

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 229.591 du 17 décembre 2014

G./A.214.333/VI-20.319

En cause : **l'association sans but lucratif MENSURA SERVICE
EXTERNE DE PREVENTION ET DE PROTECTION
AU TRAVAIL**, en abrégé MENSURA,

ayant élu domicile chez
Me Jens DEBIEVRE, avocat,
avenue du Port, n° 86C/113,
1000 Bruxelles,

contre :

la commune d'Uccle,

ayant élu domicile chez
Mes Virginie DOR et
Sarah BÉN MESSAOUD, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 26 novembre 2014, l'association sans but lucratif MENSURA SERVICE EXTERNE DE PREVENTION ET DE PROTECTION AU TRAVAIL, en abrégé MENSURA, sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du 6 novembre 2014 du Collège des Bourgmestre et Echevins de la commune d'Uccle, telle que [lui] communiquée [...], par courrier recommandé du 12 novembre 2014, de ne pas [la] sélectionner [...] pour la participation de la procédure d'attribution du marché public concernant la désignation d'un service externe de prévention et de protection du travail".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 27 novembre 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 16 décembre 2014 à 10 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Anouk CHABEAU, *loco* Me Jens DEBIEVRE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Sarah BEN MESSAOUD, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendue en son avis contraire.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III.1. Par une délibération du collège des bourgmestre et échevins du 16 juillet 2014, la partie adverse a décidé de lancer un marché public de services relatif à "la désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail".

Cette délibération du 16 juillet 2014 a été approuvée par un arrêté de l'autorité de tutelle du 25 août 2014.

Un avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications du 29 août 2014. Ce marché fait l'objet d'une procédure négociée avec publicité, conformément à l'article 26, § 2, 4°, de la loi du 15 juin 2006.

III.2. Pour démontrer leur capacité technique à réaliser le marché, les candidats devaient notamment fournir la preuve qu'ils disposent des agréments nécessaires toujours en cours de validité, soit :

- un agrément en tant que service externe pour la prévention et la protection au travail, par le Ministère de l'Emploi et du Travail, au minimum pour la Région de Bruxelles-Capitale;
- un agrément pour sa section (surveillance médicale) par l'Exécutif communautaire compétent, y compris pour la sélection médicale des chauffeurs.

III.3. A la date limite du 23 septembre 2014, cinq candidats, dont la requérante, avaient introduit un dossier de candidature.

III.4. Le 2 octobre 2014, la partie adverse a écrit à la requérante pour l'inviter à lui communiquer des informations complémentaires. Elle lui demandait notamment de lui fournir la preuve de l'agrément pour la section "surveillance médicale" par l'Exécutif communautaire compétent, le document joint au dossier de candidature n'ayant pour objet que la situation au 1^{er} juillet 2008.

III.5. La partie requérante a répondu par un courrier du 9 octobre 2014 que la lettre du 1^{er} juillet 2008 du ministère de la Communauté française, déjà jointe à sa candidature, confirmait le maintien de l'agrément à cette date. Elle exposait dans ce courrier que son agrément en communauté française était toujours valable.

III.6. La partie adverse a de nouveau interrogé la partie requérante par un courriel du 17 octobre 2014. Elle l'informait que la lettre du 1^{er} juillet 2008 ne constituait pas une preuve de l'agrément en cours de validité, invitait la partie requérante à communiquer la preuve de l'agrément en Communauté française pour une durée indéterminée.

III.7. La partie requérante a répondu par un courriel du même jour expliquant que la communauté française n'est plus compétente et qu'elle est toujours agréée "car il n'y a pas de nouvel ordre".

III.8. La partie adverse a interrogé, pour la troisième fois, la partie requérante par un courriel du 21 octobre 2014 en sollicitant expressément la communication de la copie de l'agrément.

Ce courrier est resté sans réponse.

III.9. Le 6 novembre 2014, la partie adverse a décidé de sélectionner les quatre autres candidats et de ne pas sélectionner la société MENSURA, partie requérante.

Il s'agit de la décision attaquée dont la motivation indique notamment ceci :

" [...] Considérant que la preuve de l'agrément n'a pas été communiquée à la commune et qu'il est donc impossible d'établir avec certitude à partir des documents transmis que Mensura dispose bien à la date d'introduction des candidatures de l'agrément requis, la société ne répond pas aux exigences de la sélection qualitative sur ce point [...]".

Cette décision a été communiquée à la partie requérante par un courrier recommandé du 10 novembre 2014, envoyé le 12 novembre 2014.

IV. MOYEN

IV.1. Thèse de la partie requérante

La partie requérante prend un moyen unique "de l'erreur manifeste d'appréciation ainsi que de la violation des articles 4, 5° jo. 5, 6° 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, de fournitures et de services ("Loi du 17 juin 2013"), des articles 58, § 1, 59 et 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et des principes généraux de bonne administration, plus spécifiquement l'obligation de la motivation matérielle, le principe d'égalité de traitement de soumissionnaires, le devoir de minutie et le principe couvert par l'adage *patere legem quam ipse fecisti*."

Elle reproche, en substance, à la décision attaquée de ne pas l'avoir sélectionnée alors qu'elle disposait au moment de l'introduction de sa candidature et qu'elle dispose toujours d'un agrément valide à durée indéterminée.

Elle expose longuement que suite à la sixième réforme de l'Etat et au décret spécial du 3 avril 2014, relatif aux compétences de la Communauté française dont l'exercice est transféré à la Région wallonne et à la Commission communautaire (COCOF), l'agrément et l'inspection des sections médicales des services de prévention et de protection au travail ont été transférés par la Communauté française à la Région wallonne et à la COCOF, mais que cela ne change rien dans le chef de l'attributaire de l'agrément ni dans l'existence ou la validité de l'agrément accordé.

Selon elle, la partie adverse n'explique pas dans sa décision pourquoi elle doute de l'existence ou de la légalité de l'agrément dont elle dispose. La décision attaquée n'exposerait pas davantage que son agrément serait invalide ou inexistant.

En ordre subsidiaire, elle expose qu'elle a fusionné avec ADHESIA S.E.P.P., en sorte qu'elle disposait, en toute hypothèse, au moment de la décision de sélection, d'un agrément valide à durée indéterminée accordé à ADHESIA S.E.P.P..

La partie requérante estime que la décision attaquée est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation et viole les articles 4, 5°, et 5, 6°, de la loi du 17 juin 2013 précitée en ce qu'elle refuse de reconnaître l'existence et la validité de l'agrément actuel d'une durée illimitée dont MENSURA S.E.P.P. est l'attributaire. Elle souligne

qu'elle avait cependant "soigneusement informé la partie défenderesse de l'hiatus actuel dans l'exercice des pouvoirs d'agrément qui [l']empêche [...] de fournir des preuves additionnelles sur l'existence et la validité de son agrément". Elle soutient encore que la partie adverse "n'a pas analysé les candidatures et n'a pas motivé sa décision de non-sélection de Mensura S.E.P.P. en fonction des exigences du Marché".

La partie requérante reproche également à la partie adverse d'avoir méconnu le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires. Elle fait valoir que "la Partie défenderesse a décidé que seulement Mensura S.E.P.P. n'avait pas fourni la preuve requise alors que les autres candidats ont sans doute la même difficulté de fournir cette preuve". Elle en conclut que la partie adverse "a donc fait application des critères de sélection d'une façon inégalitaire ou discriminatoire".

La partie requérante reproche encore à la décision attaquée de méconnaître le devoir de minutie, la partie adverse n'ayant pas procédé à un examen complet et détaillé des circonstances de l'affaire. Elle fait valoir que "ce principe, qui correspond à un devoir de prudence et de minutie, oblige [...] l'autorité à effectuer une recherche minutieuse des faits, à récolter tous les renseignements nécessaires à la prise de décision et à prendre en considération tous les éléments du dossier, afin de pouvoir prendre la décision en pleine connaissance de cause, après avoir raisonnablement apprécié tous les éléments utiles à la résolution du cas d'espèce", ce que n'aurait pas fait, selon elle, la partie adverse malgré toutes les preuves qu'elle avait fournies concernant l'agrément de sa section "surveillance médicale" et ses explications additionnelles. En outre, la partie adverse aurait manqué de minutie en ne prenant pas en compte "l'actuel hiatus, qui résulte de la sixième réforme de l'Etat, lequel a pourtant provoqué les difficultés éprouvées par Mensura S.E.P.P. pour obtenir la preuve des agréments actuels, de leur validité et du caractère illimité de leur durée".

La requérante soutient que la partie adverse ne pouvait pas raisonnablement nier l'existence de l'agrément dont elle dispose. Elle indique à cet égard, qu'elle a participé à un autre appel à candidatures, suite à un avis de marché publié par la Société Bruxelloise de la Gestion de l'Eau en déposant les mêmes documents que ceux remis à la partie adverse et que sa candidature a été acceptée. Elle considère que : "Ceci démonte que la thèse de la Partie défenderesse que Mensura S.E.P.P. n'aurait pas établi avec certitude qu'elle dispose de l'agrément requis est complètement fausse".

Enfin, la partie requérante fait grief à la décision attaquée de violer également le principe *patere legem quam ipse fecisti*, dès lors que la partie adverse n'a pas appliqué les critères de sélection tels qu'ils étaient pourtant développés dans l'avis

de marché. La requérante soutient, en effet, qu'elle a fourni la preuve qu'elle "dispose au minimum d'un agrément valide pour sa section «surveillance médicale» comme délivré par la Communauté française, notamment en fournissant à la Partie défenderesse le courrier du ministère de la Communauté française du 1^{er} juillet 2008".

Elle ajoute qu'elle "a, en outre, fourni à plusieurs reprises des explications détaillées concernant l'actuel hiatus, qui résulte de la sixième réforme de l'Etat, et suite auquel il existe une réelle difficulté de recevoir une 2^{ème} confirmation de l'existence de l'agrément pour sa section «surveillance médicale»" et que, "suite à la fusion intervenue entre Mensura S.E.P.P. et Adhesia, Mensura S.E.P.P. est couverte par l'agrément qui a été initialement accordé à Adhesia S.E.P.P.". En considérant, "malgré ces différents éléments" et "sans aucune motivation matérielle pertinente", que la requérante "ne répond pas aux exigences de l'avis de marché qui portent sur la capacité technique", la partie adverse a, selon la requérante, méconnu son propre avis de marché, violant de la sorte le principe *patere legem quam ipse fecisti*.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il convient, en premier lieu, de relever que les considérations développées par la partie requérante concernant le transfert de compétences entre, d'une part, la Communauté française et, d'autre part, la Région wallonne et la COCOF, sont sans pertinence au regard de l'appréciation de la légalité de l'acte attaqué. Il ne ressort, en effet, ni de cet acte, ni d'aucun document du marché que la partie adverse aurait demandé aux soumissionnaires de produire un agrément émanant de la Région wallonne ou de la COCOF.

La question qui se pose est, en réalité, de savoir si la partie adverse pouvait, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation et sans violer les dispositions et principes invoqués dans le moyen, considérer que la partie requérante n'a pas produit la preuve d'un agrément en cours de validité pour sa section de surveillance médicale, y compris pour la sélection médicale des chauffeurs.

L'avis de marché indiquait ceci :

- " Le soumissionnaire apportera la preuve qu'il dispose des agréments nécessaires (toujours en cours de validité), à savoir :
- [...]
 - un agrément pour sa section (surveillance médicale) par l'Exécutif communautaire compétent, y compris pour la sélection médicale des chauffeurs ".

L'avis n'imposait pas de mode particulier de preuve. Il appartient, dans ce cas, au pouvoir adjudicateur d'évaluer la force probante des documents produits par les soumissionnaires. Il dispose pour cela d'une compétence discrétionnaire qui doit

cependant s'exercer dans le respect de la loi et des principes généraux du droit applicables et ne peut servir à justifier une décision entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.

En l'espèce, la requérante a produit une lettre signée par un directeur du Ministère de la Communauté française datée du 1^{er} juillet 2008. Cette lettre indique que le processus de fusion auquel avait, semble-t-il, pris part la requérante, "n'ayant entraîné aucune modification par rapport à l'extension territoriale de [son] service, celui-ci n'entraîne pas la nécessité d'un réexamen de l'agrément". Elle conclut que la société reste donc "jusqu'à nouvel ordre, bénéficiaire de l'agrément en cours".

Il n'est pas contesté que la lettre en question ne constitue pas un arrêté ministériel d'agrément. La décision attaquée ne l'écarte d'ailleurs pas pour ce motif mais parce qu'elle considère qu'il est "impossible d'établir avec certitude" à partir de cette lettre que la requérante disposait bien à "la date d'introduction des candidatures de l'agrément requis". C'est donc le caractère incomplet ou insuffisant des informations contenues dans ce courrier qui amène la partie adverse à conclure qu'il ne suffit pas à établir que la requérante répond au critère posé par l'avis de marché.

La lettre litigieuse peut s'analyser comme une preuve indirecte, par référence à un autre acte qui n'est pas joint, c'est-à-dire l'arrêté ministériel d'agrément. Elle ne fournit cependant pas les informations censées être contenues dans cet arrêté. Ainsi, alors que l'article 106 du règlement général sur la protection du travail prévoit que : "L'acte portant agrément d'un service médical interentreprises mentionnera sa compétence territoriale et professionnelle", ces informations ne sont pas mentionnées dans la lettre. Celle-ci ne donne pas non plus d'indication permettant d'identifier aisément l'acte auquel elle se réfère, dont ni la date de publication, ni même l'auteur ne sont renseignés. Ainsi que le relève l'acte attaqué, elle ne contient pas davantage d'indication concernant la durée de validité de la décision d'agrément à laquelle il se réfère. Il ne s'agit d'ailleurs manifestement pas d'un document destiné à servir de preuve vis-à-vis de tiers, mais bien d'un courrier adressé en réponse à une demande de la requérante, demande qui n'est pas jointe non plus. Enfin, cette lettre n'est pas signée par l'autorité habilitée à délivrer un agrément, mais par un fonctionnaire du ministère de la Communauté française.

Il n'était donc pas déraisonnable que la partie adverse demande à la requérante des informations complémentaires. Il convient à cet égard de relever que le courrier électronique adressé le 17 octobre 2014 par la partie adverse à la requérante lui laissait expressément le choix entre soit la production de la décision à laquelle se référait le courrier du 1^{er} juillet 2008, soit "tout autre élément de preuve sur [sa]

situation actuelle relative à cet agrément". La partie adverse n'exigeait donc pas nécessairement un document actualisé, mais laissait le choix à la requérante de compléter son dossier par l'un ou l'autre type de preuve : l'agrément original, pour peu qu'il ne contînt pas de date limite de validité, ou à défaut, tout élément de preuve relatif à la situation actuelle.

En s'abstenant de produire l'une ou l'autre des preuves demandées ou, à tout le moins, d'expliquer pour quelle raison il lui aurait été impossible de les produire, puis en négligeant de répondre à la troisième demande lui adressée en ce sens par la partie adverse, la partie requérante ne pouvait ignorer que non seulement elle ne produisait pas les preuves demandées, mais encore que sa passivité était de nature à faire naître un doute légitime dans le chef du pouvoir adjudicateur.

La partie adverse a donc pu conclure sans commettre une erreur qui puisse être qualifiée de manifeste que la lettre du 1^{er} juillet 2008 produite par la requérante ne permettait pas, à elle seule, de conclure avec certitude que cette dernière disposait bien de l'agrément requis à la date d'introduction des candidatures.

La circonstance que la requérante a fusionné avec une autre entreprise disposant d'un agrément est sans incidence sur ce constat, dès lors que la partie requérante n'avait pas porté cette information à la connaissance de la partie adverse.

De même, la circonstance que la candidature de la requérante a été retenue par un autre pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un marché ultérieur, n'est pas davantage utile à l'examen de la présente cause. En effet, il s'agit, tout d'abord, d'une décision ultérieure à l'acte attaqué, dont la partie adverse ne pouvait par définition pas avoir connaissance. Ensuite, les éléments du dossier ne permettent pas de connaître la nature des documents fournis par la partie requérante dans le cadre de cet autre marché. Enfin, il convient de rappeler, comme mentionné plus haut, que l'appréciation de la valeur probante des éléments produits par les soumissionnaires relève du pouvoir discrétionnaire de chaque autorité adjudicatrice, qui décide en fonction des éléments qui lui sont soumis, sans être liée par la décision, *a fortiori* si elle est ultérieure à la sienne, d'un autre pouvoir adjudicateur.

La lecture de l'acte attaqué révèle, par ailleurs, que la partie adverse a adressé à d'autres soumissionnaires une demande d'information similaire à celle qu'elle a envoyée à la requérante. Ceux-ci ont réagi en fournissant soit un agrément renouvelé, soit un acte d'agrément ancien ne portant pas de date limite de validité. La rapide réaction des intéressés démontre que la production de ces documents ne soulevait pas de difficulté particulière. Il apparaît également que la partie adverse s'est contentée, dans un cas au moins, de la production d'un arrêté d'agrément, assez ancien,

sans date limite de validité. Ce document correspond exactement à ce que la partie adverse avait, dans ses trois courriers à la requérante, indiqué constituer une première possibilité de prouver qu'elle satisfaisait à ce critère de sélection qualitative. Les différents soumissionnaires ont donc été traités de la même manière. La circonstance que la requérante s'est abstenue de donner une suite utile aux demandes de la partie adverse, à la différence d'autres soumissionnaires qui ont, eux, déposé les documents demandés, suffit à expliquer le sort différent qui fut réservé à leurs candidatures. Rien n'autorise donc à considérer que la partie adverse n'aurait pas respecté une stricte égalité entre les soumissionnaires.

Ainsi que cela a déjà été souligné, la partie adverse s'est adressée à trois reprises à la partie requérante afin d'obtenir un élément de preuve complémentaire à la lettre du 1^{er} juillet 2008. Il ne peut donc lui être reproché d'avoir manqué à son devoir de minutie. Pour le surplus, aucun des principes invoqués au moyen ne fait obligation au pouvoir adjudicateur de pallier par ses propres recherches la négligence d'un soumissionnaire.

Contrairement à ce que semble soutenir la partie requérante, la décision attaquée ne refuse pas "de reconnaître l'existence et la validité de l'agrément actuel" de la requérante, elle se borne à constater que le seul document qu'elle a produit ne permet pas de conclure avec un degré suffisant de certitude que cette dernière dispose d'un agrément en cours de validité. Cette motivation est suffisante et adéquate et permet à la requérante de comprendre la raison pour laquelle sa candidature n'a pas été retenue.

Dans la mesure où la partie adverse a pu, comme cela a été développé plus haut, conclure sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation que la requérante n'a pas établi qu'elle satisfait aux exigences de la sélection qualitative, elle n'a pas non plus violé le principe *patere legem quam ipse fecisti* en ne sélectionnant pas cette candidature.

Il se déduit de ce qui précède qu'à première vue, la partie adverse a pu constater sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation et sans violer les dispositions et principes visés au moyen que la partie requérante n'a pas établi qu'elle satisfaisait, à la date de dépôt des candidatures, à l'un des critères de capacité technique énoncés dans l'avis de marché.

Le moyen n'est pas sérieux.

IV. CONFIDENTIALITE

La partie adverse souhaite garder la confidentialité des actes de candidature qu'elle verse au dossier administratif.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir la confidentialité.

V. DEPENS ET INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse demande que les dépens et une indemnité de procédure, fixée au montant de base, soient mis à la charge de la partie requérante.

La requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité fixée.

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

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les documents contenus au numéro 13 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, considérés comme confidentiels.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse.

Article 5.

Les dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-sept décembre deux mille quatorze par :

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

Serge BODART.