CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 224.476 du 14 août 2013

G./A.209.346/VI-20.005

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^e^ CHAMBRE DES VACATIONS DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 5 juillet 2013, la société anonyme SODEXO PASS BELGIUM sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision prise le 20 juin 2013 par l'Office national de l'emploi rejetant son offre et attribuant le marché public n° 32030/2013/01 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 8 juillet 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 8 août 2013 à 10 heures.

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

Par une requête introduite le 2 août 2013, 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 Nathalie FRANCOIS et Audry STEVENART, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Anne-Sophie VERRIEST, loco Me Alain VERRIEST, Me Philippe SCHAFFNER, loco Me Marie VASTMANS, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et Me Alexandra LAMBRECHTS, loco Me Bertrand WITTAMER, Mes Pierre LEJEUNE et Gabrielle POQUETTE, 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. La requête a pour objet l'attribution d'un marché public relatif à l'impression et à l'édition des titres-services (papier et électroniques).

L'exécution des décisions d'attribution prises par la partie adverse dans le cadre d'une première procédure liée à ce marché a été suspendue par les arrêts n° 220.544 du 10 septembre 2012 et n° 221.382 du 13 novembre 2012.

III. 2. Le 7 février 2013, la partie adverse a décidé de renoncer au marché et de lancer une nouvelle procédure d'attribution sur la base d'un cahier spécial des charges dont la structure de prix et les critères d'attribution ont été modifiés.

III. 3. Les 28 février et 5 mars 2013, la partie adverse a fait paraître respectivement au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne, un nouvel avis de marché.

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

III. 4. Le cahier spécial des charges de ce marché décrit en ces termes l'objet du marché :

" 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 le pouvoir adjudicateur;
• L'établissement des attestations fiscales pour les utilisateurs conformément aux directives du Service Public Fédéral Finances et conformément à l'article 9 de l'arrêté royal du 12 décembre 2001 concernant les titres-services;
• La fourniture au pouvoir adjudicateur de statistiques relatives aux titres-services et traitées selon le schéma imposé par le pouvoir adjudicateur (voir annexes 1 et 2), ainsi que la fourniture de l'information comptable exigée par le pouvoir adjudicateur, en vue d'une évaluation permanente du système des titres-services (voir annexes 5, 6 et 7);
• L'information aux utilisateurs et aux entreprises agréées".

La durée de ce nouveau marché est fixée par l'article 4.14 du cahier spécial des charges de la façon suivante :

" Le marché est attribué pour la période prenant cours au plus tôt le 01.07.2013 et au plus tard le 1er jour du mois qui suit le 2ème mois après la notification d'attribution du marché.

Il prendra fin le 31.12.2014. Le contrat est ensuite renouvelable, par le pouvoir adjudicateur, une première fois pour la période du 01.01.2015 au 31.12.2015 et une seconde fois pour la période du 01.01.2016 au 31.12.2016 (cf. point 4.16).

[…]".

Les critères d'attribution de ce nouveau marché 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 (40/100).

La cotation sera déterminée de la manière suivante: cotation = prix le plus bas x 40/prix du soumissionnaire (cf. chapitre 4 de la structure de l'offre).

Où le prix = prix unitaire par titre-service papier x 0,75 + prix unitaire par titre-service électronique x 0,25.

• La qualité des services, formulaires et autres propositions du soumissionnaire à l'égard de l'Administration et de la sauvegarde du système (cf. chapitres 5, 6 et 9 de la structure de l'offre) (20/100);

Dans le cadre de ce critère :

- Les propositions relatives à la validation des titres-services interviendront pour 5 points (cf. point 5.10);
- Les propositions en matière de contrôle du respect du système et de la réglementation, pour 7,5 points (cf. point 5.17);
- Les autres propositions, pour 7,5 points.

• La qualité des services, formulaires et autres propositions du soumissionnaire à l'égard des entreprises agréées et des travailleurs titres-services (cf. chapitre 7 de la structure de l'offre) (10/100);

Dans le cadre de ce critère :

- L'analyse des propositions relatives aux remises pour remboursement (notamment: remise matérielle des titres-services papier, remise des titres-services électroniques, traitement des remises, informations transmises à l'entreprise agréée, délai de remboursement, délai de contact avec l'entreprise) interviendra pour 6 points;
- Les autres propositions pour 4 points.

• La qualité des services, formulaires et autres propositions du soumissionnaire à l'égard des utilisateurs (voir notamment les éléments mentionnés dans la structure au point 4.3, chapitre 8) (10/100);

Dans le cadre de ce critère :

- Le délai de mise à disposition des titres (papier et électroniques) interviendra pour 4 points;
- Les délais et frais pour les réémissions, échange ou remboursement, pour 2 points;
- Les autres propositions pour 4 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 (cf. chapitre 10 de la structure de l'offre) (20/100).

Dans le cadre de ce critère :

- Les garanties proposées par le soumissionnaire dans le tableau visé en annexe 4 interviendra pour 15 points (ce sont les pénalités proposées dans le tableau qui sont évaluées);

  La cotation pour ce sous-critère est calculée de la façon suivante: (points obtenus par le soumissionnaire) x 15/(maximum de points à obtenir).

  Détail: La meilleure pénalité (par ligne du tableau) reçoit un nombre de point équivalent au nombre de soumissionnaires réguliers. La deuxième reçoit un point de moins et ainsi de suite. Le minimum de points est donc 1.

  Pour les lignes 2, 3, 7, 8 et 9, les points sont doublés.
  Pour les lignes 6 et 10, les points sont triplés.

  Le maximum de points est donc équivalent à 22 x nombre de soumissionnaires réguliers.

- Les autres garanties (pénalités) proposées, pour 5 points".

En ce qui concerne le prix, le nouveau cahier spécial des charges ne prévoit plus différentes tranches mais un prix unitaire unique par titre-service papier et électronique. La partie adverse exige en outre que soient jointes aux offres des informations visant à justifier la normalité des prix proposés.

III. 5. Les offres devaient être déposées le 22 avril 2013 et leur validité maintenue par les soumissionnaires durant 180 jours de calendrier.

A cette date, la partie adverse a reçu deux offres émanant de la société EDENRED BELGIUM et de la société SODEXO PASS BELGIUM.

III. 6. Le 6 juin 2013, le comité de gestion de l'ONEm a prolongé le marché initial passé avec la société SODEXO PASS BELGIUM jusqu'au 31 août 2013.

III. 7. Le 20 juin 2013, le comité de gestion de l'ONEm a décidé notamment ce qui suit :

" Après avoir pris connaissance des éléments du dossier, le Comité décide de faire siennes les conclusions des évaluateurs et d'attribuer le marché relatif à l'impression et l'édition des titres-services (papier et électronique) à la société anonyme EDENRED BELGIUM".

Cette décision est motivée par des éléments contenus dans une note, et figurent dans le procès-verbal de la séance du comité de gestion.

Les extraits de la note cités dans le procès-verbal du comité de gestion indiquent notamment que :

" 3. Procédure suivie pour l'évaluation des offres

[…]

L'évaluation des offres a été effectuée par un comité d'évaluation composé de six personnes, confrontées quotidiennement à la matière des titres-services : un agent des Services financiers (Conseiller général chargé du suivi financier et budgétaire du système des titres-services), un directeur de bureau du chômage (confronté au suivi du respect de la réglementation titres-services par les entreprises agréées), trois agents des Services de Proximité (trois attachés confrontés à la matière des titres-services, que ce soit au niveau du respect de la réglementation ou du suivi des prestations de la société émettrice) ainsi qu'un Conseiller au Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale (chargé notamment de la réglementation relative aux titres-services et de son suivi). Ces personnes ont été désignées par l'Administrateur général. Les évaluateurs ont attribué une cotation par consensus pour les critères d'attribution relatifs à la qualité des services et aux garanties (à l'exception des garanties reprises en annexe 4 qui font l'objet d'une cotation mathématique).

[…]

5. Examen du caractère complet et régulier des offres introduites

Les évaluateurs ont examiné le caractère complet et régulier des offres.

Ils ont constaté que les deux offres comprennent les documents demandés et ont été introduites de façon régulière.

Bien que les prix proposés ne soient nullement suspectés d'anormalité, les évaluateurs constatent que le tableau reprenant les données financières a été dûment complété par chacun des soumissionnaires. Ce tableau fait apparaître un EBIT positif pour chacun d'eux pour la durée du marché et permet de justifier, pour autant que de besoin, les prix proposés. Cela conforte les évaluateurs dans leur position.

En conclusion, les évaluateurs considèrent que les deux soumissionnaires ont introduit une offre complète et régulière.

6. Evaluation des offres complètes et régulières sur la base des critères d'attribution

En ce qui concerne les critères d'attribution qui ne font pas l'objet d'une cotation mathématique, les évaluateurs ont analysé les offres et relevé les propositions relatives à des services supplémentaires par rapport aux exigences minimales telles que formulées dans le cahier spécial des charges.

Certaines propositions peuvent être mentionnées à plusieurs endroits, les évaluateurs ayant estimé qu'elles offraient un service supplémentaire dans le cadre du sous-critère où elles sont reprises. Les évaluateurs en ont tenu compte dans leur cotation.

Les éléments (ou propositions) des offres qui ne sont pas expressément mentionnés sous chaque sous-critère n'ont pas été jugés, par les évaluateurs, comme étant de nature à influencer la cotation.

Pour la lisibilité de la présente note, lorsque les critères font l'objet d'une cotation strictement mathématique, la cote a été arrondie à deux chiffres après la virgule en utilisant les mêmes règles que celles applicables à l'euro".

Suit une évaluation par critère et sous-critère.

Concernant le critère relatif aux "garanties proposées par le soumissionnaire, notamment en cas de non respect des obligations contractuelles, telles que, entre autres, le délai de délivrance pour les titres-services commandés et le délai de remboursement des titres services introduits par les entreprises en vue de paiement" le point 6.5. de la note est subdivisé en "6.5.1. Les garanties proposées par le soumissionnaire dans le tableau visé en annexe 4 (15 points)" et "6.5.2. Les autres garanties (pénalités) proposées (5 points)".

Au total pour ce critère les points suivants sont attribués :

Soumissionnaires	Cotation (/20)
1. EDENRED	15,43
2. SODEXO	14,57

La conclusion du rapport d'évaluation qui figure dans l'acte attaqué est la suivante :

" 7. Total des points obtenus

Soumissionnaires	Cotation finale
1. EDENRED	17,25 + 7,5 + 9,5 + 15,43 + 36,59 = 86,27
2. SODEXO	13,5 + 9 + 8 + 14,57 + 40 = 85,07

L'offre la plus avantageuse est l'offre de base introduite par EDENRED".

III. 8. Le procès-verbal a été communiqué à la requérante par courrier électronique et courrier recommandé envoyés le 21 juin 2013.

III. 9. Par un courrier daté du 5 juillet 2013, la requérante a informé la partie adverse de l'introduction du présent recours.

III. 10. Le 18 juillet 2013, le comité de gestion de l'ONEm a décidé de prolonger "le marché initial" jusqu'au 31 octobre 2013.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 2 août 2013, la société anonyme EDENRED BELGIUM demande à intervenir dans la présente procédure.

La requérante en intervention a joint la copie de la décision par laquelle l'organe ayant qualité pour agir en son nom a décidé d'introduire la présente requête.

En sa qualité d'attributaire du marché, la société anonyme EDENRED BELGIUM a intérêt à se porter partie intervenante.

Rien ne s'oppose à ce que sa requête soit accueillie.

V. EXTREME URGENCE

La requérante a introduit le présent recours dans un délai de quinze jours à dater de la notification de la décision motivée d'attribution (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).

On peut estimer que dans ces conditions, l'extrême urgence est suffisamment établie.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

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, du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit (ou de motivation matérielle) et du principe général «Patere legem quam ipse fecisti» ainsi que du cahier spécial des charges du marché".

En une première branche, la requérante reproche à la partie adverse de ne pas respecter les règles d'analyse des offres et les critères d'attribution qu'elle a édictés dans le cahier spécial des charges et qu'elle a précisés dans les réponses aux questions des soumissionnaires.

Elle affirme que la jurisprudence du Conseil d'Etat déduit des règles et principes visés au moyen que le pouvoir adjudicateur doit appliquer, dans l'examen et la comparaison des offres, tous les critères d'attribution et rien que les critères d'attribution annoncés par les documents du marché, qu'en l'espèce, le cahier spécial des charges indiquait des critères et sous-critères d'attribution, lesquels, sans correspondre parfaitement à la structure de l'offre imposée par le point 4.3 du cahier spécial des charges, s'y référaient néanmoins expressément, que, rencontrant des difficultés à préparer son offre du fait de l'absence de cohérence entre les critères d'évaluation indiqués et la structure imposée, la requérante a interrogé la partie adverse à ce sujet et qu'elle a obtenu les réponses suivantes :

" • Question 3

Le point 4.3 «Structure de l'offre» du cahier des charges prévoit que «l'offre devra être présentée selon la structure [définie dans les pages suivantes du cahier des charges]» dont certains chapitres renvoient au «Critère d'attribution relatif à la qualité des services, des formulaires et autres propositions».

Et que «Le soumissionnaire doit reprendre les éléments essentiels de son offre à partir du chapitre 5 jusqu'au chapitre 11 (excepté le chapitre 10) dans un tableau récapitulatif qui fera partie intégrante de son offre. Ce tableau, dont la structure doit être respectée, est mis à disposition sur le site http://enot.publicprocurement.be en annexe de l'avis de marché».

Le point 4.5.B. «L'offre et son contenu » du cahier des charges prévoit que «L'offre doit comporter (à peine de nullité) […] le tableau récapitulatif dont il est question au dernier alinéa du point 4.3» et «L'attention des soumissionnaires [y] est à nouveau attirée sur l'obligation mentionnée au point 4.3 "Structure de l'offre"».

Le point 4.8 «Critères d'attribution» du cahier des charges ne contient pas un «Critère d'attribution relatif à la qualité des services, des formulaires et autres propositions» tel qu'indiqué au point 4.3. Ce point prévoit par contre d'autres critères et sous-critères de qualité selon une structure qui diffère de celle qui s'impose aux soumissionnaires pour la rédaction de leur offre.

Réponse générale : le chapitre 5 de l'offre contiendra une description générale de l'exécution du contrat avec des éléments qui touchent tous les acteurs (exemples: site internet, lay-out du titre-service, circuits, call centrer…). Les différents éléments de ce chapitre seront évalués dans les 3 critères qualité des services (envers l'administration, envers les entreprises et travailleurs et envers les utilisateurs) en fonction de leur impact sur chacun des 3 acteurs cités.

L'attention des soumissionnaires est, par ailleurs, attirée sur le fait que «Si une réponse/information à fournir est déjà reprise en détail dans un autre chapitre, celle-ci pourra se limiter à un renvoi précis» (cf. point 4.3 du cahier spécial des charges). Ceci peut, par exemple, concerner des informations qui seraient mentionnées au chapitre 11 de l'offre.

Au point 4.3 du cahier spécial des charges, il y a lieu de lire « Chapitre 5: Descriptif des services (Critères d'attribution…)».

[…]

• Question 5

Le point 4.8 «Critères d'attribution » du cahier des charges prévoit sous le critère de garanties proposées par le soumissionnaire que «ce sont les pénalités proposées dans le tableau qui sont évaluées»;

Et que «La meilleure pénalité (par ligne du tableau) reçoit un nombre de point équivalent au nombre de soumissionnaires réguliers. La deuxième reçoit un point de moins et ainsi de suite. Le minimum de points est donc 1».

Le point 4.11 «Délais d'exécution» du cahier des charges prévoit que «Les délais mentionnés ci-dessus sont les délais maximaux repris dans la réglementation.

Dans le cadre de l'évaluation du critère d'attribution relatif aux garanties, le soumissionnaire pourra proposer des délais plus courts et/ou des délais d'exécution spécifiques pour des prestations pour lesquelles le législateur n'a pas arrêté de délai (cf. également point 5.18 et annexe 4).

Il complètera, pour ce qui concerne les délais mentionnés ci-dessus, le tableau en annexe 4.

Le soumissionnaire exprimera les autres délais et garanties de la même manière que celle prévue dans l'annexe 4, c'est-à-dire dans la même unité de temps ("jour ouvrable") et d'argent (EUR)».

Le point 5.18.1 «Garanties et pénalités en cas de non-respect des obligations contractuelles» du cahier des charges prévoit que «Les délais indiqués dans le tableau sont les maximums prévus par la réglementation; la société émettrice peut également s'engager à respecter des délais plus courts, ce qui pourra faire l'objet d'une appréciation positive lors de l'examen de l'offre».

- Les délais proposés (plus courts que dans la réglementation et/ou complémentaires) seront-ils ou non évalués dans le cadre du critère des garanties proposées par le soumissionnaire?

• Si oui, comment seront-ils pris en compte au regard de la formule de calcul des points indiquée dans le cahier des charges, qui ne vise que les pénalités?
• Si non, dans le cadre de quel critère seront-ils évalués (tant pour les délais plus courts que dans la réglementation que pour les délais complémentaires proposés librement par les soumissionnaires)?

Réponse : Non, les délais seront évalués dans les sous-critères qualités des services de chacun des trois acteurs (administration, entreprises agréées, utilisateurs) en fonction de la mission qui est «garantie»".

La requérante soutient qu'à l'examen de la décision attaquée, il apparait tout d'abord que la partie adverse n'a pas respecté la définition des critères 2 à 4 qu'elle avait indiquée dans le cahier spécial des charges et précisée dans ses réponses, que, contrairement à sa réponse ci-dessus, les délais mentionnés dans les tableaux de garanties obligatoires et complémentaires n'ont pas tous été évalués dans les critères de qualité des services à l'égard des différents intervenants du système en fonction de la mission qui est garantie, qu'en ce qui concerne l'administration, deuxième critère d'attribution, rien que pour le tableau de garanties obligatoires, il n'est fait nulle mention des délais proposés par les soumissionnaires pour les éléments suivants :

" •Transmission des données concernant les titres-services remboursés à une entreprise agréée en ce compris les dates de prestation, l'identité du travailleur et l'identité de l'utilisateur;
• Exécution des décisions de l'administration;
• Suivi des décisions de l'administration;
• Paiement dans les délais en faveur de l'ONEM",

qu'en ce qui concerne les entreprises agréées et les travailleurs, troisième critère d'attribution, rien que pour le tableau de garanties obligatoires, il n'est fait nulle mention des délais proposés par les soumissionnaires pour la confirmation de l'inscription de l'entreprise agréée auprès de la société émettrice et envoi des documents utiles à la demande de remboursement et que finalement, en ce qui concerne les utilisateurs, quatrième critère d'attribution, rien que pour le tableau de garanties obligatoires, il n'est fait nulle mention des délais proposés par les soumissionnaires pour la confirmation de l'inscription de l'utilisateur.

Elle fait valoir encore que, sur dix délais à introduire dans le tableau des garanties obligatoires, six n'ont pas été évalués et que s'ajoutent à ceux-ci la très grande majorité des délais indiqués pour les garanties complémentaires proposées par les soumissionnaires.

La requérante renvoie notamment aux pages 309 à 315 de son offre et affirme que, plus particulièrement en ce qui concerne les sous-critères relatifs au "délai de mise à disposition des titres (papiers et électroniques)" et aux "délais et frais pour les réémission, échange ou remboursement", la partie adverse a précisé dans ses réponses aux questions précitées que chacun de ces sous-critères portait également sur le contenu du chapitre 5 et de la section 3 "outils permettant la gestion des titres-services commandés et remis aux entreprises" du chapitre 8 "Qualité des services à l'égard des utilisateurs titres-services" et que, concernant le premier de ces sous-critères, il n'est pas admissible, eu égard à la définition du critère d'attribution communiqué aux soumissionnaires, de soutenir comme le fait la partie adverse que, vu que les deux soumissionnaires proposent un délai identique de dépôt auprès d'un opérateur postal et des formulaires et documents jugés équivalents, "les deux soumissionnaires proposent des services identiques" (p. 15 de l'acte attaqué), que la partie adverse omet une proposition essentielle de la requérante au sujet du délai de mise à disposition des titres-services pour les utilisateurs et de la possibilité pour eux de disposer de leurs titres-services commandés, que la requérante a mis sur pied dans son offre un partenariat et une organisation de nature à garantir que la distribution des titres-services dans la boite aux lettres des utilisateurs ait lieu le lendemain du dépôt des titres-services auprès de l'opérateur postal (pp. 88 et 89 de l'offre), que la partie adverse ne pouvait pas ne pas évaluer cet aspect sous ce sous-critère et attribuer des points identiques aux deux soumissionnaires alors que les services proposés au regard

du délai nécessaire pour que les utilisateurs disposent effectivement de leurs titres-services commandés diffèrent sensiblement d'un soumissionnaire à l'autre.

Elle poursuit en soutenant qu'il en va de même en ce qui concerne le sous-critère suivant "délais et frais pour les réémission, échange ou remboursement", que la partie adverse a omis d'évaluer de nombreuses propositions développées par la requérante dans son offre, qu'elle avait veillé pour le confort des utilisateurs à développer notamment des modalités souples et variées de demande d'échange, remboursement, etc., ainsi que des solutions pour éviter que le non-paiement des frais en cas de demandes payantes n'entraîne, à terme, la péremption des titres des utilisateurs (voir la section 3 du chapitre 8 de l'offre, pp. 279 et 280 qui renvoient en outre aux pp. 92 et 93 de l'offre), que la partie adverse n'a, en contradiction avec ses réponses, évalué dans ce sous-critère que les délais et les frais relatifs aux opérations de réémission, d'échange et de remboursement et qu'elle a semble-t-il à nouveau oublié d'évaluer une partie des offres, à savoir la section 3 du chapitre 8 de la structure des offres imposée par le cahier des charges.

La requérante conclut que la partie adverse a violé les dispositions du cahier spécial des charges qu'elle avait elle-même arrêtées au sujet des règles d'évaluation des offres et des critères d'attribution, qu'elle semble en outre avoir omis d'évaluer certains aspects des offres et que, au vu de la faible différence de points entre les offres, toute et chacune de ces violations du cahier spécial des charges et toute omission est de nature à renverser le classement.

En une deuxième branche, la requérante soutient que, outre le non-respect des règles d'évaluation et des critères d'attribution fixés par le cahier spécial des charges, la méthodologie d'évaluation et de motivation appliquée par la partie adverse n'est pas exempte de critiques, que, dans le recours en suspension relatif à la première décision d'attribution prise par la partie adverse dans le cadre de ce marché, elle s'était plainte du fait que la partie adverse se retranchait derrière la formule générale suivante :

" 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'elle a été suivie sur ce point puisqu'il a été notamment jugé que:

" 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",

qu'il ressort cependant de la nouvelle décision d'attribution prise par la partie adverse que celle-ci n'a toujours pas procédé à une véritable comparaison de tous les aspects des offres, et que la remarque introductive renvoyant à des "services satisfaisants" a été remplacée par "une phrase sibylline", indiquant que : "Les éléments (ou propositions) des offres qui ne sont pas expressément mentionnés sous chaque sous-critère n'ont pas été jugés, par les évaluateurs, comme étant de nature à influencer la cotation".

La requérante affirme que l'examen de la motivation propre à chaque sous-critère démontre l'absence de réelle comparaison de certains aspects des offres, que la motivation de chaque sous-critère de qualité, à l'exception des deux premiers sous-critères du critère de qualité à l'égard des utilisateurs présentés sous forme de tableau, contient notamment une liste des propositions "supplémentaires par rapport aux conditions minimales prévues par le cahier spécial de charges, [qui] sont présentes dans les deux offres et sont considérées par les évaluateurs comme équivalentes ou comme procurant les mêmes avantages de sorte qu'elles ne permettent pas de départager les offres entre elles", que dans cette liste, à côté de certaines considérations factuelles pour lesquelles la partie adverse explique ce qui est similaire dans les deux offres, par exemple p. 7 de l'acte attaqué "Edenred et Sodexo prévoient tous les deux une gestion par flux électronique des décisions de retrait d'agrément relatives à l'entreprise" ou "Edenred et Sodexo prévoient tous les deux, s'ils obtiennent l'autorisation, une connexion à la base de données Dimona en vue d'effectuer directement des contrôles sur les travailleurs", on retrouve des éléments qualifiés simplement de "suffisant", soit presque exactement la formulation sanctionnée dans son premier arrêt par le Conseil d'Etat, ou d'"équivalent", sans que la moindre motivation ne vienne étayer cette affirmation.

La requérante s'étonne notamment de l'absence de toute mention relative à la qualité des propositions faites par les soumissionnaires au sujet du call-center, à l'exception de la mention d'un call-center spécifique pour les entreprises dans les deux offres, qui pourtant formait la sous-section 1 de la section 3 "outils permettant le contrôle de l'exécution du marché et des décisions de l'administration" du chapitre 6 auquel renvoyait expressément le critère de "La qualité des services, formulaires et autres propositions du soumissionnaire à l'égard de l'Administration et de la sauvegarde du système (cf. chapitres 5, 6 et 9 de la structure de l'offre)".

Elle soutient qu'elle développe, en pages 151 à 159 de son offre, les différents avantages qu'elle propose à ce sujet, dont certains avaient été valorisés lors de l'évaluation précédente des offres remises dans ce marché, qu'ainsi, à titre d'exemple, dans sa décision d'attribution du 4 octobre 2012, la partie adverse indiquait que "Bpost et Applicam prévoient d'emblée un call-center accessible tous

les samedis. Cela constitue un avantage par rapport aux offres des autres soumissionnaires qui ne mentionnent pas d'ouverture systématique le samedi", qu'elle avait donc veillé à offrir un tel avantage dans sa nouvelle offre mais que cet élément, considéré par la partie adverse comme un avantage et partant de nature à influencer la notation ne se retrouve pourtant nulle part dans la décision d'attribution, même pas dans la liste des propositions faites par les deux soumissionnaires.

La requérante affirme que la motivation de la décision attaquée l'empêche de s'assurer de l'examen correct de son offre, qu'il lui est tout à fait impossible de déterminer si celle-ci est effectivement équivalente aux autres offres sur toute une série d'éléments ou si, à tort, la partie adverse a décidé de ne pas prendre ces éléments en compte, voire de s'assurer qu'elle n'a pas simplement oublié certains éléments de son offre à la suite d'un examen trop superficiel de celle-ci et que, eu égard à la très faible différence de points entre les soumissionnaires, chacun des griefs formulés dans la deuxième branche du moyen est de nature à inverser le classement des offres.

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse oppose à la première branche du premier moyen, quant aux délais mentionnés dans les tableaux de garanties, qu'elle n'a pas méconnu les critères 2 à 4 du cahier spécial des charges puisque les délais figurant dans le tableau annexé ne sont pas tous des critères ou sous-critères d'attribution, que figurent au nombre de ceux-ci certains délais, à savoir :

- le délai de remboursement;
- le délai de contact avec l'entreprise;
- le délai de mise à disposition des titres (papier et électroniques);
- les délais (et frais) pour la réémission, échange ou remboursement.

qu'il n'est par contre nullement prévu que le tableau figurant à l'annexe 4 du cahier spécial des charges et les délais qu'il comporte constitue un critère ou sous-critère d'attribution, que la réponse donnée à la question 5 doit être analysée dans le cadre strict de la question posée, que la partie adverse n'a pas voulu signifier aux soumissionnaires que tous les délais mentionnés dans le tableau des garanties et amendes étaient visés et devaient constituer autant de critères ou sous-critères d'attribution, que dès lors que les délais figurant dans l'annexe 4 ne constituent pas tous des critères ou sous-critères d'attribution, la partie adverse n'avait pas l'obligation d'examiner les offres de chacun des soumissionnaires au regard de chacun de ces délais, qu'en tout état de cause, elle a examiné les différents délais

proposés par les soumissionnaires dans le tableau annexé au cahier spécial des charges mais a conclu qu'ils n'étaient pas de nature à départager les soumissionnaires entre eux.

Quant aux délais de mise à disposition des titres (papier et électroniques), la partie adverse soutient que la requérante lui reproche à tort d'omettre une proposition essentielle de son offre et, plus particulièrement, son partenariat avec Bpost et son organisation de nature à garantir la distribution dans la boîte aux lettres des utilisateurs des titres-services dès le lendemain du dépôt desdits titres auprès de l'opérateur postal, que la requérante ne tient pas compte de la réponse donnée à une des questions d'un soumissionnaire, que cette réponse n'appelait aucune discussion ni interprétation et que la motivation de l'acte attaqué reprend la définition fournie dans la réponse, à savoir que le délai de mise à disposition des titres-services papier vise le dépôt des titres-services auprès d'un opérateur postal.

Quant aux délais et frais pour les réémissions, échange ou remboursement, la partie adverse énonce qu'elle a examiné les propositions de la requérante dans le troisième sous-critère, conformément à la réponse donnée à la question 3 étant donné qu'il s'agit de modalités autres que des délais et/ou des frais.

A la deuxième branche du premier moyen, la partie adverse oppose que si, précédemment, il a pu lui être reproché de s'être contentée d'affirmer que chaque soumissionnaire offrait des services satisfaisants, la situation est bien différente en l'espèce puisque elle a examiné chacun des points des offres et les a classés de la manière suivante :

- propositions des soumissionnaires répondant aux conditions minimales prévues par le cahier spécial des charges;
- propositions équivalentes ou procurant des avantages similaires aux deux offres, qui ne sont dès lors pas de nature à les différencier. Ces propositions sont ensuite énumérées par la partie adverse qui précise par ailleurs pourquoi elle les considère comme équivalentes;
- propositions procurant un avantage à l'un ou l'autre soumissionnaire.

Elle soutient qu'elle a constaté, à la suite d'un examen minutieux des offres, que certaines propositions sont équivalentes, a identifié ces propositions en les énumérant et les a mentionnées dans son rapport d'attribution, et qu'il ne peut lui être reproché d'avoir neutralisé certains aspects des offres ou de ne pas avoir examiné les offres dans leur globalité, qu'il en est ainsi notamment pour ce qui concerne le contact-center, les propositions de soumissionnaires étant équivalentes et n'influençant pas la note en ce qui concerne les services à l'égard des utilisateurs.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

En application de l'article 115, alinéa 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux public, le pouvoir adjudicateur est tenu de mentionner dans le cahier spécial des charges tous les critères d'attributions, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée.

Partant, le pouvoir adjudicateur est tenu d'analyser les offres en fonction de l'ensemble des critères et sous-critères annoncés.

Prima facie, la partie adverse ne peut pas être suivie en ce qu'elle entend dissocier, d'une part, les délais qui figurent dans le cahier spécial des charges qui, seuls, constitueraient des critères ou sous-critères d'attribution et, d'autre part, ceux qui figurent dans le tableau de l'annexe 4 du même cahier spécial des charges, au regard desquels elle ne serait pas tenue d'examiner les offres.

On n'aperçoit pas que la partie adverse renvoie utilement, à l'appui de cette dissociation, à la réponse qu'elle a donnée à la question 5 de la requérante, cette réponse visant apparemment tous les délais.

La dissociation avancée par la partie adverse ne paraît pas correspondre aux termes mêmes du cahier spécial des charges en ce que, s'agissant des "garanties proposées par le soumissionnaire, notamment en cas de non respect des obligations contractuelles", sont visées en termes exprès au point au point 4.8. du cahier spécial des charges, page 21, "dans le cadre de ce critère : – les garanties proposées par le soumissionnaire dans le tableau visé en annexe 4", et que ce tableau comporte une série d'exigences de délai.

C'est, prima facie, à juste titre que la requérante soutient que la partie adverse s'est obligée à tenir compte de l'ensemble des délais.

Les soumissionnaires étaient en droit d'attendre du pouvoir adjudicateur qu'il examinât chacune de leurs propositions correspondant aux exigences de délais.

Au demeurant, on voit mal comment les pénalités proposées auraient pu être adéquatement appréciées sans la prise en compte des délais qui les assortissent.

La partie adverse paraît l'admettre dans sa note d'observations, puisqu'elle y affirme qu'elle a examiné les différents délais proposés par les

soumissionnaires dans le tableau annexé au cahier spécial des charges mais qu'elle a conclu qu'ils n'étaient pas de nature à départager les soumissionnaires.

La partie adverse reste cependant en défaut de l'établir par une référence précise à une pièce de la procédure.

Le premier moyen apparaît dès lors sérieux en sa première branche.

En ce qui concerne la deuxième branche du même moyen, il ne paraît pas se vérifier que, quant à la méthode d'analyse des offres et la motivation formelle de la décision attaquée, la partie adverse s'expose aux reproches qui ont pu être lui être adressés précédemment.

La partie adverse s'est astreinte à prendre en compte les critères et éléments d'appréciation annoncés par le cahier spécial des charges et elle a formulé le résultat de son analyse dans un document détaillé.

Il n'en apparaît pas moins que, sur un point précis au moins, celui de l'analyse des propositions faites par les soumissionnaires au sujet de leur centre d'appel ("call-center" ou "contact-center"), l'examen de l'offre de la requérante a été excessivement sommaire.

En effet, dans la note qui sert de fondement à la décision attaquée, envisageant au point 6.2. "La qualité des services, formulaires et autres propositions du soumissionnaire à l'égard de l'Administration et de la sauvegarde du système", les évaluateurs se sont bornés à mentionner, au point 6.2.3., parmi les "autres propositions", que :

" Edenred et Sodexo proposent tous les deux une gestion des plaintes (liée au call-center) comprenant un ticketting, un reporting et une évaluation".

Or, fût-il conduit en extrême urgence et dans le respect de la confidentialité, l'examen des offres respectives des sociétés SODEXO PASS BELGIUM et EDENRED BELGIUM permet d'apercevoir de nettes différences entre celles-ci sur le point considéré.

Ainsi, la société EDENRED BELGIUM prévoit, notamment, une équipe de trente-deux à quarante-deux personnes au call-center pour assurer la gestion de l'activité téléphonique et les tâches administratives, en garantissant une "constante évolution pour s'adapter au développement de l'activité au fur et à mesure du marché".

La société SODEXO PASS BELGIUM prévoit notamment quant à elle un "contact center expérimenté et performant", qui compte quatre-vingts collaborateurs dont trente-cinq en première ligne, capable de traiter dans quatre langues une moyenne quotidienne de 3.000 demandes, joignable tous les jours ouvrables de 8 heures à 18 heures, soumis à une évaluation permanente.

Elle s'attache à en décrire l'organisation.

On ne voit pas qu'il soit suffisamment rendu compte de ces différences dans la décision attaquée.

Le moyen apparaît dès lors sérieux dans sa deuxième branche.

VII. BALANCE DES INTERETS

VII. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse fait valoir dans sa note d'observations que la requérante eut dû exposer sa thèse relative à la balance des intérêts dans son seul écrit de procédure, en respectant le délai qui lui était ouvert pour agir en référé d'extrême urgence.

Elle soutient qu'en s'abstenant de toute argumentation à ce sujet, la requérante rend impossible une appréciation de celle-ci in concreto.

Elle énonce que dans l'hypothèse où cette abstention ne serait pas considérée comme une cause d'irrecevabilité du recours, des développements qui seraient présentés à ce sujet au cours de l'audience ne pourraient être pris en compte, sous peine de violation manifeste du principe du contradictoire.

Elle affirme, "à titre strictement subsidiaire", qu'il s'impose de tenir compte du bon fonctionnement du service public, de la continuité de ce service et de l'intérêt public et que "Une suspension emporterait effectivement l'obligation dans le chef de la partie adverse de prolonger de manière irrégulière le marché «initial» et obligerait celle-ci, dans le cadre de l'appréciation d'une future nouvelle appréciation, d'interrompre temporairement le service public qui doit être assuré par la partie requérante ou rendra celui-ci aléatoire sur le plan de sa continuité et de son économie".

VII. 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 doive être tenue pour 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 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 de l'envisager in concreto.

Elle ne paraît pas pouvoir être suivie davantage en ce quelle affirme que le respect dû au principe du débat contradictoire empêcherait qu'il puisse en être débattu à l'audience.

En l'espèce, prima facie, cette appréciation pourrait être portée sans difficulté particulière en tenant compte de l'objet du marché et des intérêts, publics et privés, qui pourraient être lésés.

Sans doute la partie adverse rappelle-t-elle à juste titre 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.

La continuité de ce service paraît pouvoir être assurée, en l'espèce, par la possibilité offerte à la partie adverse de décider, sur la base 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, que la société SODEXO PASS BELGIUM poursuivrait, si nécessaire, l'exécution du marché au delà du 31 octobre 2013.

VIII. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

A la demande des parties, en vue de garantir le droit au respect des secrets d'affaires, il convient de traiter comme confidentielles les offres déposées respectivement par la société anonyme SODEXO PASS BELGIUM et par la société anonyme EDENRED BELGIUM.

Il en va de même, à la demande de la requérante, du courrier de la société anonyme SODEXO PASS BELGIUM relatif à la prolongation décidée le 6 juin 2013 et de la réponse de la partie adverse à ce courrier, ainsi que les annexes jointes par la requérante à son courrier du 1er août 2013 adressé au Conseil d'Etat.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

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 prise le 20 juin 2013 par le comité de gestion de l'Office national de l'emploi d'attribuer le marché public no 32030/2013/01 ayant pour objet l'impression et l'édition de titres-services à la société anonyme EDENRED BELGIUM.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les offres des sociétés anonymes SODEXO PASS BELGIUM et EDENRED BELGIUM, déposées dans le cadre du présent recours, demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Il en ira de même du courrier de la société anonyme SODEXO PASS BELGIUM relatif à la prolongation décidée le 6 juin 2013 et de la réponse de la partie adverse à ce courrier, ainsi que les annexes jointes par la requérante à son courrier du 1er août 2013 adressé au Conseil d'Etat.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 des vacations siégeant en référé, le quatorze août deux mille treize par :

M. Paul LEWALLE, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M^me^ Caroline HUGÉ, Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ. Paul LEWALLE.