

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 239.409 du 16 octobre 2017

A.223.317/VI-21.093

En cause : **la société privée à responsabilité
limitée CEMRE,**

ayant élu domicile chez
M^e Charles-Henri de
la VALLÉE POUSSIN, avocat,
place Flagey 7
1050 Bruxelles,

contre :

la Région wallonne,
représentée par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne 62
5000 Namur.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 22 septembre 2017, la société privée à responsabilité limitée CEMRE demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de date inconnue par laquelle la partie adverse a décidé de ne pas la sélectionner dans le cadre du marché intitulé : «Entretien sanitaire et nettoyage des vitres et châssis des locaux du bâtiment sis 15, avenue Prince de Liège à 5100 Jambes». Ce marché est soumis à un cahier spécial des charges portant le numéro «N° T0.06.03-16L18»".

II. Procédure

Par une ordonnance du 25 septembre 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 9 octobre 2017 à 10 heures 30.

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

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

M. David DE ROY, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Evrard de SCHIETERE de LOPHEM, *loco* Me Charles-Henri de la VALLÉE POUSSIN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits

1. La partie adverse a décidé de passer un marché public de services intitulé "Entretien sanitaire et nettoyage des vitres et châssis des locaux du bâtiment sis 15, avenue Prince de Liège à 5100 Jambes".

Elle a choisi d'attribuer ce marché, régi par un cahier spécial des charges référencé T0.06.03-16L18, selon la procédure d'appel d'offres ouvert avec publicité européenne.

Au titre de la sélection qualitative, le cahier spécial des charges prescrivait ce qui suit:

- " En vue de la sélection qualitative, les soumissionnaires doivent joindre :
- une liste de références datée et signée d'au moins trois marchés similaires au présent marché exécutés au cours des trois dernières années. Les références mentionneront le montant, la date, le destinataire public ou privé, l'identification d'une personne de référence et seront accompagnées de l'attestation de bonne fin correspondante. Ces attestations sont 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, par une déclaration du prestataire de services. Les marchés similaires présentés doivent concerner un montant annuel supérieur à 150.000 € HTVA (annexe 1 à composer par le soumissionnaire);
 - une déclaration datée et signée concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise au cours des trois derniers exercices. Le chiffre d'affaires global ne peut être inférieur à 600.000 € HTVA par an (annexe 2 à composer par le soumissionnaire);

- Une déclaration datée et signée mentionnant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour l'exécution des services (voir annexe 3);
- un certificat (EMAS ou ISO14001) émanant d'un organisme indépendant, attestant que le soumissionnaire se conforme à des normes de gestion environnementale; Le pouvoir adjudicateur acceptera également d'autres preuves de mesures équivalentes de gestion environnementale, conformément à l'article 78 de l'A.R. du 15 juillet 2011, à charge pour le soumissionnaire de démontrer l'équivalence (annexe 4 à composer par le soumissionnaire).

2. A la date d'ouverture des offres, dix soumissionnaires avaient déposé une offre, parmi lesquels la requérante et la société KÖSE CLEANING.

3. La requérante reconnaît qu'au moment de faire offre, elle ne possédait pas de certificat EMAS ou ISO14001 et précise qu'elle a choisi d'exercer la faculté que lui ouvrait le cahier spécial des charges d'apporter "d'autres preuves de mesures équivalentes de gestion environnementale". Elle déclare avoir, à cette fin, joint à son offre un document intitulé "Déclaration et politique environnementale de CEMRE SPRL" (ci-après, le "document DPE"), lequel exposait l'ensemble des mesures de gestion environnementale qu'elle avait prises.

4. Le 8 février 2017, les services de la partie adverse ont adressé à la requérante un courrier électronique libellé comme suit :

" Votre société a remis, pour ce 4 janvier, une offre de prix pour le nettoyage de l'immeuble de l'administration wallonne au 15, avenue Prince de Liège à Jambes.

En vertu de l'article 59 1° et 78 de l'A.R. du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, nous vous saurions gré de nous fournir une description des mesures appliquées par votre entreprise pour assurer le même niveau de protection de l'environnement que les systèmes de gestion environnementaux enregistrés (EMAS – ISO 14001).

Nous vous prions de nous fournir cette description détaillée pour le lundi 13 février 2017 midi au plus tard".

5. Le 10 février 2017, la requérante a donné suite à la demande de la partie adverse en lui transmettant un document complémentaire (ci-après, le "document complémentaire") précisant et complétant le contenu du "document DPE".

6. Le 7 septembre 2017, la partie adverse décide d'attribuer le marché litigieux à la société KÖSE CLEANING. De cette décision, qui constitue l'acte attaqué, il ressort notamment que la requérante n'a pas été sélectionnée au terme de la procédure de sélection qualitative.

7. Par un courrier du 11 septembre 2017, la partie adverse communique à la requérante les motifs de sa non-sélection. Ces motifs sont libellés comme suit :

- " Considérant que la société CEMRE remet au pouvoir adjudicateur un document intitulé «Déclaration et Politique environnementale signée par la direction de CEMRE, répondant à l'équivalence des exigences ISO 14001 et/ou EMAS»;
- Considérant que compte tenu du peu d'éléments fournis dans ce document et en vertu de l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le pouvoir adjudicateur adresse un mail en date du 8 février 2017 à la société CEMRE afin qu'elle lui communique une description des mesures mises en place;
- Considérant que le 10 février 2017, la société CEMRE adresse un document au pouvoir adjudicateur qui vise à détailler le système de management environnemental d'application au sein de la société «qui est équivalent et conforme en tout point avec toutes les exigences de la norme ISO 14001 et/ou EMAS»;
- Considérant que concernant le contenu de la «Déclaration et Politique environnementale signée par la direction de CEMRE» du 04 mars 2011, le pouvoir adjudicateur retrouve les éléments suivants :
1. cette déclaration environnementale n'est pas limitative et vise continuellement à être améliorée;
 2. le programme environnemental et le plan d'action décrivant les initiatives que CEMRE prend pour réduire les nuisances écologiques (le bien-être écologique et la biodégradabilité, la protection de la couche d'ozone, l'économie d'énergie et la juste consommation des produits, les bonnes habitudes et le recyclage, l'adhésion des collaborateurs à la politique environnementale de CEMRE, la technologie verte, l'achat de matériel issu d'une fabrication écologique);
 3. l'assurance que des instructions claires sur l'usage des produits de nettoyage ont été données en français, néerlandais ou dans la langue usuelle des travailleurs;
 4. l'assurance que chaque produit utilisé dispose d'une fiche de sécurité et d'une fiche technique avec un étiquetage répondant à la législation RGPT et aux normes environnementales européennes via un écolabel EU ou équivalent;
 5. l'assurance que le personnel a reçu une formation de base sur les bonnes techniques de nettoyage, les différents aspects environnementaux, sur l'utilisation du matériel, sur la sécurité et sur l'ergonomie au travail. En outre, une formation permanente est prévue tout au long de la carrière du travailleur. Chaque nouveau travailleur devra passer un examen de base portant sur le respect des normes de sécurité. Les cadres de CEMRE passeront quant à eux l'examen de cadre opérationnel;
 6. l'engagement de la société CEMRE de dresser un rapport qui reprend concrètement les mesures écologiques et les résultats atteints tous les deux ans;
 7. un coordinateur à l'environnement a été désigné par la société CEMRE;
- Considérant que le pouvoir adjudicateur précise dans son cahier des charges qu'il acceptera également d'autres preuves de mesures équivalentes de gestion environnementale à la certification ISO 14001 ou EMAS, conformément à l'article 78 de l'A.R. du 15 juillet 2011, à charge pour le soumissionnaire de démontrer l'équivalence (annexe 4 à composer par le soumissionnaire);
- Considérant que par équivalence, le pouvoir adjudicateur entend que les mesures de gestion environnementale démontrent la mise en place d'un système de management environnemental présentant des mesures égales à celles exigées dans le règlement n° 1221/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25/11/2009 concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), abrogeant le règlement n° 761/2001 et les décisions de la Commission 2001/681/CE et 2006/193/CE ou dans la norme ISO 14001;
- Considérant que pour satisfaire à la norme ISO 14001, la société CEMRE doit faire reposer son système de management environnemental sur le concept PDCA (Plan-Do-Check-Act / Planification-Réalisation des activités opérationnelles-Evaluation des Performances-Amélioration);
- Considérant que dans les paragraphes suivants, le pouvoir adjudicateur détaille les obligations relatives à chacune de ces tâches et les compare au contenu de la Déclaration et Politique environnementale signée par la direction de CEMRE du 04 mars 2011 ainsi qu'au courrier de la société CEMRE du 10 février 2017 :

a) Planification

En vertu de la norme ISO 14001, CEMRE doit, préalablement à la mise en œuvre de son système environnemental, cerner les risques et opportunités (aspects environnementaux, obligations de conformité, besoins et attentes des parties intéressées) qu'elle est susceptible de rencontrer en poursuivant sa politique environnementale;

Considérant que dans son courrier du 10 février 2017, la société CEMRE indique que cette exigence est rencontrée dans la Déclaration et Politique environnementale. Le pouvoir adjudicateur vérifie cette affirmation. Si la société CEMRE prévoit, en page 2 du courrier précité, «une planification, en réalisant une analyse environnementale qui nous permet d'identifier tous les facteurs d'impact les plus importants mais aussi les exigences réglementaires», elle ne détaille pas quels sont ces facteurs d'impacts ou autres exigences réglementaires comme il l'est exigé dans la norme ISO 14001. Elle ne les détaille pas plus dans la Déclaration et Politique environnementale;

Considérant que la société doit également veiller à planifier des actions à mener afin de les traiter et d'atteindre les objectifs environnementaux escomptés;

Considérant que dans cette perspective, CEMRE doit établir des indicateurs et avec eux les méthodes quantitatives ou qualitatives en relation avec une échelle spécifiée afin de déterminer si les objectifs environnementaux mesurables ont été atteints;

Considérant qu'en page 4 du courrier du 10 février 2017, la société CEMRE indique avoir défini des «indicateurs de performance» pour «mesurer l'atteinte de nos objectifs dans ces programmes» sans toutefois les communiquer. Par ailleurs, la société CEMRE ne détermine aucun indicateur, méthode quantitative ou qualitative d'évaluation tels qu'imposés par la norme ISO 14001 dans sa Déclaration et Politique environnementale;

Considérant enfin que, et de manière plus fondamentale, la société CEMRE ne cerne pas les objectifs qu'elle entend poursuivre dans son courrier du 10 février 2017 : «sur base des résultats de cette analyse, nous définirons nos objectifs ainsi que le programme de management environnemental qui nous permettra de les atteindre»;

Considérant que tout au plus, la société CEMRE détaille-t-elle, dans ce courrier, les mesures qu'elle a mises en place pour réduire les nuisances écologiques engendrées par ses activités. Nulle part dans ce document ne figurent des objectifs concrets et des cibles précises pour diminuer les nuisances environnementales. Ce document ne laisse apparaître aucune actualisation. Par ailleurs, la société CEMRE ne détermine pas plus les objectifs environnementaux qu'elle entend poursuivre dans sa Déclaration et Politique environnementale.

Le pouvoir adjudicateur constate donc, compte tenu de l'utilisation du futur, que les objectifs et le programme de management ne sont pas définis. De plus, CEMRE ne produit aucun document y relatif;

Considérant que l'exigence de planification développée dans la norme ISO 14001 n'est pas rencontrée par la société CEMRE;

b) Réalisation des activités opérationnelles

CEMRE doit «établir, mettre en œuvre, maîtriser et tenir à jour les processus nécessaires pour satisfaire aux exigences relatives au système de management environnemental et réaliser les actions» planifiées;

Considérant que de la sorte, la société veillera à déterminer de manière proportionnée les moyens dont elle va user afin de vérifier si les exigences environnementales qu'elle s'est fixées sont respectées dans le processus de conception et de développement du service et ce, dans chaque phase qui constitue son cycle de vie;

Considérant que dans la Déclaration et Politique environnementale, la société CEMRE n'indique pas les moyens dont elle s'est dotée afin de rencontrer cette exigence édictée par la norme ISO 14001. Dans son courrier du 10 février 2017, la société CEMRE informe le pouvoir adjudicateur qu'elle a mis en place plusieurs

procédures relatives à la formation du personnel, à la communication, à la maîtrise opérationnelle et enfin, aux situations d'urgence;

Considérant cependant que, compte tenu du fait que le soumissionnaire n'a nullement énoncé clairement les actions qu'il entend poursuivre pour atteindre les objectifs qu'il s'est fixés dans son système de management, il est particulièrement malaisé au pouvoir adjudicateur d'évaluer l'adéquation de ces procédures avec le système de management environnemental de la société CEMRE. En outre, aucune indication ne figure dans ce document permettant de vérifier si ces procédures font l'objet d'une mise à jour régulière comme il l'est exigé dans la norme ISO 14001;

Considérant que CEMRE est également tenue de s'assurer que ses exigences environnementales soient communiquées à ses fournisseurs, y compris les sous-traitants;

Considérant que ni la Déclaration et Politique environnementale ni le courrier du 10 février 2017 ne contient d'indication permettant au pouvoir adjudicateur de vérifier que cette exigence est bien rencontrée par le soumissionnaire;

Considérant que la société devait fournir les informations relatives aux impacts environnementaux significatifs potentiels liés notamment, au transport ou à l'élimination finale de ses produits;

Considérant que le pouvoir adjudicateur ne retrouve ces éléments d'information ni dans la Déclaration et Politique environnementale ni dans le courrier du 10 février 2017;

Considérant enfin que CEMRE est tenue d'actualiser les informations qui permettent de démontrer que les processus mis en place pour atteindre ses exigences environnementales sont bien poursuivis;

Considérant que dans sa Déclaration et Politique environnementale, la société s'engage à dresser un rapport qui reprendra concrètement les mesures écologiques mises en œuvre par elle et les résultats atteints tous les deux ans;

Considérant que la société ne démontre, ni dans ce document, ni dans son courrier du 10 février 2017, qu'actuellement, elle rencontre cette exigence de la norme ISO 14001;

Considérant que le pouvoir adjudicateur ne peut accepter une simple déclaration d'intention;

Considérant que les différentes exigences relatives à la réalisation des activités opérationnelles développées dans la norme ISO 14001 ne sont pas rencontrées par la société CEMRE;

c) Evaluation des performances

Considérant que CEMRE doit surveiller la réalisation de sa politique environnementale en la mesurant, en l'analysant et en évaluant les efforts ainsi consentis. Dans ce processus d'évaluation, elle est tenue de déterminer les méthodes utilisées pour réaliser cette supervision. Celles-ci seront clairement décrites dans le système de management environnemental (éléments à surveiller, critères sur base desquels la performance environnementale sera évaluée ainsi que les indicateurs appropriés, la fréquence à laquelle la surveillance et les mesures doivent être effectuées,...). Les renseignements résultant des analyses seront conservés à titre de preuve de résultat de surveillance, de mesure, d'analyse et d'évaluation;

Considérant que le pouvoir adjudicateur ne relève aucune information précise concernant la ou les méthodes utilisées par la société CEMRE pour assurer l'évaluation de ses performances environnementales dans la Déclaration et Politique environnementale;

Considérant que tout au plus, la société CEMRE indique s'engager à dresser un rapport qui reprend concrètement les mesures écologiques et les résultats atteints tous les deux ans ;

Considérant que la société ne démontre cependant pas, qu'actuellement, elle rencontre cette exigence de la norme ISO 14001 et le pouvoir adjudicateur ne peut accepter une simple déclaration d'intention;

Considérant en lisant le courrier du 10 février 2017, que le pouvoir adjudicateur constate que la société CEMRE indique, dans un premier temps, avoir mis en place «une procédure de mesurage et de surveillance de son système de management

environnemental». En première page du document, la société CEMRE indique que son système «fonctionne parfaitement et est rôdé depuis quelques années», le pouvoir adjudicateur comprend dès lors que cette procédure de mesurage et de surveillance devrait dès lors être suivie de manière régulière et ce, depuis plusieurs années;

Considérant cependant que la société CEMRE indique, en page 5 de ce même courrier, qu'elle «planifiera» tous les trois mois des audits internes environnementaux, que cette procédure «sera» auditée par deux employés de la société qui «auront reçu» une formation adéquate, que les rapports rédigés à cette occasion seront conservés pendant un an et que c'est sur base de ces audits que les non-conformités seront identifiées et que des actions correctives, notamment, seront pensées et mises à exécution;

Considérant que le pouvoir adjudicateur constate, compte tenu de l'utilisation du futur, que les procédures de contrôle ne sont ni établies ni suivies;

Considérant de plus que, CEMRE ne produit aucun document y relatif;

Considérant que la société doit également veiller à communiquer les informations obtenues au terme des analyses et les communiquer aussi bien en interne qu'en externe aux personnes ayant la responsabilité et l'autorité pour mener des actions appropriées;

Considérant que ni la Déclaration et Politique environnementale ni le courrier du 10 février 2017 ne contient d'indication permettant au pouvoir adjudicateur de vérifier que cette exigence est bien rencontrée par le soumissionnaire;

Considérant que CEMRE se doit de réaliser des audits internes à intervalles réguliers tels que la politique environnementale le prévoit. Ceux-ci sont impérativement réalisés par des personnes objectives et impartiales;

Considérant que dans sa Déclaration et Politique environnementale, la société s'engage à dresser un rapport qui reprendra concrètement les mesures écologiques mises en œuvre par elle et les résultats atteints tous les deux ans;

Considérant que la société ne démontre cependant pas, ni dans ce document, ni dans le courrier du 10 février 2017, qu'actuellement, elle rencontre cette exigence de la norme ISO 14001 et le pouvoir adjudicateur ne peut accepter une simple déclaration d'intention;

Considérant que dans la Déclaration et Politique environnementale, la société indique avoir désigné un coordinateur à l'environnement. Le pouvoir adjudicateur est néanmoins circonspect quant à l'objectivité et l'impartialité de la personne désignée;

Considérant que la personne renseignée dans la Déclaration et la Politique environnementale de CEMRE porte le même patronyme que Monsieur Menderes KOSE, gérant de la société;

Considérant que dans son courrier du 10 février 2017, la société CEMRE indique que «chaque procédure avec chacun de ces processus sera auditée par deux personnes internes à CEMRE qui auparavant auront reçu une formation»;

Considérant que le pouvoir adjudicateur craint à nouveau pour l'objectivité et l'impartialité dont doivent faire part ces deux personnes compte tenu qu'il est clairement indiqué que ces personnes travaillent pour le soumissionnaire. En outre, la société CEMRE indique clairement que ces employés n'ont, à l'heure actuelle, pas encore suivi de formation appropriée. Le pouvoir adjudicateur s'interroge dès lors sur la pertinence des éventuels rapports d'audits rédigés depuis 2011 et estime que la société CEMRE ne rencontre pas les exigences prévues par la norme ISO 14001;

Considérant enfin que, une revue du système de management environnemental doit être organisée afin de s'assurer que ce dernier est toujours adapté, approprié et efficace. Il importe qu'il soit procédé à cette revue à des intervalles réguliers, tels que la politique environnementale le prévoit;

Considérant qu'à la lecture du document qui lui a été fourni, le pouvoir adjudicateur n'a pas la certitude que le système de management environnemental fait régulièrement l'objet d'une revue telle que la norme ISO 14001 l'exige;

Considérant que dans son courrier du 10 février 2017, la société CEMRE indique tenir périodiquement une revue de direction : «l'ensemble de notre SME est revu par notre direction afin de vérifier si nous avons atteint nos objectifs. Nous mettons

dans cette revue les résultats de nos audits internes et de nos évaluations de conformité, les indicateurs de performance de notre SME et les actions mises en place pour atteindre nos objectifs. Lors de cette revue, nous passons en revue les opportunités d'amélioration continue de notre SME. Ces éventuelles propositions d'amélioration sont indiquées dans notre revue»;

Considérant cependant que, la société CEMRE ne produit aucun document y relatif;

Considérant que les différentes exigences relatives à l'évaluation des performances développées dans la norme ISO 14001 ne sont pas rencontrées par la société CEMRE;

d) Amélioration

Considérant que sur base des résultats que CEMRE a notamment obtenus lors de l'analyse et de l'évaluation de la performance environnementale et des audits internes, la société doit déterminer des actions en vue d'améliorer sa politique environnementale (actions correctives, innovation, réorganisation,...);

Considérant que dans le document fourni par elle, la société CEMRE ne renseigne pas les différentes améliorations qu'elle a pu prendre depuis la rédaction en 2011 de sa Déclaration et sa Politique environnementale. Le pouvoir adjudicateur n'a donc pas la certitude que sa politique environnementale a été perfectionnée depuis le 04 mars 2011 ;

Considérant que la certification EMAS, quant à elle, a pour objet de promouvoir l'amélioration constante des résultats obtenus par les organisations en matière d'environnement au moyen de l'établissement et de la mise en œuvre, par ces organisations, de systèmes de management environnemental, de l'évaluation systématique, objective et périodique du fonctionnement de ces systèmes, de la fourniture d'information sur les résultats obtenus en matière d'environnement et de la concertation avec le public et les autres parties intéressées, ainsi qu'au moyen de la participation active des employés des organisations et d'une formation appropriée;

Considérant que la société CEMRE n'a pas apporté la preuve que son système de management environnemental a fait l'objet d'une vérification par un vérificateur agréé, telle que définie à l'article 2 24) du Règlement précité, le 4 mars 2011 et ultérieurement. Dès lors, le pouvoir adjudicateur ne peut être assuré que le contenu de cette déclaration a été et est conforme aux exigences du Règlement n° 1221/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25/11/2009 concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), abrogeant le règlement n°761/2001 et les décisions de la Commission 2001/681/CE et 2006/193/CE.

Considérant que le pouvoir adjudicateur ne dispose pas des résultats découlant d'une évaluation systématique, objective et périodique du fonctionnement du système de management environnemental;

Considérant de même que, aucune information sur les résultats obtenus n'a été communiquée au pouvoir adjudicateur;

Considérant que ce dernier a vérifié si ces résultats étaient disponibles sur le site internet de la société comme il est prévu au point D de l'annexe 4 du Règlement précité et cela sans succès;

Considérant que le pouvoir adjudicateur précise dans son cahier de charges qu'il acceptera également d'autres preuves de mesures équivalentes de gestion environnementale à la certification ISO 14001 ou EMAS, conformément à l'article 78 de l'A.R. du 15 juillet 2011, à charge pour le soumissionnaire d'en démontrer l'équivalence (annexe 4 à composer par le soumissionnaire);

Considérant qu'il ressort de ce qui précède que la société CEMRE n'apporte pas la preuve de mesures équivalentes de gestion environnementale. Elle ne parvient pas non plus à démontrer que son système de management environnemental (SME) est équivalent et conforme en tout point avec toutes les exigences de la norme ISO 14001 et/ou EMAS;

Considérant de ce fait, que la société CEMRE n'est pas sélectionnée".

8. Parallèlement au marché litigieux, la partie adverse a attribué deux autres marchés d'objets similaires. Elle y a également refusé de sélectionner la requérante pour un motif identique. Les deux décisions d'attribution concernées font l'objet de recours enrôlés sous les n^{os} A 223.311/VI-21.091 et 223.316/VI-21.092. Dans ses écrits de procédure, la requérante désigne ces trois marchés comme étant les "marchés litigieux". Des arrêts n° 239.391 du 12 octobre 2017 et n° 239.408 du 16 octobre 2017 ont ordonné la suspension de l'exécution des actes attaqués par ces deux recours.

9. Au titre de l'exposé des faits qu'elle soumet au Conseil d'Etat pour les besoins du second moyen de la requête, la requérante fait état de treize "marchés récents" passés par la partie adverse préalablement aux "marchés litigieux" et ayant des objets similaires à celui du marché litigieux et à l'occasion desquels le "document DPE" lui a permis d'être sélectionnée. Elle se réfère également à deux autres marchés (qu'elle identifie comme étant les "marchés contemporains") attribués quelque temps après les "marchés litigieux" et à l'occasion desquels le "document DPE" et le "document complémentaire" lui ont permis d'être sélectionnée.

IV. Second moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un second moyen, "pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution; la violation des articles 5, 20 et 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; la violation 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, de fournitures et de services, ainsi que des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; la violation des articles 58, 68 et 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; la violation du cahier spécial des charges applicable aux Marchés litigieux, en particulier de son article 7 «Droit d'accès et sélection qualitative»; la violation du principe général de la motivation interne des actes administratifs, du principe d'égalité des soumissionnaires, des principes de bonne administration et, notamment, du principe de légitime confiance, du devoir de minutie, de l'obligation de procéder à un examen particulier et complet de l'espèce, du principe du raisonnable, du principe de proportionnalité; de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir", "[e]n ce que l'acte attaqué ne sélectionne pas la requérante au motif que celle-ci ne ferait pas

état de mesures de gestion environnementale équivalentes à celles exigées pour la certification EMAS/ISO14001", "[a]lors que, première branche, la partie adverse a toujours sélectionné la requérante dans les marchés identiques qu'elle passait et qu'elle a ainsi fait naître des attentes légitimes dans le chef de la requérante", "[e]t alors que, seconde branche, les motifs avancés par la partie adverse à l'appui de son refus de sélectionner la requérante ne sont pas réguliers et ne permettent, en tout état de cause, pas à la requérante de comprendre pourquoi elle n'a soudainement plus été sélectionnée". Elle développe ce moyen comme suit :

- " 10. Pour rappel, le cahier spécial des charges applicable aux Marchés litigieux autorise les soumissionnaires, à défaut de disposer d'une certification EMAS/ISO14001, à faire état de «mesures équivalentes de gestion environnementale, conformément à l'article 78 de l'A.R. du 15 juillet 2011» (pièces n^{os} 14, 20 et 26, p. 6).

L'acte attaqué lui-même précise que «par équivalence, le pouvoir adjudicateur entend que les mesures de gestion environnementale démontrent la mise en place d'un système de management environnemental présentant des mesures égales à celles exigées dans le règlement n° 1221/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25/11/2009 concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), abrogeant le règlement n° 767/2001 et les décisions de la Commission 2001/681/CE et 2006/193/CE ou dans la norme ISO 14001» (pièce n° 31, p. 2).

Comme exposé dans la partie de la présente requête consacrée au rappel des faits, la requérante, dans le cadre des Marchés litigieux, a joint à son offre le Document DPE (pièces n^{os} 16, 22 et 28) ainsi que, en réponse à la demande de précisions de la partie adverse du 8 février 2017 (pièces n^{os} 17, 23 et 29), le Document complémentaire (pièces n^{os} 18, 24 et 30), lesquels faisaient état des «mesures équivalentes» précitées.

La partie adverse a refusé de sélectionner la requérante dans le cadre des Marchés litigieux, alors qu'elle l'a sélectionnée systématiquement dans le cadre des Marchés récents, et que les exigences formulées en termes de sélection qualitative dans ces Marchés récents, ainsi que les éléments avancés par la requérante pour prouver qu'elle y satisfaisait, étaient strictement identiques. De ce point de vue, les Marchés litigieux révèlent un «revirement d'attitude» de la part de la partie adverse ou, à tout le moins, une rupture dans la ligne de conduite qu'elle avait jusqu'alors suivie dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation relatif à la sélection des soumissionnaires. Tel est d'autant plus le cas que, dans les Marchés contemporains, la partie adverse a de nouveau sélectionné la requérante, alors même que les exigences de sélection qualitative relatives à la certification EMAS/ISO14001 y étaient encore exactement les mêmes, et que la requérante a fait état, dans les offres relatives à ces Marchés contemporains, des mêmes mesures de gestion environnementale que dans le cadre des Marchés litigieux.

II.2.2.1 Première branche

11. Le principe de légitime confiance, encore appelé «principe général de droit relatif à la rupture de la ligne de conduite de l'administration», interdit à l'autorité de s'écarter d'une «ligne de conduite constante» qui a fait naître «des espérances fondées» dans le chef d'un administré.

Il est encore admis que ce principe ne peut s'appliquer qu'à des décisions qui impliquent un pouvoir d'appréciation de l'autorité, et qu'il ne peut en outre être revendiqué que vis-à-vis de l'autorité qui a posé les actes sur lesquels le requérant fonde ses espérances.

La requérante constate que les conditions précédemment rappelées sont bien remplies en l'espèce.

12. Il est en effet incontestable que la partie adverse dispose d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elle évalue le caractère «équivalent» des mesures mises en place par la requérante en termes de gestion environnementale, par rapport aux exigences de la norme EMAS/ISO14001. Il ne peut davantage être contesté que, dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation, la partie adverse, dans tous les marchés publics passés ces derniers mois, a systématiquement jugé les mesures avancées par la requérante, «équivalentes» à celles exigées par les normes précitées. Cette manière constante dont la partie adverse a exercé son pouvoir d'appréciation a légitimement fait naître, dans le chef de la requérante, l'espérance qu'en faisant état de ces mêmes mesures dans le cadre d'un nouveau marché de nettoyage passé par la partie adverse, elle serait à nouveau sélectionnée. Ainsi, en ne sélectionnant pas la requérante dans le cadre des Marchés litigieux, la partie adverse a violé le principe de légitime confiance.

13. Le second moyen est sérieux en sa première branche.

II.2.2.2 Seconde branche

14. Dans un arrêt du 22 février 2017, votre Conseil rappelait que : «Pour être adéquate, la motivation en la forme d'un permis d'urbanisme doit permettre de comprendre pourquoi, le cas échéant, l'autorité administrative, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, opère un revirement d'attitude. L'indication des raisons pour lesquelles l'autorité, qui a toujours le droit de changer d'avis, se départit d'une précédente appréciation, s'impose tout particulièrement lorsque, cumulativement, les attitudes apparemment contradictoires que la même autorité adopte pour une affaire déterminée, se succèdent dans un délai rapproché, dans un même contexte, et que les circonstances de l'affaire n'ont pas évolué de manière significative ni fait apparaître un élément nouveau expliquant la contradiction» [...].

Il ne peut être contesté que les conditions énumérées dans l'arrêt précité sont intégralement remplies *in casu*. En effet, les décisions d'attribution rendues dans les Marchés litigieux, récents et contemporains, ont été adoptées dans un intervalle de temps qui ne les sépare guère plus que de quelques mois, voire de quelques jours. Tel est particulièrement le cas pour les Marchés litigieux et les Marchés contemporains dont les décisions d'attribution ont été notifiées à la requérante, respectivement, les 8 et 11 septembre 2017 d'une part (pièces n^{os} 19, 25 et 31), et les 4 et 13 septembre 2017 d'autre part (pièces n^{os} 35 et 39). Il ne peut par ailleurs être contesté que ces décisions d'attribution ont été adoptées dans des contextes et des circonstances tout à fait identiques, résultant du fait qu'elles impliquent le même pouvoir adjudicateur, les mêmes exigences de sélection qualitative relatives aux normes EMAS/ISO14001, ainsi que les mêmes éléments avancés par la requérante pour démontrer l'«équivalence» entre ces normes et les mesures de gestion environnementale qu'elle applique.

Il est également admis qu'un «revirement d'attitude» de l'autorité doit faire l'objet d'une «motivation renforcée». Il est encore admis qu'un revirement dans l'appréciation que fait l'autorité d'une situation de fait, après de nombreuses années, doit reposer sur des motifs flagrants et indiscutables, à peine de mettre gravement en péril la sécurité juridique.

Par ailleurs, les motifs avancés par l'autorité pour justifier un «revirement» – outre le fait qu'ils doivent permettre au requérant d'en comprendre les raisons – doivent également, comme n'importe quel motif, reposer sur des éléments de droit et de fait exacts, pertinents et légalement admissibles, et ne pas être entachés d'erreurs manifestes d'appréciation.

15. Les motifs de l'acte attaqué relatifs à la non-sélection de la requérante sont de toute évidence inadéquats. Ils ne reposent pas davantage sur des motifs de fait et de droit exacts, pertinents et légalement admissibles, et ne permettent en tout état de cause pas à la requérante de comprendre le revirement d'attitude de la partie adverse.

La partie adverse n'explique en effet pas son revirement d'attitude en soi. En effet, méthodologiquement, motiver un revirement d'attitude implique nécessairement que l'autorité fasse d'abord état de son attitude «ancienne» – c'est-à-dire de la manière dont elle exerçait son pouvoir d'appréciation jusqu'alors – et qu'elle expose ensuite les éléments nouveaux qui l'amènent à adopter une attitude «nouvelle» – c'est-à-dire à exercer son pouvoir d'appréciation dans un sens différent. Or, en l'espèce, la partie adverse ne fait à aucun instant état de son attitude «ancienne», qui consistait pour rappel à juger que les mesures mises en place par la requérante en termes de gestion environnementale, étaient équivalentes à celles exigées par les normes EMAS/ISO14001. La partie adverse n'expose pas davantage les éléments nouveaux qui l'ont amenée à statuer différemment dans les Marchés litigieux. En effet, les motifs de non sélection avancés dans les décisions d'attribution des Marchés litigieux – à les supposer réguliers, *quod non* – n'ont rien de «nouveaux». Les éléments factuels sur lesquels ils prétendent se fonder existaient déjà dans les Marchés récents, et se retrouvent dans les Marchés contemporains.

Pour le surplus, la requérante exposera, ci-dessous, en quoi sont irréguliers chacun des motifs avancés dans l'acte attaqué pour refuser l'«équivalence» entre les normes EMAS/ISO14001 et les mesures qu'elle a mises en place en termes de gestion environnementale.

16. De manière générale, la requérante observe que les motifs avancés pour refuser cette «équivalence» sont fondés sur une véritable défiance de la partie adverse à l'égard des mesures annoncées par la requérante, dont elle met systématiquement en doute l'effectivité. A de nombreuses reprises, l'acte attaqué identifie une mesure mise en place par la requérante, mais refuse de la prendre en considération au motif que la preuve de sa mise en place effective ne serait pas rapportée de manière incontestable par la requérante.

Or, une telle charge de la preuve n'est pas exigée par l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Elle n'est pas davantage prévue par les documents des Marchés litigieux. La partie adverse elle-même, dans sa décision d'attribution, rappelait qu'elle considérerait comme «équivalentes» les «mesures de gestion environnementale démontr(a)nt la mise en place d'un système de management environnemental présentant des mesures égales à celles exigées dans le règlement n° 1221/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25/11/2009 [...] ou dans la norme ISO 14001». A aucun moment, il n'était exigé du soumissionnaire qu'il prouve la mise en place effective de ces mesures par de quelconques pièces. De manière plus substantielle, dans son email du 8 février 2017 (pièces n^{os} 17, 23 et 29), la partie adverse invitait la requérante à lui fournir «une description des mesures appliquées [...] pour assurer le même niveau de protection de l'environnement que les systèmes de gestion environnementaux enregistrés (EMAS – ISO 14001)» [...], et en aucune manière «la preuve» de ces mesures.

C'est ainsi à tort que la partie adverse, dans l'acte attaqué, refuse de prendre en compte plusieurs des mesures décrites par la requérante, au seul motif que leur mise en place effective ne serait pas prouvée".

La requérante identifie ensuite seize motifs repris dans l'acte attaqué pour refuser l'équivalence entre les mesures qu'elle a prises, et celles exigées par la norme EMAS/ISO14001, motifs qu'elle examine successivement et conteste.

B. Note d'observations

En réponse au moyen, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

" 15. La partie requérante reste en défaut de démontrer un revirement d'attitude.

Elle présente d'ailleurs les faits en manière telle qu'un revirement d'attitude est matériellement impossible puisqu'elle reconnaît avoir modifié les documents qu'elle a remis au pouvoir adjudicateur fort de l'expérience acquise avec les trois marchés litigieux.

16. En toute hypothèse, une pratique illégale ou des erreurs d'analyse diverses ne peuvent, à force d'être répétées, susciter des espoirs «légitimes». Partant, il importe de statuer si, en prenant la décision attaquée dans le présent recours, le pouvoir adjudicateur est restée, *prima facie*, dans un exercice raisonnable de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation, en d'autres termes, s'il n'a pas commis, *prima facie*, une erreur manifeste d'appréciation.

À cet égard plusieurs éléments doivent être soulignés.

17. Le pouvoir adjudicateur a respecté un certain principe de précaution en invitant la partie requérante à compléter le document DPE qui figurait dans son offre tout en insistant sur la nécessité de produire une description des mesures appliquées par la partie requérante pour assurer le même niveau de protection de l'environnement que les systèmes de gestion environnementaux enregistrés (EMAS - ISO 14001).

La partie requérante a remis un document complémentaire pour rencontrer cette demande que le pouvoir adjudicateur a analysé avec minutie.

18. La motivation interne (et externe) de la décision de non-sélection est extrêmement précise et détaillée.

Le pouvoir adjudicateur est particulièrement précis pour justifier les motifs de fait et de droit de sa décision en indiquant que la partie requérante [doit] faire reposer son système de management environnemental sur le concept de PDCA (Plan-Do-Check-Act/ planifications Réalisations des activités opérationnelles-Évaluation des Performances - Amélioration), soit la méthodologie exigée par la norme ISO14001.

Le pouvoir adjudicateur a pris soin de détailler les obligations relatives à chacune de ces tâches et de les comparer au contenu de la Déclaration et Politique environnementale signée par la partie requérante (DPE et document complémentaire). Sont ainsi passé au crible les points suivants : a) Planification, b) Réalisation des activités opérationnelles, c) Évaluation des performances, d) Amélioration.

19. L'ensemble des motifs de faits et de droit figurant dans la décision de non-sélection sont donc adéquats, exacts, pertinents et légalement admissibles. La partie requérante ne peut être suivie dans ses critiques".

La requérante s'emploie ensuite à réfuter les critiques dirigées contre chacun des seize motifs identifiés par la requérante.

C. Plaidoiries

A l'audience du 9 octobre 2017, la partie adverse a soutenu que, pour les "marchés récents" (ainsi désignés par la requérante), elle avait fait preuve de bienveillance à l'égard de ce que le "document DPE" présentait comme des engagements de la requérante à propos d'un certain nombre de mesures à concrétiser dans le cadre de sa politique environnementale, mais que – ne voyant pas de

concrétisation satisfaisante de ces engagements –, elle a décidé de se montrer plus stricte dans le cadre des phases de sélection qualitative des "marchés litigieux". Elle a également fait valoir que le "document DPE" sur la base duquel la requérante a été sélectionnée dans les deux "marchés contemporains" contenait des éléments nouveaux par rapport à la version produite à l'occasion des "marchés litigieux", et qu'il y avait donc lieu de tenir compte de cette mise à jour pour apprécier les deux attitudes respectivement adoptées dans le cadre des "marchés litigieux" et des "marchés contemporains".

La requérante a fait valoir, quant à elle, que, si le raisonnement développé par la partie adverse à l'audience quant à une attitude plus stricte tranchant avec la bienveillance dont elle avait fait preuve antérieurement, peut se comprendre pour expliquer le changement d'attitude entre les "marchés récents" et les "marchés litigieux", il ne permet pas d'expliquer la raison pour laquelle sa candidature a été admise dans le cadre des "marchés contemporains".

IV.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Pour être adéquate, la motivation en la forme d'une décision de non-sélection d'un soumissionnaire dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public doit permettre de comprendre pourquoi, le cas échéant, l'autorité administrative, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, opère un revirement d'attitude. L'indication des raisons pour lesquelles l'autorité, qui a toujours le droit de changer d'avis, se départit d'une précédente appréciation, s'impose tout particulièrement lorsque, cumulativement, les attitudes apparemment contradictoires que la même autorité adopte pour une affaire déterminée, se succèdent dans un délai rapproché, dans un même contexte, et que les circonstances de l'affaire n'ont pas évolué de manière significative ni fait apparaître un élément nouveau expliquant la contradiction.

En particulier, la motivation d'un revirement d'attitude suppose à tout le moins, comme le soutient la requérante, que l'autorité fasse état de l'attitude adoptée antérieurement et indique les raisons pour lesquelles elle estime devoir s'en départir.

Tel n'est, à l'évidence, pas le cas en l'espèce, où la très longue motivation indique sans doute les raisons pour lesquelles la partie adverse a décidé de ne pas sélectionner la requérante, mais passe sous silence son revirement d'attitude et les raisons pour lesquelles celui-ci a été opéré.

S'il faut considérer, comme elle l'a soutenu en termes de plaidoiries, que la partie adverse a voulu renoncer à l'attitude bienveillante dont elle avait

précédemment fait preuve, face à ce qu'elle estimait être l'absence de concrétisation satisfaisante des engagements pris dans le "document DPE", un tel motif exprimé oralement à l'audience ne permet en rien de rendre adéquate la motivation de la décision attaquée.

Dans ces circonstances, force est de déclarer le moyen sérieux en sa seconde branche.

V. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'Etat n'en identifie pas davantage.

VI. Confidentialité

La requérante déclare déposer à titre confidentiel les pièces n^{os} 15, 16, 18, 21, 22, 24, 27, 28, 30, 33, 34, 37 et 38 de son dossier.

La partie adverse fait de même pour l'offre de la société KÖSE CLEANING.

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 provisoirement la confidentialité.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision du 7 septembre 2017 par laquelle la partie adverse a décidé de ne pas sélectionner la société CEMRE dans le cadre du marché intitulé : «Entretien sanitaire et nettoyage des vitres et châssis des locaux du bâtiment sis 15, avenue Prince de Liège à 5100 Jambes» et d'attribuer ce marché à la société KÖSE CLEANING est ordonnée.

Article 2.

Les pièces n^{os} 15, 16, 18, 21, 22, 24, 27, 28, 30, 33, 34, 37 et 38 du dossier de la requérante et l'offre déposée par la partie adverse au dossier administratif resteront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur à la partie n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le seize octobre deux mille dix-sept par :

MM. David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.