

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

A R R Ê T

n° 241.771 du 13 juin 2018

A. 225.163/VI-21.242

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée
ASSOCIATION POUR LA CRÉATION
D'ATELIERS ADAPTÉS DANS LA RÉGION
DU CENTRE,**
ayant élu domicile chez
M^e Frédéric VAN DEN BOSCH, avocat,
rue de la Procession 25
1400 Nivelles,

contre :

1. **la société anonyme SOCIÉTÉ DE
RECONVERSION DES SITES INDUSTRIELS
DE CHARLEROI**, en abrégé SORESIC S.A.,
2. **la société coopérative à responsabilité limitée
L'INTERCOMMUNALE POUR LA GESTION ET
LA REALISATION D'ETUDES TECHNIQUES
ET ECONOMIQUES**, en abrégé IGRETEC,

ayant toutes deux élu domicile chez
M^{es} Jean BOURTEMBOURG et
Nathalie FORTEMPS, avocats,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 11 mai 2018, la société coopérative à responsabilité limitée ASSOCIATION POUR LA CRÉATION D'ATELIERS ADAPTÉS DANS LA RÉGION DU CENTRE demande l'annulation ainsi que la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la "décision d'attribution prise par le Conseil d'administration du 26 avril 2018, visant un marché de service n° 2017-082 (dossier n° 56950), pour l'entretien des surfaces non bâties (espaces verts et dégagements) du site industriel située à 6041 Gosselies, Avenue des États-Unis, n° 1, prise par les parties adverses, par laquelle :

- l'offre de la requérante a été déclarée irrégulière;
- le marché précité a été attribué à un autre soumissionnaire".

II. Procédure

Par une ordonnance du 15 mai 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 1^{er} juin 2018.

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

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

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Luca CECI, *loco* M^e Frédéric VAN DEN BOSCH, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Nathalie FORTEMPS, avocat, comparaisant pour les parties adverses, ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent JANS, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu 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. Faits

La requérante expose comme suit les faits de la cause :

- " [...].
La requérante est une entreprise de travail adapté. Depuis 2005, elle a toujours disposé des agréments nécessaires aux entreprises de travail adapté [...].
[...].
Le 20 décembre 2017, une décision ministérielle a octroyé à la requérante un agrément à durée déterminée, pour un an, prenant cours le 27 novembre 2017.
Dans cette décision ministérielle, il était précisé que le service d'Audit et de Contrôle de l'Agence avait relevé que des normes ne seraient pas respectées par la requérante, à savoir :
- «Absence d'un système d'évaluation du personnel. La mise en place d'un accompagnement personnalisé pour la bonne intégration de chaque travailleur est à prévoir, de même qu'un mécanisme d'auto-évaluation et d'évaluation de la qualité permettant à l'ETA de mesurer ses performances sociales (cfr. Art. 992, point 3 et art. 87, point 5 du CWASS);
 - Le non-respect de nombre de jours de formation suivis par le personnel de cadre. Il est rappelé au service qu'il peut avoir recours à des formations externes et autres que celles proposées par l'Agence;

- L'absence d'un rapport global économique et financier des activités, complété d'un plan de gestion dans le cas d'un mali d'exploitation et d'un plan de reconversion dans les secteurs déficitaires dans le cas de 2 malis d'exploitations consécutifs (cfr. Art. 992, point 11 du CWASS). Un plan de reconversion a été demandé par le service DRAEF le 19 octobre dernier avec comme date d'échéancier le 22 décembre 2017».

C'est en raison de ces éléments que la requérante n'a reçu qu'un agrément à durée déterminée d'un an; la décision précitée stipulant qu'à l'issue de cette période d'un an, la requérante devra s'être mise en conformité au niveau des normes non respectées précitées et avoir mis en œuvre les actions du plan de redressement détaillé qu'elle aura présenté début 2018 à l'AVIQ.

La requérante a dès lors entrepris les démarches nécessaires afin de régulariser sa situation et d'obtenir un agrément à durée indéterminée (cf. infra, [...]).

[...].

Le 14 février 2018, les parties adverses ont publié un avis de marché portant sur la passation par procédure ouverture d'un marché public concernant l'entretien des surfaces non bâties (espaces verts et dégagements) du site industriel situé à 6041 Gosselies, Avenue des États-Unis, n° 1 (marché n° 2017/082 - dossier n° 56950), pour une durée de 6 mois, renouvelable tacitement pour la même durée, sur un maximum de 3 ans, soit 5 reconductions possibles [...].

Un cahier spécial des charges a été établi en ce sens [...].

[...]

Ce marché a été réservé à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées.

En ce sens, le cahier spécial des charges précise que les soumissionnaires devaient joindre à leur offre «les documents attestant de [leur] reconnaissance en tant qu'entreprise d'économie sociale d'insertion au sens de la loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 ou, dans le cas d'une offre déposée par une société issue d'un autre état membre, la preuve qu'elle remplit des conditions équivalentes dans son état d'origine pour autant que ces conditions soient légalement encadrées» [...].

Notons que le cahier spécial des charges n'impose aucune exigence particulière quant à la nature des documents à fournir pour démontrer la qualité d'entreprise d'économie sociale d'insertion.

[...].

Le 23 mars 2018, la requérante a déposé une offre pour le marché public en cause [...].

La requérante a joint à son offre la décision ministérielle précitée du 20 décembre 2017, démontrant son agrément en qualité d'entreprise de travail adapté jusqu'au 27 novembre 2018 (soit pour une durée couvrant la première période de 6 mois du marché).

[...].

Notons de plus que l'offre de la requérante était l'offre la moins-disante, dès lors que le seul critère d'attribution fixé était le prix.

[...].

Par une «décision d'attribution prise par le Conseil d'administration du 26 avril 2018», l'offre de la requérante a été déclarée irrégulière - ce qui l'a empêchée d'obtenir le marché en cause bien qu'ayant remis l'offre la moins-disante - et le marché a été attribué à un autre soumissionnaire.

Il s'agit de l'acte attaqué, dont seuls les motifs suivants ont été communiqués à la requérante :

« Le soumissionnaire joint à son offre la décision du Ministre de l'Action sociale de lui octroyer un agrément à durée déterminée d'une durée d'un an à dater du 27 novembre 2017. À l'issue de ce délai, l'ETA devra s'être mise en conformité au niveau des normes non respectées précitées dans la décision et avoir mis en œuvre les actions du plan de redressement détaillé qu'elle aura présenté début 2018 à l'AVIQ.

Cette attestation à durée limitée constitue une irrégularité de l'offre.

L'agrément temporaire de la société ainsi que l'incertitude quant au renouvellement de celui-ci rendent incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues pendant toute sa durée.

Dès lors, conformément à l'article 76 de l'AR du 18 avril 2017, cet agrément temporaire constitue une irrégularité substantielle qui emporte la nullité de l'offre.

À noter que le soumissionnaire a également joint une attestation émanant du SPF Emploi, Travail et concertation sociale déclarant que l'employeur Eugène DENEYER entre dans le champ d'application de l'article 1^{er}, §1^{er}, 1^o de l'AR du 3 mai 1999 portant exécution de l'article 7 §1^{er}, alinéa 3 de l'Arrêté-loi du 28/12/1944 concernant la sécurité des travailleurs relatif à l'insertion des chômeurs très difficile à placer. Cette attestation est valable du 16/12/2009 pour une durée illimitée.

Cette attestation vise à permettre à un employeur de bénéficier des avantages décrits dans l'AR du 3 mai 1999 et les employeurs visés par cet arrêté sont :

1^o les ateliers sociaux appartenant à la Commission paritaire pour les entreprises de travail adapté et les ateliers sociaux;

2^o les employeurs visés à l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 30 mars 1995 portant exécution du chapitre II du titre IV de la loi du 21 décembre 1994 portant des dispositions sociales aux entreprises d'insertion;

3^o les employeurs organisant des initiatives d'économie sociale et d'insertion visées à l'article 59, alinéa 1^{er} de la loi du 26 mars 1999.

Il apparaît donc que pour bénéficier de ces avantages, l'employeur doit faire partie d'une des 3 catégories ci-dessus, dont celle exigée par le CSCH.

Cette attestation n'apporte donc pas la preuve que le soumissionnaire est bien agréé conformément aux exigences définies dans le CSCH pour toute la durée du marché et n'influence donc pas la décision prise par le Pouvoir adjudicateur» [...].

[...].

Par une décision ministérielle du 9 mai 2018, le Ministre a confirmé que le service d'Audit et de Contrôle de l'Agence avait constaté, lors de sa visite du 7 mai 2018, que les éléments qui avaient justifié la limitation de l'agrément de la requérante avaient bien été corrigés ou étaient en cours de réalisation [...].

Sur cette base, il a été constaté que «plus rien ne s'oppose à une levée de la limitation d'agrément».

Partant, il a été décidé d'annuler et de remplacer la décision ministérielle précitée du 20 décembre 2017 octroyant un agrément à durée limitée d'un an à la requérante et d'accorder à la requérante un agrément à durée indéterminée".

IV. Identification de la partie adverse

La décision attaquée a été adoptée le 26 avril 2018 par la S.A. Société de Reconversion des Sites Industriels de Charleroi S.A. (en abrégé : SORESIC), laquelle a été constituée le 21 décembre 2017 par la S.A. Société wallonne de gestion de

participations (SOGÉPA) et par la S.C.R.L. Intercommunale pour la gestion et la réalisation d'études techniques et économiques (IGRETEC).

Il résulte du dossier que le pouvoir adjudicateur est la S.A. SORESIC et que la S.C.R.L. IGRETEC n'est intervenue que dans la préparation du dossier. N'étant pas l'auteur de la décision attaquée, ladite intercommunale doit être mise hors cause.

V. *Moyen unique*

V.1. *Thèse de la partie requérante*

La requérante expose comme suit le moyen unique de sa requête :

" Un moyen unique est pris de la violation des articles 4, 5, 36, 66, 71 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés public, de la violation des articles 65 à 74 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de la violation de l'article 4 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 concessions, de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de la violation du principe de bonne administration, de l'erreur de droit, de l'erreur de fait et de l'erreur manifeste d'appréciation.

En ce que, première branche, les parties adverses ont considéré que l'offre de la requérante serait affectée d'une irrégularité substantielle, en application de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, dès lors que, lors du dépôt de son offre, elle ne disposait que d'un agrément temporaire au titre d'entreprise de travail adapté;

Alors que, le cahier spécial des charges n'imposait pas de joindre aux offres un agrément à durée indéterminée mais uniquement de joindre «les documents attestant de sa reconnaissance en tant qu'entreprise d'économie sociale d'insertion au sens de la loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 ou, dans le cas d'une offre déposée par une société issue d'un autre état membre, la preuve qu'elle remplit des conditions équivalentes dans son état d'origine pour autant que ces conditions soient légalement encadrées»; ce dont attestait l'agrément déposé par la requérante;

Et que, les éléments visés dans l'agrément fourni par la requérante démontraient qu'elle était en mesure d'obtenir un agrément à durée indéterminée, ce qui est d'ailleurs le cas depuis le 9 mai 2018;

Et que, dans ces circonstances, les parties adverses ne pouvaient considérer que l'offre de la requérante était irrégulière, sous peine de méconnaître les articles 36 et 86 de la loi du 17 juin 2016 ainsi que l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, de commettre une erreur manifeste d'appréciation et d'opérer une discrimination et une différence de traitement injustifiée entre les soumissionnaires au marché en cause, en violation des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2016.

En ce que, deuxième branche, les parties adverses se sont fondées sur le fait que la requérante ne disposait que d'un agrément temporaire au titre d'entreprise de travail adapté pour juger son offre irrégulière, au sens de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, et l'écarter;

Alors que, la qualité d'entreprise d'économie sociale d'insertion représentait, à l'évidence, un critère de sélection au sens des articles 66 et 71 de la loi du 17 juin 2016, ce qui ne pouvait donc être utilisé pour contrôler la régularité de l'offre;

Et que, les parties adverses ont en réalité confondu l'analyse de la régularité des offres avec la phase de sélection des soumissionnaires, méconnaissant les articles 66, 71 et 83 de la loi du 17 juin 2016 ainsi que les articles 65 à 74 et 76 de

l'arrêté royal du 18 avril 2017;

Et que, en considérant que l'agrément temporaire fourni par la requérante n'attesterait pas de sa capacité à exécuter le marché en cause, les parties adverses ont commis une erreur de fait ou, à tout le moins, une erreur manifeste d'appréciation.

En ce que, troisième branche, les parties adverses ont écarté l'offre de la requérante sur la base des motifs qui lui ont été communiqués;

Alors que, au vu des développements des première et deuxième branche, les parties adverses ne pouvaient écarter l'offre de la requérante, ce qui implique que l'acte attaqué n'est pas adéquatement motivé sur ce point.

[...]. Développements

[...]. Sur la première branche

[...]. Le cahier spécial des charges imposait aux soumissionnaires de démontrer qu'ils étaient reconnus comme entreprise d'économie sociale :

« Le soumissionnaire doit joindre à son offre les documents attestant de sa reconnaissance en tant qu'entreprise d'économie sociale d'insertion au sens de la loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 ou, dans le cas d'une offre déposée par une société issue d'un autre état membre, la preuve qu'elle remplit les conditions équivalente dans son état d'origine pour autant que ces conditions soient légalement encadrées» ([...], page 21).

Il s'agit d'une exigence destinée à attester que les soumissionnaires disposent de la qualité requise pour exécuter le marché en cause.

Notons qu'aucune exigence temporelle n'est imposée par le cahier spécial des charges. Ainsi, les parties adverses ne demandaient pas la preuve d'une reconnaissance «à durée indéterminée» en tant qu'entreprise d'économie sociale.

[...].

Afin de démontrer sa qualité, la requérante a déposé la décision ministérielle du 20 décembre 2017, lui octroyant un agrément à durée déterminée, d'une durée d'un an à dater du 27 novembre 2017 [...].

Elle a donc bien fourni un document attestant qu'au jour du dépôt de son offre, elle était reconnue en tant qu'entreprise d'économie sociale.

De plus, dès lors que son agrément était valable jusqu'au 27 novembre 2018 (et qu'il pouvait être renouvelé, pour une durée indéterminée (ce qui a été le cas le 9 mai 2018)), la requérante démontrait également qu'elle était reconnue en tant qu'entreprise d'économie sociale pour une durée couvrant la première période de 6 mois du marché (s'agissant d'un marché renouvelable tacitement).

[...].

Les parties adverses ont toutefois considéré que l'agrément temporaire communiqué par la requérante ne serait pas suffisant pour démontrer son aptitude à exécuter le marché en cause.

Elles ont donc estimé qu'il s'agirait d'une irrégularité substantielle, au sens de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, écartant l'offre de la requérante sur la base des motifs suivants :

« Cette attestation à durée limitée constitue une irrégularité de l'offre.

L'agrément temporaire de la société ainsi que l'incertitude quant au renouvellement de celui-ci rendent incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues pendant toute sa durée.

Dès lors, conformément à l'article 76 de l'AR du 18 avril 2017, cet agrément temporaire constitue une irrégularité substantielle qui emporte la nullité de l'offre» [...].

[...].

Les parties adverses ne pouvaient pourtant pas considérer que l'offre de la requérante serait affectée d'une irrégularité substantielle.

En effet, comme exposé, le cahier spécial des charges imposait uniquement à la requérante d'attester de sa «reconnaissance en tant qu'entreprise d'économie sociale d'insertion».

Or, en produisant son agrément, la requérante a respecté cette exigence, puisqu'elle

a démontré qu'au jour du dépôt de l'offre, elle était bien reconnue comme entreprise d'économie sociale d'insertion, pour une durée couvrant même la première période de 6 mois du marché en cause.

Le fait qu'il s'agisse d'un agrément temporaire importait peu, dès lors que le cahier spécial des charges n'imposait pas d'attester de la qualité requise pour une durée indéterminée, ni même pour toute la durée du marché.

Au contraire, en raisonnant comme elles l'ont fait, les parties adverses ont ajouté des conditions qui n'étaient pas visées par le cahier spécial des charges, ce qui méconnaît les dispositions visées au moyen ainsi que le contenu des documents du marché.

[...].

Les parties adverses ne disposaient d'ailleurs d'aucun élément pour considérer que la requérante n'était pas en mesure d'obtenir le renouvellement de son agrément.

À l'inverse, plusieurs éléments démontraient que la requérante était en mesure d'obtenir un agrément à durée indéterminée, ce qui a d'ailleurs été le cas le 9 mai 2018 [...]:

- Les conditions qui ont été imposées dans la décision ministérielle du 20 décembre 2017, pour obtenir le renouvellement de l'agrément à l'expiration du délai du 27 novembre 2018, étaient peu nombreuses et faciles à réaliser : (i) la mise en place d'un système d'évaluation du personnel, (ii) le respect du nombre de jours de formation suivis par le personnel cadre et (iii) la production d'un rapport global économique et financier des activités, complété d'un plan de gestion en cas d'un mali d'exploitation et d'un plan de reconversion dans les secteurs déficitaires dans le cas de 2 malis d'exploitation consécutifs.

Pour preuve : comme exposé, en date du 9 mai 2018, une décision ministérielle a été adoptée, (i) constatant la réalisation des éléments qui avaient justifié la limitation de l'agrément et (ii) annulant la décision ministérielle du 20 décembre 2017 octroyant un agrément à durée déterminée et la remplaçant par un agrément à durée indéterminée [...].

- Depuis 2005, la requérante a toujours disposé d'un agrément; ce qui rendait vraisemblable l'obtention d'un nouvel agrément à l'expiration du délai du 27 novembre 2018 [...].

Du reste, il convient également de relever que :

- Des marchés publics ont été attribués à la requérante au mois d'avril 2018, sur la base de cet agrément temporaire; ce qui permet de démontrer qu'un agrément temporaire ne fait pas obstacle à l'attribution d'un marché public pour une période plus longue que la durée de l'agrément [...]. Ainsi, à titre d'exemple, le marché public attribué à la requérante par LES JARDINS DE WALLONIE porte sur une période de 4 ans, soit une période supérieure à la durée de l'agrément produit par la requérante [...].

- Un agrément à durée indéterminée peut également faire l'objet d'un retrait. [...].

Dans ces circonstances, les parties adverses ne pouvaient considérer qu'il existait une irrégularité substantielle, justifiant l'écartement de l'offre de la requérante.

Au contraire, ce faisant, elles ont méconnu les articles 36 et 86 de la loi du 17 juin 2016 et l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

De même, en considérant que l'agrément fourni par la requérante rendait son offre irrégulière, les parties adverses ont commis une erreur de fait, une erreur de droit ou, à tout le moins, une erreur manifeste d'appréciation; d'autant que plusieurs éléments étaient de nature à démontrer que la requérante allait obtenir le renouvellement de son agrément pour une durée indéterminée, comme ce fut le cas le 9 mai 2018 [...].

[...].

D'ailleurs, s'il fallait considérer, *quod non*, que l'agrément fourni par la requérante constituerait une irrégularité, il ne pouvait s'agir que d'une irrégularité non substantielle.

Partant, en application de l'article 76, § 2 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, les

parties adverses ne pouvaient se fonder sur celle-ci pour déclarer nulle l'offre de la requérante.

[...].

Enfin, en écartant l'offre de la requérante en raison du fait qu'elle ne disposait que d'un agrément temporaire, les parties adverses ont empêché une mise en concurrence adéquate des soumissionnaires, d'autant qu'aucun document du marché n'imposait de fournir un agrément à durée indéterminée.

De même, en procédant de la sorte, les parties adverses ont opéré une différence de traitement injustifiée entre les soumissionnaires, discriminant la requérante en écartant son offre sur la base d'une exigence qu'elles ont ajoutée par rapport aux documents du marché.

L'acte attaqué méconnaît donc également les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2016.

Cette irrégularité est renforcée par le fait que les parties adverses auraient pu, en application de l'article 66, § 3 de la loi du 17 juin 2016, demander à la requérante de produire des éléments attestant qu'elle pouvait obtenir le renouvellement, à durée indéterminée, de son agrément, ce qu'elles n'ont pas fait.

[...].

D'ailleurs, Votre Conseil a déjà jugé que :

« Le respect du principe d'égalité requiert que tous les soumissionnaires soient traités de manière égale et non discriminatoire par le pouvoir adjudicateur, sauf s'il est en mesure de motiver un traitement différent, sur la base de situations objectivement différentes. Dans ce cadre, le pouvoir adjudicateur, en application du principe *Patere legem quam ipse fecisti* et du principe d'égalité des soumissionnaires, doit vérifier la conformité des offres déposées aux conditions du cahier spécial des charges, les soumissionnaires étant, quant à eux, tenus de déposer une offre conforme à ces conditions. De même, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'imposer les mêmes exigences et d'accorder les mêmes concessions aux différents soumissionnaires se trouvant dans la même situation, de ne négocier effectivement qu'avec les soumissionnaires ayant remis une offre qui répond aux critères de sélection fixés dans le cahier spécial des charges, de n'écarter certains soumissionnaires qu'à condition de motiver adéquatement cette décision et de ne prendre en compte pour effectuer ses choix que des éléments admissibles, pertinents et vérifiables, lesquels devront figurer dans une décision motivée» (C.E., n° 237.496, 27 février 2017).

Or, en l'espèce, les parties adverses ont ajouté aux documents du marché des critères supplémentaires pour écarter l'offre de la requérante.

De même, Votre Conseil considère que :

« L'article 5 de la loi du 15 juin 2006 pose le respect de l'égalité entre les entrepreneurs et la transparence comme principes de base s'imposant aux pouvoirs adjudicateurs. Il en découle, notamment, que, sans préjudice du pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur lors de l'évaluation des offres, la manière dont celle-ci s'effectuera doit revêtir un caractère raisonnablement prévisible pour les soumissionnaires potentiels. Cette prévisibilité s'inscrit dans le cadre de l'obligation faite au pouvoir adjudicateur d'agir avec transparence, mais constitue aussi l'une des conditions préalables au respect par celui-ci de l'égalité entre les entrepreneurs. Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur ne peut appliquer un critère d'attribution d'une manière telle qu'elle aboutit, d'une part, à avantager un soumissionnaire qui ne se conforme pas à une prescription technique claire du marché et, d'autre part, à évaluer l'offre sur la base d'éléments sur lesquels les soumissionnaires ne disposaient d'aucune marge» (CE, 28 juillet 2016, VI chambre, n° 235555).

Or, en l'espèce, la requérante ne pouvait raisonnablement prévoir qu'en démontrant qu'elle disposait, au jour du dépôt de l'offre, de la qualité requise pour exécuter le marché, son offre serait déclarée irrégulière sans même que les parties adverses ne l'interrogent quant à la possibilité d'obtenir le renouvellement de son agrément.

[...].
Sur la seconde branche
[...].

Le critère sur lequel se sont fondées les parties adverses pour déclarer irrégulière l'offre de la requérante est par ailleurs manifestement un critère de sélection au sens des articles 66 et 71 de la loi du 17 juin 2016.

En effet, si le fait de savoir si un soumissionnaire a déposé ou non les documents exigés par le cahier spécial des charges peut fonder l'irrégularité d'une offre, analyser si un agrément temporaire en tant qu'entreprise d'économie sociale permet à un soumissionnaire d'exécuter le marché en cause vise la sélection des offres.

[...].

Les parties adverses ne pouvaient dès lors pas se fonder sur cet élément pour déclarer irrégulière l'offre de la requérante, puisque (i) les documents exigés par le cahier spécial des charges ont bien été joints par la requérante à son offre et (ii) le cahier spécial des charges n'imposait pas de démontrer une reconnaissance à durée indéterminée en tant qu'entreprise d'économie sociale (cf. supra, développement de la première branche).

En réalité, il apparaît que les parties adverses ont confondu l'analyse de la régularité des offres avec la procédure de sélection.

En effet, c'est au stade de la sélection que les parties adverses devaient s'interroger sur le fait de savoir si l'agrément fourni par la requérante, étant temporaire, attestait de sa qualité et de sa capacité à exécuter le marché.

En se fondant sur l'analyse d'un critère de sélection pour considérer que l'offre de la requérante était irrégulière, les parties adverses ont donc méconnu les articles 66, 71 et 83 de la loi du 17 juin 2016 et les articles 65 à 74 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Elles ont aussi empêché une concurrence entre les soumissionnaires et opéré une différence de traitement injustifiée entre eux, méconnaissant les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2016.

[...].

D'ailleurs, au stade de la sélection, le fait que la requérante n'ait déposé qu'un agrément temporaire ne justifiait pas que son offre soit écartée.

En effet, outre le fait que cet agrément établissait que la requérante disposait de la qualité requise au moment du dépôt de son offre et pour la première phase de 6 mois du marché pour l'exécuter, les parties adverses ne disposaient d'aucun élément laissant penser que la requérante n'était pas en mesure d'obtenir le renouvellement de son agrément, dès lors que :

- Les conditions qui ont été imposées dans la décision ministérielle du 20 décembre 2017, pour obtenir le renouvellement de l'agrément à l'expiration du délai du 27 novembre 2018, étaient peu nombreuses et faciles à réaliser : (i) la mise en place d'un système d'évaluation du personnel, (ii) le respect du nombre de jours de formation suivis par le personnel cadre et (iii) la production d'un rapport global économique et financier des activités, complété d'un plan de gestion en cas d'un mali d'exploitation et d'un plan de reconversion dans les secteurs déficitaires dans le cas de 2 malis d'exploitation consécutifs.

Pour preuve : comme exposé, en date du 9 mai 2018, une décision ministérielle a été adoptée, (i) constatant la réalisation des éléments qui avaient justifié la limitation de l'agrément et (ii) annulant la décision ministérielle du 20 décembre 2017 octroyant un agrément à durée déterminée et la remplaçant par un agrément à durée indéterminée [...].

- Depuis 2005, la requérante a toujours disposé d'un agrément; ce qui rendait vraisemblable l'obtention d'un nouvel agrément à l'expiration du délai du 27 novembre 2018 [...].
- Des marchés publics ont été attribués à la requérante au mois d'avril 2018, sur la base de cet agrément temporaire; ce qui permet de démontrer qu'un agrément temporaire ne fait pas obstacle à l'attribution d'un marché public pour une période plus longue que la durée de l'agrément (pièce 8). Ainsi, à titre d'exemple, le marché public attribué à la requérante par LES JARDINS DE

WALLONIE porte sur une période de 4 ans, soit une période supérieure à la durée de l'agrément produit par la requérante [...].

- Un agrément à durée indéterminée peut également faire l'objet d'un retrait. [...].

Au contraire, en exigeant un agrément à durée indéterminée, les parties adverses ont non seulement ajouté un critère non visé par le cahier spécial des charges, mais elles ont donné à un critère de sélection une importance qu'il n'avait pas et une portée plus large que prévue.

Ce faisant, elles ont méconnu les articles 66 et 71 de la loi du 17 juin 2016 et les articles 65 à 74 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

De même, si elles ne s'estimaient pas suffisamment informées, les parties adverses auraient pu solliciter la production d'éléments complémentaires attestant de la possibilité pour la requérante d'obtenir le renouvellement, à durée indéterminée, de son agrément, en application de l'article 72, § 1^{er} de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Cela aurait évité la discrimination dont a été victime la requérante en l'espèce.

[...].

Sur la troisième branche

[...].

L'article 4, 8^o 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 concessions dispose que :

- « Dans le cadre de la passation d'un marché, l'autorité adjudicatrice rédige une décision motivée : (...) lorsqu'elle attribue un marché, quelle que soit la procédure ».

Les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs imposent que :

- « Les actes administratifs des autorités administratives visées à l'article premier doivent faire l'objet d'une motivation formelle » (article 2);
- « La motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate » (article 3).

[...].

En l'espèce, les parties adverses se sont fondées sur les éléments suivants pour écarter l'offre de la requérante :

- « Le soumissionnaire joint à son offre la décision du Ministre de l'Action sociale de lui octroyer un agrément à durée déterminée d'une durée d'un an à dater du 27 novembre 2017. À l'issue de ce délai, l'ETA devra s'être mise en conformité au niveau des normes non respectées précitées dans la décision et avoir mis en œuvre les actions du plan de redressement détaillé qu'elle aura présenté début 2018 à l'AVIQ.

Cette attestation à durée limitée constitue une irrégularité de l'offre.

L'agrément temporaire de la société ainsi que l'incertitude quant au renouvellement de celui-ci rendent incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues pendant toute sa durée.

Dès lors, conformément à l'article 76 de l'AR du 18 avril 2017, cet agrément temporaire constitue une irrégularité substantielle qui emporte la nullité de l'offre.

À noter que le soumissionnaire a également joint une attestation émanant du SPF Emploi, Travail et concertation sociale déclarant que l'employeur Eugène DENEYER entre dans le champ d'application de l'article 1^{er}, § 1^{er}, 1^o de l'AR du 3 mai 1999 portant exécution de l'article 7 §1^{er}, alinéa 3^m de l'Arrêté-loi du 28/12/1944 concernant la sécurité des travailleurs relatif à l'insertion des chômeurs très difficile à placer. Cette attestation est valable du 16/12/2009 pour une durée illimitée.

Cette attestation vise à permettre à un employeur de bénéficier des avantages décrits dans l'AR du 3 mai 1999 et les employeurs visés par cet arrêté sont :

- 1^o les ateliers sociaux appartenant à la Commission paritaire pour les entreprises de travail adapté et les ateliers sociaux;
- 2^o les employeurs visés à l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 30 mars 1995 portant exécution du chapitre II du titre IV de la loi du 21 décembre 1994 portant des

dispositions sociales aux entreprises d'insertion;
3° les employeurs organisant des initiatives d'économie sociale et d'insertion visées à l'article 59, alinéa 1^{er} de la loi du 26 mars 1999.

Il apparaît donc que pour bénéficier de ces avantages, l'employeur doit faire partie d'une des 3 catégories ci-dessus, dont celle exigée par le CSCH.

Cette attestation n'apporte donc pas la preuve que le soumissionnaire est bien agréé conformément aux exigences définies dans le CSCH pour toute la durée du marché et n'influence donc pas la décision prise par le Pouvoir adjudicateur» [...].

[...].

Or, au vu du développement des première et deuxième branches, il apparaît que les parties adverses se sont trompées en déclarant irrégulière l'offre de la requérante. Elles se sont donc fondées sur une motivation erronée pour écarter l'offre de la requérante et attribuer le marché en cause à un autre soumissionnaire, ce qui méconnaît les exigences de motivation s'imposant à l'acte attaqué. [...]"

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 2 du cahier spécial des charges énonce notamment ce qui suit :

" [...]

Dans le cadre du présent marché, la SORESIC entend poursuivre une politique d'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées. Conformément à l'article 15 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, l'accès à la procédure de passation est réservé aux ateliers protégés ou opérateurs économiques dont l'objectif est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées.

On entend par atelier protégé ou opérateur économique dont l'objectif est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, l'entreprise répondant aux conditions de l'article 59 de la loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi de 1998".

L'article 4 dudit cahier dispose comme suit en ses alinéas 2 et 3 :

" Le marché public est passé pour une durée de 6 mois, renouvelable tacitement pour la même durée, sur un maximum de trois ans, soit 5 reconductions possibles. Le Pouvoir adjudicateur pourra mettre fin au marché à chaque échéance semestrielle, moyennant le respect d'un préavis d'une durée de 1 mois".

Il n'est pas contesté que la requérante a prouvé être, à la date de son offre, un opérateur économique dont l'objectif est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées. En effet, elle a joint à son offre une décision d'agrément d'entreprise de Travail adapté, datée du 20 décembre 2017, d'une durée d'un an.

L'acte attaqué déclare toutefois l'offre de la requérante irrégulière pour le motif que "l'agrément temporaire de la société ainsi que l'incertitude quant au renouvellement de celui-ci rendent incertain l'engagement du soumissionnaire à

exécuter le marché dans les conditions prévues pendant toute sa durée", de sorte que, conformément à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, "cet agrément temporaire constitue une irrégularité substantielle qui emporte la nullité de l'offre".

La requérante soutient que le caractère temporaire de son offre ne peut être considéré comme une irrégularité dès lors que le cahier des charges n'imposait pas de joindre aux offres un agrément à durée indéterminée et qu'en tout état de cause, différents éléments montraient qu'elle était en mesure d'obtenir un agrément à durée indéterminée, ce qui a d'ailleurs été le cas le 9 mai 2018.

L'article 15 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est rédigé comme suit :

- " Un adjudicateur peut, dans le respect des principes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, réserver l'accès à la procédure de passation à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objectif est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou réserver l'exécution de ces marchés dans le cadre de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins trente pour cent du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés.
L'avis de marché ou, en son absence, un autre document du marché, fait mention de la réservation visée à l'alinéa 1^{er} en renvoyant au présent article.
L'adjudicateur peut se référer à un atelier, un opérateur ou programme conforme à la terminologie utilisée et aux conditions fixées dans un décret ou une ordonnance.
L'adjudicateur doit cependant accepter les ateliers, opérateurs et programmes qui répondent à des conditions équivalentes".

Aux termes de l'article 76, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité :

- " Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.
L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.
Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.
Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :
1^o le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;
2^o le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;
3^o le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché".

Le § 3 du même article dispose comme suit :

- " Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à

avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3".

Le cahier spécial des charges indique que le marché est passé pour une durée de trois ans, comportant une première période de six mois renouvelable tacitement à cinq reprises. Le recours au système des reconductions tacites ne paraît pas devoir être considéré comme présentant une incidence sur la durée du marché, qui est bien de trois ans.

Certes, ainsi que le relève la requérante, le cahier spécial des charges n'imposait pas explicitement de joindre aux offres un agrément à durée indéterminée, mais seulement de joindre "les documents attestant de sa reconnaissance en tant qu'entreprise d'économie sociale d'insertion au sens de la loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 ou, dans le cas d'une offre déposée par une société issue d'un autre état membre, la preuve qu'elle remplit des conditions équivalentes dans son État d'origine pour autant que ces conditions soient légalement encadrées". Toutefois, dès lors que le cahier des charges réserve le marché à un opérateur économique visé à l'article 15 de la loi du 17 juin 2016 et qu'il indique que le marché est passé pour une période de maximum trois ans, le pouvoir adjudicateur a pu estimer que l'offre de la requérante était affectée d'une irrégularité pour le motif que l'agrément dont cette dernière bénéficiait ne valait pas pour trois ans. Contrairement à ce que soutient la requérante, elle ne paraît pas, ce faisant, avoir ajouté des conditions au cahier spécial des charges en méconnaissance des dispositions invoquées au moyen. Il peut donc être considéré, au terme de l'examen *prima facie*, que permet la procédure de référé d'extrême urgence, que, sur la base de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, la partie adverse a pu estimer, sans commettre d'erreur de droit ni d'erreur manifeste d'appréciation, que l'irrégularité en cause rend incertain l'engagement de la requérante pendant toute la durée du marché et qu'il s'agit dès lors d'une irrégularité substantielle. Par ailleurs, la requérante n'expose pas en quoi l'acte attaqué violerait l'article 36 de la loi du 17 juin 2016.

À l'audience, le conseil de la requérante soutient que l'incertitude à laquelle a égard la partie adverse est liée au déroulement normal de toute procédure et ne constitue pas l'incertitude visée par l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Elle souligne à cet égard qu'un soumissionnaire bénéficiant d'un agrément pour toute la durée du marché peut tout aussi bien se voir retirer cet agrément et qu'une telle situation ne se différencie guère de celle d'un soumissionnaire ne disposant d'un agrément que pour une durée limitée et qui ne parvient pas à obtenir un nouvel agrément, qu'il soit ou non à durée indéterminée. Selon elle, les deux hypothèses sont semblables et donnent lieu à la résiliation du marché. Cette thèse ne peut être suivie. En effet, la perte d'un agrément constitue un événement qui peut survenir en cours d'exécution du marché et qui, par définition, n'est pas prévisible lors

de l'attribution de celui-ci. En revanche, la partie adverse a eu égard, en l'espèce, à la circonstance qu'au jour de l'attribution du marché, la requérante ne satisfaisait pas à une condition posée en vue de l'accès à la procédure de passation et donc à son attribution.

En outre, il n'appartenait pas à la partie adverse de spéculer sur le renouvellement de l'agrément de la requérante. Si cette dernière soutient que "plusieurs éléments démontraient [qu'elle] était en mesure d'obtenir le renouvellement de son agrément", il n'existait aucune certitude à cet égard, de sorte que le pouvoir adjudicateur a pu considérer que la requérante ne répondait pas à une condition essentielle du cahier des charges.

La partie requérante n'expose pas en quoi la partie adverse, en déclarant irrégulière son offre sur la base d'un motif qui paraît résister à l'examen de sa critique, aurait violé les articles 4 et 5 de la même loi et aurait porté atteinte au principe d'égalité.

Enfin, le grief pris de l'article 66, § 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 manque en fait dans la mesure où le document fourni par la requérante quant à son agrément n'était ni incomplet, ni manquant ni erroné, et que seules de telles circonstances sont visées par la disposition précitée.

Le moyen n'est pas sérieux en sa première branche.

S'agissant de la deuxième branche, les critères de sélection visés à l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 tendent à garantir l'aptitude du candidat à exercer l'activité professionnelle concernée, sa capacité technique et financière ou ses capacités techniques et professionnelles. Ils visent à permettre au pouvoir adjudicateur de juger de la compétence des candidats pour mener à bien la mission considérée, à la différence des critères d'attribution qui ont pour but de juger la valeur intrinsèque des offres. La condition imposée au soumissionnaire d'être reconnu comme atelier protégé ou opérateur économique dont l'objectif est l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ou défavorisées ne semble pas être un critère de sélection qualitative mais une condition de "marché réservé" au sens de l'article 15 de la loi. Le défaut pour la requérante de satisfaire à cette condition paraît donc bien devoir entraîner la nullité de l'offre. En tout état de cause, on n'aperçoit pas en quoi consisterait l'intérêt de la requérante à la deuxième branche dès lors qu'à supposer même qu'il s'agirait d'un critère de sélection qualitatif, il résulte de l'examen de la première branche que l'autorité a pu considérer à bon droit que la requérante n'y satisfaisait pas et, partant, que son offre ne pouvait être retenue.

Le moyen n'est pas sérieux en sa deuxième branche.

S'agissant de la troisième branche, force est de constater que la décision attaquée énonce les motifs de droit et de fait qui la justifient.

Pour le surplus, les critiques contenues dans cette branche du moyen se confondent avec celles qui font l'objet des deux autres branches du moyen.

Le moyen n'est pas sérieux en sa troisième branche.

VI. Confidentialité

La partie adverse dépose aux pièces 6 et 8 du dossier administratif les offres des soumissionnaires. Par ailleurs, la requérante dépose en annexe 3 a et b des annexes à sa requête son offre et le métré qui lui est joint.

Conformément à l'article 26 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 concessions, il y a lieu d'ordonner la confidentialité de ces offres.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La S.C.R.L. Intercommunale pour la gestion et la réalisation d'études techniques et économiques, en abrégé IGRETEC, est mise hors cause.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 6 et 8 du dossier administratif, ainsi que la pièce 3a et b du dossier de la requérante, sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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

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 siégeant en référé, le treize juin deux mille dix-huit par :

M.	Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Imre KOVALOVSKY.