CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 257.918 du 16 novembre 2023

A. 240.238/VI-22.653

En cause : **la société anonyme FAWAY**,
ayant élu domicile chez
M^e^ Cyrille DONY, avocat,
avenue des Mélèzes 31
1410 Waterloo,

contre :

la Région wallonne,
représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^e^ Veronique VANDEN ACKER
et François VISEUR, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 9 octobre 2023, la SA Faway demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

« - la décision de date inconnue de la Région wallonne d'adopter le cahier spécial des charges relatif au marché public de services visant à fournir des fruits et légumes dans les écoles des communautés française et germanophone participant au programme européen "Fruits et légumes" dans la perspective d'une alimentation durable pour les années scolaires 2023-2024, 2024-2025 et 2025-2026 ;

- la décision de la Région wallonne du 26 septembre 2023 d'attribuer, à la SA FRESHO, les lots 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 18, 19 et 20 du marché public de services visant à fournir des fruits et légumes dans les écoles des communautés française et germanophone participant au programme européen "Fruits et légumes" dans la perspective d'une alimentation durable pour les années scolaires 2023-2024, 2024-2025 et 2025-2026 »

et, d'autre part, l'annulation de ces deux décisions.

II. Procédure

Par une ordonnance du 10 octobre 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 24 octobre 2023. Elle a été remise à l'audience du 8 novembre 2023.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70, du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M[me] Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M[e] Cyrille Dony, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M[e] François Viseur, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M[me] Marie Lambert de Rouvroit, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

Les 14 et 19 juin 2023, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne un avis de marché de services visant à fournir des fruits et légumes dans les écoles des communautés française et germanophone participant au programme européen « Fruits et légumes à l'école » dans la perspective d'une alimentation durable pour les années scolaires 2023-2024, 2024-2025 et 2025-2026 (cahier spécial des charges n° A3.00.03.00-23-672).

Le marché atteint les seuils de publicité européenne. Il est passé par procédure ouverte. Il est divisé en vingt lots répartis par arrondissements administratifs par provinces. Quatre critères d'attribution sont prévus : critère « diversité des produits », critère didactique, critères environnementaux et critères sociaux.

À la date de limite de remise des offres, plusieurs soumissionnaires déposent une offre pour un ou plusieurs lots. La requérante dépose offre pour les lots 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 18, 19 et 20.

Le 26 septembre 2023, la partie adverse décide d'attribuer les vingt lots du marché à la SA Fresho. L'offre de la requérante est écartée pour irrégularité substantielle. La décision motivée d'attribution renseigne, à ce propos, ce qui suit :

Considérant que les offres de **FAWAY, COOPERATIVE ARDENTE et SOLIDAIREMENT ASBL** comportent une irrégularité substantielle dans la proposition de calendrier à savoir un non-respect de la saisonnalité :

	Irrégularité substantielle constatée : Non-respect de la saisonnalité	Exigences – annexe 1 bis du CSC/A.M. 21 septembre 2017*
Fa-Way	**Chicon en juin**	Le chicon ne peut être livré que de septembre à mars inclus
Coop Ardente	**Céleri rave en avril**	Le céleri ne peut être livré que de septembre à mars inclus
Solidairement ASBL	**Raisin en juin**	Le raisin ne peut être livré que de septembre à décembre inclus

*21 SEPTEMBRE 2017. — Arrêté ministériel précisant les modalités de mise en oeuvre dans les écoles maternelles et primaires de l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 septembre 2017 relatif à la mise en oeuvre du programme européen à destination des écoles fondamentales en exécution de l'article 23 du Règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les Règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil

Le pouvoir adjudicateur est dans l'obligation de considérer ces offres comme irrégulières au sens de l'article 76 §1er alinéa 3 de l'ARP pour l'ensemble des lots ;

Celles-ci sont par conséquent déclarées nulles ;

Il s'agit de l'acte attaqué. La partie adverse déclare que cette décision a été envoyée aux soumissionnaires par un courrier recommandé du 4 octobre 2023 et par un courrier électronique envoyé le même jour.

IV. Irrecevabilité de la demande en tant qu'elle est dirigée contre le premier acte attaqué

IV.1. Thèse de la requérante

La requérante se réfère à l'arrêt n° 152.173 du 2 décembre 2005, SA Labonorm, pour affirmer qu'« à l'occasion d'un recours dirigé contre la décision d'attribution d'un marché public, [le Conseil d'État] admet que la décision d'adopter le cahier puisse également être critiquée ». Elle en déduit qu'elle est recevable à attaquer cette décision dans les quinze jours de la communication de la décision d'attribution du marché public litigieux, en application de l'article 23 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. Elle expose qu'en l'espèce, le délai pour introduire une demande de suspension a commencé à courir le 5 octobre 2023 pour expirer le 19 octobre 2023 et que celle-ci est dès lors recevable *ratione temporis*.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Il résulte de la combinaison des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée que le législateur a confié au Conseil d'État la compétence de statuer sur « les décisions prises par les autorités adjudicatrices ».

Conformément à l'article 23, §§ 1er et 3, de la même loi, la demande de suspension doit, en règle, être introduite dans un délai de quinze jours à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.

En l'espèce, le marché public litigieux a fait l'objet d'un avis de marché publié les 14 et 19 juin 2023 au Bulletin d'adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne, avis sur lequel figure le lien pour accéder au cahier spécial des charges. La requérante a déposé offre le 18 juillet 2023, ce qui suppose qu'elle ait, avant cette date, pris connaissance du cahier et pu subodorer l'existence d'une décision d'approbation de celui-ci. Dès lors qu'elle estimait que cette décision pouvait lui causer grief, il appartenait à la requérante d'interroger la partie adverse et de la lui réclamer en vue de l'introduction d'un éventuel recours dans le délai imparti. Une partie requérante ne peut reporter arbitrairement le point de départ du délai prévu pour l'introduction d'un recours et doit se montrer normalement prudente et diligente pour acquérir la connaissance de l'acte dont elle peut raisonnablement supposer l'existence.

En tant qu'elle est dirigée contre le premier acte attaqué, la présente demande de suspension introduite le 9 octobre 2023 est irrecevable *ratione temporis*.

Cette conclusion n'exclut toutefois pas que la requérante puisse, le cas échéant, invoquer, dans le cadre de son recours, en tant qu'il est dirigé contre la décision d'attribution du marché litigieux, les irrégularités qui, à son estime, entacheraient la décision d'approbation du cahier spécial des charges. L'arrêt SA Labonorm, n° 152.173 du 2 décembre 2005 – cité par la requérante – ne dit pas autre chose.

Dans la suite de l'arrêt, les termes « décision attaquée » ou « acte attaqué » concernent exclusivement le deuxième acte attaqué.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante prend un moyen unique de la violation des articles 4, 53 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de transparence, du principe de proportionnalité et du devoir de minutie ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Dans une première branche, elle reproche à la décision attaquée de déclarer son offre affectée d'une irrégularité substantielle au motif qu'elle n'a pas respecté la saisonnalité du chicon, telle que mentionnée dans l'annexe 1*bis* du cahier spécial des charges. Elle fait valoir que le cahier spécial des charges n'identifie pas la saisonnalité des fruits et légumes à fournir comme une exigence minimale ou essentielle, que rien ne permet de justifier ou de comprendre pour quelle raison un produit proposé en dehors de la saisonnalité prévue devrait entrainer la nullité de l'offre concernée, que le chicon est un produit qui se cultive toute l'année et qui peut donc être livré à n'importe quel moment et que la partie adverse était tenue de motiver l'acte attaqué en précisant les raisons pour lesquelles elle estimait devoir déclarer la nullité de son offre pour ce motif.

Après avoir rappelé le contenu et la portée des principes et dispositions visés au moyen ainsi que reproduit plusieurs dispositions du cahier spécial des charges, la requérante expose qu'elle a strictement respecté les différentes exigences prévues (en termes de calendrier de livraison, de qualité des produits et du choix de ces derniers, tous repris dans l'annexe 1*bis* du cahier) et qu'elle a tenu compte de la « saisonnalité réelle » de ces produits, ce qui l'a conduite à prévoir de livrer des chicons durant le mois de juin, puisqu'il s'agit d'un légume qui se cultive et se consomme toute l'année, contrairement à ce que retient l'annexe 1*bis*. Elle expose ne pas comprendre la raison pour laquelle le fait de s'écarter de la saisonnalité prévue à cette annexe pour un produit qui, comme le chicon, est disponible toute

l'année obligerait la partie adverse à déclarer son offre nulle pour irrégularité substantielle.

Elle relève que, contrairement à d'autres exigences imposées par le cahier des charges (respect du calendrier de livraison, qualité des produits livrés), la saisonnalité des fruits et légumes n'est pas érigée en exigence minimale ou essentielle du marché. Elle en veut pour preuve que (1) lors de l'exécution du précédent marché, la partie adverse a accepté qu'elle modifie le calendrier de livraison en raison de problèmes d'approvisionnement pour certains produits, que (2) dans le cadre des questions/réponses préalables au dépôt des offres, la partie adverse a indiqué qu'en cas d'aléas météorologiques exceptionnels devant compromettre une livraison, un accord devrait être trouvé au cas par cas avec l'adjudicataire en tenant compte des difficultés rencontrées et que (3) des pénalités sont prévues par le cahier des charges lorsque la livraison ne correspond pas à l'offre remise par l'adjudicataire (type de produits, caractère BIO, calendrier,…), sans l'accord préalable de l'Administration. Elle déduit de ces éléments que la partie adverse a, elle-même, prévu qu'une modification pouvait être apportée par rapport au type de produits ou au calendrier moyennant son accord, comme c'était déjà le cas lors du précédent marché.

La requérante ajoute qu'à supposer même que le non-respect de la saisonnalité prévue à l'annexe 1*bis* soit constitutif d'une irrégularité – *quod non*, selon elle –, la partie adverse ne fait pas apparaître les motifs pour lesquels elle considère cette exigence comme essentielle et décide d'écarter son offre. Elle rappelle que, pour respecter son devoir de motivation formelle, un pouvoir adjudicateur, confronté à une irrégularité, ne peut se limiter à constater celle-ci : il doit se prononcer *in concreto* sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité et, pour motiver cette qualification, faire apparaître les motifs pour lesquels il estime devoir retenir le caractère essentiel de la disposition des documents du marché à laquelle l'offre déroge, lorsqu'un tel caractère ne lui est pas expressément reconnu par ces documents.

Elle expose encore que, contrairement à ce qu'indique l'acte attaqué, la partie adverse n'avait aucune obligation d'écarter son offre pour irrégularité substantielle, puisqu'il lui suffisait de l'inviter à intervertir deux produits dans sa proposition de calendrier (par exemple, le chicon et la carotte) pour respecter la saisonnalité prévue à l'annexe 1*bis*, « sans que cela change quoi que ce soit à son offre et à son appréciation ».

Elle conclut qu'en ce qu'il ne permet pas de justifier l'écartement de son offre, l'acte attaqué n'est pas motivé adéquatement.

B. Thèse de la partie adverse

Dans un exposé introductif, la partie adverse rappelle le contenu de l'article 76, § 1er, alinéas 3 et 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, en ajoutant que le fait de ne pas respecter une obligation légale ou réglementaire dans une offre doit être considéré comme une irrégularité substantielle « notamment parce que, ce faisant, le soumissionnaire irrégulier s'octroie un avantage concurrentiel par rapport aux autres soumissionnaires qui présentent une offre conforme à la loi/la réglementation ». Elle expose ensuite ce qui suit :

« 4.1.2. La saisonnalité des livraisons issue du droit européen

14. Par un règlement européen du 17 décembre 2013, l'Union européenne a mis en place un programme européen en faveur de la consommation de fruits et légumes à l'école.

Ce programme, aussi appelé, "Progécole" a pour objectif de promouvoir les bienfaits d'une alimentation saine dès le plus jeune âge et encourager les enfants à manger plus de fruits, de légumes, de lait et de produits laitiers en octroyant une aide financière aux États membres.

Le marché litigieux s'inscrit donc dans le cadre de l'application du règlement UE 1308/2013 du 17 décembre 2013 portant l'organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) n° 922/72, 234/79, 1037/2001 et 1234/2007 du Conseil.

Ce règlement a été modifié par le règlement (UE) 2016/791 du 11 mai 2016.
Ce règlement prévoit la mise en place de régimes d'aide, notamment à destination des enfants.

L'article 23 du règlement met en place une "aide à la distribution de fruits et de légumes, de fruits et de légumes transformés, de bananes et de produits qui en sont issus".

15. Les états membres qui souhaitent bénéficier de l'aide doivent tout d'abord mettre en place une stratégie pour sa mise en œuvre.

Le point 3, alinéa 4 de cet article 23 précise que lorsqu'ils élaborent leur stratégie, les états membres établissent une liste des produits des secteurs des fruits et des légumes, des fruits et des légumes transformés et des bananes qui seront admissibles au titre de leurs programmes respectifs.

À cette fin, ils sélectionnent leurs produits en fonction de critères objectifs qui peuvent inclure des considérations relatives à la santé et à l'environnement, ainsi qu'à la saisonnalité, la variété ou la disponibilité des produits, en donnant la priorité, dans toute la mesure du possible, aux produits originaires de l'Union, et notamment aux achats locaux, aux marchés locaux, aux circuits d'approvisionnement courts ou aux avantages pour l'environnement.

16. Conformément au point 5, al. 2 de l'article 23, "Les États membres participant au programme sollicitent, chaque année, une aide de l'Union sur la base de leur stratégie visée au paragraphe 2".

17.Conformément à son article 25 3, il appartient à la Commission d'adopter des règlements d'exécution pour la mise en œuvre du règlement 1308/2013.

Le règlement d'exécution (UE) 2017/39 décrit les règles à suivre par les états membres qui souhaitent participer au programme de distribution des fruits et légumes dans les écoles.

Il s'agit, notamment, d'élaborer une stratégie de mise en œuvre du programme, d'introduire une demande spécifique à la Commission.

L'objectif est de déterminer des mesures de suivi des demandes d'aide et donc d'en fixer les conditions.

18. Le législateur wallon a souhaité s'inscrire dans ces programmes d'aide à la distribution de fruits et légumes dans les écoles.

Il a ainsi adopté un arrêté du 21 septembre 2017 relatif à la mise en œuvre du programme européen à destination des écoles fondamentales en exécution de l'article 23 du Règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les Règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil.

L'article 4 de cet arrêté du gouvernement wallon dispose que :

" Art. 4. Les produits admissibles à l'aide relèvent des catégories de produits fixées conformément à l'article 23, § § 3 et 4, du règlement (UE) n° 1308/2013.
Conformément à l'article 23, § 3, du règlement (UE) n° 1308/2013, le Ministre précise les critères objectifs incluant un ou plusieurs aspects suivants :
1° des considérations relatives à la santé, au développement durable et à l'environnement ;
2° la saisonnalité ;
3° la variété et la disponibilité de produits locaux ou régionaux, en donnant la priorité, dans toute la mesure du possible, aux produits originaires de l'Union.
La liste des produits admissibles dans chacune des catégories de produits visées à l'alinéa 1er est établie par le Ministre en fonction des critères objectifs visés à l'alinéa 2".

19. Cet arrêté de gouvernement a reçu sa mise en œuvre par arrêté ministériel du même jour, le 21 septembre 2017, "précisant les modalités de mise en œuvre dans les écoles maternelles et primaires de l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 septembre 2017 relatif à la mise en œuvre du programme européen à destination des écoles fondamentales en exécution de l'article 23 du Règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les Règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil".

L'article 2 de cet arrêté ministériel précise que :

" Conformément à l'article 4 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 septembre 2017, les produits admissibles à l'aide peuvent être sélectionnés en fonction de critères objectifs tels que :
1° la saisonnalité des produits ;
2° la disponibilité des produits au niveau local ;
3° le mode de production ;
4° le caractère durable.

> Pour l'application de l'alinéa 1er, 4°, l'on entend par caractère durable le lien que peut avoir le produit avec le territoire en tenant compte en ce compris d'une distribution via un circuit court, de la proximité entre le lieu de production et le lieu de consommation, du prix juste au producteur ainsi que de la qualité de production".

L'article 3 de cet arrêté précise que "La demande d'aide relative à la distribution de produits porte sur les périodes suivantes : 1er septembre au 31 décembre, 1er janvier au 31 mars et 1er avril au 30 juin".

L'article 4 renvoie à l'annexe I pour la liste des produits admissibles.

20. L'annexe 1 de cet arrêté ministériel précise que "sont admissibles pour la : 2°) distribution de fruits et légumes :
a) fruits et légumes frais, provenant d'un État membre de l'Union européenne, en fonction de la période de l'année, selon le tableau suivant :
[…]".

21. Il ressort de ce qui précède que l'aide européenne est versée aux états membres dans le cadre d'une stratégie établie par l'état membre.

La Région wallonne, dans le cadre de l'établissement de cette stratégie et de sa mise en œuvre réglementaire, a prévu un calendrier de saisonnalité de distribution des fruits et légumes.

C'est ce calendrier qui est au cœur des contestations dans les trois recours introduits.

4.1.3. Application au cas d'espèce

22. Le cahier des charges précise, en son point I.D. (p. 6), que la fourniture des fruits et légumes doit se faire selon "un calendrier déterminé".

Il précise que "ce dernier tient compte de la saisonnalité des fruits et légumes à livrer aux écoles".

Il précise également, en son point II.B.4. (p. 15), que la proposition de calendrier de livraison doit tenir compte de la saisonnalité (*cf*. tableau européen – en annexe 1*bis*).

En page 4, la liste des annexes précise que l'annexe 1*bis* décrit la "liste des produits autorisés".

La même annexe 1*bis* porte le titre suivant : "Liste des fruits et légumes admissibles pour le marché public de services visant à fournir des fruits et légumes dans les écoles des communautés française et germanophone participant au programme européen 'fruits et légumes à l'école' dans la perspective d'une alimentation durable".

23.Le cahier des charges est donc clair quant à la nécessité, pour les soumissionnaires, de respecter le calendrier de saisonnalité repris en annexe 1bis du cahier spécial des charges, lequel se présente comme suit :

	1ère période (septembre - décembre inclus)	2ème période (janvier - mars inclus)	3ème période (avril - juin inclus)	Pièce(s) min / élève	Grammage à livrer / élève	Grammage avec marge de tolérance / élève
Abricot			1	NA	100g	95g
Agrumes : oranges, clémentines, mandarines, pamplemousses, ~~citrons~~, pomelo, tangérine, mineola et cartera	1	1	1	1	125g	120g
Cassis	1		1	NA	**40g**	**40g**
Compote	1	1	1	NA	**125g**	**125g**
Figue	1		1	1	100g	95g
Fraise	1		1	NA	100g	95g
Framboise	1		1	NA	**40g**	**40g**
Fruits séchés (pomme ou poire)	1	1	1	NA	**25g**	**25g**
Groseille	1		1	NA	**40g**	**40g**
Kaki d'Europe	1	1	1	1	100g	95g
Kiwai	1	1	1	1	100g	95g
Kiwi	1	1	1	1	100g	95g
Mirabelle	1			NA	100g	95g
Myrtille	1			NA	**40g**	**40g**
Nectarine	1		1	1	100g	95g
Pêche	1		1	1	100g	95g
Poire	1	1	1	1	125g	120g
Pomme	1	1	1	1	125g	120g
Prune	1			NA	100g	95g
Raisin	1			NA	100g	95g
Carotte (primeur ou de conservation)	1	1	1	NA	125g	120g
Choux blanc, rouge, vert, chinois, de Bruxelles, fleur, frisé, rave,...	1	1	1	NA	100g	95g
Céleri	1	1		NA	100g	95g
Chicon	1	1		NA	100g	95g
Concombre	1		1	NA	125g	120g
Radis	1		1	NA	125g	120g
Tomate (cerise)	1		1	NA	125g	120g

Il s'agit d'un extrait de l'annexe de l'arrêté ministériel du 21 septembre 2017, qui reprend la même présentation (en ce compris les "1" qui indiquent que la distribution est autorisée pour la période déterminée).

24. Le non-respect du calendrier de saisonnalité constitue donc une violation de la réglementation wallonne en la matière.

Or, la réglementation wallonne constitue la mise en œuvre de la stratégie wallonne au sens de l'article 23 du règlement 1308/2013.

Au vu de l'intensité des contrôles décrite dans le règlement d'exécution (UE) 2017/39, de tels écarts par rapport à la stratégie définie constituent un risque non négligeable de récupération des aides par la Commission européenne. Les articles 9 et 10 du règlement d'exécution 2017/39 prévoient en effet des contrôles administratifs et des contrôles sur place qui portent, notamment, sur l'utilisation des produits conformément au règlement.

Les contrôles doivent couvrir au minimum 5% des demandes d'aide par état membre.

4.1.4. Conclusion de l'exposé introductif

25. Il ne fait aucun doute que la saisonnalité des produits constitue une exigence essentielle du marché.

Cette obligation constitue en effet une disposition réglementaire applicable au niveau wallon, exécutant un règlement européen en matière d'aides pour la distribution de fruits et légumes dans les écoles.

Les documents du marché renvoient clairement à ces dispositions légales et réglementaires si bien que les soumissionnaires ne pouvaient les ignorer.

Elles sont d'ailleurs rappelées dans les documents du marché.

26.Autoriser un soumissionnaire à proposer un panier ne respectant pas la saisonnalité, fût-ce pour un produit, constitue une discrimination par rapport aux soumissionnaires qui respectent la règle.

Un tel avantage serait anormal dès lors que le respect de la saisonnalité est une contrainte au regard des types de produits qui peuvent être distribués aux différentes saisons réglementaires.

L'irrégularité est donc bien substantielle ».

En réponse à la première branche du moyen unique, la partie adverse expose ce qui suit :

« 4.3.1.1. Quant à la saisonnalité

29. Contrairement à ce que soutient la partie requérante, la liste reprise à l'annexe 1*bis* du cahier spécial des charges ne relève pas de spécifications techniques, mais bien du respect de la réglementation spécifique en vigueur.

Pour rappel, il est indiqué à la page 5 du CSC les dispositions légales et réglementaires de référence et notamment la réglementation spécifique au marché :

- Le RÈGLEMENT (UE) 2016/795 DU CONSEIL du 11 avril 2016 modifiant le règlement (UE) no 1370/2013 établissant les mesures relatives à la fixation de certaines aides et restitutions liées à l'organisation commune des marchés des produits agricoles
- Le RÈGLEMENT (UE) 2016/791 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 11 mai 2016 modifiant les règlements (UE) n° 1308/2013 et (UE) n° 1306/2013 en ce qui concerne le régime d'aide à la fourniture de fruits et légumes, de bananes et de lait dans les établissements scolaires
- Règlement délégué (UE) 2022/245 de la Commission du 13 décembre 2021 modifiant le règlement délégué (UE) 2017/40 en ce qui concerne les mesures éducatives d'accompagnement ainsi que la sélection et l'approbation des demandeurs d'aide
- Arrêté royal du 13 juillet 2014 relatif à l'hygiène des denrées alimentaires
- L'arrêté du Gouvernement wallon du 21 septembre 2017 relatif à la mise en œuvre du programme européen à destination des écoles fondamentales en exécution de l'article 23 du Règlement (UE) no 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les Règlements (CEE) no 922/72, (CEE) no 234/79, (CE) no 1037/2001 et (CE) no 1234/2007 du Conseil
- L'arrêté ministériel du 21 septembre 2017 précisant les modalités de mise en œuvre dans les écoles maternelles et primaires de l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 septembre 2017 relatif à la mise en œuvre du programme européen à destination des écoles fondamentales en exécution de l'article 23 du Règlement (UE) no 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les Règlements (CEE) no 922/72, (CEE) no 234/79, (CE) no 1037/2001 et (CE) no 1234/2007 du Conseil

Le respect de ces règlementations est donc exigé pour toute la durée du marché. Comme indiqué supra, la saisonnalité est un critère objectif repris dans la réglementation.

Le pouvoir adjudicateur n'a pas eu de pouvoir d'appréciation sur ce point.

4.3.1.2. Quant à l'irrégularité substantielle

30. L'article 83 de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics impose que "Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres".

Cette disposition est mise en œuvre par l'article 76 de l'AR du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics qui dispose que :

" 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° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement ;
2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1er, 44, 48, § 2, alinéa 1er, 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° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.
[…]".

Le CSC précise que

Le marché a pour objet la fourniture (**livraisons[1] aux écoles[2] comprises ainsi que le suivi (gestion administrative des commandes : planning et contacts avec les établissements scolaires**) des fruits et légumes repris au point I.G. du présent cahier spécial des charges aux écoles participant au programme européen 'Fruits et légumes à l'école' selon un calendrier de livraisons déterminé (cf. annexe 1). Ce dernier tient compte de la saisonnalité des fruits et légumes à livrer aux écoles.

Le calendrier des semaines de livraison doit être scrupuleusement respecté. Il est interdit de grouper des livraisons. Tout oubli de livraisons sera sanctionné et la livraison devra toutefois être honorée dans les délais les plus brefs.
Les jours de livraison auront lieu un des jours suivants : le lundi, le mardi, le mercredi matin, le jeudi pendant les heures d'ouverture de l'école.

31. Le fait de ne pas respecter le calendrier de saisonnalité annexé à l'A.M. du 21 septembre 2017 et repris (partiellement) en annexe 1bis du cahier des charges constitue donc bien une irrégularité substantielle.

4.3.1.3. Quant à la motivation

32. Dès lors que l'exigence de saisonnalité est clairement reprise dans les documents du marché et découle d'un acte réglementaire, la motivation de l'acte litigieux, qui souligne le non-respect de cette exigence est, à cet égard, parfaitement adéquate.

La partie requérante ne peut sérieusement affirmer qu'elle ne comprend pas le motif d'irrégularité de son offre, à savoir le fait qu'elle n'a pas respecté l'exigence de saisonnalité pour le chicon.

33. Or, le respect de l'exigence de saisonnalité est, légalement et réglementairement, une exigence de financement par l'Union européenne du programme de distribution de fruits et légumes.

Il en constitue à un élément essentiel, comme cela est décrit ci-dessus.

4.3.1.4. Quant aux possibilités de déviation par rapport au calendrier de livraisons prévues dans les documents du marché

34.La partie requérante invoque, à l'appui de sa requête, le fait que la partie adverse a prévu des possibilités de déroger au calendrier prévu en cas de difficulté d'approvisionnement ainsi que des pénalités en cas de non-respect du calendrier.

35.Les facultés de dérogations accordées aux adjudicataires en cas de pénurie/souci de production le sont 1) dans le respect de la saisonnalité des produits et 2) de façon raisonnée, permettant de relayer les motifs de la dérogation à la commission dans le cadre du contrôle de la bonne exécution du programme.

36.L'existence de pénalité pendant l'exécution du marché en cas de violation du calendrier ne constitue pas une autorisation de produire des offres irrégulières. Au contraire. Il s'agit de deux moyens distincts de garantir, dans la mesure du possible, le respect de la saisonnalité : en amont, par l'examen de la régularité des offres et en aval, par l'application de pénalités.

Cette faculté en aval n'empêche pas le pouvoir adjudicateur d'exiger le respect de cette disposition et donc de déclarer substantiellement irrégulière une offre qui, d'emblée, s'écarte de cette exigence.

La première branche du moyen n'est pas sérieuse ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'obligation de motivation formelle, à laquelle la partie adverse est tenue en vertu des dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. Ces motifs doivent reposer sur les éléments du dossier administratif. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce. L'étendue nécessaire de la motivation dépend des circonstances dans lesquelles la décision est prise.

Au titre de cette obligation de motivation formelle, le pouvoir adjudicateur, confronté à une offre qui lui apparaît déroger à une disposition du cahier spécial des charges, ne peut se limiter à constater cette dérogation. Il doit se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité. Pour motiver la qualification d'irrégularité substantielle, le pouvoir adjudicateur doit nécessairement

faire apparaître la raison pour laquelle il estime devoir retenir le caractère essentiel de la disposition des documents du marché à laquelle l'offre déroge, lorsqu'un tel caractère ne lui est pas expressément reconnu par ces documents.

Le cahier spécial des charges n'indique, à aucun endroit, que la condition de la saisonnalité des produits constitue une exigence substantielle du marché litigieux.

Certes, le cahier spécial des charges précise que le marché s'inscrit dans le programme européen « Fruits et légumes à l'école » dans la perspective d'une alimentation durable. Dans un titre consacré aux « dispositions légales et réglementaires de référence – réglementation spécifique au marché » (point I.A), le cahier des charges cite – il est vrai – divers règlements européens, dont le règlement 1308/2013/UE du 17 décembre 2013 « en ce qui concerne le régime d'aide à la fourniture de fruits et légumes, de bananes et de lait dans les établissements scolaires », ainsi que l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 septembre 2017 relatif à la mise en œuvre du programme européen à destination des écoles fondamentales en exécution de l'article 23 du règlement 1308/2013/UE précité et l'arrêté ministériel du 21 septembre 2017 précisant les modalités de mise en œuvre dans les écoles maternelles et primaires de l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 septembre 2017 précité – dont la partie adverse fait état dans sa note d'observations –. Le cahier mentionne aussi que « le prix constitue une aide octroyée par l'Union européenne financée par le Fonds européen agricole de Garantie (FEAGA), complété d'une aide de la Région wallonne » (point II.B.8).

Le cahier des charges n'indique cependant, nulle part, que la condition de saisonnalité des produits proposés constituerait une exigence imposée par la réglementation ou que le non-respect de cette exigence exposerait les parties à un risque de récupération des aides de la Commission européenne, comme la partie adverse le soutient, pour la première fois, dans sa note d'observations.

Dans la description de l'objet du marché (point I.D), le cahier spécial des charges précise que les produits à livrer sont « les fruits et légumes repris au point I.G. du présent cahier », lequel contient une série d'exigences en termes de qualité et d'hygiène. Concernant la condition de saisonnalité des produits, le cahier des charges se limite à indiquer que le calendrier de livraison « tient compte de la saisonnalité des fruits et légumes à livrer aux écoles » (point I.D, voir également point II.B.4). L'annexe 1*bis* qui contient la liste des « produits admissibles » ne précise pas non plus que, dans le tableau, l'absence d'indication d'un « 1 » dans les colonnes visant les trois périodes de l'année scolaire implique qu'il est interdit de proposer le produit concerné à cette période, à peine de nullité de l'offre.

Dès lors que le cahier des charges ne contient pas l'indication selon laquelle la condition de saisonnalité constituerait une exigence substantielle du marché, il incombait à la partie adverse de faire apparaître, dans la décision motivée d'attribution, la raison pour laquelle elle a estimé devoir lui reconnaître ce caractère.

En l'occurrence, l'acte attaqué se limite à indiquer que trois offres, dont celle de la requérante, comportent « une irrégularité substantielle dans la proposition de calendrier à savoir un non-respect de la saisonnalité [imposée pour le chicon, pour ce qui concerne la requérante] » et à faire figurer les termes « Exigences - annexe 1*bis* du CSC/A.M. 21 septembre 2017 [référence complète] » pour conclure que « le pouvoir adjudicateur est dans l'obligation de considérer ces offres comme irrégulières au sens de l'article 76, § 1er, alinéa 3, de l'ARP pour l'ensemble des lots ».

Une telle motivation paraît *prima facie* insuffisante. Même à considérer que la partie adverse était dans l'obligation de déclarer nulle l'offre de la requérante, il lui incombait de motiver formellement sa décision et de préciser pourquoi la condition de saisonnalité constitue une exigence essentielle du marché, dont le non-respect entache l'offre d'une irrégularité substantielle.

Les explications fournies *a posteriori* par la partie adverse dans les longs développements de sa note d'observations ne permettent pas de pallier l'absence de motivation de l'acte attaqué.

Dans cette mesure, le moyen unique, en sa première branche, est sérieux.

VI. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VII. Confidentialité

La requérante demande que la confidentialité de son offre soit préservée, pour ne pas nuire au secret d'affaires et garantir une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit de la pièce A annexée à la requête.

La partie adverse formule la même demande pour toutes les offres déposées dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux. Il s'agit des pièces confidentielles A à E du dossier administratif.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La suspension de l'exécution de la décision du 26 septembre 2023 du Ministre de l'Économie, du Commerce extérieur, de la Recherche et de l'Innovation, du Numérique, de l'Aménagement du territoire, de l'Agriculture, de l'IFAPME et des Centres de compétence d'attribuer, à la SA FRESHO, les lots 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 18, 19 et 20 du marché public de services visant à fournir des fruits et légumes dans les écoles des communautés française et germanophone participant au programme européen « Fruits et légumes » dans la perspective d'une alimentation durable pour les années scolaires 2023-2024, 2024-2025 et 2025-2026 (cahier spécial des charges n° A3.00.03.00-23-672) est ordonnée.

La demande est rejetée pour le surplus.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A à E du dossier administratif et la pièce A annexée à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 16 novembre 2023, par la VI^e^ chambre du Conseil d'État siégeant en référé composée de :

Florence Piret,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
Vincent Durieux	Florence Piret