

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 255.106 du 24 novembre 2022

A. 237.572/VI-22.439

En cause : **la société anonyme SODEXO**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Barteld SCHUTYSER et
Gauthier VLASSENBOECK, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles,

contre :

le Centre public d'action sociale d'Uccle,
représentée par le conseil de l'action sociale,
ayant élu domicile chez
M^e Natacha DUGARDIN, avocat,
boulevard de la Plaine 15
1050 Bruxelles.

Requérante en intervention :

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 26 octobre 2022, la SA Sodexo demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 28 septembre 2022 du Centre public d'action sociale d'Uccle de ne pas attribuer le marché n° 20/2021 relatif à la gestion de la cuisine des homes du Centre public d'action sociale d'Uccle à la SA Sodexo Belgium et d'attribuer le marché à la SA Aramark ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 27 octobre 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 14 novembre 2022.

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

Par une requête introduite le 10 novembre 2022, la SA Aramark a demandé à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70, du règlement général de procédure ont été acquittés.

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Gauthier Vlassenbroeck, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Natacha Dugardin, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Pierre Lejeune, avocat, comparaissant pour la requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a été entendue 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. Faits utiles à l'examen de la demande

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme il suit :

- « 1. Par délibération du 20 octobre 2021, le Conseil de la partie adverse approuvait le Cahier Spécial des Charges 20/2021 relatif au marché public de services relatif à la gestion de la cuisine du Home Brugmann et du Domaine du Neckersgat pour une durée de 4 ans.

Le mode de passation du marché était une procédure ouverte avec publicité européenne.

La partie requérante et la SA Aramark ont déposé une offre dans le cadre cette procédure.

2. Le 30 mars 2022, la partie adverse décidait de ne pas attribuer le marché, au motif que seules des offres inacceptables ou irrégulières avaient été déposées par les deux soumissionnaires, et de poursuivre la procédure par procédure

concurrentielle avec négociation sans publication d'un nouvel avis de marché, conformément à l'article 38, § 1, 2° de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, avec tous les soumissionnaires qui satisfont aux critères visés aux articles 67 à 78 et qui, lors de la précédente procédure ouverte, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation.

3. Le marché s'inscrit dans le cadre d'un projet de fusionnement des deux MR/MRS de la partie adverse, le Home Brugmann et le Domaine du Neckersgat, qui prévoit à la fois un important contrat de travaux pour la rénovation et extension de la MR/MRS "Domaine de Neckersgat", et la fermeture définitive de Home Brugmann à la fin de ces travaux.

C'est un marché de services.

Il a pour objet la gestion générale des cuisines des maisons de repos de la partie adverse par un chef gérant (homme ou femme) expérimenté du soumissionnaire et la fourniture de produits alimentaires et non alimentaires, en collaboration avec le personnel propre de la partie adverse et dans les locaux et avec le matériel propres aux maisons de repos concernées, le soumissionnaire s'engageant à défrayer la partie adverse pour l'utilisation des locaux et l'équipement des cuisines à hauteur de 1.500,00€ par mois (montant indexé) et par cuisine.

Le marché porte donc sur :

- la gestion de la cuisine collective, comprenant la fourniture et préparation (24/7) des repas au profit des résidents et accessoirement des visiteurs de la maison de repos "home Brugmann";
- la gestion de la cuisine collective, comprenant la fourniture et préparation (24/7) des repas au profit des résidents et accessoirement des visiteurs de la maison de repos "Domaine du Neckersgat";
- l'ensemble des frais divers associés à la production des repas dans les deux MRS, à savoir les frais d'exploitation (produits d'entretien, emballages, jetables...), les frais généraux ou frais de fonctionnement (IT, HR, tablette, ...), la rémunération du personnel en mandat, la rémunération du prestataire et les frais relatifs à la maintenance ordinaire des deux cuisines existantes mises à disposition.

Le Cahier Spécial des Charges prévoit, en page 26, que le soumissionnaire doit mettre à disposition (au moins) un chef-gérant expérimenté, qui assurera la gestion des cuisines en collaboration avec le personnel propre de la partie adverse.

Il est précisé :

“ (...) dans une démarche d'optimisation de la gestion des cuisines qui s'encadre dans le processus de fusionnement des deux maisons de repos, c'est l'exigence minimale du CPAS d'avoir un/e chef/fe gérant/e en charge des deux cuisines, puisque le CPAS peut mettre à disposition deux chefs actuellement employés à Home Brugmann et un chef employé au DN (cf. point III.1.2.5).

Il appartient au soumissionnaire d'évaluer tout personnel supplémentaire, par rapport à les exigences minimales indiquées, pour garantir la qualité et

l'efficacité des services demandés dans le respect de du droit du travail et des droits sociaux applicables”.

La liste du personnel propre de la partie adverse pouvant être affecté aux prestations faisant l’objet du marché est détaillée au point III.1.2.5 du Cahier Spécial des Charges.

Par ailleurs, l’attention des soumissionnaires était attirée sur le fait qu’en vertu de la Convention Collective de Travail 32bis, l’intégralité du personnel du prestataire actuel affecté à l’exécution du marché devait être reprise par l’éventuel nouveau prestataire de service, aux mêmes conditions contractuelles appliquées au moment du changement.

La liste du personnel concerné par l’application de la CCT 32bis est fournie dans le Cahier Spécial des Charges, avec quelques informations sur leurs conditions de travail actuelles.

Tous les frais de personnel (appointements, cotisations ONSS, précompte professionnel, assurances, frais de déplacement, ...) relatifs au chef gérant, à son remplaçant, et au personnel supplémentaire éventuellement fourni par l’adjudicataire devait être repris dans le poste 3.3 de l’inventaire.

Les critères d’attribution et leur pondération étaient fixés comme suit :

- Critère n° 1 : La qualité des repas proposés : 25
 - Qualité des menus : 12,5
 - L’équilibre nutritionnel des menus et des repas typiques MR/MRS : 12,5
 - Critère n° 2 : Les animations et buffets à thème proposés : 5
 - Critère n° 3 : Un plan en vue de l'obtention du label GOOD FOOD : 15
 - Critère n° 4 : La valeur du modèle d’organisation projeté sur le site du client : 25
 - Les mesures que le soumissionnaire prendra afin d’assurer la sûreté d’approvisionnement et continuité de service : 3
 - La politique de l’entreprise en matière de sécurité alimentaire et de “traçabilité” des denrées. La définition de l’entreprise de sa conception des normes H.A.C.C.P. ainsi que le plan H.A.C.C.P. pour les cuisines et le restaurant de la maison de repos pour l’exécution du présent marché. Les preuves de traçabilité, labels et autres attestations de fournisseurs : 3
 - Le modèle proposé pour l’organisation des 2 cuisines (min 2 pages max 5 pages) comprenant une note d’intention (½ page) sur l’encadrement des travailleurs art 60 dans l’équipe de cuisine : 16
 - La proposition d’accompagnement du personnel de cuisine; formation (max une page) : 3
 - Critère n° 5 : Prix : 30
- Soit un total de 100 points.

4. La partie requérante et la S.A. Aramark ont été invitées à déposer leur offre initiale pour le 27 mai 2022 au plus tard, ce qu’elles ont fait.

5. Par lettre recommandée avec accusé de réception du 3 juin 2022, la partie adverse a demandé à chacun des soumissionnaires de détailler la composition du

montant repris au poste 3.3 de l'inventaire (rémunération du personnel en mandat).

La partie requérante a répondu le 8 juin 2022 en expliquant que le montant repris au poste 3.3 de l'inventaire incluait un chef gérant FTE et un chef gérant remplaçant pendant 6 semaines de congés légaux et d'ancienneté, ainsi qu'une diététicienne à raison de 7,5 heures par mois pour le Home Brugmann, et un chef gérant FTE et un chef gérant remplaçant pendant 6 semaines de congés légaux et d'ancienneté pour le Domaine du Neckersgat.

Dans une démarche d'optimisation de la gestion des cuisines, le personnel de la partie requérante actuellement en place au Domaine du Neckersgat et visé par l'application de la CCT 32bis n'était pas repris dans ce montant (la partie requérante prévoyant donc de transférer son personnel vers d'autres sites d'exploitation).

La S.A. Aramark a, quant à elle, répondu le 14 juin 2022, en exposant que le montant repris au poste 3.3 de l'inventaire incluait les rémunérations à temps plein aux salaires horaires communiqués des 4 membres du personnel visé par l'application de la CCT 32bis (en réalité 3, puisqu'une personne est en maladie longue durée), l'une d'elles devenant la chef-gérante exigée pour l'exécution du marché.

Le poste incluait également les coûts liés au remplacement du personnel en cas de maladie et/ou congés, ainsi que la rémunération d'une diététicienne à hauteur de 2,5 jours par mois.

6. Une séance de négociation a eu lieu le 22 juin 2022.

Les parties ont ensuite été invitées à déposer leur offre finale (BAFO) pour le 20 juillet 2022.

Il était demandé aux soumissionnaires d'optimiser, dans leur offre finale, leur proposition de gestion des cuisines.

Par ailleurs, afin de garantir l'égalité entre les soumissionnaires et permettre la comparaison des offres (notamment au niveau de la masse salariale à reprendre dans les offres respectives), la partie adverse a décidé de forfaitiser le coût total du personnel externe actif dans un poste de l'inventaire dédié aux obligations contenues dans la CCT 32bis, sur une durée déterminée de 6 mois.

Dans l'invitation à remettre une offre finale adressée aux soumissionnaires, la partie adverse expliquait ceci :

“ Afin de sauvegarder l'égalité entre les soumissionnaires et de recentrer l'intérêt que notre CPAS s'est fixé dans le présent marché c'est-à-dire une gestion efficace et saine des cuisines dans l'intérêt de nos résidents, nous avons décidé de fixer forfaitairement dans un poste de l'inventaire ci-joint le coût total du personnel externe actif ayant trait au respect des obligations contenues de l'article 32bis de la convention collective du travail sur une durée déterminée de 6 mois.

En tenant compte de cette donnée invariable, nous souhaiterions que vous nous fassiez une proposition d'optimisation de la gestion de l'ensemble du personnel actif des deux cuisines détaillant pour chaque membre, son rôle en résumant ses tâches principales, son statut (CPAS ou votre société), son ETP hebdomadaire et la durée proposée dans sa fonction y compris un descriptif des démarches envisagées dès le début de l'exécution du marché en vue de réaliser l'optimisation proposée. Ce document complètera votre offre technique déposée le 27 mai 2022.

Nous revenons sur l'exigence minimale de mise à disposition d'un(e) chef/fe gérant/e telle que décrite dans le cahier des charges, ne vous libère pas de proposer à ce propos la ou les solution(s) garantissant d'atteindre l'objectif fixé par notre CPAS dans le présent marché. Cette exigence n'est dès lors pas limitative dans votre chef. Il appartient donc à l'expérience professionnelle du soumissionnaire de bien structurer l'emploi du personnel actif en prenant en compte pour la plupart du personnel il n'existe pas d'obligations contractuelles obligeant le CPAS de limiter leur activité dans une des deux cuisines spécifiques. Nos membres de personnel peuvent dès lors être déplacé(e)s entre les deux cuisines (voir les conditions en annexe)".

Un *addendum* au cahier des charges, avec un inventaire modifié, a été publié en même temps que l'invitation à remettre une offre finale sur la plateforme *E-procurement*.

Cet *addendum* prévoyait ce qui suit :

- “ 1. L'inventaire a été adapté pour reprendre dans un poste séparé le personnel extérieur actuellement actif dans les cuisines du Domaine du Neckersgat avec un prix forfaitaire pour une durée de 6 mois. En conséquence, le poste relatif à la rémunération du personnel prévoit une durée d'emploi de 42 mois et non plus de 48 mois.
2. Il est demandé de compléter le poste 3.3.1 de l'inventaire modifié si le soumissionnaire propose d'employer du personnel supplémentaire, qui n'est pas déjà repris dans le poste 3.4 et au-delà des exigences minimales requises par le cahier des charges, en motivant ce choix dans la proposition d'optimisation de la gestion de l'ensemble du personnel actif des deux cuisines. Ce personnel sera donc repris dans un sous-poste distinct (3.3.1) que le soumissionnaire devra créer pour une durée maximale de 48 mois”.

7. Tant la partie requérante que la SA Aramark ont déposé leur offre finale endéans le délai imparti.

Au terme de l'analyse des offres, la partie adverse a constaté que c'est la SA Aramark qui avait formulé l'offre économiquement la plus intéressante.

8. Dans sa délibération du 14 octobre 2022, la partie adverse décidait dès lors d'attribuer le marché 20/2021 à la SA Aramark pour un prix de 2.675.535,49 € HTVA.

C'est la décision attaquée, notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception du 11 octobre 2022 et par e-mail aux deux soumissionnaires ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 10 novembre 2022, la SA Aramark demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

V. Irrecevabilité du recours en tant qu'il est dirigé contre la décision de ne pas attribuer le marché à la requérante

V.1. Thèses des parties

La requérante sollicite notamment la suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché litigieux (premier acte attaqué).

La partie intervenante conteste la recevabilité de cette demande, la requérante ne démontrant pas, à l'appui de son recours, que ce marché devait nécessairement lui être attribué. Elle relève, d'une part, que la partie adverse dispose toujours, à la suite d'un arrêt ordonnant la suspension, de la faculté de ne pas attribuer le marché et, d'autre part, que « certains moyens, fussent-ils formulés à titre subsidiaire l'un par rapport à l'autre, visent la légalité même du cahier des charges de manière telle que, en cas d'accueil du moyen, la procédure devrait être recommencée dans son ensemble » et que « [l]a recevabilité du recours en son premier objet est donc lié à l'examen des moyens ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître *ipso facto* que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite – résultant de l'attribution – de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, la requérante n'invoque pas les éléments concrets qui, eu égard à tous ceux dont il faut tenir compte dans le cadre du présent recours, permettraient d'aboutir à la constatation que l'autorité n'aurait pas d'autre option que

de la désigner comme attributaire du marché, une fois prononcées la suspension ou l'annulation de la décision d'attribuer celui-ci à la SA Aramark, si ses moyens devaient être accueillis.

En tant qu'elle est dirigée contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe d'égalité et de non-discrimination, des articles 4 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 76, 79, § 2, 2°, et 86, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe *patere legem quam ipse fecisti* et des points I.6 et I.7 du cahier des charges.

La requérante fait grief à la partie adverse de ne pas avoir déclaré nulle l'offre de la SA Aramark alors qu'elle a modifié les quantités présumées dans l'inventaire des prix, que cette modification était interdite par les documents du marché et qu'elle est constitutive d'une irrégularité substantielle.

Sur le plan des principes, elle expose qu'en vertu des articles 83 de la loi du 17 juin 2016 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le pouvoir adjudicateur doit vérifier la régularité des offres, que, conformément à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, il a l'obligation de déclarer nulle l'offre qui est affectée d'une irrégularité substantielle, qu'une irrégularité est substantielle notamment lorsqu'elle est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire ou à entraîner une distorsion de concurrence et que l'article 79, § 2, 2°, du même arrêté royal ne permet au soumissionnaire de corriger les erreurs qu'il découvre dans les quantités présumées que s'il y est autorisé par les documents du marché. Elle estime qu'à défaut d'une telle autorisation, une modification des quantités présumées est constitutive d'une irrégularité substantielle, dès lors qu'elle peut procurer un avantage discriminatoire au soumissionnaire fautif et entraîner une distorsion de concurrence, puisque cette modification affecte les prix totaux des offres et éventuellement leur classement à l'avantage de ce dernier. La requérante illustre son propos en donnant l'exemple d'« un soumissionnaire connaissant son positionnement sur le marché et le positionnement de ses concurrents » qui fait

modifier la composition de l'inventaire en sa faveur « en augmentant les quantités présumées pour les postes pour lesquels il offre des prix bas et en diminuant les quantités présumées pour les postes pour lesquels il offre des prix élevés », ce qui affecte l'égalité entre les soumissionnaires que le pouvoir adjudicateur se doit pourtant de préserver, conformément aux articles 10 et 11 de la Constitution et 4 de la loi du 17 juin 2016 précitée.

La requérante ajoute que la procédure prévue par l'article 86 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 n'est pas applicable lorsque le soumissionnaire a effectué des modifications de quantités présumées sans que celles-ci soient autorisées par les documents du marché, l'examen de la régularité des offres devant précéder la mise en œuvre de l'article 86. Elle relève enfin que la partie adverse devait, conformément au principe *patere legem quam ipse fecisti*, respecter les dispositions du cahier spécial des charges établi pour le marché litigieux, en particulier les points I.6 et I.7.

Sur l'application de ces principes, la requérante constate qu'en l'espèce, il ressort du rapport d'analyse des offres que la SA Aramark a corrigé, sans aucun préalable, les quantités présumées de deux postes dans l'inventaire des prix et que ces corrections ont été acceptées par la partie adverse, ce qui viole, en premier lieu, le principe *patere legem quam ipse fecisti* et les points I.6 et I.7 du cahier spécial des charges qui interdisaient de corriger, dans les offres, les erreurs relatives à l'estimation des quantités présumées et imposaient aux soumissionnaires d'accepter sans condition l'estimation de ces quantités dans l'inventaire, à défaut d'avoir signalé, dix jours avant la date limite de dépôt des offres, les éventuelles erreurs ou omissions dans les documents du marché rendant impossible l'établissement de leur offre ou la comparaison des offres. La requérante expose que la partie adverse a, en deuxième lieu, violé les articles 10 et 11 de la Constitution, le principe d'égalité et de non-discrimination, les articles 4 et 83 de la loi du 17 juin 2016 et les articles 76, 79, § 2, 2°, et 86 de l'arrêté du 18 avril 2017. Elle soutient que ces dispositions imposaient à la partie adverse, d'une part, de déclarer nulle l'offre dans laquelle la SA Aramark a modifié irrégulièrement et à son avantage les quantités présumées sans y être autorisée par les documents du marché et lui interdisait, d'autre part, d'appliquer la procédure prévue à l'article 86 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 puisque la modification des quantités n'était pas autorisée. Elle conclut qu'« [e]n acceptant tout de même la correction d'Aramark sans déclarer l'offre finale nulle en raison d'une irrégularité substantielle malgré l'avantage discriminatoire qu'elle confère à Aramark et en appliquant la procédure prévue à l'article 86 de l'arrêté du 18 avril 2017, le CPAS a violé l'article 83 de la loi du 17 juin 2016 et les articles 76, 79, § 2, 2° et 86 de l'arrêté du 18 avril 2017 ».

2. Note d'observations

La partie adverse répond comme il suit aux griefs soulevés dans le premier moyen de la requête :

« [...] Dans son offre finale, la SA Aramark a corrigé les quantités présumées du poste 3.3 (Rémunération du personnel) en la portant de 42 à 48 mois, et celles du poste 3.3.1 (Rémunération du personnel supplémentaire) en la réduisant de 48 à 12 mois.

Contrairement à ce que soutient la partie requérante, ces modifications étaient autorisées par les documents de marché.

Si le Cahier Spécial des Charges, dans sa version initiale, contenait une clause I.6 prévoyant que les soumissionnaires n'étaient pas autorisés à corriger les erreurs relatives à l'estimation des quantités présumées, il a cependant été modifié par l'*addendum* de juillet 2022 et l'invitation à remettre une offre finale.

En vertu des documents de marché précités, les soumissionnaires étaient invités à optimiser leur proposition de gestion des cuisines et l'utilisation des ressources humaines affectées à la réalisation du marché (personnel des soumissionnaires et personnel de la partie adverse), en précisant que les exigences contenues dans le cahier des charges étaient des exigences minimales, ne limitant pas la faculté des soumissionnaires de proposer la ou les solutions garantissant d'atteindre l'objectif fixé par la partie adverse dans le cadre du marché, ce qui impliquait de pouvoir modifier les quantités présumées.

L'*addendum* au Cahier Spécial des Charges prévoit d'ailleurs expressément, dans son point 2 :

“ Il est demandé de compléter le poste 3.3.1 de l'inventaire modifié si le soumissionnaire propose d'employer du personnel supplémentaire, qui n'est pas déjà repris dans le poste 3.4 et au-delà des exigences minimales requises par le cahier des charges, en motivant ce choix dans la proposition d'optimisation de la gestion de l'ensemble du personnel actif des deux cuisines. Ce personnel sera donc repris dans un sous-poste distinct (3.3.1) que le soumissionnaire devra créer pour une durée maximale de 48 mois [...]□.

L'*addendum* au Cahier Spécial des Charges prévoyant une quantité maximale, la possibilité de modifier les quantités présumées que la partie adverse avait indiquées était explicite et autorisée, en fonction de la stratégie d'optimisation de la gestion de la cuisine demandée par la partie adverse.

[...] Une note justifiant ces modifications était jointe à l'offre de la SA Aramark, la partie adverse a contrôlé ces modifications et les a acceptées, de sorte que c'est à bon droit que la partie adverse a ensuite fait application de la procédure prévue à l'article 86 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, en particulier au § 4 de cette disposition.

[...] À titre subsidiaire, même si la SA Aramark avait modifié les quantités présumées sans y avoir été autorisée par les documents du marché – *quod certes non* -, son offre ne serait pas entachée d'une irrégularité substantielle pour autant.

En effet, la prétendue irrégularité ne figure pas parmi les irrégularités qui sont réputées substantielles par l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Il ne s'agit pas davantage d'une irrégularité qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

La partie adverse se réfère à ce qui a été décidé par Votre Conseil dans une espèce où le soumissionnaire avait intégré directement ses propositions de modifications de quantités dans le métré, alors que le cahier spécial des charges

prévoyait que les corrections devaient être reprises dans une note jointe à l'offre, mais qu'aucune correction ne pouvait être reportée directement au métré :

« Il est certain que les parties intervenantes se sont 'trompées' en procédant à ces modifications interdites et que cette erreur ne procède pas d'une intention de leur part d'imposer, sans les justifier, des modifications de quantités au pouvoir adjudicateur. Par ailleurs, l'erreur de manipulation commise ne constitue pas une irrégularité substantielle. D'une part, elle n'affecte pas, par elle-même, les prix de l'offre. Les propositions de modifications de quantités ne sont susceptibles d'avoir un impact sur les prix que parce qu'elles figurent dans la note justificative jointe à l'offre et à la condition d'être acceptées par le pouvoir adjudicateur. D'autre part, il n'apparaît pas des documents du marché que l'interdiction de modifier directement les quantités dans le métré constituerait une exigence essentielle ou qu'elle serait prescrite à peine de nullité ».

[...] Le moyen n'est dès lors ni sérieux, ni fondé ».

3. Requête en intervention

La partie intervenante expose que la procédure concurrentielle avec négociation, prévue par l'article 38 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, permettait, dans le cadre des négociations, aux soumissionnaires de modifier les quantités présumées et au pouvoir adjudicateur d'accepter ces modifications. Elle estime qu'en agissant de la sorte, « la partie adverse n'a ni violé ni l'article 83 de la loi du 17 juin 2016, ni les articles 76, 79, § 2, 2°, et 86 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ».

Elle ajoute que la partie adverse s'est conformée au cahier spécial des charges – celui-ci prévoyant une phase de négociation au cours de laquelle les offres initiales peuvent être discutées en vue de la présentation des BAFO –, et qu'elle a exécuté « les potentialités du mode de passation choisi, en respectant les zones interdites à la négociation ». L'invitation à formuler une BAFO permettait, selon elle, de formuler l'offre qui fut finalement retenue.

La partie intervenante fait aussi valoir que la partie adverse a, selon elle, respecté le principe d'égalité entre soumissionnaires puisque :

- « - la partie adverse s'est avisée qu'en application de la CCT 32bis, la requérante, actuelle attributaire du marché, bénéficiait d'un avantage concurrentiel et s'est efforcée de neutraliser cet avantage en modifiant son inventaire;
- la partie adverse a constaté que la neutralisation restait imparfaite et a, en conséquence, décidé :
 - « ARAMARK a corrigé dans son offre l'inventaire modifiant la quantité présumée dans le post 3.3 (de 42 à 48 mois). Cette proposition apparaît justifiée par le fait de garantir le chef gérant et son back-up pendant toute la durée du marché (48 mois), malgré la présence du personnel actuellement actif en cuisine et soumis au CCT32 bis pendant 6 mois qui est incertaine. Cette modification est donc acceptée et, conformément au dispositif de l'art. 86 § 4 elle est appliquée aux deux soumissionnaires.
 - ARAMARK a également modifié la QP du poste 3.3.1 en réduisant la quantité de 48 mois à 12 mois. Cette modification en diminution est supérieure à 10 % et donc elle est acceptée par le pouvoir adjudicateur conformément à l'art 79, § 2, 2° ».

Elle en déduit que « loin de méconnaître le principe d'égalité, la partie adverse s'est efforcée de neutraliser l'avantage concurrentiel dont dispose la requérante » et que « [c]elle-ci n'élève du reste une contestation que sur le plan des principes, s'abstenant soigneusement de démontrer concrètement, dans son premier moyen, en quoi consiste la rupture d'égalité alléguée ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Il ressort du rapport d'analyse des offres, qui fait partie intégrante de la décision d'attribution attaquée, que la partie intervenante a déposé une offre finale qui :

- modifie la « quantité présumée » dans le poste 3.3 de l'inventaire relatif à la « rémunération du personnel » de 42 à 48 mois;
- modifie la « quantité présumée » du poste 3.3.1. de l'inventaire relatif à la « rémunération du personnel supplémentaire » de 48 à 12 mois;
- n'indique pas de prix forfaitaire pour le poste 3.4. de l'inventaire relatif à la « rémunération du personnel actuel externe de cuisine (six mois) ».

Le rapport d'analyse des offres appréhende les modifications et omission précitées, en faisant application des articles 79 et 86 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Ces dispositions – qui permettent notamment au soumissionnaire de « rectifier », à certaines conditions, les « erreurs » qu'il découvre dans les quantités présumées de l'inventaire et au pouvoir adjudicateur de corriger les omissions de prix dans les offres – s'appliquent aux procédures ouvertes et restreintes. Elles ne s'appliquent aux procédures avec négociation que si les documents du marché le prévoient expressément. Pour ce type de procédure, il appartient, en effet, au pouvoir adjudicateur de fixer ses propres règles en la matière, dans le respect de la réglementation applicable à la procédure de passation en cause et des principes généraux qui régissent la matière des marchés publics. Lorsqu'il établit ces règles, il est ensuite tenu de les respecter. Il s'ensuit notamment que le recours à la procédure concurrentielle avec négociation, prévue par l'article 38 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ne permet pas aux soumissionnaires de « corriger » dans leurs offres des « erreurs » dans les quantités de l'inventaire si ces corrections sont interdites par les documents du marché.

En l'occurrence, le cahier spécial des charges qui encadre le marché litigieux, passé par procédure concurrentielle avec négociation, ne fait pas référence

aux articles 79 et 86 précités. Quant aux erreurs qui seraient contenues dans les documents du marché, il prévoit ce qui suit :

« I.6. Forme et contenu des offres

[...]

L'adjudicateur n'autorise pas les soumissionnaires à corriger dans les offres les erreurs relatives à l'estimation des quantités présumées

[...]

I.7. Dépôt des offres

[...]

Par l'introduction d'une offre, les soumissionnaires acceptent sans condition le contenu du cahier des charges et des autres documents au marché, ainsi que le respect de la procédure de passation telle que décrite dans le cahier des charges et acceptent d'être liés par ces dispositions.

Lorsqu'un soumissionnaire formule une objection à ce sujet, il doit communiquer les raisons de cette objection au pouvoir adjudicateur par écrit et par courrier recommandé dans les 7 jours calendrier après réception du cahier des charges. Lorsque le soumissionnaire découvre des erreurs ou des omissions dans les documents du marché, telles qu'elles rendent impossible l'établissement de son prix ou la comparaison des offres, il les signale immédiatement par écrit, et ce, au plus tard 10 jours avant la date limite d'introduction des offres.

Toutes les questions éventuelles des soumissionnaires devront impérativement être posées sur le FORUM situé sur la plateforme e-notification au plus tard 10 jours avant la date limite d'introduction des offres [...].

Il se déduit de ces dispositions que les soumissionnaires n'étaient pas autorisés à « corriger » dans les offres les « erreurs » relatives à l'estimation des quantités présumées de l'inventaire, mais que ceux-ci devaient les signaler à la partie adverse au plus tard dix jours avant la date limite d'introduction des offres, si ces erreurs rendaient impossible l'établissement de leur prix ou la comparaison des offres.

En acceptant les « rectifications dans les quantités présumées » opérées dans l'offre de la partie intervenante et en mettant en œuvre la procédure visée à l'article 86 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, la partie adverse a méconnu les dispositions précitées du cahier spécial des charges et le principe *patere legem quam ipse fecisti*.

Contrairement à ce que soutient la partie adverse, l'*addendum* de juillet 2022 et l'invitation à remettre une offre finale n'emportent aucune modification des points I.6 et I.7 du cahier des charges, qui concernent, comme il vient d'être rappelé, la découverte d'erreurs dans les documents du marché, l'obligation de les signaler au préalable et l'interdiction de les corriger dans les offres. Les deux documents précités établis à l'issue des négociations invitent seulement les soumissionnaires à « optimiser leur proposition de gestion des cuisines » en tenant compte d'un nouvel impératif qualifié de « donnée invariable » : l'établissement d'un nouveau poste (3.4) de l'inventaire reprenant le « coût total du personnel externe actif ayant trait au respect des obligations contenues [dans] la convention collective de travail [n°

32bis] sur une durée déterminée de 6 mois », soit un prix forfaitaire de 53.107,77 euros, lequel doit être repris dans toutes les offres. La partie adverse décide, à la suite de cette modification, que la « quantité présumée » prévue pour le poste (3.3) relatif à la rémunération du personnel est réduite de 48 à 42 mois. Il est également demandé de compléter le poste (optionnel) 3.3.1 de l'inventaire modifié « si le soumissionnaire propose d'employer du personnel supplémentaire » qui n'est pas déjà repris dans les autres postes et peut être créé « pour une durée maximale de 48 mois ». Cette dernière précision – dont la partie adverse fait grand cas – ne vise toutefois que le poste (optionnel) 3.3.1 de l'inventaire modifié. La possibilité de fixer une autre quantité pour ce poste est, par ailleurs, étrangère à celle de « corriger » dans les offres des « erreurs » dans les quantités présumées, ces « rectifications » demeurant exclues par les points I.6 et I.7 du cahier des charges.

Contrairement à ce qu'affirme la partie intervenante, le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ne permettait pas, non plus, aux soumissionnaires de modifier dans leurs offres la quantité présumée du poste 3.3. de l'inventaire modifié. D'une part, comme il vient d'être exposé, les documents du marché interdisaient expressément, dans le cadre de la procédure de passation en cause, de telles modifications pour « rectifier des erreurs » dans les quantités présumées. D'autre part, la partie adverse a, au terme des négociations, très clairement indiqué les points sur lesquels pouvaient porter les propositions d'optimisation des BAFO, en précisant que la quantité présumée à prendre en compte pour le poste 3.3 était désormais (invariablement) fixée à 42 mois.

Dès lors, la partie intervenante ne pouvait pas, dans son offre finale, modifier la quantité présumée du poste 3.3 de l'inventaire modifié, que ce soit pour « rectifier une erreur » – comme le mentionne le rapport d'analyse des offres – ou pour permettre la remise d'un prix plus avantageux – comme cela ressort des justifications jointes à l'offre de la partie intervenante – avec, certes, l'objectif d'optimiser la gestion des cuisines, mais en sortant des limites autorisées par la partie adverse au terme des négociations (modification non autorisée de la quantité présumée du poste 3.3 de l'inventaire modifié et suppression du prix forfaitaire du poste 3.4 du même inventaire, pourtant qualifié de « donnée invariable »).

Prima facie, l'offre finale de la partie intervenante est bien affectée d'une irrégularité, ce que la partie adverse devait constater, conformément aux articles 83 de la loi du 17 juin 2016 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Pour les raisons déjà exposées, elle ne pouvait pas procéder au contrôle des modifications de quantités présumées, en appliquant les articles 79 et 86 de l'arrêté royal précité.

Hormis les hypothèses où les documents du marché indiquent expressément qu'il s'agit d'une exigence minimale ou substantielle, une disposition a ce caractère lorsque son auteur a voulu lui attacher une telle portée, notamment parce que sa méconnaissance éventuelle peut avoir pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, entraîner une distorsion de concurrence, empêcher l'évaluation de l'offre en cause ou la comparaison des offres entre elles, modifier le classement de celles-ci ou rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues. Lorsque le pouvoir adjudicateur est confronté à une irrégularité dans une offre, il lui appartient de l'examiner, de la qualifier de substantielle ou de non substantielle, d'en tirer les conséquences quant à l'écartement de l'offre concernée et d'indiquer, dans la décision d'attribution, les motifs qui justifient sa décision.

Rien ne permet, à ce stade, de considérer que l'irrégularité en cause devrait, à l'évidence, être qualifiée d'irrégularité non substantielle. D'une part, la requérante soutient que celle-ci confère un avantage discriminatoire à la partie intervenante et entraîne une distorsion de concurrence, puisque la modification non autorisée des quantités présumées de l'inventaire affecte les prix totaux des offres, ce qui « peut exercer une grande influence sur le classement [de celles-ci] ». D'autre part, la partie adverse a, à l'issue des négociations, entendu neutraliser un avantage concurrentiel dont disposait, à son estime, la requérante : celle-ci étant l'opérateur économique en place, elle ne devait pas reprendre, à son compte, le personnel actuel externe – s'agissant de son propre personnel –; elle ne subissait donc pas les effets de la convention collective de travail n° 32bis du 7 juin 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite. Pour restaurer ce qu'elle considère être une rupture d'égalité entre les soumissionnaires, la partie adverse a décidé, à l'issue des négociations, d'intégrer dans l'inventaire modifié un nouveau poste (3.4) reprenant le coût forfaitaire du personnel actuel externe pour une durée totale de six mois, en qualifiant cette donnée d'« invariable ». Sans devoir lever la confidentialité des pièces du dossier ni porter atteinte au secret des affaires, le Conseil d'État constate que, dans son offre, la partie intervenante a supprimé la refacturation prévue au poste 3.4. de l'inventaire modifié en reprenant une partie de la rémunération du personnel concerné sous le poste 3.3, ce qui l'a amenée à rallonger de 42 à 48 mois la « quantité présumée » pour ce poste. Autrement dit, la partie intervenante a, dans son offre, fait abstraction des mesures correctrices imposées par la partie adverse, créant, de ce fait, une rupture d'égalité entre les soumissionnaires, puisque la requérante s'est, quant à elle, bien conformée, dans son offre, aux instructions de la partie adverse, en reprenant le prix forfaitaire du poste 3.4. de l'inventaire modifié et en respectant la « quantité présumée » du poste 3.3 de cet inventaire.

Le premier moyen est sérieux.

Il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens de la requête.

VII. Balance des intérêts

Les parties adverse et intervenante n'identifient pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VIII. Confidentialité

La requérante sollicite du Conseil d'État qu'il garantisse la confidentialité des offres qu'elle a déposées dans le cadre de la procédure ouverte et la procédure concurrentielle avec négociation ainsi que du courrier du 7 juin 2022 de clarification qu'elle a adressé à la partie adverse, pour ne pas nuire à la concurrence et au secret des affaires. Il s'agit des pièces 12, 19, 21 et 25 annexées à la requête.

La partie adverse dépose, à titre de pièces confidentielles, les offres initiales et finales des sociétés requérante et intervenante, les réponses qu'elles ont fournies aux demandes de clarification qui leur ont été soumises ainsi qu'un tableau comparatif des inventaires joints aux offres finales. Il s'agit des pièces 5, 6, 9, 10, 15, 16 et 17 du dossier administratif.

La partie intervenante demande « la confidentialité de ses offres et des éléments de la négociation en vue de protéger le secret des affaires ».

Ces demandes et dépôts n'étant pas contestés, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA Aramark est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision du 28 septembre 2022 du conseil de l'action sociale du Centre public d'action sociale d'Uccle d'attribuer le marché de service relatif à la gestion de la cuisine du Home Brugmann et du Domaine de Neckersgat (cahier spécial des charges n° 20b/2021) à la SA Aramark est ordonnée.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 12, 19, 21 et 25 annexées à la requête et les pièces 5, 6, 9, 10, 15, 16 et 17 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur à la partie adverse qui n'a pas choisi la procédure électronique.

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 siégeant en référé, le 24 novembre 2022, par :

Florence Piret,
Vincent Durieux,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Florence Piret