

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 230.424 du 6 mars 2015

G./A.215.001/VI-20.364

En cause : **la société anonyme SODEXO BELGIUM,**
ayant élu domicile chez
Mes Barteld SCHUTYSER, Anthony LOGGHE et
Michèle BELMESSIERI, avocats,
avenue Louise, n° 99,
1050 Bruxelles,

contre :

le Centre public d'action sociale de Mons,
en abrégé le C.P.A.S. de Mons,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Christophe DUBOIS, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

Partie intervenante:

la société anonyme ARAMARK,
ayant élu domicile chez
Me Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories, 2,
4020 Liège.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 13 février 2015, la société anonyme SODEXO BELGIUM sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de:

- " la décision du CPAS de Mons du 26 janvier 2015 :
 - de retirer la décision du 20 novembre 2014 et les décisions du 18 décembre 2014; et
 - de déclarer l'offre de la partie requérante irrégulière et d'attribuer à d'autres soumissionnaires un marché de services, divisé en deux lots, intitulé «Service de restauration, gestion de la cuisine et fabrication des repas à destination des résidents des maisons de repos, du service des repas à domicile, des établissements et services du CPAS».

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 13 février 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 27 février 2015 à 10 heures 30.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

La société anonyme ARAMARK a, par une requête déposée sur le site internet du Conseil d'Etat le 24 février 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Mes Barteld SCHUTYSER, Michèle BELMESSIERI et Magali HEINE, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Pierre LEJEUNE et Alexandra HENKES 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

Tels que les expose la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être exposés comme suit:

- " 1. La présente procédure concerne un marché de services de restauration, gestion de la cuisine et fabrication des repas à destination des résidents des maisons de repos, du service des repas à domicile, des établissements et services du CPAS de Mons.
Il comprend deux lots, à savoir

- Lot 1 : services de restauration, gestion de la cuisine et fabrication des repas à destination des résidents de la Résidence du Bois d'Havré, de la BMB, des repas à domicile;
- Lot 2 : fabrication et livraison de repas pour la Cité de l'enfance, ainsi que pour les nourrissons et enfants des crèches et MCAE.

2. Ce marché a fait l'objet d'un appel d'offres ouvert avec publicité européenne. Un avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne le 19 septembre 2014.

3. Le cahier spécial des charges interdit aux compétiteurs de présenter des améliorations en cas d'attribution des deux lots au même attributaire. Il se lit comme suit :

« 1.14 Choix de l'offre

(...) Le Pouvoir adjudicateur a le droit de n'attribuer que certains lots et, éventuellement, de décider que les autres lots feront l'objet d'un ou plusieurs nouveaux marchés, au besoin selon un autre mode.

Le soumissionnaire peut remettre une offre pour un ou plusieurs lots.

Il est interdit de compléter l'offre en mentionnant la proposition d'amélioration consentie par le soumissionnaire sur chaque lot en cas de réunion de certains lots pour lesquels il remet offre».

4. Les offres devaient être déposées le 28 octobre 2014 au plus tard.

À cette date, la partie adverse était en possession des offres des quatre compétiteurs suivants:

- La S.A. SODEXO BELGIUM, partie requérante;
- La S.A. ARAMARK;
- La S.A. API RESTAURATION;
- La S.A. COMPASS GROUP.

Les offres ont été déposées à titre confidentiel devant Votre Conseil.

Soulignons dès à présent que l'offre de la requérante proposait une amélioration de son prix en cas de réunion des deux lots :

« Lot 1 (Service de restauration, Gestion de la cuisine et fabrication des repas à destination des résidents de la Résidence du Bois d'Havré, de la BMB, des repas à domicile)
hors prestations annexes.

En cas d'attribution d'un seul lot

Pour un montant annuel de
(en chiffres, TVA comprise)

953.786 €

(en lettres, TVA comprise)

Neuf cent cinquante-trois mille sept cent quatre-vingt-six euros

(en chiffres, hors TVA)

899.798€

(en lettres, hors TVA)

huit cent nonante-neuf mille sept cent nonante huit euros

En cas d'attribution des deux lots

pour un montant annuel de :
(en chiffres, TVA comprise)

930.746€

(en lettres, TVA comprise)

neuf cent trente mille sept cent quarante-six euros

(en chiffres, hors TVA)

878.062€

(en lettres, hors TVA)

huit cent septante huit mille soixante-deux euros

Lot 2. (Service de restauration, Gestion de la cuisine et fabrication des repas à destination des crèches et MCAE ainsi que la Cité de l'Enfance)

Dans les deux cas

Pour un montant annuel de
(en chiffres, TVA comprise)
199.245€
(en lettres TVA comprise)
cent nonante-neuf mille deux cent quarante-cinq euros
(en chiffres, hors TVA)
156.062€ (crèches) + 31.095€ (cité de l'Enfance) = 187.967€
(en lettres, hors TVA)
cent quatre-vingt-sept mille neuf cent soixante sept euros»

1.2 DÉCISION DU 20 NOVEMBRE 2014 : ATTRIBUTION DU MARCHÉ À SODEXO BELGIUM

5. La partie adverse procéda à l'analyse des offres déposées. Il en ressortit que la requérante, pour chacun des deux lots, avait déposé l'offre économiquement la plus intéressante, indépendamment de la ristourne consentie.

6. Le 20 novembre 2014, le Conseil de l'action sociale (organe compétent de la partie adverse) lui attribua le marché, en ses deux lots.

7. Par un courrier du 2 décembre 2014, la partie adverse informa les différents compétiteurs au marché de cette décision et communiquait à ceux-ci les informations prévues en vertu de la loi du 17 juin 2013, à savoir la décision motivée d'attribution.

Auparavant (le 1^{er} décembre), le dossier dans son ensemble fut transmis à l'autorité de tutelle (DG05 de la Région wallonne).

1.3 DÉCISION 1 DU 18 DÉCEMBRE 2014 : RETRAIT DE LA DÉCISION DU 20 NOVEMBRE 2014

8. Le 4 décembre 2014, ensuite de l'information reçue, un des compétiteurs non retenus adressa à la partie adverse un courriel, dans lequel il s'interrogeait sur la régularité de l'offre de la partie requérante, dès lors que celle-ci avait prévu une diminution du coût de son offre en cas d'attribution des deux lots.

Parallèlement, des contacts informels (il n'en a résulté aucun écrit) eurent lieu entre l'autorité de tutelle (la Région wallonne) et le CPAS.

L'autorité de tutelle indiqua à la partie adverse qu'elle envisageait d'annuler sa décision du 20 novembre 2014, dès lors que Sodexo avait prévu, en contradiction avec le cahier spécial des charges, une amélioration de son offre en cas de réunion des deux lots. Ceci fut au demeurant relaté dans la décision de retrait du 18 décembre 2014, qui se lit comme suit :

« Dès lors, un contact a été pris avec la tutelle générale d'annulation (SPW-DG05), qui eux, malgré la connaissance des arguments de Maître DURVIAUX, considère l'offre de la S.A. SODEXO comme irrégulière, et ce, vu l'amélioration des prix proposée en cas d'attribution des 2 lots alors que celle-ci est interdite dans le CSC. L'offre de SODEXO est à considérer comme non-conforme administrativement et donc irrégulière.

Ils considèrent aussi qu'en agissant de la sorte nous n'avons pas respecté le principe de concurrence, de transparence et d'égalité entre les soumissionnaires.»

9. Face à la position de l'autorité de tutelle et à la circonstance que le marché de services de restauration actuellement en vigueur s'achevait le 13 janvier 2015, la partie adverse décida de retirer sa décision initiale; ceci fut fait au cours de la séance du Conseil de l'Action Sociale du 18 décembre 2014.

Cette décision expose – notamment – les motifs suivants :

« En effet, il est stipulé en page 14 du CSC
"Il est interdit de compléter l'offre en mentionnant la proposition d'amélioration consentie par le soumissionnaire sur chaque lot en cas de réunion de certains lots pour lesquels il remet offre".
Cependant, SODEXO a remis une offre de base et une offre "améliorée" dont il est fait mention dans le volet de la décision du Conseil de l'Action Sociale du 20/11/2014:
"Considérant que la société Sodexo prévoit dans son offre une diminution du coût annuel des dépenses en cas d'attribution de deux lots"».

La décision du 18 décembre 2014 fut notifiée aux compétiteurs – et en particulier à la partie requérante – début janvier 2015.

La partie requérante introduisit alors une première procédure en suspension, selon la voie de l'extrême urgence et en annulation, à l'encontre de cette décision de retrait. L'affaire est connue sous le n° 214.846/VI-20.357. Elle a donné lieu à l'arrêt n° 230.136 du 9 février 2015 de Votre Conseil, qui a décidé de surseoir à statuer, sine die, dès lors que l'acte attaqué avait entretemps été retiré.

1.4 DÉCISION 2 DU 18 DÉCEMBRE 2014 : ATTRIBUTION DU LOT 1 À ARAMARK ET DU LOT 2 À API RESTAURATION

10. Une nouvelle décision d'attribution fut simultanément adoptée par le Conseil de l'Action Sociale le 18 décembre 2014.

Aux termes de celle-ci, le Conseil de l'Action Sociale a décidé, en ce qui concerne l'offre de la partie requérante :

« 2°- d'écarter l'offre de SODEXO pour irrégularité substantielle. En effet, celle-ci a prévu une amélioration des prix en cas d'attribution des 2 lots. Hors le CSC en son article I.14. "choix de l'offre" interdit cette proposition».

En termes de motivation, la décision se lit comme suit :

« Il a donc été procédé à l'analyse des documents à joindre à l'offre. De cette analyse, il apparaît que seule l'offre de la S.A. SODEXO n'est pas conforme administrative. En effet, celle-ci a prévu dans son offre une proposition d'amélioration des prix en cas d'attribution des 2 lots. Hors, le CSC, en son article 1.14 Choix de l'offre- marché divisé en lots, prévoit "il est interdit de compléter l'offre en mentionnant la proposition d'amélioration consentie par le soumissionnaire sur chaque lot en cas de réunion de certains lots pour lesquels il remet offre".
Dès lors, il y a lieu de considérer l'offre de la S.A. SODEXO comme irrégulière».

Par conséquent, les lots 1 et 2 du marché litigieux furent attribués aux soumissionnaires jusqu'alors classés en deuxième position, à savoir :

- pour le lot 1 : Aramark SA;
- pour le lot 2 : API Restauration.

11. Par courriel et par correspondance recommandée du 19 décembre 2014, la partie adverse informa les différents compétiteurs au marché de sa décision du 18 décembre 2014.

La partie requérante introduisit une procédure en suspension à l'encontre de cette décision du 18 décembre 2014. Elle est connue sous le numéro G./A.

214.612/VI-20.342. Elle a donné lieu à un arrêt de Votre Conseil du 9 février 2015, portant le n° 230.135. Par cet arrêt, Votre Conseil a décidé de surseoir à statuer, sine die.

1.5 DÉCISION DU 26 JANVIER 2015 (OBJET DU PRÉSENT RECOURS) : RETRAIT DES DÉCISIONS ANTÉRIEURES ET ATTRIBUTION DU LOT 1 À ARAMARK ET DU LOT 2 À API RESTAURATION

12. Ensuite de l'audience tenue devant Votre Conseil dans le cadre de la procédure introduite par la partie requérante à l'encontre de la décision de la partie adverse du 18 décembre 2014 d'attribuer le lot 1 du marché litigieux à la Société ARAMARK et le lot 2 à la Société API RESTAURATION, la partie adverse a décidé :

- de retirer toutes les (trois) décisions antérieures, à savoir la décision du 20 novembre 2014, la décision du 18 décembre 2014 et la seconde décision du 18 décembre 2014;
- de déclarer l'offre de la partie requérante irrégulière;
- d'attribuer le lot 1 du marché litigieux à la Société Aramark et le lot 2 à la Société API Restauration.

Il s'agit de l'acte attaqué, qui se lit comme suit :

« 1. Identification des dispositions légales

Vu la loi organique du 8 juillet 1976 des Centres Publics d'Action Sociale;
Vu la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
Vu le Règlement général pour la protection du travail (RGPT), Loi sur le bien-être et Code sur le bien-être au travail;
Vu la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
Vu la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés public et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
Vu l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, et ses modifications ultérieures;
Vu l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, et ses modifications ultérieures ;
Vu sa décision du 18 septembre 2014 approuvant le cahier spécial des charges revu incluant des niveaux d'exigences minimales dans la partie "sélection qualitative" relatif au marché de service de restauration, gestion de la cuisine et fabrication des repas à destination des résidents des maisons de repos, du service des repas à domicile, des établissements et services du CPAS et le recours à un appel d'offres ouvert avec publicité européenne pour l'attribution du marché;

2. Historique du dossier

Considérant que l'avis de marché publié au bulletin des adjudications et au JOUE le 19 septembre 2014 prévoyait la date de remise des offres au 28 octobre 2014;

Considérant qu'en date du 28 octobre 2014 a été procédé à l'ouverture des offres avec pour résultat :

- S.A. SODEXO BELGIUM, Rue Charles Lemaire, n° 1 à 1160 BRUXELLES
- API RESTAURATION, Rue des Sandrinettes, n° 32 à 7033 CUESMES
- S.A. COMPASS GROUP, Chaussée de Haecht, 1179 à 1130 BRUXELLES
- S.A. ARAMARK, Chaussée de Wavre, 1110 à 1160 BRUXELLES

Vu la délibération du 20 novembre 2014 attribuant le marché plus amplement identifié ci-dessus, dans ses deux lots, à la Société SODEXO SA;

Vu la réaction de l'autorité de tutelle qui a estimé que l'offre de la Société SODEXO SA était entachée d'irrégularité dès lors que cette offre prévoyait une amélioration de son prix en cas d'attribution des deux lots à cette société et ce en contrariété avec le cahier spécial des charges régissant le marché qui interdisait la présentation, par les soumissionnaires, d'amélioration;

Vu la délibération du 18 décembre 2014 retirant la décision du 20 novembre pour les raisons et motifs identifiés ci-dessus ;

Vu la délibération du 18 décembre 2014 par laquelle le Conseil de l'Action Sociale a décidé (i) de déclarer irrégulière l'offre de la Société SODEXO SA pour cause de contrariété à l'interdiction contenue dans le cahier spécial des charges de présentation d'amélioration et (ii) d'attribuer le lot 1 du marché à la Société ARAMARK et le lot 2 du marché à la Société API RESTAURATION ;

Vu le recours en extrême urgence introduit par la Société SODEXO SA à l'encontre de la décision du 18 décembre 2014 précitée ;

Vu le rapport d'analyse des offres comprenant trois parties :

- Rapport d'analyse des soumissions
- Rapport de comparaison sur le lot 1
- Rapport de comparaison sur le lot 2

3. Motivation

3.1 Retrait des trois délibérations

La délibération du 18 décembre 2014 attribuant le lot 1 du marché à la Société ARAMARK SA et le lot 2 du marché à la Société API RESTAURATION a fait l'objet d'une requête en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat. À l'audience du 21 janvier 2015, l'affaire a été remise sine die, après avoir constaté que :

- la décision du 18 décembre 2014 retirant la décision du 20 novembre qui attribue le marché dans ses deux lots à la Société SODEXO SA n'a pas été attaquée à cette date, ni à ce jour;
- n'ayant pas été formellement notifiée et ayant été communiquée à la Société SODEXO SA le 15 janvier 2015, elle est néanmoins encore susceptible de faire l'objet d'un recours dans le cadre d'une procédure en extrême urgence devant le Conseil d'Etat;

La motivation formelle des trois délibérations est trop sommaire et ne satisfait pas aux prescrits légaux des lois du 29 juillet 1991 et du 17 juin 2013. Cet élément, à lui seul, justifie le retrait des trois délibérations.

3.2 Méthodologie

Conformément aux articles 95 et suivants de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le pouvoir adjudicateur suit, dans l'ordre, les opérations suivantes :

- Sélection qualitative ;
- Régularité de l'offre
- Correction arithmétiques
- Contrôle du caractère normal des prix
- Comparaison des offres au vu des critères d'attribution.

3.3 Sélection qualitative

Le rapport n'appelle pas d'observation à cet égard, de sorte que ses motifs et conclusions sont adoptés en l'état.

Toutes les offres franchissent l'étape de la sélection qualitative.

3.4 Régularité des offres

La régularité des offres est examinée pour tous les candidats. Seule une offre pose difficulté : celle de la Sodexo comme le relate le rapport d'analyse administrative.

3.4.1 Première irrégularité : interdiction de présenter des améliorations

Sur base de l'article 89 alinéa 1^{er} de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le cahier spécial des charges se lit comme suit :

" Il est interdit de compléter l'offre en mentionnant la proposition d'amélioration consentie par le soumissionnaire sur chaque lot en cas de réunion de certains lots pour lesquels il remet offre."

Or, l'offre de la Sodexo contient une amélioration, portant sur un seul critère d'attribution (le prix) du seul lot 1, si les deux lots lui sont attribués.

Ce faisant, l'offre est contraire à la disposition précitée.

Il convient – en droit – d'apprécier l'importance de cette irrégularité, conformément à l'article 95 de l'arrêté royal précité, et aux documents du marché.

À cet égard, les documents du marché posent une interdiction claire : "il est interdit de...". L'intention du pouvoir adjudicateur est sans ambiguïté: il n'entend pas se voir proposer des offres améliorées de sorte que pareille offre s'en trouve interdite. Une offre interdite est écartée, avant sa comparaison.

A titre surabondant, on constatera – certes – que la sanction "sous peine de nullité" n'est pas directement indiquée dans les documents du marché au regard de cette interdiction spécifique. Néanmoins, deux éléments, distincts et autonomes, permettent d'établir le caractère substantiel de cette irrégularité.

D'une part, le cahier spécial des charges précise, en son point I.14, ce qui suit en son alinéa 2 :

" Si le pouvoir adjudicateur constate, lors de l'analyse des offres, que (...) le soumissionnaire émet des réserves quant aux conditions du cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit soit de considérer l'offre comme substantiellement irrégulière, soit de demander au soumissionnaire de clarifier son offre."

Le contournement de l'interdiction précitée constitue une réserve, à savoir "un désaccord du soumissionnaire avec une obligation prescrite par le cahier spécial des charges". En vertu de ce qui précède, le pouvoir adjudicateur considère que la méconnaissance de l'interdiction précitée entraîne l'irrégularité substantielle de l'offre qui y contrevient.

D'autre part, le pouvoir adjudicateur considère que cette interdiction porte sur élément essentiel, car il est susceptible d'affecter la comparabilité des offres, d'en influencer par conséquent le contenu, voire de les rendre incomparables. Ainsi, il n'a pas été précisé sur quel(s) critère(s) l'amélioration des offres pourrait être faite: un critère, plusieurs ou tous les critères ? Cet élément, problématique à lui seul, est en l'espèce renforcé du fait que l'ensemble des critères du lot un n'est pas commun avec l'ensemble des critères du lot deux. Par ailleurs, l'amélioration peut-elle porter sur un des deux lots ou les deux lots? Peut-elle être différenciée en fonction des deux lots ? Sans prétendre à l'exhaustivité des hypothèses, voilà autant d'éléments incertains, à défaut d'avoir été précisés dans les documents du marché (et pour cause), qui sont susceptibles d'affecter la comparabilité des offres. Ces éléments sont suffisants, à eux seuls, pour considérer que l'irrégularité est substantielle dès lors qu'elle porte sur un élément essentiel : la comparabilité des offres entre elles.

Il n'est pas nécessaire d'examiner le résultat de l'offre proposée par Sodexo. Deux éléments, autonomes, s'y opposent :

- Dans la méthodologie prescrites aux articles 95 et suivants de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, l'analyse du caractère substantiel de l'irrégularité se fait en amont de la comparaison des offres, et donc de l'effet que pourrait avoir la proposition de Sodexo sur l'attribution du marché.
- Ce faisant, on ferait dépendre le caractère essentiel d'un élément non de ses caractéristiques intrinsèques, communes à tous les candidats et qu'ils connaissent tous, mais d'un élément extérieur, et subjectif puisque lié à l'offre de l'un ou de l'autre. En d'autres termes, la qualification juridique de l'irrégularité ne se ferait alors pas de manière objective, ce que contredit la doctrine.

En ce qui concerne le principe d'égalité par ailleurs, les candidats n'ayant pas proposé d'amélioration se trouvent évidemment déforçés, puisqu'en respectant le cahier spécial des charges, ils sont mis dans une situation différente, et moins concurrentielle, de Sodexo; ce constat méconnaît également l'obligation de transparence.

Il serait enfin inexact de ne considérer que l'irrégularité n'affecterait que le seul lot 1, dès lors que la réserve formulée par Sodexo porte précisément sur l'attribution des deux lots au même soumissionnaire, de sorte qu'il formule une réserve touchant l'ensemble de l'offre.

Pour chacun de ces motifs, le pouvoir adjudicateur considère que l'offre est affectée d'une irrégularité qui justifie son écartement.

3.4.2 Deuxième irrégularité : dépôt d'une double offre pour le lot 1

L'offre de la Sodexo comporte, en ce qui concerne le lot 1, un double prix.

Cette proposition est, d'une part, contraire à l'article I. 14 du Cahier spécial des charges qui interdit la proposition d'améliorations et, d'autre part, contraire à l'article 54 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui prévoit que le compétiteur à un marché ne peut déposer qu'une seule offre.

L'irrégularité de l'offre déposée par le soumissionnaire revêt un caractère substantiel dès lors qu'elle concerne le prix (cf. art. 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011) et qu'elle est susceptible d'impacter la comparaison des offres.

Pour cette raison, également, l'offre doit être déclarée irrégulière, en ce qui concerne le lot 1.

3.5 Rectification des erreurs, normalité des prix et comparaison des offres

(...)

Considérant que l'avis de légalité du Directeur financier est exigé. Un avis favorable a été accordé par Le Directeur financier en date du 23 janvier 2015;

Considérant que les dépenses y relatives seront imputées sur les différentes fonctions existantes ou à créer du budget ordinaire ;

Entendu Monsieur M. BARVAIS, Président du Conseil de l'Action Sociale, en son rapport :

DÉCIDE, À L'UNANIMITÉ

Article 1

La décision du 20 novembre 2014 mieux identifiée ci-dessus est retirée.

Article 2

La décision du 18 décembre 2014 – retirant la décision du 20 novembre 2014 – est retirée

Article 3

La délibération du 18 décembre 2014 (i) attribuant le lot 1 du marché à la société ARAMARK et le lot 2 à la Société API RESTAURATION et (ii) déclarant l'offre de la Société SODEXO BELGIUM SA irrégulière, est retirée.

Article 4

Le rapport joint en annexe fait partie intégrante de la décision.

Article 5

Les entreprises SODEXO BELGIUM, ARAMARK, API RESTAURATION et COMPASS GROUP sont sélectionnées.

Article 6

L'offre de la Société SODEXO BELGIUM est irrégulière et est par conséquent écartée de la comparaison.

Article 7

Ensuite de l'analyse et de la comparaison des offres des sociétés ARAMARK, API RESTAURATION et COMPASS GROUP au regard des critères d'attribution du marché :

- Les offres ne présentent pas de chiffres devant être rectifiés ;
- Les prix ne sont pas anormaux;
- le lot 1 relatif à la "restauration des résidents de la Résidence du Bois d'Havré, de la Bonne Maison de Bouzanton (et futures résidences services associées), des repas pour des besoins spécifiques et ponctuels, et à la fabrication et au portionnement de repas à domicile", est attribué à la SA ARAMARK
- le lot 2 relatif à la "fabrication et livraison de repas pour la Cité de l'enfance, ainsi que pour les nourrissons et enfants des crèches et MCAE", est attribué à la SA API RESTAURATION

Article 8

Il y a lieu d'imputer les dépenses sur les différents articles du Budget ordinaire.

Article 9

Il y a lieu d'informer les attributaires de cette décision ainsi que les soumissionnaires non retenus.

Article 10

La présente décision est transmise à l'autorité de tutelle, à savoir, le Gouverneur de la Province de Hainaut. »

[...]
Annexe : Rapport d'analyse des offres (trois parties)
Pour extrait conforme,
Pour le Conseil de l'Action Sociale,
[...].».

13. Cette décision a été communiquée aux compétiteurs au marché, dont la partie requérante, par un courriel et un courrier recommandé le 29 janvier 2015".

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête déposée sur le site internet du Conseil d'Etat le 24 février 2015, la société anonyme ARAMARK demande à intervenir dans la procédure en référé.

En tant qu'attributaire du lot 1 du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE QUANT A L'OBJET

La requérante ne formule aucun grief à l'égard de l'acte attaqué, en tant que celui-ci retire les décisions prises par la partie adverse les 20 novembre et 18 décembre 2014 avant de procéder une nouvelle fois à l'attribution du marché litigieux.

En tant qu'elle se donne pour objet cette décision de retrait, la demande doit, en conséquence, être déclarée irrecevable.

VI. MOYEN UNIQUE – PREMIÈRE BRANCHE

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, pris "de la violation de l'article 25 de la loi du 15 juin 2006 «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 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 «relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services», des articles 54, 89 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 «relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques», des principes de bonne administration, du raisonnable, de proportionnalité et de diligence, de l'erreur

manifeste d'appréciation, de l'erreur de droit et/ou de fait et/ou de qualification et de l'excès de pouvoir".

Elle formule comme suit:

" Par l'acte attaqué, la partie adverse a retiré ses décisions de retrait et de désignation du 18 décembre 2014 et a (ré)attribué le marché à d'autres soumissionnaires que la partie requérante. Elle a, à cet égard, considéré que l'offre de la partie requérante était entachée d'une irrégularité substantielle au motif qu'elle prévoit une amélioration en cas d'attribution des deux lots et que cette amélioration constituerait une double offre en ce qui concerne le lot 1.

En procédant de la sorte, la partie adverse a violé les principes et dispositions visés au moyen, puisque l'irrégularité alléguée n'est pas substantielle (1^{ère} branche, B) et repose sur des motifs de droit et/ou de fait qui sont sans pertinence ou erronés, en sorte que la motivation formelle de l'acte attaqué est non adéquate (2^{ème} branche, C)".

S'agissant de la première branche, elle expose les développements suivants:

" 22. L'offre de la partie requérante n'est entachée d'aucune irrégularité substantielle.

C'est donc à tort que la partie adverse a écarté l'offre de la requérante au motif qu'elle serait affectée de deux irrégularités en ce que, d'une part, elle prévoit une amélioration interdite par le cahier spécial des charges (1) et en ce que, d'autre part, elle comporterait un double prix pour le lot 1 (2).

1. L'AMÉLIORATION PROPOSÉE DANS L'OFFRE DE LA PARTIE REQUÉRANTE NE CONSTITUE PAS UNE IRRÉGULARITÉ SUBSTANTIELLE

23. Premièrement, si la proposition d'amélioration offerte par la requérante est contraire au prescrit du cahier spécial des charges, qui interdit de prévoir une proposition d'amélioration en cas d'attribution des deux lots, cette irrégularité n'est pas substantielle.

24. A titre liminaire, force est en effet de constater que la partie adverse, qui se prévaut du caractère essentiel de la disposition du cahier spécial des charges qui interdit de proposer une amélioration, n'a pas expressément sanctionné le non-respect de cette interdiction de nullité absolue. Au moment de la rédaction du cahier spécial des charges, la partie adverse n'a donc pas considéré que la présentation d'une amélioration de prix devrait nécessairement entraîner l'irrégularité substantielle de l'offre (pièce 8 du dossier de la requérante, p. 13).

25. Cela étant, la régularité d'une offre doit être appréciée sur la base de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 «relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ».

Cette disposition porte que :

«§ 1^{er} Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.

(...)

§ 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.

Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.

En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière».

26. En ce qui concerne l'irrégularité substantielle, la doctrine et la jurisprudence de Votre Conseil relèvent qu'il convient d'apprécier l'irrégularité in concreto et, ainsi, avoir égard à l'incidence de l'irrégularité sur l'égalité des autres soumissionnaires, à ses conséquences sur la décision finale du pouvoir adjudicateur en ce qui concerne le classement des offres et sur la comparaison des offres. Comme le précise le rapport au Roi joint à l'arrêté royal du 15 juillet 2011, «l'appréciation de chaque irrégularité doit avoir lieu au cas par cas». Si le pouvoir adjudicateur dispose ainsi d'une certaine marge d'appréciation pour qualifier une irrégularité de substantielle, cette appréciation est néanmoins soumise au contrôle du Conseil d'Etat.

A cet égard, il convient de relever que l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 a fait l'objet d'une modification récente par l'arrêté royal du 7 février 2014 «modifiant plusieurs arrêtés royaux d'exécution de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité». A cette occasion, les principes jurisprudentiels et doctrinaux précités ont été repris dans le commentaire de l'article 21 de l'arrêté royal du 7 février 2014 modifiant l'article 95 précité.

Ce commentaire précise notamment comme suit :

« Il y a lieu de rappeler que, conformément à l'interprétation usuelle, tout non-respect des prix, délais et spécifications techniques qui n'est pas considéré comme revêtant un caractère essentiel, n'est pas constitutif d'une irrégularité substantielle.

Comme pour ce qui est des irrégularités formelles, l'on ne peut, s'agissant des irrégularités matérielles, énoncer en termes généraux et absolus quelles dispositions de la réglementation ou des documents du marché concernant les prix, les délais et les spécifications techniques revêtent un caractère essentiel. Cette fois encore, il conviendra de le déterminer in concreto sur la base de certains éléments avancés à cette fin dans la jurisprudence du Conseil d'Etat en guise de critères déterminants. L'on pourra plus précisément convenir qu'une disposition est essentielle sur le plan des prix, des délais et des spécifications techniques lorsque leur non-respect génère une ou plusieurs des conséquences précitées relatives aux irrégularités formelles - cf. notamment le critère selon lequel le non-respect pourrait donner lieu à un traitement inéquitable - mais, par ailleurs, également si le non-respect en question :

- est susceptible d'influer sur la comparaison des offres; ou
- est susceptible de modifier le classement des offres».

Ainsi, la détermination du caractère substantiel d'une irrégularité dans chaque cas d'espèce où les documents de marché ne sanctionnent pas directement l'irrégularité «à peine de nullité», comme c'est le cas en l'occurrence, dépend notamment de la satisfaction des critères précités.

27. En l'espèce, l'irrégularité dénoncée par la partie adverse n'est pas de nature à rompre l'égalité entre les soumissionnaires. En effet, elle n'est pas de nature à modifier le classement des offres, ni à affecter leur comparabilité.

28. Tout d'abord, la requérante propose dans son offre une diminution du prix pour le lot 1 en prévoyant un montant de 878.062 euros HTVA au lieu de 899.798 euros HTVA en cas d'attribution des deux lots (pièce 5 du dossier de la requérante).

L'offre montre donc clairement que le prix de base (sans proposition d'amélioration) soumis par la requérante (899.798 euros HTVA) pouvait parfaitement être isolé du prix soumis en application de la proposition d'amélioration (878.062 euros HTVA) qui, étant contraire à l'interdiction du cahier spécial des charges, ne pouvait être pris en compte par la partie adverse (pièce 5 du dossier de la requérante).

C'est d'ailleurs ce dont témoigne la décision du 20 novembre 2014 dans laquelle le calcul des points a pu être - et a effectivement été - effectué sur la base des montants repris dans l'offre de la requérante, sans qu'il ne soit fait application de la diminution proposée en cas d'attribution des deux lots. Le rapport d'analyse joint à la décision du 20 novembre 2014 fait apparaître que la requérante a obtenu 26,57 points sur un total de 30 pour le critère n°1 relatif au prix du marché. Calculé conformément à la formule mathématique applicable (Pièce 5 du dossier de la requérante), ce résultat démontre qu'il a pu être tenu compte du prix offert par la requérante conformément au cahier spécial des charges c'est-à-dire sans proposition d'amélioration. Toutes les offres, y compris celle de la requérante, pouvant ainsi être évaluées à l'aune des critères d'attribution fixés dans le cahier spécial des charges.

Il est dès lors incontestable que l'irrégularité n'était pas susceptible d'influencer l'évaluation des offres.

29. A cela s'ajoute que, l'offre de la partie requérante est l'offre la plus avantageuse sur le plan économique, même si l'on ne tient pas compte de la proposition d'amélioration. Il s'ensuit que l'offre de la requérante, avec ou sans application de la proposition d'amélioration, est l'offre régulière économiquement la plus avantageuse en sorte que l'irrégularité n'avait, de toute manière, aucune influence sur le classement des offres au regard du critère du prix et que le marché devait, en tout état de cause, lui être attribué.

Ainsi, en vertu de l'article 25 de la loi du 15 juin 2006 selon lequel le marché passé par appel d'offres doit être attribué au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, le marché litigieux devait être attribué à la requérante. Admettre le contraire reviendrait à méconnaître cette disposition dont l'objectif est de permettre le respect de la concurrence entre différents soumissionnaires et d'assurer l'attribution du marché à celui qui présente l'offre la plus avantageuse.

30. Dans le même ordre d'idées, il convient de rappeler la jurisprudence de Votre Conseil en matière de variantes libres qui peut s'appliquer par analogie, dans la mesure où, à l'instar des variantes libres, l'irrégularité de la proposition d'amélioration en l'espèce peut être parfaitement isolée du reste de l'offre, sans l'affecter.

En matière de variantes libres, le Conseil d'Etat a considéré par un arrêt du 7 mars 2007 que l'irrégularité contenue dans une offre qui s'analyse comme une variante ne pouvait entraîner l'irrégularité de l'offre de base. Force est de constater que la jurisprudence précitée a continué d'être appliquée.

Non seulement de considérer que l'irrégularité d'une variante n'entraîne pas systématiquement l'irrégularité de toute l'offre, il a en outre été jugé, dans un arrêt du 9 janvier 2012, que le pouvoir adjudicateur est tenu d'examiner l'offre de base d'un soumissionnaire, même si ce dernier propose une variante et que cette variante est jugée irrégulière. La décision se lit comme suit :

« IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort de la soumission déposée par la requérante qu'elle a présenté, d'une part, une offre s'écartant des spécifications techniques, prescrites par le cahier spécial des charges, et, d'autre part, une autre offre, conforme à ce cahier. Elle a également précisé, au sujet de cette seconde offre, le coût supplémentaire qu'elle impliquait par rapport à la première offre de manière à permettre à la partie adverse de déterminer son prix.

Dès lors qu'une variante est une proposition qui s'écarte de ce que la partie adverse avait demandé dans le cahier spécial des charges, elle n'a pu valablement considérer que l'offre de la requérante qui y était conforme, constituait une variante.

Par ailleurs, dès lors que la partie adverse pouvait déterminer aisément le prix de cette offre, qui était conforme au cahier spécial des charges, elle était en mesure de la comparer aux autres offres.

Il semble donc, *prima facie*, que la partie adverse n'a pas légalement décidé que l'offre de la requérante, qui était conforme au cahier spécial des charges, était irrégulière. Dans cette mesure, le premier moyen apparaît sérieux. Cette illégalité du premier acte attaqué emporte en conséquence celle du second.

Par contre, la partie adverse a pu valablement considérer comme irrégulière l'offre de la requérante qui n'était pas conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges. Cette offre apparaît en effet comme une variante qui n'était pas autorisée.

Cette cause d'irrégularité ne résultant pas de l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité mais de la décision de la partie adverse de ne pas admettre de variante, il ne se justifie pas de statuer sur l'éventuelle contrariété de la disposition précitée avec les exigences du droit de l'Union européenne».

Cette jurisprudence relative aux variantes est parfaitement transposable au cas d'espèce qui concerne une proposition d'amélioration dans la mesure où, dans les deux cas, l'irrégularité constatée peut parfaitement être séparée du reste de l'offre qui, pour le surplus, reste régulière.

Encore une fois, il aurait été donc parfaitement possible, en l'espèce, de comparer l'offre de la requérante, après en avoir enlevé la proposition d'amélioration des prix, aux offres des autres soumissionnaires.

31. Par ailleurs, la portée essentielle de l'interdiction du cahier spécial des charges de présenter une proposition d'amélioration découlerait, selon la partie adverse, du fait que cette proposition constituerait une «réserve», pouvant être expressément sanctionnée d'irrégularité substantielle en application du cahier spécial des charges. En effet, le cahier spécial des charges précise que : «Si le pouvoir adjudicateur constate, lors de l'analyse des offres, que le soumissionnaire a ajouté des conditions qui rendent l'offre imprécise ou si le soumissionnaire émet des réserves quant aux conditions du Cahier spécial des Charges, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit soit de considérer l'offre comme substantiellement irrégulière soit de demander au soumissionnaire de clarifier son offre» (pièce 8 du dossier de la requérante, p. 14)

La réserve constitue «le fait pour un soumissionnaire de refuser de respecter une obligation du cahier spécial des charges ou de subordonner son accord à une condition ou à l'octroi d'un avantage non prévu par les documents du marchés» .

Cependant, en l'espèce, l'offre de la requérante n'est affectée d'aucune réserve. La partie requérante n'a, à aucun moment, contesté l'application des dispositions du cahier spécial des charges dont elle accepte toutes les conditions. Son offre contient un prix conforme aux dispositions du cahier spécial des charges et auquel la proposition d'amélioration n'entend pas déroger, puisqu'elle propose simplement un autre prix en cas d'attribution des deux lots.

En tout état de cause, s'il fallait considérer que l'offre de la requérante contenait effectivement une réserve, quod non, le pouvoir adjudicateur serait alors tenu, pour décider d'écarter l'offre qui émet une réserve, d'avoir égard à la question de savoir si la requérante se procure ou non un avantage de nature à fausser la concurrence . En l'occurrence, tel n'est pas le cas puisque, encore une fois, le prix proposé peut

être aisément déterminé et extrait de l'offre de la requérante sans qu'il ne soit porté atteinte au principe d'égalité entre soumissionnaires. Il est renvoyé, pour le surplus, aux points 27 et suivants de la présente requête.

32. Enfin, et en tout état de cause, l'offre de la requérante n'est entachée d'une irrégularité (non substantielle) qu'en ce qui concerne le lot 1. L'offre de la requérante fait, en effet, apparaître une proposition de diminution du prix uniquement pour le lot 1 et précise clairement que, pour le lot 2, le prix proposé est identique en cas d'attribution d'un seul lot ou d'attribution des deux lots. Il s'ensuit que la partie adverse ne pouvait raisonnablement considérer que l'offre de la requérante était affectée d'une irrégularité, même relative, en ce qu'elle porte sur le lot 2, ni l'écarter.

33. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la partie adverse ne pouvait légalement décider que l'offre de la partie requérante était affectée d'une irrégularité substantielle.

2. L'OFFRE DE LA REQUÉRANTE NE COMPREND PAS DE DOUBLE PRIX ET NE CONSTITUE PAS UNE DOUBLE OFFRE

34. Deuxièmement, la partie adverse ne peut considérer que la requérante aurait déposé une «double offre».

Il est vrai que l'article 54 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne permet pas à un même soumissionnaire de déposer plus d'une offre pour le même marché. Cependant, la partie requérante n'a formellement remis qu'une seule offre et elle n'aperçoit pas les raisons pour lesquelles la partie adverse considère que cette offre constituait une double offre.

L'interdiction précitée de déposer deux ou plusieurs offres pour un même marché a été développée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat en vue de préserver l'égalité des soumissionnaires dans la mesure où «ce procédé rend impossible une comparaison objective des soumissions et ouvre la voie à des abus et à la fraude». L'objectif qui sous-tend cette interdiction est donc d'éviter que l'un des soumissionnaires ne se voit avantagé en raison du choix qu'il offre au pouvoir adjudicateur entre différentes options qui, n'étant pas envisagées par le cahier spécial des charges, n'ont pas été avancées par les autres soumissionnaires.

Cependant, à la différence de la situation dans laquelle deux offres sont présentées, la proposition d'amélioration n'a en l'espèce pas pour effet d'entraîner un éventuel choix dans le chef de l'autorité adjudicatrice. En effet, le seul prix qui pouvait régulièrement être pris en compte pour la comparaison des offres était le prix indiqué sans l'amélioration proposée, en sorte que la requérante n'a pu augmenter ses chances de se voir attribuer le marché par rapport aux autres soumissionnaires.

35. C'est en effet ce qui ressort clairement d'un arrêt de Votre Conseil du 14 juillet 2009 à l'égard de l'ancien article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 qui a été repris par l'actuel l'article 54 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Dans cet arrêt, la partie requérante contestait, d'une part, le caractère substantiellement irrégulier de son offre en considérant que celle-ci, bien que comprenant deux alternatives conformes au cahier spécial des charges, ne constituait pas une double offre. D'autre part, la requérante contestait l'absence d'irrégularité de l'offre de l'adjudicataire qui proposait deux alternatives également mais dont l'une d'elle n'était pas conforme au cahier spécial des charges. Votre Conseil a, après avoir fait échec au premier moyen en constatant que «l'introduction pour un même marché de plus d'une offre conforme au cahier des charges conduit à l'irrégularité substantielle de la totalité de ces offres», précisé, en ce qui concerne le deuxième moyen, que :

«L'application de l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité suppose en outre que deux ou plusieurs offres conformes au cahier des charges aient été introduites par le même soumissionnaire. En l'occurrence, la partie défenderesse a non sans raison constaté que l'abri présenté subsidiairement par la partie intervenante "ne satisfaisait pas aux exigences du cahier des charges" et n'avait

pas été pris en compte pour l'évaluation. La partie requérante ne le conteste pas. Dès lors qu'il n'est ainsi pas question de deux ou de plusieurs offres conformes au cahier des charges, l'article 103 ne peut pas être utilement invoqué.

La première branche du moyen est par conséquent non-fondée».

Il s'ensuit qu'il n'est, en l'espèce, pas question de considérer que plusieurs offres, permettant plusieurs combinaisons conformes au cahier spécial des charges, auraient été déposées par la partie requérante, dès lors que la diminution du prix est interdite par le cahier spécial des charges, ce qui implique que le pouvoir adjudicateur ne devait pas en tenir compte.

Il découle d'ailleurs de la jurisprudence de l'Union européenne en matière de groupement de sociétés, telle que reprise en droit belge, qu'une double offre ne peut être automatiquement écartée sans qu'il n'ait été vérifié in concreto si la concurrence a effectivement été faussée.

36. Il découle de tout ce qui précède que la décision de la partie adverse d'écarter l'offre de la requérante est irrégulière.

La première branche du moyen unique est sérieuse".

B. Note d'observations

S'agissant de la première branche, la partie adverse réfute le moyen dans les termes suivants:

" 3.2. PREMIÈRE BRANCHE: CARACTÈRE SUBSTANTIEL DE L'IRRÉGULARITÉ

3.2.1 Thèse de la requérante

17. La partie requérante estime que « c'est à tort que la partie adverse a écarté l'offre de la requérante au motif qu'elle serait affectée de deux irrégularités en ce que, d'une part, elle prévoit une amélioration interdite par le cahier spécial des charges et en ce que, d'autre part, elle comporterait un double prix pour le lot 1».

Ainsi, premièrement, elle considère que l'irrégularité dont est entachée son offre, à savoir offrir une amélioration en cas de réunion des deux lots, « n'est pas substantielle » parce que la partie adverse « n'a pas expressément sanctionné le non-respect de cette interdiction de nullité absolue ».

Elle soutient que « l'irrégularité dénoncée par la partie adverse n'est pas de nature à rompre l'égalité entre les soumissionnaires. En effet, elle n'est pas de nature à modifier le classement des offres, ni à affecter leur comparabilité ».

Pour compléter son argumentation, la partie requérante rappelle la jurisprudence de Votre Conseil en matière de variantes libres qui s'appliquerait par analogie.

Enfin, elle soutient que l'irrégularité constatée ne concerne que le lot 1.

18. Deuxièmement, la partie requérante soutient qu'elle n'a pas déposé de double prix et donc une double offre.

Elle souligne à cet effet que

« il n'est, en l'espèce, pas question de considérer que plusieurs offres, permettant plusieurs combinaisons conformes au cahier spécial des charges, auraient été déposées par la partie requérante, dès lors que la diminution du prix est interdite par le cahier spécial des charges, ce qui implique que le pouvoir adjudicateur ne devait pas en tenir compte. »

3.2.2. Non fondement

3.2.2.1. Caractère substantiel de l'irrégularité

19. L'article 89 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que, dans le cadre d'un appel d'offres, à plusieurs lots

« (...), le soumissionnaire peut présenter soit un ou plusieurs rabais en adjudication, soit une ou plusieurs propositions d'amélioration en appel d'offres,

pour le cas où ces mêmes lots lui seraient attribués, à condition que les documents du marché ne les interdisent pas».

Il s'agit d'une nouveauté par rapport à régime applicable sous l'empire de la loi du 24 décembre 1993. Auparavant en effet, pour pouvoir proposer une amélioration en cas de réunion de lots, il fallait que les documents du marché le permettent expressément. Désormais, pour que des améliorations puissent être prises en compte par des pouvoirs adjudicateurs, il convient qu'elles n'aient pas été interdites par ceux-ci.

Le principe est donc qu'elles sont autorisées, sauf décision contraire du pouvoir adjudicateur.

20. Dans les documents du marché, l'interdiction d'améliorations en cas de réunion des deux lots est expressément indiquée. Le cahier spécial des charges régissant le marché litigieux se lit comme suit :

«Il est interdit de compléter l'offre en mentionnant la proposition d'amélioration consentie par le soumissionnaire sur chaque lot en cas de réunion de certains lots pour lesquels il remet offre.»

Ce faisant, la partie adverse a délibérément choisi de mettre en œuvre l'interdiction que prévoit l'article 89 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. À cette occasion, on souligne pour autant que de besoin, que cette interdiction vise tous les lots, indistinctement.

Il ne s'agit donc pas d'une décision arbitraire, mais d'un choix qui résulte de l'application d'une disposition réglementaire. Et comme nous le soulignerons ci-dessous, d'une décision raisonnable.

21. La partie adverse a voulu éviter de se retrouver en face d'hypothèses rendant impossibles l'attribution des deux lots et, par conséquent, du marché en question, ce qui arrive fréquemment à l'occasion de procédures de passation concernant des marchés à lots.

Comme la partie adverse l'a souligné dans le corps de l'acte attaqué lui-même (pour rappel) :

« D'autre part, le pouvoir adjudicateur considère que cette interdiction porte sur élément essentiel, car il est susceptible d'affecter la comparabilité des offres, d'en influencer par conséquent le contenu, voire de les rendre incomparables. Ainsi, il n'a pas été précisé sur quel(s) critère(s) l'amélioration des offres pourrait être faite : un critère, plusieurs ou tous les critères ? Cet élément, problématique à lui seul, est en l'espèce renforcé du fait que l'ensemble des critères du lot un n'est pas commun avec l'ensemble des critères du lot deux. Par ailleurs, l'amélioration peut-elle porter sur un des deux lots ou les deux lots ? Peut-elle être différenciée en fonction des deux lots ? Sans prétendre à l'exhaustivité des hypothèses, voilà autant d'éléments incertains, à défaut d'avoir été précisés dans les documents du marché (et pour cause), qui sont susceptibles d'affecter la comparabilité des offres. Ces éléments sont suffisants, à eux seuls, pour considérer que l'irrégularité est substantielle dès lors qu'elle porte sur un élément essentiel : la comparabilité des offres entre elles.»

Au regard de cet objectif, il n'est pas déraisonnable dans le chef de la partie adverse d'avoir considéré cette interdiction comme essentielle. Il n'y a à cet égard aucune erreur manifeste d'appréciation.

Relevons d'ailleurs, que même la partie requérante souligne qu'il suffit que la condition soit susceptible d'affecter les offres ou le résultat de l'analyse pour qu'il s'agisse d'un élément que le pouvoir adjudicateur peut considérer comme essentiel: elle le relève expressément en page 10 de sa requête, dans la citation qu'elle fait du commentaire sous l'article 95... Il n'est donc pas nécessaire de devoir examiner, in concreto, ce qu'a donné la méconnaissance de la condition. On peut ici s'arrêter avant cette démarche, en constatant, comme l'a fait le pouvoir adjudicateur, que la condition méconnue est susceptible d'affecter la comparaison des offres.

A cela, la requérante n'oppose aucune critique, bien que l'argument fut exposé dans l'acte attaqué, se contentant de passer directement à la phase d'examen concret de son offre...

22. L'appréciation de ce caractère essentiel n'est cependant pas à examiner au regard d'une offre en particulier, comme le soutient néanmoins la requérante. C'est ce que précisait la partie adverse dans l'acte attaqué (pour rappel) :

« Il n'est pas nécessaire d'examiner le résultat de l'offre proposée par Sodexo. Deux éléments, autonomes, s'y opposent :

Dans la méthodologie prescrites aux articles 95 et suivants de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, l'analyse du caractère substantiel de l'irrégularité se fait en amont de la comparaison des offres, et donc de l'effet que pourrait avoir la proposition de Sodexo sur l'attribution du marché.

Ce faisant, on ferait dépendre le caractère essentiel d'un élément non de ses caractéristiques intrinsèques, communes à tous les candidats et qu'ils connaissent tous, mais d'un élément extérieur, et subjectif puisque lié à l'offre de l'un ou de l'autre. En d'autres termes, la qualification juridique de l'irrégularité ne se ferait alors pas de manière objective, ce que contredit la doctrine.»

23. La partie requérante fait grand cas de ce que le cahier spécial des charges ne prévoyait pas de sanction – la nullité de l'offre présentant une ou plusieurs améliorations - en cas de violation de l'interdit précité.

Cet élément de fait n'est – évidemment – pas contesté par la partie adverse. Il n'est néanmoins pas requis que le cahier spécial des charges précise nécessairement dans les documents du marché la conséquence d'un manquement. Ainsi, il est de jurisprudence bien établie que des irrégularités peuvent être qualifiées de substantielles, quand bien même les documents du marché ne l'auraient pas précisé...

On soulignera en outre que :

- l'acte attaqué répond à cette argumentation en avançant deux éléments, distincts et autonomes, qui permettent d'établir le caractère substantiel de cette irrégularité, et
- au regard de l'objectif poursuivi, cette omission ne vient pas occulter le caractère essentiel de l'interdiction imposée par la partie adverse.

La requérante (i) ne conteste pas avoir prévu dans son offre une clause qui est contraire aux documents du marché et (ii) reconnaît elle-même, au point 23 de sa requête, que son offre déroge au cahier spécial des charges: «la proposition d'amélioration offerte par la requérante est contraire au prescrit du cahier spécial des charges, qui interdit de prévoir une proposition d'amélioration en cas d'attribution des deux lots».

24. Il y a lieu de rappeler l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité qui constitue le cœur du régime des irrégularités des offres. Le paragraphe deux de cette disposition se lit comme suit :

«Sur le plan formel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles [XXX] et par les documents du marché, dans la mesure où les formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel .

Par contre, lorsque l'offre ne respecte pas les autres formalités prescrites par les articles mentionnés à l'alinéa 1^{er} ou par les documents du marché, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle».

Curieusement, la partie requérante oublie de reproduire ce paragraphe dans son argumentation.

De même, le troisième paragraphe du même article précise que :

« Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal (...)».

Il en ressort (i) qu'un pouvoir adjudicateur, peut décider d'indiquer dans les documents du marché (le cahier spécial des charges) des prescriptions qu'elle considère comme essentielles et (ii) que toute violation de cette disposition essentielle constitue une irrégularité substantielle.

C'est ce que la partie adverse a fait en l'espèce.

Au regard de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la partie adverse a spécifié qu'elle accordait une importance essentielle à ce que les offres déposées ne comporte pas d'amélioration, faisant ainsi rentrer cette exigence au titre d'élément de régularité substantielle des offres déposées. Et ce parce qu'elle voulait éviter les problèmes fréquemment rencontrés lors de procédures au cours desquelles les améliorations sont acceptées en cas de réunion de lots, comme cela a été rappelé ci-avant.

Ne pouvant se départir de la règle qu'elle s'est elle-même donnée, elle ne pouvait raisonnablement considérer comme régulière l'offre de la partie requérante. Elle n'a, ce faisant, aucunement violé les principes visés au moyen.

En déclarant irrégulière l'offre de la partie requérante, non seulement la partie adverse n'a commis aucune faute au regard de la réglementation des marchés publics, mais en outre, elle n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

En effet, en adoptant son cahier spécial des charges dans le respect de l'article 89 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la partie adverse a émis une expression claire en posant une obligation négative, en prévoyant l'interdiction des améliorations.

Il s'agissait clairement d'un élément essentiel à respecter par les compétiteurs lors du dépôt de leur offre respective.

Le pouvoir adjudicateur n'entendait pas se voir proposer des offres améliorées de sorte que pareille offre s'en trouve interdite. Une offre interdite est donc écartée avant toute comparaison. C'est ce que la partie adverse a souligné dans l'acte attaqué (pour rappel) :

« Il n'est pas nécessaire d'examiner le résultat de l'offre proposée par Sodexo. Deux éléments, autonomes, s'y opposent :

- Dans la méthodologie prescrites aux articles 95 et suivants de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, l'analyse du caractère substantiel de l'irrégularité se fait en amont de la comparaison des offres, et donc de l'effet que pourrait avoir la proposition de Sodexo sur l'attribution du marché.

- Ce faisant, on ferait dépendre le caractère essentiel d'un élément non de ses caractéristiques intrinsèques, communes à tous les candidats et qu'ils connaissent tous, mais d'un élément extérieur, et subjectif puisque lié à l'offre de l'un ou de l'autre. En d'autres termes, la qualification juridique de l'irrégularité ne se ferait alors pas de manière objective, ce que contredit la doctrine.

En ce qui concerne le principe d'égalité par ailleurs, les candidats n'ayant pas proposé d'amélioration se trouvent évidemment déforçés, puisqu'en respectant le cahier spécial des charges, ils sont mis dans une situation différente, et moins concurrentielle, de Sodexo; ce constat méconnaît également l'obligation de transparence.

Il serait enfin inexact de ne considérer que l'irrégularité n'affecterait que le seul lot 1, dès lors que la réserve formulée par Sodexo porte précisément sur l'attribution des deux lots au même soumissionnaire, de sorte qu'il formule une réserve touchant l'ensemble de l'offre.»

L'interdiction de proposer une amélioration n'a pas été respectée par la partie requérante dans son offre. Aussi, le fait que la comparaison des offres restait possible n'énervé en rien ce qui précède.

3.2.2.2 La prétendue analogie avec les variantes libres

25. La jurisprudence citée par la partie requérante concernant l'écartement de variantes libres irrégulières ne peut pas trouver à s'appliquer par analogie dans le cas d'espèce.

En effet, un raisonnement par analogie ne se prête pas en l'espèce dès lors que, comme la partie adverse vient de l'exposer, la discussion concerne un élément déclaré comme essentiel par la partie adverse, conformément aux articles 89 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Le régime des irrégularités prévu par l'article 95 précité trouve à s'appliquer. Il n'y a pas lieu de raisonner par analogie.

En outre, il y a lieu de relever les doutes de la doctrine concernant la jurisprudence citée.

3.2.2.3 La réserve

26. Le raisonnement de la requérante relatif à la réserve manque de pertinence. Comme elle le souligne, une réserve est un « refus de respecter une obligation du cahier spécial des charges ».

A savoir, en l'espèce : l'interdiction de déposer une amélioration.

Manque alors en fait l'affirmation selon laquelle « l'offre de la requérante n'est affectée d'aucune réserve ». L'examen du moyen pourrait donc s'arrêter à ce constat.

27. À titre complémentaire, observons que dans ce cas le cahier spécial des charges précise ce qui suit : « si le soumissionnaire émet des réserves quant aux conditions du Cahier spécial des Charges, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit soit de considérer l'offre comme substantiellement irrégulière ».

Faisant application du cahier spécial des charges, la partie requérante ne démontre pas que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation, de sorte que le moyen manque en droit.

28. Pour le surplus, au cahier spécial des charges, la requérante tente – vainement – d'ajouter une condition nouvelle : l'obtention d'un avantage de nature à fausser la concurrence : elle n'est ni exigée par la réglementation, ni par la jurisprudence, ni par le cahier spécial des charges.

3.2.2.4 Les deux lots sont affectés

29. Contrairement à ce que soutient la requérante, il n'y a pas lieu de réserver un sort différent à l'offre déposée selon qu'elle concerne le lot 1 ou le lot 2 du marché.

30. L'élément déclencheur de l'application de l'amélioration visée par l'article 89 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 est précisément l'attribution de plusieurs lots au même compétiteur, en l'espèce ici les deux lots du marché à la partie requérante.

Il est donc erroné de tenter, comme le fait la partie requérante, d'isoler le sort du lot 2 par rapport au lot 1 dès lors que la technique de l'amélioration, par nature, vient à lier le sort des lots. C'est par ailleurs clairement ainsi que l'a considéré la partie requérante elle-même dans sa soumission.

L'irrégularité relevée et sanctionnée par la partie adverse concerne donc indistinctement les deux lots du marché litigieux.

Au regard de ce qui précède, la première branche du moyen unique n'est pas sérieuse.

3.3. PREMIÈRE BRANCHE : DOUBLE OFFRE

3.3.1 Thèse de la requérante

31. Selon la partie requérante, « la décision attaquée indique des motifs inexacts en droit comme en fait. Elle ne permet dès lors pas de soutenir le rejet de l'offre de la requérante ».

3.3.2 Non-fondement

32. A titre préliminaire, rappelons qu'il s'agit là de la deuxième irrégularité dont est entachée l'offre de la partie requérante. Néanmoins, chaque irrégularité, portant sur un élément essentiel, est substantiel et suffit à elle-même pour déclarer irrégulière l'offre de la partie requérante de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'examiner cette partie de la critique si le Conseil d'Etat rejetait la première branche du moyen. Dans ce cas en effet, la requérante n'a pas intérêt à la présente branche, dès lors qu'elle ne lui permet pas d'obtenir le marché.

33. Le formulaire de soumission déposé par la partie requérante se présente comme suit :

« Lot 1 (Service de restauration, Gestion de la cuisine et fabrication des repas à destination des résidents de la Résidence du Bois d'Havré, de la BMB, des repas à domicile)

hors prestations annexes.

En cas d'attribution d'un seul lot

Pour un montant annuel de

(en chiffres, TVA comprise)

953.786 €

(en lettres, TVA comprise)

Neuf cent cinquante-trois mille sept cent quatre-vingt-six euros

(en chiffres, hors TVA)

899.798€

(en lettres, hors TVA)

huit cent nonante-neuf mille sept cent nonante huit euros

En cas d'attribution des deux lots

pour un montant annuel de :

(en chiffres, TVA comprise)

930.746€

(en lettres, TVA comprise)

neuf cent trente mille sept cent quarante-six euros

(en chiffres, hors TVA)

878.062€

(en lettres, hors TVA)

huit cent septante huit mille soixante-deux euros

Lot 2. (Service de restauration, Gestion de la cuisine et fabrication des repas à destination des crèches et MCAE ainsi que la Cité de l'Enfance)

Dans les deux cas

pour un montant annuel de

(en chiffres, TVA comprise)

199.245€

(en lettres TVA comprise)

cent nonante-neuf mille deux cent quarante-cinq euros

(en chiffres, hors TVA)

156.062€ (crèches) + 31.095€ (cité de l'Enfance) = 187.967€

(en lettres, hors TVA)

cent quatre-vingt-sept mille neuf cent soixante sept euros».

34. La thèse de la requérante manque en fait : il y a bien plusieurs prix dans l'offre, de sorte que l'on est en présence de plusieurs offres.

35. La partie requérante a modifié le formulaire de soumission annexé au cahier spécial des charges, pour proposer un second prix pour le lot 1 dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur devait lui attribuer les deux lots du marché litigieux.

La partie requérante propose donc deux prix pour le lot 1 du marché litigieux: un prix de base et un prix en cas de réunion des deux lots (l'amélioration irrégulière). Cette situation revient à ce que la partie requérante dépose deux offres pour le lot 2 et tombe sous l'interdiction de l'article 54 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Et ce d'autant plus que la partie adverse avait interdit la proposition d'amélioration de la part des compétiteurs en cas de réunion de plusieurs lots.

Le moyen n'est donc pas sérieux".

C. Requête en intervention

Egalement en ce qui concerne la première branche du moyen, l'intervenante fait valoir ce qui suit:

" Sur le caractère substantiel de l'irrégularité de l'offre de la requérante

14.- L'irrégularité de l'offre de la partie requérante affecte le prix proposé.

Désormais, même lorsqu'elle concerne le prix, une irrégularité n'est pas, nécessairement, substantielle. Pour qu'il en soit ainsi, l'irrégularité doit déroger à une clause essentielle du marché.

Tel est bien le cas en l'espèce, en ce que l'irrégularité est susceptible d'affecter la comparabilité des offres et l'égalité entre les soumissionnaires.

15.- Contrairement à ce que soutient la requérante, la circonstance que son offre ait été évaluée sur base des critères d'attribution, dans la décision du 20 novembre 2014, n'est pas un élément pertinent pour démontrer la comparabilité de l'offre: sur une ligne de temps, l'examen de la régularité prend place avant celui des critères d'attribution; si l'offre est jugée non régulière, elle n'est tout simplement pas évaluée.

16.- Au stade de l'examen de la régularité d'une offre, la partie adverse doit déterminer si l'irrégularité est, ou non, susceptible d'affecter la comparabilité des offres.

A l'appui de toutes les branches de son moyen unique, la requérante soutient qu'il appartenait à la partie adverse de purger son offre de l'irrégularité qui l'affectait.

Certes des erreurs matérielles peuvent être identifiées et rectifiées.

Mais il n'appartenait pas à la partie adverse de rectifier ainsi l'offre de la requérante pour la soumettre ensuite au test de comparabilité.

Une telle rectification de l'offre de la requérante n'est en effet pas acceptable :

- à l'aune de cette thèse, un pouvoir adjudicateur devrait rectifier toute irrégularité, tel un prix jugé anormal, ce qui permettrait effectivement de procéder ensuite à la comparaison des offres mais cette dernière solution est expressément exclue par l'article 95 de l'arrêté du 15 juillet 2011, précité;
- la régularité s'apprécie sur base de l'offre déposée, laquelle est « cristallisée » et ne peut être modifiée;
- le principe d'égalité s'oppose à ce qu'un candidat puisse modifier une offre déposée; il en va a fortiori de même en ce qui concerne la partie adverse : l'administration traitant de manière identique des catégories de personnes se trouvant en situation non comparable, à savoir les auteurs d'offres régulières et les auteurs d'offres non régulières.

En substance, l'offre déposée ne peut être modifiée. En ce qu'il soutient le contraire, le moyen manque de sérieux.

17.- Dès lors que l'offre de la requérante ne pouvait être modifiée et que l'acceptation ne pouvait, selon le prescrit de l'article 102 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, être que sans réserve, il aurait été impossible, pour la partie adverse, d'exprimer valablement son consentement sur l'offre de la requérante en raison de l'incertitude existant sur un élément tel que le prix.

Partant, l'échange de consentement n'aurait pas sur produit sur un élément essentiel du contrat.

Sur l'interdiction de présenter un double prix

18.- L'offre de la requérante présentait irrégulièrement un double prix, ce qu'interdisait le cahier spécial des charges: une telle irrégularité est, en tant que telle, susceptible d'affecter la comparaison de l'offre de la requérante avec celles

des autres soumissionnaires, dans la mesure où l'incertitude du prix à prendre en considération, à ce stade, rendait impossible toute comparaison utile. Partant l'irrégularité de l'offre de la requérante revêt un caractère substantiel.

Sur l'existence d'une réserve

19.- En formulant son offre telle qu'elle l'a fait, la partie requérante a cherché, irrégulièrement, à se procurer un avantage concurrentiel sur les autres soumissionnaires.

Il est, à cet égard, indifférent de vérifier si cet objectif illégal était, ou non, effectivement obtenu. Il suffit de constater que l'offre était susceptible de produire un tel effet.

Non pertinence de la jurisprudence relative à la variante

20.- La jurisprudence relative à la variante, invoquée par la requérante, n'est pas pertinente en ce que, précisément en cas de variante, l'article 54 § 2 de l'arrêté du 15 juillet 2011 comporte une exception à la règle d'interdiction de remise de plusieurs offres.

21.- Par nature, une variante se distingue d'une offre de base, de manière telle que l'irrégularité de l'une se distingue de l'irrégularité de l'autre.

Mais la proposition d'amélioration du prix de la requérante n'est pas une variante. A peine de méconnaître la foi due aux actes, elle fait partie intégrante de l'offre de la requérante et ne peut en être dissociée.

22.- Il faut donc en revenir à la règle de principe, à savoir une interdiction de formuler plus d'une offre, situation où la requérante s'est elle-même placée.

23.- En sa première branche, le moyen unique n'est pas sérieux".

VI. 2 Décision du Conseil d'Etat

Il n'est pas contesté que l'offre de la requérante, qui contenait une "proposition d'amélioration" en cas d'attribution des deux lots du marché, dérogeait à l'article I.14 du cahier spécial des charges, dont le dernier alinéa est libellé comme suit:

" Il est interdit de compléter l'offre en mentionnant la proposition d'amélioration consentie par le soumissionnaire sur chaque lot en cas de réunion de certains lots pour lesquels il remet offre".

Cette clause a été insérée par la partie adverse conformément à la faculté que lui laisse l'article 89 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, libellé comme suit:

" Art. 89. Dans ses offres pour plusieurs lots, le soumissionnaire peut présenter soit un ou plusieurs rabais en adjudication, soit une ou plusieurs propositions d'amélioration en appel d'offres, pour le cas où ces mêmes lots lui seraient attribués, à condition que les documents du marché ne l'interdisent pas. Lorsque les documents du marché le requièrent et que le pouvoir adjudicateur fait application de l'article 58, § 4, alinéa 1^{er}, 2^o, le soumissionnaire indique dans ses offres pour plusieurs lots son ordre de préférence pour l'attribution de ces lots".

En adoptant l'acte attaqué, la partie adverse a considéré que l'offre de la requérante était entachée d'une irrégularité substantielle, aux motifs, d'une part, qu'elle dérogeait à l'interdiction essentielle de formuler une proposition d'amélioration et, d'autre part, qu'elle constituait en réalité une offre double pour ce qui concerne le lot 1.

Quant au caractère essentiel de la clause à laquelle la requérante a dérogé.

Il ressort des motifs de l'acte attaqué relatifs à l'irrégularité de l'offre de la requérante que la partie adverse a considéré que revêtait un caractère essentiel l'interdiction à laquelle cette offre dérogeait précisément.

L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité est libellé comme suit:

- " Art. 95. § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.
- § 2. Sur le plan formel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles 6, § 1^{er}, 51, § 2, 52, 54 § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, dans la mesure où les formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel.
- Par contre, lorsque l'offre ne respecte pas les autres formalités prescrites par les articles mentionnés à l'alinéa 1^{er} ou par les documents du marché, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.
- § 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.
- Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.
- § 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.
- En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière".

Il n'est pas contesté que l'irrégularité de l'offre de la requérante se situe sur le plan matériel.

Il n'est, par ailleurs, pas contestable que l'article 89 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 figure à la section 4 du chapitre 6 de cet arrêté royal, de sorte qu'il ne peut être considéré comme édictant des dispositions "essentiels" au sens de l'article 95, §3, alinéa 1^{er}, de ce même arrêté, auxquelles toute dérogation entache une offre d'une irrégularité substantielle emportant sa nullité.

Ne revêt pas davantage un caractère "essentiel", au sens de la même disposition, la clause du cahier spécial des charges insérée en application de l'article 89.

Il s'ensuit, *prima facie*, que la partie adverse n'a pu, sans méconnaître l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, déclarer l'offre de la requérante comme étant affectée d'une irrégularité substantielle sur la base du fait qu'elle contiendrait une dérogation à une disposition essentielle d'un des documents du marché.

Ce seul constat suffit à tenir pour erronés les motifs de l'acte attaqué, sur lesquels la partie adverse s'est fondée pour qualifier de "substantielle" l'irrégularité de l'offre de la requérante. Il impose également d'écarter les arguments développés dans la note d'observations.

L'intervenante ne peut, enfin, être suivie lorsqu'elle soutient que la partie adverse n'aurait été en mesure de purger l'offre de la requérante de son irrégularité qu'au prix d'une rectification inacceptable de cette offre. En effet, la partie adverse pouvait, sans rectifier l'offre, prendre celle-ci en considération, sans avoir égard à la proposition d'amélioration formulée par la requérante.

Quant au caractère double de l'offre de la requérante.

Au premier alinéa de son deuxième paragraphe, l'article 54 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose ce qui suit:

" Un soumissionnaire ne peut remettre qu'une offre par marché sauf en cas d'éventuelles variantes et de dialogue compétitif. Pour l'application de cette disposition, chaque participant à un groupement sans personnalité juridique est considéré comme un soumissionnaire".

Dès lors, d'une part, que l'article 89 de l'arrêté du 15 juillet 2011 autorise le dépôt de propositions d'amélioration à moins que le pouvoir adjudicateur l'ait interdit et, d'autre part, que l'article 54, §2, alinéa 2, du même arrêté ne vise pas ces propositions d'amélioration parmi les hypothèses en lesquelles la remise d'offres multiples est exceptionnellement admise, il s'impose de reconnaître que les propositions d'amélioration ne constituent pas des offres multiples, mais des modalités d'une offre unique.

Il s'ensuit, *prima facie*, que la partie adverse n'a pu, sans méconnaître l'article 54 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, déclarer l'offre de la requérante comme

étant affectée d'une irrégularité substantielle sur la base du fait qu'elle constituerait une offre double, interdite par application de cet article 54.

Il suit de l'ensemble des considérations qu'appellent les deux motifs pour lesquels l'offre de la requérante a été considérée comme affectée d'une irrégularité substantielle imposant qu'elle soit écartée, qu'en tant qu'il invoque notamment une violation des articles 54 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et fait, à cet égard, grief à l'acte attaqué d'avoir ainsi qualifié l'offre de la requérante, le moyen doit être déclaré sérieux en sa première branche.

VII. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne fait état d'aucun élément incitant à admettre que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

VIII. CONFIDENTIALITE

VIII. 1. Demande de la partie adverse

La partie adverse a demandé que soient déclarées confidentielles les offres des attributaires du marché et de la requérante.

Elle demande également que soit gardée la confidentialité de l'acte attaqué (tel qu'il est déposé dans sa version complète), ainsi que du rapport d'analyse des offres. Elle motive cette demande par la considération que la requérante, dont l'offre a été déclarée irrégulière, n'est pas la destinataire de ces informations conformément à la loi du 17 juin 2013 relative à l'information, à la motivation et aux recours en matière de marchés publics. A l'audience du 27 février 2015, elle a reconnu que ces documents ne contenaient pas d'éléments dont la divulgation serait susceptible de nuire au secret des affaires ou à la concurrence loyale entre les entreprises.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services est libellé comme suit:

" L'instance de recours doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par l'autorité adjudicatrice

qui est tenue de déposer l'intégralité du dossier, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable".

En l'espèce, l'arrêt n°230.135, prononcé par le Conseil d'Etat le 9 février 2015 dans l'affaire inscrite sous le numéro de rôle G./A. 214.612/VI-20.342, ordonne le maintien provisoire de la confidentialité des offres déposées dans le cadre du marché litigieux, parmi lesquelles celles de la requérante et des attributaires, dont la confidentialité est demandée par la partie adverse, en la présente espèce. Ces offres n'ayant, en toute hypothèse, pas été déposées dans le cadre de la présente procédure, ni dans leurs versions originales ni sous la forme de copies, elles ne peuvent, pour l'application de la disposition précitée, être considérées comme étant des informations contenues dans les dossiers communiqués à l'instance de recours. Il s'ensuit que la demande de maintien de confidentialité est sans objet pour ce qui les concerne.

Par ailleurs, la mesure de l'étendue des obligations d'information qui incombent à l'autorité adjudicatrice à l'égard des candidats et soumissionnaires, particulièrement en ce qui concerne un soumissionnaire dont l'offre a été déclarée irrégulière, est étrangère aux considérations au nom desquelles, en vertu de l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 précitée, le maintien de confidentialité de pièces produites par l'une des parties peut être ordonné. Dès lors qu'il n'a été fait état d'aucun élément qui, au nom desdites considérations, justifierait ce maintien de confidentialité et que de tels éléments n'apparaissent pas au terme d'un examen effectué en extrême urgence, la demande formulée à cette fin doit également être rejetée en tant qu'elle se donne pour objet l'acte attaqué (tel qu'il est déposé dans sa version complète) et le rapport d'analyse des offres.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

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

Article 2.

Est suspendue la décision prise le 26 janvier 2015 par le Centre public d'action sociale de Mons déclarant l'offre de la société anonyme SODEXO irrégulière

et attribuant les lots 1 et 2 du marché de services intitulé "Service de restauration, gestion de la cuisine et fabrication des repas à destination des résidents des maisons de repos, du service des repas à domicile, des établissements et services du CPAS".

Article 3.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

Article 6.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le six mars deux mille quinze par :

M. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.