

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 213.602 du 31 mai 2011

G./A.185.913/VI-17.588

G./A.185.914/VI-17.589

En cause : **la société anonyme ACCOR T.R.B.,**

ayant élu domicile chez
Me Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories, n° 2,
4020 Liège,

contre :

l'Office national de l'Emploi, en abrégé l'ONEM,

ayant élu domicile chez
Me Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco, n° 7,
1160 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme SODEXHO PASS BELGIUM,

ayant élu domicile chez
Me Patrick THIEL, avocat,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 5 novembre 2007 par la société anonyme ACCOR T.R.B. qui demande l'annulation de "la décision prise par l'Office national de l'Emploi le 19 juillet 2007, déclarant irrégulière son offre relative au marché public n° 32030/2007/01 concernant l'impression et l'édition de titres-services (papier et électroniques), décidant de renoncer à attribuer le marché et de recommencer l'attribution du marché selon la procédure négociée sans publicité" (G./A.185.913/VI-17.588);

Vu la requête introduite le 5 novembre 2007 par la société anonyme ACCOR T.R.B. qui demande l'annulation de "la décision prise par l'Office national de l'Emploi le 6 septembre 2007, attribuant à la s.a. SODEXHO PASS BELGIUM le

marché public n° 32030/2007/02 concernant l'impression et l'édition de titres-services (papier et électroniques)" (G./A.185.914/VI-17.589);

Vu les dossiers administratifs;

Vu la requête introduite le 13 février 2008 par laquelle la société anonyme SODEXHO PASS BELGIUM demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans l'affaire inscrite sous le numéro G./A.185.913/VI-17.588;

Vu la requête introduite le 13 février 2008 par laquelle la société anonyme SODEXHO PASS BELGIUM demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans l'affaire inscrite sous le numéro G./A.185.914/VI-17.589;

Vu les ordonnance du 27 février 2008 accueillant provisoirement les interventions dans les affaires inscrites sous les numéros G./A.185.913/VI-17.588 et G./A.185.914/VI-17.589;

Vu les mémoires en intervention;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. THIBAUT, Premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu les notifications du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu les ordonnance du 28 avril 2011, notifiées aux parties, fixant les affaires à l'audience du 25 mai 2011;

Entendu, en son rapport, M. Paul LEWALLE, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Emmanuel GOURDIN, loco Me Marie VASTMANS, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me Isabelle VAN KRUCHTEN, loco Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Premier auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête sont les suivants :

1. En avril 2007, l'ONEM a élaboré un cahier spécial des charges n° 32030/2007/01 ayant pour objet l' "Impression et édition des titres-services (papier et électroniques)".

2. Le marché de services, à passer selon la procédure de l'appel d'offres général, avait pour objet :

- la tenue d'un registre comportant les coordonnées (nom, adresse, téléphone, adresse électronique, etc.) des entreprises agréées et la garantie de l'accessibilité à ce registre;
- la gestion des commandes individuelles et l'impression de titres-services papier ou la mise à disposition de titres-services électroniques, non-falsifiables et numérotés individuellement et leur fourniture aux utilisateurs;
- la validation des titres-services introduits par les entreprises agréées;
- le paiement à l'entreprise agréée du prix d'acquisition du titre-service augmenté de l'intervention publique et des éventuelles indemnités en cas de mauvaise gestion;
- la gestion des avances versées par l'adjudicateur;
- l'établissement des attestations fiscales pour les utilisateurs conformément aux directives du Service Public Fédéral Finances et conformément à l'article 9 de l'arrêté royal du 12 décembre 2001 concernant les titres-services;
- la fourniture à l'adjudicateur de statistiques relatives aux titres-services et traitées selon le schéma imposé par l'adjudicateur, ainsi que la fourniture de l'information comptable exigée par l'adjudicateur, en vue d'une évaluation permanente du système des titres-services et
- l'information aux utilisateurs et aux entreprises agréées.

L'article 10 du cahier spécial des charges précisait que le choix de l'adjudicataire s'effectuerait sur la base de l'offre régulière la plus avantageuse, compte tenu des critères d'attribution qu'il mentionnait.

L'article 6 du cahier spécial des charges spécifiait que toute offre devait obligatoirement être établie en trois exemplaires, comprenant un original et deux copies, chaque exemplaire devant être présenté selon la structure prévue à l'article 21. Selon cet article, l'offre devait être divisée en neuf chapitres.

Le chapitre 7 concernait le critère d'attribution relatif aux garanties proposées par le soumissionnaire, lui-même subdivisé en deux sections, d'une part, la section 1 (l'annexe 6 complétée) et, d'autre part, la section 2 (les garanties complémentaires telles que, par exemple, les amendes en cas de retard, la présentation du planning et des activités préconisés afin de pouvoir débiter le système actuel à partir du 1^{er} janvier 2008).

3. Le 7 juin 2007, deux sociétés ont remis une offre. Il s'agissait des sociétés anonymes ACCOR T.R.B. et SODEXHO PASS BELGIUM.

4. Le 19 juillet 2007, le comité de gestion de la partie adverse a considéré que les deux offres introduites étaient irrégulières et, sur le fondement de l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, il a décidé qu'à défaut d'offre régulière, il renonçait à attribuer le marché.

Le comité de gestion a marqué son accord sur le lancement d'une nouvelle procédure d'attribution d'un marché public relatif à l'impression et l'édition des titres-services et sur le choix, conformément à l'article 17, § 2, 1^o, d), de la loi du 24 décembre 1993 précitée, de la procédure négociée sans publicité comme mode de passation.

Il s'agit de la décision attaquée par la requête inscrite sous le numéro G./A.185.913/VI-17.588.

Cette décision est rédigée dans les termes suivants :

" Extrait du Procès-verbal n° 07/10 de la séance du Comité de gestion du 19.07.2007.
Marché public n° 32030/2007/01 concernant l'impression et l'édition des titres-services (papier et électroniques) - Analyse des offres (document 07.1014 DIV)

Monsieur l'Administrateur général présente le document.

Après un bref échange, le Comité décide de faire siennes les conclusions du rapport d'évaluation repris ci-dessous :

«I. Introduction

Le marché actuel pour l'impression et la fourniture des titres-services a été attribué à ACCOR TRB en date du 16.11.2004 pour une période de trois ans (01.01.2005 au 31.12.2007). Ce marché a été étendu aux titres-services électroniques et aux titres-services "aide à la maternité".

Afin d'assurer la continuité de la gestion du système des titres-services après le 31.12.2007, il y avait donc lieu de lancer une nouvelle procédure d'attribution de marché.

Conformément à l'arrêté royal du 14.10.1996 relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière d'octroi de concessions de travaux publics au niveau fédéral :

1. Le Comité de gestion, en sa séance du 29.03.2007, a marqué son accord sur l'objet de ce nouveau marché et a délégué aux services le choix du mode de passation, l'élaboration du cahier des charges et le pouvoir d'engager la procédure (article 7 de l'arrêté royal);
2. Le Ministre de tutelle a marqué son accord en date du 02.04.2007 sur la proposition de marché et sur le mode de passation (articles 2 à 5 de l'arrêté royal).

L'avis de marché a été envoyé, via le JEPP (Joint Electronic Public Procurement), en date du 16.04.2007.

Suite aux publications de l'avis sur le site du JEPP (à partir du 16.04.2007), au Journal Officiel de l'Union européenne (référence 2007/S 75-091980 en date du 18.04.2007) et au Bulletin des Adjudications (référence : N 4004 en date du 17.04.2007, page 6875), les firmes mentionnées ci-après ont demandé le cahier spécial des charges :

- ACCOR TRB s.a., avenue Herrmann-Debroux 54 bte 5 1 à 1160 BRUXELLES;
- DE POST, Centre Monnaie à 1000 BRUXELLES;
- Drukkerij FEYS, Spoorwegstraat 8 à 8770 INGELMUNSTER;
- GROUP JOOS, Everdongenlaan 14 à 2300 TURNHOUT;
- INVENTIVE DISTRIBUTION, Sint Bernardsesteenweg 552 à 2660 HOBOKEN;
- SODEXHO PASS BELGIUM, rue Charles Lemaire 1 à 1160 BRUXELLES;
- SPECIAALDRUKKERIJ LIJNCO GRONINGEN BV, Atoomweg 10, te 9743 AK GRONINGEN, NEDERLAND.

II. Ouverture des offres

L'ouverture des offres a eu lieu le jeudi 7 juin 2007 à 10h00. Les firmes mentionnées ci-après ont introduit une offre :

- ACCOR TRB s.a., avenue Herrmann-Debroux 54 bte 5 à 1160 BRUXELLES;
- SODEXHO PASS BELGIUM s.a., rue Charles Lemaire 1 à 1160 BRUXELLES.

Dans la suite de ce document, il sera fait mention respectivement de ACCOR et de SODEXHO pour chacun des soumissionnaires.

III. Choix de l'adjudicataire

L'article 10 du cahier spécial des charges stipule que, en application de l'article 115 de l'arrêté royal d'exécution du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et de concessions de travaux publics, le choix de l'adjudicataire s'effectue sur la base de l'offre régulière qui semble la plus

avantageuse, compte tenu des critères d'attribution mentionnés ci-après par ordre d'importance décroissante :

- le prix proposé par le soumissionnaire pour ses prestations, par titre-service fourni (34/100). La cotation sera déterminée de la manière suivante : cotation = prix le plus bas * 34/prix du soumissionnaire.

Pour ce critère, le prix sera calculé de la manière suivante : Prix = prix par titre-service papier x 0,70 + prix par titre-service électronique x 0,30 où :

- le prix du titre-service papier est équivalent à l'addition des prix proposés pour chaque année budgétaire divisé par cinq
- le prix du titre-service électronique est équivalent à l'addition des prix proposés pour chaque année budgétaire divisé par cinq
- la qualité des services, formulaires et autres propositions du soumissionnaire à l'égard des parties concernées (33/100);
- les garanties proposées par le soumissionnaire notamment en cas de non-respect des obligations contractuelles, telles que, entre autres, le délai de délivrance prévu pour les titres-services commandés et le délai de remboursement des titres-services introduits par les entreprises en vue de paiement (33/100).

IV. Procédure suivie pour l'évaluation des offres

La procédure suivante a été suivie pour évaluer les offres :

- 1° Examen du caractère complet et régulier des offres introduites;
- 2° Sélection qualitative, c'est-à-dire évaluation des candidats sur la base des documents à présenter par les soumissionnaires (attestation de non-faillite, déclaration sur l'honneur d'honorabilité professionnelle, attestation impôts directs et indirects, vérification au niveau de l'ONSS, liste de références, compétence du signataire de l'offre);
- 3° L'évaluation sur la base des critères d'attribution (voir point III).

L'analyse des offres a été effectuée par une commission d'évaluation composée d'agents des directions concernées par l'émission des titres-services, à savoir les Directions Réglementation Crédit-temps et Services de proximité et Services financiers, ainsi que par un Directeur d'un bureau du chômage.

V. Evaluation des offres

Section unique. Examen du caractère complet et régulier des offres

ACCOR

1) La copie électronique de l'offre introduite par ACCOR (sur support cd-rom) ne contenait pas l'offre proprement dite. Le cahier des charges prévoit que l'offre doit être établie en trois exemplaires dont un doit obligatoirement être fourni sur support informatique (article 6, partie I du cahier des charges, pages 6 in fine et 7). Cette irrégularité n'est pas considérée comme substantielle car ACCOR avait fourni deux autres copies (papier) de son offre. Par ailleurs, elle est vraisemblablement due à une erreur de manipulation.

2) Un graphique (diagramme) manque en page 185, point 12.5. Cette irrégularité n'est pas considérée comme substantielle.

3) Les évaluateurs ont constaté que l'offre d'ACCOR ne contenait pas l'annexe 6 du cahier spécial des charges. Or, celui-ci précisait que l'offre devait reprendre

cette annexe complétée (article 21, structure de l'offre, dans la partie I du cahier des charges) ou à tout le moins que les soumissionnaires devaient respecter la structure dudit tableau pour formuler leurs garanties et pénalités. L'objectif de ce tableau était de pouvoir comparer de manière effective les offres quant à ces garanties, essentielles pour la bonne exécution du marché.

Vu que le cahier des charges prévoyait expressément que ce document devait être inséré dans les offres et que ce document a pour but de procéder à une comparaison effective des offres, les évaluateurs constatent que cette offre présente une irrégularité substantielle et considèrent qu'elle doit être de ce fait considérée comme irrégulière.

SODEXHO

a) Les évaluateurs ont relevé les contradictions ou incohérences suivantes dans l'offre de SODEXHO :

- Au niveau des frais de remboursement des titres-services non utilisés : en page 97, SODEXHO annonce que les frais de remboursement sont calculés "par demande" effectuée tandis que dans son courrier (page 137) et formulaire (page 185), il est question de frais de remboursement "par titre".

Les évaluateurs constatent que cette contradiction n'est pas substantielle et n'affecte pas la régularité de l'offre et qu'il y a lieu de retenir la solution la plus favorable pour l'utilisateur, solution reprise par ailleurs dans le corps du texte.

- Au niveau de la confirmation de l'inscription: SODEXHO prévoit l'envoi d'une communication confirmant l'inscription à l'utilisateur (page 78). SODEXHO précise qu'elle contient plusieurs documents, formulaires, brochures, ... bien que celle-ci puisse également se faire par sms.

Les évaluateurs constatent que cette incohérence n'est pas substantielle.

- Au niveau de l'échange des titres-services électroniques non utilisés : SODEXHO indique d'abord que l'échange est immédiat et gratuit, mais indique ensuite que l'alimentation du portefeuille électronique du particulier se fait immédiatement après réception du paiement des frais administratifs (p. 285).

Les évaluateurs constatent que cette contradiction n'est pas substantielle et n'affecte pas la régularité de l'offre et qu'il y a lieu de retenir la solution la plus favorable pour l'utilisateur, solution qui est mise en évidence (en bleu) dans le corps du texte.

b) Par ailleurs, la commission d'évaluation a estimé utile et nécessaire de poser trois questions à SODEXHO en vue d'obtenir une justification et des précisions.

Ces questions étaient les suivantes :

1. Veuillez apporter la justification du prix, apparemment anormalement bas, que vous proposez pour les prestations de services relatives au titre-service, singulièrement pour les prestations de services relatives au titre-service papier.
2. Veuillez apporter des précisions relatives au procédé de conservation et de classement des titres-services papier et électroniques qui permet au minimum une recherche par numéro d'agrément et par mois de référence (cf. article 15 du cahier des charges).

3. Veuillez apporter des précisions relatives au système permettant de mettre en relation les données en possession relatives aux entreprises agréées et aux utilisateurs (cf. article 16 du cahier des charges).

SODEXHO était prié de donner ses réponses dans les 12 jours de calendrier. La demande a été faite le 28.06.2007 et la réponse a été réceptionnée le 09.07.2007, soit dans le délai imparti.

Analyse des réponses apportées par SODEXHO :

Question 1

Les évaluateurs constatent que SODEXHO a apporté suffisamment d'éléments pour justifier son prix, d'autant plus qu'il a tenu compte de postulats prudents tels qu'un volume d'émission de titres-services qui resterait stable sur la durée du marché.

Question 2

L'article 15 (partie II) du cahier des charges, prévoit que "la société émettrice détermine un procédé de conservation et de classement des titres-services papier et électroniques (par exemple, scanning ou conservation organisée des titres papier) qui permet au minimum une recherche par numéro d'agrément et par mois de référence".

Dans sa réponse, SODEXHO précise que, lors de l'élaboration de son offre, il a analysé plusieurs options et qu'il a opté pour la "conservation organisée des titres-services papier et électroniques" : "Sodexho dispose d'une base de données qui permet de fournir régulièrement des informations en conformité avec les critères jugés pertinents par l'ONEM. De nombreuses données des Titres-Services seront conservées et permettront de classer les Titres-Services et de faire les recherches nécessaires Notre base de données de type relationnel permet non seulement une recherche par numéro d'agrément et de liens entre les différentes entités du système des Titres-Services et offre ainsi une rapidité de recherche et une garantie de conformité."

Les deux autres options étant le stockage des titres papiers (solution écartée par SODEXHO à cause du volume de stockage) et le scanning de l'image intégrale recto verso du Titre-Service (solution écartée par SODEXHO).

Dans son offre, SODEXHO prévoit :

- Page 8: "nous garantirons la conservation de tous les documents relatifs au fonctionnement des titres-services pendant 10 ans"
- Page 68: SODEXHO présente une machine pour la lecture optique des chèques.
- Page 380: SODEXHO prévoit une garantie relative à la conservation des données relatives aux Titres-Services
- Page 413: SODEXHO rappelle qu'il s'engage à conserver les documents et données relatifs aux titres-services pendant 10 ans.

Evaluation

En précisant qu'il a choisi l'option relative à la "conservation organisée des Titres-services papier et électroniques" et à la lecture des explications, les évaluateurs constatent que SODEXHO présente un système relatif à la conservation des données mais qui ne prévoit rien quant à la conservation et au classement des titres-services papiers alors que l'article 15 (partie II) du cahier des charges précise que la société émettrice doit déterminer un procédé de conservation et de classement des titres-services. Cette interprétation est confirmée

par le fait que SODEXHO a exclu les options relatives au stockage des titres papiers et au scanning.

Les évaluateurs constatent dès lors que cette absence de procédé de conservation qui est un élément technique essentiel constitue une irrégularité substantielle et rend donc l'offre irrégulière.

Question 3

L'article 16 (partie II) du cahier des charges prévoit que "la société émettrice s'engage à fournir aux services d'inspection, sur simple demande et gratuitement, les documents ou renseignements qu'ils jugent indispensables ... A cette fin, la société émettrice met sur pied un système permettant de mettre en relation les données en sa possession relatives aux entreprises agréées et aux utilisateurs. Elle doit donner aux contrôleurs l'accès informatique à ses fichiers et banques de données relatifs aux titres-services. Tout moyen supplémentaire de contrôle proposé par le soumissionnaire sera apprécié positivement".

Dans sa réponse, SODEXHO rappelle qu'il dispose d'une base de données qui permet le croisement des données. SODEXHO expose ensuite les différentes solutions techniques qu'il a envisagées afin de garantir l'accès à ces informations aux agents habilités par l'ONEM. SODEXHO laisse le choix à l'ONEM des informations et du mode de communication de celles-ci.

Dans son offre, SODEXHO prévoit :

- Pages 82 et 111 : consultation on-line de statistiques via extranet sécurisé
- Page 90 : possibilité d'obtenir des statistiques supplémentaires;
- Page 111 : l'extranet sécurisé permet à l'ONEM de consulter les statistiques en temps réel
- Page 215 : exemple d'écran pour l'extranet sécurisé. Cet écran ne mentionne pas d'accès spécifique pour les contrôleurs.
- Page 377 : garanties relatives à la transmission de données statistiques.

Evaluation

Dans sa réponse, SODEXHO mentionne trois solutions qui ne se retrouvent pas formellement dans son offre. Par ailleurs, même si les statistiques proposées reprennent un grand nombre de données, SODEXHO n'a pas rencontré dans son offre l'obligation de prévoir un système permettant de mettre en relation les données en sa possession relatives aux entreprises agréées et aux utilisateurs.

Les évaluateurs constatent dès lors que SODEXHO n'a pas proposé dans son offre le système tel que demandé à l'article 16.1 (partie II) du Cahier des charges qui est un élément technique essentiel et que ceci constitue une irrégularité substantielle.

En outre, les trois solutions développées dans la réponse aux questions posées sont modificatives de l'offre initiale de sorte qu'elles rendent l'offre irrégulière.»

Le Comité de gestion constate dès lors que les deux offres introduites sont irrégulières. Il décide, conformément à l'article 18 de la loi du 24.12.1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, faute d'offre régulière, de renoncer à attribuer le marché 32030/2007/01. Il marque son accord sur le lancement d'une nouvelle procédure d'attribution d'un marché public relatif à l'impression et l'édition des titres-services (papier et électroniques) et sur le choix, conformément à l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24.12.1993, susmentionnée, de la procédure négociée sans publicité comme mode de passation.

Il délègue aux services l'élaboration du cahier des charges et le pouvoir d'engager la procédure".

5. Un nouveau cahier spécial des charges n° 32030/2007/02 relatif à l'impression et l'édition des titres-services (papier et électroniques) a ensuite été adopté, prévoyant le recours à la procédure négociée sans publicité comme mode de passation.

6. Le 20 août 2007, deux sociétés ont remis une offre. Il s'agit des mêmes sociétés anonymes ACCOR T.R.B. et SODEXHO PASS BELGIUM.

7. Le 6 septembre 2007, le comité de gestion de la partie adverse a constaté que l'offre régulière la plus avantageuse avait été introduite par la société SODEXHO PASS BELGIUM.

Il s'agit de la décision attaquée par la requête inscrite sous le numéro G./A.185.914/VI-17.589.

Cette décision se présente comme suit :

" Extrait du procès-verbal n° 07/11 de la séance du Comité de gestion du 06.09.2007

Marché public n° 32030/2007/02 concernant l'impression et l'édition de titres-services (papier et électroniques) - Evaluation des offres (document 07.1109 DIV)

Monsieur l'Administrateur général présente le document.

Après un bref échange, le Comité décide :

1. de faire siennes les conclusions du rapport d'évaluation qui lui a été présenté;
 2. que l'offre la plus avantageuse a été introduite par Sodexho Pass Belgium s.a.
 3. que le marché 32030/2007/02 concernant l'impression et l'édition des titres-services (papier et électroniques) sera attribué à Sodexho Pass Belgium s.a.
- Le Comité a pris ces décisions sur la base des éléments suivants :

«I. Introduction

Le marché actuel pour l'impression et la fourniture des titres-services a été attribué à ACCOR TRB en date du 16.11.2004 pour une période de trois ans (01.01.2005 au 31.12.2007). Ce marché a été étendu aux titres-services électroniques et aux titres-services "aide à la maternité".

Afin d'assurer la continuité de la gestion du système des titres-services après le 31.12.2007, il y avait donc lieu de lancer une nouvelle procédure d'attribution de marché.

Une première procédure d'attribution par appel d'offres général a été lancée et, consécutivement aux diverses publications de l'avis de marché, deux offres ont été introduites. Suite à l'évaluation du caractère complet et régulier de ces offres, le Comité de gestion a, lors de sa séance du 19.07.2007 :

1. Constaté que les deux offres introduites étaient irrégulières;

2. Décidé de renoncer à attribuer le marché 32030/2007/01 pour la raison énoncée ci-dessus;
3. Décidé, conformément à l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24.12.1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, d'attribuer le marché à la suite d'une procédure négociée sans publicité;
4. Délégué aux services le pouvoir d'élaborer le nouveau cahier spécial des charges et d'engager la procédure.

Les services ont adapté le cahier des charges à la nouvelle procédure et l'ont fait parvenir en date du 01.08.2007 aux deux soumissionnaires.

II. Ouverture des offres

L'ouverture des offres a eu lieu le lundi 20.08.2007 à 9h30. Les deux soumissionnaires mentionnés ci-après ont introduit une offre :

- ACCOR TRB s.a., avenue Herrmann-Debroux 54 bte 5 à 1160 BRUXELLES;
- SODEXHO PASS BELGIUM s.a., rue Charles Lemaire 1 à 1160 BRUXELLES.

Dans la suite de ce document, il sera fait mention respectivement de ACCOR et de SODEXHO pour chacun des soumissionnaires.

III. Choix de l'adjudicataire

L'article 10 du cahier spécial des charges stipule que, en application de l'article 115 de l'arrêté royal d'exécution du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et de concessions de travaux publics, le choix de l'adjudicataire s'effectue sur la base de l'offre régulière qui semble la plus avantageuse, compte tenu des critères d'attribution mentionnés ci-après par ordre d'importance décroissante :

- le prix proposé par le soumissionnaire pour ses prestations, par titre-service fourni (34/100). La cotation sera déterminée de la manière suivante : cotation = prix le plus bas * 34/prix du soumissionnaire.

Pour ce critère, le prix sera calculé de la manière suivante : Prix = prix par titre-service papier x 0,70 + prix par titre-service électronique x 0,30 où :

- le prix du titre-service papier est équivalent à l'addition des prix proposés pour chaque année budgétaire divisé par cinq;
- le prix du titre-service électronique est équivalent à l'addition des prix proposés pour chaque année budgétaire divisé par cinq.
- la qualité des services, formulaires et autres propositions du soumissionnaire à l'égard des parties concernées (33/100);
- les garanties proposées par le soumissionnaire notamment en cas de non-respect des obligations contractuelles, telles que, entre autres, le délai de délivrance prévu pour les titres-services commandés et le délai de remboursement des titres-services introduits par les entreprises en vue de leur paiement (33/100).

IV. Procédure suivie pour l'évaluation des offres

La procédure suivante a été suivie pour évaluer les offres :

- 1° Examen du caractère complet et régulier des offres introduites;

2° Sélection qualitative, c'est-à-dire évaluation des candidats sur la base des documents à présenter par les soumissionnaires (liste de références, compétence du signataire de l'offre).

Conformément à la circulaire du 23 avril 2007 relative à la simplification administrative et à la déclaration sur l'honneur implicite relative à la situation personnelle dans le cadre de la sélection qualitative, publiée au Moniteur belge du 27.04.2007, les soumissionnaires, par le seul dépôt de leurs offres, ont attesté sur l'honneur qu'ils satisfaisaient aux critères de sélection qualitative suivants: non-faillite, déclaration sur l'honneur d'honorabilité professionnelle, impôts directs et indirects, ONSS et respect des conventions OIT. La vérification relative à ces critères s'effectuera avant que la décision d'attribuer ne soit prise.

3° L'évaluation sur la base des critères d'attribution (voir point III). S'agissant d'une procédure négociée, les offres introduites ont d'abord été examinées sur le plan de la régularité et sur la base des critères de sélection qualitative qui devaient être joints à l'offre.

Ensuite, les offres régulières et satisfaisant aux critères de sélection qualitative ont été analysées une première fois sur la base des critères d'attribution.

Le pouvoir adjudicateur a estimé que le cahier des charges était suffisamment complet et dès lors, n'a pas estimé devoir entamer des négociations relatives à des propositions complémentaires aux dispositions techniques reprises dans le cahier des charges. Les soumissionnaires ont néanmoins été invités à introduire au minimum une offre modifiée ou à ajouter des pièces supplémentaires à leur offre initiale (BAFO = best and final offer). Cette invitation a été transmise, par télécopie et par recommandé, le 27.08.2007 aux deux soumissionnaires.

En date du 31 août 2007, soit dans le délai imparti pour introduire la BAFO, les réponses suivantes ont été reçues :

1. ACCOR n'a pas souhaité modifier son offre du 17 août 2007.
2. SODEXHO a apporté quelques modifications ou améliorations à son offre, à savoir l'augmentation de la pénalité en cas de retard dans la transmission des statistiques, la diminution des tranches de volume dans le cadre de sa garantie de réduction de prix, l'augmentation de deux pénalités dans le cadre du plan de transition, et l'augmentation de la pénalité au niveau de la garantie de la mise à disposition des formulaires et autres documents dans les trois langues nationales. Ces modifications font partie intégrante de l'offre de SODEXHO.

Les versions définitives des offres ont enfin été confrontées aux critères d'attribution (voir point III).

L'analyse des offres a été effectuée par une commission d'évaluation composée d'agents des directions concernées par l'émission des titres-services, à savoir les Directions Réglementation Crédit-temps et Services de proximité, ainsi que par un Directeur d'un bureau du chômage et un Directeur adjoint d'un autre bureau. Les cotations données pour les deuxième et troisième critères d'attribution sont la moyenne des cotes données par chaque évaluateur.

V. Evaluation des offres

1. Examen du caractère complet et régulier des offres introduites

Après examen des offres, il ressort que ACCOR et SODEXHO ont chacun introduit une offre complète et régulière.

2. Sélection qualitative, c'est-à-dire évaluation des candidats sur la base des documents à présenter par les soumissionnaires (attestation de non-faillite, déclaration sur l'honneur d'honorabilité professionnelle, attestation impôts directs et indirects, vérification au niveau de l'ONSS, liste de références, compétence du signataire de l'offre).

Après examen des offres, il ressort que ACCOR et SODEXHO satisfont aux critères de sélection qualitative vérifiables au moment de l'évaluation.

3. Evaluation des offres complètes et régulières sur base des critères d'attribution (voir point III)

3.1. le prix proposé par le soumissionnaire pour ses prestations, par titre-service fourni (34/100).

Il ressort des offres que les soumissionnaires proposent les prix suivants (où le prix est calculé conformément à l'article 10 du cahier spécial des charges) :

Soumissionnaires	Prix
ACCOR	0,19125
SODEXHO	0,0852

Conformément à l'article 10 du cahier spécial des charges, les cotes suivantes sont attribuées :

- ACCOR 15,1466/34
- SODEXHO 34/34

3.2. la qualité des services, formulaires et autres propositions du soumissionnaire à l'égard des parties concernées (33/100).

D'une manière générale, il ressort que les soumissionnaires proposent les services mentionnés dans le cahier spécial des charges.

Les évaluateurs ont analysé chaque offre afin de pointer pour chacune les points forts ou positifs et les points faibles ou négatifs. Cette analyse a été faite par thème et a donné les commentaires suivants :

Remarque : le compte rendu de l'évaluation a pour but de procéder à l'examen comparatif et de pointer les forces et faiblesses de chaque offre. Les éléments repris ci-dessous se réfèrent, sauf mention contraire, aux points forts par lesquels une offre se démarque par rapport à l'autre et/ou aux éléments qui ne se retrouvaient pas ou pas dans la même mesure dans les offres.

Inscription de l'utilisateur

- Accor propose d'étudier l'inscription via eID.
- Accor : Serveur vocal général qui permet de recevoir/retrouver numéro d'inscription 24h/24.
- En cas d'inscription on-line Accor prévoit une confirmation de l'inscription en deux phases : immédiatement on-line ("express") et confirmation écrite.
- Sodexho prévoit une confirmation écrite plus rapidement (J+1) que Accor (J+4).
- Sodexho prévoit la possibilité de confirmation par sms.
- Accor précise qu'il vérifie la condition de résidence sur la base du NISS.
- Lors de l'envoi de la confirmation: Sodexho joint le formulaire de demande de remboursement ou d'échange; Accor envoie automatiquement les accès extranet (login + mot de passe) ainsi qu'une carte mémo personnalisée.
- En cas d'oubli de son numéro d'utilisateur, Accor a prévu la "carte mémo" personnalisée + Serveur vocal interactif général.

Commande

- Sodexho : ouverture de huit comptes en banque différents ce qui permet de raccourcir les délais.
- Accor : si l'utilisateur a opté pour une communication électronique il recevra une confirmation par mail de sa commande validée mais sans plus de précision (à partir de juillet 2008)
- Sodexho : confirmation dans tous les cas et avec mention de la date d'envoi de titres.
- Sodexho propose d'office un module de paiement intégré.

Païement erroné

- Accor donne plus de détails en ce qui concerne les paiements erronés et les contacts avec les clients qui les ont effectués. Accor joint, lors de sa communication écrite vers l'utilisateur, un exemple type de virement personnalisé au nom de l'utilisateur.

Envoi titres-services papier

- Accor a une convention avec La Poste avec des délais à respecter et un suivi des engagements.
- Délai d'envoi : Sodexho prévoit dans tous les cas un envoi dans un délai plus court que Accor.

Non-réception titres-services papier

- Sodexho prévoit la possibilité de déclaration on-line. Les nouveaux titres sont envoyés dans un délai plus rapide que Accor.
- Accor : pas de déclaration on-line mentionnée puisqu'il exige une déclaration sur l'honneur. Délai : 1 mois pour pouvoir d'abord vérifier le statut du titre-service.

Titres perdus ou volés

- Sodexho prévoit le remplacement ou le remboursement dans un délai nettement plus rapide.
- Les frais de remboursement sont plus avantageux chez Sodexho car ils sont calculés par demande.
- Sodexho informe l'utilisateur lorsque des titres-services perdus ou volés sont présentés contre remboursement et les titres-services sont renvoyés comme preuve.

Echange titre non utilisé

- Accor prévoit une demande on-line d'échange avec suivi sur extranet et gratuité si changement de profil (passage titre papier au titre électronique).
- Le délai d'échange et de remboursement est plus rapide chez Sodexho
- Les frais de remboursement sont plus avantageux chez Sodexho car ils sont calculés par demande.

Perte ou vol dans le chef de l'entreprise ou du travailleur

- Accor est plus souple et plus détaillé au niveau de la procédure mais prévoit un délai nettement plus long que Sodexho.

Présentation du titre

- Sodexho propose aux entreprises agréées le prêt d'une douchette qui permet de scanner le code-barre des titres-services afin d'alléger la charge administrative.

Enlèvement des titres-services dans les entreprises/Remise des titres par les entreprises

- Accor confirme la remise des titres par l'envoi d'un mail (à partir du 01.07.2008) et prévoit une possibilité de déclarer on-line la remise de titres-services papier. Accor envoie un mail avec justificatif au moment du paiement mais à partir du 01.03.2008.
- Sodexho confirme la remise plus tard au moment de la vérification des titres-services (-) mais il donne le montant qui sera versé (+).
- Accor communique l'identité de l'utilisateur qui a remis un titre périmé, à partir du 01.03.2008.
- Accor prévoit une procédure en cas de divergence entre le comptage des titres-services remis.
- Accor prévoit une boîte de rangement spécifique pour la remise des titres-services par les entreprises mais n'en mentionne pas l'éventuel coût.

Facturation

- Sodexho prévoit l'envoi de factures électroniques.
- Accor propose un signal lorsque les 85 p.c. de l'enveloppe budgétaire sont atteints.

Attestation fiscale

- Accor prévoit un signal pour l'utilisateur afin de l'informer qu'il arrive à la limite des sommes déductibles.
- Accor envisage la possibilité de recevoir son attestation fiscale sous format électronique (Certipost) et leur obtention via l'extranet.

Information aux acteurs du système

• Généralités

- Accor privilégie la gestion du flux des appels en distinguant les questions standardisées qui pourront recevoir une réponse sur le SVI (Serveur Vocal Interactif) et, dès lors, se concentre sur les questions plus spécifiques lors de contacts téléphoniques. Le SVI est accessible 24h/24, 7j/7
- Le menu du SVI ACCOR offre plus de possibilités.
- Sodexho privilégie le contact téléphonique pendant les heures d'ouvertures et ne prévoit un SVI qu'en dehors des heures d'ouverture.
- Accor : environnement non mutualisé (SVI).
- Accor a un service de reconnaissance du numéro de téléphone de l'appelant (CTI) ce qui permet la remontée des fiches de l'appelant en temps réel sur l'écran des opérateurs du Call Center à partir du 01.03.2008.
- Accor prévoit une gestion des priorités dans les appels entrants.
- Système de rappel présent chez les deux soumissionnaires :
Sodexho, rappel de toute personne ayant laissé un message, ainsi que ses coordonnées, au plus tard le jour ouvrable suivant la réception de l'appel et Accor dispose d'un système "call back" qui en cas de surcharge momentanée de l'activité téléphonique et si l'utilisateur le souhaite, enregistre son numéro. Ce numéro est alors rappelé automatiquement, endéans la journée.
- Sodexho fait intervenir les communes dans son système d'information (ce n'est pas jugé comme pertinent par les évaluateurs). On constate en fait une petite confusion entre les entreprises agréées et les acteurs locaux.

• Site internet

- Sodexho donne directement sur chaque page du site un numéro de téléphone direct de la cellule titres-services.
- Présentation plus conviviale chez Sodexho (jeu d'acteur).

- Extranet

- Globalement les deux propositions sont semblables à l'exception de ce qui suit :
- Accor : possibilité de remise on-line (cf. supra), liste noire des titres-services volés, "boîte à message" qui permet d'envoyer un message directement vers l'entreprise agréée (sans qu'il soit nécessaire d'avoir un e-mail), création d'une Académie virtuelle à partir du 01.03.2008, formation e-learning, utilisation eLD.

- Service gestion des plaintes

- Sodexho prévoit l'envoi dans les 24 heures d'un accusé de réception et propose de traiter les plaintes dans un délai de J+1.
- Accor ne mentionne pas de délai de la gestion de la plainte. Un mail est envoyé lors de la résolution de la plainte.

APIWEB + TS DC ASP

- Accor propose un logiciel d'intégration des données "entreprises agréées" et "société émettrice" afin de permettre leurs transferts de l'un vers l'autre. Le module API WEB offre des fonctionnalités de couplage (via l'échange de fichiers XML) entre le logiciel de gestion utilisé par les entreprises agréées et la plate-forme Accor Services ce qui permet l'importation et l'exportation de prestations et travailleurs entre les entreprises agréées et la plate-forme.
- Accor propose également un logiciel gratuit de gestion administrative des titres-services, disponible à partir de 2009.
- Accor propose une check list pour les entreprises agréées afin de vérifier la conformité des remises.

Contrôle et archivage

- Archivage

- Accor présente un système informatique de stockage nettement plus important que Sodexho.
- Sodexho conserve les données et les documents pendant 10 ans.
- Accor : proposition détaillée d'un archivage dynamique avec extraction des données qui peuvent être triées. Système d'auto-validation grâce à un nouveau modèle de titre-service réellement innovant pour permettre un scanning dynamique (contrôle de la présence de certaines données), à partir du 01.03.2008.

- Contrôle

- Accor : les contrôleurs ONEM ont accès à l'extranet entreprises et utilisateurs avec code d'accès unique + création d'un module de détection des fraudes jugé comme très positif. Accor prévoit également la mise en place de modules ICR permettant des vérifications supplémentaires, à partir du 01.03.2008.
- Suite au système d'archivage proposé par Accor, l'ONEM disposera, pour ses contrôles, d'une interface web sécurisée, accessible depuis ses bureaux, avec laquelle il pourra faire des recherches dans la base de données selon plusieurs critères.

- Sodexho propose un dispositif identique d'extranet spécifique pour les contrôleurs avec une liste des différents rapports disponibles; toutefois la manière dont certaines données proposées vont être récoltées n'est pas claire (par ex. date de prestation).
- Sodexho prévoit un instrument d'analyse (Powerplay) qui permet l'analyse et l'exploitation des données. Une journée de formation est prévue pour un agent de l'ONEM.

Divers

- Chez Accor, Newsletter spécifique pour les entreprises (communication mensuelle) et pour les utilisateurs (communication semestrielle).
- Accor prévoit une "académie virtuelle", sorte de e-learning accessible via l'extranet, à partir du 01.03.2008.
- Sodexho dispose de responsables informatiques disponibles en Belgique.

Mise à disposition des titres-services (titres-services électroniques)

- Sodexho prévoit une mise à disposition instantanée.
- Accor prévoit une mise à disposition instantanée si paiement effectué via Quick Order, sinon J+1 si une recherche manuelle est nécessaire.

Confirmation commande/mise à disposition (titres-services électroniques)

- Sodexho prévoit toutes les possibilités (e-mail, fax, courrier, sms).
- Accor prévoit e-mail ou sms mais prévoit un signal lorsque le solde est de 5 titres-services avec possibilité de prévoir une domiciliation couplée.

Echange des titres-services électroniques

- Sodexho prévoit un échange immédiat et gratuit.

Remboursement titres-services électroniques

- Sodexho est plus avantageux au niveau des frais, comptabilisés par demande.
- Accor est plus avantageux au niveau du délai.

Validation par entreprise agréée (titres-services électroniques)

- Accor prévoit, à partir du 01.03.2008, la mise en place d'un système de gestion spécifique pour les prestations non payées avec un module de relance automatique des utilisateurs négligents.

Portefeuille électronique (titres-services électroniques)

- Accor prévoit un débit automatique du portefeuille électronique lorsque l'utilisateur l'approvisionne.

Demande de remboursement titres-services électroniques par l'entreprise

- Accor prévoit une option de création automatique de demande de remboursement.

Délai remboursement aux entreprises (titres-services électroniques)

- Accor : J+2 avec envoi d'un e-mail détaillé vers les entreprises (l'e-mail est plus détaillé chez Accor).

Repassage (titres-services électroniques)

- Accor propose une solution pour les activités de repassage et titres-électroniques.

Statistiques

- Sodexho parle de statistiques disponibles en temps réel (on-line).
- Accor indique que l'ONEM aura accès aux diverses statistiques demandées, via son espace personnel sur le site internet et enverra, par mail à la Direction Statistique de l'ONEM, au plus tard le 10 de chaque mois, les données statistiques relatives au mois écoulé.
- Accor propose l'envoi d'un fichier des commandes de plus de 750 titres-services dans le cadre du contrôle.
- Les propositions de Sodexho au niveau statistique sont plus nombreuses et plus détaillées et sont d'office gratuites. Sodexho prévoit aussi la mise à disposition de statistiques à destination des entreprises agréées.
- Accor propose d'ajouter le type d'entreprise agréée dans les statistiques relatives aux titres-services remboursés, ce qui permettra à l'ONEM d'obtenir le nombre de titres-services remboursés aux ALE (intéressant dans le cadre de la facturation des frais du personnel aux ALE-sui generis).

Inscription des entreprises

- Accor prévoit une inscription automatique suite à la réception du listing des agréments transmis par le secrétariat de la Commission. Ensuite, Accor prend contact avec l'entreprise et lui transmet, dans un délai de J + 1 à compter de la réception du fichier XML, un "Welcome Pack" (Sodexho ne prévoit la distribution d'un "Welcome Pack" que dans le cadre de la période de transition). Sodexho encode les données que l'ONEM lui transmet et les ajoute à la liste (pas de précisions techniques sur cet encodage). Sodexho ne parle pas de "Welcome Pack" mais prend contact avec l'entreprise, par courrier, par e-mail ou par téléphone, afin de lui fournir les informations nécessaires au démarrage de l'activité et à la procédure de remboursement au plus tard le jour ouvrable suivant la notification de l'agrément.
- Sodexho prévoit un formulaire d'inscription. Les évaluateurs se posent la question de son utilité.
- Accor prévoit un accompagnement des entreprises qui est plus détaillé et complet (cf. également coaching spécial) tandis que chez Sodexho, c'est la Cellule titres-services qui se charge de cet accompagnement ce qui est moins complet que la proposition d'Accor.
- Sodexho prévoit également des sessions d'infos pour les entreprises agréées mais n'en parle que dans le cadre des mesures de transition.

Liste des entreprises

- Accor prévoit la possibilité de sélectionner les entreprises nouvellement agréées.
- A partir du 01.07.2008, Accor proposera une carte géographique interactive.
- Accor propose d'examiner la technologie de géolocalisation.
- Accor détaille plus la gestion du flux électronique de la liste des entreprises agréées.

Autres services proposés

- Le Conseil consultatif proposé par Sodexho n'est pas jugé comme pertinent par les évaluateurs.
- Sodexho prévoit une carte d'identification pour le travailleur avec une photo.

- Accor propose un système de "quick delivery" de titres non-nominatifs auprès des bureaux de la Poste.
- Accor propose un système de suivi des titres en cas de changement d'adresse en collaboration avec La Poste (Do my move).

Formulaires

- Le contenu est plus efficace et précis chez Accor (exemples : virement pré-rempli, numéro de compte sur lequel le remboursement aura lieu, etc.).
- Les courriers et les mails ont une mise en page plus lisible chez Sodexho.

Autres services

- Sodexho s'engage sur une réduction de prix en cas d'augmentation du volume des titres.
- En cas de demande d'amélioration /modification du système, Sodexho s'engage à répondre dans les 24 heures avec présentation du coût et d'un planning.
- Sodexho prévoit la mise à disposition des entreprises agréées de matériel publicitaire (logo, images, ...).

Compte tenu de l'offre de services et en particulier des éléments mentionnés ci-dessus et de leur pertinence, la cotation suivante est attribuée pour ce critère :

• ACCOR.	28,875/33
• SODEXHO	23,2/33

3.3. les garanties proposées par le soumissionnaire notamment en cas de non-respect des obligations contractuelles, telles que, entre autres, le délai de délivrance prévu pour les titres-services commandés et le délai de remboursement des titres-services introduits par les entreprises en vue de leur paiement (33/100).

De l'examen comparatif des offres, il ressort que les soumissionnaires ont notamment proposé les garanties et pénalités suivantes dans le cadre de l'exécution du marché :

Remarque: le compte rendu de l'évaluation a pour but de procéder à l'examen comparatif et de pointer les forces et faiblesses de chaque offre. Les éléments repris ci-dessous se réfèrent, sauf mention contraire, aux points forts par lesquels une offre se démarque par rapport à l'autre et/ou aux éléments qui ne se retrouvaient pas ou pas dans la même mesure dans les offres.

Transition

- Dans un premier temps, les évaluateurs ont constaté que Sodexho présente un plan de communication et un planning de transition bien détaillé. Il est par ailleurs assorti de pénalités financières. En ce qui concerne Accor, adjudicataire du marché actuel, la problématique n'avait pas à être développée de façon détaillée (à noter, dès lors, que ce point n'a pas influencé la cotation de l'un ou de l'autre soumissionnaire).

Garanties et pénalités prévues dans l'annexe 6

- Suite à la comparaison de l'annexe 6 du cahier des charges complétée par chacun des soumissionnaires, il ressort que Sodexho est plus avantageux pour la grande majorité des délais et pénalités demandés.

Autres garanties et pénalités

- Sodexho prévoit une pénalité de 500 EUR par demande pour tout retard relatif à la transmission de données relatives aux titres-services (lié au non-respect de la conservation des données relatives aux titres-services).
- Accor propose des garanties dans le cadre du remboursement et de l'échange des titres-services, ainsi que dans le cadre du remboursement aux utilisateurs de paiements non valides.
- Accor prévoit des garanties dans le cadre de l'envoi du mot de passe aux entreprises nouvellement agréées.
- Accor prévoit une pénalité au niveau de l'envoi de la e-Newsletter et de l'organisation des sessions de formation "titre-service électronique".
- Accor prévoit une pénalité pour l'envoi des données à l'administration fiscale.
- Accor prévoit une pénalité en cas de retard dans l'enlèvement des titres-services papier.
- Accor prévoit une pénalité en cas d'intégration tardive des entreprises nouvellement agréées.
- Paiement des intérêts à l'ONEM : Accor prévoit que le paiement effectué après le 31 mars donne droit au paiement d'une pénalité par jour de retard.
- En ce qui concerne les pénalités payables aux utilisateurs, Accor prévoit qu'elles ne seront payables qu'à partir de 6,70 EUR (système de tirelire). Vu le faible montant de ces pénalités, on peut se demander si elles ne resteront pas purement théoriques pour les utilisateurs.

Informatique et matériel

- Au niveau des garanties d'accessibilité à l'infrastructure informatique, Accor propose une pénalité par tranche de 0,5 % en dessous du taux de disponibilité minimal pendant les périodes sensibles.
- Accor prévoit également une pénalité par tranche de 1 % en dessous du temps de réponse fixé pour l'accès aux extranets et pour le SVI "travailleurs".
- Au niveau de la continuité du service (DRP) Sodexho présente un DRP plus complet pour toutes les étapes de la production. Sodexho prévoit le doublement des services impression et serveurs: deux sites chez Sodexho et reprise dans les 6 heures, ainsi qu'une "double solution web de bout en bout". Chez Accor, il existe un site de production, et un dépannage (et non une reprise) est prévu dans les 4 heures.
- Sodexho stocke les fonds de chèque dans deux lieux différents.
- Sodexho prévoit qu'en cas d'évolution du dispositif, il y aura adaptation technique sans augmentation du prix.

Garanties de qualité

- Sodexho présente les certifications supplémentaires suivantes ISO 14001 : 2004 et Sarbanes Oxley.

Compte tenu des différentes garanties et des commentaires mentionnés ci-dessus et en fonction de leur pertinence, la cotation est la suivante :

• ACCOR	25,25/33
• SODEXHO	28,25/33

3.4. Le total des points obtenus :

• ACCOR	$15,1466 + 28,875 + 25,25 = 69,2716/100$
• SODEXHO	$34 + 23,2 + 28,25 = 85,45/100$

L'offre régulière la plus avantageuse a dès lors été introduite par SODEXHO»".

8. Le 14 septembre 2007, la requérante a fait signifier à l'ONEM une citation à comparaître devant le Président du tribunal de première instance de Bruxelles.

Elle visait à obtenir, sur le fondement de l'article 159 de la Constitution, le refus d'application des décisions de l'ONEM prises, respectivement, les 19 juillet et 6 septembre 2007, l'interdiction de notifier à la société SODEXHO PASS BELGIUM l'attribution du marché litigieux et une injonction à l'ONEM de reprendre la procédure au stade qui était le sien avant sa décision du 19 juillet déclarant à tort irrégulière l'offre de la société ACCOR T.R.B. La requérante demandait à ce que l'ordonnance à intervenir soit déclarée commune à l'égard de la société SODEXHO PASS BELGIUM, ordonnance dont les effets cesseraient, le cas échéant, lors du prononcé de l'arrêt du Conseil d'Etat statuant sur le recours en annulation introduit par la société ACCOR T.R.B. contre les décisions prises par l'ONEM.

Cette demande a été déclarée recevable mais non fondée par une ordonnance du 25 octobre 2007;

Considérant que les requêtes référencées G./A.185.913/VI-17.588 et G./A.185.914/VI-17.589 opposent la même requérante à la même partie adverse; qu'elles ont pour objet, l'une, la décision par laquelle l'offre de la requérante a été déclarée irrégulière, l'autre, la décision d'attribution du marché sur procédure négociée sans publicité à la société SODEXHO PASS BELGIUM, sur le fondement de l'article 17, § 2, 1°, d) de la loi du 24 décembre 1993, qui permet le recours à cette procédure lorsque seules des offres irrégulières ont été déposées à la suite d'une adjudication ou d'un appel d'offres, ou lorsqu'il n'a été proposé que des prix inacceptables; que les requêtes présentent un lien de connexité de par leur objet; qu'il y a lieu de les joindre;

Considérant que la société SODEXHO PASS BELGIUM demande à intervenir dans les procédures référencées G./A.185.913/VI-17.588 et G./A.185.914/VI-17.589;

Considérant qu'étant l'attributaire du marché conclu sur procédure négociée dont la régularité est mise en cause par les deux requêtes précitées, la société SODEXHO PASS BELGIUM a intérêt à intervenir dans la présente procédure; que rien ne s'oppose à ce que ses demandes soient accueillies;

I - Quant à la recevabilité de la requête référencée G./A.185.913/VI-17.588

Considérant que la requérante soutient que son recours est recevable *ratione temporis* puisque l'acte attaqué lui a été notifié par un courrier du 20 juillet 2007 qui ne portait pas les mentions prévues par l'article 19 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse affirme que la décision attaquée a été notifiée à la requérante par un courrier recommandé à la poste le 1^{er} août 2007, lequel indiquait expressément, en son verso, les voies de recours, conformément au prescrit des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, que le délai de recours a donc commencé à courir le jour de la réception de ce courrier, pour expirer soixante jours plus tard, et qu'en introduisant son recours en date du 5 novembre 2007, la requérante a manifestement dépassé le délai de soixante jours;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante affirme que la décision attaquée n'a pas été notifiée par un courrier du 1^{er} août 2007, mais par un courrier du 20 juillet 2007, que si cette notification répond au prescrit de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, elle ne mentionne pas la possibilité d'introduire un recours en annulation devant le Conseil d'Etat, que, subsidiairement, aucune indication, figurant au recto de la lettre du 1^{er} août 2007 n'attire l'attention du lecteur sur l'existence et le contenu du verso et que, dès lors, la lettre du 1^{er} août 2007 ne répond pas aux exigences mentionnées à l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat; que, dans son dernier mémoire, elle soutient que si, dans la lettre du 1^{er} août 2007 figure la mention "par la présente, je vous notifie la décision du Comité de gestion du 19 juillet 2007", il ne s'agit pas de la notification de nature à faire courir le délai de recours contre cette décision, mais de l'application par la partie adverse de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 précitée, que la partie adverse a usé de l'expression "je vous notifie" par référence à l'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, mais que, aucun marché n'étant attribué par la décision du 19 juillet 2007, aucune notification, au sens de cette disposition, n'était concevable, que la copie de la décision du 19 juillet 2007 a été jointe en annexe à la lettre du 20 juillet 2007 et non à celle du 1^{er} août 2007, qui s'y réfère, que le propre d'une notification est, selon la Cour constitutionnelle, de porter à la connaissance du destinataire le contenu de l'acte notifié (C.A., n° 170/2003 du 17 décembre 2003), que la notification n'a été accomplie que par la lettre du 20 juillet 2007, que celle-ci ne portait pas les mentions exigées par l'article 19, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'Etat, que cette notification a été répétée par lettre du 1^{er} août 2007, qui ne peut avoir pour but ou pour effet de porter à la connaissance de la requérante un acte qui ne lui était pas annexé;

Considérant que, dans sa requête et son mémoire, l'intervenante soutient que les pièces de la partie adverse font apparaître que la décision attaquée a été notifiée à la requérante par un courrier reçu le 1^{er} août 2007, qu'au verso de cette notification, la partie adverse informait la requérante des voies de recours, conformément à l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et qu'en conséquence, la requête introduite le 5 novembre 2007 est tardive;

Considérant que, en application de l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et de l'article 4, alinéa 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, le délai du recours en annulation d'une décision à portée individuelle, telle que la décision attaquée, ne commence à courir qu'à compter de la notification de cette décision à son destinataire, à condition que la notification indique l'existence de ce recours ainsi que les formes et délais à respecter;

Considérant qu'en l'espèce, par un courrier daté du 20 juillet 2007, la partie adverse a informé la requérante de ce que le comité de gestion de l'ONEM avait constaté, lors de sa séance du 19 juillet 2007, que les deux offres introduites dans le cadre du marché litigieux étaient irrégulières; qu'elle a joint l'extrait du procès verbal de cette séance; que ce courrier ne portait pas les mentions prévues par l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat; qu'il n'a dès lors pas suffi à faire courir le délai de recours en annulation; que, toutefois, par un courrier non daté, recommandé à la poste le mercredi 1^{er} août 2007, présumé reçu le lendemain, ayant notamment pour objet la "notification de la décision de non-attribution du marché public n° 32030/2007/01", la partie adverse a "notifi[é]" à la requérante, en termes dépourvus de toute équivoque, la décision du 19 juillet 2007 par laquelle le comité de gestion renonçait à attribuer le marché après avoir constaté que les deux offres introduites étaient irrégulières; que la partie adverse a joint, en annexe, le cahier spécial des charges du nouveau marché n° 32030/2007/02 à passer selon la procédure négociée sans publicité; que, portant les mentions prévues par l'article 19, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'Etat, en une présentation claire et exhaustive qui ne pouvait échapper à l'attention, ce courrier recommandé à la poste le 1^{er} août 2007 a eu pour effet de faire courir le délai de soixante jours, prévu par l'article 4, alinéa 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948; que c'est en vain que la requérante fait valoir que les mentions requises n'ont été portées qu'au verso de la notification; qu'introduite le 5 novembre 2007, la requête est tardive; que l'exception d'irrecevabilité doit être accueillie;

II- Quant à la requête inscrite sous le n° G./A.185.914/VI-17.589

Considérant que la requérante prend un premier moyen "de la violation des articles 16 et 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'existence d'une erreur de fait ou d'une erreur manifeste d'appréciation, de la violation du devoir de minutie, de la violation des articles 17.1 et 21 du cahier spécial des charges 32030/2007/01, de la violation des articles 80, 110, 114 et 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, de la violation du principe d'égalité et de non discrimination contenus aux articles 110 et 111 de la constitution [sic], de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs"; qu'elle affirme que le recours à la procédure négociée sans publicité est illégal, que la décision du 19 juillet 2007 qui a qualifié la première offre de la requérante d'irrégulière est elle-même entachée d'illégalité, qu'il lui appartient de soulever cette illégalité parce qu'elle affecte une décision incluse dans l'opération complexe que constitue la procédure d'attribution d'un marché public, qu'elle a joint à son offre un "tableau récapitulatif des garanties et pénalités en cas de non respect des obligations contractuelles" correspondant à la page 186 de son offre, que l'affirmation de la partie adverse selon laquelle son offre ne contenait pas le tableau récapitulatif que forme l'annexe 6 du cahier spécial des charges est donc matériellement inexacte, qu'en ce qui concerne la violation de l'article 21 du cahier spécial des charges n° 32030/2007/01, elle reconnaît que le tableau intégré dans son offre ne présentait pas les garanties et pénalités proposées selon une structure identique à celle de l'annexe 6 du cahier spécial des charges, que toutefois l'article 21 du cahier spécial des charges n'imposait nullement de respecter la structure de cette annexe mais seulement de compléter celle-ci, que la partie adverse a soutenu le contraire en se fondant, à tort, sur l'article 17.1 du cahier spécial des charges, alors que cette référence était sans pertinence, qu'en ce qui concerne la violation des articles 110 et 114 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation et la violation du devoir de minutie et du principe d'égalité et de non-discrimination, la partie adverse a insisté sur l'importance des garanties proposées par rapport au marché puisque la pondération des critères révèle que cet aspect de l'offre représente 33 % des critères d'attribution, que, ce faisant, la partie adverse a créé un amalgame entre, d'une part, le contenu même de l'offre et les garanties proposées et, d'autre part, l'annexe 6, laquelle ne fait que reprendre, sous forme de tableau, les indications contenues dans l'offre proprement dite, que l'annexe 6 est un document facilitant la lecture de l'offre mais ne constituant en aucune manière l'offre elle-même, que les critères d'attribution du marché ne concernent que le contenu même de l'offre, que c'est donc à tort que la partie adverse a donné à l'annexe 6 une importance dont celle-ci est dépourvue, que la structure du tableau contenu dans son offre ne respecte pas la structure de l'annexe 6, qu'aucune clause du

cahier spécial des charges n'érige le respect de cette structure en élément essentiel ou substantiel de l'offre, que, pour soutenir l'existence d'un manquement substantiel, la partie adverse a estimé que l'objectif de ce tableau était de pouvoir comparer de manière effective les offres quant à ces garanties, que le tableau récapitulatif, joint en annexe de son offre, permettait de procéder à une telle comparaison, qu'en décomposant son tableau récapitulatif, la requérante a pu reconstituer un tableau conforme à la structure de l'annexe 6, que la partie adverse avait la faculté mais aussi l'obligation de réaliser cet exercice lors de l'examen de la régularité des offres en raison de son devoir de minutie, que la simple lecture de la décision du 19 juillet 2007 fait apparaître l'inégale sévérité de la partie adverse à l'égard des candidats au marché, que les irrégularités de l'offre de la société SODEXHO PASS BELGIUM sont nombreuses et portent sur des éléments essentiels, que s'agissant de l'offre de la requérante, la partie adverse n'a pu trouver de tels manquements substantiels, qu'elle s'est dès lors attachée à rechercher un motif d'irrégularité plus "léger", traitant par là de manière discriminatoire les candidats au marché et offrant irrégulièrement à la société SODEXHO PASS BELGIUM une nouvelle chance d'obtenir un marché qui ne pouvait lui être attribué lors de la première procédure, que la partie adverse aurait dû faire usage de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 concernant son offre alors qu'elle a usé de cette faculté à l'égard de l'offre de la société SODEXHO PASS BELGIUM, que la partie adverse ajoute au contenu de la décision du 19 juillet 2007 et méconnaît les dispositions relatives à la motivation formelle des actes administratifs, que le non-respect de la structure de l'annexe 6 est un grief portant exclusivement sur la présentation de l'offre, que "l'incomplétude de l'offre sur des éléments comparatifs obligatoires est une critique de fond qui s'en distingue", que la partie adverse n'est pas recevable à formuler une telle critique, laquelle ajoute au contenu de sa décision, que le cahier spécial des charges doit préciser la nature des variantes qui peuvent être imposées, autorisées ou libres, qu'après avoir énoncé, sous forme d'exemples, les garanties et pénalités souhaitées, l'article 17.1 du cahier spécial des charges dispose que la société émettrice est libre de s'engager ou non sur les garanties d'exécution prévues dans le tableau en annexe 6 et qu'elle peut également en ajouter, que c'est donc en méconnaissance de cette disposition que la partie adverse a considéré que les éléments figurant à l'annexe 6 constituaient un comparatif obligatoire, que s'il en était ainsi, la partie adverse l'a induite en erreur sur la portée de l'annexe 6, qu'à supposer que l'article 17.1 du cahier spécial des charges eût la portée que lui prête la partie adverse, celle-ci ne devait éprouver aucune difficulté à effectuer les conversions pour permettre les comparaisons voulues, qu'en ce qui concerne la violation de l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993, la partie adverse a estimé à tort pouvoir recourir à la procédure négociée sans publicité en se fondant sur l'absence d'offres régulières lors de la première procédure d'appel d'offres général, qu'en s'arrêtant à l'examen du caractère complet et régulier des offres introduites, la partie adverse n'a

opéré aucune sélection des candidats et qu'elle n'a pu justifier la légalité de la procédure négociée sans publicité qu'elle a mise en œuvre;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse admet la recevabilité du premier moyen mais soutient que, de l'aveu même de la requérante, celle-ci n'a pas joint d'annexe 6 complétée à son offre, de sorte qu'elle ne peut avoir commis d'erreur de fait, qu'en ce qui concerne la violation de l'article 21 du cahier spécial des charges n° 32030/2007/01, cette disposition, figurant dans sa partie I, intitulée "Dispositions administratives", ne peut être dissociée de l'article 6 de cette partie I, intitulé "Forme et introduction des offres (A.R. art.89/90 et 104)" selon lequel : "L'offre doit obligatoirement être [...] présenté[e] selon la structure prévue à l'article 21 [...]", que cet article 21 de la partie I ne peut davantage être dissocié de l'article 17.1 de la partie II (dispositions techniques) du cahier spécial des charges auquel il est fait référence, que ces articles 6 et 21 de la partie I, qui renvoient à l'article 17.1 de la partie II, imposent aux soumissionnaires de respecter la structure du tableau figurant à l'annexe 6, laquelle doit être complétée pour que le soumissionnaire formule régulièrement les garanties et pénalités exigées par le cahier spécial des charges et qui interviennent à raison de 33 % dans les critères d'attribution du marché, qu'il est dès lors inexact de soutenir que l'article 21 du cahier spécial des charges n'imposerait pas de respecter la structure de l'annexe 6, qu'il s'agit d'un élément essentiel de l'offre comme cela ressort du cahier spécial des charges et plus particulièrement des dispositions rappelées ci-dessus, que l'argument de la requérante selon lequel la partie adverse n'aurait pas expressément fait référence à l'article 17.1 du cahier spécial des charges dans la décision attaquée et, partant, tenterait, en s'y référant, de fournir une motivation a posteriori de l'acte attaqué est irrelevante, qu'en effet, l'article 21 du cahier spécial des charges sur lequel la partie adverse se fonde renvoie à l'article 17.1 précité de sorte que ces deux dispositions ne peuvent être dissociées l'une de l'autre, qu'en outre, la requérante ne pouvait pas ignorer le contenu de cette disposition puisqu'elle figure dans le cahier spécial des charges, qu'en ce qui concerne la violation des articles 110 et 114 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, la violation du devoir de minutie et du principe d'égalité et de non-discrimination, le fait de compléter l'annexe 6 ou un document similaire qui aurait une structure identique à ladite annexe 6 constitue un élément essentiel du marché litigieux en ce, notamment, que cette annexe permet la comparaison des offres à propos d'un autre élément essentiel qui est un critère d'attribution du marché, à savoir le critère des garanties et pénalités, que l'absence de cette annexe 6 n'a pas permis à la partie adverse de procéder à une comparaison effective des offres, ce qui est constitutif de la violation d'une formalité substantielle, que l'offre de la requérante contient de surcroît des éléments relatifs aux garanties qui ne sont pas conformes à des dispositions précises du cahier spécial des

charges, en ce qui concerne notamment les pénalités exprimées non pas en euros mais en taux d'intérêt EURIBOR et le retard, exprimé en semaine et non en jour ouvrable, que la requérante a "reconstitué" pour les besoins de la cause un document nouveau qui ne figurait pas dans son offre et qui ne présentait dès lors aucun intérêt juridique puisque la régularité d'une offre s'apprécie au jour de la séance d'ouverture des offres, que ce faisant, la requérante a modifié son offre en tentant a posteriori de la rendre conforme aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, qu'en conséquence, la partie adverse n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation et n'a pas violé le principe de minutie en constatant que l'offre de la requérante ne contenait pas l'annexe 6 du cahier spécial des charges et que cette annexe complétée, selon la structure imposée, était un élément essentiel de l'offre pour permettre une comparaison effective de toutes les soumissions à partir d'un critère d'attribution qui représentait le tiers de l'évaluation des offres, que dès l'instant où le pouvoir adjudicateur constate au moins une irrégularité affectant un élément essentiel de l'offre, il a l'obligation de l'écarter, qu'une irrégularité est substantielle ou ne l'est pas, sans qu'elle puisse être "légère" ou "grave", que des irrégularités substantielles existent dans les deux offres qui ont été toutes deux légalement examinées et déclarées irrégulières, que la partie adverse n'aurait en tout état de cause pas pu faire usage de la possibilité qui lui est offerte par l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 pour interroger la requérante, que vu la manière dont son offre était rédigée, seule une modification de cette dernière aurait permis de satisfaire aux exigences du cahier spécial des charges, qu'en ce qui concerne la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et de l'article 17.1 du cahier spécial des charges et du devoir de minutie, la partie adverse n'ajoute rien au contenu de sa décision du 19 juillet 2007 mais explicite en quoi il lui est impossible de procéder à une comparaison effective des offres, que cette décision est motivée tant en droit qu'en fait, que l'impossibilité d'effectuer une comparaison des offres rend l'offre qui est à l'origine de cette impossibilité irrégulière, que le motif déterminant de la décision du 19 juillet 2007, par rapport à l'offre de la requérante, est que celle-ci ne permet pas une comparaison effective avec l'offre de la société SODEXHO PASS BELGIUM, qu'il est exact que la société émettrice est libre de s'engager ou non sur les garanties d'exécution prévues dans le tableau en annexe 6, mais qu'à partir du moment où elle décide librement de s'y engager, elle doit obligatoirement répondre à chacune des exigences de cette annexe 6 pour permettre au pouvoir adjudicateur d'effectuer une comparaison effective avec une autre offre qui aurait également décidé de répondre à chacune des exigences de ladite annexe 6, qu'en ce qui concerne la violation de l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993, la décision du 19 juillet 2007 est régulière, qu'il n'y a pas eu violation de cette disposition, que la sélection qualitative a été opérée dès réception des offres, et que

par le seul fait que la partie adverse a analysé les offres, elle a reconnu qu'elles satisfaisaient aux critères de sélection qualitative;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante commence par dénoncer le défaut de communication du dossier administratif, à tout le moins les lacunes de celui-ci, reprochant à la partie adverse de l'avoir traité à tort comme confidentiel, alors qu'il appartient au Conseil d'Etat d'en décider et que, par son attitude, la partie adverse ne collabore pas loyalement au déroulement de la procédure et porte atteinte à ses droits; qu'elle consacre ensuite d'amples développements à son moyen et soutient :

- qu'en ce qui concerne l'erreur de fait, la partie adverse n'a pas répondu à l'argumentation contenue dans la requête, qu'en outre, "la partie adverse a visé l'absence de tout document, au sens d'*instrumentum*, alors que son argumentation est tirée du contenu même du texte, soit le *negotium*";

- qu'en ce qui concerne la violation de l'article 21 du cahier spécial des charges n° 32030/2007/01, l'argumentation de la partie adverse se modifie au gré des procédures, que le nombre de dispositions dites "indissociables" ne cesse d'augmenter, qu'il appartient à la partie adverse d'établir ce caractère indissociable, que les dispositions autres que l'article 21 du cahier spécial des charges concernent l'offre elle-même et non le tableau formant l'annexe 6, que seule la structure du tableau, et non la structure de l'offre, a été critiquée par la partie adverse, que l'article 17.1 du cahier spécial des charges autorise expressément le soumissionnaire à s'engager, ou non, sur les garanties proposées dans le tableau formant l'annexe 6 ou à en proposer de nouvelles, que les soumissionnaires n'étaient en rien tenus de proposer les garanties figurant en annexe 6, qu'ils ne sont dès lors pas tenus à peine d'irrecevabilité de l'offre d'en respecter la structure, que seule la partie intervenante le conteste en soutenant que l'offrant devait s'engager sur quatre garanties obligatoires et à respecter à cet égard l'annexe 6 et que ce ne serait que pour les autres garanties que le soumissionnaire serait libre de respecter ou non l'annexe 6, que toutefois la lecture du cahier spécial des charges n'autorise pas cette interprétation, qu'au point de vue du fond de l'offre, les soumissionnaires devaient proposer des garanties en cas de non-respect de leurs engagements, que ces garanties ont été proposées par la société ACCOR T.R.B., mais que ces garanties ne devaient pas être présentées selon le contenu proposé par l'annexe 6;

- que, quant à la violation des articles 110 et 114 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, l'erreur manifeste d'appréciation, la violation du devoir de minutie et du principe d'égalité et de non-discrimination, la structure du tableau est une exigence de forme

portant sur sa présentation, que, sans modifier en quoi que ce soit le contenu même du tableau, elle a modifié la structure de la page 186 de son offre pour la rendre conforme à celle de l'annexe 6 du cahier spécial des charges, qu'aucune modification n'a été opérée à ce stade sur le contenu même de l'offre, les changements n'affectant que la présentation du tableau, que l'acte attaqué incidemment ne reposait que sur un défaut de structure du tableau et nullement sur l'absence d'une garantie qui n'aurait pas été, sur le fond, conforme aux exigences du cahier spécial des charges, que "la partie adverse, incapable de répondre à cette branche du moyen, confirme par là même que la structure du tableau jointe à l'offre n'était en rien une exigence prescrite à peine d'irrecevabilité de l'offre [et qu'] elle confirme également l'existence d'une erreur manifeste dans son chef ainsi que le non-respect du devoir de minutie pesant sur elle", que "c'est dès lors à tort que la partie adverse a estimé que le non-respect de la structure du tableau récapitulatif constituait une irrégularité substantielle de [son] offre", que lorsque le cahier spécial des charges n'attache aucune sanction à la méconnaissance d'une exigence de forme, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation pour apprécier si un manquement est suffisamment grave pour entraîner une irrecevabilité de l'offre, que ce pouvoir d'appréciation ne peut s'exercer en méconnaissance du principe d'égalité entre les soumissionnaires et qu'il appartenait donc à la partie adverse de faire preuve d'une égale sévérité;

- qu'en ce qui concerne la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et de l'article 17.1 du cahier spécial des charges, la partie adverse ajoute au contenu de la décision du 19 juillet 2007, que le seul fait de reproduire la motivation de la décision puis d'introduire un passage par les mots "mais en outre" implique nécessairement un ajout, que plusieurs considérations ne figurent pas dans la décision du 19 juillet 2007 et forment, elles aussi, des ajouts par rapport à celle-ci, que seule la partie intervenante soutient que les garanties à proposer ne peuvent être considérées comme des "variantes" au motif que l'avis de marché n'autorise pas les variantes et que ce terme ne s'applique qu'à la réalisation du marché, que les variantes peuvent être autorisées dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges, qu'en l'espèce, le cahier spécial des charges contient des exigences en matière de garantie, que les soumissionnaires devaient proposer des garanties, critère qui était pris en compte à concurrence de 33 % des points, que "proposer une garantie" est donc "exécuter le marché", sous forme d'un service complémentaire que constitue précisément la garantie, qu'après avoir énoncé, sous forme d'exemples, les garanties et pénalités souhaitées, l'article 17.1 du cahier spécial des charges dispose que "la société émettrice est libre de s'engager ou non sur les garanties d'exécution prévues dans le tableau en annexe 6. Elle peut également en ajouter", que, "selon la partie adverse, s'il est exact que la société émettrice est libre de s'engager ou non sur les garanties d'exécution prévues dans le tableau en annexe 6,

encore est-il qu'à partir du moment où elle décide librement de s'y engager, comme c'est le cas en l'espèce, elle doit obligatoirement répondre à chacune des exigences de cette annexe 6 pour permettre une comparaison effective avec une autre offre qui aurait également décidé de répondre à chacune des exigences de ladite annexe 6", que cette analyse constitue une évolution de la position de la partie adverse "puisque initialement elle partait du principe que l'annexe 6 était un document rigide qui s'imposait en tant que tel aux soumissionnaires", que la partie intervenante a une interprétation encore différente de cette disposition, que toute la question est de déterminer si les garanties étaient ou non imposées, que, pour sa part, la requérante considère que des garanties doivent être proposées en cas de non respect des engagements, qu'elle a proposé de telles garanties au chapitre 7 de son offre, que ces garanties doivent concerner au minimum certains engagements, que la liberté est complète de s'engager ou de ne pas s'engager sur les garanties telles que décrites dans l'annexe 6 et d'en proposer de nouvelles, que la seule manière de rendre l'ensemble cohérent consiste à opérer une distinction entre la nature de la garantie elle-même et les modalités de ces garanties, décrites à l'annexe 6 du cahier spécial des charges, où la liberté est complète, que son offre répond à cette exigence, que "du fait même des différentes lectures possibles du cahier spécial des charges, il se déduit que l'imprécision de ce dernier est bien fondée", qu'à supposer que l'article 17.1 du cahier spécial des charges ait la portée que lui prête la partie adverse, celle-ci ne devait éprouver aucune difficulté à effectuer les conversions pour permettre les comparaisons voulues, qu'il ne s'agit là nullement de modifier le contenu de l'offre mais de démontrer sa comparabilité, que la liberté complète de proposer des garanties non mentionnées à l'annexe 6 entraîne nécessairement certaines difficultés de comparaison, qu'il est indispensable que la partie adverse produise l'annexe 6 de la partie intervenante afin qu'elle explique en quoi réside l'impossibilité de comparaison non démontrée;

- qu'en ce qui concerne l'absence de sélection qualitative, les deux offres ayant été jugées irrégulières, le stade de la sélection qualitative n'a, selon les règles que la partie adverse s'était donnée à elle-même, jamais été atteint, que le seul fait d'analyser les offres n'emporte pas pour conséquence que les soumissionnaires ont, avec succès, franchi le cap de la sélection qualitative, que le constat de satisfaction aux exigences de la sélection qualitative n'a pas été opéré par la partie adverse, que ce constat est un préalable obligé pour passer à la procédure négociée et qu'elle a donc intérêt au moyen;

Considérant que la partie intervenante fait valoir que la requérante admet elle-même une erreur de fait dans sa requête en annulation, que le premier grief manque en fait, que l'article 21 du cahier spécial des charges n° 32030/2007/01 attire

l'attention des soumissionnaires sur l'importance de l'annexe 6, qu'il impose clairement l'usage de cette l'annexe, que cette mention a été qualifiée d'obligatoire par le pouvoir adjudicateur dans le cahier spécial des charges, que la requérante était libre de ne pas s'engager sur les garanties d'exécution autres que celles imposées, qu'elle était également libre de s'engager ou non sur d'autres délais d'exécution, plus brefs, pour ce qui concerne les garanties qui "doivent être offertes", qu'en tout état de cause, elle devait présenter les garanties imposées dans le cahier spécial des charges, que le soumissionnaire devait respecter la structure de l'annexe 6 et la compléter, qu'il devait se conformer à cette annexe pour tous les délais légalement obligatoires, sauf à proposer des délais plus brefs, que l'article 21 du cahier spécial des charges renvoie expressément à l'article 17.1 qui en éclaire la portée, que la requérante, qui avait connaissance du contenu de l'article 21, ne peut soutenir que la partie adverse, en faisant référence à l'article 17.1, a tenté de fournir une motivation a posteriori à l'acte attaqué, que les informations demandées sous forme de récapitulatif à l'annexe 6 du cahier spécial des charges sont substantielles, qu'elles concernent les garanties en cas de non-respect des obligations contractuelles, que ces garanties sont soumises à la notation, qu'il s'agit d'éléments importants, que c'est sur la base de ces éléments que les offres devaient être comparées et le marché attribué, qu'en vertu de l'article 10 du cahier spécial des charges, les garanties proposées en cas de non-respect des obligations contractuelles sont notées à concurrence de 33 sur 100, qu'il n'appartenait pas au pouvoir adjudicateur d'interroger la société ACCOR T.R.B. pour lui permettre de lever une irrégularité substantielle affectant son offre, que la jurisprudence est bien établie en ce sens, que le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 8 janvier 1996 le rappelle également, que les deux offres ont été examinées et déclarées irrégulières avec la même sévérité, que le pouvoir adjudicateur a refusé de prendre en compte les explications fournies par l'intervenante pour la conservation des titres et pour les données pour l'inspection au motif qu'elles modifieraient l'offre de base, qu'en ce qui concerne la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et de l'article 17.1 du cahier spécial des charges, l'annexe 6 de l'offre était un élément essentiel de l'offre, qu'en omettant de la remplir, la requérante a remis une offre irrégulière, qu'en le constatant, la partie adverse n'a pas formulé de nouvelle critique au fond, que la motivation de la décision du 19 juillet 2007 précise que le cahier spécial des charges prévoyait expressément que l'annexe 6 devait être insérée dans l'offre et qu'elle avait pour but de comparer efficacement les diverses offres, qu'en ne déposant pas l'annexe 6, la requérante a rendu impossible la comparaison des offres, qu'il ressort de l'article 17.1 du cahier spécial des charges que, dans tous les cas, qu'il s'agisse de garanties et pénalités imposées ou ajoutées par le soumissionnaire, celui-ci devra respecter la structure et les exigences du tableau en annexe 6 pour les formuler afin de permettre la comparaison des offres, qu'il ne s'agit pas de variantes, que l'avis de marché n'autorise pas les variantes, qu'il s'agit de

garanties supplémentaires que le soumissionnaire peut proposer d'initiative, qu'il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur de rectifier l'offre d'un soumissionnaire lorsque celle-ci est entachée d'une irrégularité substantielle, qu'en ce qui concerne la violation de l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993, il ressort de ce qui précède que l'acte attaqué est parfaitement légal et ne viole pas cet article, qu'en ce qui concerne l'absence de sélection qualitative, elle se réfère à ce qu'a exposé la partie adverse, met en question l'intérêt de la requérante à la critique puisque les deux soumissionnaires satisfont aux exigences de sélection qualitative et conclut que le premier moyen doit être rejeté;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la requérante soutient que l'article 17 du cahier spécial des charges n'a pas été visé dans l'acte attaqué, qu'en toute hypothèse, il n'oblige en rien à proposer toutes les garanties et pénalités qui y sont demandées selon les modalités définies, que "la comparaison effective des offres n'imposait nullement le respect du contenu de l'annexe 6, pas même le respect d'offrir certaines garanties puisque la requérante était libre, ou non, de s'engager sur les garanties présentées à titre d'exemple ou d'en proposer de nouvelles", que la seule exigence portait sur le principe même des garanties et qu'elle a été rencontrée par l'offre de la requérante, que "l'exercice consistant à reconstituer cette annexe aurait pu - et aurait dû - être réalisé par la partie adverse, en ce qu'il porte sur la structure des garanties et les pénalités", que l'offre de la société SODEXHO PASS BELGIUM était affectée d'irrégularités essentielles, révélées par la décision du 19 juillet 2007, qu'aucun manquement du même type n'affectait l'offre de la requérante, que la partie adverse a traité les soumissionnaires de manière inégalitaire, qu'elle a interrogé la société SODEXHO PASS BELGIUM sur trois aspects de son offre et s'est abstenue d'agir de même à l'égard de la requérante, que l'examen du grief tiré de la méconnaissance de l'article 17.1 du cahier spécial des charges permettait d'établir le caractère régulier de l'offre de la requérante, que la procédure négociée à laquelle la partie adverse a eu recours est exceptionnelle, que toutes ses conditions d'application doivent être formellement constatées, que la décision attaquée fait apparaître qu'au cours de la procédure suivie, le stade de la sélection qualitative n'a pas été atteint et qu'ainsi, la partie adverse n'a pu légalement justifier le recours à la procédure négociée;

Considérant, quant à l'erreur de fait sur laquelle reposerait la décision attaquée, que la requérante a joint à son offre un "tableau récapitulatif des garanties et pénalités en cas de non respect des obligations contractuelles", dont elle affirme l'équivalence à l'annexe 6; qu'elle admet ne pas avoir joint l'annexe 6, prévue par le cahier spécial des charges, complétée, à son offre; que le tableau imposé n'a pas été déposé en tant que tel par la requérante; que celui qu'elle a déposé avec la requête, a

posteriori, ne constitue qu'une reconstitution de l'annexe 6 à partir du tableau récapitulatif qu'elle avait annexé à son offre; que c'est indûment que la requérante soutient que la décision du 19 juillet 2007 repose à cet égard sur une erreur de fait;

Considérant, quant à la violation de l'article 21 du cahier spécial des charges n° 32030/2007/01, que l'article 6 de la partie I - Dispositions administratives - de ce cahier spécial précise que :

" L'offre doit obligatoirement être établie en 3 exemplaires : 1 original et 2 copies, chaque exemplaire devant être présenté selon la structure prévue à l'art. 21";

que l'article 21 du même cahier spécial des charges porte que :

" Structure de l'offre

L'offre devra être présentée selon la structure suivante :

[...]

Chapitre 7 : Critère d'attribution relatif aux garanties proposées par le soumissionnaire (cf. art. 10 + art.9.D.3 + partie II, art.17 + annexe 6),

Section 1 : Annexe 6 complétée;

[...]"

que, selon les termes des dispositions précitées, l'annexe 6 fait sans nul doute partie intégrante de la structure de l'offre et qu'elle doit être complétée par le soumissionnaire; que ces termes renvoient à l'article 17 de la partie II du cahier spécial des charges qui dispose notamment :

" Art. 17.1 Garanties et pénalités en cas de non-respect des obligations contractuelles

Des garanties doivent être offertes en cas de non-respect des obligations contractuelles par la société émettrice, telles que, entre autres, le délai de livraison des titres-services commandés et le délai de remboursement des titres-services introduits aux fins de paiement par les entreprises, l'accessibilité des services, le respect du planning proposé. Ces garanties font partie des critères d'attribution pour l'évaluation des offres (voir article 10 des dispositions administratives) et doivent, par conséquent, faire l'objet d'une proposition du soumissionnaire.

La société émettrice est libre de s'engager ou non sur les garanties d'exécution prévues dans le tableau en annexe 6. Elle peut également en ajouter. Dans tous les cas, la société émettrice respecte la structure du tableau en annexe 6 pour formuler ses garanties et pénalités.

Les délais indiqués dans le tableau sont les maximums prévus par la réglementation; la société émettrice peut également s'engager à respecter des délais plus courts, ce qui pourra faire l'objet d'une appréciation positive lors de l'examen de l'offre.

Les pénalités sont versées à l'ONEM et/ou à l'entreprise agréée et/ou à l'utilisateur dans le mois qui suit le constat du manquement aux obligations contractuelles selon le modèle fixé par l'ONEM (annexe 6)";

que, pour se conformer à cet article 17.1, le soumissionnaire est tenu d'offrir certaines garanties en cas d'inexécution des obligations contractuelles; que ces garanties se retrouvent dans le tableau de l'annexe 6; que toutefois, à défaut de sanction, le soumissionnaire n'est pas tenu d'utiliser cette annexe; qu'il n'en est pas moins obligé de se conformer aux prescriptions du cahier spécial des charges et de proposer toutes les garanties et pénalités qui y sont demandées selon les modalités qui y sont définies; que seule une proposition conforme aux modalités du cahier spécial des charges permet une comparaison effective des offres; que, le "tableau récapitulatif des garanties et pénalités en cas de non-respect des obligations contractuelles" que la requérante a joint à son offre ne respecte ni la structure de l'annexe 6, ni son contenu; qu'il ne permet pas une comparaison effective de l'offre de la requérante avec celles de ses concurrents; que faute d'avoir respecté l'article 21 du cahier spécial des charges, la requérante a présenté une offre que le pouvoir adjudicateur ne pouvait qu'estimer irrégulière;

Considérant, quant à la violation des articles 110 et 114 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, à l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation et à la violation du devoir de minutie et du principe d'égalité et de non-discrimination, qu'il se vérifie que la requérante devait offrir des garanties "notamment en cas de non-respect de ses obligations contractuelles telles que, entre autres, le délai de livraison des titres-services commandés et le délai de remboursement des titres-services introduits aux fins de paiement par les entreprises", selon l'article 10, in fine, du cahier spécial des charges, et que ces garanties seraient notées à concurrence de 33 pour 100 ; que le soumissionnaire se devait dès lors de compléter l'annexe 6 relative, comme son titre l'indique, à ces garanties et pénalités en cas de non-respect des obligations contractuelles ou tout document équivalent reprenant un contenu identique permettant de procéder à une comparaison effective des offres; qu'il s'avère qu'à la page 186 de son offre, la requérante n'a respecté ni la structure ni le contenu de l'annexe 6, ce qui ne permet pas une comparaison effective de l'offre de la requérante avec celles de ses concurrents, que l'offre formule une partie des pénalités et garanties selon des modalités différentes de celles prévues à l'annexe 6; que la partie adverse a pu relever, à titre d'exemples, que les pénalités devaient être exprimées en euros alors qu'elles l'étaient en taux d'intérêt EURIBOR et qu'un retard était exprimé en semaine alors qu'il devait l'être en jour ouvrable; que le tableau reconstitué a posteriori par la requérante, outre qu'il modifie son offre initiale, deux nouvelles colonnes relatives aux délais et pénalités y ayant été notamment insérées, ne pouvait être pris en compte dans l'appréciation de la régularité de son offre puisque celle-ci s'apprécie

définitivement au jour où le pouvoir adjudicateur décide à son égard; que c'est indûment que la requérante soutient encore que la partie adverse aurait fait preuve d'une moins grande sévérité à l'encontre de l'offre de la société SODEXHO PASS BELGIUM, entachée selon elle de nombreuses irrégularités portant sur des éléments essentiels, qu'à l'encontre de la sienne, qui n'aurait été entachée que d'un léger motif d'irrégularité; qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer sa propre appréciation de la gravité d'une non-conformité aux prescriptions non essentielles du cahier spécial des charges à celle du pouvoir adjudicateur; qu'au demeurant, il ne ressort pas de la décision du 19 juillet 2007 que le pouvoir adjudicateur aurait méconnu le principe d'égalité entre soumissionnaires en se montrant plus sévère dans l'examen de l'offre de la requérante; que c'est indûment encore que la requérante se prévaut de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996; que si, en vertu de cette disposition, le pouvoir adjudicateur peut "prendre contact avec les soumissionnaires" c'est seulement afin de leur permettre de compléter ou de préciser leurs offres et non de rectifier une offre qui ne répond pas au cahier spécial des charges sur des points importants; qu'en l'espèce, seule une modification de l'offre de la requérante aurait permis de la rendre régulière;

Considérant, en ce qui concerne la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et de l'article 17.1 du cahier spécial des charges, que la décision attaquée du 19 juillet 2007 est motivée tant en fait qu'en droit, que la partie adverse y mentionne, notamment, que :

" l'offre d'ACCOR ne contenait pas l'annexe 6 du cahier spécial des charges. Or, celui-ci précisait que l'offre devait reprendre cette annexe complétée (article 21, structure de l'offre, dans la partie I du cahier des charges) ou à tout le moins que les soumissionnaires devaient respecter la structure dudit tableau pour formuler leurs garanties et pénalités. L'objectif de ce tableau était de pouvoir comparer de manière effective les offres quant à ces garanties, essentielles pour la bonne exécution du marché. Vu que le cahier des charges prévoyait expressément que ce document devait être inséré dans les offres et que ce document a pour but de procéder à une comparaison effective des offres, les évaluateurs constatent que cette offre présente une irrégularité substantielle et considèrent qu'elle est doit être de ce fait considérée comme irrégulière";

qu'en rappelant l'impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de procéder à une comparaison effective des offres notamment en raison du caractère incomplet de l'une d'entre elles, la partie adverse n'a pas formulé de nouvelle critique de fond; que dès lors que la partie adverse a pu conclure que l'offre de la requérante était entachée d'une irrégularité substantielle, il est sans intérêt d'examiner l'argumentation de celle-ci relative aux prétendues variantes; qu'il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur de rectifier l'offre d'un soumissionnaire lorsque celle-ci est entachée d'une irrégularité substantielle; que la partie adverse n'était pas tenue d'effectuer elle-même différentes conversions afin d'arriver aux comparaisons requises; que la

partie adverse n'a méconnu ni l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, ni l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, ni l'article 17.1 du cahier spécial des charges;

Considérant, quant à la violation de l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993, que cette disposition soumet le recours à la procédure négociée sans publicité aux deux seules conditions qu'elle vise, à savoir le dépôt d'offres irrégulières ou de prix inacceptables; qu'en l'espèce, le caractère irrégulier des offres constaté dans la décision du 19 juillet 2007 fonde adéquatement le recours à la procédure négociée sans publicité sur la base de l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 23 décembre 1993;

Considérant, quant à l'absence de sélection qualitative, que la décision attaquée du 19 juillet 2007 n'indique pas que les offres qualifiées d'irrégulières satisfont à la sélection qualitative, que toutefois la requérante n'établit pas que l'offre de la société SODEXHO PASS BELGIUM ne satisfait pas à ces conditions; que le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de mentionner en termes exprès que l'offre satisfaisait à cette obligation; que ce constat pouvait être implicite; que la sélection qualitative de l'offre de la requérante et de celle de la société SODEXHO PASS BELGIUM s'est opérée sur la base de déclarations sur l'honneur fournies en application de la circulaire du 23 avril 2007 relative à la simplification administrative; que le seul dépôt des offres attestait que les soumissionnaires satisfaisaient aux critères de sélection qualitative, une vérification de ces critères s'effectuant par la suite avant que la décision d'attribution ne soit prise; que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen "de la violation des articles 88 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 [...] et, subsidiairement, du principe de bonne administration contenu dans ces dispositions [ainsi que] de l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse; qu'elle fait valoir que le prix initialement proposé par la société SODEXHO PASS BELGIUM était apparemment anormalement bas, que lors de la première procédure d'attribution du marché, la partie adverse s'est interrogée sur son caractère anormalement bas, que les prestations couvertes par ce prix ne correspondaient pas, sur deux éléments jugés essentiels et onéreux, aux prescriptions du marché, qu'à l'occasion de la procédure en référé judiciaire, elle a appris que le prix proposé par la société SODEXHO PASS BELGIUM était resté inchangé lors de la seconde procédure d'attribution du marché, que ce prix ne peut être raisonnablement considéré comme normal, que l'acte attaqué a été adopté au terme d'une procédure négociée sans publicité, que ce mode d'attribution du marché impose aux soumissionnaires de fournir, préalablement, toutes les indications permettant de vérifier les prix proposés, que la partie adverse devait y être particulièrement attentive, qu'elle s'est abstenue à tort d'interroger la société SODEXHO PASS BELGIUM sur cet aspect de son offre,

qu'il résulte de l'acte attaqué qu'un écart important, du simple au double, sépare les candidats au point de vue du prix, qu'un tel écart n'est pas crédible, que les coûts de revient de la société SODEXHO PASS BELGIUM avaient toujours été dans le passé supérieurs à ceux de la société ACCOR T.R.B., que rien n'explique que soudainement, sur le dossier titres-services, les coûts de la société SODEXHO PASS BELGIUM chutent de façon spectaculaire, que la société SODEXHO PASS BELGIUM, pour justifier du caractère normal de son prix de soumission, produit une estimation du résultat de son activité relative aux titres-services pour une période de cinq ans qui ne résiste pas à l'examen, que la société SODEXHO PASS BELGIUM a pris en compte un prix de titres-services fixé à 9,6 cents alors que son prix de soumission est de 8,52 cents, que cette différence de prix entraîne une perte de recettes annuelles de 475.200 euros, que les charges opérationnelles annuelles de la société SODEXHO PASS BELGIUM ont été mal évaluées, que la partie adverse, se retranchant derrière son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, n'a proposé aucune explication que ce soit dans l'acte attaqué ou lors de la procédure en référé judiciaire et qu'en conséquence, l'offre de la société SODEXHO PASS BELGIUM, présentant un caractère anormalement bas, ne pouvait être considérée comme régulière;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse affirme qu'il résulte de l'article 88 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 que, dans le cadre de procédures négociées sans publicité, les soumissionnaires doivent en principe fournir au pouvoir adjudicateur, préalablement à l'attribution du marché, toutes les indications destinées à permettre de vérifier les prix, que si le cahier spécial des charges n'apporte aucune précision concernant les obligations des soumissionnaires, ceux-ci doivent uniquement veiller à fournir les informations permettant la justification de leurs prix, qu'en l'espèce, le cahier spécial des charges ne prévoit rien concernant la vérification des prix de sorte que les soumissionnaires ne sont pas tenus de fournir des documents déterminés, qu'elle disposait, en raison de sa demande de justification des prix remis par la société SODEXHO PASS BELGIUM dans le cadre de la première procédure, de toutes les justifications desdits prix, qu'elle a estimé que ces justifications étaient satisfaisantes, qu'elle en a déduit que les prix n'étaient pas anormaux, que, dès lors que la société SODEXHO PASS BELGIUM a remis un prix identique dans le cadre de la deuxième procédure d'attribution du marché, elle a pu valablement considérer, par identité de motifs, que le prix proposé par la société SODEXHO PASS BELGIUM était normal, que, ce faisant, elle a procédé à la vérification préalable des prix conformément au prescrit de l'article 88 précité, que, pour le surplus, la requérante entend manifestement substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur sans toutefois démontrer une quelconque erreur manifeste d'appréciation dans son chef, que, s'agissant d'un marché de services, la réglementation ne précise pas ce qu'il convient d'entendre par prix normal ou

anormal, qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur concernant ce qu'il convient de considérer comme normal ou anormal, que l'appréciation du pouvoir adjudicateur a essentiellement pour objet de permettre de vérifier si le prix offert permet d'exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges et qu'en conséquence, aucune erreur manifeste d'appréciation n'a été commise;

Considérant que la requérante réplique que les indices d'un prix anormalement bas sont nombreux, que, sans aucunement se substituer à l'appréciation de la partie adverse, le Conseil d'Etat peut constater que les éléments du dossier ont conduit la partie adverse à suspecter elle-même les prix proposés par la société SODEXHO PASS BELGIUM, qu'il y a un décalage inexplicable entre les éléments du dossier et l'acte attaqué, que la ratio legis visant à écarter une offre comportant un prix anormalement bas repose sur plusieurs fondements, principalement liés à la bonne exécution du marché, que, depuis l'introduction du recours, les informations qui ont été rendues publiques sur la manière dont la société SODEXHO PASS BELGIUM exécute le marché confirment cette appréciation et, par la même, le caractère anormal du prix, que lorsque, pour une pièce, le secret des affaires est invoqué, il appartient au Conseil d'Etat de trancher préalablement la question de la confidentialité, que la question du caractère normal ou anormal d'un prix touche directement à la légalité de l'acte administratif critiqué, qu'en refusant la communication de son dossier, la société SODEXHO PASS BELGIUM refuse que la légalité de l'acte puisse être examinée sous cet aspect, qu'entre l'absence totale d'information et la communication de la pièce, il existe des voies moyennes et que, dans l'optique où se place la société SODEXHO PASS BELGIUM, il y a lieu de réserver à statuer sur ce point; que, dans son dernier mémoire, elle affirme qu'admettre qu'un prix anormalement bas n'est pas un critère d'irrégularité d'une offre dans une seconde procédure induit un traitement discriminatoire entre les candidats à un marché, qu'un marché en procédure négociée consécutif à un appel d'offres avorté ne peut être sensiblement différent du marché initial, que les explications de caractère général de la société SODEXHO PASS BELGIUM ne permettent pas de conclure que son prix est régulier, que les justifications de la décision de la partie adverse restent inconnues et que les débats doivent être rouverts pour permettre à la requérante d'étayer son moyen;

Considérant que la partie intervenante fait valoir que la réglementation des marchés publics ne définit pas ce qu'il conviendrait d'entendre par prix normal ou anormal, que ce n'est pas à la juridiction saisie de se substituer au pouvoir adjudicateur pour apprécier ce qui, in concreto, constitue un prix normal ou non, que son contrôle se limite à la recherche de l'erreur manifeste d'appréciation, qu'elle ne

peut qu'examiner si l'administration a demandé les explications utiles et si, compte tenu des explications fournies, elle a raisonnablement pu décider d'attribuer le marché à l'adjudicataire retenu, que lors de la procédure initiale, la partie adverse a posé trois questions, la première relative au prix qu'elle considérait comme anormalement bas, que les évaluateurs ont constaté en fonction des réponses données que la société SODEXHO PASS BELGIUM avait apporté suffisamment d'éléments pour justifier son prix, d'autant plus qu'elle a tenu compte de postulats prudents tels qu'un volume d'émission de titres-services qui resterait stable sur la durée du marché, qu'il a été répondu à ces questions dans une correspondance motivée du 6 juillet 2007 relevant du secret d'affaires, qu'elle ne vend pas à perte et n'aperçoit pas en quoi son prix serait anormal, qu'elle a fourni à la partie adverse toutes les informations nécessaires pour que celle-ci puisse établir que le prix proposé est normal, qu'à cet égard, elle a inclus, dans son courrier du 6 juillet 2007, une note explicative d'une quinzaine de pages à l'attention de la partie adverse, que cette note explique de manière étayée la structure du prix proposé et son détail, que le simple fait que son activité soit bénéficiaire montre clairement que les prix sont normaux et qu'ils permettent d'assurer les obligations contractuelles, que la structure de prix proposé et son détail sont des éléments qui relèvent du secret d'affaires, qu'elle n'entend pas communiquer à la requérante l'ensemble des explications fournies au pouvoir adjudicateur lors de la première procédure, que cette pièce est déposée à l'attention unique du Conseil d'Etat, sous le sceau de la confidentialité, que c'est là que réside une part importante de la différence entre l'offre de la requérante et celle de l'intervenante, que la réglementation des marchés publics protège de manière claire le secret des affaires lorsque la production de documents et/ou d'informations d'offres est demandée, que le cahier spécial des charges a explicitement précisé que "le soumissionnaire indique clairement dans son offre quelle information est confidentielle et/ou se rapporte à des secrets techniques, commerciaux et ne peut donc pas être divulguée par le pouvoir adjudicateur", que selon la jurisprudence des cours et tribunaux, la protection du secret des affaires est un principe général de droit qui autorise l'intervenante à invoquer la confidentialité de certaines parties de son offre afin que des informations sensibles sur le plan commercial ne soient pas portées à la connaissance de la requérante, qu'en exécution de l'article 9 du cahier spécial des charges, elle a expressément indiqué dans sa réponse du 6 juillet 2007 que "ces documents doivent être considérés, selon les dispositions du cahier des charges, comme strictement confidentiels" et qu'elle subirait un important préjudice si les informations confidentielles étaient divulguées lors de cette procédure;

Considérant que l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 figure dans le titre VI intitulé "Des offres et de l'attribution en adjudication et en appel d'offres"; qu'il n'est ni reproduit ni mentionné dans le titre VII "Dispositions

particulières relatives à la procédure négociée"; qu'il ne s'y applique pas en tant que tel; que si l'article 122, alinéa 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 permet au pouvoir adjudicateur de rendre applicables à un marché déterminé d'autres dispositions du titre VI que celles qu'il cite, tel n'est pas le cas en l'espèce, la requérante n'en faisant pour sa part nullement état;

Considérant que, conformément à l'article 88 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, dans le cas d'une procédure négociée sans publicité, les soumissionnaires doivent fournir, préalablement à l'attribution du marché, toutes indications destinées à permettre de vérifier les prix ; que cette disposition n'établit cependant aucune obligation à la charge du pouvoir adjudicateur concernant le contrôle des prix en procédure négociée;

Considérant que la requérante fait état de la violation du principe général de bonne administration contenu dans les articles 88 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996; qu'elle reste cependant en défaut de préciser la portée du principe général ainsi allégué; que, quant à l'erreur manifeste d'appréciation, lors de la première procédure, le pouvoir adjudicateur a estimé utile et nécessaire de poser trois questions à la société SODEXHO PASS BELGIUM, dont une spécialement relative au prix formulée en ces termes :

" Veuillez apporter la justification du prix, apparemment anormalement bas, que vous proposez pour les prestations des services relatives au titre-service, singulièrement pour les prestations de services rendus au titre-service papier";

que la société SODEXHO PASS BELGIUM a donné des explications jugées suffisantes par les évaluateurs; que ceux-ci ont fait remarquer qu'il avait été tenu compte de postulats prudents tel qu'un volume d'émission de titres-services qui resterait stable sur la durée du marché; que la partie adverse en a déduit que les prix proposés par la société SODEXHO PASS BELGIUM n'étaient pas anormaux; que dès lors que cette société a remis un prix identique dans le cadre de la deuxième procédure d'attribution du marché, la partie adverse a pu raisonnablement décider, par identité de motifs, que le prix proposé était normal et qu'il ne s'imposait pas d'en demander une nouvelle explication; qu'ainsi, elle a procédé à la vérification préalable des prix conformément au prescrit de l'article 88 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996; que, s'agissant d'un marché de services, aucune réglementation ne précise la notion de prix normal ou anormal; qu'en l'espèce, la requérante n'établit aucune erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse; que c'est sur la base d'informations détaillées et estimées pertinentes, communiquées à sa demande que celle-ci a conclu que le prix offert permettait d'exécuter les obligations résultant du

cahier spécial des charges tout en dégagant une marge bénéficiaire appréciable ; que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un troisième moyen "de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'article 80 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics"; qu'elle soutient que la partie adverse s'est fondée, pour décider que les prix présentés par la société SODEXHO PASS BELGIUM lors de la seconde procédure d'attribution du marché étaient normaux, sur ce qu'ils étaient identiques à ceux présentés lors de la première procédure, que la partie adverse a entendu justifier sa décision par identité de motifs, que l'acte attaqué ne contient cependant aucune référence à la décision du 19 juillet 2007, qu'une explication ultérieure ne peut pallier cette lacune, que la circonstance que le prix soit identique ne dispensait nullement la partie adverse d'inviter la société SODEXHO PASS BELGIUM à s'expliquer, compte tenu des lacunes constatées dans l'offre initiale, que la première offre de SODEXHO PASS BELGIUM ne couvrait que partiellement les services demandés par la partie adverse, que la partie adverse "n'expose pas pourquoi, alors que les prix initiaux étaient assortis d'une offre lacunaire, elle n'a pas estimé devoir interroger à nouveau la société SODEXHO PASS BELGIUM quant au caractère apparemment anormalement bas de sa seconde proposition, alors qu'une telle obligation s'imposait avec une acuité accrue" et que "à supposer que l'acte du 19 juillet 2007 puisse constituer une motivation par référence, il ne contient, à propos de la suspicion de prix anormalement bas", qu'une "clause qui s'apparente à une formule de style";

Considérant que la partie adverse répond que la décision attaquée fait référence à la décision du 19 juillet 2007, qu'elle n'avait aucune obligation d'interroger une nouvelle fois la société SODEXHO PASS BELGIUM concernant les prix déposés dans la mesure où elle l'avait déjà interrogée à ce propos dans le cadre de la première procédure;

Considérant que la requérante réplique que, par la décision du 6 septembre 2007 attaquée, la partie adverse ne mentionne pas que le prix de l'intervenante serait identique dans les deux offres, qu'elle contient une introduction rappelant les antécédents de la procédure, que, par ce rappel, elle n'a nullement entendu se référer, pour s'en approprier le contenu, à la motivation de la décision du 19 juillet 2007, qu'elle ne répond rien au grief selon lequel la motivation de la décision du 19 juillet 2007 est elle-même insuffisante au regard de l'obligation, d'une part, de révéler toutes et chacune des étapes de son raisonnement et, d'autre part, "de la corrélation existant entre l'ampleur de la motivation et celle du pouvoir

discrétionnaire dont elle entend faire usage"; que, dans son dernier mémoire, elle soutient que c'est inexactement que la partie adverse estime que, dans la décision du 6 septembre 2007, elle déclare se référer aux motifs de la première décision quant à l'anormalité du prix et que la seule circonstance que les prix proposés fussent identiques dans les deux procédures "n'évacuait nullement l'aspect «prix anormal» puisque la contrepartie proposée, elle, différait sur deux aspects techniques que la partie adverse avait considéré comme essentiels";

Considérant que la partie intervenante soutient que la partie adverse n'était pas obligée de l'interroger à nouveau sur ses prix puisqu'elle l'avait déjà fait lors de la première procédure et avait conclu que les prix proposés étaient normaux, qu'il ressort des réponses formulées le 6 juillet 2007 que les prix mentionnés dans l'offre sont normaux, que le pouvoir adjudicateur a considéré "que des problèmes subsisteraient en ce qui concerne la conservation des titres et le système de base de données pour l'inspection; les réponses aux questions posées par la partie adverse sur base de l'article 115 ne seraient pas admissibles sur ces aspects (hormis donc les prix), car elles modifieraient l'offre initiale, de sorte qu'elles ont rendu l'offre irrégulière. Ceci démontre que la structure de coût déjà présentée en juillet 2007, à l'appui notamment du caractère normal du prix, intégrait les coûts liés à l'archivage et aux données d'inspection"; qu'à titre subsidiaire, l'intervenante affirme que la décision attaquée fait expressément référence à la décision du 19 juillet 2007, que celle-ci a été notifiée à la requérante par un courrier daté du 1^{er} août 2007, qu'elle a donc eu connaissance de ce que la partie adverse estimait que le prix proposé par la société SODEXHO PASS BELGIUM, après vérification, était considéré comme normal et ce préalablement à la notification du 6 septembre 2007, que la requérante ne peut donc soutenir que la motivation ne permet pas de comprendre la décision de la partie adverse, ni qu'elle ne répond pas à l'exigence de motivation formelle; qu'il a été jugé que, dans le cadre d'une procédure négociée, la motivation de la décision d'attribution est suffisante dès lors qu'elle énonce les raisons non démenties par le dossier administratif qui ont déterminé l'autorité;

Considérant que, selon l'article 17, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993, lorsqu'il a recours à la procédure négociée, "le pouvoir adjudicateur consulte plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux"; que le pouvoir adjudicateur dispose, dans le cadre de cette procédure, d'un pouvoir d'appréciation très ample qu'il ne peut toutefois exercer arbitrairement; qu'il est tenu d'observer, notamment, la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et les règles qu'il s'est imposé à lui-même par le biais des documents du marché;

Considérant qu'en l'espèce, la partie adverse a expressément prévu que serait choisi comme adjudicataire celui qui présenterait l'offre régulière la plus avantageuse, compte tenu des critères d'attribution spécifiés par ordre d'importance décroissante à l'article 10 du cahier spécial des charges; que la partie adverse devait choisir l'attributaire du marché sur la base de trois critères d'attribution; que la décision attaquée fait ressortir à suffisance que les offres ont été examinées et classées par rapport à ces critères, la décision précisant pour chacun des critères la note obtenue par chacune des offres et les motifs de celle-ci; qu'ainsi, la décision attaquée indique les motifs pour lesquels l'offre de la société SODEXHO PASS BELGIUM a été retenue, étant l'offre régulière la plus avantageuse; que, contrairement à ce que soutient la requérante, le premier point de la décision attaquée du 6 septembre 2007 fait référence à la décision du 19 juillet 2007, qui lui a été notifiée le 1^{er} août 2007; que la requérante a donc eu connaissance du fait que le prix proposé par la société SODEXHO PASS BELGIUM avait été considéré comme normal par la partie adverse; que le fait relevé par la requérante que la première offre de la société SODEXHO PASS BELGIUM ne couvrait que partiellement les services demandés par la partie adverse n'implique pas que celle-ci aurait commis une erreur dans l'appréciation de la normalité du prix proposé par la société SODEXHO PASS BELGIUM dans le cadre de la seconde procédure; que celle-ci n'était dès lors plus obligée d'interroger à nouveau la société SODEXHO PASS BELGIUM sur son prix; que le troisième moyen n'est pas fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les affaires inscrites sous les n^{os} G./A.185.913/VI-17.588 et G./A.185.914/VI-17.589 sont jointes.

Article 2.

Les requêtes en intervention introduites par la société anonyme SODEXHO PASS BELGIUM sont accueillies.

Article 3.

Les requêtes inscrites sous les n^{os} G./A.185.913/VI-17.588 et G./A.185.914/VI-17.589 sont rejetées.

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 600 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le trente et un mai deux mille onze par :

MM. Paul LEWALLE,
Yves HOUYET,
David DE ROY,
Vincent DURIEUX,

Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Paul LEWALLE.