

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 234.975 du 7 juin 2016

G./A.219.114/VI-20.774

En cause : **la société anonyme TOP COFFEE SERVICE,**

ayant élu domicile chez
Mes Fabian CULOT et
Carole LORENT, avocats,
boulevard d'Avroy, n° 280,
4000 Liège,

contre :

la Région wallonne, représentée par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Mes Véronique VANDEN ACKER et François VISEUR,
avocats,
Square de Meeûs, 35
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme LYRECO BELGIUM,

ayant élu domicile chez
Me Hans-Kristof CAREME, avocat,
Justus Lipsiusstraat, 24
3000 Louvain

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête déposée sur la plate-forme électronique du Conseil d'Etat le 29 avril 2016, la société anonyme TOP COFFEE SERVICE sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de "la décision du 4 avril 2016 par laquelle Monsieur le Ministre du Budget, de la Fonction publique et de la Simplification administrative, Christophe LACROIX, attribue le marché de services relatif à la fourniture de boissons, denrées et articles d'appoint à usage unique, régi par le cahier

spécial des charges n° T2.05.01 15C51, [ainsi que de] la décision implicite de ne pas [lui] attribuer ce marché [...]".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société anonyme LYRECO BELGIUM a, par une requête introduite le 19 mai 2016, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 29 avril 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 24 mai 2016 à 10 heures 30.

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'Etat ont été acquittés.

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

M^r le Président de chambre, Jacques JAUMOTTE, a exposé son rapport.

Mes Fabian CULOT et Carole LORENT, avocats, comparaisant pour la partie requérante, Mes Véronique VANDEN ACKER et François VISEUR, avocats, comparaisant pour la partie adverse et Me Sabine ETIENNE, *loco* Me Hans-Kristof CAREME, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendue en son avis conforme.

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. Le 31 août 2015, la Direction générale transversale Budget, Logistique et Technologies de l'information et de la communication de la Région wallonne (ci-après D.G.T.) publie au bulletin des adjudications, un avis de marché relatif à la fourniture de boissons, denrées et articles d'appoint à usage unique sous le numéro 2015-522476.

Le cahier spécial de charges de ce marché porte la référence T2.05.01 – 15 C 51.

Deux avis rectificatifs sont publiés au bulletin des adjudications le 7 septembre 2015, sous le numéro 2015-523120, et le 22 septembre 2015, sous le numéro 2015-524987.

Ce marché comprend deux lots :

- le lot numéro 1 relatif à la fourniture de denrées, boissons et articles d'appoint à usage unique;
- et le lot numéro 2 relatif à la fourniture de denrées et boissons issues de l'agriculture biologique et/ou du commerce équitable.

Il est passé par appel d'offres.

III. 2. La séance d'ouverture des offres se tient le 16 octobre 2015.

Pour le lot 1, seules deux offres sont introduites, d'une part, par la requérante et, d'autre part, par la société anonyme LYRECO BELGIUM.

III. 3. Le 24 février 2016, la requérante informe la partie défenderesse de ce que l'Agence Fédérale pour la Sécurité Alimentaire a confirmé l'obligation pour un grossiste de détenir une autorisation spécifique pour le transport et le stockage de denrées alimentaires périssables dont la date limite de consommation est inférieure à trois mois, ce qui est bien le cas pour certaines des denrées visées par le marché. Elle précise de même qu'elle est bien titulaire d'une telle autorisation.

Le 26 février 2016, la partie défenderesse, qui n'a pas fait état de cette exigence dans les documents du marché, interroge les deux soumissionnaires concernés et leur demande s'ils sont en règle par rapport à la réglementation portant sur la sécurité alimentaire. Elle précise qu'elle fonde cette demande d'information sur les articles 59, 1°, et 96, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et demande la communication, le cas échéant :

- du n° d'enregistrement relatif à une activité de vente en gros de denrées alimentaires préemballées ayant une période de conservation d'au moins trois mois à température ambiante;
- du n° d'autorisation pour la vente de denrées dont les dates limites de consommation sont inférieures à trois mois.

Par courrier du 1^{er} mars 2016, la requérante communique son numéro d'enregistrement et son numéro d'autorisation auprès de l'AFSCA, de même qu'une copie de deux fiches techniques : d'une part, la fiche ACT360 concernant l'activité de grossiste en vente en gros de denrées alimentaires préemballées ayant une période de conservation d'au moins trois mois à température ambiante, activité pour laquelle un enregistrement PR57 est requis; d'autre part, la fiche ACT342 concernant la vente de denrées alimentaires dont les dates limites de consommation sont inférieures à trois mois, activité pour laquelle une autorisation PR52 est requise.

Par courriels des 29 février et 3 mars 2016, la société anonyme LYRECO BELGIUM répond à son tour qu'elle dispose d'un numéro d'enregistrement auprès de l'AFSCA, mais qu'elle n'est pas soumise à une demande d'autorisation, du fait que le stockage de denrées dont les dates limites de consommation sont inférieures à trois mois est géré par son partenaire TRENDY FOODS. Il ressort par ailleurs des documents annexés à ces courriels :

- que l'enregistrement (PR57) dont se prévaut la société anonyme LYRECO BELGIUM date du 24 novembre 2015;
- que TRENDY FOODS bénéficie effectivement d'une autorisation (PR52) délivrée le 3 octobre 2008.

III. 4. La partie défenderesse fait encore valoir, dans sa note d'observations, que, pour lever tout doute en la matière, elle s'est aussi adressée à l'AFSCA par téléphone, laquelle lui aurait confirmé " [...] que les justifications des deux entreprises sont correctes".

III. 5. Par décision du 4 avril 2016, notifiée aux deux soumissionnaires par courrier recommandé du 14 avril 2016, la partie défenderesse décide d'attribuer le lot 1 du marché à la société anonyme LYRECO BELGIUM.

Cette décision constitue la décision attaquée.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

La société anonyme LYRECO BELGIUM a, par une requête introduite le 19 mai 2016, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure, en sa qualité d'attributaire du marché dont la suspension est demandée, elle a intérêt à intervenir de sorte qu'il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. SECOND OBJET DE LA DEMANDE DE SUSPENSION : LA DECISION IMPLICITE DE REJET

V. 1. Demande de la requérante

La requérante sollicite également la suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'apparaît pas qu'en cas de suspension de la décision d'attribuer le marché à la société anonyme LYRECO BELGIUM, la partie adverse serait *de jure* tenue d'attribuer ce marché à la requérante, quel que soit le moyen qui serait déclaré sérieux.

Compte tenu des possibilités qui demeureraient ouvertes à la partie adverse à la suite d'un éventuel arrêt de suspension de l'exécution de la décision d'attribuer le marché à la société anonyme LYRECO BELGIUM et étant donné la circonstance que la requérante ne fait non plus valoir aucun élément concret de nature à se prononcer en sens contraire, la requête ne paraît pas recevable en son second objet.

VI. EXAMEN DU PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèse de la requérante

Dans un premier moyen, pris de l'excès et du détournement de pouvoir, de la violation de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 3, §§ 2 et 3, de l'arrêté royal du 16 janvier 2006 fixant les modalités des agréments, des autorisations et des enregistrements préalables délivrés par l'Agence fédérale pour la Sécurité de la Chaîne alimentaire (ci-après "AFSCA"), des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, du principe d'égalité entre soumissionnaires, du respect du droit de la concurrence, du principe général de prudence, du devoir de minutie, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'absence d'examen sérieux et de l'absence d'exercice effectif du pouvoir d'appréciation, la requérante fait reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir considéré, à tort, que la société anonyme LYRECO BELGIUM ne doit pas disposer d'une autorisation de l'AFSCA pour exercer les activités visées par l'objet du marché litigieux, alors que, en vertu de l'article 3, §§ 2 et 3, de l'arrêté royal du 16 janvier 2006 fixant les modalités des agréments, des autorisations et des enregistrements préalables

délivrés par l'Agence fédérale pour la Sécurité de la Chaîne alimentaire, la société anonyme LYRECO BELGIUM doit disposer d'une telle autorisation pour la mise dans le commerce de denrées alimentaires dont la date limite de consommation est inférieure à trois mois.

La requérante développe ce moyen comme suit :

" [...] L'article 3, §§ 2 et 3, de l'arrêté royal du 16 janvier 2006 fixant les modalités des agréments, des autorisations et des enregistrements préalables délivrés par l'Agence fédérale pour la Sécurité de la Chaîne alimentaire dispose (...) :

«§2. Un opérateur ne peut exercer les activités visées à l'annexe III dans l'établissement ou à partir de l'établissement que s'il est préalablement autorisé par l'Agence.

§ 3. Par dérogation aux §§ 1^{er} et 2, le présent article ne s'applique pas :

- 1° aux établissements qui n'offrent que des chambres avec petit déjeuner;
- 2° aux établissements ayant comme seule activité la vente au consommateur final de boissons et/ou de denrées alimentaires préemballées avec une période de conservation d'au moins trois mois à température ambiante.»

L'annexe III à laquelle cet article renvoie dispose, quant à elle, notamment que :

Annexe 3 - Etablissements dont les activités sont soumises à l'autorisation de l'Agence

1. Denrées alimentaires

Code	Etablissement	Activités
1.1.	Commerce de détail de denrées alimentaires	Le commerce de détail de denrées alimentaires conformément au Règlement (CE) n° 178/2002, en ce compris les cuisines de collectivités qui ne font que livrer des repas à des établissements qui offrent ces repas au consommateur final.
1.2.	Etablissement pour la production, la transformation et la mise dans le commerce de denrées alimentaires	La production, la transformation et la mise dans le commerce de denrées alimentaires à l'exception de la mise dans le commerce de boissons et/ou de denrées alimentaires préemballées pouvant être conservées sans mesure complémentaire pendant une durée minimale de 3 mois, ainsi que de la mise dans le commerce de denrées alimentaires sans utilisation d'équipement ou d'infrastructure.

[...] Il apparaît clairement à la lecture de la motivation des décisions attaquées que cette disposition a été violée.

En effet, les décisions attaquées sont rédigées comme suit sur ce point (...) :

«Considérant que le pouvoir adjudicateur a procédé à la vérification du droit d'accès des soumissionnaires;

Considérant que le pouvoir adjudicateur a vérifié si les soumissionnaires étaient en ordre, pour leurs activités et en exécution du marché, à l'égard de l'AFSCA, cette vérification s'inscrivant dans le cadre de la vérification de l'absence de faute professionnelle grave;

Considérant qu'après avoir interrogé les soumissionnaires sur leurs activités et leur offre par courrier du 26 février 2016, avoir analysé les renseignements fournis en réponse et avoir vérifié (oralement) auprès de l'AFSCA, le pouvoir

adjudicateur en a conclu que les deux soumissionnaires sont organisés différemment tant au regard de leurs activités habituelles qu'au regard de leur offre et que, dans ce cadre, ils sont tous deux en ordre au regard de la réglementation applicable au commerce de denrées alimentaires;

Considérant que tant Lyreco que Top Coffee sont enregistrés auprès de l'AFSCA pour leur unité d'établissement à partir de laquelle ils exercent leur activité de commerce de denrées alimentaires;

Considérant que Top Coffee a par ailleurs fait la preuve qu'il dispose d'une autorisation de l'AFSCA lui permettant, à partir de son unité d'établissement, de valablement développer ses activités de stockage et de manipulation des denrées alimentaires (non emballées) d'une durée de conservation inférieure à 3 mois;

Considérant que pour ce qui concerne Lyreco, son enregistrement est suffisant dans la mesure où celui-ci ne stocke pas, ni ne manipule des denrées alimentaires (non emballées) d'une durée de conservation inférieure à 3 mois. En effet, Lyreco se contente de faire du "trading": il achète ces denrées auprès d'un fournisseur (notamment Trendy Foods, qui dispose d'une autorisation pour le stockage et la manipulation de ce type de denrées) pour les revendre et les livrer à son client final;

Considérant que les précisions apportées par les soumissionnaires relativement à leur situation au regard de l'AFSCA renvoient à une situation préalable à la remise de leur offre. Qu'en apportant ces précisions, les soumissionnaires n'ont pas modifié leur offre respective;

[Considérant qu'il en résulte que les deux soumissionnaires sont en ordre tant pour leurs activités habituelles qu'en vue de l'exécution du marché s'il leur est attribué]».

Il ressort donc des décisions contestées que la SA LYRECO BELGIUM ne dispose d'aucune autorisation AFSCA.

Partant, les décisions attaquées sont contraires à l'article 3, §§ 2 et 3, de l'arrêté royal du 16 janvier 2006.

[...] L'auteur de l'acte attaqué écrit encore que « pour ce qui concerne Lyreco, son enregistrement est suffisant dans la mesure où celui-ci ne stocke pas, ni ne manipule des denrées alimentaires (non emballées) d'une durée de conservation inférieure à 3 mois. En effet, Lyreco se contente de faire du «trading» : il achète ces denrées auprès d'un fournisseur (notamment Trendy Foods, qui dispose d'une autorisation pour le stockage et la manipulation de ce type de denrées) pour les revendre et les livrer à son client final.» (...).

Cette considération est erronée et contraire à la définition de l'activité de «trader» telle que donnée par l'AFSCA, à savoir un commerce sans possession physique des produits. Plus précisément, l'AFSCA définit le «trader» comme l'opérateur qui commercialise des produits sans disposer d'une infrastructure, et ne manipule ni les produits ni l'étiquetage. L'AFSCA précise encore que le commerce sans possession physique des produits est «en général l'unique activité de l'opérateur» (...).

[...] En l'espèce donc :

- la SA LYRECO BELGIUM exerce bien une activité visée par l'annexe III de l'arrêté royal susmentionné, à savoir la mise dans le commerce de denrées alimentaires;
- le marché public litigieux vise bien la fourniture d'un nombre important de denrées alimentaires dont la date limite de consommation est inférieure à trois mois, dont, entre autres, les biscuits avec chocolats, les cacaos à

dissoudre, les boissons froides à base de concentré d'oranges, les boissons froides à base d'extraits de cola, les boissons froides à base de thé froid, les gaufres au sucre et au chocolat, les madeleines, la frangipane, etc. Il est d'ailleurs piquant de constater, à la lecture de l'annexe 2 à la décision litigieuse (...) que près de 50% des produits du panier comparable constitué par la Région wallonne et proposé par la SA LYRECO BELGIUM présentent une date limite de consommation inférieure à trois mois alors que seuls 20% des produits de ce même panier proposé par la SA TOPCOFFEE SERVICE ont une date limite de consommation inférieure à trois mois;

- dès lors qu'elle s'approvisionne auprès d'un fournisseur, il est évident que la SA LYRECO BELGIUM est amenée à stocker les produits préalablement à leur livraison, et ce contrairement à ce qu'écrit le pouvoir adjudicateur en termes de motivation de la décision contestée;
- en tout état de cause, dès lors qu'elle livre les produits au consommateur final, la SA LYRECO BELGIUM entre en possession physique de ceux-ci et ne peut être qualifiée de «trader» au regard de la définition reprise *supra*.

Partant, la SA LYRECO BELGIUM ne peut être considérée comme un trader aux termes de la définition de cette activité par l'AFSCA (...).

La SA LYRECO BELGIUM doit donc disposer de l'autorisation visée par l'article 3, §§ 2 et 3, de l'arrêté royal du 16 janvier 2006 pour exercer valablement les activités visées par le marché litigieux à savoir, la fourniture de denrées alimentaires et de boissons présentant une date limite de consommation inférieure à trois mois.

[...] Par ailleurs, la partie défenderesse considère que «les deux soumissionnaires sont organisés différemment tant au regard de leurs activités habituelles qu'au regard de leur offre» pour en conclure que «dans ce cadre, ils sont tous deux en ordre au regard de la réglementation applicable au commerce de denrées alimentaires».

Cette motivation est obscure et ne respecte pas le prescrit des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs dès lors qu'elle ne permet pas à la SA TOPCOFFEE SERVICE de comprendre les prétendues différences d'organisation qui justifieraient la position du Ministre.

[...] L'on soulignera encore que, de manière très étonnante, la conclusion de l'auteur de l'acte attaqué quant au fait que, pour la SA LYRECO BELGIUM, le seul enregistrement auprès de l'AFSCA suffirait, repose sur des vérifications purement orales.

En effet, le pouvoir adjudicateur écrit : « Considérant qu'après (...) avoir vérifié (oralement) auprès de l'AFSCA (...) » (sic.).

Ceci est d'autant plus étonnant que la SA TOPCOFFEE SERVICE – qui, elle, a demandé une réponse écrite à la même question - produit, en annexe au présent recours, un courriel de Monsieur Lambillon, attaché à la Direction générale – Administration du contrôle de l'AFSCA du 19 avril 2016, lequel atteste que : «toute personne qui distribue des denrées alimentaires d'une durée de vie de moins de trois mois au consommateur final doit disposer d'une autorisation» (...).

[...] On soulignera encore à cet égard que, afin de pouvoir bénéficier de la dérogation visée à l'article 3, §3, 2°, de l'arrêté royal du 16 janvier 2006 précité – qui exempte l'établissement de l'obligation de disposer d'une autorisation de l'AFSCA – celui-ci doit cumulativement :

- n'avoir pour activité que la vente au consommateur final de boissons et/ou denrées alimentaires préemballées;

- ne vendre de telles denrées et/ou boissons que si celles-ci ont une période de conservation d'au moins trois mois.

Or, en l'espèce, tout ou partie des denrées et/ou boissons proposées tant par la SA LYRECO BELGIUM que par la requérante ont une durée de conservation inférieure à trois mois.

Dans ce cadre, la question de savoir si ces denrées et/ou boissons sont vendues au consommateur final de celles-ci ou pas est sans le moindre intérêt, dès lors qu'à tout le moins une des conditions requises pour être exempté de l'obligation de disposer d'une autorisation n'est pas remplie. Par ailleurs, à supposer même que la partie défenderesse ne doive en l'espèce pas être considérée comme le client final, cela ne ferait que renforcer encore l'impossibilité pour la S.A. LYRECO BELGIUM de bénéficier de la dérogation susmentionnée.

En conséquence, chacun des soumissionnaires se devait de disposer de l'autorisation AFSCA telle qu'imposée par l'article 3, § 2, de l'AR précité.

[...] En conclusion, il résulte à suffisance de ce qui précède que la SA LYRECO BELGIUM, attributaire du marché public litigieux, doit disposer d'une autorisation de l'AFSCA afin de pouvoir satisfaire aux conditions d'accès du marché et, à tout le moins, attester de l'absence de faute professionnelle grave dans son chef. Or, elle ne dispose que d'un enregistrement auprès de l'AFSCA alors que la SA TOPCOFFEE SERVICE dispose bien de l'autorisation requise.

En conséquence, l'offre de la SA LYRECO BELGIUM doit être écartée par le Ministre et le marché litigieux doit être attribué au second soumissionnaire, la SA TOPCOFFEE SERVICE.

Le moyen est sérieux.

La décision d'attribution du 4 avril 2006 doit partant, être considérée comme illégale et sa suspension doit être ordonnée".

VI. 2. Thèse de la partie défenderesse

La partie défenderesse conclut à l'absence de sérieux du premier moyen de la requête et ce, sur la base de l'argumentation suivante :

- " [...] L'article 3, §§2 et 3, de l'A.R. du 16 janvier 2006 fixant les modalités des agréments, des autorisations et des enregistrements préalables délivrés par l'AFSCA dispose comme suit :

«§ 1^{er}. Un opérateur ne peut exercer les activités visées à l'annexe II dans l'établissement ou à partir de l'établissement que si l'établissement est préalablement agréé par l'Agence.

§ 2. Un opérateur ne peut exercer les activités visées à l'annexe III dans l'établissement ou à partir de l'établissement que (si l'établissement) est préalablement autorisé par l'Agence.»

[...] En matière de distribution de denrées alimentaires, l'annexe II (agrément) de la loi ne reprend aucune activité.

L'annexe III (autorisation) reprend les activités suivantes :

Code	Etablissement	Activités
1.1.	Commerce de détail de denrées alimentaires	Le commerce de détail de denrées alimentaires conformément au Règlement (CE) n° 178/2002, en ce compris les cuisines de collectivités qui ne font que livrer des repas à des établissements qui offrent ces repas au consommateur final.
1.2.	Etablissement pour la production, la transformation et la mise dans le commerce de denrées alimentaires	La production, la transformation et la mise dans le commerce de denrées alimentaires à l'exception de la mise dans le commerce de boissons et/ou de denrées alimentaires préemballées pouvant être conservées sans mesure complémentaire pendant une durée minimale de 3 mois, ainsi que de la mise dans le commerce de denrées alimentaires sans utilisation d'équipement ou d'infrastructure.

[...] La décision litigieuse est motivée comme il suit à cet égard :

«Considérant que le pouvoir adjudicateur a vérifié si les soumissionnaires étaient en ordre, pour leurs activités et en exécution du marché, à l'égard de l'AFSCA, cette vérification s'inscrivant dans le cadre de la vérification de l'absence de faute professionnelle grave;

Considérant qu'après avoir interrogé les soumissionnaires sur leurs activités et leur offre par courrier du 26 février 2016, avoir analysé les renseignements fournis en réponse et avoir vérifié (oralement) auprès de l'AFSCA, le pouvoir adjudicateur en a conclu que les deux soumissionnaires sont organisés différemment tant au regard de leurs activités habituelles qu'au regard de leur offre et que, dans ce cadre, ils sont tous deux en ordre au regard de la réglementation applicable au commerce de denrées alimentaires;

Considérant que tant Lyreco que Top Coffee sont enregistrés auprès de l'AFSCA pour leur unité d'établissement à partir de laquelle ils exercent leur activité de commerce de denrées alimentaires;

Considérant que Top Coffee a par ailleurs fait la preuve qu'il dispose d'une autorisation de l'AFSCA lui permettant, à partir de son unité d'établissement, de valablement développer ses activités de stockage et de manipulation des denrées alimentaires (non emballées) d'une durée de conservation inférieure à 3 mois;

Considérant que pour ce qui concerne Lyreco, son enregistrement est suffisant dans la mesure où celui-ci ne stocke pas, ni ne manipule des denrées alimentaires (non emballées) d'une durée de conservation inférieure à 3 mois. En effet, Lyreco se contente de faire du "trading": il achète ces denrées auprès d'un fournisseur (notamment Trendy Foods, qui dispose d'une autorisation pour le stockage et la manipulation de ce type de denrées) pour les revendre et les livrer à son client final;

Considérant que les précisions apportées par les soumissionnaires relativement à leur situation au regard de l'AFSCA renvoient à une situation préalable à la remise de leur offre. Qu'en apportant ces précisions, les soumissionnaires n'ont pas modifié leur offre respective;

Considérant qu'il en résulte que les deux soumissionnaires sont en ordre tant pour leurs activités habituelles qu'en vue de l'exécution du marché s'il leur est attribué;»

[...] Dans son courriel du 3 mars 2016, Lyreco explique en effet qu'elle ne stocke pas elle-même des denrées alimentaires mais se contente de transporter des denrées stockées chez son fournisseur (habituellement Trendy Foods) et de les livrer à la Région wallonne (ou à d'autres pouvoirs adjudicateurs), qui n'est pas un

consommateur final mais bien un intermédiaire qui, lui, mettra les denrées alimentaires à la disposition de l'utilisateur final (...).

[...] Or, cette activité de transport de denrées n'est ni du «Commerce de détail de denrées alimentaires», ni un «Établissement pour la production, la transformation et la mise dans le commerce de denrées alimentaires».

En soi, le transport simple de denrées alimentaires ou la vente de celles-ci à quelqu'un d'autre qu'au consommateur final n'est pas une activité soumise à autorisation, conformément à la réglementation applicable (A.R. du 16 janvier 2006).

Or, c'est la seule activité qu'exerce Lyreco en l'espèce. Ce sont ses fournisseurs (habituellement Trendy Food) qui ont besoin d'une autorisation.

Contrairement à ce qu'avance la partie requérante (requête, p. 10), ce n'est pas la «mise dans le commerce de denrées alimentaires» qui est soumise à autorisation, mais bien le «commerce de détail» d'une part et «l'établissement pour ... le commerce de denrées alimentaires».

Or, Lyreco, ne fait ni l'un, ni l'autre.

Lyreco ne pratique pas de commerce de détail ni ne délivre de denrées alimentaires aux consommateurs finaux. Elle fait uniquement du commerce de gros et s'adresse dans ce cadre uniquement aux entreprises et pouvoirs publics. En l'espèce, le marché de la Région wallonne vise bien la fourniture de denrées alimentaires (pour certains d'une durée de vie de moins de 3 mois) à la Région wallonne et aux autres pouvoirs publics bénéficiaires qui eux, à leur tour, les fournissent au consommateur final.

Lyreco est donc bien un «trader» au sens défini par l'AFSCA (voir pièce 5 du dossier de la partie requérante, «fiche trader» de l'AFSCA). Par ailleurs, Lyreco ne dispose d'aucun «établissement» pour le commerce de denrées alimentaires. Ce sont ses fournisseurs qui en disposent. Trendy Foods, le fournisseur habituel de Lyreco dispose, pour son établissement de l'autorisation requise.

[...] A l'appui de son argumentation, la SA Lyreco produit un email émanant de Monsieur Lambillon, attaché à la direction générale de l'AFSCA.

Cet email répond à une question du conseil de la SA Top Coffee rédigé comme suit :

« La présente fait suite à l'agréable conversation téléphonique que j'ai eue, ce jour, avec l'une de vos collaboratrice.

Puis-je vous demander de me confirmer, par retour de courriel, qu'une entreprise qui s'approvisionne auprès d'un fournisseur, notamment en denrées alimentaires dont la date limite de consommation est inférieure à trois mois, et livre celles-ci à un consommateur final est bien tenue de disposer d'une autorisation AFSCA en vertu des dispositions réglementaires en vigueur ?

Je vous en remercie grandement d'avance. [...]»

Monsieur Lambillon, qui n'a aucune autorité lui permettant de prendre des décisions au nom de l'AFSCA et qui fournit là un simple renseignement formulé sur base de son appréciation personnelle, répond comme il suit à Me Lorent :

« [...] Toute personne qui distribue des denrées alimentaires d'une durée de vie de plus de 3 mois et pouvant être conservée à température ambiante au consommateur final doit disposer d'un enregistrement.

Toute personne qui distribue des denrées alimentaires d'une durée de vie de moins de 3 mois au consommateur final doit disposer d'une autorisation. [...]»

[...] Non seulement l'avis personnel de Monsieur Lambillon ne peut être considéré comme un document probant en l'espèce mais, en plus, force est de constater que cet avis a été fourni par Monsieur Lambillon sur base d'informations erronées.

En effet, la question posée ne vise pas les activités habituelles de Lyreco ni d'ailleurs celles qu'elle développera dans le cadre du marché litigieux :

- Non seulement Lyreco ne distribue pas de denrées alimentaires au consommateur final
- Mais en outre Lyreco ne stocke pas, ne manipule pas et n'étiquette pas lesdites denrées alimentaires : ces activités sont celles de ses fournisseurs (habituellement Trendy Foods). Elle en prend livraison auprès des établissements autorisés de ses fournisseurs pour les livrer directement à la Région wallonne et aux autres pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires du marché.

En d'autres termes, l'avis de Mr Lambillon n'est pas pertinent au regard des activités développées par Lyreco ni de son offre pour le marché.

Les conclusions de la Région wallonne, telles que reprises dans la décision attaquée, restent donc parfaitement valables et correctes.

[...] L'activité de LYRECO n'est donc pas soumise à autorisation.

Le moyen manque donc en fait.

[...] Du reste, la motivation formulée par la partie adverse dans la DMA est tout à fait adéquate en ce qu'elle explique les motifs pour lesquels Lyreco n'était pas soumise à autorisation.

Non seulement la partie adverse a correctement vérifié si Lyreco était soumis ou pas à autorisation de l'AFSCA, mais en plus le résultat de cette vérification figure adéquatement dans la motivation de la décision litigieuse.

Le premier moyen n'est pas sérieux".

VI. 3. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante considère également que le premier moyen de la requête n'est pas sérieux et fait valoir à cet effet les arguments suivants :

" [...] La partie requérante emprunte son premier moyen à la violation alléguée de l'article 3, §§ 2 et 3, de l'arrêté royal du 16 janvier 2006 fixant les modalités des agréments, des autorisations et des enregistrements préalables délivrés par l'Agence fédérale pour la Sécurité de la Chaîne alimentaire (ci-après : l'AFSCA).

L'article précité dispose ce qui suit:

«Art. 3
§ 1^{er}. (...).

§ 2. Un opérateur ne peut exercer les activités visées à l'annexe III dans l'établissement ou à partir de l'établissement que si l'établissement est préalablement autorisé par l'Agence.

§ 3. Par dérogation aux §§ 1^{er} et 2, le présent article ne s'applique pas:

- 1° aux établissements qui n'offrent que des chambres avec petit déjeuner;
- 2° aux établissements ayant comme seule activité la vente au consommateur final de boissons et/ou de denrées alimentaires préemballées qui, sans aucune mesure supplémentaire, ont une période de conservation d'au moins trois mois;
- 3° aux établissements pour l'approvisionnement direct, par le producteur primaire, de l'utilisateur ou du consommateur final de produits primaires non transformés, y compris les activités nécessaires pour conserver ces produits primaires dans de bonnes conditions;
- 4° [...];
- 5° aux fermes pédagogiques reconnues à cette fin par la réglementation des Régions et des Communautés;
- 6° aux installations détenant des animaux aquatiques sans intention de les mettre sur le marché;
- 7° aux pêcheries récréatives avec repeuplement.

§ 4. (...)».

Le moyen dans lequel il est également renvoyé à la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs et le principe d'égalité entre soumissionnaires, du respect du droit de la concurrence, du principe général de prudence, de l'absence d'examen sérieux, de l'absence d'exercice effectif du pouvoir d'appréciation, revient à dire en l'espèce que la partie défenderesse penserait à tort dans le cas présent que Lyreco Belgium est en ordre pour ce qui concerne la réglementation applicable au commerce de denrées alimentaires attendu qu'elle a déposé aucune autorisation [sic] sur base de laquelle elle est mandatée par l'AFSCA pour mettre sur le marché des denrées alimentaires avec une durée de conservation de moins de 3 mois.

D'après la partie requérante, une telle autorisation serait toujours exigée attendu que les activités de Lyreco ne peuvent pas être considérées comme «trading» (comme défini par l'AFSCA) attendu que :

- préalablement à la livraison de ces denrées alimentaires Lyreco Belgium devrait en tout cas stocker ces biens et en tout cas entrer en possession physique de ces denrées;
- Lyreco Belgium ne fait pas appel à l'exception reprise dans l'article 3, § 3, 2°, de l'A.R. du 16 janvier 2006.

[...] Conformément à l'article 3 § 2, de l'A.R. du 16 janvier 2006 un opérateur peut seulement exercer des activités comme indiqué dans l'annexe III dans ou de son établissement à condition d'une autorisation préalable de cet établissement par l'Agence.

Mettre dans le commerce des denrées alimentaires avec une durée de conservation de moins de 3 mois est sur base de cet article par conséquent seulement soumis à l'autorisation de l'AFSCA lorsque cette activité est reprise dans l'annexe III de l'A.R. du 16 janvier 2006.

L'annexe III de l'A.R. du 16 janvier 2006 contient les activités ci-après citées qui ont trait aux denrées alimentaires :

«1. Denrées alimentaires

Code	Etablissement	Activités
------	---------------	-----------

1.1.	Commerce de détail de denrées alimentaires	Le commerce de détail de denrées alimentaires conformément au Règlement (CE) n° 178/2002, en ce compris les cuisines de collectivités qui ne font que livrer des repas à des établissements qui offrent ces repas au consommateur final.
1.2.	Etablissement pour la production, la transformation et la mise dans le commerce de denrées alimentaires	La production, la transformation et la mise dans le commerce de denrées alimentaires à l'exception de la mise dans le commerce de boissons et/ou de denrées alimentaires préemballées pouvant être conservées sans mesure complémentaire pendant une durée minimale de 3 mois, ainsi que de la mise dans le commerce de denrées alimentaires sans utilisation d'équipement ou d'infrastructure

».

Il ressort de cette énumération, plus particulièrement du point 1.2., que mettre dans le commerce des denrées alimentaires avec une durée de conservation de moins de 3 mois n'est pas soumis à une autorisation lorsque cela se passe sans utilisation d'équipement ou d'infrastructure.

[...] La partie requérante se trompe lorsqu'elle estime que la manière de travailler de Lyreco Belgium exigerait dans tous les cas qu'elle stockerait les biens préalablement à la livraison.

Lyreco dispose d'un système SAP, dans lequel il existe la possibilité de caractériser de différentes manières les produits. Cette typologie détermine (en cas de commande) de quelle manière on traite un produit. Les denrées dont la durée de conservation est de moins de 3 mois sont gérées comme « un catalogue de produits sans stock » sur base d'un numéro de référence spécifique dans le système SAP de Lyreco.

Grâce à cela le produit peut être consulté par exemple sur le site internet, mais il n'y a pas de magasin spécifique, ni de stockage de ce produit. Ces produits sont commandés chez le fournisseur au moment où Lyreco reçoit elle-même une commande pour ces produits. C'est donc le fournisseur qui s'occupe de la manipulation des produits commandés et qui se charge de la livraison de ceux-ci à Lyreco le jour +1, pour être de là directement livré au commandeur final. Cette livraison n'est pas influencée par, par exemple, d'autres « produits standards » commandés en même temps dans le catalogue. Ces produits sont livrés séparément.

Lyreco Belgium ne stocke dès lors aucune denrée alimentaire en gestion propre avec une durée de conservation de moins de 3 mois. Elle se limite à offrir sur le marché des produits et donc à mettre sur le marché sur base du système du cross docking par lequel son fournisseur s'occupe du stockage et de la manipulation des produits concernés. Lyreco Belgium se limite à acheter les produits concernés chez son fournisseur et Lyreco Belgium livre par conséquent lui-même les produits à ces clients.

La partie défenderesse a donc, à bon droit, estimé que «pour ce qui concerne Lyreco, son enregistrement est suffisant dans la mesure où celui-ci ne stocke pas, ni ne manipule des denrées alimentaires (non emballées) d'une durée de conservation inférieure à 3 mois».

[...] Ceci n'est pas compromis par la constatation que Lyreco Belgium entre en possession physique des biens lorsqu'elle les livrent à ses clients. La partie intervenante remarque d'abord que l'exception comprise dans le point 1.2 de l'A.R. du 16 janvier 2006 est seulement exigée pour la mise sur le marché de biens qui se

se passe sans utilisation d'équipement ou d'infrastructure. Le législateur n'a par conséquent pas exigé que l'opérateur à aucun moment [n']entrerait en possession physique de ses biens.

Cela ressort d'ailleurs de la définition qui est donnée par l'AFSCA au mot « trader ». La fiche des activités éclaire que le trading – commerce sans la possession physique des produits – est compris comme c'est également développé par la partie défenderesse dans sa décision contestée, plus particulièrement la commercialisation des produits sans disposer d'une infrastructure et sans manipuler les produits ou l'étiquetage.

La livraison de biens ne peut en aucun cas être considérée comme de la manipulation de produits et/ou de leurs étiquetages ; sur ce point il est également satisfait aux conditions réglementaires.

[...] L'email de monsieur Eric Lambillon de l'AFSCA ne contredit en rien cela attendu que la SA Topcoffee Service a posé une question à monsieur Lambillon qui dans le cas présent est sans importance.

Il ne s'agit d'ailleurs pas de savoir si une autorisation est nécessaire (considéré dans son ensemble) pour la distribution des denrées alimentaires d'une durée de vie de moins de trois mois au consommateur final, mais il s'agit de savoir si Lyreco sur base de la manière dont elle travaille peut être considérée comme trader pour l'activité concernée pour qui alors un simple enregistrement est nécessaire.

[...] La décision contestée n'est pas motivée sur base de la [dérogation] prévue dans l'article 3, § 3, 2°, de l'AR du 16 janvier 2006 précité. Que dans le cas présent il n'est pas satisfait aux conditions d'application pour cette exception, cela n'implique pas que la mise sur le marché de denrées alimentaires ayant une durée de conservation de moins de 3 mois est soumise à autorisation dans chaque cas.

Conclusion : Par conséquent la S.A. Lyreco Belgium ne doit pas disposer d'une autorisation propre de l'AFSCA pour la mise dans le commerce de biens dont la durée de conservation est de moins de 3 mois sur base de la manière spécifique dont elle travaille.

[...] Sur ce point la motivation de la décision contestée ne peut pas être considérée comme obscure ou en contradiction avec le prescrit des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

La partie requérante reprend seulement une partie de la motivation développée par la partie défenderesse et méconnaît la poursuite de l'élaboration de l'alinéa en question dans les alinéas suivants de la décision contestée.

Par conséquent il est satisfait à l'obligation de motivation formelle.

En tout cas la motivation reprise par la partie défenderesse ne peut pas être considérée comme obscure attendu que la partie requérante pour le développement de son premier moyen a bien dû pouvoir déduire quels étaient les éléments qui ont été pris en compte par la partie défenderesse pour conclure que « les deux soumissionnaires sont organisés différemment tant au regard de leurs activités habituelles qu'au regard de leur offre ».

[...] En ordre subsidiaire – dans la mesure où votre Conseil devrait être d'avis que Lyreco Belgium doit disposer d'une autorisation pour l'activité en question – la partie requérante en déduit, à tort, que l'absence de cette autorisation ne permettrait pas à Lyreco Belgium d'avoir un droit d'accès au marché en question.

Elle pense également à tort que Lyreco Belgium devrait au moins pouvoir démontrer qu'elle n'a pas commis de faute sérieuse dans l'exercice de son activité

professionnelle et que par ne contredit pas cela [sic], conséquent [sic] l'offre de Lyreco Belgium devrait être rejetée et que le marché pour le lot 1 doit être attribué à la partie requérante.

Lyreco Belgium souligne en premier lieu que l'exigence de disposer de l'enregistrement nécessaire, autorisation et/ou reconnaissance de l'AFSCA est dans le cas présent qualifié à tort comme étant un aspect du droit d'accès. Cette condition n'est pourtant pas reprise dans le cahier des charges, ni comme clause d'exclusion obligatoire, ni comme clause d'exclusion facultative.

Il n'est pas non plus démontré que l'absence de l'autorisation en question, dans le cas présent dans le chef de Lyreco Belgium, doit être considérée comme une faute grave dans l'exercice de ses activités professionnelles.

Votre Conseil a déjà jugé dans le passé que le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation, tant pour qualifier les faits dont il a connaissance au regard de la notion de « faute grave », au sens de la disposition précitée, que pour choisir d'exclure le candidat concerné, en conséquence de cette faute. En outre, la constatation de l'existence d'une « faute grave » impose au pouvoir adjudicateur d'effectuer une appréciation concrète et individualisée de l'attitude du candidat, appréciation dont les termes doivent apparaître à la lecture de la décision d'exclusion (C.E. nr. 225.234, 24 octobre 2013).

Il ne peut pas être déduit, de l'absence de l'autorisation en question, une faute grave dans le chef de Lyreco Belgium.

Il ressort des pièces déposées avec la réponse de Lyreco à la lettre de la partie défenderesse d.d. 26 février 2016 qu'elle souhaite se conformer complètement aux prescrits de l'A.R. du 16 janvier 2016 attendu qu'elle dispose d'un enregistrement auprès de l'AFSCA. Qu'elle n'a pas d'autorisation pour les activités dont elle pensait sans mauvaise foi ou négligence grossière qu'elles n'étaient pas soumises à une autorisation de l'AFSCA, n'est pas contredit. Ceci vaut d'autant plus attendu que dans le cas présent la confiance légitime de Lyreco fût confirmée par téléphone à la partie défenderesse auprès de l'AFSCA sur base duquel la partie défenderesse a décidé que Lyreco Belgium n'avait pas besoin d'autorisation pour ses activités comme trader comme indiqué dans le mail du 3 mars 2016 « dans la mesure où celui-ci ne stocke pas, ni ne manipule des denrées alimentaires (non emballées) d'une durée de conservation inférieure à 3 mois ».

La partie requérante est un peu rapide dans les conclusions qu'elle tire – puisque même dans la mesure où l'absence d'autorisation dans le chef de Lyreco Belgium devait être considérée comme une faute grave – cette faute n'implique pas immédiatement que la partie défenderesse devait rejeter l'offre de Lyreco Belgium.

Attendu que cela concerne une clause d'exclusion facultative, la partie défenderesse peut mais ne doit pas rejeter l'offre, pour le cas où elle constaterait une faute grave.

Au contraire la décision d'exclure devra toujours être prise et motivée sur base d'un jugement concret et individualisé du comportement du candidat.

La partie requérante déduit par conséquent à tort que la partie défenderesse doit dans tous les cas rejeter l'offre de Lyreco Belgium.

Il en ressort que, dans le cas présent, on ne peut constater avec certitude que le lot 1 du marché susmentionné aurait dans tous les cas été attribué à la S.A. Top coffee.

Le premier moyen n'est pas sérieux, aussi bien à l'égard de la première comme à l'égard de la deuxième décision contestée".

VI. 4. Arguments des parties à l'audience

A l'audience, la requérante observe tout d'abord que l'allusion à une simple vérification orale auprès de l'AFSCA, dont on ne retrouve par ailleurs aucune trace dans le dossier administratif déposé par la partie défenderesse, ne suffit manifestement pas à attester de la régularité de la soumission de la partie intervenante. Il en va de même de la simple affirmation dans la décision formelle de la décision attaquée, elle non plus non étayée au regard du dossier administratif, selon laquelle le pouvoir adjudicateur aurait conclu que les deux soumissionnaires sont organisés différemment tant au regard de leur activités habituelles qu'au regard de leur offre et que, dans ce cadre, ils sont tous deux en ordre au regard de la réglementation applicable au commerce de denrées alimentaires. La requérante fait, au contraire, valoir que les deux sociétés ne sont, en réalité, pas organisées de manière différente mais fonctionnent bien de la même manière en ce sens qu'il y a, dans les deux situations, possession et manipulation des produits à livrer. Elle rappelle par ailleurs que, selon la définition même donnée par l'AFSCA, la notion de "trading" implique un commerce "sans possession physique" des produits. Or, tel n'est pas le cas de la société anonyme LYRECO BELGIUM qui n'est pas une simple centrale téléphonique. Au contraire, et comme cela ressort tant de la requête en intervention que des débats à l'audience, cette dernière entre, à tout le moins, fût-ce pour un temps très court en possession physique des produits et les manipule, même si ces produits se trouvent dans des contenus fermés, puisqu'il apparaît que ces contenus lui sont déposés, après commande, par TRENDY FOODS et qu'ils sont ensuite rechargés, fût-ce instantanément, dans des camions appartenant à la société anonyme LYRECO BELGIUM et ce, pour être ensuite "directement" livrés par celle-ci au commanditaire. Pour la requérante, une telle activité de distribution est bien soumise à autorisation, comme le confirme le courriel qui lui a été adressé par un membre de l'AFSCA, et la notion de "consommateur final" importe peu, car c'est dans le cadre de la dérogation prévue par le § 3 de l'article 3 de l'arrêté royal du 16 janvier 2006 fixant les modalités des agréments, des autorisations et des enregistrements préalables délivrés par l'Agence fédérale pour la Sécurité de la Chaîne alimentaire que cette notion intervient, alors que cette dérogation n'est précisément pas invoquée ni par la partie défenderesse ni par la partie intervenante, ainsi que celles-ci l'ont confirmé de manière expresse à l'audience.

Pour la partie défenderesse, ce sont bien les établissements dans lesquels ou à partir desquels se développent les activités qui doivent être agréés ou autorisés, et non les entreprises elles-mêmes. Or ici, compte tenu de la manière dont travaille la société anonyme LYRECO BELGIUM, on ne se trouve pas dans l'hypothèse du code 1.2. prévue par l'annexe III de l'arrêté royal du 16 janvier 2006, car il n'y a pas ni

production, ni transformation, ni, plus spécifiquement, mise dans le commerce des denrées alimentaires telles celles visées par le marché. En effet, il n'y a pas de constitution de stocks, contrairement à ce qui se passe chez la requérante, il n'y a pas de manipulation des denrées alimentaires et pas non plus de "mise dans le commerce" au sens de ce code, dès lors que la société anonyme LYRECO BELGIUM se contente de réceptionner et de transporter les boîtes contenant ces denrées sans "manipulation" ni "traitement". Il n'est par ailleurs pas besoin de recourir aux dérogations prévues par l'article 3, § 3, de l'arrêté royal du 16 janvier 2006 et il est parfaitement possible de recevoir des produits emballés dans des contenus différents en provenance de différents fournisseurs et prêts à être livrés sans nouvelle "manipulation" de ces contenus. La partie défenderesse fait encore valoir que la situation de la société anonyme LYRECO BELGIUM n'est, en fin de compte, pas vraiment différente de celle de Bpost ou d'une distribution de produits via des points "kiala".

La partie intervenante met l'accent sur ce que le système SAP mis au point permet la gestion d'un catalogue de produits sans stock : une commande est passée auprès d'elle après consultation du catalogue; le fournisseur prépare la commande qui lui a été transmise par ses soins; elle livre ensuite elle-même les produits commandés sans "stockage" ni "manipulation". Les seules opérations concrètes auxquelles elle se livre sont le transport et la livraison de la commande au client.

Après avoir observé que ce qui est dit en termes de plaidoiries ne correspond pas au dossier administratif, la requérante maintient que la société anonyme LYRECO BELGIUM est bien, à un moment donné, en possession physique des denrées alimentaires à livrer, ce qui suffit à justifier la nécessité d'une autorisation préalable délivrée par l'AFSCA. Elle se pose également la question de savoir pourquoi la partie défenderesse n'a finalement pas procédé à la publication d'un avis rectificatif du marché, ainsi que cela lui avait pourtant été annoncé.

Au cours des débats, parfois animés, à l'audience, la requérante, d'une part, et les autres parties, d'autre part, se sont par ailleurs longuement opposées quant à la portée qu'il convient de donner, d'une part, à l'article 3 de l'arrêté royal du 16 janvier 2006 et à son annexe III, et, d'autre part, à la notion de "trading" telle que développée dans la fiche technique de l'AFSCA (ACT017). La partie intervenante a, de même, reconnu qu'elle dispose d'un enregistrement PR57 comme grossiste (soit la fiche ACT360), mais pas d'un enregistrement PR126 comme "trader" (soit la fiche ACT17), au sens de la réglementation applicable en la matière. Elle a de même fait valoir qu'elle n'a connu aucun problème avec l'AFSCA et ce, depuis qu'elle a obtenu son enregistrement PR57.

IV. 5. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort tout d'abord des pièces qui figurent au dossier administratif déposé par la partie défenderesse que la partie intervenante ne dispose de son enregistrement PR57 que depuis le 24 novembre 2015, soit après même la date de la séance d'ouverture des offres. Il s'ensuit que l'affirmation de la partie intervenante selon laquelle elle n'aurait jamais eu de problème avec l'AFSCA quant à l'absence d'une éventuelle autorisation PR52 (soit la fiche technique ACT342) n'est pas un élément qui suffit à justifier, en soi, la pertinence de la position adoptée par la partie défenderesse quant à la nécessité d'être ou non en la possession d'une telle autorisation pour pouvoir exécuter le marché public litigieux.

Il apparaît ensuite à l'évidence, tant du dossier administratif déposé par la partie défenderesse que de sa note d'observations et des débats à l'audience, que celle-ci n'avait pas pris conscience, lorsqu'elle a rédigé et diffusé les documents du marché, de ce que les soumissionnaires éventuels devraient être en ordre par rapport à la législation fédérale en matière d'agrément, d'autorisations et/ou d'enregistrements préalables à délivrer par l'AFSCA. La partie défenderesse ne semble s'être rendu compte de cette nécessité qu'après que son attention ait été attirée sur ce point à la suite du courrier adressé en ce sens par la requérante en date du 24 février 2016. Cela ressort encore de la motivation formelle proprement dite de la décision attaquée, de laquelle il ressort qu'il a finalement été opéré à ce contrôle "dans le cadre de la vérification de l'absence de faute professionnelle grave" et ce, en application des articles 59, 1°, et 96, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Compte tenu de cette relative ignorance au sujet de cette législation, on pouvait s'attendre à ce que la motivation, tant formelle que matérielle, de la décision attaquée fasse clairement ressortir que la partie défenderesse avait pris toutes les précautions d'usage avant de se prononcer sur la portée exacte de cette législation fédérale et de considérer qu'une autorisation PR52 n'était pas requise dans le chef des soumissionnaires avant de procéder plus avant à l'analyse des offres. Or, tel n'a manifestement pas été le cas en l'espèce.

En effet, il est tout d'abord fait état, dans la motivation formelle de la décision attaquée, de ce que le pouvoir adjudicateur a conclu, après avoir analysé les renseignements fournis en réponse à sa demande d'information et avoir vérifié (oralement) auprès de l'AFSCA, que "les deux soumissionnaires sont organisés différemment tant au regard de leurs activités habituelles qu'au regard de leur offre et que, dans ce cadre, ils sont tous deux en ordre au regard de la réglementation applicable au commerce de denrées alimentaires". Aucune explication n'est cependant apportée dans cette motivation quant aux éléments de fait précis sur lesquels la partie défenderesse se serait appuyée pour poser cette affirmation. Rien ne transparaît non

plus à ce sujet dans le dossier administratif déposé et il ressort, tant de la note d'observations que de la requête en intervention et des débats à l'audience, qu'il a été fait état à ce sujet par la partie défenderesse et par la partie intervenante d'éléments qui ne ressortent nullement du dossier administratif et qui se révèlent parfois contradictoires. Ainsi, la partie défenderesse fait état, dans sa note d'observations, d'une simple activité de transport et de livraison dans le chef de la société anonyme LYRECO BELGIUM et ce, "directement" à partir des installations de TRENDY FOODS, alors que la partie intervenante déclare qu'elle reçoit de son fournisseur les produits commandés au jour J+1 de la commande, pour ensuite les charger dans ses propres camions et les livrer au commandeur final. A la lumière de ces précisions, qui ne figurent ni dans la motivation formelle de la décision contestée ni dans le dossier administratif, il y a lieu de considérer *prima facie*, au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, que la motivation, tant formelle que matérielle, de la décision d'attribution fait défaut sur ce premier point.

Il est ensuite fait état, toujours dans la motivation formelle de la décision contestée, de ce qu'une autorisation PR52 n'est pas requise dans le chef de la société anonyme LYRECO BELGIUM du fait que "Lyreco se contente de faire du «trading» : il achète ces denrées auprès d'un fournisseur (notamment Trendy Foods, qui dispose d'une autorisation pour le stockage et la manipulation de ce type de denrée) pour les revendre et les livrer à son client final". Ici encore, rien dans le dossier administratif ne fait ressortir les éléments de fait précis sur lesquels la partie défenderesse se serait fondée pour en arriver à cette conclusion. Or, comme l'observe la requérante, la fiche technique ACT017 de l'AFSCA définit l'activité de "trader" comme étant le "Commerce sans possession physique des produits", laquelle activité doit faire l'objet d'un enregistrement PR126 auprès de l'AFSCA. Il est, en outre, précisé, dans cette fiche technique, qu' "[U]n trader est un opérateur qui commercialise des produits sans disposer (louer une infrastructure est considéré comme en disposer) d'une infrastructure, et ne manipule ni les produits ni l'étiquetage. C'est en général l'unique activité de l'opérateur". De même, tant la fiche technique ACT342 de l'AFSCA que la fiche ACT360 font toutes deux état de ce que ni l'enregistrement PR57 ni l'autorisation PR52 ne couvrent "les traders (commerce sans possession physique), voir combinaison Lieu-Activité-Produit PL82AC108PR126 trader (voir fiche ACT017)". Dans ces conditions et compte tenu de ce qu'il est apparu des débats que la partie intervenante entre à tout le moins en possession physique des denrées alimentaires à livrer et les détient chez elle, fût-ce pour une période très limitée de temps, il y a, de nouveau, lieu de considérer *prima facie*, au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, que la motivation, tant formelle que matérielle, de la décision d'attribution fait également défaut sur ce second point.

Compte tenu du vice de motivation qui affecte ainsi la décision contestée, une simple allusion, dans la motivation formelle de cette décision, à un contact verbal avec l'AFSCA, préalablement à la prise de décision, dont par ailleurs on ne retrouve aucune trace dans le dossier administratif, ne suffit manifestement pas à établir le bien-fondé de la décision. Il en va d'autant plus ainsi, d'une part, que la requérante, même si la pertinence de celui-ci est contesté par les parties adverse et intervenante, produit un courriel émanant d'un membre de l'AFSCA et dans lequel ce membre atteste du fait que "toute personne qui distribue des denrées alimentaires d'une durée de vie de moins de trois mois au consommateur final doit disposer d'une autorisation" et que, d'autre part, la partie intervenante a expressément reconnu à l'audience ne pas être enregistrée comme "trader" (PR126) auprès de l'AFSCA.

La comparaison à laquelle procède par ailleurs la partie défenderesse avec les activités de Bpost ou les points de distribution "kiala" n'apparaît enfin pas pertinente, du fait qu'il ne peut être considéré qu'il s'agit, ici aussi, d'activités de "trading" au sens défini par l'AFSCA. Ni Bpost ni les points "kiala" ne "commercialisent" en effet, pour leur propre compte, des produits et, *a fortiori*, des denrées alimentaires d'une durée de conservation inférieure à trois mois.

La partie intervenante semble également faire valoir dans sa requête la circonstance que, à supposer même qu'il devrait être considéré qu'elle devrait bénéficier d'une autorisation préalable pour l'activité en question, l'intérêt au moyen dans le chef de la requérante peut être mis en question. En effet, après avoir relevé que cette exigence d'autorisation ne figure pas dans les documents du marché, la partie intervenante considère que cette absence d'autorisation dans son chef devrait encore pouvoir être dûment considérée comme une faute grave dans l'exercice de ses activités professionnelles, ce qu'elle conteste. Pour la partie intervenante, dès lors que cela concerne une clause d'exclusion facultative du marché et que cette faute, même avérée, n'impliquerait pas immédiatement que la partie défenderesse devrait rejeter son offre, une décision de l'exclure du marché devrait toujours être prise et motivée sur la base d'un jugement concret et individualisé de son comportement, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Il convient toutefois d'observer à ce sujet que la question d'une éventuelle exclusion de la partie intervenante du marché ne se posera qu'après qu'il aura, sur la base d'une motivation, tant formelle que matérielle, adéquate, été pris position par la partie défenderesse et ce, dans le respect de son devoir de minutie, sur la question de savoir si l'activité de la partie intervenante doit ou non faire l'objet d'une autorisation PR57 ou d'un enregistrement PR126 préalable dans son chef. Tant que cette question préalable n'a pas été tranchée, celle de la justification adéquate d'une éventuelle décision subséquente d'exclusion ou de non exclusion du marché est prématurée. A ce

stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, le Conseil d'Etat ne pourrait donc pas se prononcer sur cette question subséquente sans substituer sa propre appréciation à celle de la partie défenderesse. Il n'y a, en conséquence, pas lieu de faire droit à l'exception d'irrecevabilité au recours soulevée par la partie intervenante.

Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que le premier moyen de la requête est sérieux, en ce qu'il invoque tant une violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs que l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation et l'absence d'exercice effectif du pouvoir d'appréciation dans le chef de la partie défenderesse.

Il n'y a, en conséquence, pas lieu d'examiner, au stade de la suspension d'extrême urgence, les autres moyens de la requête, lesquels ne sont pas de nature à conduire à une suspension plus étendue de la décision d'attribution du marché.

V. CONFIDENTIALITE

La partie adverse, sans formuler expressément de demande de confidentialité, ni même les recenser dans l'inventaire de son dossier administratif, a déposé les offres des différents soumissionnaires à titre confidentiel sur la plate-forme électronique du Conseil d'Etat.

La partie requérante a déposé à titre confidentiel son offre en annexe portant le numéro 3 de sa requête sur la plate-forme électronique du Conseil d'Etat.

Ces différentes pièces contenant les offres des soumissionnaires sont tenues pour confidentielles.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme LYRECO BELGIUM dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision du 4 avril 2016 par laquelle la Région Wallonne, attribue le lot 1 du marché de services relatif à la fourniture de boissons, denrées et articles d'appoint à usage unique, régi par le cahier spécial des charges n° T2.05.01 15C51

Article 3.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 4.

L'annexe 3 à la requête et les pièces du dossier administratif contenant les offres des soumissionnaires, sont tenues pour confidentielles.

Article 5.

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 6.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le sept juin deux mille seize par :

M.	Jacques JAUMOTTE,	Président de chambre.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Jacques JAUMOTTE.