

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

A R R Ê T

n° 246.275 du 3 décembre 2019

A. 229.515/VI-21.639

En cause : **la société anonyme FA-WAY,**
ayant élu domicile chez
M^e Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles,

contre :

le Centre public d'action sociale de Charleroi,
ayant élu domicile chez
M^e Michel FADEUR, avocat,
rue Léon Bernus 66
6000 Charleroi.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 8 novembre 2019, la société anonyme FA-WAY demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de la partie adverse du 16 septembre 2019 aux termes de laquelle celle-ci a décidé de ne pas sélectionner l'offre de la S.A. FA-WAY et d'attribuer les lots n^{os} 1 et 2 de l'accord-cadre pour la fourniture de fruits frais, de légumes frais et de produits de la 4^{ème} gamme avec un engagement dans la consommation durable à la S.A. BIDFOOD".

II. Procédure

Par une ordonnance du 12 novembre 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 26 novembre 2019.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 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.

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

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Marie VASTMANS et Alice TROISFONTAINES, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Marie FADEUR, *loco* M^e Michel FADEUR, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel VANDERHELST, 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 utiles

Le 11 mars 2019 est paru au Bulletin des adjudications un avis de marché relatif à un accord-cadre pour la fourniture de fruits frais, de légumes frais et de produits de la 4^{ème} gamme avec un engagement dans la consommation durable. Un avis est également paru au Journal Officiel de l'Union européenne du 15 mars 2019.

Le marché est prévu pour une durée initiale d'un an reconductible tacitement au maximum pour 3 périodes successives d'un an et est divisé en deux lots :

- lot 1 : fruits et légumes frais;
- lot 2 : fruits et légumes de la 4^{ème} gamme.

La procédure choisie est la procédure ouverte. Les offres doivent être déposées pour le 23 avril 2019 à 10 heures.

Au titre de la sélection qualitative, les soumissionnaires doivent produire, pour le critère de capacité technique et professionnelle, un certificat ISO22000 ou tout autre certificat équivalent ou preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité.

La requérante, la société anonyme BIDFOOD et la SPRL RVDB La CENTRALE DU FRAIS ont chacune déposé une offre pour les deux lots.

Le 21 mai 2019, la partie adverse a adressé à la requérante le courrier électronique qui suit :

" Par la présente, nous vous invitons à nous faire parvenir dans les plus brefs délais et au plus tard dans les 12 jours de calendrier après la date d'envoi du présent *mail*, les documents suivants :

- Conformément à l'article 68 §2 de l'AR du 18/04/2017, le pouvoir adjudicateur a demandé aux soumissionnaires de joindre à leur offre une copie de leur certificat ISO 22000 ou tout autre certificat équivalent ou preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité en vue de démontrer leur capacité professionnelle. Disposez-vous d'un certificat ISO 22000 ?

À défaut, pourriez-vous transmettre des certificats équivalents ou de preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité. Ces documents doivent avoir une portée similaire au certificat ISO 22000 et être établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et reconnus compétents pour ce domaine d'activité.

Nous avons constaté dans votre offre la présence d'un document quasiment illisible émanant de la firme AIB-VINCOTTE relatif à la vente de fruits, légumes et pommes de terre. S'agit-il du document transmis à cette fin ? Si tel est le cas, pourriez-vous le transmettre dans une version lisible par retour de *mail* afin que nous puissions clôturer son équivalence ?

Pour l'appréciation du respect du délai pour l'envoi des informations complémentaires, la date de votre *mail* de réponse fera foi".

Le 7 juin 2019, la requérante a répondu à cette demande comme suit :

" Je reviens vers vous un peu tardivement. D'abord parce que j'ai récupéré votre *mail* dans les indésirables, et ensuite parce que la réponse de Vincotte ne m'est parvenue que dernièrement.

Nous ne possédons pas le certificat ISO 22000 pour l'instant. La certification se rapprochant le plus étant le COMEOS FOOD (en pièce jointe) dont voici quelques explications : <http://www.mwq.be/servlet/Repository/?IDR=2843>

Comme vous le lirez plus bas dans l'explication donnée par Vincotte, le COMEOS FOOD vit sa dernière année et sera remplacé par IFS GLOBAL MARKETS FOOD dont vous trouverez aussi le descriptif. Notre intention est de continuer avec IFS.

Je me renseigne également pour éventuellement lancer l'ISO 22000. Le temps moyen pour obtenir ce genre de certification est de 4 à 5 mois".

Le 10 juillet 2019, la partie adverse a adressé à la requérante le courrier électronique suivant :

" Le lien internet proposé permettant de connaître le détail de la norme COMEOS FOOD ne fonctionne pas (<http://www.mwq.be/servlet/Repository/?IDR=2843>). Pourriez-vous nous en transmettre un autre ou toute autre documentation équivalente ?

À la lecture du *mail* de la firme VINCOTTE en *infra*, il apparaît qu'il a été mis fin au référentiel belge COMEOS FOOD fin décembre 2018. Pourriez-vous m'éclairer ? ".

Le 18 juillet 2019, la requérante a répondu comme suit :

- " Je suis tout aussi surpris de voir que le lien (que m'avait donné VINCOTTE) ne pointe plus sur la page d'explications du certificat.
Les explications concernaient la gestion de la sécurité alimentaire (évaluation et gestion des risques, traçabilité, procédure de rappel,...)

Les derniers à avoir été octroyés datent de décembre 2018 et ont une validité d'un an (ce qui est courant dans le domaine).

Depuis cette année, le COMEOS FOOD n'est plus validé (norme typiquement belgo-belge) et donc la majorité des sociétés migrent vers l'IFC GLOBAL MARKET ou le BRC (à vocation internationale). Nous avons opté pour l'IFC. Mais sachant que vous (et peut être d'autres) seraient demandeurs, nous avons fait la demande de certification pour l'ISO 22000. Cela ne devrait pas poser de problème dans la mesure où la plupart des procédures se retrouvaient dans ces certifications.

Je reviens vers vous avec les nouvelles certifications dès réception.

Nous avons fait également la demande de certification pour le BIO au mois de mai et vous la trouverez en pièce jointe".

Le 12 août 2019, la requérante a transmis à la partie adverse un contrat conclu avec un organisme de certification pour l'obtention du certificat ISO22000. Le 30 septembre 2019, elle a transmis la certification ISO22000 qu'elle venait d'obtenir.

Le 26 juillet 2019 a été dressé un rapport d'examen des offres. Celui-ci justifie la non-sélection de la requérante comme suit :

- " Le candidat a joint à son offre un Document Unique de Marché Européen (DUME) et la vérification de la situation juridique, fiscale, TVA et ONSS a été réalisée via Telemarc le 05 février 2019.

Conformément à l'article 68 de l'AR du 18/04/2017, le pouvoir adjudicateur a demandé aux soumissionnaires de joindre à leur offre une copie de leur certificat ISO 22000 ou tout autre certificat équivalent ou preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité en vue de démontrer leur capacité professionnelle.

Le soumissionnaire a, dès lors, joint à son offre les documents suivants :

- un courrier daté du 25 avril 2016 émanant de l'Agence Fédérale pour la Sécurité de la Chaîne Alimentaire (AFSCA) confirmant les déclarations relatives à l'année 2016;
- un document daté du 20 juillet 2013 émanant du site internet «foodnet» de l'AFSCA (site permettant de consulter des données publiques) reprenant diverses informations sur les activités du soumissionnaire (commerce de détail de fruits et de légumes en magasin spécialisé, autorisation pour le commerce de détail de denrées alimentaires et système d'auto contrôle);
- un courrier dont la date est partiellement illisible émanant de l'AFSCA;
- un document quasiment illisible émanant de la firme AIB-VINCOTTE relatif à la vente de fruits, de légumes et de pommes de terre.

Certains documents étant illisibles et conformément à l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016, le pouvoir adjudicateur a contacté le soumissionnaire par *mail* en date du 21 mai 2019 afin qu'à défaut de certificat ISO 22000, il transmette des

certificats lisibles et équivalents ou de preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité.

Par le biais de son *mail* du 4 juin 2019, le soumissionnaire a transmis les informations suivantes :

- Il ne possède pas la certification ISO22000.
- Sa certification s'en rapprochant le plus est le certificat COMEOS FOOD. Celui-ci est joint en annexe dudit *mail* : il expire le 11 septembre 2019. Le soumissionnaire fournit un lien internet quant à la portée de ce certificat. Ce lien ne fonctionne pas (« Cette page est introuvable »).
- Ce certificat COMEOS FOOD vit sa dernière année.
- L'intention du soumissionnaire est de continuer avec le certificat IFS GLOBAL MARKETS FOOD.
- Il précise qu'il se renseigne pour éventuellement obtenir la certification ISO 22000 et que le temps moyen pour obtenir ce genre de certification est de 4 à 5 mois.

Le lien internet quant à la portée du certificat COMEOS FOOD ne fonctionnant pas, le pouvoir adjudicateur a contacté le soumissionnaire par *mail* en date du 10 juillet 2019 afin d'obtenir de plus amples explications.

Par le biais de son *mail* du 18 juillet 2019, le soumissionnaire confirme ses démarches et il transmet les nouvelles informations suivantes :

- Il confirme que le lien internet ne fonctionne pas. Il s'agissait d'explications concernant la gestion de la sécurité alimentaire (évaluation et gestion des risques, traçabilité, procédure de rappel, etc.).
- Depuis cette année, le COMEOS FOOD n'étant plus validé, la majorité des sociétés migrent vers l'IFS GLOBAL MARKET ou le BRC (à vocation internationale). Il a opté pour l'IFS et a fait une demande de certification pour l'ISO 22000.
- Le COMEOS FOOD est une norme typiquement belgo-belge.
- Il dispose d'un certificat en tant que préparateur de fruits et légumes bio.

Compte tenu de tous les éléments précités et compte tenu du fait qu'en date du 26 juillet 2019, le soumissionnaire est toujours incapable de démontrer la mise en place d'un système de management de la sécurité des aliments équivalent à une certification ISO22000, celui-ci n'est pas sélectionné".

Le 16 septembre 2019, la partie adverse a décidé de ne pas sélectionner la requérante et d'attribuer les deux lots du marché à la société anonyme BIDFOOD. Il s'agit de l'acte attaqué qui considère le rapport d'examen des offres comme faisant partie intégrante de la décision et qui précise également ce qui suit :

- " Considérant le rapport d'examen des offres du 26 juillet 2019 pour le lot 1 (Fruits et légumes frais) et le lot 2 (Fruits et légume de la 4^{ème} gamme) rédigé par le Service Achats annexé à la présente décision et en faisant partie intégrante ;

Considérant que la firme FA-WAY n'a pas été sélectionnée car malgré plusieurs demandes d'informations complémentaires du pouvoir adjudicateur, celle-ci est toujours incapable en date du 26 juillet 2019 (date de rédaction du rapport d'examen des offres) de démontrer la possession d'un certificat ISO 22000 ou tout autre certificat équivalent ou preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité de mise en place d'un système de management de la sécurité des aliments équivalent à une certification alors que cet *item* faisait partie des critères de sélection qualitative relatif à la capacité technique et professionnelle".

IV. Moyens réunis

IV.1. Thèse de la partie requérante

A. Premier moyen

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 5 et 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 65 et 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de bonne administration, du devoir de minutie, du principe *Patere legem quam ipse fecisti* et du principe de mise en concurrence, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Elle reproche à la partie adverse d'avoir exigé "que chaque soumissionnaire dispose d'un certificat ISO 22000 avant le début de l'exécution du marché public litigieux et ce, afin de démontrer sa capacité technique et professionnelle", ce qui, selon elle, "constitue une entrave sérieuse et injustifiée à la concurrence qui n'est, en outre, aucunement liée et proportionnée à l'objet du marché litigieux".

Après un rappel des principes et dispositions applicables ainsi que du cahier spécial des charges, elle rappelle qu'elle a joint à son offre "un certificat COMEOS FOOD valable jusqu'au 11 septembre 2019 lequel constitue, au niveau belge, l'équivalent du certificat international ISO 22000". Elle souligne que "la durée de validité des certificats délivrés dans le secteur agro-alimentaire [...] est généralement d'un an (COMEOS FOOD, IFS GLOBAL MARKETS FOOD, etc.) voire, exceptionnellement, de trois ans à l'instar du certificat ISO 22000" de sorte qu'à "la date limite de réception des offres du 23 avril 2019, aucun soumissionnaire ne pouvait dès lors se prévaloir d'un certificat valable jusqu'à l'issue du délai maximal d'exécution du marché, à savoir quatre ans à dater de la fin du mois de décembre 2019". Elle souligne également qu'elle a "signalé, les 4 juin et 18 juillet 2019, qu'elle avait opté pour le certificat IFS GLOBAL MARKETS FOOD dès lors que le certificat COMEOS FOOD n'était plus délivré depuis la fin du mois de décembre 2018 et que, partant, il ne serait plus possible d'en obtenir un nouveau après l'expiration de son certificat COMEOS FOOD actuel" et "indiqué à la partie adverse qu'elle avait introduit une demande de certification pour l'ISO 22000", certificat dont elle dispose depuis le 30 septembre 2019.

Elle avance que contrairement à ce qui était annoncé par le cahier spécial des charges, "seul le certificat ISO 22000 semblait être admis par la partie adverse"

puisque les certificats qu'elle a produits "n'ont pas été examinés par la partie adverse" et que "l'absence d'un certificat ISO 22000 constitue, en réalité, le seul motif de non-sélection". Elle en déduit qu'à "défaut d'avoir accepté des certificats équivalents au certificat ISO 22000, la partie adverse a méconnu son propre cahier spécial des charges ainsi que le principe *Patere legem quam ipse fecisti*".

Elle observe, par ailleurs, que la partie adverse ne fournit "aucune justification de nature à démontrer, d'une part, la nécessité de disposer d'un certificat ISO 22000 dans le cadre du marché litigieux et, d'autre part, le fait que cette exigence soit liée et proportionnée à l'objet du marché". Elle souligne que, dans le secteur, "peu de sociétés disposent d'un certificat ISO 22000 dans la mesure où il existe des certificats équivalents dans la plupart des États-membres de l'Union européenne et que, partant, des certificats équivalents peuvent être produits" et qu'elle "n'a jamais eu connaissance d'un marché public exigeant la détention d'un certificat ISO 22000 avant le marché litigieux". Elle constate qu'alors que le marché a fait l'objet d'une publicité européenne, "seules trois offres ont été déposées et que, parmi elles, au moins une offre n'a pas été sélectionnée en raison de l'exigence visant à disposer d'un certificat ISO 22000". Elle soutient qu'imposer "la détention d'un certificat ISO 22000 empêche dès lors une concurrence effective et constitue une grave entrave à la concurrence sans qu'aucune raison particulière et objective ne permette de le justifier et sans qu'il ne soit démontré qu'une telle exigence est liée et proportionnée à l'objet du marché".

B. Second moyen

La requérante prend un second moyen de la violation de l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 65 et 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concession, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de motivation matérielle, du principe de bonne administration, du principe de transparence et du principe *Patere legem quam ipse fecisti*, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Elle reproche à l'acte attaqué de ne pas permettre de comprendre le raisonnement de la partie adverse et de se contenter d'indiquer que son offre n'est pas sélectionnée au motif qu'elle n'aurait pas démontré "la mise en place d'un système de management de la sécurité des aliments équivalent à une certification ISO 22000"

sans examiner et préciser pourquoi les autres certificats produits ne seraient pas équivalents.

Après un rappel des principes et dispositions applicables, elle rappelle avoir joint à son offre "un certificat COMEOS FOOD valable jusqu'au 11 septembre 2019 lequel constitue, au niveau belge, l'équivalent du certificat ISO 22000" puis avoir signalé "les 4 juin et 18 juillet 2019, qu'elle avait opté pour le certificat IFS GLOBAL MARKETS FOOD dès lors que le certificat COMEOS FOOD n'était plus délivré depuis la fin du mois de décembre 2018" et "qu'elle avait introduit une demande de certification pour le certificat ISO 22000", certificat dont elle dispose depuis le 30 septembre 2019. Elle estime que l'acte attaqué est "motivé de manière particulièrement succincte dès lors qu'il ne permet aucunement de comprendre et de déterminer pour quels motifs la partie adverse a considéré que les certificats de la requérante n'étaient pas équivalents au certificat ISO 22000" de telle sorte qu'il ne permet pas de comprendre le raisonnement de la partie adverse. Elle souligne que l'acte attaqué "se contente, en outre, de constater que la requérante ne disposerait pas d'un certificat équivalent au certificat ISO 22000 sans toutefois examiner et préciser pourquoi le certificat COMEOS FOOD et le certificat IFS GLOBAL MARKETS FOOD ne seraient pas équivalents au certificat ISO 22000" et constate, dès lors, que "la décision motivée d'attribution n'est pas adéquatement motivée en ce qu'elle ne permet aucunement de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a estimé que la requérante n'avait pas produit un certificat équivalent au certificat ISO 22000".

Elle fait également valoir que dans la mesure où elle "disposait d'un certificat valable et équivalent au certificat ISO 22000 au moment du dépôt de son offre et [où] elle s'est engagée à obtenir le certificat IFS GLOBAL MARKETS FOOD et le certificat ISO 22000 avant le début de l'exécution du marché, son offre ne pouvait être écartée au motif qu'elle ne disposait pas ou plus, au moment de l'adoption de l'acte attaqué, de certificat équivalent au certificat ISO 22000". Elle observe que dès lors que "plusieurs mois sont nécessaires pour obtenir un certificat ISO 22000 ou équivalent et que le délai de remise des offres a été d'environ un mois en l'espèce, l'on ne pouvait raisonnablement exiger des soumissionnaires potentiels qu'ils disposent d'un certificat ISO 22000 ou équivalent dans un délai aussi bref". Elle relève que la partie adverse "semble d'ailleurs avoir implicitement autorisé les soumissionnaires à produire des certificats après la date ultime de réception des offres du 23 avril 2019 dès lors que l'acte attaqué indique «qu'en date du 26 juillet 2019, le soumissionnaire est toujours incapable de démontrer la mise en place d'un système de management de la sécurité des aliments équivalent à une certification ISO 22000»". Elle note que si "rien ne permet de comprendre pour quelle raison la partie adverse a estimé devoir se positionner à la date du 26 juillet 2019 et non au moment de

l'attribution ou de la conclusion du marché, elle a néanmoins permis de démontrer la mise en place d'un système de management de la sécurité des aliments équivalent à une certification ISO 22000 jusqu'au 26 juillet 2019, à savoir plus de trois mois après la date ultime de réception des offres".

Elle rappelle enfin "qu'en ce qui concerne la durée de validité des certificats délivrés dans le secteur agro-alimentaire, celle-ci est généralement d'un an (COMEOS FOOD, IFS GLOBAL MARKETS FOOD, *etc.*) voire, exceptionnellement, de trois ans à l'instar du certificat ISO 22000" de telle sorte qu'au "moment du dépôt des offres au mois d'avril 2019, aucun soumissionnaire ne pouvait dès lors se prévaloir d'un certificat valable jusqu'à l'issue du délai maximal d'exécution du marché litigieux – à savoir quatre ans à dater de la fin du mois de décembre 2019 – voire même jusqu'au début de l'exécution du marché dès lors que le marché a été lancé au mois de mars 2019 et que son exécution doit débuter à la fin du mois de décembre 2019" et que si "la SA BIDFOOD, adjudicataire du marché litigieux, disposait d'un certificat ISO 22000 ou d'un certificat équivalent au moment du dépôt de son offre, celui-ci ne serait donc pas valable jusqu'à l'issue du marché". Elle explique que, dans une telle situation, il convient "de sélectionner l'offre du soumissionnaire qui a remis un certificat valable à la date limite de réception des offres ou, à tout le moins, qui s'engage à disposer d'un certificat valable au moment de débuter l'exécution du marché et de vérifier ensuite, lors de la conclusion du marché ou du début de son exécution, que l'adjudicataire dispose bien d'un certificat valable".

IV.2. Appréciation

Selon les documents du marché, les soumissionnaires doivent, dans le cadre de la sélection qualitative, produire, pour le critère de capacité technique et professionnelle, un certificat ISO 22000 ou tout autre certificat équivalent ou preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité.

Selon la documentation produite par la partie adverse, la norme ISO 22000 concerne le management de la sécurité des denrées alimentaires et "définit la marche à suivre par un organisme pour démontrer son aptitude à maîtriser les dangers liés à cette sécurité afin de garantir que les denrées alimentaires peuvent être consommées en toute sécurité".

Le cahier spécial des charges attire l'attention des soumissionnaires sur le fait que "la qualité des fournitures doit être de premier ordre" et que "les fournitures doivent correspondre aux normes d'hygiène régissant le secteur d'activité concerné". La description des exigences techniques qu'il contient démontre également

l'importance que la partie adverse a attachée aux bonnes pratiques de fabrication et d'hygiène ainsi qu'à la traçabilité des produits. Il est également précisé que "les personnes qui consommeront les marchandises sont des personnes fragilisées par leurs conditions de vies et/ou par l'âge (maisons de repos, abris de nuit, maisons d'accueil, etc.)" de telle sorte que le pouvoir adjudicateur insiste "sur la qualité nécessaire des produits livrés". Le cahier spécial des charges attire l'attention sur des exigences de fraîcheur des denrées, sur l'hygiène de la production, du stockage et du transport ainsi que sur le respect de la chaîne du froid.

Au regard de ces éléments, la requérante n'établit pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – en quoi l'exigence de production d'un certificat ISO 22000 ou de tout autre certificat équivalent ou de preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité ne serait pas liée et proportionnée par rapport à l'objet du marché.

À l'appui de son offre, la requérante a déposé un certificat COMEOS FOOD quasiment illisible et dont elle soutient dans sa demande de suspension qu'il "constitue, au niveau belge, l'équivalent du certificat international ISO 22000". Le 21 mai 2019, la partie adverse a invité la requérante à lui transmettre un certificat ISO 22000 ou tout autre certificat équivalent ou preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité et a lui a demandé que, si le document quasi-illisible déposé avec l'offre avait été déposé à cette fin, une version lisible soit transmise afin d'examiner son équivalence à la norme ISO 22000. En réponse à cette demande, la requérante a transmis une version un peu plus lisible du certificat COMEOS FOOD (dont on peut deviner qu'il expire le 11 septembre 2019) en précisant notamment qu'elle ne disposait pas d'un certificat ISO 22000, mais que le certificat COMEOS FOOD était ce qui s'en rapprochait le plus. Elle a joint à cette réponse un lien internet qui, selon elle, permettait d'obtenir plus d'explications sur ce certificat COMEOS FOOD. La partie adverse a, toutefois, dû constater que le lien internet proposé ne fonctionnait pas – ce que la requérante reconnaît – et a invité le soumissionnaire à lui "en transmettre un autre ou toute autre documentation équivalente". La requérante a répondu qu'effectivement le lien ne fonctionnait pas et qu'il comportait des explications concernant "la gestion de la sécurité alimentaire (évaluation et gestion des risques, traçabilité, procédure de rappel,...)". Elle précise également qu'elle a fait une demande de certification ISO 22000. Aucune pièce de nature à expliquer le contenu d'un certificat COMEOS FOOD n'était jointe à cette réponse.

Le rapport d'examen des offres – que la décision attaquée fait sien – constate que, malgré les demandes qui lui ont été adressées, "le soumissionnaire est toujours incapable de démontrer la mise en place d'un système de management de la sécurité des aliments équivalent à un certificat ISO22000". L'acte attaqué précise, par ailleurs, ce qui suit :

- " Considérant que la firme FA-WAY n'a pas été sélectionnée car malgré plusieurs demandes d'informations complémentaires du pouvoir adjudicateur, celle-ci est toujours incapable en date du 26 juillet 2019 (date de rédaction du rapport d'examen des offres) de démontrer la possession d'un certificat ISO 22000 ou tout autre certificat équivalent ou preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité de mise en place d'un système de management de la sécurité des aliments équivalent à une certification alors que cet *item* faisait partie des critères de sélection qualitative relatif à la capacité technique et professionnelle".

C'est, dès lors, à tort que la requérante soutient que, contrairement à ce qui était prévu par le cahier spécial des charges, seul le certificat ISO 22000 aurait été admis par la partie adverse, celle-ci ayant refusé d'accepter des certificats équivalents. Si la partie adverse a, en effet, décidé de ne pas sélectionner la requérante, c'est uniquement en raison du fait que celle-ci n'établissait pas, malgré les nombreuses demandes formulées en ce sens, que le certificat COMEOS FOOD dont elle se prévalait était bien équivalent au certificat ISO 22000 et non parce qu'elle refusait, par principe, tout certificat autre que celui ISO 22000.

L'acte attaqué et le rapport d'examen des offres qu'il fait sien permettent aisément de comprendre ce motif de non sélection. Il en ressort clairement, d'une part, que la requérante ne disposait pas d'un certificat ISO 22000 – ce qui n'est pas contesté puisqu'il ne sera obtenu que le 30 septembre 2019 soit après tant le dépôt des offres que l'adoption de l'acte attaqué – et, d'autre part, que si la requérante se prévaut d'un certificat COMEOS FOOD – valable jusqu'au 11 septembre 2019 soit au moment du dépôt des offres, mais plus au moment de l'adoption de l'acte attaqué –, elle n'avait pas, malgré les demandes qui lui avaient été adressées, fourni les éléments permettant de constater que ce certificat était bien équivalent au certificat ISO 22000. La motivation de l'acte attaqué permet donc bien à la partie requérante de comprendre qu'elle n'est pas sélectionnée parce qu'elle n'a pas établi que le certificat COMEOS FOOD dont elle se prévaut dans son offre est équivalent au certificat ISO 22000. La requérante ne conteste, par ailleurs, pas que le pouvoir adjudicateur devait apprécier ces éléments au moment du dépôt des offres.

Enfin, lorsque les documents du marché imposent la production d'un certificat précis ou d'un certificat équivalent ou de mesures de garantie équivalentes, il appartient au soumissionnaire qui se prévaut de cette équivalence d'établir celle-ci en fournissant au pouvoir adjudicateur toutes les explications et pièces utiles. Il n'est, en l'espèce, pas contesté qu'aucune pièce permettant d'établir le caractère équivalent du certificat COMEOS FOOD au certificat ISO 22000 n'a été jointe à l'offre déposée par la requérante. Il n'est pas davantage contesté que, malgré les demandes qui lui ont été adressées en ce sens, la requérante n'a transmis à la partie adverse aucun élément concret permettant à celle-ci d'examiner l'équivalence invoquée, le seul lien internet mentionné ne fonctionnant pas et aboutissant à la mention de "page introuvable". Le

cahier spécial des charges annonçait pourtant que le pouvoir adjudicateur se réservait la possibilité d'inviter les soumissionnaires à expliciter les renseignements et documents invoqués dans l'offre pour la sélection qualitative, la requérante ne pouvant, dès lors, ignorer qu'elle pouvait être ainsi invitée à donner toutes les explications nécessaires sur l'équivalence dont elle se prévalait. La requérante ne dépose toujours pas à l'appui de la présente demande de suspension le moindre élément de nature à étayer son affirmation selon laquelle le certificat COMEOS FOOD "constitue, au niveau belge, l'équivalent du certificat international ISO 22000".

Les moyens ne sont, dès lors, pas sérieux.

V. Confidentialité

La requérante demande le maintien de la confidentialité de son offre dès lors que "cette pièce contient des informations couvertes par le secret des affaires de sorte que sa divulgation est susceptible de nuire audit secret des affaires ainsi qu'à une concurrence loyale entre entreprises". Il s'agit de la pièce A de son dossier.

La partie adverse demande la confidentialité "des pièces 9, 10 et 11D du dossier administratif comprenant l'offre de la partie requérante et les échanges qu'elle a eus avec cette dernière". La pièce 11D du dossier administratif correspond partiellement à la pièce 7 du dossier déposé par la requérante pour laquelle celle-ci ne demande pas le bénéfice de la confidentialité. Au cours de l'audience du 26 novembre 2019, les parties ont indiqué que ni la pièce 11D du dossier administratif, ni la pièce 7 du dossier déposé par la requérante ne comportaient des éléments relevant du secret des affaires et qu'il n'y avait, dès lors, pas lieu d'en maintenir la confidentialité.

Dès lors que les demandes de maintien de confidentialité des pièces A du dossier déposé par la requérante et 9 et 10 du dossier administratif ne sont pas contestées et que leur divulgation n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité. Il n'y a, par contre, pas lieu, compte tenu des déclarations des parties à l'audience, de maintenir la confidentialité de la pièce 11D du dossier administratif.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces 9 et 10 du dossier administratif ainsi que la pièce A du dossier déposé par la requérante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour 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.

Article 5.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et la contribution de 20 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le trois décembre deux mille dix-neuf par :

Nathalie VAN LAER
Vincent DURIEUX

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX

Nathalie VAN LAER