem quam ipse fecisti*";
- du principe de transparence;
- du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires;
- du principe de bonne administration;
- de l'obligation de motivation formelle.

A. DÉVELOPPEMENT DU MOYEN UNIQUE

1 PREMIÈRE BRANCHE

(a) En droit

30. En vertu de l'article 77 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 "relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques" (ci-après, "arrêté royal du 15 juillet 2011"), lorsqu'un pouvoir adjudicateur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, il doit accepter d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité. Cet article se lit comme suit:

"Lorsque le pouvoir adjudicateur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que le candidat ou le soumissionnaire se conforme à certaines normes de garantie de la qualité, il se reporte aux systèmes d'assurance-qualité fondés sur les séries de normes 9 CF-5158100.1 européennes en la matière et certifiés par des organismes conformes aux séries des normes européennes concernant la certification. Il reconnaît les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres. Il accepte également d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité" (nous soulignons).

31. L'article 77 de la loi du 17 juin 2016 "relative aux marchés publics" – non applicable *ratione temporis* au marché litigieux – énonce une règle similaire mais précise toutefois que le pouvoir adjudicateur doit accepter d'autres preuves de mesures équivalentes d'assurance de la qualité uniquement: *"lorsque l'opérateur économique concerné n'avait pas la possibilité d'obtenir ces certificats dans les délais fixés pour des motifs qui ne lui sont pas imputables [...]"*.

Sous la nouvelle réglementation sur les marchés publics, l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs d'accepter d'autres preuves de mesures équivalentes d'assurance de la qualité ne vaut dès lors que dans les cas où l'opérateur économique concerné démontre qu'il n'avait pas la possibilité d'obtenir les certificats demandés dans les délais fixés.

(b) En fait

32. Pour rappel, au point I.5.4.4. de son cahier des charges, la commune d'Uccle a fixé le critère de sélection suivant: *"Le soumissionnaire fournira la preuve de sa certification en ISO 9001 ou toute certification équivalente de garantie de qualité ou preuves de mesures équivalentes de garantie de qualité, si le prestataire de service n'a pas accès à ces certificats ou qu'il n'a aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés"*.

33. Il ressort de cette disposition que la commune d'Uccle a fait une application volontaire de la condition reprise dans l'article 77 de la loi du 17 juin 2016 (voir *supra*, pt. 31), en précisant explicitement dans son cahier des charges que d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité ne seront acceptées que dans la mesure où *"le prestataire de service n'a pas accès à ces certificats ou qu'il n'a aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés"*.

34. Selon le rapport d'examen des offres, l'offre de la société TCO ne contenait pas de certificat ISO 9001 ni d'autre certification équivalente. La société TCO aurait par contre déclaré dans son offre appliquer les principes de la norme ISO 9001 et a détaillé la manière dont elle met en œuvre ces principes. La commune d'Uccle a considéré que cette déclaration attestait que la société TCO avait mis en place un système de management de qualité

efficace rencontrant les principaux objectifs de la norme ISO 9001 et pouvait, en conséquence, être sélectionnée (voir *supra*, pt. 12).

35. Il ne ressort toutefois nullement du rapport d'examen des offres que TCO n'avait pas accès au certificat ISO 9001, à un certificat équivalent ou qu'elle n'avait pas la possibilité de les obtenir dans les délais fixés, comme l'exigeait pourtant le cahier des charges (voir *supra*, pt. 12). Le rapport d'examen des offres ne mentionne en outre pas que l'offre de TCO contenait de précisions à ce sujet. Il ne démontre pas davantage que le pouvoir adjudicateur aurait examiné si cette condition était remplie.

En acceptant la déclaration de TCO sans de plus ample examen la commune d'Uccle a assoupli *a posteriori* le critère de sélection tel que fixé dans le cahier des charges.

Ce faisant, elle a violé le principe général *patere legem quam ipse fecisti* ainsi que les dispositions et principes visés au moyen.

36. Même s'il était démontré que l'adjudicataire n'avait en effet pas accès à ces certificats ou qu'il n'avait aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés, ce qui n'est pas le cas ou en tout cas n'a pas été établi par la commune d'Uccle, cette dernière n'a en tout état de de cause pas examiné de manière adéquate dans quelle mesure l'offre de la société TCO apportait la preuve de mesures équivalentes de garantie de qualité.

La commune d'Uccle s'est en effet satisfaite d'une simple déclaration selon laquelle la société TCO applique "*les principes de cette norme et détaille la façon dont il l'implémente en son sein avec une description complète de son mode de fonctionnement et de son organigramme*".

37. Il ne peut être déduit de cette motivation sur quels éléments repose cette prétendue équivalence. Il s'ensuit que la partie requérante n'est pas en mesure de vérifier elle-même cette équivalence et ne peut, en conséquence, pas évaluer l'opportunité d'un éventuel recours sur ce point, de sorte que les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 et les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 "relative à la motivation formelle des actes administratifs" ont été violés.

38. Pour ces raisons, la première branche du moyen unique est sérieuse.

2. SECONDE BRANCHE

a En droit

(i) Moment auquel il doit être satisfait aux exigences de sélection

39. En procédure d'appel d'offres, les exigences de sélection doivent être rencontrées dès l'ouverture de l'offre. Votre Conseil a ainsi déjà considéré qu'un pouvoir adjudicateur ne pouvait considérer qu'un soumissionnaire rencontrait les exigences de capacité technique en tenant compte d'expériences acquises entre la date limite de remise des offres et la décision d'attribution. *A fortiori*, un pouvoir adjudicateur ne pourrait tenir compte d'expériences qui n'ont pas encore été réalisées au moment de l'attribution.

(ii) Exigence de sélection portant sur un système de gestion environnemental

40. S'agissant des exigences de sélection portant sur un système de gestion environnemental, l'article 78 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 énonce que:

"Lorsque, dans les cas appropriés visés à l'article 69, 4°, et 72, 4°, le pouvoir adjudicateur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que le candidat ou le soumissionnaire se conforme à certaines normes de gestion

environnementale, il se reporte au système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS¹) ou aux normes de gestion environnementale fondées sur les normes européennes ou internationales en la matière et certifiées par des organismes conformes à la législation communautaire ou aux normes européennes ou internationales concernant la certification. Il reconnaît les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres. Il accepte également d'autres preuves de mesures équivalentes de gestion environnementale" (nous soulignons).

41. Aux termes de cet article, les pouvoirs adjudicateurs doivent accepter d'autres preuves de mesures équivalentes de gestion environnementale. Le Rapport au Roi explicite cette obligation comme suit: *"Par ailleurs, une description des mesures appliquées par l'entrepreneur ou le prestataire de services pour assurer le même niveau de protection de l'environnement doit être acceptée comme moyen de preuve alternatif aux systèmes de gestion environnementaux enregistrés"* (nous soulignons).

42. Il s'ensuit que seules des mesures déjà appliquées par le candidat peuvent être acceptées, par opposition aux mesures qui doivent encore être mises en place. Ce qui est du reste tout à fait logique, un système qui n'est pas encore existant ne peut être encore évalué sur ses mérites, puisque ses contours sont encore incertains. Un système futur ne pourrait dès lors pas être jugé équivalent à ce qui est prescrit par la norme environnementale.

43. Le pouvoir adjudicateur a bien entendu l'obligation d'examiner les mesures appliquées par l'entrepreneur avant de les accepter en tant que preuves équivalentes.

(b) En fait

44. Dans le rapport d'examen des offres, la commune d'Uccle indique que la société TCO n'a pas présenté de certification de type EMAS ou ISO 14 001 mais qu'elle a joint à son offre *"un document attestant qu'[elle] est en cours de mise en place d'un système de management environnemental dont l'enregistrement est prévu pour janvier 2018"*.

45. Ce document, que la partie requérante suppose émaner de la société TCO elle-même, ne pouvait justifier sa sélection.

46. Premièrement, dès lors que les candidats doivent répondre aux exigences de sélection dès l'ouverture de leur offre (voir *supra* pt. 39), la commune d'Uccle ne pouvait se satisfaire de l'affirmation que la société TCO disposerait en janvier 2018, c'est-à-dire en cours d'exécution de marché, du certificat requis. En outre, la société TCO ne pouvait garantir que sa demande d'enregistrement soit accueillie par l'autorité compétente, de sorte que cet enregistrement était en tout état de cause hypothétique.

47. Deuxièmement, les pouvoirs adjudicateurs [ne] peuvent accepter, au titre de mesures équivalentes, que les mesures déjà appliquées par le soumissionnaire (voir *supra*, pt. 41).

En l'espèce, le système de management environnemental de la société TCO étant toujours *"en cours de mise en place"*, la commune d'Uccle ne pouvait l'accepter en tant que mesures équivalentes et considérer sur cette base que la société TCO rencontrait l'exigence de sélection.

Au demeurant, et contrairement à ce qui est le cas pour la certification ISO 9001 (voir *supra*, pt. 12), il ne ressort pas du rapport d'examen des

1 Abréviation de *Eco-Management and Audit Scheme*.

offres que la commune d'Uccle a effectivement comparé le système de management environnemental devant être mis en place par la société TCO avec les prescriptions des certificats de type EMAS ou ISO 14 001 et a considéré, au terme de cet examen, que ce système était équivalent. Or, un pouvoir adjudicateur est tenu de procéder à un tel examen (voir *supra*, pt. 43).

D'ailleurs, à nouveau à la différence de ce qui est le cas pour la certification ISO 9001 (voir *supra*, pt. 12), la commune d'Uccle ne mentionne pas dans le rapport d'examen des offres que la société TCO aurait détaillé les mesures qui seraient prises dans le cadre de ce système de management environnemental futur. En l'absence d'une telle description, toute comparaison du caractère équivalent de ce système était du reste impossible. VIOLATION DU PRINCIPE DE MOTIVATION FORMELLE

48. En conclusion, la décision de sélectionner la société TCO ne pouvait:

- ni se fonder sur son obtention probable en cours d'exécution du marché d'une certification de type EMAS ou ISO 14 001,
- ni se fonder sur le caractère prétendument équivalent de son futur système de management environnemental.

49. La société TCO ne pouvait donc pas être sélectionnée.

50. La seconde branche du moyen unique est sérieuse.

51. Le moyen unique, en ses deux branches, est sérieux».

2. Note d'observations

Considérant que la partie adverse répond comme suit:

«III.B. Observations de la partie adverse

11. S'agissant du moyen unique dans son ensemble, la requérante qui prétend que le soumissionnaire retenu ne satisfait pas aux critères de sélection qualitative semble, en fait, confondre deux griefs de nature différente, l'un qui a trait à d'éventuels manquements dans les garanties de qualité technique, l'autre relatif à l'omission de certains documents dans l'offre déposée par le soumissionnaire retenu. Le premier grief consistant à prétendre que la s.p.r.l. TCO service n'a pas démontré des garanties techniques suffisantes a effectivement trait à la phase de la sélection qualitative alors que le second grief concerne la régularité de l'offre qui s'opère au stade de la comparaison des offres.

Ces deux étapes doivent être bien distinguées en raison de la finalité qui leur est propre. L'étape de la sélection qualitative ne concerne que les aptitudes d'une entreprise en tant que telle à réaliser le marché, indépendamment du contenu de son offre. La vérification de cette aptitude au regard de critères économiques, techniques et financiers est un préalable à l'examen de la régularité des offres qui vise quant à lui à déterminer quelles sont, parmi les offres déposées, celles qui pourront être comparées et évaluées au regard des critères d'attribution.

Il en découle que les renseignements et documents qui doivent être annexés à l'offre n'ont pas la même finalité selon qu'ils ont trait à la sélection d'un soumissionnaire ou à la régularité de l'offre et que le pouvoir adjudicateur dispose d'un certain pouvoir d'appréciation dans la phase de

sélection qualitative puisqu'il lui revient d'évaluer, sur la base des documents fournis, les qualifications techniques des soumissionnaires. Ce pouvoir d'appréciation accordé au pouvoir adjudicateur pour apprécier la capacité d'un soumissionnaire à exécuter le marché a, pour corollaire, la limitation du contrôle opéré par le Conseil d'État aux seules erreurs manifestes d'appréciation.

12. En l'espèce, s'agissant du lot n° 1, la partie adverse a choisi d'évaluer la capacité technique des soumissionnaires à exécuter le marché sur la base des renseignements et documents suivants:

1° Une liste des principales prestations similaires à l'objet du lot concerné réalisées au cours des trois dernières années à destination des autorités publiques ou des personnes privées.

2° la preuve de la certification en ISO 9001 ou de toute autre certification équivalente de garantie ou de preuves de mesures équivalentes de garantie de qualité, si le prestataire de service n'a pas accès à ces certificats ou qu'il n'a aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés.

3° la démonstration de la capacité technique à respecter les mesures de gestion environnementales.

Les critères de sélection étant fixés discrétionnairement par le pouvoir adjudicateur *“qui dispose d'une compétence discrétionnaire dans l'appréciation de la capacité des candidats au regard des critères de sélection retenus”*, la partie adverse entend établir qu'elle n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en considérant qu'il ressort des renseignements et documents communiqués par la société TCO service que celle-ci dispose de la capacité technique suffisante pour bien exécuter le marché au regard du critère de sélection n° 2 relatif aux garanties de qualité (II.B.1.) et du critère de sélection n° 3 relatif aux normes environnementales (II.B.2.).

III.B.1. Concernant le critère de sélection n° 2 relatif aux normes de garantie de la qualité

13. En vertu de l'article 77 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, précité, un pouvoir adjudicateur peut demander *“la production de certificats établis par des organismes indépendants attestant que le soumissionnaire se conforme à certaines normes de garantie de la qualité”*. Lorsqu'il fait ce choix, ajoute cette même disposition, *“il reconnaît les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres. Il accepte également d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité”*.

Appliquant cette disposition, la partie adverse a prévu, à la page 11 du cahier spécial des charges, que:

“I.5.4.4. Dispositions communes

1. Le soumissionnaire fournira la preuve de sa certification en ISO 9001 ou toute certification équivalente de garantie de qualité ou preuves de mesures équivalentes de garantie de qualité, si le prestataire de service n'a pas accès à ces certificats ou qu'il n'a aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés.

Concernant les normes ISO, il définira le système de management qui a fait l'objet de la certification (objectifs, fonctionnement, services rendus (...))”.

Cette disposition du cahier spécial des charges est à interpréter conformément à l'article 77 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité et à la

volonté du législateur qui y est exprimée de ne pas restreindre l'accès au marché, et donc la libre concurrence, en exigeant la production d'un seul type de certificat, en l'espèce le certificat ISO 9001 voire à un seul mode de démonstration de la garantie de qualité, à savoir la production d'un certificat. Le cahier des charges a donc été formulé de manière à ce que les soumissionnaires aient le choix entre trois voies possibles, sans hiérarchisation entre elles mais avec un droit de regard différent pour le pouvoir adjudicateur, pour attester qu'ils se conforment aux normes de garantie de la qualité. La première manière pour le soumissionnaire d'apporter cette preuve est la production du certificat ISO 9001. Cette manière est la plus évidente et la plus sécurisante pour le soumissionnaire puisqu'elle ne laisse aucune marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur quant au fait que le critère de sélection est rempli ou non.

La deuxième manière d'apporter la preuve sollicitée est la production d'une certification équivalente. Il existe en effet diverses certifications en matière de management de la qualité et le pouvoir adjudicateur se doit donc d'admettre, comme l'article 77 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 le lui impose, des certificats équivalents à la norme ISO 9001. Cette façon de satisfaire le critère de sélection est assez sécurisante pour le soumissionnaire puisqu'ici encore, le pouvoir adjudicateur a peu de marge d'appréciation. Il se contentera de valider si la certification alternative produite est bien équivalente.

La troisième manière est plus risquée pour le soumissionnaire puisqu'elle consiste, non pas à produire un certificat, mais à décrire les mesures mises en place pour satisfaire aux normes européennes de garantie de la qualité que les organismes certificateurs ont pour vocation d'attester. En vertu de l'article 77 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 énoncé ci-avant et des principes de libre concurrence et de non-discrimination, la partie adverse se devait d'admettre les preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité.

La s.p.r.l. TCO service a utilisé cette troisième voie, celle de la preuve de mesures équivalentes, pour attester de sa capacité technique à fournir un ensemble de garanties de qualité. Elle a ainsi détaillé *“la façon dont il l'implémente en son sein avec une description complète de son mode de fonctionnement et de son organigramme. Les mesures de garantie de qualité présentées attestent que la société TCO a mis en place un système de management de qualité efficace rencontrant les principaux objectifs de l'ISO 9001 (satisfaction du client, respect des normes en vigueur, mesure de contrôle, etc.)”*.

10. La partie adverse a donc usé du pouvoir discrétionnaire qui est le sien, dans le respect strict de la réglementation relative aux marchés public, en choisissant d'évaluer les capacités techniques des soumissionnaires sur la base des normes de garantie de la qualité, en définissant la manière dont les soumissionnaires devront apporter la preuve qu'ils satisfont ce critère et ensuite, en appréciant la capacité de chaque soumissionnaire au regard de ce critère. Le mode de preuve choisi par la firme TCO service donnant davantage de marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur, la partie adverse a pris soin de justifier, dans le rapport de comparaison des offres et par des éléments de fait, la sélection de l'entreprise TCO service.

La partie adverse n'a dès lors commis aucune illégalité, et notamment aucune erreur manifeste d'appréciation.

14. La requérante tente de déduire de la formulation du point I.5.4.4 du cahier spécial des charges que la partie adverse devait procéder à un double contrôle à l'égard du soumissionnaire choisissant d'apporter la preuve de mesures équivalentes de garantie de la qualité. À suivre la requérante, le soumissionnaire devrait, dans ce cas, apporter une double preuve, la preuve "négative" qu'il ne dispose pas et est dans l'impossibilité de disposer d'un certificat ISO 9001 ou équivalent, d'une part, et la preuve "positive" qu'il offre des garanties de qualité équivalente, d'autre part. La requérante tire cette interprétation de l'article 77 de la nouvelle loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et aux concessions de service public alors que, comme elle le souligne d'ailleurs, cette réglementation n'est pas applicable en l'espèce.

La partie adverse rappelle que la date de publication de l'avis de marché étant antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2016, celle-ci ne saurait en aucune manière trouver à s'appliquer en l'espèce. D'éventuelles similitudes entre le libellé de la disposition du cahier spécial des charges et les termes de l'article 77 de la nouvelle loi n'attestent en rien d'une quelconque volonté présumée, dans le chef de la partie adverse, de rendre applicable au marché une réglementation qui ne l'est pas. La partie adverse a d'ailleurs énoncé, à la page 4 du cahier spécial des charges, la réglementation applicable au marché sans y énoncer la loi du 17 juin 2016 précitée, en aucune de ses dispositions. À aucun moment de la procédure ou dans aucune disposition du cahier spécial des charges, la partie adverse n'a manifesté la volonté de rendre applicable l'article 77 de la nouvelle loi du 17 juin 2016. Cet argument n'est pas sérieux.

À titre surabondant, même à supposer, *quod non*, que la s.p.r.l. TCO service devait apporter la preuve qu'elle ne disposait pas d'un certificat de management de la qualité et qu'elle n'y avait pas accès, la partie adverse a pu considérer que cette preuve négative était rapportée dès lors que le certificat ISO 9001 (ou un certificat équivalent) n'était pas produit et que l'obtention d'un tel certificat nécessitait beaucoup de temps. La certification ISO 9001 s'obtient, en effet, au terme d'une procédure comprenant une phase de préparation, la réalisation d'un premier audit "Étape 1", une phase de correction des non-conformités constatées, la réalisation d'un audit de certification "Étape 2" et ensuite d'une phase de délivrance du certificat. Toutes les personnes familières de ce type de certification savent que "*la mise en place de la procédure ISO [9001] prend environ 18 mois mais peut varier selon l'implication des dirigeants et la taille de l'entreprise*". Le soumissionnaire qui ne produit pas son certificat atteste donc qu'il ne le possède pas et qu'il ne sera pas en mesure d'en disposer, compte tenu de la longueur de la procédure de certification et des délais imposés par le pouvoir adjudicateur pour la remise des offres.

La partie adverse n'était donc pas tenue d'exiger davantage de preuve dans le chef de TCO service qu'il ne disposait pas du certificat ni qu'il ne pouvait en disposer puisque cette preuve est nécessairement induite par le fait que le certificat ISO 9001 (ou un certificat équivalent) n'est pas produit.

15. La requérante tente également de faire valoir que la décision attaquée est caractérisée par un défaut de motivation formelle dès lors qu'elle n'énonce pas les motifs de droit et de fait qui ont conduit la partie adverse à considérer que l'offre de la s.p.r.l. TCO service satisfaisait au critère de

sélection relatif aux normes de garantie de la qualité établi par le cahier spécial des charges.

La motivation de la décision attaquée fait expressément référence au rapport de comparaison des offres qui indique, à la page 5, que:

“TCO n’a pas apporté la preuve d’une certification ISO 9001 ni d’une autre certification équivalente de qualité. Toutefois, il déclare appliquer les principes de cette norme et détaille la façon dont il l’implémente en son sein avec une description complète de son mode de fonctionnement et de son organigramme. Les mesures de garantie de qualité présentées attestent que la société TCO a mis en place un système de management de qualité efficace rencontrant les principaux objectifs de l’ISO 9001 (satisfaction du client, respect des normes en vigueur, mesure de contrôle, etc.). Elle peut donc être sélectionnée pour ce point.”

Il en découle que la partie adverse a clairement mentionné dans la motivation formelle de l’acte attaqué les éléments de fait qui l’ont conduite à sélectionner la s.p.r.l. TCO service et que cette motivation est adéquate. Votre Conseil juge, en effet, qu’*“il ne peut être exigé du pouvoir adjudicateur qu’il exprime en détails, pour chaque critère de sélection et à la lumière de chacun des documents remis par chaque soumissionnaire, les raisons positives pour lesquelles il estime qu’une candidature ne doit pas être écartée, que la partie adverse n’est pas tenue de donner les motifs de ses motifs (...)”*.

Compte tenu de l’ensemble de ces éléments, la première branche du moyen unique n’est pas sérieuse.

III.B.2. Concernant le critère de sélection n° 3 relatif aux normes de gestion environnementale

16. En vertu de l’article 78 de l’arrêté royal du 15 juillet 2011, précité, un pouvoir adjudicateur peut demander *“la production de certificats établis par des organismes indépendants attestant que le soumissionnaire se conforme à certaines normes de gestion environnementale”*. Lorsqu’il fait ce choix, il se reporte notamment au système communautaire de management environnemental et d’audit (EMAS) et doit reconnaître *“les certificats équivalents d’organismes établis dans d’autres États membres. Il accepte également d’autres preuves de mesures équivalentes de gestion environnementale”*.

Appliquant cette disposition, la partie adverse a prévu, à la page 11 du cahier spécial des charges, que:

“I.5.4.4. Dispositions communes

(...)

2. Les entreprises démontreront leur capacité technique à respecter les mesures de gestion environnementale. À cet effet, elles peuvent utiliser, à titre de preuve, le certificat EMAS, le certificat ISO 14.001 ou tout autre certificat équivalent couvrant les services demandés. Les certificats équivalents sont délivrés par des organismes qui se conforment au droit communautaire ou aux standards européens ou internationaux pertinents en matière de certification et se basent sur des standards de gestion environnementale européens ou internationaux. Toute autre preuve délivrée par la société prouvant cette capacité technique sera également acceptée”.

La s.p.r.l. TCO service a produit, dans le cadre de son offre, une documentation détaillée prouvant qu'elle met en œuvre les mesures exigées par la certification EMAS et que, depuis 2016, elle a débuté la procédure afin d'obtenir la certification. Elle a également prouvé que cette procédure en est à son stade final, celui de l'introduction d'une demande d'enregistrement et qu'elle a été accompagnée, durant tout le processus, par un organisme chargé d'accompagner les entreprises dans leur transition systémique vers le développement durable.

La partie adverse a dès lors pu considérer, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, que la s.p.r.l. TCO service a prouvé sa capacité technique à satisfaire aux normes de bonne gestion environnementale.

17. La requérante prétend que la partie adverse ne pouvait tirer des éléments produits par TCO service et, en particulier de la preuve de l'introduction d'une demande d'enregistrement supposée aboutir en janvier 2018, que le critère de sélection était satisfait. Elle considère, en effet, que les soumissionnaires doivent répondre aux critères de sélection au moment de l'ouverture de l'offre ce qui implique que les mesures de gestion environnementale soient déjà appliquées et non pas en cours de mise en place. Par ailleurs, selon la requérante, la demande d'enregistrement ne garantirait pas que l'enregistrement soit acquis pour janvier 2018.

La certification EMAS est, comme toutes les certifications, le résultat d'une longue procédure. Elle comprend les étapes suivantes:

***“L'Analyse environnementale:** Cette première étape permet de faire un état de la situation environnementale (mise en évidence des points forts et des points faibles, ...). Elle permettra de fixer les actions à développer en priorité.*

***La Politique environnementale:** L'entreprise définit les grands principes à l'égard de l'environnement. Cette politique adoptée au niveau le plus élevé de la direction comportera une série d'engagements visant une amélioration continue des résultats environnementaux.*

***Le Programme environnemental:** À la lumière des résultats de l'analyse environnementale, l'entreprise va définir des objectifs destinés à améliorer la protection de l'environnement. Ces objectifs précis et chiffrés devraient être atteints dans un certain délai grâce à la mise en place de diverses actions.*

***La Mise en œuvre et le fonctionnement du SME²:** Le SME est mis en place en définissant les responsabilités environnementales, en assurant la sensibilisation et la formation du personnel, en élaborant les plans d'urgence, en créant diverses procédures,... Le SME est documenté dans un manuel environnement qui est complété par une série de procédures et diverses instructions de travail.*

***L'Audit:** des audits internes vérifient régulièrement le bon fonctionnement du système de management environnemental. Il s'agit d'une évaluation systématique, documentée, périodique et objective du fonctionnement du système. Dans le cadre d'EMAS, les performances environnementales sont aussi auditées.*

***La Déclaration environnementale:** La déclaration environnementale est un document destiné au public et validé par un*

2 Abréviation de «système de management environnemental».

organisme externe (vérificateur environnemental). Elle est obligatoire pour être enregistré EMAS.

L'enregistrement: *Dans ce cas, on ne parle plus de certification mais d'enregistrement. Il est effectué par la Région wallonne après validation du SME et de la déclaration environnementale par un expert externe accrédité appelé vérificateur environnemental. L'enregistrement est également valable pour 3 ans*".

L'enregistrement est donc l'issue du processus et vise à examiner "la conformité de la politique, du programme, du SME et des procédures d'audit utilisées et mises en place par rapport aux prescriptions du règlement". Arriver à ce stade de la procédure implique donc *de facto* que les mesures de bonne gestion environnementale sont déjà mises en place et qu'elles ont été validées par des audits. La demande d'enregistrement est donc un moyen de preuve du respect des normes de gestion environnementale.

S'il est vrai qu'il existe toujours une possibilité que l'enregistrement n'aboutisse pas, cette probabilité est fortement réduite dès lors que plusieurs audits ont été réalisés en amont visant à valider les procédures instaurées. En outre, dans le rapport au Roi précédent l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, on lit, s'agissant de l'article 78 que "*indépendamment de leur enregistrement conformément aux instruments communautaires tels que le Règlement (CE) n° 76/2001 (EMAS), les systèmes de gestion environnementale peuvent démontrer la capacité technique de l'entrepreneur ou du prestataire de service à réaliser le marché*". Un soumissionnaire peut dès lors parfaitement être sélectionné alors que son système de gestion environnementale n'est pas (encore) enregistré.

18. La requérante tente également de faire valoir que la décision attaquée est caractérisée par un défaut de motivation formelle dès lors qu'elle ne détaille pas les données fournies par TCO service et le travail de comparaison entre ces données et les prescriptions du certificat EMAS aboutissant à la sélection de l'offre de la s.p.r.l. TCO service au regard du critère de sélection qualitative.

La motivation de la décision attaquée fait expressément référence au rapport de comparaison des offres qui indique, à la page 5, que:

"Le soumissionnaire n'a pas présenté de certification de type EMAS ou ISO 14001. Toutefois, il a joint un document attestant qu'il est en cours de mise en place d'un système de management environnemental dont l'enregistrement est prévu pour janvier 2018".

La partie adverse rappelle que s'agissant de son obligation de motivation, le Conseil d'État considère que "*lorsqu'un pouvoir adjudicateur admet que des soumissionnaires répondent à un critère de capacité technique pour la vérification duquel la production de références était exigée, il peut se contenter de fournir une motivation succincte si l'appréciation des références fournies ne suscite aucune question. En revanche, lorsque cette décision d'admettre que les références établissent qu'il est satisfait au critère de capacité technique n'a nécessairement pu être qu'au prix d'une appréciation circonstanciée amenant le pouvoir adjudicateur à cette conclusion, il lui appartient d'indiquer dans sa décision la ou les références qu'il retient et les motifs sur lesquels repose son appréciation*".

Comme énoncé ci-avant, il découle du document de demande d'enregistrement produit par TCO service que celle-ci a effectivement mis

en place des procédures répondant aux normes de gestion environnementale de type EMAS et que ces celles-ci ont été validées par des audits. Ce critère ne posant pas de difficulté particulière, les motifs indiqués dans le rapport de comparaison des offres sont suffisants.

Pour autant que de besoin, la partie adverse rappelle la jurisprudence citée en réponse au grief identique formulé par la requérante pour le critère de sélection n° 2 selon laquelle *“il ne peut être exigé du pouvoir adjudicateur qu’il exprime en détails, pour chaque critère de sélection et à la lumière de chacun des documents remis par chaque soumissionnaire, les raisons positives pour lesquelles il estime qu’une candidature ne doit pas être écartée, que la partie adverse n’est pas tenue de donner les motifs de ses motifs (...)”*.

La seconde branche du moyen unique n’est pas davantage sérieuse.»;

B. Appréciation du Conseil d’État

1. Première branche

Considérant, sur la première branche, que la loi 17 juin 2016 n’était pas en vigueur lors du lancement du marché litigieux – et ne l’est toujours pas – et ne figure d’ailleurs pas dans la liste des textes applicables qui figure dans le cahier des charges (p. 4); que rien n’établit que la partie adverse aurait entendu l’appliquer par anticipation; qu’il n’y a pas lieu d’examiner la régularité de la décision attaquée au regard de cette loi;

Considérant que les dispositions pertinentes en ce qui concerne les normes de qualité figurent aux articles 72, 73 et 77 de l’arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, rédigés comme suit:

«**Art. 72.** Dans le cas d’un marché de services, la capacité technique ou professionnelle du candidat ou du soumissionnaire peut être justifiée d’une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité ou l’importance et l’utilisation des services:

1° par la preuve que le candidat ou le soumissionnaire se conforme à certaines normes de garantie de la qualité conformément à l’article 77;

2° par l’indication des techniciens ou des organismes techniques, qu’ils soient ou non intégrés à l’entreprise, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité;

3° par l’indication des titres d’études ou professionnels du prestataire de services ou des cadres de l’entreprise et, en particulier, du ou des responsables qui peuvent être chargés de la prestation de services;

4° uniquement dans les cas appropriés, par l’indication des mesures de gestion environnementale que le prestataire de services pourra appliquer lors de la réalisation du marché;

5° par une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire de services et l’importance du personnel d’encadrement pendant les trois dernières années;

6° par une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché;

7° par la présentation d'une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les prestations de services sont prouvées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente ou lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du prestataire de services;

8° par une description de l'équipement technique, des mesures employées par le prestataire de services pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise;

9° lorsque les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, par un contrôle effectué par le pouvoir adjudicateur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme. Ce contrôle porte sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prend pour garantir la qualité;

10° par l'indication de la part du marché que le prestataire de services a éventuellement l'intention de sous-traiter.

Art. 73. Pour les marchés pour lesquels une publicité européenne préalable n'est pas obligatoire, le pouvoir adjudicateur peut mentionner des références appropriées sans être lié par les contraintes des articles 68, 69, 71 et 72.

Art. 77. Lorsque le pouvoir adjudicateur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que le candidat ou le soumissionnaire se conforme à certaines normes de garantie de la qualité, il se reporte aux systèmes d'assurance-qualité fondés sur les séries de normes européennes en la matière et certifiés par des organismes conformes aux séries des normes européennes concernant la certification. Il reconnaît les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres. Il accepte également d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité.»;

Considérant que le cahier des charges applicable au marché litigieux contient la disposition suivante (p. 11):

«1.5.4.4 Dispositions communes

1. Le soumissionnaire fournira la preuve de sa certification en ISO 9001 ou toute certification équivalente de garantie de qualité ou preuves de mesures équivalentes de garantie de qualité, si le prestataire de service n'a pas accès à ces certificats ou qu'il n'a aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés.

Concernant les normes ISO, il définira le système de management qui a fait l'objet de la certification (objectifs, fonctionnement, services rendus, ...).»;

Considérant que cette disposition consiste en la mise en œuvre de l'option ouverte par le 1° de l'article 72, c'est-à-dire que la partie adverse a imposé aux soumissionnaires de justifier leur capacité technique ou professionnelle par la preuve qu'ils se conforment à certaines normes de garantie de la qualité conformément à l'article 77; qu'il s'ensuit que cette preuve peut être apportée:

- soit par une certification en ISO 9001,
- soit par une certification équivalente,
- soit par la preuve de mesures équivalentes de garantie de qualité;

que la troisième de ces possibilités est toutefois subordonnée à la condition que le soumissionnaire n'ait pas accès à ces certificats ou qu'il n'ait aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés;

Considérant que le rapport d'examen des offres mentionne que TCO est «en ordre» quant à la garantie de qualité, et une note en bas de page précise à ce sujet:

«TCO n'a pas apporté la preuve d'une certification ISO 9001 ni d'une autre certification équivalente de qualité. Toutefois, il déclare appliquer les principes de cette norme et détaille la façon dont il l'implémente en son sein avec une description complète de son mode de fonctionnement et de son organigramme. Les mesures de garantie de qualité présentées attestent que la société TCO a mis en place un système de management de qualité efficace rencontrant les principaux objectifs de l'ISO 9001 (satisfaction du client, respect des normes en vigueur, mesure de contrôle, etc.). Elle peut donc être sélectionnée pour ce point.»;

Considérant que cette note se réfère implicitement à l'annexe 5 de l'offre de TCO, intitulée «Mode d'organisation et procédures d'auto-contrôle» qui, en une trentaine de pages (de 31 à 61) décrit:

- son organisation,
- la méthode production des repas,
- la compétence du personnel de cuisine,
- les bonnes pratiques en matière d'hygiène,
- l'identification des dangers et les actions correctives,
- les techniques de nettoyage;

que cette annexe reproduit aussi (pp. 59 et 60) l'autorisation de l'Agence fédérale pour la sécurité de la chaîne alimentaire (AFSCA) et le «smiley» de «système d'autocontrôle certifié» de la même agence, ainsi que (p. 61) un certificat de conformité délivré par la firme Quality Partner;

Considérant qu'il en ressort que la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, estimer que TCO apportait ainsi «la preuve de mesures équivalentes de garantie de qualité»;

Considérant que la partie adverse n'était pas tenue de vérifier, en outre, si le soumissionnaire n'avait pas accès à un certificat ISO 9001 ou équivalent, ou qu'il n'avait pas la possibilité d'en obtenir un dans les délais fixés; qu'en effet, pour un soumissionnaire, la preuve d'une garantie de qualité est plus aisée à fournir par la production d'un certificat, et plus sûre, car un tel certificat ne laisse aucun pouvoir d'appréciation à l'autorité adjudicatrice, et le seul fait qu'il n'en a pas fourni et qu'il a opté pour la preuve de mesures équivalentes implique qu'il ne pouvait se procurer le certificat en temps utile; qu'en cette branche, le moyen n'est pas sérieux;

2. Seconde branche

Considérant que les dispositions réglementaires pertinentes en ce qui concerne les normes de gestion environnementale figurent à l'article 72, 4°, déjà cité, et à l'article 78 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, rédigé comme suit:

«**Art. 78.** Lorsque, dans les cas appropriés visés à l'article 69, 4°, et 72, 4°, le pouvoir adjudicateur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que le candidat ou le soumissionnaire se conforme à certaines normes de gestion environnementale, il se reporte au système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS) ou aux normes de gestion environnementale fondées sur les normes européennes ou internationales en la matière et certifiées par des organismes conformes à la législation communautaire ou aux normes européennes ou internationales concernant la certification. Il reconnaît les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres. Il accepte également d'autres preuves de mesures équivalentes de gestion environnementale.»;

Considérant que le cahier des charges contient en son point I.5.4.4, 2, la disposition suivante:

«Les entreprises démontreront leur capacité technique à respecter les mesures de gestion environnementale. À cet effet, elles peuvent utiliser, à titre de preuve, le certificat EMAS, le certificat ISO 14.001 ou tout autre certificat équivalent couvrant les services demandés. Les certificats équivalents sont délivrés par des organismes qui se conforment au droit communautaire ou aux standards européens ou internationaux pertinents en matière de certification et se basent sur des standards de gestion environnementale européens ou internationaux. Toute autre preuve délivrée par la société prouvant cette capacité technique sera également acceptée.»;

Considérant que l'article 72, 4°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 permet au soumissionnaire de justifier de sa capacité à respecter les mesures de gestion environnementale par l'indication de celles qu'il «pourra appliquer lors de la réalisation du marché»; que ce membre de phrase implique que c'est au moment de la réalisation du marché que la condition doit être remplie, et non à l'ouverture des

offres; que cette preuve peut être apportée par un certificat ISO 14.001 ou équivalent, ou par «toute autre preuve... prouvant cette capacité technique»;

Considérant que le rapport d'examen des offres relate (p. 5) que l'offre de TCO est «en ordre» en ce qui concerne les mesures de gestion environnementale, et une note en bas de page indique à ce sujet que «le soumissionnaire n'a pas présenté de certification de type EMAS ou ISO 14 001. Toutefois, il a joint un document attestant qu'il est en cours de mise en place d'un système de management environnemental dont l'enregistrement est prévu pour janvier 2018»;

Considérant que l'offre de TCO comporte une annexe 6 relative aux «mesures de gestion environnementales (EMAS, BIO, ...)» dans laquelle il est indiqué notamment que «depuis 2016, TCO SERVICE a débuté sa procédure afin d'obtenir la certification EMAS avec l'aide du bureau de consultance ECORES»; qu'une attestation délivrée le 30 juin 2017 par ce bureau de consultance indique que «l'enregistrement est prévu pour janvier 2018»;

Considérant que la partie adverse expose qu'une certification EMAS n'est jamais obtenue qu'au terme d'un long processus dont elle détaille les étapes, l'enregistrement étant la dernière; que de l'affirmation, relevée dans le rapport d'examen des offres et confirmée à l'audience, que l'enregistrement EMAS est imminent, et de l'indication détaillée dans l'offre de TCO des mesures de gestion adoptées (recours aux produits de l'agriculture bio, à des circuits courts, à des produits d'entretien écologique, à des conditionnements appropriés en vue de réduire les déchets, au tri de ces déchets, *etc.*), la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, conclure que TCO apportait la preuve de sa capacité technique à respecter les mesures de gestion environnementale;

Considérant qu'il est vrai que cette conclusion aurait mérité d'être exprimée, à propos de la sélection des offres, plus explicitement, mais qu'elle s'infère de ce que l'enregistrement EMAS est attendu à bref délai et qu'elle est corroborée par le fait que, dans l'examen comparatif des offres que contient le même rapport, celle de TCO a obtenu le maximum des points pour tous les postes à connotation environnementale; qu'en cette branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant qu'une des conditions requises pour que le Conseil d'État puisse suspendre l'acte attaqué n'est pas remplie; qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de suspension;

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

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre
siégeant en référé, le dix-sept janvier deux mille dix-huit par :

M. Michel LEROY,	président de chambre,
M. Frédéric QUINTIN,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Frédéric QUINTIN

Michel LEROY