

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o 247.009 du 7 février 2020

A. 229.848/VI-21.677

En cause : **la société anonyme SODEXO PASS BELGIUM**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Nicolas CARIAT et
Bruno LOMBAERT, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles,

contre :

**l'Office wallon de la Formation Professionnelle et
de l'Emploi**, en abrégé FOREM,
ayant élu domicile chez
M^{es} François MOISES et
Julie BOCKOURT, avocats,
place des Nations Unies 7
4020 Liège.

Partie intervenante :

la société anonyme EDENRED BELGIUM,
ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR et
Flore VERHOEVEN, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 26 décembre 2019, la société anonyme SODEXO PASS BELGIUM demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de l'Office wallon de la Formation Professionnelle et de l'Emploi (en la personne de son directeur général Stratégie agissant sur délégation de l'administratrice générale) du 17 décembre 2019 attribuant à EDENRED BELGIUM (ci-après : "EDENRED") le marché public de services ayant pour objet "l'émission, la distribution et le recouvrement de chèques-formation" (DMP 1900461/KNPDNT/Chèques-formation) ».

Par une requête introduite le 4 février 2020, la même requérante sollicite l'annulation de la même décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 31 décembre 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 29 janvier 2020 à 9 heures 30.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 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'État ont été acquittés.

Par une requête introduite le 22 janvier 2020, la société anonyme EDENRED BELGIUM demande à être reçue en qualité de la partie intervenante.

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Nicolas CARIAT et Bruno LOMBAERT, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^e Julie BOCKOURT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Virginie DOR, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian AMELYNCK, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles

La partie adverse expose comme suit les faits utiles à l'examen du recours :

« 2.

Par avis publié au Bulletin des Adjudications du 29 août 2019 (JOUE du 2 septembre 2019), le FOREM a lancé, par procédure ouverte, un marché de services "pour l'émission, la distribution et le recouvrement de chèques-formation".

Le CAHIER SPÉCIAL DES CHARGES, référencé DMP 1900461/KNPDNT/Chèques-formation, prévoit notamment :

1.2 Marché avec poste

Ce marché a trait à l'acquisition des services suivants :

L'émission, la distribution et le recouvrement de Chèques-Formation, Chèques-Formation Langues et des Chèques-Formation Eco-Climat et comprend les postes suivants:

Poste 1: l'ensemble des prestations pour un chèque émis et remboursé;

Poste 2: l'ensemble des prestations pour un chèque émis, valide et annulé;

Poste 3: l'ensemble des prestations pour un chèque émis et périmé.

Les services demandés doivent répondre aux spécifications techniques et/ou aux besoins décrits dans la partie "Spécifications techniques et/ou fonctionnelles".

Les postes peuvent être commandés séparément.

5.6 Critères et sous-critères d'attribution

Les critères et sous-critères d'attribution sont les suivants:

1. Le prix TVAC (37 points)

2. L'étendue et la qualité des services offerts (25 points)

3. Propositions concrètes pour la mise en œuvre du dispositif (18 points) répartis comme suit:

- Confirmation d'inscription et de réinscription: 3 fois sur l'année civile en cours (3 points);

- Emission des chèques (3 points);

- Autorisation (3 points);

- Paiement (3 points); - Facturation (3 points);

- Reporting (3 points).

4. Garanties de sécurité et de fiabilité du dispositif (15 points) répartis comme suit:

- Garantie informatique / garantie de sauvegarde /garantie de continuité (1 point); -

- Sécurisation des extranets entreprises et opérateurs de formation (1 point);

- délai d'intervention en cas de panne et/ou de maintenance (1 point);

- Garantie de transparence comptable et financière (1 point);

- Garantie d'accessibilité (1 point);

- Garantie de qualité (1 point);

- Formation continue des agents du call center (1 point);

- Vérification du nombre de chèques commandés (1 point);

- Vérification du nombre de chèques remboursés par rapport à la durée reprise dans l'agrément (1 point);

- Le Centre de formation est différent du client (1 point);

- Contrôle sur le coût horaire minimal (1 point);

- Rencontre annuelle entre les agents du call center du soumissionnaire et ceux du Forem (1 point);

- Garantie " bonus ": proposition libre du soumissionnaire (3 points)

5. Délai de préparation (5 points)

5.7 Méthodologie d'analyse

Les méthodes qui seront utilisées par l'adjudicateur dans le cadre de l'évaluation des offres régulières et conformes suivant les critères d'attribution et les pondérations mentionnés au point 5.5 ci-dessus sont détaillées ci-après.

5.7.1. Le prix total TVAC remis pour les trois postes (37 points)

L'évaluation se fera sur base du prix total (TVAC) annoncé dans l'offre du soumissionnaire. Ce prix total est l'addition des trois postes.

Le soumissionnaire ayant offert le prix le plus bas emporte le maximum des points attribués à ce critère. Les autres offres recueillent des points au prorata de leur situation par rapport à la meilleure offre; la cotation étant calculée sur base du principe de la règle de trois :

$$\frac{\text{Prix total TVAC le plus bas}}{\text{Prix total TVAC du Soumissionnaire considéré}} \times 37 = \text{Cotation}$$

5.7.1 L'étendue et la qualité des services offerts (25 points)

L'évaluation de ce critère se fera en se basant sur les propositions de contenu remises par le soumissionnaire dans le respect des besoins du Forem décrits au point 8 "spécifications techniques et/ou fonctionnelles".

Le Forem attend que le soumissionnaire présente ses services en cinq sous-points qui seront évalués chacun à hauteur de 5 points selon la méthode d'analyse décrite ci-dessous.

Pour chacun de ces sous-points, si le contenu est jugé :

- Insatisfaisant (l'offre présente des inconvénients ou désavantages importants), il obtient 1/4 des points pour le critère évalué;
 - Moyennement satisfaisant (l'offre présente des inconvénients ou désavantages), il obtient la moitié des points pour le critère évalué;
 - Satisfaisant (conforme aux attentes), il obtient 3/4 des points prévus pour le critère évalué;
 - Très satisfaisant (conforme aux attentes et présente des avantages supplémentaires), il obtient le maximum des points prévus pour le critère évalué.
- En l'absence d'éléments permettant d'évaluer le critère, l'offre du soumissionnaire se verra attribuer la cote de 0 point pour le critère.
- Le Forem se réserve le droit d'évaluer, en fonction des besoins de l'Administration, si un élément proposé par le soumissionnaire doit être considéré comme un avantage supplémentaire ou comme un inconvénient/désavantage.

8.4 Quantités estimées

Le tableau ci-dessous offre un détail des quantités présumées pour une année. C'est sur base de ces quantités que le soumissionnaire est invité à calculer ses prix unitaires et donc à remettre offre.

		Nombre de chèques émis (pour une année) par type de chèque			TOTAL
		Chèque- Formation	Chèque-Formation Langues	Chèque-Formation Eco- climat	
Chèque émis et ...	remboursés	502.515	28.425	3.979	534.919
	valides et annulés	21.943	1.190	35	23.168
	périmés	25.765	1.888	266	27.919
	TOTAL	550.22 3	31.503	4.280	

3.

Deux offres ont été remises :

- la SA SODEXO PASS BELGIUM,
- la SA EDENRED BELGIUM.

4.

La DÉCISION D'ATTRIBUTION du 17 décembre 2019 indique notamment, quant à l'analyse des deux premiers critères d'attribution :

Critère n°1 : le prix (37 points)					
	Poste 1 TVAC	Poste 2 TVAC	Poste 3 TVAC	Cotation poste 1 (formule utilisée : (prix total TVAC le plus bas / prix total TVAC du soumissionnaire considéré) x 37)	Remarques
Sodexo	0,325	0,000	0,000	37,000	
Edenred	0,424	0,121	0,061	27,808	

Critère n°2 : Etendue et qualité des services offerts (25 points)					
Sodexo	5 sous-points attendus de chacun des soumissionnaires, 5 points accordés par sous-points pertinents.			Cotation	5 sous-points étaient attendus. En page 12, Sodexo présente 7 sous-points. Le Forem a, dès lors, regroupé les points concernant les RH ensemble (voir point II). Dès lors, l'ensemble de ces sous-points propose des actions évaluées entre satisfaisant et très satisfaisant.
	I. Une communication interne et externe proactive			3,75	La communication proactive perd 1,25 point compte tenu du fait que les propositions répondent aux besoins du Forem mais n'apportent pas de nouveauté particulière.
		Rappel de validité (2 rappels)			
		Explication claire			
		Communication opérationnelle			
		Reconnaissance générale d'identité			
		Toucher la cible (Flash info)			
	V. Une dématérialisation optimisée			0	L'offre ne présente que le titre en page 12 mais pas d'explication ! Aucun point n'est donc accordé.
Total				17,5	

Conclusion					
Sodexo					
Critère n° 1	37 / 37				
Critère n° 2	17,5 / 25				
Critère n° 3	12 / 18				
Critère n° 4	7,5 / 15				
Critère n° 5	5 / 5				
Total général	79 / 100				
Edenred					
Critère n° 1	27,808 / 37				
Critère n° 2	23,75 / 25				
Critère n° 3	16,5 / 18				
Critère n° 4	10,5 / 15				
Critère n° 5	3,75 / 5				
Total général	82,3080 / 100				

Il s'agit de l'acte attaqué.

5.

Cette décision est notifiée à la requérante SODEXO par email et courrier recommandé du 17 décembre 2019 ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 22 janvier 2020, la société anonyme EDENRED BELGIUM, demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation :

- des principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination entre les opérateurs économiques,
- des articles 10 et 11 de la Constitution,
- de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment de ses articles 4 et 81,
- du cahier des charges, en particulier en ses points 3.2, 5.6 et 5.7.1,
- du principe *patere legem quam ipse fecisti*,
- de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions (notamment en son article 4) et de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs,
- du devoir de minutie et du principe selon lequel une autorité administrative doit faire reposer ses appréciations sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles;
- et de l'erreur manifeste d'appréciation,

en ce que, première branche, « en adoptant la décision d'attribution attaquée, la partie adverse, dans son évaluation des offres concernant le critère d'attribution 1 relatif au prix, n'a pas appliqué le critère d'évaluation défini par son propre cahier des charges. Elle a fait une application erronée et irrégulière de ce critère et/ou a fait illégalement application d'une méthode d'évaluation différente de celle décrite par le cahier des charges »,

alors que « les normes et principes visés au moyen imposent à tout pouvoir adjudicateur (i) de définir des critères d'attribution clairs, précis et objectifs, (ii) de communiquer ceux-ci de manière transparente aux opérateurs économiques dans les documents de marché et (iii) de procéder à l'évaluation et à la notation des offres sur la seule base desdits critères d'attribution annoncés dans lesdits documents de marché »;

et en ce que, deuxième branche, « le raisonnement et les calculs effectués par la partie adverse afin d'attribuer les notes aux soumissionnaires pour le critère 1 relatif au prix ne figurent pas dans la décision d'attribution attaquée et ne peuvent en être déduits, le tableau figurant dans la décision attaquée reprenant uniquement les prix unitaires pour chaque poste et la note attribuée (sans aucun autre élément susceptible de justifier ladite note) ».

alors que « la partie adverse est tenue de motiver formellement chaque note figurant dans la décision d'attribution en mentionnant à tout le moins le raisonnement et les calculs effectués en vue d'attribuer ladite note, afin de permettre aux

soumissionnaires de comprendre celle-ci et au Conseil d'État de pouvoir procéder à son contrôle de la légalité de la décision d'attribution ».

Sur la première branche, après avoir rappelé la portée des règles et principes en cause, la requérante reproduit les prescriptions du cahier spécial des charges relatives à l'établissement des prix par les soumissionnaires et à leur évaluation par la partie adverse. Elle relève que ni la méthode d'établissement des prix unitaires par les soumissionnaires, ni le critère d'attribution n° 1, ni la méthode d'évaluation des prix, ni les dispositions du cahier des charges dont elle a fait état dans sa requête n'ont été abordés dans le cadre de la session de questions et réponses entre les opérateurs économiques et la partie adverse et qu'aucune autre information relative à ces éléments n'a non plus été communiquée aux opérateurs économiques par la partie adverse.

Elle en déduit que, lors de la préparation et du dépôt des offres, il était donc clair

- qu'un prix unitaire devait être remis par les soumissionnaires pour chacun des trois postes;
- que la partie adverse déterminerait le prix total de l'offre en additionnant les prix unitaires remis pour les trois postes;
- que la note maximale de 37 points serait attribuée à l'offre régulière affectée du prix total le plus bas et que les autres offres régulières recevraient une note moindre, établie de manière proportionnelle sur la base d'une règle de trois;
- que seuls les prix unitaires seraient pris en compte au stade de la comparaison des offres et de l'attribution du marché, à l'exclusion notamment des quantités estimées indiquées par la partie adverse au point 8.4 du cahier des charges.

Elle allègue que les quantités estimées étaient pertinentes afin de déterminer la valeur du marché et de permettre aux soumissionnaires de déterminer leurs prix unitaires sur la base des volumes projetés mais qu'en revanche, elles ne seraient pas prises en compte pour l'établissement du prix total pertinent au stade de l'attribution, ce dernier étant un prix théorique obtenu par addition des prix proposés pour les 3 postes. Selon elle, ainsi que le précise le point 3.2 du cahier des charges, les quantités présumées seraient uniquement appliquées ultérieurement « en cours d'exécution », afin de déterminer le prix « à payer ». Elle expose que c'est sur la base de ces postulats qu'elle a élaboré son offre, se montrant soucieuse de déposer l'offre la plus compétitive possible, compte tenu du critère d'attribution et de ses paramètres d'évaluation ainsi définis, afin de se voir attribuer le marché.

Elle soutient qu'il s'agit de la seule interprétation raisonnablement possible du critère d'attribution n° 1 et du cahier des charges et que, dans l'hypothèse

où la partie adverse tenterait de faire valoir que ce critère et le cahier des charges auraient pu ou dû être interprétés d'une autre manière, elle reconnaîtrait nécessairement l'avoir induite en erreur et avoir défini un critère d'attribution manquant de précision, de transparence, de clarté et de tout caractère objectif, en violation des normes et principes visés au moyen. Selon la requérante, la comparaison des offres aurait ainsi été irrémédiablement faussée par les manquements du cahier des charges au regard de l'exigence de transparence et des autres règles et principes visés au moyen et l'illégalité des documents de marché emporterait en conséquence celle de l'acte attaqué et justifierait sa suspension.

Elle fait ensuite valoir les considérations suivantes:

- « 28. Compte tenu des exigences formulées par le cahier des charges (et telles qu'exposées au point 26 de la présente requête), la partie requérante a remis un prix unitaire de 0,325 EUR pour le poste 1 et un prix unitaire de 0 EUR pour les postes 2 et 3 (la partie requérante ayant choisi de ne porter aucun frais à la charge de la partie adverse concernant les chèques annulés et les chèques périmés, dès lors que des frais sont déjà portés à la charge des utilisateurs). Ces prix unitaires ressortent de la décision attaquée, qui ne comporte, concernant l'évaluation des offres au regard du critère d'attribution n°1, que le tableau suivant [...] :

Critère n°1 : le prix (37 points)					
	Poste 1 TVAC	Poste 2 TVAC	Poste 3 TVAC	Cotation poste 1 (formule utilisée : (prix total TVAC le plus bas / prix total TVAC du soumissionnaire considéré) x 37)	Remarques
Sodexo	0,325	0,000	0,000	37,000	
Edenred	0,424	0,121	0,061	27,808	

Le même tableau fait apparaître que les prix unitaires remis par EDENRED sont respectivement de 0,424 EUR (poste 1), 0,121 EUR (poste 2) et 0,061 EUR (poste 3).

Le même tableau indique encore, sans aucune explication, sans aucun calcul et sans aucun autre élément permettant de comprendre la note attribuée, que la partie requérante a obtenu 37 points et EDENRED 27,808 points.

29. La note ainsi attribuée à EDENRED ne peut néanmoins l'avoir été qu'en violation du cahier des charges (en particulier du critère d'attribution n° 1 qu'il définit) et des normes et principes visés au moyen, de sorte que la décision d'attribution attaquée est illégale.

En effet, les prix totaux des deux soumissionnaires, obtenus par l'addition des prix remis pour les 3 postes (conformément au point 5.7.1. du cahier des charges) sont respectivement de :

- 0,325 EUR (0,325 + 0 + 0) pour la partie requérante; et
- 0,606 EUR (0,424 + 0,121 + 0,061) pour EDENRED.

Par application de la règle de 3 (selon la formule également imposée par le même point 5.7.1 du cahier des charges), la partie requérante aurait donc dû recevoir la note de 37 points et EDENRED la note de 19,84 points :

$$\frac{0,325}{0,606} \times 37 = 19,84$$

30. Dès lors que la note de 27,808/37 a été attribuée à EDENRED (et non pas la note de 19,84 que la partie adverse était tenue de lui attribuer conformément au cahier des charges), il en découle nécessairement que :

- (i) la partie adverse a fait une application erronée de son cahier des charges et a commis une erreur manifeste d'appréciation dans le cadre de l'évaluation des offres (en violation des normes et principes visés au moyen); et/ou

(ii) la partie adverse a illégalement modifié (également en violation des normes et dispositions visés au moyen) les critères ou la méthode d'évaluation des offres qu'elle était tenue d'appliquer conformément au cahier des charges et/ou a fait une application illégale d'une méthode d'évaluation non communiquée aux soumissionnaires de manière préalable au dépôt de leur offre bien qu'étant de nature à avoir une incidence sur le classement des offres.

31. Ces irrégularités ont en outre eu une incidence directe et déterminante sur le classement des offres et l'attribution du marché.

En effet, si EDENRED s'était vu attribuer la note de 19,84/37 et non pas la note de 27,808/37, le classement total des offres aurait été différent et SODEXO aurait nécessairement dû se voir attribuer le marché: avec 7,968 points de moins (27,808-19,84), EDENRED aurait obtenu un score total de 74,34 et aurait été classé derrière la partie requérante (qui aurait conservé son score de 79/100, toutes choses étant égale par ailleurs).

32. Il convient également de souligner par avance que toute explication ou tout élément qui seraient mis en avant par la partie adverse dans le cadre du présent recours seraient nécessairement formulés de manière tardive et pour les besoins de la cause et ne permettraient pas de remédier à l'illégalité de la décision attaquée, qui découle de la circonstance incontestable et irréparable que la partie adverse a évalué les offres et attribué le marché en méconnaissance des normes et principes visés au moyen et des critères qu'elle avait elle-même fixés dans son cahier des charges ».

Sur la seconde branche, après avoir rappelé les dispositions et principes applicables, la requérante fait valoir qu'il résulte de la première branche que, s'agissant du 1^{er} critère d'attribution, les offres ont été évaluées sur la base d'une méthode d'évaluation illégale. Elle allègue qu'outre ce problème fondamental, l'acte attaqué est également illégal pour le motif distinct qu'il ne satisfait aucunement aux exigences de motivation formelle. Après avoir reproduit le seul tableau contenu dans l'acte attaqué à propos de l'évaluation des offres sur la base du 1^{er} critère d'attribution, elle souligne que ce tableau n'est accompagné d'aucune explication et d'aucun calcul permettant de comprendre le raisonnement et l'appréciation posés par la partie adverse et d'en vérifier la régularité. Elle ajoute que ce constat est encore renforcé par la circonstance qu'il résulte de la première branche que la note attribuée à EDENRED ne peut aucunement être comprise par application de la méthode d'appréciation visée au point 5.7.1 du cahier des charges, de sorte qu'il est impossible, tant pour la partie requérante que pour le Conseil d'État, de comprendre la méthode d'évaluation utilisée par la partie adverse dans le cadre de l'appréciation du critère d'attribution n° 1.

V.2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse fait valoir ce qui suit :

« III.1.2.1. PREMIÈRE BRANCHE : LA MÉTHODE D'ÉVALUATION 7.

Pour attribuer les cotes relatives au critère « prix », le FOREM a tenu compte des quantités présumées annoncées dans le cahier des charges.

L'article 8.4. énonce en effet que "Le tableau ci-dessous offre un détail des quantités présumées pour UNE année. C'est sur base de ces quantités que le soumissionnaire est invité à calculer ses prix unitaires et donc à remettre offre".

L'article 5.7.1. libelle quant à lui le critère comme "Le prix total TVAC remis pour les trois postes" et précise que le "prix total" pris en compte pour la

comparaison des offres est “l’addition des trois postes”.

Ces dispositions, lues conjointement, impliquent la prise en compte, non seulement des prix unitaires, mais également des quantités présumées.

Ce n’est d’ailleurs que par la prise en compte de ces quantités présumées, d’importance particulièrement différente en l’espèce, que le pouvoir adjudicateur peut éviter la spéculation – que la requérante admet avoir pratiquée, et définir réellement l’offre faite au prix régulier le plus bas (voy. CE n° 240.653 du 2 février 2018, asbl SPMT-ARISTA : “ Compte tenu, d’une part, de ce que l’objet du marché litigieux s’identifie dans des prestations d’importances, de fréquences et de probabilités différentes, et, d’autre part, de ce que rien n’indique que chaque prestation n’aurait vraisemblablement à être assurée qu’une seule fois au cours de la période d’exécution du marché, le mode de calcul du prix total sur la base duquel les offres devaient – conformément au cahier spécial des charges – être comparées ne permet, à l’évidence, pas de déterminer l’offre faite au prix régulier le plus bas”).

C’est d’ailleurs en ce sens que la réglementation prévoit que les quantités éventuellement corrigées sont prises en compte pour le classement des offres (article 86 § 4 AR “passation” du 18.04.172).

Les quantités présumées – le cas échéant corrigées, doivent donc bien être prises en compte pour la comparaison des offres, et, à supposer que le cahier des charges ait été en l’espèce susceptible de deux lectures – quod non, les soumissionnaires ne pouvaient adopter une lecture du cahier spécial des charges qui serait contraire à la réglementation.

8.

C’est donc par une correcte application du cahier des charges, lu dans son intégralité et conformément à la réglementation, que le FOREM a évalué les offres au regard du critère

“Prix total TVAC remis pour les trois postes” :

Sodexo : $(0,325 \times 534.919) + (0 \times 23.168) + (0 \times 27.919) = 173.848,67$

Edenred : $(0,424 \times 534.919) + (0,121 \times 23.168) + (0,061 \times 27.919) = 231.312,039$

Soit une cote pour la société Edenred de $173.848,67 / 231.312,039 \times 37 = 27,8089$.

Le FOREM relève par ailleurs qu’une erreur s’est glissée dans la décision d’attribution – qui ne fait pas grief à la requérante : la comparaison a été effectuée sur la base du prix HTVA pour SODEXO et du prix TVAC pour EDENRED.

Une comparaison, telle que prévue par le cahier des charges, sur la base des prix TVAC des deux soumissionnaires, implique la cotation suivante :

Sodexo : $(0,393 \times 534.919) + (0 \times 23.168) + (0 \times 27.919) = 210.223,167$

Edenred : $(0,424 \times 534.919) + (0,121 \times 23.168) + (0,061 \times 27.919) = 231.312,039$

Soit une cote pour la société Edenred de $210.223,167 / 231.312,039 \times 37 = 33,626$ sa cote totale étant portée à 88,126.

10.

Le premier moyen, première branche, n’est pas sérieux.

III.1.2.2. SECONDE BRANCHE : LA MOTIVATION DE LA DÉCISION D’ATTRIBUTION

11.

La requérante ne peut prétendre n’avoir pas, à l’examen de la décision d’attribution, compris le calcul réalisé par le FOREM.

Elle écrit ainsi dans sa requête:

“(iv) que seuls les prix unitaires seraient pris en compte au stade de la comparaison des offres et de l’attribution du marché, à l’exclusion notamment des quantités estimées indiquées par la partie adverse au point 8.4 du cahier des charge” [...].

Si la décision d’attribution est concise, l’objectif visé par la motivation – permettre à la requérante notamment de comprendre la cotation attribuée – est atteint.

La motivation est donc suffisante et adéquate.

12.

Le premier moyen, seconde branche, n’est pas sérieux ».

V.3. Thèse de la partie intervenante

Sur la première branche, après avoir résumé l'argumentation de la requérante et rappelé les prescriptions pertinentes du cahier spécial des charges, l'intervenante constate que ce qui pose problème dans son raisonnement réside en ce que celui-ci se focalise sur le prix unitaire proposé pour chacun des trois postes du marché et fait totalement abstraction des quantités présumées renseignées dans le cahier spécial des charges, lesquelles constituent une donnée importante pour les soumissionnaires. Elle expose que c'est de manière logique et conforme à la législation en vigueur que le pouvoir adjudicateur a comparé les prix totaux remis par chacun des soumissionnaires.

Elle expose à cet égard ce qui suit :

- « 9. Comme indiqué dans le Cahier spécial des charges, le présent marché est un marché à bordereau de prix, qui est un des modes de fixation des prix prévus par la réglementation relative aux marchés publics.

Le marché à bordereau de prix est défini par l'article 2, 4° de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics passés dans les secteurs classiques comme "le marché dans lequel les prix unitaires des différents postes sont forfaitaires et les quantités, pour autant que des quantités soient déterminées pour les postes, sont présumées ou exprimées dans une fourchette. Les postes sont portés en compte sur la base des quantités effectivement commandées et mises en œuvre".

Autrement dit, dans le cadre du marché litigieux, le pouvoir adjudicateur a fait le choix de cette méthode de fixation des prix pour déterminer le prix de son marché, celui-ci constituant par ailleurs un critère d'attribution.

10. Or, comme cela ressort très clairement de la définition du "marché à bordereau de prix", il est évident que le prix d'un marché calculé selon ce mode de fixation des prix dépend intrinsèquement des quantités prévues par le pouvoir adjudicateur (en l'occurrence les quantités présumées renseignées dans les documents du marché) et que, concrètement, le prix total du marché – qui constitue en l'occurrence un critère d'attribution – est obtenu en multipliant le prix unitaire de chaque poste par les quantités présumées renseignées.

Ceci figure d'ailleurs noir sur blanc dans le Cahier spécial des charges qui a été communiqué aux soumissionnaires qui précise, à cet égard, que "En cours d'exécution, le prix à payer sera obtenu en appliquant le(s) prix unitaire(s) à la (aux) quantité(s) de services prestés", étant entendu que le prix à payer en exécution doit être en relation avec le prix proposé par le soumissionnaire dans son offre.

Défendre, comme le fait en l'occurrence la partie requérante, que "comme le précisait le point 3.2. du cahier des charges, les quantités présumées seraient uniquement appliquées ultérieurement 'en cours d'exécution', afin de déterminer le prix 'à payer'" constitue une aberration dans la mesure où il va de soi que les soumissionnaires s'engagent, dans leur offre, sur un prix qui doit nécessairement être en lien avec celui que le pouvoir adjudicateur va payer en cours d'exécution; si ce n'était pas le cas et qu'il n'y avait pas une corrélation entre les deux (prix à payer en exécution et prix proposé dans son offre par le soumissionnaire), il n'y aurait à l'évidence pas d'intérêt de prévoir un critère "Prix" comme critère d'attribution du marché.

Dans le cadre de l'évaluation de ce critère, l'objectif du pouvoir adjudicateur est d'obtenir le prix le moins cher. Or en suivant la méthode vantée par la partie requérante (addition des PU de chaque poste), cette finalité n'est pas rencontrée puisque la requérante a proposé un prix de 0 pour deux postes qui sont en réalité les moins importants du marché. Cela lui permettrait, par une certaine spéculation, de gonfler l'importance de ces postes relativement aux autres alors que les quantités

présumées démontrent que leur importance sera en réalité moindre.

11. Pour conclure, et contrairement à ce que la partie requérante soutient, la partie adverse a bel et bien, conformément à la réglementation en vigueur et aux règles et principes rappelés par la requérante dans sa requête:

i. définit un critère d'attribution "Prix" de manière claire, précise, et objective (ce critère réfère d'ailleurs explicitement au prix "total");

Soutenir le contraire paraît d'ailleurs difficilement défendable pour un critère d'attribution de ce type dont l'évaluation dépend de données tout à fait objectives – les prix remis par les soumissionnaires et les quantités renseignées par le pouvoir adjudicateur – et dont la cotation résulte purement et simplement de l'application d'une formule mathématique, qui sont autant d'éléments qui rendent ce critère d'attribution classique (le prix) un critère par nature clair, mesurable et quantifiable 2 (et ce à la différence des critères d'attribution empreint d'une certaine subjectivité pour lesquels une des grandes difficultés consiste précisément, pour le pouvoir adjudicateur, à définir et encadrer, de manière suffisamment précise, les contours et l'étendue dudit critère qu'il souhaite prévoir).

ii. communiqué aux opérateurs économiques, avant le dépôt des offres, et ce conformément aux principes d'égalité, non-discrimination et transparence, que le prix total était un critère d'attribution du marché qui serait donc pris en compte dans la comparaison des offres;

iii. procédé à l'évaluation et à la notation des offres au regard de ce critère "Prix" conformément à la méthode d'analyse / de cotation annoncée au préalable dans le Cahier spécial des charges.

L'on relèvera d'ailleurs que la cotation de son offre au regard du critère "Prix" n'a nullement surpris la partie intervenante qui était bien consciente que son prix total, qui serait donc pris en compte pour l'application de la formule prévue au CSC, était obtenu de la manière suivante: (PU remis pour le poste 1 x QP renseignée pour le poste 1) + (PU remis pour le poste 2 x QP renseignée pour le poste 2) + (PU remis pour le poste 3 x QP renseignée pour le poste 3), ce qui était à ses yeux – comme aux yeux du pouvoir adjudicateur – la manière de procéder la plus logique et cohérente et d'ailleurs tout à fait prévisible pour les soumissionnaires. C'est d'ailleurs de cette manière qu'est évalué le prix de la quasi-totalité des marchés à bordereau de prix ».

Sur la seconde branche, l'intervenante rappelle que le cahier des charges prévoyait clairement que les offres seraient cotées, au regard du critère d'attribution « prix », selon une règle de trois, ce qui exclut toute appréciation subjective ou qualitative, mais impose à la partie adverse de faire application d'une formule mathématique.

Après avoir cité plusieurs arrêts du Conseil d'État, elle expose qu'il en ressort que moins le pouvoir adjudicateur dispose, dans l'appréciation d'un critère d'attribution, d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, moins la motivation de la décision d'attribution doit être précise. Elle souligne qu'en l'espèce, la cotation des offres au regard du critère « prix » étant la résultante d'une formule mathématique qui était connue de la requérante et que la partie adverse n'a rien fait d'autre qu'appliquer la méthode de cotation prévue dans le cahier spécial des charges. Il s'ensuit que la seule mention, dans la motivation de l'acte attaqué, des notes conférées pour ledit critère était suffisante pour permettre à la requérante de comprendre l'évaluation des offres au regard du critère « prix ».

V.4. Appréciation du Conseil d'État

En son point 1.2., le cahier spécial des charges définit les trois postes du marché de la manière suivante:

- « Poste 1 : l'ensemble des prestations pour un chèque émis et remboursé ;
- Poste 2 : l'ensemble des prestations pour un chèque émis, valide et annulé ;
- Poste 3 : l'ensemble des prestations pour un chèque émis et périmé ».

Selon le point 5.7.1., intitulé « Le prix total TVAC remis pour les trois postes », le cahier spécial des charges définit la méthodologie d'analyse du prix en énonçant que le soumissionnaire ayant offert le prix le plus bas emporte le maximum des points attribués au critère, soit 37 points, les autres offres recueillant des points au *prorata* de leur situation par rapport à la meilleure offre, le calcul du nombre de points étant effectué en appliquant une règle de trois, selon la formule suivante :

$$\frac{\text{prix total le plus bas}}{\text{prix total de l'offre}} \times 37$$

Il est précisé que l'évaluation « se fera sur base du prix total (TVAC) annoncé dans l'offre du soumissionnaire » et que « Ce prix total est l'addition des trois postes ». Le formulaire d'offre annexé au cahier spécial des charges prévoit d'ailleurs, en ses points 9.4.1. à 9.4.3., que le prix devant être mentionné pour chaque poste est celui relatif à l'ensemble des prestations pour un chèque.

Dès lors que le cahier des charges définit chaque « poste » comme étant l'ensemble des prestations pour un seul chèque, le « prix total », défini comme étant l'addition des trois postes, est nécessairement la somme du prix indiqué, pour chacun de ceux-ci, et qui porte chaque fois sur les prestations pour un chèque. Les prescriptions du cahier des charges excluent donc la prise en compte des quantités estimées pour la détermination du « prix total ».

Certes, des quantités estimées (pour une année) sont mentionnées au point 8.4. du cahier spécial des charges, lequel précise que c'est "sur base de ces quantités que le soumissionnaire est invité à calculer ses prix unitaires et donc à remettre offre". Il n'en résulte donc nullement que les quantités présumées seraient prises en compte pour l'établissement du prix total au stade de l'attribution, l'objectif étant de permettre aux soumissionnaires de déterminer leurs prix unitaires sur la base des volumes projetés.

Contrairement à ce que soutient la partie adverse, les dispositions du cahier spécial des charges, lues conjointement, paraissent *prima facie* dépourvues d'ambiguïté et semblent devoir être interprétées comme excluant la prise en considération des quantités présumées, la référence que fait la partie adverse à

l'article 86, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, qui a trait à l'hypothèse d'une modification apportée d'initiative par un soumissionnaire aux quantités présumées de l'inventaire, étant à cet égard dépourvue de pertinence. Par ailleurs, à supposer que la partie adverse ait estimé que, tel qu'il était libellé, le critère d'attribution relatif au prix était affecté d'illégalité en ce qu'il ne permet pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse au regard de ce critère, il ne lui était pas permis pour autant de s'écarter des prescriptions du cahier spécial des charges et de prendre en considération les quantités estimées.

Ainsi que le relève la requérante, en tenant compte du prix unitaire, son « prix total » est de 0,325 euros ($0,325 + 0 + 0$) et celui remis par EDENRED est de 0,606 euros ($0,424 + 0,121 + 0,061$), de sorte qu'en appliquant la règle de trois, l'offre de cette dernière devrait recevoir 19,84 points et non 27,808 points, celle de la requérante conservant sa note de 37 points, ce qui entraînerait une modification du classement des offres. En effet, l'offre d'EDENRED obtiendrait alors 74,34 points (et non plus 82,3080 points), soit 4,66 points de moins que celle de la requérante (79 points). L'intérêt au moyen, qui n'est d'ailleurs pas contesté, est dès lors établi.

Le moyen est sérieux en sa première branche. Il l'est, par voie de conséquence, en sa seconde branche, l'application de la formule mathématique figurant au point 5.7.1. du cahier spécial des charges n'aboutissant pas au nombre de points indiqué dans la décision attaquée.

VI. Balance des intérêts

VI.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse demande que, dans l'hypothèse où un moyen est déclaré « fondé » (lire: sérieux), la suspension de l'exécution de l'acte attaqué ne soit pas ordonnée.

Elle fait valoir ce qui suit :

- « À supposer que l'un ou l'autre des moyens développés par SODEXO soit déclaré fondé, la balance des intérêts visée par l'article 17 § 2, al.2 LCCE s'oppose à la suspension de la décision d'attribution.

Le précédent marché attribué à SODEXO prendra fin le 16 février 2020.

L'admission des moyens développés dans le cadre du présent recours pourrait entraîner la nécessité de procéder à une adaptation du cahier spécial des charges. Tel serait le cas par exemple dans l'hypothèse où le premier moyen serait retenu, le FOREM devant dès lors revoir la rédaction dudit critère.

Reprendre la procédure *ab initio* (cahier des charges, publication, offres, analyse des offres, décision d'attribution) nécessitera plusieurs semaines voire mois.

Même une “simple” réfaction de la décision d’attribution nécessitera un délai certain pour pouvoir être réalisée et notifiée, outre le délai de standstill qui doit être respecté.

Or, il est impératif que l’émission des chèques-formation se poursuive dans la mesure où leur suspension pénaliserait les centres de formation, les entreprises et les travailleurs.

En effet, soit toutes les formations prévues entre les centres et les entreprises seront suspendues et/ou annulées, ce qui entraînera une perte sèche pour les centres de formation et pour les travailleurs.

Soit les formations seront effectivement données mais payées par les entreprises lorsque le FOREM relancera l’émission des chèques, ce qui implique un délai de paiement excessivement long pour les opérateurs qui ne pourront pas nécessairement supporter et avancer tous ces frais ».

VI.2. Appréciation du Conseil d’État

La demande de la partie adverse doit être interprétée comme tendant à ce que soit appliquée la disposition inscrite à l’article 15, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l’information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, lequel permet à l’instance de recours, de tenir compte des conséquences probables de la suspension de l’exécution pour tous les intérêts susceptibles d’être lésés et décider de ne pas accorder la suspension lorsque ses conséquences négatives pourraient l’emporter sur ses avantages.

En l’espèce, force est de relever qu’il résulte de ses déclarations à l’audience que la requérante est disposée à prolonger de quelques mois l’exécution du marché en cours. Cette circonstance permet de douter de la gravité des conséquences négatives qui découleraient de la suspension de l’exécution de l’acte attaqué. En tout état de cause, si l’impossibilité de délivrer de nouveaux chèques formation durant quelques mois est de nature à perturber l’organisation de formations, cet inconvénient ne paraît pas d’une gravité telle qu’il justifierait que l’exécution de la décision attaquée ne soit pas suspendue.

Il ne peut être fait droit à la demande de la partie adverse.

VII. Confidentialité

La partie requérante demande que son offre demeure confidentielle dès lors que celle-ci contient des informations protégées par le secret des affaires. Il s’agit de la pièce A de son dossier.

La partie adverse formule une demande identique en ce qui concerne les offres. Il s’agit des pièces 8 et 9 du dossier administratif.

La partie intervenante demande également que son offre, demeure confidentielle. Il s'agit de la pièce 2 de son dossier

Aucune de ces demandes n'a été contestée. Il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme EDENRED BELGIUM est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision de l'Office wallon de la Formation Professionnelle et de l'Emploi du 17 décembre 2019 attribuant à la SA EDENRED BELGIUM le marché public de services ayant pour objet "l'émission, la distribution et le recouvrement de chèques – formation".

Article 3.

Les pièces A, B et C du dossier de la requérante, les pièces 8 et 9 du dossier administratif et la pièce 2 du dossier de la partie intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le sept février deux mille vingt par :

Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
Katty LAUVAU	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU

Imre KOVALOVSKY