

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

n° 257.324 du 15 septembre 2023

A. 239.854/VI-22.629

En cause : **la société anonyme PLUXEE BELGIUM,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT et
Anne-Sophie BOUVY, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles,

contre :

la Communauté française,
représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^{es} Marc UYTENDAELE et
Nathan MOURAUX, avocat,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 18 août 2023, la SA Pluxee Belgium demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la Communauté française, représentée par son ministre du Budget, de la Fonction publique, de l'Égalité des chances et de la tutelle sur Wallonie-Bruxelles Enseignement, du 3 août 2023 par laquelle elle rejette l'offre de la partie requérante et attribue à la SA Edenred le marché public de fournitures sous forme de centrale d'achats relatif à l'émission et à la livraison de titres-repas électroniques octroyés mensuellement par la Communauté française au personnel du Ministère de la Communauté française et des cabinets ministériels du Gouvernement de la Communauté française ainsi qu'au personnel des organismes d'intérêt public prenant part à la centrale d'achat en leur qualité de pouvoirs adjudicateurs adhérents ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 21 août 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 1^{er} septembre 2023.

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

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

M. David De Roy, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Bruno Lombaert, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Nathan Mouraux, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur 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

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

« -1. Par un avis de marché publié le 20 novembre 2022, la partie adverse décide d'initier une procédure de passation pour un marché public de fournitures sous forme de centrale d'achats "relatifs à l'émission et à la livraison de titres-repas électroniques octroyés mensuellement par la Communauté française au personnel du Ministère de la Communauté française et des cabinets ministériels du Gouvernement de la Communauté française ainsi qu'au personnel des organismes d'intérêt public prenant part à la centrale d'achat en leur qualité de pouvoir adjudicateurs adhérents" (Pièce 2).

Il est régi par le cahier spécial des charges ayant pour référence DMPA 4430 (Pièce 3).

-2. Pour ce qui intéresse la présente procédure, le critère d'attribution n° 3 "Les services offerts aux bénéficiaires des titres repas" valant pour 16 points est présenté comme suit :

“ Le critère du prix sera évalué sur base de l'addition des sous-critères tels que mentionnés ci-dessous. Pour déterminer le nombre de points attribué à chaque soumissionnaire, chaque sous-critère énuméré ci-dessous sera évalué selon la méthode de calcul suivante :

L'addition des points obtenus au moyen de la formule détaillée ci-dessous pour les 7 premiers sous-critères avec le nombre de points obtenus pour le huitième sous-critère :

Points maximal ☐ : Offre analysée / Offre la plus intéressante

- Le nombre de restaurateurs et de commerçants en région de Bruxelles-Capitale ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points.
- le nombre de restaurateurs et de commerçants en province de Brabant wallon ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points
- le nombre de restaurateurs et de commerçants en province du Hainaut ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points
- le nombre de restaurateurs et de commerçants en province de Liège (y compris en communauté germanophone) ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points
- le nombre de restaurateurs et de commerçants en province du Luxembourg ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points
- le nombre de restaurateurs et de commerçants en province de Namur ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points
- le nombre de restaurateurs et de commerçants en Belgique, à l'exception des zones visées ci-dessus, ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points.
- L'accessibilité aux données personnelles pour chaque agent bénéficiaire, dont notamment la connaissance du solde à chaque transaction : 2 points"

-3. Le 25 janvier 2023, deux offres sont reçues par la partie adverse ☐ :

L'offre de la SA Eden Red (Pièce A – confidentielle) ☐ ;

L'offre de Pluxee Belgium SA, partie requérante (Pièce B – confidentielle).

-4. Par une décision du 3 août 2023, la partie adverse attribue le marché à la SA Eden Red et ne retient donc pas l'offre de la partie requérante. Cette décision est libellée comme suit (Pièce 1) ☐ :

“☐ La Communauté française, représentée par le Gouvernement en la personne de Monsieur Frédéric DAERDEN, Ministre du Budget, de la Fonction Publique, de l'Égalité des Chances et de la tutelle sur Wallonie-Bruxelles Enseignement ;

Vu la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ;

Vu 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 et de concessions ;

Vu la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;

Vu l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ;

Vu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 3 septembre 2020 portant délégations de compétence et de signature aux fonctionnaires généraux et à certains autres membres du personnel du Ministère de la Communauté française ;

Vu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 20 septembre 2019 portant règlement du fonctionnement du Gouvernement ;

Considérant que la Communauté française, Ministère de la Communauté française, a initié une procédure ouverte fondée sur l'article 36 de la loi du 17 juin 2016 en vue de l'attribution d'un marché public de fournitures portant sur l'émission et la livraison de titre-repas électroniques ;

Considérant qu'un avis de marché a été publié sous le numéro 2022-550203 au Bulletin des adjudications du 21 décembre 2022 ;

et sous le numéro 2022/S 252-733233 au Journal officiel de l'Union européenne du 21 décembre 2022;

Considérant le p.v. d'ouverture des offres du 25 janvier 2023 ;

Considérant que les soumissionnaires suivants ont remis offre au plus tard pour le 25 janvier 2023 à midi:

- EDENRED, Boulevard du Souverain 165 bte 9 à 1160 Auderghem ci-après dénommé □EDENRED□;
- SODEXO Pass Belgium, Boulevard de la Plaine 15 à 1050 Ixelles ci-après dénommé SODEXO ;

1. Au niveau de la phase □sélection qualitative du marché□ :

Considérant que la sélection des soumissionnaires s'est opérée conformément aux éléments spécifiés dans le cahier spécial des charges ;

Considérant que le pouvoir adjudicateur a contrôlé en date du 25 janvier 2023, via l'utilisation de l'application Télémarch, la situation des soumissionnaires □EDENRED□ et □SODEXO□ et que le pouvoir adjudicateur a pu vérifier qu'ils sont en règle par rapport aux obligations relatives au paiement, d'une part, de leurs cotisations de sécurité sociale et, d'autre part, de leurs dettes fiscales ;

Considérant pour le surplus, que conformément à l'article 66, § 2 de la loi du 17 juin 2016, le pouvoir adjudicateur n'a pu constater via son DUME, que les soumissionnaires □EDENRED□ et □SODEXO□ respectent *prima facie* les conditions de la sélection qualitative ;

Considérant l'annexe 1 se trouvant en annexe 1 de la présente décision motivée d'attribution ;

Considérant que les soumissionnaires □EDENRED□ et □SODEXO□ ont par conséquent, à ce stade, satisfaits aux conditions de la sélection qualitative ;

Considérant enfin que le pouvoir adjudicateur, conformément à ce qui est indiqué dans le cahier spécial des charges, sollicitera un extrait de casier judiciaire auprès du soumissionnaire le mieux classé ;

2. Au niveau de la phase □régularité□ ;

Considérant que les offres des soumissionnaires sont conformes aux prescrits de la loi du 17 juin 2016 et de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ainsi qu'aux exigences, conditions et critères énoncés dans l'avis de marché et dans les documents du marché ;

Considérant que le rapport de dépôt relatif à l'offre des soumissionnaires □EDENRED□ et □SODEXO□ a bien été signé électroniquement par les personnes habilitées à engager leur société comme en attestant les statuts publiés au Moniteur belge ;

3. Au niveau de la phase □Corrections des erreurs□ (art. 34 ARP) :

Considérant que le pouvoir adjudicateur n'a pas relevé d'erreur dans les opérations arithmétiques ni d'erreur purement matérielles dans les offres régulières ;

4. Au niveau de la phase □vérification des prix□ (art. 35 et 36 ARP) :

Considérant que le pouvoir adjudicateur a procédé à la vérification des prix conformément à l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ;

Considérant qu'à l'issue de la vérification des prix des offres introduites, un prix anormal a été détecté, dans l'offre des soumissionnaires □EDENRED□ et □SODEXO□ ; qu'en effet, chacun des deux soumissionnaires ont indiqué dans leur offre un prix égal à zéro pour l'ensemble de leurs prestations hormis la facturation des chèques-repas électroniques devant pour chacun d'entre eux être facturé à 6,60 € ;

Considérant que le pouvoir adjudicateur a invité le soumissionnaire □EDENRED□ et □SODEXO□ par courrier recommandé daté du 31 janvier 2023 à fournir les justifications écrites relatives à la composition des prix anormalement bas, dans un délai de 12 jours, par voie électronique, conformément à l'article 36 de l'Arrêté du 18 avril 2017 ;

Considérant que les soumissionnaires □EDENRED□ et □SODEXO□ ont répondu par courriel daté du 7 février 2023 en justifiant la normalité de leur prix sur base de la décision du Conseil d'Etat 254.054 du 21 juin 2022 qui considère que la remise d'un prix □zéro□ peut être justifié par le fait que l'imputation de l'ensemble des coûts est à charge des seuls commerçants affiliés au réseau des prestataires émetteurs de chèques-repas électroniques ; que les prix remis par le soumissionnaire □EDENRED□ et □SODEXO□ présentent en définitive un caractère normal ; qu'en conclusion les offres remises par les soumissionnaires □EDENRED□ et □SODEXO□ sont jugées régulières ;

Considérant qu'en date du 11 juillet 2023, le pouvoir adjudicateur a demandé aux deux soumissionnaires une prolongation de validité de leur offre de 120 jours ; qu'en date du 12 juillet 2023, □EDENRED□ et □SODEXO□ ont accepté de prolonger la date de validité de 120 jours, soit jusqu'au 25 août 2023 ;

5. Au niveau de la phase □attribution du marché□ ;

Considérant le tableau d'analyse des offres finales jugées régulières repris ci-dessous et tel que détaillé en annexe 2□ :

	EDENRED	SODEXO
<i>Critère 1 «Prix» - 48 points Points obtenus</i>	<i>48 points</i>	<i>48 points</i>
<i>Critère 2 «Organisation générale» - 20 points Points obtenus</i>	<i>16 points</i>	<i>16 points</i>
<i>Critère 3 «Les services offerts aux bénéficiaires des titres-repas» - 16 points Points obtenus</i>	<i>15,9329 points</i>	<i>11,3537 points</i>
<i>Critère 4 «les mesures de sécurité» - 16 points Points obtenus</i>	<i>16 points</i>	<i>16 points</i>
	<i>95,9329 points</i>	<i>91,3527 points</i>

Considérant que suite à l'application de l'article 66, §2 de la loi du 17 juin 2016, le pouvoir adjudicateur a procédé à un examen plus approfondi de la sélection qualitative dans le chef du premier classé, à savoir le soumissionnaire ☐EDENRED☐ tel que décrit à l'annexe 1 ☐;

Considérant que, comme indiqué *supra*, le pouvoir adjudicateur a réclamé un extrait de casier judiciaire dans le chef du mieux classé ainsi que du signataire de l'offre en date du 12 février 2023

Considérant que le soumissionnaire EDENRED a remis un extrait de casier judiciaire daté du 11 janvier 2023 attestant qu'il n'a pas fait l'objet d'une ou de plusieurs des condamnations visées à l'article 61 de l'arrêté royal du 18 avril 2017;

Considérant que le soumissionnaire EDENRED a remis un extrait de casier judiciaire daté du 01 février 2023 attestant que le signataire de l'offre n'a pas fait l'objet d'une ou de plusieurs des condamnations visées à l'article 61 de l'arrêté royal du 18 avril 2017;

Considérant que le soumissionnaire EDENRED a par conséquent satisfait aux conditions de la sélection qualitative☐;

DÉCIDE

d'attribuer le marché à ☐EDENRED☐ pour un montant tel que spécifié dans l'inventaire.

Bruxelles le 3 août 2023,

[...]

Annexe 2 – Critère d'attribution

[...]

2.2. les services offerts aux bénéficiaires des titre-repas – 16 points

Critères	EDENRED	SODEXO
le nombre de restaurateurs et de commerçants en région de Bruxelles-Capitale ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points	10.387 1,9239 points	10.798 2 point
le nombre de restaurateurs et de commerçants en province de Brabant wallon ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points	2.202 2 points	1.455 1,3215 point
le nombre de restaurateurs et de commerçants en province du Hainaut ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points	6.593 2 points	3.508 1,0642 point
le nombre de restaurateurs et de commerçants en province de Liège (y compris en communauté germanophone) ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points	6.191 2 points	5.974 1,9299 point
le nombre de restaurateurs et de commerçants en province du Luxembourg ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points	1.518 2 points	781 1,0290 point
le nombre de restaurateurs et de commerçants en province de Namur ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points	2.740 2 points	1.701 1,2416 point
le nombre de restaurateurs et de commerçants en Belgique, à l'exception des zones visées ci-dessus, ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points.	39.103 2 points	20.592 1,0532 point
L'accessibilité aux données personnelles pour chaque agent bénéficiaire, dont notamment la connaissance du solde à chaque transaction : 2 points	Edenred propose 7 manières différentes pour consulter le solde 1 – sur les tickets de	Sodexo propose X manières différentes pour consulter le solde□: 1 – sur les tickets de caisse

principes généraux de bonne administration ; du vice des motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation », « en ce que, première branche, la partie adverse valorise, au titre de son 3^{ème} critère d'attribution, le nombre de restaurateurs et commerçants avec lesquels les soumissionnaires disposent d'un "contrat d'affiliation", sur la seule foi d'affirmations unilatérales des soumissionnaires et sans procéder à la vérification de l'exactitude ces déclarations », « alors que, les normes et principes visés au moyen, en particulier l'article 81, § 3, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, imposent que "le pouvoir adjudicateur vérifie concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires" ».

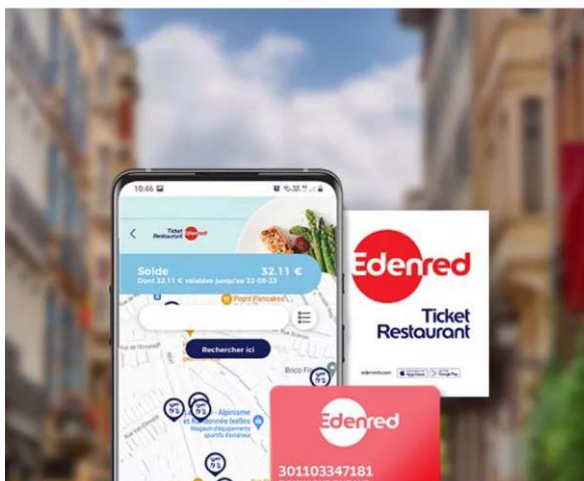
Elle développe cette première branche du moyen dans les termes suivants :

« 25. À supposer que l'on puisse considérer que le 3^{ème} critère d'attribution du marché litigieux est assorti de précisions qui permettraient à la partie adverse de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires (*quod certe non*) – à savoir qu'ils disposent effectivement d'un contrat d'affiliation avec les restaurateurs et commerçants de leur réseau –, force est de constater qu'il ne ressort pas de la décision motivée d'attribution que la partie adverse a procédé concrètement à cette vérification.

Or, conformément à l'article 81, § 3, alinéa 2 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, il revient au pouvoir adjudicateur de "[vérifier] concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires" et donc de se livrer à un contrôle sérieux de l'exactitude des informations fournies par les soumissionnaires.

26. En l'espèce, rien ne permet d'établir que la partie adverse a vérifié que les soumissionnaires disposaient bien d'une relation contractuelle avec les restaurateurs et commerçants renseignés dans leurs offres.

Il ressort de la décision motivée d'attribution qu'Edenred disposerait, au total, de 68.734 partenariats avec des restaurateurs et commerçants. Ces chiffres sont toutefois manifestement inexacts : outre le fait qu'ils ne correspondent pas, et de loin, aux chiffres officiels communiqués par Edenred sur son site internet (30.000 commerçants), ils intègrent à l'évidence des entreprises avec lesquelles Edenred ne dispose pas de relation contractuelle :



Où dépenser ses Ticket Restaurant ?

Le réseau Ticket Restaurant est le **plus large et diversifié de Belgique**. Il se compose de **plus de 30.000 établissements** du réseau Edenred (épiceries, sandwicheries, boulangeries, restaurants, commerces de proximité, grandes enseignes...) mais aussi des innombrables **commerces éligibles acceptant Mastercard**.

Envie de gagner du temps ? Commandez sur les plateformes comme **Uber Eats** et **Deliveroo** ! Ticket Restaurant est accepté chez **plus de 7.000 partenaires en ligne**.

Help

En effet, comme il a été exposé, le marché belge des titres-repas est un marché sur lequel interagissent 3 opérateurs économiques qui sont, par la force des choses, en relation avec les mêmes réseaux de restaurateurs et commerçants. Il ne peut donc raisonnablement pas y avoir de différence significative entre concurrents en termes de nombre de partenaires.

Or, par exemple en ce qui concerne les restaurateurs et commerçants situés en Flandre (7^{ème} sous-critère du 3^{ème} critère d'attribution), la différence entre la partie requérante et Edenred est significative : on passe pratiquement du simple au double (20.592 pour la partie requérante, contre 39.103 pour Edenred).

Une même critique peut être dirigée en ce qui concerne l'examen des offres au regard des autres sous-critères (restaurateurs et commerçants situés dans les provinces francophones et à Bruxelles) : le nombre de partenaires contractuels annoncés par Edenred est supérieur à ceux présentés par la requérante, sans que l'on puisse comprendre pourquoi la partie adverse a pris ces chiffres pour "argent comptant" sans les vérifier aucunement.

Les différences dans les chiffres ressortent clairement de la décision motivée d'attribution (pièce n° 4) :

2.2. Les services offerts aux bénéficiaires des titre-repas - 16 points

Critères	EDENRED	SODEXO
le nombre de restaurateurs et de commerçants en région de Bruxelles-Capitale ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points	10.387	10.798
	1,9239 points	2 point
le nombre de restaurateurs et de commerçants en province de Brabant wallon ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points	2.202	1.455
	2 points	1,3215 point
le nombre de restaurateurs et de commerçants en province du Hainaut ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points	6.593	3.508

	2 points	1,0642 point
<i>le nombre de restaurateurs et de commerçants en province de Liège (y compris en communauté germanophone) ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points</i>	6.191	5.974
	2 points	1,9299 point
<i>le nombre de restaurateurs et de commerçants en province du Luxembourg ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points</i>	1.518	781
	2 points	1,0290 point
<i>le nombre de restaurateurs et de commerçants en province de Namur ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points</i>	2.740	1.701
	2 points	1,2416 point
<i>le nombre de restaurateurs et de commerçants en Belgique, à l'exception des zones visées ci-dessus, ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points.</i>	39.103	20.592
	2 points	1,0532 point

Cette différence de nombre de marchands entre la partie requérante et Edenred peut s'expliquer par :

- La circonstance qu'Edenred comptabilise encore vraisemblablement certains partenaires qui ne sont plus actifs ou en faillite ;
- Le fait qu'Edenred inclut sans doute dans ses chiffres des commerçants qui ne proposent pas de produits alimentaires (tels que les magasins de jardinage, de loisirs, de seconde main, etc.). Or, la réglementation impose que les titres-repas ne puissent être utilisés que pour l'achat ou la consommation exclusive de produits alimentaires (comme cela est confirmé par le rapport au Roi de l'arrêté royal du 12 octobre 2010 précité) ; mais surtout
- La circonstance qu'Edenred intègre probablement dans ses chiffres des commerçants et restaurateurs qui font partie de son réseau 4C ("quatre coins"). Il s'agit du système de paiement Visa/Mastercard qui n'implique pas de contractualisation directe entre l'émetteur de la carte de paiement (en l'espèce, les sociétés émettrices de titres-repas) et les marchands, commerçants ou restaurateurs.

Or, comme il a été exposé (point 3), la réglementation en vigueur exige qu'une relation contractuelle existe entre la société émettrice du titre-repas et les commerçants/restaurateurs. Le cahier spécial des charges est conforme à cette exigence.

C'est la raison pour laquelle la partie requérante n'a tenu compte dans son offre que de ses partenaires contractuels (elle l'a même expressément souligné ; Pièce confidentielle A – Chapitre 5, p. 52).

Par conséquent, en ne vérifiant pas concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution et en considérant que l'offre d'Edenred répondait aux exigences fixées par le 3^{ème} critère d'attribution, la partie adverse a fait une application illégale de ce 3^{ème} critère d'attribution, et a commis une erreur manifeste d'appréciation.

27. En outre, en agissant comme elle l'a fait, la partie adverse a porté atteinte au principe d'égalité entre les soumissionnaires qui implique que les offres soient évaluées au regard des critères d'attribution figurant dans le cahier spécial des charges et en fonction de ceux-ci.

Compte tenu de la réglementation en vigueur et des prescriptions du cahier spécial des charges, les soumissionnaires ne pouvaient tenir compte que des partenaires avec lesquels ils ont une relation contractuelle.

Comme il vient d'être dit, c'est de cette manière dont a procédé la partie requérante dans son offre : elle n'a tenu compte que des commerçants faisant partie de son réseau, c'est-à-dire ceux avec lesquels elle a conclu un accord commercial spécifique.

Par conséquent, en ne procédant pas à la vérification concrète et méticuleuse de l'existence de relations contractuelles avant de prendre sa décision, la partie adverse a rompu l'égalité de traitement entre les soumissionnaires qui impose à tout le moins que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation de leurs offres et qui implique que ces offres soient soumises aux mêmes conditions d'appréciation.

28. Enfin, en ce qui concerne la motivation formelle d'un acte administratif, la jurisprudence constante du Conseil d'État établit que :

“ Pour satisfaire aux exigences des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, tout acte administratif, au sens de l'article 1^{er}, doit faire l'objet d'une motivation formelle, laquelle consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin de permettre aux intéressés de vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce. L'étendue de la motivation doit être proportionnelle à l'importance de la décision prise” (nous soulignons).

Comme il a été rappelé, rien ne permet d'établir que la partie adverse a vérifié que les soumissionnaires disposaient bien d'une relation contractuelle avec les restaurateurs et commerçants renseignés dans leurs offres. Les motifs de la décision d'attribution ne permettent pas de comprendre la raison pour laquelle les données fournies par les soumissionnaires (qui consistent simplement en un nombre de commerçants par territoire géographique) ont été admises, ni comment celles-ci ont été contrôlées.

29. Pour toutes ces raisons, la première branche du deuxième moyen est par conséquent sérieuse ».

B. Note d'observations

La partie adverse répond dans les termes suivants :

« -12. Il est de jurisprudence constante que : “Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour évaluer les offres, les comparer et désigner l'offre économiquement la plus avantageuse, au regard de chacun des critères d'attribution définis dans le cahier des charges et dans le respect des dispositions de ce cahier. Le contrôle du Conseil d'État est marginal et limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Il appartient à la société requérante d'apporter la preuve d'une telle erreur dans le chef de l'autorité.” (C.E., n° 255.291 du 16 décembre 2022). Il a aussi été jugé que : “Lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un jury sur les différents critères d'évaluation d'offres, le Conseil d'État

ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce jury. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié l'attribution des points pour les différents critères, et de censurer une appréciation manifestement déraisonnable.” (C.E., n°252.155 du 18 novembre 2021).

On déduit également de cette jurisprudence que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation pour déterminer s'il est nécessaire de “vérifie[r] concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires” et, s'il échet, d'en tirer les éventuelles conclusions qui s'imposent.

-13. En l'espèce, l'évaluation des sous-critères d'attribution n°1 à 7 du troisième critère d'attribution débouche sur le résultat suivant (Pièce 1) :

<i>Critères</i>	<i>EDENRED</i>	<i>SODEXO</i>
<i>le nombre de restaurateurs et de commerçants en région de Bruxelles-Capitale ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points</i>	10.387 1,9239 points	10.798 2 point
<i>le nombre de restaurateurs et de commerçants en province de Brabant wallon ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points</i>	2.202 2 points	1.455 1,3215 point
<i>le nombre de restaurateurs et de commerçants en province du Hainaut ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points</i>	6.593 2 points	3.508 1,0642 point
<i>le nombre de restaurateurs et de commerçants en province de Liège (y compris en communauté germanophone) ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points</i>	6.191 2 points	5.974 1,9299 point
<i>le nombre de restaurateurs et de commerçants en province du Luxembourg ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points</i>	1.518 2 points	781 1,0290 point
<i>le nombre de restaurateurs et de commerçants en province de Namur ayant un contrat</i>	2.740 2 points	1.701 1,2416 point

<i>d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points</i>		
<i>le nombre de restaurateurs et de commerçants en Belgique, à l'exception des zones visées ci-dessus, ayant un contrat d'affiliation avec le soumissionnaire qui leur permet d'obtenir le remboursement de titres repas électronique : 2 points.</i>	39.103 2 points	20.592 1,0532 point

À la lecture complète des offres déposées par les soumissionnaires, les chiffres avancés ont été considérés comme cohérents et n'entraînant aucun "doute" particulier dans le chef de la partie adverse.

Sur le plan du nombre de "contrats d'affiliation" signés entre les soumissionnaires et les restaurateurs ou commerçants, la principale différence entre les deux offres réside dans la circonstance que la SA Eden Red dispose d'un réseau qui englobe les opérateurs qui acceptent le paiement classique via titres repas, mais également ceux qui acceptent le paiement MasterCard.

Cette circonstance est évidemment avantageuse pour la SA Eden Red dans le cadre de l'évaluation de son offre qui voit son nombre de "contrats d'affiliations" être supérieur aux autres. Il s'agit évidemment d'un avantage pour la partie adverse qui permet à ses agents d'utiliser les titres repas dans un nombre important de commerces ou restaurants.

Selon les termes de l'offre de la SA Eden Red, il s'agit d' "Une première et une exclusivité en Belgique !" (voy. page 12 de la Pièce A). La partie requérante ne pouvait se targuer d'un tel avantage dans son offre.

Au niveau de l'application du critère d'attribution, il importe de souligner qu'un "contrat d'affiliation" est conclu tant avec les opérateurs fonctionnant selon le système classique qu'avec ceux acceptant le paiement via MasterCard.

Sans dévoiler les informations confidentielles de l'offre, ceci se confirme en lisant le passage suivant de l'offre de la SA Eden Red : "Les commerces acceptant aujourd'hui Mastercard, en magasin ou en ligne, soit quasiment l'ensemble des commerces belges éligibles disposant d'un terminal de paiement, auront, eux aussi, accès au potentiel des solutions Edenred sans intervention technique. Seule la signature d'un contrat avec Edenred suffira pour rejoindre le réseau." (voy. page 43 de la Pièce A).

Il suffit également de se rendre sur le site web de la SA Eden Red pour confirmer que le "contrat d'affiliation" type reprend également des clauses applicables aux commerçants ou restaurateurs acceptant le paiement via Master Card (Pièce 5).

C'est donc sans aucun fondement que la partie requérante soutient que le système de paiement Visa/Master Card n'impliquerait pas de "contractualisation directe" entre l'émetteur de la carte et les restaurants ou commerçants.

Les chiffres officiels avancés sur ce même site web – et mis en exergue par la partie requérante - ne contredisent pas non plus ce qui précède puisqu'il est indiqué que le réseau Ticket Restaurant comprend également les "innombrables commerces éligibles acceptant Master Card".

En guise de réponse à la requête, la partie souhaite souligner que la réglementation relative aux titres repas précise seulement qu’ “un accord commercial” doit être conclu entre l’émetteur et le fournisseur de bien spécifiques, sans toutefois définir cette notion.

Au vu de ce qui précède, la relation juridique entre la SA Eden Red et les restaurateurs ou commerçants fonctionnant selon le système de paiement Master Card constitue bien un tel “accord commercial”.

Aussi, et de manière plus fondamentale, la partie adverse souligne encore que le critère d’attribution vise à déterminer l’offre qui permettra aux agents de payer avec leurs titres repas-électroniques dans le plus grand nombre de restaurants ou de commerces.

Permettre à la SA Eden Red de faire valoir ses “contrats d’affiliation” avec ceux qui acceptent le paiement MasterCard s’inscrit dans l’esprit de ce critère d’attribution.

Il résulte donc de tout ce qui précède que c’est sans commettre aucune erreur manifeste d’appréciation que la partie adverse a évalué l’offre de la SA Eden Red au regard de ses sous-critères 1 à 7 du troisième critère d’attribution.

Dans l’hypothèse où un doute se serait immiscé concernant les chiffres fournis par ce soumissionnaire, elle aurait de toute manière été en mesure de mettre en œuvre l’article 81, § 3 de la loi du 17 juin 2016 et de vérifier (par exemple, en se rendant sur le site web dudit soumissionnaire) concrètement ceux-ci.

Au niveau de la motivation de l’acte attaqué, la partie adverse relève que les points obtenus pour le critère d’attribution litigieux sont le résultat d’une simple formule mathématique qui n’est pas inconnue de la partie requérante.

Le principe de motivation formelle n’exigeait donc rien d’autre que l’expression du nombre de “contrats d’affiliation” de chaque soumissionnaire et des points obtenus.

L’ensemble des principes et dispositions visés au moyen n’ont pas été violés.

La première branche du second moyen n’est pas sérieuse ».

IV.2. Appréciation du Conseil d’Etat

En sa première branche, le moyen fait grief à la partie adverse d’avoir évalué les offres au regard des sept premiers sous-critères du troisième critère d’attribution, sur la seule foi d’affirmations unilatérales des soumissionnaires, quant au nombre de restaurateurs et commerçants qui seraient affiliés à leur réseau par contrat, et sans procéder à la vérification de l’exactitude de ces déclarations. À l’appui de ce grief, la requérante fait particulièrement valoir une violation des articles 4 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ainsi que les dispositions et principes fondant les obligations de motivation formelle et matérielle qui incombent à la partie adverse.

En chacun des sept premiers sous-critères du troisième critère d’attribution, le cahier spécial des charges prévoit d’évaluer les offres en

considération du nombre de restaurateurs et commerçants qui – pour une zone géographique mentionnée au regard de chaque sous-critère – ont un contrat d’affiliation avec le soumissionnaire, leur permettant d’obtenir le remboursement de titres-repas électroniques. Conformément à ce que prescrit ainsi le cahier spécial des charges pour chacun de ces sous-critères, les nombres qui devaient être mentionnés par les soumissionnaires étaient ceux des restaurateurs et commerçants disposant – à la date de dépôt des offres – d’un contrat d’affiliation avec le soumissionnaire, leur permettant d’obtenir le remboursement de titres-repas électroniques, étant entendu que – comme cela ressort de l’arrêté royal du 12 octobre 2010 fixant les conditions d’agrément et la procédure d’agrément pour les éditeurs de titres-repas, éco-chèques et chèques de consommation sous forme électronique, exécutant les articles 183 à 185 de la loi du 30 décembre 2009 portant des dispositions diverses – les titres-repas électroniques n’ont vocation à être utilisés que pour le paiement d’un repas ou une série limitée de biens, à savoir les aliments prêts à la consommation.

Tel qu’il a pu être effectué dans le cadre d’une procédure en extrême urgence, l’examen de la cause révèle notamment les éléments suivants :

- Comme l’a relevé la requérante dans sa requête et à l’audience du 1^{er} septembre 2023, sans être contestée sur ce point par la partie adverse, la configuration du marché belge des titres-repas, sur lequel n’évoluent actuellement que trois opérateurs, ainsi que l’interdiction de toute clause qui entraverait – notamment au titre d’exclusivité – la concurrence rendent plausible le fait que les trois opérateurs de titres-repas sont en relation avec les mêmes réseaux de restaurateurs et commerçants, de sorte qu’il ne peut y avoir, au regard du nombre de partenaires, de différences significatives entre ces trois concurrents. Il s’ensuit qu’un éventuel écart important entre les nombres de partenaires respectivement annoncés par chaque éditeur de titres-repas devait être de nature à attirer l’attention de la partie adverse sur l’exactitude ou, à tout le moins, la fiabilité des nombres de restaurateurs et commerçants annoncés.
- Le nombre sensiblement plus élevé de restaurateurs et commerçants annoncés par la société Edenred Belgium a été présenté tant par ce soumissionnaire que par la partie adverse comme s’expliquant par l’intégration, dans le réseau de cet éditeur de titres-repas – et sans intervention technique requise – de l’ensemble des opérateurs acceptant le paiement MATERCARD, étant entendu que la participation de ceux-ci au réseau reste subordonnée à la conclusion d’un contrat d’affiliation. Néanmoins, les mentions de l’offre d’Edenred Belgium (pages 43 et 44) relatives aux effets de cette intégration des commerçants et restaurateurs acceptant le paiement Mastercard sont de nature à susciter le doute quant au fait que les commerçants pris en considération dans les nombres annoncés offrent effectivement des services ou biens pour le paiement desquels des titres-repas

peuvent être admis. Ces mentions de l'offre peuvent, en effet, également se comprendre en ce sens que les nombres annoncés intégreraient des commerçants offrant des biens et services pour le paiement desquels seraient admis des titres de paiement relevant d'autres catégories des services offerts par Edenred. Le risque d'ambiguïté, à ce sujet, est d'autant plus évident que les nombres revendiqués, à la page 91 de l'offre d'Edenred Belgium, pour les besoins de l'évaluation au regard du critère d'attribution n° 3, sont présentés, dès les pages 43 et 44 de cette même offre, comme étant ceux du réseau d'acceptation, tel que décrit dans ces dernières pages.

- Enfin – et selon ce que révèle à ce sujet la note d'observations – les termes mêmes de l'offre d'Edenred Belgium, qui font usage du futur simple (« Les commerces acceptant aujourd'hui Mastercard [...] auront, eux aussi, accès au potentiel des solutions Edenred sans intervention technique. Seule la signature d'un contrat suffira pour rejoindre le réseau ») ne suffisent pas – sans que des vérifications aient été opérées à cette fin – à garantir que les commerçants et restaurateurs qui acceptent le paiement Mastercard et ont, pour cette raison, un accès au potentiel des solutions d'Edenred Belgium, comptent nécessairement parmi ceux qui, à la date de dépôt de l'offre, étaient liés à ce soumissionnaire par un contrat d'affiliation leur permettant d'obtenir le remboursement de titres-repas électroniques pour le remboursement de biens et services admissibles à ce titre.

En considération de ces éléments, la partie adverse ne pouvait – sans méconnaître l'article 81, § 3, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, lu en combinaison avec l'article 4, alinéa 1^{er}, de cette même loi, qui consacre notamment le principe d'égalité entre les soumissionnaires – prendre en compte, dans la comparaison et l'évaluation des offres, des nombres de commerçants et restaurateurs annoncés, sans procéder à la moindre vérification de l'exactitude de ces nombres, et ce alors même que les termes d'une offre posaient, *prima facie*, question à ce sujet.

Ni l'acte attaqué, ni le dossier administratif ne permettent, *prima facie*, de constater que la partie adverse aurait procédé à une telle vérification.

Dans ces circonstances, le moyen doit être déclaré sérieux en sa première branche.

V. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporterait sur ses avantages.

VI. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de son offre, qu'elle dépose. Il s'agit de la pièce A de son dossier.

La partie adverse demande également le maintien de confidentialité des deux offres déposées. Il s'agit, selon l'inventaire, des pièces 1 et 2 de la partie « Pièces confidentielles » du dossier administratif (identifiées comme pièces A et B sur la plateforme).

Ces demandes n'étant pas contestées, 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 suspension de l'exécution de « la décision de la Communauté française, représentée par son ministre du Budget, de la Fonction publique, de l'Égalité des chances et de la tutelle sur Wallonie-Bruxelles Enseignement, du 3 août 2023 par laquelle elle rejette l'offre de la partie requérante et attribue à la SA Edenred le marché public de fournitures sous forme de centrale d'achats relatif à l'émission et à la livraison de titres-repas électroniques octroyés mensuellement par la Communauté française au personnel du Ministère de la Communauté française et des cabinets ministériels du Gouvernement de la Communauté française ainsi qu'au personnel des organismes d'intérêt public prenant part à la centrale d'achat en leur qualité de pouvoirs adjudicateurs adhérents » est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A du dossier de la requérante, ainsi que A et B de la partie « Pièces confidentielles » du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 15 septembre 2023, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

David De Roy,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy