

**CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.**

**A R R E T**

n° 221.382 du 13 novembre 2012

G./A.206.713/VI-19.744

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 l'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<sup>e</sup> CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,  
SIEGEANT EN REFERE,**

**I. OBJET DE LA REQUETE**

Par une requête introduite le 19 octobre 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 4 octobre 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 électronique) à la société anonyme Edenred Belgium".

## II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 22 octobre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 8 novembre 2012 à 10 heures 30.

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

La société anonyme EDENRED BELGIUM a, par une requête introduite le 6 novembre 2012, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, 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, Mes Pierre LEJEUNE et Bertrand WITTAMER, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M<sup>me</sup> 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, en abrégé 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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".

III. 5. Par une requête introduite le 3 août 2012, la société anonyme SODEXO PASS BELGIUM a sollicité, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de cette décision du 19 juillet 2012. La suspension ainsi demandée a été ordonnée par un arrêt n° 220.544, rendu le 10 septembre 2012.

III. 6. A la suite de cet arrêt et de l'introduction d'une requête en annulation, le comité de gestion de la partie adverse a retiré, le 20 septembre 2012, sa décision du 19 juillet 2012.

III. 7. Par un courrier du 20 septembre 2012, la partie adverse a une nouvelle fois interrogé la société anonyme EDENRED BELGIUM sur le caractère apparemment anormal de certains des prix que cette société avait proposés. Celle-ci y a donné suite par un courrier du 21 septembre 2012.

III. 8. S'étant réunis pour procéder à un nouvel examen des offres, les évaluateurs de la partie adverse ont établi un nouveau rapport, sur la base duquel le comité de gestion a décidé, lors de sa séance du 4 octobre 2012, d'attribuer le marché relatif à l'impression et l'édition des titres-services (papier et électroniques) à la société EDENRED BELGIUM, afin qu'elle exécute son offre de base. Cette décision constitue l'acte attaqué.

S'agissant du rapport d'évaluation sur lequel s'est fondée la partie adverse en adoptant l'acte attaqué, il contient notamment les éléments suivants, relatifs à

l'examen du caractère régulier de l'offre de la société anonyme EDENRED BELGIUM au regard des prix proposés par celle-ci:

" 2. Examen du caractère complet et régulier des offres introduites

Dans le cadre de l'examen du caractère complet et régulier des offres, la commission d'évaluation a estimé utile et nécessaire de poser une question à EDENRED en vue d'obtenir une justification sur certains prix qui lui semblaient apparemment anormalement bas.

L'ONEM a posé la question suivante à EDENRED :

«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 annuelle 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 02.10.2012 à 16h00.»

EDENRED était prié de donner ses réponses dans les 12 jours calendrier. La demande a été faite le 20.09.2012 et la réponse a été réceptionnée le 25.09.2012, soit dans le délai imparti.

Analyse de la réponse apportée par EDENRED

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, principalement eu égard à l'économie de la prestation des services et aux solutions techniques adoptées pour exécuter les services visés par le marché.

Les évaluateurs prennent en considération, pour les titres papier :

- l'expérience accumulée par EDENRED au cours des vingt-cinq dernières années, qui porte à la fois sur son expertise, son savoir-faire et une productivité de tout premier ordre.

ENDERED assure l'émission (impression, façonnage et conditionnement), la livraison et le remboursement de plusieurs filiales du groupe EDENRED en Europe (Belgique, Pays-Bas, Grand Duché du Luxembourg, Allemagne et Suisse) pour de nombreux produits.

- le développement des outils de production au travers des investissements consentis et de la stratégie mise en place, avec le souci constant d'améliorer la productivité et l'efficacité dudit outil. Ce développement s'inscrit dans la volonté de rassembler les capacités de production des titres papier et, partant, de réaliser des économies d'échelles;

- la migration du ticket-restauration vers la version électronique, en application depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, permettra de libérer des ressources tant humaines que matérielles, lesquelles seront affectées à l'impression et à l'édition des titres services.

Les évaluateurs prennent également en considération, pour les titres électroniques :

- l'expertise d'EDENRED et le développement déjà réalisé par cette dernière, tant au niveau local qu'international;
- l'expérience du marché au niveau du titre électronique en Belgique.

Les évaluateurs ne prennent pas en considération les justifications fournies par EDENRED concernant la proposition de variante, celle-ci n'étant pas retenue. Ils notent, par ailleurs, à propos de la proposition n'incluant pas la variante, qu'EDENRED atteindra un résultat annuel positif, quel que soit le scénario qui se réalisera effectivement.

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 :

- Titre-service papier pour une émission annuelle totale en dessous de 12,5 millions.

Le volume considéré peut être comparé à celui de quelques clients importants Ticket Restaurant®. Il est absorbable sans coût additionnel, hormis celui des fournitures. Le prix y relatif est en ligne avec les conditions de marché pour des volumes similaires;

- Titre-service papier pour une émission annuelle totale entre 12,5 millions et 30 millions (non compris)

Comme susmentionné, le volume considéré pour le titre papier peut être traité de manière quasi marginale aux volumes actuels;

- Titre-service papier pour une émission annuelle totale entre 30 millions et 65 millions (non compris)

En ce qui concerne la fourchette supérieure de cette tranche, EDENRED prévoit des investissements et le renouvellement de certains matériels; ceux-ci s'inscrivent dans le cadre du renouvellement normal de ses outils de production. Le fait d'appartenir à un grand groupe international, spécialisé dans ces activités, permet à EDENRED d'envisager ces investissements (ré-allouables au sein du groupe) sur la durée économique réelle des biens et non sur la durée contractuelle initiale;

- Titre-service électronique pour une émission annuelle totale en dessous de 12,5 millions

Disposant de la solution électronique conventionnelle au terme de la période de gestion fin 2007 (avec un taux d'émission de titres électroniques de 12,4 % en novembre 2007) et au vu du volume 2011 renseigné pour les titres électroniques, EDENRED peut offrir une solution compétitive.

Les évaluateurs, sur la base des projections réalisées en 2012, pour l'année 1 du marché visé, observent que le nombre de titres global, c'est-à-dire comprenant tant la version papier que la version électronique, sera d'environ cent millions de titres. Cela étant, le prix proposé, qui sera le plus vraisemblablement appliqué, figurera nécessairement dans la tranche 4 (c'est-à-dire supérieure à soixante-cinq millions de titres).

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

Les évaluateurs considèrent que tous les soumissionnaires ont introduit une offre complète et régulière."

#### IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 6 novembre 2012, la société anonyme EDENRED BELGIUM demande à intervenir dans la présente procédure en référé d'extrême urgence.

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

#### V. PREMIER MOYEN – TROISIEME ET QUATRIEME BRANCHES

##### V. 1. Thèses des parties

La requérante prend un moyen, le premier de sa requête, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, 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 publics, 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, du principe général "Patere legem quam ipse fecisti", du cahier spécial des charges du marché ainsi que du principe d'autorité de la chose jugée des arrêts du Conseil d'Etat.

En ses troisième et quatrième branches, ce moyen est présenté comme suit :

- " En ce que, troisième branche, la partie adverse a accepté les justifications générales apportées par Edenred, qui semblent, à la lecture de l'acte attaquée, tout à fait similaires à celles précédemment transmises à la partie adverse par cette société, sans exiger que cette dernière n'établisse un tant soit peu la véracité de ses affirmations;

Alors que le Conseil d'Etat a considéré ces justifications comme non pertinentes et que la partie requérante avait, en outre, attiré l'attention de la partie adverse sur l'inexactitude de certains éléments de justification. Au surplus, Edenred avait précédemment justifié ses prix par la mise en place de sa variante. Il n'était dès lors pas possible pour la partie adverse d'accepter comme pertinentes des justifications qui se résument à l'affirmation non étayée que les prix proposés sont rentables, et

ce même sans la mise en place de la variante. Il incombait en effet à la partie adverse de procéder, dans le respect de la chose jugée par le Conseil d'Etat, à un examen attentif et conforme à la réglementation et au cahier spécial des charges des prix proposés et des justifications remises;

Et en ce que, quatrième branche, la motivation de la décision d'attribution sur ce point manque de pertinence et est tout à fait incohérente, notamment en ce qu'elle conclut à la normalité des prix d'Edenred en se basant sur le prix de la tranche 4 au sujet duquel elle n'a, précisément, pas interrogé Edenred. Cette motivation ne permet donc absolument pas de comprendre le raisonnement de la partie adverse au sujet du caractère normal des prix proposés par Edenred et paraît établir que celle-ci n'a pas respecté les règles qu'elle s'était elle-même fixées dans le cahier spécial des charges;

Alors que la partie adverse devait motiver sa décision, en tenant compte de la chose jugée par le Conseil d'Etat, de telle sorte qu'il soit possible pour la partie requérante, ainsi que pour le Conseil d'Etat, de se prononcer sur le bien-fondé de sa décision relative au caractère normal des prix proposés par Edenred;

En telle sorte que la partie adverse a violé les dispositions reprises au moyen en ne procédant pas à un examen conforme à la réglementation du caractère normal des prix proposés par l'attributaire et en ne motivant pas adéquatement sa décision à ce sujet."

Les développements relatifs à ces deux branches sont exposés comme suit :

" Troisième branche : Défaut d'examen sérieux des justifications remises par Edenred

25. Outre qu'elle n'a pas interrogé Edenred sur tous les prix dont la vérification s'imposait, la partie adverse a également omis d'examiner sérieusement la pertinence des justifications apportées par Edenred.

Il appartient pourtant à la partie adverse d'apprécier, avec sérieux, le caractère suffisant et pertinent des justifications apportées. Celle-ci ne peut en effet se limiter, comme en l'espèce, à interroger un soumissionnaire et à retranscrire dans sa décision d'attribution le contenu de la réponse apportée.

26. Il apparaît à la lecture de l'acte attaqué que les justifications d'Edenred sont quasi identiques à celles transmises en réponse à la première question de la partie adverse. Or, celles-ci ont été jugées insuffisantes par le Conseil d'Etat.

Dès lors, à supposer même que la partie adverse avait le droit d'interroger à nouveau Edenred dans les mêmes termes –quod non–, elle n'était certainement pas en droit d'admettre comme suffisantes des justifications similaires.

27. La partie adverse ne pouvait pas non plus se satisfaire d'une modification purement formelle de la présentation des justifications, visant seulement à contourner la critique faite par le Conseil d'Etat. En effet, alors qu'Edenred avait expliqué, dans sa première réponse, que ses prix étaient rentables grâce notamment à la mise en place de sa variante, elle semble maintenant soutenir –apparemment sans la moindre démonstration chiffrée– que ses prix sont également rentables sans cet élément essentiel. Elle ne présente pourtant, apparemment, aucune justification spécifique et distincte des éléments –contestables– qui étaient déjà tous présents dans sa première réponse.

De son côté, la partie adverse semble s'être dispensée de toute vérification et s'être limitée à retranscrire les éléments de réponses évoqués par Edenred en précisant, elle aussi, purement formellement, que «les évaluateurs ne prennent pas en considération les justifications fournies par EDENRED concernant la proposition de variante, celle-ci n'étant pas retenue. Ils notent, par ailleurs, à propos de la proposition n'incluant pas la variante, qu'EDENRED atteindra un résultat annuel positif, quel que soit le scénario qui se réalisera effectivement».

Une simple suppression, purement formelle, de la référence à la mise en place de la variante –pourtant essentielle dans la version précédente des justifications– tant dans les justifications que dans la décision d'attribution n'est pas de nature à répondre à la critique émise par le Conseil d'Etat, mais vise uniquement à la contourner.

28. Par ailleurs, certaines des justifications avancées par Edenred sont inexactes et la partie adverse devait le savoir (à tout le moins après le premier recours introduit par la partie requérante).

Il est ainsi inexact que la migration du ticket-restaurant vers la version électronique permettra de libérer des ressources tant humaines que matérielles dans une mesure suffisante pour avoir un impact sur les prix proposés. Cette migration n'est pas obligatoire, et est, à ce jour, tout à fait marginale. Selon les informations dont dispose la partie requérante, elle représenterait moins de 10 % des tickets-restaurant en circulation. La réglementation applicable prévoit en outre l'obligation pour les sociétés émettrices de permettre la réversibilité, soit le retour aux tickets-restaurant papiers. Cette migration –dont bénéficie d'ailleurs la partie requérante dans une même mesure– ne pourra donc pas libérer effectivement des ressources dans une mesure suffisante pour avoir un impact sur le coût, surtout en ce qui concerne celui de la tranche 3 (entre 30 millions et 65 millions (non compris) de titres-services), dès lors qu'Edenred soutient par ailleurs qu'il absorbe déjà «sans coût additionnel hormis celui des fournitures» les deux premières tranches du marché.

Il est d'ailleurs tout aussi inexact que le traitement de la première et, surtout, de la deuxième tranches –soit celles qui représentent, respectivement, moins de 12,5 millions et entre 12,5 millions et 30 millions (non compris) de titres-services– puissent être ainsi «absorbées» parce qu'elles seraient comparables «à quelques clients importants Ticket-restaurant». Les très gros clients en Belgique représentent environ 5 millions de chèques par an. Ils ne sont donc en rien comparables aux deux premières tranches du marché. En soi, le marché des chèques-repas en Belgique connaît un volume annuel total de 310.000 millions de chèques, dont un peu plus de la moitié, soit environ 160 millions de chèques, sont produits par Edenred. Le maximum de la tranche 2 représente dès lors presque 20 % de l'ensemble de la production d'Edenred. Il est donc tout à fait impossible de l'assimiler «à quelques clients importants Ticket-restaurant» comme l'admet, à tort, la partie adverse dans l'acte attaqué.

On notera que pour le marché, fort similaire, des chèques ALE, attribué en septembre 2011 par la partie adverse, Edenred a obtenu le marché avec un prix moyen de 0,102 euros par chèque pour un marché représentant environ 10 millions de chèques (voyez pièce 14 du dossier de la partie requérante). Ce prix remis pour un marché fort similaire et dans une situation où Edenred exécutait le marché précédent –et n'avait donc aucun investissement à réaliser– démontre également, par comparaison, que les prix remis par Edenred pour les tranches inférieures du présent marché ne peuvent être si facilement absorbés par la capacité de production disponible. La partie adverse ne pouvait donc admettre ces justifications sans vérification alors même qu'elle était tout à fait informée –étant le pouvoir adjudicateur du marché des chèques ALE– des prix remis pour ce marché.

29. Les autres justifications retranscrites dans la décision d'attribution ne permettent en rien de différencier Edenred de la partie requérante et ne sont donc absolument pas de nature à justifier la normalité du prix remis par Edenred. Ainsi en va-t-il de l'expérience d'Edenred, du développement de ses outils de production et de l'expérience du marché (notamment en ce qui concerne la «solution électronique conventionnelle»). Ces éléments se retrouvent dans la même mesure dans le chef de la partie requérante. Ils ne peuvent donc pas expliquer qu'Edenred soit en mesure de remettre des prix inférieurs à ceux de la partie requérante tout en ayant d'importants investissements à réaliser pour mettre en place le système.

30. Au vu de tous ces éléments, il est manifeste que la partie adverse n'a pas procédé à un examen sérieux des justifications transmises par Edenred, ce en violation de l'autorité de chose jugée par le Conseil d'Etat.

Quatrième branche : Défaut de motivation du caractère normal des prix justifiés et anormalité de ces prix

31. Il n'est en outre pas possible de comprendre, à la lecture de la motivation de la décision d'attribution, les raisons précises et pertinentes pour lesquelles la partie adverse a accepté les justifications d'Edenred et considéré comme normaux les prix proposés par cette société.

32. Cette motivation est en effet pour le moins incohérente. La partie adverse commence par retranscrire les éléments qu'elle décide de prendre en considération dans les justifications données par Edenred au sujet des prix qu'elle propose pour les tranches 1 à 3 en ce qui concerne les titres-services papier et la tranche 1 concernant les titres-services électroniques. Ensuite de quoi, elle indique que : «les évaluateurs, sur la base des projections réalisées en 2012, pour l'année 1 du marché visé, observent que le nombre de titres global, c'est-à-dire comprenant tant la version papier que la version électronique, sera d'environ cent millions de titres. Cela étant, le prix proposé, qui sera le plus vraisemblablement appliqué, figurera nécessairement dans la tranche 4 (c'est-à-dire supérieure à soixante-cinq millions de titres)» [...]. La partie adverse continue en indiquant que : «Ce faisant, les évaluateurs considèrent qu'EDENRED fournit une justification suffisante des prix proposés de sorte que ceux-ci ne sont pas anormaux» [...].

La partie requérante ne peut que souligner l'absurdité du raisonnement tenu par la partie adverse.

La partie requérante a, semble-t-il, décidé que les justifications étaient suffisantes pour établir le caractère normal d'un prix sur lequel elle n'avait pas interrogé et qui n'a donc pas été justifié. La décision d'attribution repose donc à tout le moins sur un motif erroné.

Au demeurant, la partie adverse n'aurait pu juger que, nonobstant les justifications insuffisantes d'Edenred, son offre serait néanmoins régulière dès lors que les prix (mal) justifiés ne seraient pas appliqués. Une telle décision constituerait une violation du cahier des charges qui prévoit que chacun des prix est de nature à être appliqué séparément et doit donc être normal.

En tout état de cause, il est évident que la motivation de la décision d'attribution est incohérente et que, partant, elle ne permet pas, comme elle le devrait, à la partie requérante de comprendre le raisonnement suivi par la partie adverse pour considérer les prix d'Edenred comme normaux.

33. La décision d'attribution mentionne au surplus, outre des éléments inexacts (voir ci-avant), une série de justifications qui s'appliquent de manière indifférenciée tant à Edenred qu'à la partie requérante (à savoir, pour rappel, l'expérience d'Edenred, le développement de ses outils de production et

l'expérience du marché, notamment en ce qui concerne la «solution électronique conventionnelle»).

L'article 110, § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité prévoit pourtant 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;
- au respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
- l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Or, aucun de ces éléments ne peut donc être considéré comme des «conditions exceptionnellement favorables» au sens de l'article 110, §3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, dès lors que la partie requérante présente un profil tout à fait similaire à celui d'Edenred (avec une expertise comparable et des capacités de production supérieures dès lors qu'aujourd'hui la partie requérante exécute le marché des titres-services).

Cette motivation ne permet donc pas à la partie requérante de comprendre pourquoi la partie adverse a admis le caractère normal de prix inférieurs aux siens émanant d'un soumissionnaire qui, cette fois-ci, disposait de conditions d'exécution moins favorables vu son obligation de supporter des coûts de mise en place pour le lancement du marché (tel qu'évoqué dans la deuxième branche du moyen).

34. La motivation de l'acte attaqué ne permet même pas à la partie requérante de s'assurer que l'attributaire désigné a bien remis des prix normaux pour tous et chacun des prix unitaires qui devaient être remis, soit pour chacune des tranches d'émission de titres-services.

Tous les prix unitaires devaient en effet être mentionnés dans la décision d'attribution afin de permettre aux soumissionnaires dont l'offre n'a pas été jugée la plus intéressante de s'assurer que l'offre choisie par la partie adverse était effectivement l'offre régulière la plus intéressante et ne présentait pas de prix unitaires anormaux qui auraient dû mener à son écartement. La partie requérante aurait ainsi pu s'assurer que les prix proposés pour chacune des tranches permettaient effectivement de couvrir les coûts encourus en suite de l'impression et de l'édition du nombre de titres-services concernés par cette tranche.

La partie requérante note à cet égard que, quels que soient les moyens de production et le personnel disponibles qu'Edenred pourrait affecter à l'exécution du marché, elle ne pourrait éviter de payer, pour chacune des tranches relatives aux titres-services papiers, le papier sur lequel ces titres-services sont imprimés ainsi que les timbres et les enveloppes nécessaires à leur envoi aux utilisateurs. Il en va de même des frais téléphoniques en ce qui concerne les titres-services électroniques. A noter qu'Edenred ne disposerait alors encore d'aucun collaborateur –ni pour l'impression et le conditionnement des titres-services, ni pour le remboursement aux entreprises agréées, ni pour répondre aux appels et aux courriels arrivant au contact center exigé par le cahier des charges, ni pour la gestion du marché et de l'ensemble des demandes de l'ONEm, etc.–, ni d'aucune machine, d'aucun service de maintenance, etc. Il s'agit donc d'un coût totalement incompressible.

35. Les prix unitaires par tranche devront impérativement être communiqués avec le dossier administratif afin de permettre un débat contradictoire à ce sujet devant Votre Conseil.

Il est cependant dès à présent manifeste que la motivation contenue dans la décision d'attribution ne permet pas de justifier le caractère normal des prix proposés par Edenred sur lesquels pèsent de lourds soupçons d'anormalité que la motivation de l'acte attaqué est impuissante à renverser.

36. Il ressort de l'exposé des quatre branches du moyen que la partie adverse a surtout tenté de «repêcher», en méconnaissant le principe d'autorité de la chose jugée, une offre en violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires, plutôt que de procéder à un examen complet, sérieux et conforme à la réglementation et au cahier spécial des charges de la normalité des prix de l'attributaire, et ce alors que de lourds soupçons d'anormalité apparaissent à l'examen du prix moyen proposé par Edenred. En outre, la motivation de ce point dans la décision d'attribution est totalement incohérente et ne permet en rien de comprendre le raisonnement de la partie adverse sur ce point."

Dans sa note d'observations, la partie adverse réfute le moyen en ces termes :

" Troisième branche

20. La partie requérante constate que les justifications fournies par EDENRED seraient quasiment identiques à celles transmises lors de la première demande. Or, elles auraient été jugées insuffisantes par le Conseil d'Etat. Elle se fonde pour ce faire sur des extraits choisis de l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 septembre 2012 [...].

L'exposé complet du raisonnement suivi par votre Conseil est toutefois quelque peu différent de ce que la partie requérante prétend lui faire dire. En effet, ce passage est le suivant :

«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» [...].

L'arrêt précité critique donc la justification des prix fournie par EDENRED en ce qu'elle fait référence aux scénarii construits par cette dernière. Cette critique n'a toutefois de raison d'être que dans la mesure où la partie adverse laisse subsister un doute quant au choix éventuel de la variante. Dans l'arrêt précité, votre Conseil, fait grief à la partie adverse d'avoir manqué de clarté dans sa première décision et, partant, d'avoir laissé 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. L'arrêt ne se prononce toutefois pas sur la seconde partie de la justification d'EDENRED aux termes de laquelle elle explicite les prix proposés par tranche et en fonction du support.

La partie requérante se méprend donc lorsqu'elle prétend que les justifications d'EDENRED auraient été jugées insuffisantes par le Conseil d'Etat, dans leur globalité et sans autre précision, de sorte que la partie adverse devait considérer les prix proposés comme anormaux.

21. En raison de la confusion qu'a suscitée sa réponse de juillet 2012, EDENRED a veillé à distinguer clairement la situation impliquant la mise en œuvre de la variante et celle ne la reprenant pas, tout en précisant que l'une et l'autre situation sont parfaitement rentables, chiffres à l'appui, et, partant, lui permettent de garantir les prix proposés et la parfaite exécution du marché. La modification n'est dès lors pas strictement formelle mais rencontre les objections et interrogations soulevées par votre Conseil et précise, pour autant que de besoin, la réponse précédente.

22. La partie requérante indique notamment, pour critiquer la validité des justifications fournies par EDENRED, que la migration de la forme papier vers la forme électronique du ticket-restaurant ne serait pas obligatoire et serait marginale. La réglementation applicable en la matière n'impose certes pas le recours à la version électronique des tickets-restaurant mais l'encourage vivement et force est de constater que le secteur est en pleine mutation. Pareil constat ne peut être valablement contesté par la partie requérante, qui ne le fait d'ailleurs pas dans sa requête, et se limite à tenter – en vain – de minimiser l'impact de la justification fournie par EDENRED.

La partie requérante tente en outre de contester la référence faite par EDENRED à la notion de «gros client». Force est une nouvelle fois de constater que l'argumentation développée par la partie requérante à ce propos est pour le moins hasardeuse et obscure.

La partie requérante compare enfin le marché en cause avec celui des chèques ALE. Or, cela n'a aucun sens puisque les volumes de titres émis relatifs à ces marchés sont très différents, de même que leur avenir. Si les titres-services sont en augmentation constante, les chèques-ALE, par contre, sont en nette diminution, notamment au motif que l'activité d'aide ménagère à domicile qui était autorisée dans le système des titres-ALE a été reprise dans le cadre du système titres-services. Ensuite, le prix proposé dans le cadre d'un marché ne peut être comparé à celui proposé dans un autre marché, chacun de ces marchés étant nécessairement particulier et indépendant des autres marchés. Il est d'ailleurs piquant de constater que dans le cadre de ce marché, la partie requérante n'avait pas estimé devoir contester le prix moyen proposé par EDENRED alors qu'il était deux fois inférieur à celui qu'elle avait elle-même proposé. Pour rappel, en l'espèce, la partie requérante conteste le caractère normal du prix proposé par EDENRED alors qu'il n'est inférieur au sien que de 11,5 %. En outre, le marché

des chèques-ALE a été attribué il y a plus d'un an (en 2011) et les prix ont nécessairement évolué depuis lors. Enfin – et surtout – il n'appartient pas à la partie requérante de substituer son appréciation à celle de la partie adverse, sauf à pouvoir démontrer qu'elle aurait commis une erreur manifeste d'appréciation, ce qu'elle reste manifestement en défaut de faire.

#### Quatrième branche

23. La partie requérante relève la prétendue absurdité du raisonnement de la partie adverse concernant l'appréciation de la justification des prix fournis par EDENRED dans la mesure où elle aurait considéré comme suffisantes des justifications qui n'auraient pas été fournies et, partant, considéré comme normaux des prix pour lesquels aucune justification n'était demandée.

Force est de constater que la partie requérante feint une nouvelle fois de ne pas comprendre la portée de la décision de la partie adverse sur ce point et se livre à une interprétation inexacte de la motivation qui la sous-tend. Dans sa réponse du 25 septembre 2012, cette dernière a, dans un premier temps, donné une explication générale de ses prix, laquelle a été prise en compte par la partie adverse. Il s'agit plus particulièrement, pour les titres papier :

- de l'expérience accumulée par EDENRED au cours des vingt-cinq dernières années, qui porte à la fois sur son expertise, son savoir-faire et une productivité de tout premier ordre;
- du fait qu'EDENRED assure l'émission (impression, façonnage et conditionnement), la livraison et le remboursement de plusieurs filiales du groupe EDENRED en Europe (Belgique, Pays-Bas, Grand Duché du Luxembourg, Allemagne et Suisse) pour de nombreux produits;
- du développement des outils de production au travers des investissements consentis et de la stratégie mise en place, avec le souci constant d'améliorer la productivité et l'efficacité dudit outil. Ce développement s'inscrit dans la volonté de rassembler les capacités de production des titres papier et, partant, de réaliser des économies d'échelles;
- de la migration du ticket-restauration vers la version électronique, en application depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, qui permettra de libérer des ressources tant humaines que matérielles, lesquelles seront affectées à l'impression et à l'édition des titres services.

Concernant les titres électroniques, EDENRED insiste sur :

- l'expertise d'EDENRED et le développement déjà réalisé par cette dernière, tant au niveau local qu'international;
- l'expérience du marché au niveau du titre électronique en Belgique.

Dans un second temps, EDENRED apporte des précisions concernant la mise en œuvre ou non de la variante. Dans la mesure où la partie adverse a décidé de ne pas retenir la variante, elle n'a pas examiné plus avant les justifications fournies par EDENRED à ce sujet.

Dans un troisième temps, EDENRED fournit une justification des prix proposés pour chaque tranche, mettant en exergue le contexte dans lequel ils s'inscrivent et les économies particulières réalisées et justifiant le prix proposé. A cet égard votre Conseil observera que la réponse donnée par EDENRED est circonstanciée et ne peut être considérée comme n'étant pas une justification adéquate mais une simple généralité. Votre Conseil sera particulièrement attentif au fait que la partie adverse a retenu :

- Titre-service papier pour une émission annuelle totale en dessous de 12,5 millions : le volume considéré peut être comparé à celui de quelques clients importants Ticket Restaurant®. Il est absorbable sans coût additionnel, hormis

celui des fournitures. Le prix y relatif est en ligne avec les conditions de marché pour des volumes similaires;

- Titre-service papier pour une émission annuelle totale entre 12,5 millions et 30 millions (non compris) : le volume considéré pour le titre papier peut être traité de manière quasi marginale aux volumes actuels;

- Titre-service papier pour une émission annuelle totale entre 30 millions et 65 millions (non compris) : EDENRED prévoit des investissements et le renouvellement de certains matériels; ceux-ci s'inscrivent dans le cadre du renouvellement normal de ses outils de production. Le fait d'appartenir à un grand groupe international, spécialisé dans ces activités, permet à EDENRED d'envisager ces investissements (ré-allouables au sein du groupe) sur la durée économique réelle des biens et non sur la durée contractuelle initiale;

- Titre-service électronique pour une émission annuelle totale en dessous de 12,5 millions : disposant de la solution électronique conventionnelle au terme de la période de gestion fin 2007 (avec un taux d'émission de titres électroniques de 12,4 % en novembre 2007) et au vu du volume 2011 renseigné pour les titres électroniques, EDENRED peut offrir une solution compétitive.

En raison de ces justifications, la partie adverse considère que les prix pour lesquels elle a demandé une justification doivent être considérés comme normaux.

En outre, se basant sur son expérience et sur son expertise du secteur et plus particulièrement sur les projections réalisées en 2012 pour l'année 1 du marché en cause, la partie adverse a estimé que le nombre de titres global sera d'environ 100.000.000. Cela étant, le prix proposé qui sera le plus vraisemblablement appliqué figurera dans la tranche 4. Or, le prix lié à cette tranche n'a pas été suspecté d'anormalité et, partant, ne devait pas être justifié.

Il est donc absurde dans le chef de la partie requérante de considérer – ou de feindre de le faire – que la partie adverse aurait validé certains prix au regard de justifications non demandées parce que non nécessaires. Pareil raisonnement résulte une fois encore d'une lecture manifestement tronquée de la décision attaquée. La partie adverse a estimé, après examen des justifications fournies par EDENRED, que les prix proposés pour les tranches 4 papier et 2 à 4 électroniques devaient être considérés comme normaux, même si vraisemblablement seule la tranche 4 sera concernée.

24. La partie requérante soutient par ailleurs qu'il ne lui serait pas possible de comprendre, à la lecture de la motivation de la décision d'attribution, les raisons précises et pertinentes pour lesquelles la partie adverse a accepté de considérer comme suffisantes les justifications de certains prix apparaissant a priori comme anormalement bas et, en tout cas, plus bas que les siens émanant d'un soumissionnaire se trouvant de surcroît dans une situation moins favorable que la sienne.

Compte tenu de ce qui a été précisé ci-dessus, il ne peut être reproché à la partie adverse de ne pas avoir, au travers d'une motivation adéquate, pertinente et non manifestement déraisonnable, accepté les justifications apportées par EDENRED.

Relativement aux volumes des titres-services émis en 2011 et compte tenu de la circonstance que le marché est attribué pour une durée d'un an, la partie adverse sait, à l'instar d'EDENRED, sur la base des modèles économiques et de gestion relatifs aux titres-services, que le prix qui sera appliqué pour l'année 2013 sera le prix pour la tranche 4.

Faut-il rappeler, ici, que conformément à la jurisprudence de votre Conseil, le pouvoir adjudicateur «dispose d'un large pouvoir d'appréciation des justifications

fournies par un soumissionnaire, dans le cadre de la procédure de contrôle du caractère apparemment anormal des prix d'une soumission, prévue par l'article 110, § 3, précité; que si le Conseil d'Etat ne peut substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, il lui revient toutefois de vérifier la réalité et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de ce pouvoir et de censurer le cas échéant une appréciation manifestement déraisonnable; qu'en l'espèce, l'appréciation faite par la partie adverse ne paraît pas manifestement déraisonnable, les prix avantageux obtenus auprès d'une société mère pouvant apparaître comme des "conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire" au sens de l'article 110, §3 précité et les explications de la filiale, selon laquelle il s'agit de pièces en provenance directe de la maison mère et non de pièces disponibles dans le commerce et susceptibles d'être achetées plus chères auprès de divers fournisseurs, étant plausibles; que l'on ne saurait à ce point de vue reprocher à un soumissionnaire de tirer parti des avantages qu'il tire de son organisation ou de l'existence d'une maison mère, puisque l'article 110 de l'arrêté royal précité permet précisément de tenir compte de la situation spécifique à un soumissionnaire (...)» (C.E., n° 152.843, du 16 décembre 2005, S.A. MODAL VOICE NETWORKS [...]) ?

Dans le présent litige, la partie adverse, n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en prenant compte, d'une part, de l'expérience accumulée par EDENRED, les capacités de production actuelles et futures de celle-ci et l'évolution de ces activités notamment au regard de la globalité de la solution papier et électronique.

Enfin, faut-il rappeler à la partie requérante que le pouvoir adjudicateur ne doit pas donner les motifs de ses motifs et que s'agissant d'un marché de service, aucune réglementation ne précise la notion de prix normal ou anormal (C.E., n° 213.602 du 31 mai 2011, ACCOR TRB) ?

Le dossier administratif révèle que les évaluateurs ont pris en considération l'article 110, § 3, alinéa 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et ont de manière motivée considéré qu'EDENRED avait fourni une justification suffisante des prix proposés de sorte que ceux-ci ne sont pas anormaux.

Le Comité de gestion de la partie adverse a expressément mentionné dans la décision attaquée les conclusions du rapport d'évaluation qui lui avait été présenté.

La quatrième branche du premier moyen n'est dès lors pas sérieuse."

Dans sa requête en intervention, l'intervenante fait valoir ce qui suit :

" Troisième branche

31. - La requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir examiné avec sérieux les justifications de prix présentées par Edenred. Elle considère que cette justification a été jugée insuffisante par le Conseil d'Etat.

Selon la requérante, la partie adverse aurait admis «apparemment sans la moindre démonstration chiffrée» que les prix d'Edenred seraient rentables sans application de la variante, ce qui serait non pas une réponse à la critique du Conseil d'Etat, mais un contournement de cette critique.

La requérante estime encore que d'autres justifications avancées par Edenred ne sont pas acceptables.

32. - Pour les raisons exposées ci-avant, la conclusion de la partie requérante quant à la portée de l'arrêt du 10 septembre 2012, en ce qu'il accueille le troisième moyen, seconde branche, est inexacte.

33. - Contrairement à ce que suppose la requérante, Edenred a fourni les appréciations chiffrées de ses scénarii en l'absence de variante.

En ce qu'il présuppose le contraire, le moyen manque en fait.

La partie adverse pouvait dès lors se référer à cette justification, laquelle est «pertinente» au sens de l'arrêt du 10 septembre 2012.

34. - Pour le surplus, la requérante se livre à nouveau à une critique des justifications présentées par Edenred, justifications acceptées par la partie adverse. Selon elle, la migration des tickets restaurant vers la version électronique ne peut permettre d'impacter les prix proposés.

Contrairement à ce que soutient la requérante, cette évolution, dont l'existence même n'est pas contestée et dont la requérante dit profiter par ailleurs, est suffisante pour constituer, parmi d'autres éléments, une justification des prix proposés (voir ci-avant).

35. - La comparaison entre d'importants clients d'Edenred et la tranche inférieure des titres services est justifiée. Au demeurant, contrairement à ce que suppose la requérante, les clients importants d'Edenred ne se situent pas tous en Belgique : Edenred travaille également, au niveau de la production, pour certaines de ses filiales implantées en Allemagne, au Luxembourg, en Suisse, au Pays-Bas, ...

[...]

36. - En sa troisième branche, le moyen n'est pas sérieux.

Quatrième branche

37. - La requérante considère que la motivation de la décision est incohérente et absurde, en ce que la partie adverse aurait mentionné que la tranche de prix applicable sera vraisemblablement la tranche 4 :

«La partie [adverse] a, semble-t-il, décidé que les justifications étaient suffisantes pour établir le caractère normal d'un prix sur lequel elle n'avait pas interrogé et qui n'a donc pas été justifié. La décision d'attribution repose donc sur un motif erroné.

Au demeurant, la partie adverse n'aurait pu juger que, nonobstant les justifications insuffisantes d'Edenred, son offre serait néanmoins régulière dès lors que les prix (mal) justifiés ne seraient pas appliqués. Une telle décision constituerait une violation du cahier spécial des charges qui prévoit que chacun des prix est de nature à être appliqué séparément et doit donc être normal».

38. - Aucun de ces deux griefs n'est fondé, dès lors qu'ils reposent sur une lecture inexacte de l'acte attaqué :

- aucune mention de l'acte attaqué ne déclare justifiés les prix proposés par Edenred pour la tranche 4;

- cet acte ne décide pas davantage que les justifications ne sont pas acceptables pour les tranches concernées par les questions posées, mais énonce expressément la solution contraire : «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».

39. - La requérante convient que la tranche 4 des prix unitaires sera «selon toute vraisemblance - et comme l'indique la partie adverse dans la décision d'attribution -, la tranche applicable lors du marché (avant renouvellement éventuel et

potentiellement partiel, ce qui serait de nature à rendre l'une des tranches inférieures applicable».

Pour prendre en considération le caractère normal des prix unitaires des tranches inférieures, la partie adverse ne pouvait ignorer cette caractéristique : une chose est l'application d'emblée, la première année, des tranches inférieures ; autre chose est l'application de ces mêmes prix après une ou deux années d'exécution du contrat, lorsque les quantités initiales ont été de l'ordre de celles que laissent prévoir les chiffres des années antérieures.

Loin de violer le cahier spécial des charges, la partie adverse en opérant ce constat, en a donc fait une correcte application."

## V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Lorsque, face à des prix apparemment anormalement bas, il examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, conformément aux dispositions de l'article 110, § 3, 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, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d'Etat ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de ce pouvoir, et de censurer dans le chef de ce dernier une appréciation manifestement déraisonnable.

En outre, 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.

Par un courrier du 20 septembre 2012, l'intervenante a été invitée à justifier certains des prix, apparemment anormalement bas, qu'elle avait proposés. Le 21 septembre 2012, elle a communiqué à la partie adverse ses justifications, lesquelles sont de trois ordres :

- considérations relatives à l'expérience de l'intervenante;
- estimations de résultats annuels moyens, pour ce qui concerne les titres électroniques;
- précisions diverses à propos des prix pour lesquels des justifications étaient demandées.

A la lecture des justifications ainsi fournies, force est de constater notamment que :

- les références à l'expérience de la requérante ne sont pas propres à celle-ci;
- les estimations de résultats annuels moyens sont présentées comme reposant sur différents scénarii dont aucun n'est toutefois décrit. Leur utilité en vue de la justification des prix n'apparaît nullement;
- aucune des explications fournies par l'intervenante n'est précise, concrète ou dûment étayée;
- telle que s'y réfère l'acte attaqué, l'explication relative au prix du titre-service papier pour une émission annuelle totale se situant entre 12,5 millions et 30 millions, aux termes de laquelle "le volume considéré pour le titre papier peut être traité de manière quasi marginale aux volumes actuels" est contredite par le prix unitaire proposé pour cette tranche, lequel représente le triple de celui qui a été offert pour une émission annuelle inférieure à 12,5 millions de titres.

Dès lors que le Conseil d'Etat ne peut substituer son appréciation à celle de la partie adverse, les constatations ainsi posées n'autorisent sans doute pas à considérer que les prix à propos desquels l'intervenante a été interrogée étaient anormaux. Elles permettent toutefois de relever que les justifications ainsi proposées devaient interpeller la partie adverse et l'inciter à faire preuve d'un soin particulier, non seulement dans leur examen, mais également dans la motivation de la décision par laquelle elles sont tenues pour suffisantes. Cette exigence était d'autant plus évidente qu'un risque de spéculation n'était pas exclu. En effet, dès lors que -comme le relève la partie adverse, à tout le moins pour ce qui concerne l'intervenante- les soumissionnaires savaient que le prix applicable pour l'année 2013 serait celui qui est remis pour la tranche 4 (correspondant à un nombre de titres supérieur à 65 millions), ils pouvaient être tentés d'offrir des prix spéculatifs très bas pour les tranches les plus basses, lesquels prix entraient en ligne de compte pour l'évaluation des offres, sans toutefois que soit élevé le risque de devoir les appliquer.

En l'espèce, il apparaît au terme d'un examen effectué en extrême urgence que la partie adverse s'est bornée à faire siennes les justifications indigentes fournies par l'intervenante, sans les soumettre à une vérification élémentaire et sans porter la moindre appréciation sur leur précision, leur exactitude et leur pertinence. A tout le moins, la partie adverse ne démontre-t-elle pas avoir procédé à un contrôle de ces justifications.

Par ailleurs, la lecture de l'acte attaqué, qui reproduit en substance les justifications fournies par l'intervenante, ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a décidé que ces justifications étaient satisfaisantes.

Ne constitue pas davantage un motif de cette décision, la considération de l'acte attaqué aux termes de laquelle :

" Les évaluateurs, sur la base des projections réalisées en 2012, pour l'année 1 du marché visé, observent que le nombre de titres global, c'est-à-dire comprenant tant la version papier que la version électronique, sera d'environ cent millions de titres. Cela étant, le prix proposé, qui sera le plus vraisemblablement appliqué, figurera nécessairement dans la tranche 4 (c'est-à-dire supérieure à soixante-cinq millions de titres).

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

Cette considération est, à première vue, sans lien avec les questions posées à l'intervenante par la partie adverse. Si elle devait s'interpréter en ce sens qu'elle permet de motiver la décision que l'offre de l'intervenante doit être tenue pour régulière nonobstant la faiblesse des justifications apportées, elle amènerait à constater que la partie adverse a déclaré régulière une offre dont le prix, présenté conformément aux prescriptions du cahier spécial des charges, n'est pas normal en chacune de ses composantes.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen doit être déclaré sérieux en ses troisième et quatrième branches.

## VI. BALANCE DES INTERETS

### VI. 1. Thèses des parties

Après s'être référée à la décision prise au sujet de la balance des intérêts par le Conseil d'Etat dans son arrêt n° 220.544 du 10 septembre 2012, la requérante fait valoir ce qui suit :

" 61. L'ensemble des éléments sur lesquels le Conseil d'Etat a fondé sa décision s'applique également à la présente procédure.

Il ne pourrait pas plus être admis, pour la seconde décision d'attribution que pour la première, qu'un marché soit lancé avec tant de retard par la partie adverse que celle-ci se dispense de la sorte de tout contrôle de la légalité de sa décision par le Conseil d'Etat en arguant précisément de ce retard.

En outre, les moyens développés par la partie requérante dans la présente procédure n'entraînent, pas plus que ceux soulevés lors du premier recours, l'obligation de reprendre la procédure ab initio. Ces moyens ne portent en effet à nouveau que sur la méthode d'évaluation des offres en ce qui concerne le prix et la qualité, et font en fait grief à la partie adverse de ne pas avoir respecté tous les enseignements de l'arrêt n° 220.544 du Conseil d'Etat du 10 septembre 2012.

Finalement, la partie requérante est disposée, moyennant juste compensation, conformément à l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996, à accepter et à exécuter une prolongation du marché durant le temps nécessaire à la mise en place du marché en suite d'une décision d'attribution régulière prise par la partie adverse.

62. Les conséquences négatives de la suspension qui serait prononcée par le Conseil d'Etat ne sont donc pas de nature à l'emporter sur ses avantages et faire obstacle à ce titre à la suspension de l'exécution de la décision attaquée."

Dans sa note d'observations, la partie adverse réplique en ces termes :

- " 34. La partie adverse constate d'emblée que, contrairement à la première procédure, la partie requérante indique cette fois-ci dans sa requête les raisons pour lesquelles elle estime que les conséquences négatives de la suspension de l'acte attaqué ne seraient pas de nature à l'emporter sur les avantages et, partant, à faire obstacle à ladite suspension, considérant probablement que son seul intérêt au recours ou le principe de légalité des actes administratifs ne suffiraient pas.

Ces raisons sont au nombre de trois, à savoir le caractère prétendument tardif de la procédure de mise en concurrence lancée par la partie adverse, le fait que les moyens soulevés, s'ils devaient aboutir à la suspension de l'acte attaqué, n'obligeraient pas la partie adverse à recommencer toute la procédure d'attribution ab initio et – surtout ? – le fait que la partie requérante est disposée à poursuivre l'exécution du marché en cours.

Dans le cadre de la mise en balance des intérêts, il convient néanmoins de prendre en considération le bon fonctionnement du service public et la continuité de ce service. Le marché attribué par l'acte attaqué a trait à l'ensemble des prestations à accomplir dans le secteur des «titres-services» pris dans sa globalité, prestations à assumer à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2013.

La partie adverse n'aperçoit pas en quoi elle aurait tardé à organiser la procédure de mise en concurrence, ni en quoi elle aurait traîné à diligenter une fois l'avis de marché publié. Par contre, il est exact que la partie requérante a, en violation flagrante des règles de la procédure de suspension en extrême urgence, retardé de manière déraisonnable la première procédure devant votre Conseil pour des convenances strictement personnelle, à savoir les congés d'un de ses conseils. Si tel n'avait pas été le cas, votre Conseil aurait rendu son arrêt dans un délai normal pour une procédure de ce type, soit aux environs du 15 août et on n'aurait pas perdu inutilement un mois.

Compte tenu de ces circonstances particulières, bien indépendantes de la partie adverse ou des vicissitudes de la procédure d'attribution, les débats auront lieu devant votre Conseil le 8 novembre 2012, c'est-à-dire moins de deux mois avant le 1<sup>er</sup> janvier 2013, une éventuelle suspension par votre Conseil aura nécessairement pour effet que le marché sera attribué avec retard et qu'il sera, alors, extrêmement difficile pour le soumissionnaire qui sera désigné (sauf bien sûr s'il s'agit de la partie requérante...) d'être pleinement opérationnel à la date précitée.

Le marché des titres-services réclame, en effet, une très grande préparation et si les prestations ne débutent effectivement que le 1<sup>er</sup> janvier 2013, il y a en amont un travail considérable qui doit être effectué par le nouveau prestataire (développement informatique, mise en place logistique, formation du personnel, etc....).

Un retard dans l'attribution du marché entraînera des risques évidents dans le chef de la partie adverse au sens où le prestataire désigné par elle ne sera pas pleinement opérationnel pour le 1<sup>er</sup> janvier 2013.

En l'espèce, il ne pourrait être soutenu que l'acte attaqué a trait à un marché d'une nature telle (importance très relative du marché) que l'intérêt général ne peut, dès lors, l'emporter sur la nécessité de rétablir la légalité.

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<sup>er</sup> janvier 2013.

Il est certes exact que la partie requérante se propose de prolonger le marché actuellement en cours d'exécution, moyennant juste compensation. Outre que pareille manière de procéder est bien entendu contraire aux principes applicables en matière de marchés publics et reviendrait à forcer la main de la partie adverse qui, mise devant le fait accompli, n'aurait d'autre choix que de prolonger le marché en cours et d'accepter les nouvelles conditions, notamment financières, imposées unilatéralement par la partie requérante, sans aucune possibilité de les refuser ou de les amender, cette manière de procéder n'est pas dépourvue d'inconvénients. En effet, même la partie requérante pourtant titulaire du marché actuel devra aménager les conditions d'exécution dudit marché pour tenir compte des évolutions de la réglementation. Ainsi, notamment, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2013, le prix d'achat du titre-service passera, pour l'utilisateur de 7,50 € à 8,50 € (lire en ce sens l'article 5 de l'arrêté royal du 3 août 2012 modifiant l'arrêté royal du 12 décembre 2001 concernant les titres-services).

En outre, il est actuellement discuté d'autres modifications qui pourraient également entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013, à savoir :

- l'augmentation du prix du titre-service au-delà d'un certain nombre de titres commandés (par exemple : augmentation d'1 € à partir du 401<sup>ème</sup> titre commandé). Cette modification est déjà mentionnée, sans autre précision, dans le cahier spécial des charges (point 5.8);
- une retenue sur les sommes dues aux sociétés agréées en fonction de la gravité de l'infraction commise. Ces retenues doivent ensuite être transmises à l'ONEM qui se chargera de les gérer.

Ces changements entraîneront des modifications techniques et de programmation (mise en place d'un flux particulier), aussi bien pour la partie requérante si le marché actuel devait être poursuivi que pour EDENRED.

En outre, la suspension de l'acte attaqué, couplée à une éventuelle prolongation du marché public en cours, aura des incidences très importantes sur le futur marché. En effet, au lieu de s'étaler sur une année complète, il ne concernera nécessairement qu'une période inférieure à un an (une année diminuée du temps de la prolongation du marché actuel), ce qui aura pour conséquence de modifier l'économie du contrat et, notamment, les prix offerts. Cela ne se fera pas sans répercussion sur le service public.

Par ailleurs, le fait qu'une même année civile puisse faire l'objet de deux marchés successifs est de nature à engendrer des difficultés au niveau des fiches fiscales et du calcul des plafonds de commande par personne. Concernant les fiches fiscales tout d'abord, en cas de prolongation du marché actuel en 2013 pendant ne fût-ce que quelques mois, SODEXO et EDENRED devront toutes les deux envoyer des attestations fiscales en 2014 (pour l'année 2013). Concernant les plafonds ensuite, les informations relatives au calcul de ces plafonds propres à certaines catégories d'utilisateur devront être transférées d'une société émettrice à l'autre dans le cours de l'année 2013.

Pour les motifs ci-dessus énoncés, il convient, en toute hypothèse, de rejeter la demande de suspension en extrême urgence de l'acte attaqué, une suspension emporterait de grandes difficultés dans l'exécution du marché par le nouveau prestataire, difficultés susceptibles d'interrompre temporairement le service public qui doit être assuré par la partie requérante ou de rendre celui-ci aléatoire sur le plan de sa continuité et de son économie.

Pour les motifs ci-dessus énoncés, la demande de suspension doit être rejetée."

## VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

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. Cette préoccupation est d'autant plus importante qu'est proche la date de prise de cours du marché litigieux.

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, le moyen reconnu comme sérieux n'est pas de nature à amener le pouvoir adjudicateur à devoir recommencer la procédure d'attribution du marché ab initio, mais seulement à revoir l'analyse des prix offerts par les soumissionnaires, soit à réexaminer un point de la phase finale de l'attribution du marché.

Par ailleurs, la partie adverse reste en défaut d'établir la réalité et l'ampleur des difficultés qui résulteraient d'un report de la date de début d'exécution du marché litigieux. Elle ne démontre pas davantage que ces difficultés seraient insurmontables au point de justifier qu'il soit fait obstacle à la suspension de l'exécution de la décision attaquée.

La partie adverse n'établit pas 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. A cet égard, il ne paraît pas exact d'affirmer, à la suite de la partie adverse, que celle-ci pourrait se voir imposer unilatéralement un prix par la requérante, attributaire du marché qui a cours jusqu'au 31 décembre 2012. Pareille affirmation inspire des réserves évidentes au regard de l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, aux termes duquel "quel que soit le mode de détermination des prix, le pouvoir adjudicateur a le droit d'apporter unilatéralement des modifications au marché initial, pour autant qu'il n'en modifie pas l'objet et moyennant juste compensation, s'il y a lieu".

## VII. CONFIDENTIALITE

La requérante souhaite garder la confidentialité de son offre. Le bénéfice de la confidentialité est également sollicité par la partie adverse pour les différentes offres déposées dans le cadre de la procédure d'attribution du marché litigieux, pour le tableau de comparaison des prix proposés par les soumissionnaires, ainsi que pour la lettre du 21 septembre 2012 (et non 25 juillet 2012) par laquelle l'intervenante a répondu à la demande de justification de certains prix unitaires.

La nécessité de garantir, en vertu de l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la confidentialité de la lettre adressée, par l'intervenante, à la partie adverse le 21 septembre 2012 apparaît certes douteuse. Ainsi, est-elle contredite par le fait que la plus grande part du contenu de cette lettre est reproduite, en substance, par l'acte attaqué. Par ailleurs, il s'impose d'observer qu'un courrier du 2 juillet 2012, dont le contenu était, à maints égards, identique à celui de la lettre du 21 septembre 2012, avait été produit dans le cadre de la procédure qui a donné lieu à l'arrêt n° 220.544 du 10 septembre 2012, sans que les parties aient sollicité le bénéfice de la confidentialité. Enfin, s'il était soutenu que la confidentialité doit être assurée à l'égard des estimations de résultats annuels d'exploitation présentées par l'intervenante, encore faudrait-il relever que ces données sont à ce point vagues et si peu utiles qu'on n'aperçoit pas en quoi elles pourraient relever du secret des affaires.

Cela étant, dès lors que la divulgation tant de la lettre du 21 septembre 2012 que des autres documents considérés comme confidentiels par les parties n'est, à

ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces pour lesquelles elle a été sollicitée.

**PAR CES MOTIFS,  
D E C I D E :**

**Article 1<sup>er</sup>.**

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 du 4 octobre 2012 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.

**Article 3.**

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

**Article 4.**

Les pièces déposées à titre confidentiel par la société anonyme SODEXO PASS BELGIUM et l'Office national de l'emploi sont soustraites à la consultation des parties, à ce stade de la procédure.

**Article 5.**

Conformément à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, 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<sup>e</sup> chambre, le  
treize novembre deux mille douze par :

|                   |                                    |
|-------------------|------------------------------------|
| MM. David DE ROY, | Conseiller d'Etat, Président f.f., |
| Vincent DURIEUX,  | Greffier.                          |

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.