

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 220.544 du 10 septembre 2012

G./A.205.877/VI-19.654

En cause : **la société anonyme SODEXO PASS BELGIUM,**

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT et
Nathalie FRANCOIS, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles,

contre :

l'office national de l'emploi, en abrégé ONEm,

ayant élu domicile chez
Mes Marie VASTMANS et
Alain VERRIEST, avocats,
avenue Tedesco, n° 7,
1160 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme EDENRED BELGIUM,

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

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 3 août 2012, la société anonyme SODEXO PASS BELGIUM sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision de l'Office national de l'emploi du 19 juillet 2012, rejetant l'offre de la requérante et attribuant le marché public n° 32030/2012/01 concernant l'impression et l'édition des titres-services (papier et électroniques) à la société anonyme EDENRED Belgium".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 6 août 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 6 septembre 2012 à 10 heures.

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

Par une requête introduite le 27 août 2012, la société anonyme EDENRED BELGIUM, demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Mes Bruno LOMBAERT et Nathalie FRANCOIS, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Marie VASTMANS, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Pierre LEJEUNE et Bertrand WITTAMER, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Les 5 et 7 avril 2012, l'Office national de l'emploi (ci-après l'ONEm) a fait paraître respectivement au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne, un avis de marché relatif à l'impression et à l'édition des titres-services, papier et électroniques.

Cet avis concerne un marché de services passé par appel d'offres public avec publicité européenne.

III. 2. Le cahier spécial des charges de ce marché énonce son objet en ces termes :

" 3.3. Objet du marché (R.G.E. art. 2)

Le présent marché concerne la prestation de services qui consiste notamment en (cf. également partie V du présent cahier spécial des charges) :

- La tenue d'un registre reprenant 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 remboursement 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 (cf. annexe 1);
- La fourniture à l'adjudicateur de statistiques relatives aux titres-services et traitées selon le schéma imposé par l'adjudicateur (voir annexes 2 et 3), ainsi que la fourniture de l'information comptable exigée par l'adjudicateur, en vue d'une évaluation permanente du système des titres-services (voir annexes 6, 7 et 8);
- L'information aux utilisateurs et aux entreprises agréées".

Le fonctionnement du système, pour les titres-services classiques (soit hors titres-services maternité) est schématisé en ces termes par l'annexe 2 (p. 65) du cahier spécial des charges :

- " 1. Achat des titres-services. L'utilisateur verse ou vire la somme de 8,50 EUR par titre-service commandé sur le compte bancaire de la société émettrice.
2. Livraison des titres-services par la société émettrice.
3. Envoi par la société émettrice d'une liste informatisée reprenant le nombre de titres-services transmis aux utilisateurs. Ceci doit être fait au moins deux fois par mois.
4. L'ONEM paie une avance à la société émettrice en fonction du nombre de titres-services envoyés aux utilisateurs et communiqué par cette dernière. L'ONEM effectuera ce paiement dans les 15 jours ouvrables après réception de la liste informatisée qui reprend le nombre de titres-services transmis aux utilisateurs.
5. L'entreprise agréée fournit des services ou des travaux de proximité à l'utilisateur.
6. L'utilisateur remet les titres-services à l'entreprise agréée en échange des services ou travaux de proximité effectués.
7. L'entreprise agréée remet les titres-services reçus à la société émettrice pour obtenir un remboursement.
8. La société émettrice paie à l'entreprise agréée dans les 10 jours ouvrables qui suivent la réception et la validation des titres-services pour lesquels un remboursement est demandé, la valeur nominale du titre majorée de l'intervention octroyée par l'Etat fédéral.
9. La société émettrice demande une indemnisation pour les prestations fournies.
10. Paiement par l'ONEM du montant forfaitaire après la réception de la liste informatisée fournie par la société émettrice.
11. Transmission des données requises aux administrations fiscales concernées (réduction d'impôts, impôts des sociétés...).
12. Délivrance de l'attestation fiscale à l'utilisateur pour le 1^{er} mars.
13. Transmission de décisions concernant les entreprises agréées, les utilisateurs et les cas particuliers.
14. Suivi du respect des décisions de l'administration".

La durée du marché est fixée par l'article 4.14 du cahier spécial des charges à un an, renouvelable deux fois, éventuellement partiellement.

Les critères d'attribution sont les suivants :

" 4.8. Critères d'attribution (A.R. art. 115)

En application de l'article 115 de l'arrêté royal d'exécution du 8 janvier 1996, le choix de l'adjudicataire s'effectue sur la base de l'offre régulière 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 (40/100). La cotation sera déterminée de la manière suivante: $\text{cotation} = \text{prix le plus bas} \times 40 / \text{prix du soumissionnaire}$.

Pour ce critère, le prix sera calculé de la manière suivante :

1. Première étape: pour chaque tranche d'émission mentionnée dans le bulletin de soumission: $\text{Prix par titre-service papier} \times 0,70 + \text{prix par titre-service électronique} \times 0,30$;

2. Ensuite, le prix qui sera pris en compte pour déterminer la cotation est obtenu de la façon suivante : 10 % du prix du titre-service pour une émission en dessous de 12,5 millions + 10 % du prix du titre-service entre 12,5 millions et 30 millions + 20 % du prix du titre-service pour une émission entre 30 millions et 65 millions + 60 % du prix du titre-service pour une émission à partir de 65 millions.

- La qualité des services, formulaires et autres propositions du soumissionnaire à l'égard des parties concernées (voir notamment les éléments mentionnés dans la structure au point 4.3) (40/100);

Si le soumissionnaire propose une variante relative à la gestion des titres-services électroniques qui implique des coûts complémentaires d'acquisition de matériels spécifiques pour les entreprises agréées, il doit détailler ce coût comme prévu au point 4.10 (coût mensuel par travailleur pour une entreprise comprenant 50 travailleurs). Ce coût sera ensuite transformé en points qui seront déduits de la cotation relative à la qualité des services. Le coût complémentaire le plus élevé parmi les offres introduites se verra attribuer 5 points.

- 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 (20/100)".

Le cahier spécial des charges impose le respect de la forme suivante pour les prix proposés dans les offres :

" 4.17. Le mode de détermination des prix (A.R. art. 86, 100 et R.G.E. art. 2)

Les prix doivent être énoncés en euro, le cas échéant en cents.

Il s'agit d'un marché à «prix unitaire». Les prix doivent être soumis comme prévu dans le formulaire d'inscription figurant en annexe 9 du présent cahier des charges, à savoir :

- Le prix, hors T.V.A., par titre émis pour la prestation de service qui consiste en l'impression et la fourniture des titres-services papier et autres services mentionnés au point 3.3 (partie III), dans la partie V de ce cahier spécial des charges et/ou dans l'offre.
- Le prix, hors T.V.A., par titre émis pour la prestation de service qui consiste en la gestion et la mise à disposition des titres-services électroniques et autres services mentionnés au point 3.3 (partie III), dans la partie V de ce cahier spécial des charges et/ou dans l'offre.
- Le montant de la TVA et le taux applicable à ces prestations de service;
- Le soumissionnaire indiquera le prix par titre-service papier et par titre-service électronique. Les prix mentionnés dans le bulletin de soumission doivent être calculés sur la base des coûts de production actuels. Ils seront révisés conformément au point 4.18.

L'adjudicateur ne peut ni communiquer ni garantir le nombre exact de chèques à imprimer.

Néanmoins, le nombre annuel maximal de titres à fournir peut être évalué de la manière suivante :

$$\text{nombre annuel maximal} = \frac{\text{budget annuel global (cf. point D)}}{x + y + z}$$

x = intervention de l'Etat fédéral dans le coût du titre-service (cfr. articles 1, 6°, et 8, alinéa 2, de l'arrêté royal du 12.12.2001).

y = prix du soumissionnaire pour la prestation par titre-service papier (T.V.A.C.), multiplié par le pourcentage de titres-services papier commandés par rapport à l'ensemble des titres-services commandés.

z = prix du soumissionnaire pour la prestation par titre-service électronique (T.V.A.C.), multiplié par le pourcentage de titres-services électroniques commandés par rapport à l'ensemble des titres-services commandés.

A titre d'information :

- un tableau reprenant les données relatives au nombre de titres-services émis ces 3 dernières années, par région et par type de titre-service est joint en annexe 4.
- D'autres données chiffrées sont également disponibles sur le site internet du pouvoir adjudicateur rubrique «titres-services / statistiques».
- En 2011, le pourcentage de titres-services électroniques commandés par rapport à l'ensemble des titres-services commandés était de 16,43 p.c.

Les prix sont inclusifs de tous frais et impositions de toute nature, excepté la T.V.A.

Le prix du marché est également dénommé «frais d'administration» dans la Partie V du présent cahier des charges.

Le soumissionnaire indiquera le prix susvisé par chèque en fonction de l'émission totale de chèques sur une base annuelle. Il fournira quatre prix unitaires différents selon que l'émission annuelle se situe: 1) en dessous de 12,5 millions; 2) entre 12,5 millions et 30 millions (non compris); 3) entre 30 millions et 65 millions (non compris); 4) à partir de 65 millions.

Quelle que soit la variante proposée (cf. point 4.10), le soumissionnaire ne peut remettre qu'un seul bulletin de soumission".

Le cahier des charges prévoit la possibilité de proposer une variante sur un aspect précis du marché, à savoir la gestion des titres-services électroniques. Les règles suivantes sont prévues à cet égard dans le cahier des charges :

" 4.10 Variante

En ce qui concerne la gestion des titres-services électroniques, le soumissionnaire peut présenter au maximum deux systèmes différents de gestion.

Le pouvoir adjudicateur part du principe que le système de gestion des titres-services électroniques ne doit, hors le prix par titre-service (cf. point 4.17), engendrer aucun coût aux intervenants du système (utilisateur, entreprise agréée, travailleur, pouvoir adjudicateur).

Néanmoins, si une des solutions proposées engendre des coûts supplémentaires, ceux-ci ne peuvent être mis qu'à charge des entreprises agréées et ne concerner que l'achat ou la location de matériel permettant l'enregistrement des prestations (par exemple, téléphone mobile (GSM), sabot de lecture, etc.).

Il exprimera ce coût de la façon suivante: coût mensuel par travailleur pour une entreprise agréée comptant 50 travailleurs. Ce coût sera pris en compte de façon négative dans le cadre de la cotation de la qualité des services (cf. point 4.8).

Le soumissionnaire donnera le détail de ces coûts.

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de refuser la variante qui engendre des coûts supplémentaires à charge de l'entreprise agréée.

Le soumissionnaire est obligé de présenter un système de gestion des titres-services électroniques qui n'engendre aucun coût supplémentaire".

III. 3. Les offres devaient être déposées le vendredi 1^{er} juin 2012. Leur validité devait être maintenue par les soumissionnaires durant cent vingt jours de calendrier. (article 4.9 du cahier spécial des charges).

A cette date, la partie adverse a reçu quatre offres émanant de la société EDENRED BELGIUM, de la société APPLICAM, de l'association momentanée formée de BPOST et de SPEOS, ainsi que de la requérante.

III. 4. Le 19 juillet 2012, le comité de gestion de l'ONem a, "après un bref échange", décidé :

- " 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 la société anonyme EDENRED BELGIUM;
- 3. que le marché 32030/2012/01 concernant l'impression et l'édition des titres-services (papier et électronique) sera attribué à la société anonyme EDENRED BELGIUM;

4. qu'il autorise le Service à examiner la faisabilité de l'implémentation de la solution technique reprise dans la variante d'EDENRED BELGIUM".

Cette décision a été prise sur la base d'éléments contenus dans un rapport d'évaluation.

Les extraits du rapport d'évaluation cités dans le procès-verbal du comité de gestion indiquent notamment que:

" L'évaluation des offres a été effectuée par un comité d'évaluation composé d'agents de l'ONEM. Ces personnes ont été désignées par l'Administrateur général. Les cotations pour les deuxième et troisième critères d'attribution sont la moyenne des cotes données par chaque évaluateur".

Il ressort des extraits du rapport d'évaluation mentionnés dans ledit procès-verbal que la société ENDERED BELGIUM a été interrogée par l'ONEm sur certains prix qui lui semblaient anormalement bas.

La décision d'attribution indique que l'ONEm a posé la question suivante à la société EDENRED BELGIUM :

" l'ONEM souhaiterait obtenir la justification des prix, apparemment anormalement bas, que vous proposez pour les prestations suivantes relatives au :

1. titre-service papier pour une émission totale en dessous de 12,5 millions;
2. titre-service papier pour une émission annuelle totale entre 12,5 millions et 30 millions (non compris);
3. titre-service papier pour une émission annuelle totale entre 30 millions et 65 millions (non compris);
4. titre-service électronique pour une émission annuelle totale en dessous de 12,5 millions;

Je vous remercie de nous communiquer cette justification, par écrit, au plus tard pour le 04.07.2012 à 16h00".

La décision précise à ce sujet que:

" Les évaluateurs estiment que conformément à l'article 110, § 3, alinéa 3, de l'arrêté royal du 08.01.1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, EDENRED a apporté suffisamment d'éléments pour justifier son prix.

EDENRED indique avoir tenu compte, pour l'établissement de ses prix, de son expertise accumulée depuis plus de 25 ans, de ses capacités de production actuelles et futures tenant compte de l'évolution de ses activités, de la globalité de la solution, papier et électronique, ainsi que de sa parfaite gestion des chaînes logistiques. La combinaison de ces différents éléments lui permet d'être particulièrement performant et donc de proposer des prix très attractifs.

Pour chaque type de prestation, EDENRED développe encore les points énoncés ci-dessus et met en exergue le contexte dans lequel ils s'inscrivent et les économies particulières réalisées et justifiant le prix proposé.

Ce faisant, les évaluateurs considèrent qu'EDENRED fournit une justification suffisante des prix proposés de sorte que ceux-ci ne sont pas anormaux.

[...]"

Le résultat de la comparaison des offres au regard du critère de prix est, partant, le suivant :

Soumissionnaires	Prix (HTVA)	Cotation (/40)
1. APPLICAM	0,11094 EUR	22,10
2. BPOST	0,08487 EUR	28,89
3. EDENRED	0,06130 EUR	40
4. SODEXO	0,06842 EUR	35,83

Concernant le critère de qualité, le rapport d'évaluation cité par extrait porte en son point 3.2 :

" D'une manière générale, de l'examen comparatif des offres, il ressort que les soumissionnaires proposent chacun des services satisfaisants, ainsi que des formulaires complets.

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

Remarque: ne se retrouvent ci-dessous que des éléments qui ne se trouvaient pas ou pas dans la même mesure dans toutes les offres.

[...]

Compte tenu des propositions des soumissionnaires et, en particulier des éléments mentionnés positifs et négatifs relevés dans chaque offre et énoncés ci-dessus et de leur pertinence par rapport à l'objet du marché et des attentes du pouvoir adjudicateur, la cotation suivante est attribuée pour ce critère d'attribution :

Soumissionnaires	Cotation (/40)
1. APPLICAM	17,68
2. BPOST	23,15
3. EDENRED	33,54
4. SODEXO	27,90

"

Concernant le critère des garanties proposées, point 3.3 du cahier spécial des charges, la décision d'attribution porte notamment que :

" Dans le cadre de ce critère, les évaluateurs ont analysé l'annexe 5 du cahier spécial des charges complétée par chaque soumissionnaire ainsi que les garanties supplémentaires qu'ils offraient.

Concernant l'annexe 5, les évaluateurs ont tenu compte, pour chacune des garanties y reprises, du montant offert et du délai à partir duquel ce montant est dû.

Il en résulte que les garanties offertes par Sodexo sont meilleures que celles offertes par Edenred tandis que celles proposées par Applicam et Bpost sont nettement inférieures à celles proposées par les deux autres soumissionnaires.

En outre, les évaluateurs ont constaté que Bpost et Applicam ne proposent aucune autre garantie que celles strictement mentionnées à l'annexe 5 du cahier spécial des charges. Edenred et Sodexo prévoient, quant à eux, une série de garanties/amendes supplémentaires. Sodexo en prévoit un plus grand nombre. Ces garanties supplémentaires sont d'importance variable.

Compte tenu des différentes garanties et des commentaires mentionnés ci-dessus, la cotation suivante est accordée pour ce critère d'attribution :

Soumissionnaires	Cotation (/20)
1. APPLICAM	8
2. BPOST	7,5
3. EDENRED	14,5
4. SODEXO	18,16

"

Concernant la variante, les extraits du rapport d'évaluation figurant dans le procès-verbal indiquent ce qui suit:

" 4. Variante (cf. point 4.10 du cahier spécial des charges)

Le cahier spécial des charges prévoyait la possibilité pour les soumissionnaires d'introduire une variante relative au système de gestion des titres-services électroniques.

Il prévoit également que le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de refuser la variante qui engendre des coûts supplémentaires à charge de l'entreprise agréée.

Edenred et Sodexo sont les seuls soumissionnaires qui ont présenté une variante à ce système.

Les évaluateurs ont constaté les éléments suivants :

- Les variantes des deux soumissionnaires sont quasiment identiques au niveau de la solution technique (utilisation du GPRS):
 - Edenred travaille avec un autocollant (à coller au domicile de l'utilisateur) et Sodexo travaille avec un QR-code;
 - Edenred travaille avec un appareil dédié et Sodexo travaille avec un gsm sur lequel il faut installer un programme.
- Les services, de façon générale, sont identiques. Néanmoins, Edenred prévoit une alerte géolocalisation si les services ne sont pas exécutés à l'endroit prévu et prévoit également la communication directe des informations vers l'ONEM, l'entreprise agréée et l'utilisateur;
- Le système d'Edenred est plus convivial;
- Le coût de la variante devait être exprimé de la façon suivante: coût mensuel par travailleur pour une entreprise agréée comptant 50 travailleurs. Sodexo 8,20 EUR; Edenred: 5 EUR;

- Sodexo est plus détaillé au niveau du coût de sa variante.

Pour mémoire, le cahier spécial des charges prévoit que le coût de la variante est transformé en points qui seront ensuite déduits de la cotation relative à la qualité des services. Le coût complémentaire le plus élevé parmi les offres introduites se verra attribuer 5 points.

Compte tenu des éléments mentionnés au point 3.2 et au point 4, les évaluateurs ont accordé une nouvelle cotation pour la qualité des services de laquelle la cotation négative a été déduite.

Les cotations pour les critères d'attribution relatifs au prix et aux garanties restent les mêmes.

Soumissionnaires	Cotation négative du coût de la variante	Cotation (/40)
1. EDENRED	3,05	$35,46 - 3,05 = 32,41$
2. SODEXO	5	$29,52 - 5 = 24,52$

"

La conclusion du rapport d'évaluation est mentionnée dans la décision d'attribution en ces termes :

" 5. Total des points obtenus

Soumissionnaires	Cotation finale
1. APPLICAM	$22,10 + 17,68 + 8 = 47,78$
2. BPOST	$28,89 + 23,15 + 7,5 = 50,54$
3. EDENRED	$40 + 33,54 + 14,5 = 88,04$
4. EDENRED (variante)	$40 + 32,41 + 14,5 = 86,91$
5. SODEXO	$35,83 + 27,90 + 18,16 = 81,89$
6. SODEXO (variante)	$35,83 + 24,52 + 18,16 = 78,51$

L'offre la plus avantageuse a été introduite par EDENRED.

Les évaluateurs estiment que, bien que la solution comprenant une variante est classée deuxième, elle ne doit pas être ignorée et que des contacts doivent être entrepris afin d'examiner la faisabilité de l'implémentation de cette solution".

III. 5. Le procès-verbal a été communiqué à la requérante par un courriel et un courrier recommandé envoyés le 19 juillet 2012.

III. 6. Le 3 août 2012, la requérante a informé la partie adverse de l'introduction du présent recours.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 27 août 2012, la société anonyme EDENRED BELGIUM demande à intervenir dans la présente procédure en référé.

Cette société étant l'attributaire du marché contesté, elle a un intérêt suffisant à se porter partie intervenante. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. EXTREME URGENCE

La requérante fait valoir qu'elle a introduit le présent recours dans un délai de quinze jours à dater de la notification de la décision motivée d'attribution prévu par l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Il ressort des pièces de la procédure que la décision attaquée a été communiquée à la requérante par lettre recommandée le 19 juillet 2012 et que la présente requête a été introduite le 3 août 2012, soit dans le délai prévu par l'article 65/23, § 3 de la loi précitée.

On peut admettre que, dans ces circonstances, l'extrême urgence est suffisamment établie.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Arguments des parties.

La requérante prend un premier moyen "de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services [...], de l'article 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 [...], des principes généraux d'égalité et de transparence, de libre concurrence et de bonne administration, et du principe général «Patere legem quam ipse fecisti» ainsi que du cahier spécial des charges".

En une seconde branche, elle affirme que la partie adverse n'a pas appliqué, lors de l'analyse des offres au regard du critère "Qualité des services, formulaires et autres propositions du soumissionnaire", tous les éléments d'appréciation qu'elle avait annoncés dans la définition de ce critère au cahier spécial des charges alors que le pouvoir adjudicateur doit évaluer et comparer les offres au regard des seuls critères, et de tous les critères, définis par le cahier des charges.

Dans le développement de la seconde branche, la requérante soutient que le critère d'attribution précité, tel que formulé par le point 4.8 du cahier spécial des charges, renvoie au point 4.3 de celui-ci, relatif à la structure que doivent respecter les

offres, que les soumissionnaires devaient donc s'attendre à ce que leur offre soit évaluée, au regard de ce critère, sur la base des éléments d'appréciation énumérés par les chapitres 5 à 9 et 11 de la structure des offres, alors que la motivation de la décision d'attribution ne comporte pas la moindre considération au regard d'éléments d'appréciation auxquels le cahier des charges semblait attacher une certaine importance, qu'il en est ainsi :

- " - De la sous-section 1 de la section 3 du Chapitre 6, visée au point 4.3 du cahier des charges : «Suivi des plaintes et contact center»;
- De la sous-section 2 de la section 3 du Chapitre 6, visée au point 4.3 du cahier des charges : «Respect des dispositions légales»;
- De la section 2 du Chapitre 8, visée au point 4.3 du cahier des charges : «Outils permettant la gestion des données personnelles des utilisateurs»;
- De la section 3 du Chapitre 8, visée au point 4.3 du cahier des charges: «Outils permettant la gestion des titres-services commandés et remis aux entreprises»".

Dans sa note d'observations, quant à la seconde branche, la partie adverse fait valoir que l'acte attaqué qui fait sien le rapport d'évaluation des offres précise que d'une manière générale, de l'examen comparatif des offres, il ressort que les soumissionnaires proposent chacun des services satisfaisants, ainsi que des formulaires complets, qu'aucune différence n'est enregistrée par les évaluateurs et, par conséquent, par la partie adverse, entre les quatre soumissionnaires, que ce n'est que certains éléments contenus dans les offres, mis en corrélation avec le critère d'attribution relatif à "la qualité des services, des formulaires et autres propositions", qui ont permis aux évaluateurs et à la partie adverse de différencier les offres, qu'elle a considéré, à l'instar des évaluateurs, que le fait que des éléments essentiels de l'offre de la requérante ne sont pas repris dans la motivation de l'acte attaqué ne signifie pas que la partie adverse n'en a pas tenu compte, que ces éléments n'ont pas été de nature à permettre de différencier l'offre de la requérante des autres offres qui contenaient les mêmes éléments, à tout le moins dans une même mesure, que, quant au respect des dispositions légales, tous les soumissionnaires s'engageaient à respecter la législation sur les titres services, que l'examen comparatif des offres l'a conduite, faisant siennes les conclusions des évaluateurs, à considérer dans la décision attaquée que chacun des soumissionnaire proposait des services satisfaisants et des formulaires complets, ce qui suppose que, comme les évaluateurs, elle a parcouru chacune des offres au regard de tous les éléments d'appréciation et qu'elle n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en faisant ressortir tel ou tel élément contenu dans les offres, éléments permettant de les différencier.

Elle conclut que le moyen n'est pas sérieux en sa seconde branche.

La partie intervenante rejoint la partie adverse dans l'affirmation du défaut de sérieux du premier moyen.

Quant à la seconde branche, la partie intervenante affirme que tous les éléments d'appréciation contenus dans le cahier spécial des charges ont été pris en considération, l'acte attaqué exposant formellement :

" D'une manière générale, de l'examen comparatif des offres, il ressort que les soumissionnaires proposent chacun des services satisfaisants ainsi que des formulaires complets".

Elle soutient que la requérante n'élève pas de critique de la méthode décrite par l'acte attaqué et que si cette méthode aboutit à ne faire figurer dans la motivation formelle de cet acte que "les éléments qui ne se retrouvaient pas ou pas dans la même mesure dans toutes les offres", elle ne permet en rien d'aboutir à la thèse soutenue par la requérante.

Elle en conclut que le moyen n'est pas sérieux en sa seconde branche.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

La requérante reproduit exactement dans son moyen les points 4.3 "Structure de l'offre" du cahier spécial des charges et 4.8 "Critères d'attributions", "qualité des services, formulaires et autres propositions du soumissionnaire à l'égard des parties concernées".

La diversification des éléments de structure à respecter est manifeste.

Ils ne sont pas moins contraignants pour les soumissionnaires que pour le pouvoir adjudicateur.

En les adoptant, la partie adverse s'est obligée à analyser les offres en fonction de ces exigences précises et à les noter en conséquence.

Elle a fixé de telle façon les conditions d'exercice du pouvoir d'appréciation dont elle dispose dans le cadre de l'attribution d'un marché public à la suite d'un appel d'offres.

Le principe d'égalité entre les soumissionnaires implique que toutes les offres déposées soient évaluées au regard de tous les critères d'attribution figurant dans le cahier spécial des charges et uniquement en fonction de ceux-ci.

Les pièces de la procédure ne font pas ressortir que la partie adverse s'est pliée à la méthode d'analyse qu'impliquait le cahier spécial des charges qu'elle a élaboré.

On lit en effet, dans l'extrait du procès-verbal n° 12/12 de la séance du comité de gestion du 19 juillet 2012, que celui-ci décide de faire siennes les conclusions du rapport d'évaluation qui lui a été présenté et que, s'agissant de la qualité des services, des formulaires et autres propositions du soumissionnaire à l'égard des parties concernées :

- " Les évaluateurs ont parcouru chaque offre afin de pointer pour chacune les points forts et les points faibles. Cette analyse a été faite par thème et a donné les commentaires suivants :
Remarque : ne se retrouvent ci-dessous que des éléments qui ne se retrouvaient pas ou pas dans la même mesure dans toutes les offres".

Suit le relevé d'une série de caractéristiques reconnues aux offres respectives des soumissionnaires, dont, à une exception près (un point F. Divers), les subdivisions paraissent correspondre au chapitre 5, section 1 sous-section 1 et section 2, sous-section 1, ainsi qu'aux chapitres 6, 7, 8 et 9 de la structure de l'offre définie au point 4.3 du cahier spécial des charges, suivies d'une appréciation sommaire de chacune de ces caractéristiques, sans qu'aucune d'entre elles ne fasse l'objet d'une notation qui lui soit propre.

Au terme de ce relevé, le rapport d'analyse des offres adopté par le pouvoir adjudicateur porte que :

- " Compte tenu des propositions des soumissionnaires et, en particulier des éléments mentionnés positifs et négatifs relevé dans chaque offre et énoncés ci-dessus et de leur pertinence par rapport à l'objet du marché et des attentes du pouvoir adjudicateur, la cotation suivante est attribuée pour ce critère d'attribution :

Soumissionnaires	Cotation (/40)
1. APPLICAM	17,68
2. BPOST	23,15
3. EDENRED	33,54
4. SODEXO	27,90

".

Si la décision attaquée fait suffisamment apparaître la corrélation entre les exigences du cahier spécial des charges et les différentes caractéristiques, positives et négatives, qu'elle retient de chaque offre, c'est, prima facie, à juste titre que la requérante lui reproche de ne pas faire apparaître qu'elle s'est attachée à la sous-section 1 de la section 3 du chapitre 6, visée au point 4.3 du cahier spécial des charges : "Suivi des plaintes et contact center", à la sous-section 2 de la section 3 du

chapitre 6, visée au même point du cahier spécial des charges : "Respect des dispositions légales", à la section 2 du chapitre 8, visée au même point du cahier spécial des charges : "Outils permettant la gestion [des] données personnelles [des utilisateurs]" et à la section 3 du chapitre 8, visée au même point du cahier spécial des charges : "Outils permettant la gestion des titres-services commandés et remis aux entreprises", alors que la requérante s'y était attachée dans la formulation de son offre.

Les efforts de justifications déployés par la partie adverse dans sa note d'observations ne suffisent pas à compenser les lacunes des pièces du dossier et de la décision attaquée sur ces différents points.

Il ne suffisait pas à la partie adverse de s'en tenir, dans la décision attaquée, à une déclaration sommaire selon laquelle les soumissionnaires proposaient "chacun des services satisfaisants, ainsi que des formulaires complets" pour établir qu'elle avait tenu compte de toutes les composantes des différentes offres et en particulier de celles de la requérante.

Elle ne pouvait se limiter à faire sienne la note globale des évaluateurs au regard de la "qualité des services, des formulaires et autres propositions du soumissionnaire", ainsi qu'elle l'allègue au point 15 de sa note d'observations.

Les termes du point 4.8 du cahier spécial des charges impliquaient que chaque offre fût examinée dans chacun de ses éléments.

Le premier moyen paraît sérieux en sa seconde branche.

VII. TROISIEME MOYEN

VII. 1. Arguments des parties

La requérante prend un troisième moyen "de la violation des articles 16, 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 110 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, du cahier spécial des charges, des principes généraux de bonne administration, du principe d'égalité et de concurrence, du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit (ou de motivation matérielle), de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'excès de pouvoir".

En une seconde branche, elle affirme que la motivation de la décision d'attribution constitue une simple clause de style et ne permet pas de comprendre pourquoi la partie adverse a accepté les justifications fournies par l'attributaire désigné pour les prix unitaires sur lesquels il a été interrogé, lesquels semblent, au vu de la structure de coût minimale nécessaire à l'exécution du marché, effectivement anormalement bas.

Dans le développement de cette branche du moyen, la requérante énonce que l'article 110, § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité prévoit que le pouvoir adjudicateur prend en compte, dans l'examen du caractère normal des prix, les éléments suivants présents dans les justifications transmises par le soumissionnaire concerné : l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services; les solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services; l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire et l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Elle affirme que la décision d'attribution ne mentionne "qu'une clause de style" visant, pour ce qui concerne la société EDENRED BELGIUM, son expertise et ses capacités de production actuelles et futures, ce qui ne permet pas de comprendre pourquoi les prix remis par la société EDENRED BELGIUM sont considérés comme normaux, que l'expertise et les capacités de production de la société EDENRED BELGIUM ne peuvent être considérées comme des "conditions exceptionnellement favorable" au sens de l'article 110, § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, dès lors qu'elle-même présente un profil tout à fait similaire à celui de la société EDENRED BELGIUM avec une expertise et des capacités de production comparables.

Elle soutient encore que cette motivation ne lui permet pas de comprendre pourquoi la partie adverse a admis le caractère normal de prix inférieurs aux siens émanant d'un soumissionnaire qui disposait de conditions d'exécution moins favorables qu'elle, vu son obligation de supporter des coûts de mise en place pour le lancement du marché, que la motivation ne lui permet même pas de s'assurer que l'attributaire désigné a bien remis des prix normaux pour tous et chacun des prix unitaires, soit pour chacune des tranches d'émission de titres-services.

Dans sa note d'observations, la partie adverse, rejointe par la partie intervenante, affirme que c'est de manière infondée que la requérante avance que la décision attaquée ne mentionne qu'une clause de style visant, pour ce qui concerne la société EDENRED BELGIUM, son expertise et ses capacités de production actuelle et future, qu'elle a pris en compte pour l'établissement des prix par cette société, son

expertise accumulée depuis vingt-cinq ans, ses capacités de production actuelle et future, l'évolution de ses activités, la globalité de la solution papier électronique ainsi que sa parfaite gestion des chaînes logistiques.

Elle conclut qu'il ne peut lui être reproché de ne pas avoir, au travers d'une motivation adéquate, pertinente et non manifestement déraisonnable, accepté les justifications apportées par la société EDENRED BELGIUM.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort notamment de la décision attaquée que :

- " Les évaluateurs estiment que conformément à l'article 110, § 3, alinéa 3, de l'arrêté royal du 08.01.1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, EDENRED a apporté suffisamment d'éléments pour justifier son prix.
EDENRED indique avoir tenu compte, pour l'établissement de ses prix, de son expertise accumulée depuis plus de 25 ans, de ses capacités de production actuelles et futures tenant compte de l'évolution de ses activités, de la globalité de la solution, papier et électronique, ainsi que de sa parfaite gestion des chaînes logistiques. La combinaison de ces différents éléments lui permet d'être particulièrement performant et donc de proposer des prix très attractifs.
[...]".

Prima facie, on ne peut suivre la requérante en ce qu'elle voit dans cette formulation une "clause de style".

Il n'en reste pas moins que la motivation précitée est succincte.

Lorsque le pouvoir adjudicateur estime nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier ses prix, l'appréciation qui conduit à estimer ces justifications suffisantes doit faire l'objet d'une motivation précise.

De surcroît, il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur de qualifier de satisfaisantes des justifications dont les pièces du dossier démentent la pertinence.

En l'espèce, on peut lire ce qui suit dans le courrier adressé à la partie adverse par la société EDENRED BELGIUM le 2 juillet 2012, en réponse à la demande de justification des prix :

- " Sur base des chiffres et de l'évolution du dispositif titres-services au cours des années 2008-2011 que vous nous avez communiqués, nous avons construit des scénarii de répartition entre titres papier et titres électroniques.
Ceux-ci s'appuient notamment sur la possibilité de mise en œuvre de la variante électronique que nous proposons. Variante dont nous sommes convaincus qu'elle rencontrera les objectifs de l'ONEM en terme de contrôle et de suivi du dispositif,

mais aussi les attentes des entreprises, des travailleurs et des utilisateurs en terme d'ergonomie et de simplicité d'utilisation.
[...]"

Il n'apparaît pas que le soumissionnaire ait pu justifier adéquatement ses prix, relatifs tant à l'offre de base qu'à la variante, en s'appuyant sur l'hypothèse selon laquelle la variante serait retenue par le pouvoir adjudicateur.

Celui-ci, quant à lui, ne pouvait accepter une telle justification comme satisfaisante, dès lors qu'en l'espèce, il affirme en réponse au quatrième moyen qu'il n'a pas choisi la variante.

On lit dans la décision attaquée qu'il laisse à tout le moins subsister un doute quant au sort réservé à cette variante puisqu'il "autorise le Service à examiner la faisabilité de l'implémentation de la solution technique reprise dans la variante d'ENDERED BELGIUM" mais que cette variante n'est classée qu'en deuxième position par l'acte attaqué.

Le pouvoir adjudicateur ne pouvait dès lors se satisfaire de la justification apportée par la société ENDERED BELGIUM.

Le troisième moyen apparaît sérieux en sa seconde branche

VIII. BALANCE DES INTERETS

VIII. 1. Arguments des parties

Dans sa requête en suspension selon la procédure d'extrême urgence, la requérante n'aborde pas en termes exprès la balance des intérêts.

Dans sa note d'observations, la partie adverse soutient que :

" En s'abstenant de toute argumentation à ce sujet, la partie requérante met votre Conseil dans l'impossibilité, comme la partie adverse, d'apprécier in concreto la balance des intérêts.

La partie requérante eut dû exposer sa thèse à cet égard dans son seul écrit de procédure et dans le délai qui lui était ouvert pour agir en référé d'extrême urgence.

En ce que la requête ne contient aucun développement relatif à la balance des intérêts alors qu'il appartient à la partie requérante de démontrer, dans sa requête, les motifs pour lesquels la suspension s'impose en l'espèce, le recours est irrecevable et doit être rejeté pour ce seul motif".

La partie adverse soutient encore que, s'il fallait décider que l'absence de développements dans la requête en suspension d'extrême urgence n'entraînait pas l'irrecevabilité de celle-ci, en aucun cas des éléments développés à ce sujet à l'audience ne pourraient être pris en compte, sauf à violer le principe du contradictoire.

La partie adverse fait valoir enfin, à titre subsidiaire, que, s'il fallait admettre que la requérante n'avait pas à aborder dans le texte de son recours la balance des intérêts, il conviendrait de prendre en considération le bon fonctionnement et la continuité du service public.

Elle affirme que la suspension de l'exécution de la décision attaquée aurait nécessairement pour effet que le marché serait attribué avec retard et qu'il serait alors extrêmement difficile pour le soumissionnaire désigné d'être pleinement opérationnel avant le 1^{er} janvier 2013.

Elle conclut que :

" C'est l'ensemble du secteur «titres-services» géré par la partie adverse qui risque d'être mis en péril au cas où le nouveau prestataire ne peut prendre, dans les meilleurs délais, les mesures qui s'imposent afin d'être effectivement opérationnel au 1^{er} janvier 2013".

L'intervenante soutient, dans le même sens, qu'au cas où serait ordonnée la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, il est raisonnable de considérer que la partie adverse retirera l'acte attaqué pour procéder à sa réfection et que, dans ce cas, le délai séparant la nouvelle décision d'attribution de l'échéance du 1^{er} janvier 2013 sera tel qu'il deviendra impossible, à la requérante en intervention, de pouvoir réaliser en temps utile toutes les tâches préalables qui dépendent de la conclusion du contrat, dont elle présente l'inventaire, les autres tâches déjà réalisées l'ayant été en pure perte.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ne paraît pas ressortir des termes de l'article 65/15, alinéa 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services que la requête en suspension d'extrême urgence serait irrecevable à défaut, pour le requérant, d'établir, en termes exprès, que les conséquences négatives d'une éventuelle suspension ne l'emporteraient pas sur les avantages en résultant.

La partie adverse, rejointe en cela par l'intervenante, ne paraît pas pouvoir être suivie en ce qu'elle soutient qu'en s'abstenant de toute argumentation

quant à la balance des intérêts, la requérante met le Conseil d'Etat comme elle-même dans l'impossibilité d'apprécier in concreto les intérêts en présence.

En l'espèce, cette appréciation paraît pouvoir être portée sans difficulté particulière en tenant compte de l'objet du marché, des intérêts qui pourraient être lésés ainsi que de l'intérêt public.

Sans doute la partie adverse peut-elle être suivie en ce qu'elle affirme dans sa note d'observations qu'il convient d'être attentif au bon fonctionnement et à la continuité du service public permettant le recours aux titres services.

Mais on ne peut admettre que le retard que prendrait l'attribution du marché ayant pour objet l'établissement de ces titres en cas de suspension de la décision attaquée, aussi contrariant soit-il, suffise à justifier le refus d'en décider.

Un tel retard est la conséquence inéluctable d'un arrêt de suspension fondé sur l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993.

Il ne peut suffire à lui seul à justifier le rejet de la requête qui en poursuit le prononcé par le juge, sauf à paralyser la procédure de suspension organisée par le législateur en application de l'article 2 de la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007.

En l'espèce, les moyens reconnus comme sérieux ne sont pas de nature à amener le pouvoir adjudicateur à devoir recommencer la procédure d'attribution du marché ab initio, mais seulement à revoir la méthode d'analyse des offres, d'une part, et celle de l'analyse des prix offerts par les soumissionnaires, d'autre part, soit à réexaminer deux points de la phase finale de l'attribution du marché.

Ni la partie adverse ni la partie intervenante n'établissent que les conséquences négatives de la suspension qui serait prononcée dans ces conditions puissent l'emporter sur ses avantages et faire obstacle à ce titre à la suspension de l'exécution de la décision attaquée.

Au demeurant, en cas de nécessité, il appartiendrait au pouvoir adjudicateur de décider la prolongation de l'exécution du marché d'objet analogue, actuellement en cours d'exécution.

IX. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

Il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des offres des différents soumissionnaires dans la mesure où leur divulgation n'est pas nécessaire à la solution du litige.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

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

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision de l'office national de l'emploi attribuant le marché 32030/2012/01 concernant l'impression et l'édition de titres-services (papier et électroniques) à la société anonyme EDENRED BELGIUM.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les offres de la société par actions simplifiée APPLICAM, de l'association momentanée BPOST et SPEOS, de la société anonyme EDENRED BELGIUM et de la société anonyme SODEXO PASS BELGIUM demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 6.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
dix septembre deux mille douze par :

MM. Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Paul LEWALLE.