

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

A R R Ê T

n^o 238.988 du 31 août 2017

A. 222.814/VI-21.062

En cause : **la société anonyme ETHIAS,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Christophe DUBOIS et
Valentine DE FRANCKEN, avocats,
Place Flagey 18
1050 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par le Ministre de la Défense,
chargé de la Fonction publique,

ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR et
Gilles BATAILLE, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme AG INSURANCE,

ayant élu domicile chez
M^e Bruno LOMBAERT et
Mathieu THOMAS, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête déposée sur la plateforme électronique du Conseil d'État le 4 août 2017, la société anonyme ETHIAS demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise par la partie adverse, le 20 juillet 2017, notifiée à la requérante par un mail du 24 juillet 2017 et un courrier recommandé daté du 20 juillet 2017, d'attribuer le marché de services relatif à l'assurance collective hospitalisation et soins de santé pour les membres du personnel des services publics fédéraux et les membres de leur famille, à la société AG INSURANCE NV et par voie de conséquence, de ne pas attribuer le marché à la

requérante".

II. Procédure

Par une ordonnance du 7 août 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 23 août 2017 à 10 heures 30.

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

Par une requête introduite le 21 août 2017, la société anonyme AG INSURANCE demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

M. Jacques JAUMOTTE, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Christophe DUBOIS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Virginie DOR et Gilles BATAILLE, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Mathieu THOMAS, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, 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. Faits

1. Suite à la décision de la partie adverse de lancer une procédure de passation d'un marché public relatif à l'assurance collective "hospitalisation et soins de santé", un avis de pré-information a été publié au Bulletin des adjudications le 22 février 2017 et au Journal officiel de l'Union européenne le 24 février 2017. Un avis de marché a ensuite été publié au Bulletin des adjudications le 2 mai 2017 et au Journal officiel de l'Union européenne le 4 mai 2017. Quatre avis rectificatifs ont de même été publiés entre le 11 mai 2017 et le 7 juin 2017.

La procédure de passation appliquée est celle de l'adjudication ouverte le service dirigeant est la CMS du S.P.F. BOSA, soit la Centrale de Marchés pour Services fédéraux du Service public fédéral "Stratégie et Appui" (conformément à l'article 3.2. du cahier spécial des charges, ci-après "CSC").

2. Dans le cadre du marché, la partie adverse agit donc en tant que centrale de marché pour différents services fédéraux (les "souscripteurs" repris aux articles 3.4 et 4.2. du CSC) :

" 3.4 Souscripteurs

Les services fédéraux appartenant à la personne morale «État belge», qui adhèrent à l'assurance collective au profit des membres de leur personnel (et des membres de leur famille) et qui assurent le paiement d'une partie des primes.

Les services suivants adhéreront dans tous les cas à ce contrat :

- tous les SPF (Services Publics Fédéraux) et SPP (Services Publics de Programmation) ainsi que les établissements scientifiques de l'État.
- les autres services publics fédéraux mentionnés dans les tableaux 1 et 2 du point 4.2.
- le souscripteur est l'interlocuteur privilégié pour toute correspondance relative à l'exécution de l'assurance hospitalisation et soins de santé tel qu'il ressort du présent contrat.

- les services publics repris au tableau 3 du point 4.2 ont le libre choix de s'affilier ou pas au présent contrat collectif jusqu'au 31 décembre 2018.

Seuls les pouvoirs adjudicateurs, désignés ci-avant par leur nom ou par renvoi à une catégorie, sont autorisés à passer des commandes sur base du présent accord-cadre.

Quant à l'exécution pratique et au suivi du contrat, le souscripteur peut donner une délégation au service social du service concerné".

3. La durée du marché est prévue pour 6 ans (voire 5 ans pour une série de pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires du marché, ayant jusqu'au 31 décembre 2018 pour s'affilier, à savoir ceux dont il n'est pas encore certain qu'ils s'affilieront, prévu à l'article 3.4 du CSC). En effet, le CSC prévoit en son article 10.1 que :

" La notification de l'approbation de l'offre vaut conclusion du marché.

Concomitamment à cette notification, le pouvoir adjudicateur communiquera la date de début de l'exécution du contrat, c'est à dire la date à laquelle les clients pourront passer des commandes.

Cette date ne pourra en aucun cas se situer au-delà de 30 jours de calendrier à compter de la date d'envoi de la notification de la conclusion du marché par lettre recommandée et sera de préférence fixée (au plus tard) au 01-01-2018 (00h00).

Le marché prendra fin le 31-12-2023 (24h00).

Sans préjudice des éventuelles mesures d'office, le marché sera résiliable annuellement par le pouvoir adjudicateur et par le prestataire de services, moyennant préavis de 6 mois à signifier par lettre recommandée.

La résiliation du contrat dans les conditions mentionnées ci-dessus n'entraîne aucun droit à indemnités pour aucune des parties.

La fin du marché, soit suite à une résiliation, soit au terme de la durée contractuelle, met fin, d'office, aux droits et obligations contractuelles des assurés, des souscripteurs, du pouvoir adjudicateur et du prestataire de services.

Toutefois, la fin du contrat n'a pas de conséquence sur les prestations et sommes éventuellement encore dues".

4. Une note adressée premièrement à l'ordonnateur (le ministre de la Défense, chargé de la Fonction publique) avant le lancement du marché, puis au conseil des ministres du 21 avril 2017, motive comme suit la durée de 6 ans du marché :

- " Motivation relative à la durée de 6 ans du marché :
- L'adjudicataire actuel (le même depuis 2006) bénéficie d'un avantage en comparaison avec les nouveaux soumissionnaires potentiels. Ainsi AG INSURANCE a entre autres déjà développé les cartes à puce (afin de permettre que le système du tiers payant puisse être utilisé), les autres soumissionnaires potentiels pas. Cela exige un grand investissement pour un nouvel adjudicataire. Si une période de 6 ans est prévue, le nouvel adjudicataire peut alors amortir ces coûts sur une longue période;
 - Avec une longue durée, le marché devient plus attractif pour les nouveaux soumissionnaires potentiels. Le principe de concurrence est par conséquent rencontré;
 - Avec un tel marché, l'impact est assez grand en ce qui concerne la campagne à mettre en œuvre par la CMS pour informer les souscripteurs (et les membres du personnel);
 - Chaque souscripteur doit également informer ses membres du personnel et leur expliquer les conditions d'adhésion et/ou d'inscription ainsi que les garanties".

5. Dans le cadre de la sélection qualitative, le CSC a initialement prévu trois types d'exigences : une attestation de reconnaissance, une attestation de solvabilité et une liste de références (art. 6.4.1.2. du CSC) :

" A. Attestation de reconnaissance

Une attestation prouvant qu'il est agréé en tant qu'assureur pour la branche pour laquelle il soumissionne.

B. Attestation de solvabilité

Une déclaration, délivrée par un organisme de contrôle reconnu dans le pays concerné, qui atteste que le soumissionnaire dispose pour l'ensemble de ses activités de la marge de solvabilité conformément à la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance.

C. Liste de références

Une liste de services équivalents qui ont été exécutés les 3 dernières années (2014, 2015, 2016) par lui ou ses sous-traitants reprenant au moins 3 références pour un montant total (montants cumulés des 3 dernières années) de 30.000.000,00 euros avec mention du montant, de la date et du destinataire (voir point 8.1.2). Cette liste doit être établie sur la page «critères de sélection» du fichier «FORCMS-AV-100-formulaire.xlsx».

- Si les références fournies concernent des autorités publiques, la justification est fournie par des certificats émis ou contresignés par l'autorité compétente. Ces certificats doivent :

+ mentionner le montant facturé par an;

+ mentionner la période ou la date;

+ être signés par le Président/administrateur délégué de l'entité qui délivre le certificat.

- S'il s'agit de personnes privées, les prestations sont certifiées par celles-ci ou, à défaut, elles sont déclarées avoir été effectuées par le fournisseur".

6. Conformément à l'article 5 du CSC, les soumissionnaires étaient invités à poser leurs questions relatives au marché. AXA BELGIUM, à cet égard, a posé la question suivante :

" [Question] : Attestation de solvabilité : actuellement, nous ne disposons pas de cette attestation. Nous avons bien une déclaration de la Banque nationale. Notre société est bien agréée par la Banque nationale et cela ne se peut que si nous sommes solvables.
[Réponse] : Les points 6.4.1.2 A) et 6.4.1.2 B) du cahier spécial des charges et du formulaire d'offre vont être modifiés comme suit :
«Le soumissionnaire doit être repris sur la liste des "Entreprises d'assurance agréées" publiée par la Banque nationale (<https://www.nbb.be/fr/supervision-financiere/controle-prudentiel/domaines-de-controle/entreprises-dassurance-et-de-2>)»".

Dans ce cadre, suite à cette question, la partie adverse a, en effet, décidé de remplacer les deux premières exigences, soit les attestations de reconnaissance et de solvabilité, par une autre, à savoir être repris sur la liste des "Entreprises d'assurances agréées" publiée par la Banque nationale.

À cet effet, un avis de marché rectificatif a été publié au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne.

À la suite de cette modification des documents du marché, les exigences, en termes de sélection qualitative, sont donc en définitive au nombre de deux : d'une part, être repris sur la liste des "entreprises d'assurance agréées" publiée par la Banque nationale et, d'autre part, répondre au critère relatif à la liste des références.

7. Quatre soumissionnaires ont déposé offre dans les délais, soit pour le 14 juin 2017 (art. 7.2. du CSC): AG INSURANCE, ALLIANZ BELGIUM, AXA BELGIUM, ET ETHIAS.

Sur la base d'une décision motivée d'attribution du 20 juillet 2017, la partie adverse a notifié à ETHIAS, à savoir la partie requérante, que son offre n'était pas retenue et que le marché était attribué à la société AG INSURANCE.

Il ressort en effet de la décision d'attribution que tant l'attributaire du marché que la partie requérante répondaient aux critères de sélection et qu'ils avaient remis chacun une offre régulière mais que l'offre de la société AG INSURANCE était l'offre régulière la plus basse (4.398.528,68 euros pour AG INSURANCE contre 4.889.285,76 euros pour ETHIAS).

En conséquence, en application du seul critère d'attribution en l'espèce, à

savoir le prix, le marché a été attribué à la société AG INSURANCE.

Une requête en suspension d'extrême urgence a été adressée au Conseil d'État, le 4 août 2007, par la société ETHIAS contre la décision de la partie adverse du 20 juillet 2017, qui constitue l'acte attaqué.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 21 août 2017, la société anonyme AG INSURANCE 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. Examen du moyen unique

V.1. Première branche

V.1.1. Thèses des parties

A. Requête en suspension d'extrême urgence

Se fondant sur une violation et/ou une méconnaissance de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation, en particulier l'article 10, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, en particulier les articles 5, 24 et 37, § 2, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3, du principe de motivation et du principe de concurrence et d'égalité de traitement, la partie requérante observe que le cahier spécial des charges précise que le marché litigieux est conclu pour une durée de six années, alors que les dispositions visées au moyen prévoient, en général, une durée maximale de 4 ans le marché litigieux. En outre, les documents du marché n'exposent pas pourquoi la partie adverse s'est détachée de la règle générale de 4 années. Aucune motivation ou explication n'est, en effet, fournie par la partie adverse que ce soit dans les documents du marché, ou ailleurs, à l'occasion des multiples avis rectificatifs qui ont été émis quant à la durée retenue de 6 années. De même, aucune justification liée à l'objet du marché n'est avancée quant au fait que la durée du marché sera de 6 années pour certains bénéficiaires et de 5 pour d'autres, à savoir ceux qui peuvent "embarquer" dans l'accord-cadre durant l'année 2018. La partie requérante rappelle encore la

jurisprudence du Conseil d'État en présence d'un marché proposant une durée supérieure à la durée de principe de quatre années, sans motivation ou motivation adéquate et préexistante au lancement du marché (arrêt n° 233.711 du 3 février 2016) :

- " L'article 37, paragraphe 2, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services est libellé comme suit : « Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché. La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché ».
- Si cette disposition n'exclut pas qu'il soit dérogé à la durée maximale de quatre ans ainsi fixée, encore faut-il qu'une telle dérogation soit dûment justifiée et que les motifs pour lesquels elle a été décidée soient formellement exprimés, dans le respect des obligations qu'impose au pouvoir adjudicateur – et, singulièrement, à la partie adverse – la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Par ailleurs, s'il ne peut être reproché au pouvoir adjudicateur de n'avoir pas indiqué les motifs de cette dérogation avant l'adoption de la décision d'attribution du marché, particulièrement pour ne pas l'avoir fait dans le cahier spécial des charges ou dans la décision qui arrête les conditions du marché, il s'impose de vérifier, sur la base du dossier administratif, que les motifs ainsi exposés sont bien ceux qui avaient été pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour décider d'une telle dérogation".

La partie requérante en conclut que le moyen, dans sa première branche, est sérieux.

B. Note d'observations

La partie adverse conclut tout d'abord au défaut d'intérêt de la partie requérante à cette première branche de son moyen unique. Elle observe à cet égard ce qui suit :

- " [...] La partie requérante n'a pas intérêt à critiquer cette durée du marché. En effet, comme évoqué au point 6 dans l'exposé des faits, la durée du marché a été fixée à 6 ans afin notamment de rendre le marché attractif vis-à-vis d'un maximum de soumissionnaires. Une telle durée devait leur permettre d'amortir leurs coûts sur une suffisamment longue période, notamment sur les coûts liés aux cartes à puce (fabrication, distribution, information, etc.).

Il ressort également de la motivation reproduite ci-dessus que la partie adverse a pris en compte la durée pendant laquelle certains souscripteurs allaient s'informer sur les conditions d'adhésion et d'inscription du nouveau contrat. Si le marché avait eu une durée de 4 ans, cela aurait eu comme conséquence de réduire en réalité l'exécution du marché à 3,5 ans voire 3 ans, ce qui aurait rendu le marché encore moins attractif, notamment en terme d'investissement.

Par ailleurs, il ne peut pas non plus être raisonnablement soutenu que la durée du marché pour une période de six ans (et même 5 ans pour un certain type de prescripteurs) a, en l'espèce, pour conséquence de mettre à mal la concurrence pour une période trop longue, loin de là.

La partie adverse remarque enfin que la partie requérante s'est bien gardée de mettre en avant cette critique dans le cadre du forum *online* organisé par la partie

adverse, ce qui démontre encore l'absence d'intérêt et de volonté de la partie requérante de voir ce délai réduit à 4 années.

La branche du moyen est donc irrecevable".

La partie adverse considère ensuite, à titre subsidiaire, que cette première branche du moyen unique est, en tout état de cause, dépourvue de caractère sérieux. En effet :

" [...] La question de la durée d'un marché public est traitée dans le cadre d'une disposition relative aux reconductions (l'article 37 de la loi du 15 juin 2006) : «Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché. La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché». [...].

Sur cette base, en prévoyant que la durée totale ne peut «en règle générale» dépasser 4 ans, la réglementation n'interdit pas de fixer la durée d'un marché au-delà d'une telle période.

Au contraire, comme l'écrit M. VASTMANS (M. VASTMANS, Commentaire article par article de la (nouvelle) Législation sur les marchés publics, Loi du 6 juin 2006, art. 37, Episode 1 – Avril 2012, Politeia) en ce qui concerne cette disposition :

«la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services ne comporte pas davantage de limitation générale de la durée des contrats. Tout au plus comporte-t-elle des dispositions éparpillées fixant une durée maximale de certains contrats. Tel est notamment le cas de son article 32 relatif à l'accord-cadre, lequel ne peut dépasser quatre ans sauf dans des cas exceptionnels dûment motivés.

[...] Au vu de ce qui précède donc, il appert qu'aucune limitation générale de la durée des contrats n'est prévue par la réglementation belge ou européenne. Que du contraire puisque certaines dispositions envisagent expressément, tant en droit belge qu'en droit européen d'ailleurs, la possibilité d'un contrat conclu pour une durée indéterminée».

Aucune limitation générale de la durée des marchés publics n'est donc prévue par la réglementation belge ou européenne.

Dans d'autres arrêts, le Conseil d'État admet explicitement que la durée d'un marché soit fixée à une durée plus longue. Ainsi, dans l'arrêt n° 227.924 du 27 juin 2014, *Instrumentation Laboratory Belgium*, le Conseil d'État a considéré qu'une durée de dix ans pour un marché était admissible et ce, comme en l'espèce, afin d'amortir le matériel sur lequel portait le marché :

«Considérant qu'il apparaît que la durée du marché en cause est liée à celle du lot 1; que ce lot porte sur du matériel dont la durée d'amortissement est de 10 ans; que la nécessité de faire correspondre la durée d'un accord-cadre à la durée d'amortissement du matériel sur lequel il porte ou auquel il est lié, peut constituer un motif valable de faire exception à la règle qui fixe à quatre ans la durée maximale d'un accord-cadre; que le moyen n'est pas sérieux;».

[...] En l'espèce, le fait que la durée du marché ait été fixée à 6 ans n'avait [pas] pour but de limiter la concurrence mais justement de s'assurer qu'elle soit suffisante.

La fixation du marché pour 6 ans (au lieu de 4) a permis de rendre le marché plus attractif pour les soumissionnaires en leur permettant d'amortir leurs coûts sur une période plus longue et ce sans non plus «bloquer» le marché pour une durée trop importante.

[...] Par ailleurs, pour rappel, cette décision de fixer le marché pour une période de plus de 4 ans a fait l'objet d'une motivation formelle avant le lancement du marché [...]. La durée de 6 ans était en effet motivée comme suit :

«Motivation relative à la durée de 6 ans du marché :

- L'adjudicataire actuel (le même depuis 2006) bénéficie d'un avantage en comparaison avec les nouveaux soumissionnaires potentiels. Ainsi AG INSURANCE a entre autres déjà développé les cartes à puce (afin de permettre que le système du tiers payant puisse être utilisé), les autres soumissionnaires potentiels pas. Cela exige un grand investissement pour un nouvel adjudicataire. Si une période de 6 ans est prévue, le nouvel adjudicataire peut alors amortir ces coûts sur une longue période;
- Avec une longue durée, le marché devient plus attractif pour les nouveaux soumissionnaires potentiels. Le principe de concurrence est par conséquent rencontré;
- Avec un tel marché, l'impact est assez grand en ce qui concerne la campagne à mettre en œuvre par la CMS pour informer les souscripteurs (et les membres du personnel);
- Chaque souscripteur doit également informer ses membres du personnel et leur expliquer les conditions d'adhésion et/ou d'inscription ainsi que les garanties».

Or, le Conseil d'Etat admet dans son arrêt, n° 233.711, BPOST, du 3 février 2016 qu'il est possible de déroger à la durée de principe de 4 ans d'un marché si cette dérogation est dument justifiée dans le dossier administratif de la partie adverse :

«Si cette disposition n'exclut pas qu'il soit dérogé à la durée maximale de quatre ans ainsi fixée, encore faut-il qu'une telle dérogation soit dûment justifiée et que les motifs pour lesquels elle a été décidée soient formellement exprimés, dans le respect des obligations qu'impose au pouvoir adjudicateur – et, singulièrement, à la partie adverse – la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Par ailleurs, s'il ne peut être reproché au pouvoir adjudicateur de n'avoir pas indiqué les motifs de cette dérogation avant l'adoption de la décision d'attribution du marché, particulièrement pour ne pas l'avoir fait dans le cahier spécial des charges ou dans la décision qui arrête les conditions du marché, il s'impose de vérifier, sur la base du dossier administratif, que les motifs ainsi exposés sont bien ceux qui avaient été pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour décider d'une telle dérogation».

C'est donc à tort que la partie requérante reproche à la partie adverse que le marché ait été fixé pour une durée supérieure à la durée de principe de quatre années, sans motivation ou motivation adéquate et préexistante au lancement du marché. Sur la base du dossier administratif, la partie adverse démontre avoir adéquatement justifié la durée du marché en l'espèce *in tempore non suspecto*. La branche du moyen n'est pas sérieuse".

C. Requête en intervention

La partie intervenante considère de même que la première branche du moyen unique manque de caractère sérieux, et ce sur la base de l'argumentation suivante :

" [...] Tout d'abord, c'est vainement que la requérante soutient que la partie adverse était tenue de motiver formellement dans les documents du marché la fixation d'une durée de marché plus longue que quatre années.

[...] Rappelons que «l'attribution du marché est une opération complexe, au cours de laquelle de nombreux actes sont posés par le pouvoir adjudicateur, et qui aboutit soit à une décision d'attribution du marché soit à une décision de renonciation au marché. Si les différentes décisions prises lors de cette opération doivent toutes reposer sur des motifs de droit et de faits exacts et pertinents, elles ne doivent pas pour autant être toutes formellement motivées» (P.-O. DE BROUX, «Les marchés publics et la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs», in P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (éd.), *Motivation formelle des actes administratifs*, Bibliothèque de droit administratif, La Chartre, Bruxelles, 2005, p. 238).

En outre, la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes

administratifs dispose que :

«Article 2. Les actes administratifs des autorités administratives visées à l'article premier doivent faire l'objet d'une motivation formelle.

Article 3. La motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate».

Il découle de l'article 1^{er} de la même loi que les actes administratifs visés par les dispositions précitées sont les actes juridiques unilatéraux de portée individuelle émanant d'une autorité administrative et qui ont pour but de produire des effets juridiques à l'égard d'un ou de plusieurs administrés ou d'une autre autorité administrative.

Les actes dont la motivation font en l'espèce l'objet de critiques de la part de la requérante sont les documents du marché, soit le cahier spécial des charges et les avis (le cas échéant rectificatifs) de marché [...]. Il s'agit toutefois d'actes unilatéraux à portée individuelle qui ne modifient pas l'ordonnement juridique (M. MAEREVOET, «La motivation formelle des actes administratifs en matière de marchés publics», *Performance publique*, Larcier, Bruxelles, 2011, p. 111). Il découle en effet de la jurisprudence du Conseil d'État que le cahier spécial des charges ne peut causer grief, puisque seule la décision d'attribution fixe les droits des soumissionnaires au marché :

«Considérant, en outre, que l'attribution d'un marché public est une opération complexe, dont l'adoption du cahier spécial des charges n'est qu'une étape; qu'en elle-même, cette adoption ne fait pas grief; que c'est seulement la décision d'attribution du marché qui retentit sur l'ordonnement juridique et qui fait éventuellement grief» (C.E., 8 juillet 2002, n° 108.956).

Dès lors qu'elle ne s'applique qu'aux actes susceptibles de faire grief, la loi du 29 juillet 1991 n'est pas applicable aux documents du marché. Partant, le pouvoir adjudicateur n'est pas soumis à une obligation de motivation formelle lors de l'établissement de tels documents. Dès lors, contrairement à ce que soutient la requérante dans sa première branche, la partie adverse n'a pas violé ses obligations de motivation formelle en ne reprenant pas dans les documents du marché les motifs pour lesquels la durée du marché est de six ans.

[...] Dans le prolongement de ce constat, il y a par ailleurs lieu de relever que 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 ne reprend pas parmi les différentes décisions soumises à une obligation de motivation formelle celle fixant, pour les marchés à exécution continue, une durée plus longue que quatre années.

A fortiori, la loi du 17 juin 2013 n'édicte pas non plus d'obligation de reprendre dans les documents du marché les motifs pour lesquelles la durée du marché est plus longue que quatre années.

[...] De même, aucune obligation de motivation formelle ne peut être trouvée dans l'article 37, § 2, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

En effet, l'article 37, § 2, est rédigé comme suit :

«Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché. La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché» [...].

En prévoyant que la durée totale ne peut «en règle générale» pas dépasser quatre ans, l'article 37, § 2, permet au pouvoir adjudicateur, dans certains cas particuliers, de prévoir que la durée du marché excède quatre ans, sans lui imposer de motiver formellement sa décision dans les documents du marché. Tout au plus requiert-il que la décision de prévoir une durée du marché plus longue repose sur des motifs pertinents et admissibles, ce qui correspond toutefois à une obligation de motivation matérielle à charge du pouvoir adjudicateur.

[...] Ensuite, le choix de porter la durée du présent marché à six années a bien fait

l'objet d'une décision formellement motivée par la partie adverse au moment du lancement du marché [...].

En outre, la partie adverse a respecté l'obligation, qui découle de l'arrêt du Conseil d'État n° 233.711 du 3 février 2016, de pouvoir démontrer que les motifs, qui sont invoqués, par exemple dans la décision d'attribution ou dans une procédure contentieuse, pour justifier l'allongement de la durée du marché, sont bien ceux qui, au moment du lancement du marché, ont guidé son choix de fixer une durée plus longue. Comme indiqué ci-avant, il existe en effet dans le dossier administratif une décision du Conseil des ministres antérieure à la publication de l'avis de marché, qui reprend les motifs invoqués par la partie adverse dans sa note d'observations pour justifier une durée de marché de six années.

L'absence de notification de la décision de lancement n'est pas de nature à engendrer un manquement à l'obligation de motivation formelle dans le chef du pouvoir adjudicateur (C.E., 7 juin 1995, n° 53.587). En effet, par l'exigence d'une motivation formelle, le Conseil d'Etat vise la motivation formelle des décisions administratives, et non celle des actes qui en portent notification, puisqu'il est admis «qu'un défaut dans la notification n'affecte cependant pas la validité de l'acte lui-même» (C.E., 28 août 1997, n° 67.739).

Du reste, 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 ne reprend pas ce type de décisions parmi les décisions qui doivent faire l'objet d'une mesure de publicité particulière et, notamment, d'une notification aux soumissionnaires.

D'ailleurs, le moyen n'est pas pris de la violation de la loi du 17 juin 2013 qui fixe les obligations des pouvoirs adjudicateurs en matière de notification des décisions prises en marchés publics.

[...] Par ailleurs, concernant l'obligation de motivation matérielle mise à charge du pouvoir adjudicateur, elle est respectée puisque la partie adverse invoque les motifs suivants pour justifier la durée de six années :

«Motivation relative à la durée de 6 ans du marché :

- L'adjudicataire actuel (le même depuis 2006) bénéficie d'un avantage en comparaison avec les nouveaux soumissionnaires potentiels. Ainsi AG INSURANCE a entre autres déjà développé les cartes à puce (afin de permettre que le système du tiers payant puisse être utilisé), les autres soumissionnaires potentiels pas. Cela exige un grand investissement pour un nouvel adjudicataire. Si une période de 6 ans est prévue, le nouvel adjudicataire peut alors amortir ces coûts sur une longue période;
 - Avec une longue durée, le marché devient plus attractif pour les nouveaux soumissionnaires potentiels. Le principe de concurrence est par conséquent rencontré;
 - Avec un tel marché, l'impact est assez grand en ce qui concerne la campagne à mettre en œuvre par la CMS pour informer les souscripteurs (et les membres du personnel);
 - Chaque souscripteur doit également informer ses membres du personnel et leur expliquer les conditions d'adhésion et/ou d'inscription ainsi que les garanties».
- Ces motifs sont exacts, adéquats et pertinents.

[...] Enfin, en ce qui concerne l'argument de la requérante selon lequel la durée de six ans porterait atteinte aux principes d'égalité et de concurrence, il ne peut être suivi. En effet, la décision motivée de la partie adverse établit que, au contraire, c'est notamment pour favoriser la concurrence et l'égalité entre les soumissionnaires que la durée du marché a été allongée.

[...] Pour toutes les raisons qui précèdent, le moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux".

D. Plaidoiries

Après avoir pu prendre connaissance du dossier administratif déposé par

la partie adverse, la requérante conteste les quatre éléments de motivation sur lesquels repose la décision de fixer la durée du marché à six ans. Elle estime en premier lieu que la nécessité de devoir développer un système de carte à puce, avec l'investissement que cela implique pour de nouveaux adjudicataires, ne justifie pas en soi la durée retenue de six ans : pourquoi pas cinq ou sept ans ? En plus, cette durée de six ans ne concerne qu'une partie des souscripteurs, à savoir les souscripteurs captifs. En deuxième lieu, l'affirmation que le marché serait plus attractif pour les nouveaux soumissionnaires potentiels en étant conclu pour une durée de six ans n'est pas établie, ne convainc pas et est, au contraire, très légère : une telle motivation vaut, en effet, pour tous les marchés publics et apparaît, en conséquence, stéréotypée. En troisième lieu, l'impact de la campagne d'information à mener auprès des souscripteurs est limité aux souscripteurs non captifs, alors que la requérante n'aperçoit pas, s'agissant de ces derniers, pourquoi il conviendrait de prévoir une durée de six ans pour le marché à attribuer. En quatrième et dernier lieu, la requérante n'aperçoit pas en quoi la nécessité pour chaque souscripteur d'informer également les membres de son personnel justifierait également une telle durée de six ans, alors que rien n'est prévu à ce sujet dans le cahier spécial des charges et que ce n'est pas là le souci des souscripteurs. À la lecture du dossier administratif, la requérante se demande en fin de compte si le choix de cette durée de six ans n'est pas uniquement justifié par la circonstance que cette durée a précisément été suggérée par la partie intervenante, laquelle s'est, à cet égard, référée à la durée des précédents contrats. Elle observe enfin qu'il n'y a aucune trace dans le dossier administratif d'un éventuel planning établi par la partie adverse en vue de fixer cette durée, notamment en ce qui concerne l'information tant des souscripteurs que des membres de leur personnel. En conclusion de ce qui précède, la requérante estime que la motivation invoquée à l'appui de cette durée de six ans du marché n'est pas adéquate et que la thèse de la partie intervenante, qui invoque toute absence d'obligation de motivation formelle sur ce point, va un pas plus loin que la thèse défendue par la partie adverse et n'est à cet égard pas acceptable.

La partie adverse observe tout d'abord que la requérante tente simplement d'anéantir la procédure en vue d'obtenir la relance du marché public contesté mais sans cependant jamais faire valoir qu'elle aurait dû obtenir ce marché. Elle fait ensuite valoir que la requérante n'a pas d'intérêt à avoir une durée de quatre ans seulement pour le marché contesté, qu'elle n'a jamais soulevé la moindre observation à ce sujet dans le cadre de la procédure d'attribution et que l'argument qu'elle développe est purement théorique car elle avait elle-même intérêt à ce que la durée du contrat soit plus longue. Plus fondamentalement, la partie adverse rappelle que l'article 37, § 2, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, en ce qu'il ne fixe qu'une simple règle générale, constitue une disposition ouverte à laquelle il peut être dérogé. Il est donc tout à fait possible d'aller au-delà, voire même jusqu'à une durée de dix ans, si l'on se trouve,

conformément à la jurisprudence du Conseil d'État en la matière, face à une situation exceptionnelle dûment motivée. La partie adverse considère également qu'aucune motivation formelle spécifique n'est légalement requise, que les motifs invoqués pour fixer la durée à six ans du marché sont parfaitement raisonnables, qu'exiger une motivation plus approfondie en reviendrait à exiger d'exposer les motifs des motifs, que ce n'est pas à elle qu'il incombe de détailler les investissements que comptent consentir les divers soumissionnaires, et qu'il n'a jamais été dans son intention, bien au contraire, de vouloir avantager la partie intervenante en fixant la durée du marché à six ans. Il importe donc peu à cet égard que la partie intervenante a, elle-même, fait spontanément état de cette durée en cours de procédure.

La partie intervenante relève tout d'abord que la requérante formule en termes de plaidoiries d'autres critiques que celles formulées dans sa requête. Après avoir rappelé que les documents du marché ne doivent pas être formellement motivés, elle observe que la note au conseil des ministres, qui figure au dossier administratif et qui n'avait pas à être notifiée à la requérante, expose bien les motifs pour lesquels il a été décidé de fixer la durée du marché à six ans. Pour le surplus, elle estime, au même chef que la partie adverse, que cette motivation est adéquate et que la requérante critique en réalité les motifs des motifs, ce qui n'est pas admissible. Enfin, elle estime que rien ne lui interdisait de librement suggérer une durée de six ans pour le marché à attribuer.

La requérante tient encore à faire valoir que les arrêts du Conseil d'État cités dans la note d'observations et en termes de plaidoiries ne sont pas pertinents du fait qu'ils visent précisément des situations exceptionnelles, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

V.1.2. Appréciation

Dans la mesure où la requérante invoque la violation du principe de concurrence et d'égalité de traitement, le moyen manque en fait car le grief qu'elle formule, à savoir la décision de fixer la durée du marché à six ans, a clairement vocation à concerner l'ensemble des soumissionnaires.

Par ailleurs, contrairement à ce que fait valoir la requérante dans sa requête et sans qu'il soit besoin de se prononcer dès à présent sur l'applicabilité ou non, compte tenu des circonstances spécifiques du cas d'espèce, tant de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs que de l'une ou l'autre disposition de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, qui imposerait une obligation de motivation formelle, il suffit en l'espèce d'observer que la décision de

fixer la durée du contrat à six ans est bien motivée au regard des pièces qui figurent dans le dossier administratif, et ce tant sur le plan de l'obligation de motivation formelle que sur celui de l'obligation de motivation matérielle. En effet, ainsi qu'il ressort de l'exposé des faits (supra, points III.3 et 4), une note adressée, en premier lieu, au Ministre de la Défense, chargé de la Fonction publique et, en second lieu, au conseil des ministres du 21 avril 2017, expose clairement les motifs pour lesquels il est décidé de porter la durée du marché à six ans. Ceci n'a d'ailleurs pas échappé à la requérante, du fait même que cette dernière, à l'audience du 23 août 2017, n'a plus expressément mis en cause l'absence de toute motivation formelle, mais a, au contraire, centré sa plaidoirie consacrée à la première branche du moyen unique de sa requête sur ce que les quatre éléments de motivation invoqués par la partie adverse dans la note précitée ne sont pas admissibles au regard des exigences de l'obligation de motivation matérielle des actes administratifs.

Au regard de la jurisprudence citée par la requérante à l'appui de sa thèse, il ressort par ailleurs de cette note soumise au conseil des ministres du 21 avril 2017 que les motifs justifiant de la fixation du marché à une durée de six ans ont bien été formellement arrêtés *in tempore non suspecto*, soit avant même l'adoption de la décision d'attribution du marché, et ce même si cela ne l'a pas été dans des documents du marché qui ont fait l'objet d'une publicité auprès des différents soumissionnaires potentiels.

Reste dès lors la question de savoir si les motifs ainsi formellement invoqués par la partie adverse sont ou non admissibles au regard des exigences du principe de l'obligation de motivation matérielle des actes administratifs. À ce sujet, il convient tout d'abord d'observer que les nouveaux griefs que la requérante a fait valoir lors de l'audience du 23 août 2017 sont bien recevables *ratione temporis*, du fait que la requérante n'a pu prendre connaissance de la note au conseil des ministres du 21 avril 2017 qu'à la suite de la consultation du dossier administratif déposé par la partie adverse dans le cadre de la présente procédure. Quant aux critiques que formule la requérante au sujet des quatre motifs qui sont invoqués dans cette note, il convient de relever ce qui suit. En premier lieu, il n'apparaît pas que la partie adverse aurait exercé de manière déraisonnable son large pouvoir d'appréciation en la matière en considérant que la nécessité pour les nouveaux soumissionnaires potentiels de devoir développer un système de carte à puce, et donc de consentir à des investissements pour ce faire, justifiait que la durée du marché soit augmentée de deux ans par rapport à la règle générale fixant à quatre ans la durée d'un marché public. On peut, en effet, *prima facie* admettre qu'il aurait été plus difficile pour ces soumissionnaires de faire utilement offre si les investissements à consentir avaient dû être amortis sur une période de quatre plutôt que de six ans. En deuxième lieu, compte tenu de la nature spécifique du marché, il n'apparaît pas non plus déraisonnable d'avoir considéré que le

marché deviendrait plus attractif pour les nouveaux soumissionnaires s'il était conclu pour une durée plus longue que la durée normale de quatre ans. La durée de six ans avait par ailleurs été proposée par la partie intervenante en cours de procédure et c'est également cette même durée qui avait été retenue lors de la conclusion des marchés précédents. Il est, en conséquence, *prima facie* permis de suivre la partie adverse lorsqu'elle a considéré que cette durée de six ans permettait de rencontrer le principe de concurrence, ce qui, compte tenu de l'objet spécifique du marché, n'est pas constitutif d'une motivation stéréotypée, contrairement à ce que fait valoir la requérante. L'on observera à cet égard que, bien qu'elle en a eu la possibilité, la requérante n'a, à aucun moment de la procédure, remis en cause la fixation à six ans de la durée du marché à conclure. En troisième et dernier lieu, il n'apparaît pas non plus déraisonnable que la partie adverse ait estimé nécessaire de fixer la durée du marché en prenant en compte, d'une part, le temps nécessaire à la campagne d'information de la CMS à l'égard des souscripteurs et, d'autre part, le temps nécessaire à l'information par les souscripteurs des membres de leur personnel, notamment quant aux modalités d'intervention fixées dans l'assurance collective hospitalisation et soins de santé souscrite par la CMS. La différence que prétend établir la partie requérante entre souscripteurs "captifs" et "non-captifs" n'apparaît à cet égard *prima facie* pas pertinente, en raison même du fait que l'on n'aperçoit pas la raison pour laquelle de telles campagnes d'information ne devraient pas être organisées même envers et au sein des souscripteurs "captifs". En effet, la circonstance qu'un souscripteur soit "captif" n'empêche pas qu'il faille dûment informer les membres de son personnel. En conclusion, il est permis de considérer *prima facie* que la partie adverse n'a pas exercé de manière déraisonnable son pouvoir d'appréciation ni *a fortiori* commis une erreur manifeste d'appréciation ou violé son obligation de motivation matérielle en décidant, pour les motifs indiqués dans la note au conseil des ministres du 21 avril 2017, qu'il convenait d'attribuer le marché pour une période portée à six ans. Exiger une motivation matérielle encore plus étendue que celle qui figure dans la note au conseil des ministres du 21 avril 2017 en reviendrait dès lors à exiger que la partie adverse expose les motifs de ses motifs, ce qui n'est pas requis.

Il s'ensuit que la première branche du moyen unique n'est pas sérieuse.

V.2. Seconde branche

V.2.1. Thèses des parties

A. La requérante

La requérante invoque la violation et/ou la méconnaissance de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant

coordination des procédures de passation, en particulier l'article 47, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, en particulier l'article 24, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, en particulier les articles 58 à 79, mais plus particulièrement les articles 58 et 67, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3, de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que du principe de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination. Elle observe que le cahier spécial des charges exige de la part de chaque candidat, afin d'établir sa capacité, (i) une attestation de reconnaissance, et (ii) une attestation de recevabilité, qui seront toutes deux remplacées par une attestation d'inscription sur un registre tenu par la BNB et (iii) une liste de références, alors que les dispositions précitées imposent, d'une part, que le pouvoir adjudicateur prévoit au minimum un critère de sélection qualitative relatif à la capacité économique et financière du candidat, qui soit lié et proportionné à l'objet du marché et, d'autre part, que tous les critères soient assortis d'un seuil.

Dans son argumentaire, la requérante, après avoir rappelé l'article 58, § 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques de même que le passage du rapport au Roi y relatif, fait valoir ce qui suit :

" A. La nécessité de prévoir à la fois des critères techniques et des critères financiers et économiques.

[...] L'article 67 du même arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit que :

«§ 1^{er}. La capacité financière et économique du candidat ou du soumissionnaire peut, en règle générale, être justifiée par l'une ou plusieurs des références suivantes:

1° par des déclarations bancaires appropriées établies conformément au modèle figurant à l'annexe 3 ou, le cas échéant, par la preuve d'une assurance des risques professionnels;

2° par les comptes annuels ou les comptes annuels déposés, lorsque la législation du pays où est établi le candidat ou le soumissionnaire en prescrit le dépôt;

3° par une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché, pour au maximum les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création ou du début d'activités du candidat ou soumissionnaire, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles».

Que constate-t-on en l'espèce ? Que le pouvoir adjudicateur exige les informations suivantes (lecture combinée de l'avis de marché [...] et de l'avis rectificatif [...]) :

- le fait d'être repris sur la liste des «entreprises d'assurance agréées» publiée par la Banque nationale ;

- une liste des références.

La partie adverse renvoie, sur la substitution des critères de sélection annoncés dans l'avis de marché par ces deux critères de sélection, à l'exposé des faits.

[...] Examinons chaque exigence :

- La liste de références à produire ne peut constituer un critère de sélection relatif à la capacité économique et financière d'un candidat.

Il s'agit, en effet, d'un critère relatif à la sélection qualitative de caractère *technique* (art. 72, 7°, A.R. du 15 juillet 2011).

- le fait d'être repris sur la liste des «entreprises d'assurance agréées» ne peut, non plus, constituer un tel critère de sélection relatif à la capacité économique et financière d'un candidat.

En effet, il s'agit d'une obligation légale permettant de confirmer l'agrément des soumissionnaires pour la branche soins de santé comme prévu par la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance. S'il s'agit d'un critère de sélection, il ne pourrait s'agir que d'un critère de sélection qualitative de caractère professionnel ou d'autorisation d'exercer une activité.

[...] Il faut donc constater que le CSC ne contient aucune exigence en matière financière et économique au titre de la sélection qualitative, en violation des dispositions visées au moyen.

[...] Par ailleurs, cette attestation étant délivrée «de manière générale» et non particulièrement en relation avec le marché dont question, il ne peut s'agir là d'un critère de sélection lié et proportionné à l'objet du marché.

[...] En outre, et cela fait l'objet de la deuxième critique, il n'est pas possible d'assortir ce critère d'un seuil.

B. La nécessité d'assortir chaque critère d'un seuil

[...] L'article 58, § 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit de manière expresse et non équivoque que chaque critère de sélection doit être assorti d'un seuil : «En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire».

[...] Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit pour ce qui concerne la section 3 (sélection qualitative) du chapitre 3 (Sélection des candidats et des soumissionnaires) de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 que :

«La section 3 regroupe les règles de sélection qualitative, permettant d'apprécier la capacité des candidats ou des soumissionnaires. Ces dispositions déterminent les références et preuves pouvant être demandées par le pouvoir adjudicateur, mais elles n'en fixent pas le niveau. Il appartient dès lors au pouvoir adjudicateur de fixer de façon univoque dans les documents du marché les références qu'il entend obtenir, voire les niveaux à atteindre par les entreprises pour être prises en considération lors de la sélection. Dans les procédures impliquant la publication d'un avis de marché, c'est dans cet avis que les candidats ou soumissionnaires intéressés doivent pouvoir prendre connaissance des références et preuves demandées. Il peut éventuellement être renvoyé, mais pas exclusivement, aux dispositions des autres documents disponibles auprès du pouvoir adjudicateur (cahier spécial des charges ou guide de sélection), à condition qu'un accès libre, direct, immédiat et complet à ces documents par des moyens électroniques soit garanti» [...].

[...] Quand bien même faudrait-il considérer que le fait d'être repris sur la liste des «entreprises d'assurance agréées», constituerait une exigence de sélection relative à la capacité économique et financière des candidats, *quod non*, il convient de souligner que, en violation de l'article 58 du 15 juillet 2011 précité, le CSC ne fixe pas les niveaux à atteindre pour être prises en considération lors de la sélection.

Cette absence a pour effet de rendre irrégulier le critère – pour autant qu'il s'agisse d'un critère de sélection en l'espèce *quod non* ci-avant – selon une jurisprudence constante de votre Conseil (C.E., n° 229.230 du 25 novembre 2014; C.E., n° 230.692 du 30 mars 2015 ; C.E., n° 226.574 du 27 février 2014).

[...] Le principe selon lequel il est obligatoire de prévoir des seuils pour chaque critère de sélection est également clairement précisé, notamment dans la circulaire du 1^{er} octobre 2014 de la Région wallonne sur la sélection qualitative et la fixation

des niveaux d'exigence depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 et de ses arrêtés d'exécution. Cette circulaire reprend en effet en page 4 :

«(1) La fixation de niveaux d'exigence est-elle obligatoire en capacité économique et financière ET en capacité technique ?

Oui, un niveau d'exigence doit être prévu à la fois pour les critères de capacité économique et financière et pour les critères de capacité technique.

En effet, le libellé de l'article 58 prévoit bien que le niveau d'exigence vaut à la fois pour les critères économiques et les critères techniques».

Ce texte prévoit également que si le critère choisi ne peut être accompagné d'un niveau, alors le pouvoir adjudicateur doit prévoir un second critère qui peut être accompagné d'un tel niveau.

Si cette circulaire n'est pas en soit opposable à la partie adverse, elle reflète l'interprétation qu'il convient d'avoir de l'article 58.

[...] Dans un arrêt récent, Votre Conseil a suspendu l'exécution d'une décision d'attribution au seul motif que les niveaux d'exigence des critères de sélection qualitative n'avaient pas été précisés par le pouvoir adjudicateur :

«C'est à juste titre que les requérantes affirment, par la première branche de leur premier moyen, que, dans les documents du marché, la partie adverse ne précise aucun niveau d'exigence à atteindre pour les critères de sélection de caractère économique et financier.

Elles paraissent pouvoir être suivies en ce qu'elles font valoir notamment qu'en imposant aux soumissionnaires, par les points c) et e) de la clause "Critères de sélection qualitative", de produire deux certificats de bonne exécution de marchés de services se rapportant à des travaux réalisés depuis le 1^{er} janvier 2003 dans des maisons de repos et de présenter une attestation couvrant la responsabilité professionnelle des architectes, la partie adverse n'énonce pas le seuil minimum à atteindre.

[...]

C'est vainement qu'elle allègue, dans sa note d'observations, que le seuil à atteindre est décrit parce qu'un minimum de deux interventions comme auteur de projet est requis.

[...]

La partie adverse peut certes opposer à la seconde branche du moyen que la capacité du candidat peut être justifiée notamment par la preuve d'une assurance des risques professionnels sur le fondement de l'article 67, § 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Mais, *prima facie*, elle ne paraît pas pouvoir être suivie en ce qu'elle soutient que ce critère ne doit pas être assorti d'un seuil, "un soumissionnaire étant assuré ou ne l'étant pas".

Il paraît bien être de notoriété publique qu'une assurance des risques professionnels peut être assortie de modalités qui tantôt en étendent, tantôt en réduisent la portée, en fixant par exemple des franchises ou des plafonds, ce que pourrait utilement devoir préciser le soumissionnaire» (C.E., n°226.574 du 27 février 2014).

Cette position a été confirmée dans un arrêt encore plus récent de Votre Conseil : «Il ressort donc de cet article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, ainsi libellé, qu'est imposée la fixation de niveaux d'exigence requis au regard des critères de caractère financier, économique, technique ou professionnel, étant entendu qu'en procédure ouverte – tel l'appel d'offres ouvert, retenu en l'espèce – et en procédure négociée avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire.

[...]

Il apparaît donc qu'aucun niveau minimum d'exigence n'a été fixé, de sorte qu'en adoptant les documents du marché sans y mentionner les niveaux d'exigences requis conformément à la disposition précitée, la partie adverse a, *prima facie*, méconnu celle-ci» (C.E., n°237.316 du 8 février 2017, CPAS de Bruxelles).

Ces arrêts sont parfaitement transposables en l'espèce.

[...] Par ailleurs, pour être complet, Votre Conseil a déjà déclaré que le fait qu'une partie des critères de sélection (mais pas tous) étaient assortis d'un seuil (si par

exemple Votre Conseil devait juger que le critère relatif à la capacité technique était régulier *quod non* ci-dessous), ne permettait pas de pallier le défaut de seuil: «La lecture de l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, confortée par l'interprétation que commande d'en donner l'extrait du Rapport au Roi qui s'y rapporte, ne permet pas de soutenir qu'en procédure ouverte, il est satisfait à l'exigence de fixation d'un niveau minimum lorsque celui-ci n'a été défini que pour un seul des critères de sélection retenus par le pouvoir adjudicateur et ne l'a pas été pour les autres. Par ailleurs, à supposer – comme le suggère la partie adverse – que le pouvoir adjudicateur puisse se dispenser de l'obligation de fixation d'un niveau minimal lorsque celle-ci s'avère impossible, encore faut-il qu'une telle impossibilité apparaisse à suffisance pour chacun des critères, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En ne fixant un seuil minimal que pour le seul critère de capacité financière et économique, et non pour les critères de capacité technique ou professionnelle, la partie adverse a méconnu l'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Le moyen qui lui en fait grief doit, en conséquence, être déclaré sérieux» (C.E., n°230.692 du 30 mars 2015, S.A. YVAN PAQUE et S.A. HYDRO ECOLO METEO MANAGEMENT INFORMATION SYSTEMS c/ RÉGIONWALLONNE). Les dispositions visées au moyen sont violées. Le moyen, en sa deuxième branche, est sérieux".

B. La partie adverse

La partie adverse considère tout d'abord que la requérante ne dispose pas de l'intérêt requis à cette seconde branche de son moyen unique :

- " [...] En effet, la partie requérante critique en l'espèce l'absence ou à tout le moins l'irrégularité d'un critère relatif à la sélection qualitative. Or, tant l'attributaire du marché que la partie requérante ont été sélectionnés. La partie requérante n'apporte pas la preuve (ni le début de preuve) qu'il en aurait été autrement si le pouvoir adjudicateur n'avait pas commis la prétendue irrégularité qu'elle allègue. En outre, la partie requérante n'a soulevé à aucun moment de la procédure d'attribution l'irrégularité de ce critère avant l'introduction de son offre, alors que, pour rappel, la partie adverse avait organisé un forum en ligne afin justement de permettre aux soumissionnaires potentiels de non seulement poser des questions, mais également de faire des remarques sur le CSC. Elle n'a donc pas intérêt à cette branche du moyen".

La partie adverse poursuit en considérant que cette seconde branche n'est en tout état de cause pas sérieuse. Elle fait valoir à ce sujet ce qui suit :

- " (i) À titre principal, la réglementation n'impose pas de fixer au moins un critère de sélection qualitative relatif à la capacité économique et financière ET au moins un critère de sélection qualitative relatif à la capacité technique ou professionnelle.

[...] Contrairement à ce que soutient la partie requérante, l'article 58 de l'AR du 15 juillet 2011 n'impose pas aux pouvoirs adjudicateurs de prévoir dans les documents du marché au moins deux critères de sélection qualitative dont l'un devrait porter sur la capacité technique ou professionnelle des candidats ou soumissionnaires et l'autre devrait porter sur la capacité économique et financière de ces derniers.

L'article 58 de l'AR du 15 juillet 2011 dispose en effet que :

«Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :

1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 61 à 66;

2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché».

Cette disposition n'impose donc pas d'établir, d'une part, des critères de sélection qualitative de caractère financier et économique et, d'autre part, de fixer des critères à caractère technique ou professionnel. La disposition prévoit qu'il convient de fixer «des critères» (au pluriel) et reprend ensuite leur caractère sur un pied d'égalité «de caractère financier, économique, technique ou professionnel» sans imposer un minimum de critères de caractères techniques ou professionnels ou un minimum de critères de caractère économique et financier.

Sur cette base, un pouvoir adjudicateur peut fixer plusieurs critères de sélection «de caractère financier, économique, technique ou professionnel». En fixant deux critères de sélection ayant tous deux traits à la capacité technique ou professionnelle ou ayant tous deux traits à la capacité économique ou financière, un pouvoir adjudicateur répond adéquatement au prescrit de l'article 58 de l'AR du 15 juillet 2011.

La nouvelle réglementation relative aux marchés publics (non applicable en l'espèce), opère certes un changement à cet égard mais celui-ci porte sur le fait qu'il est désormais possible de fixer un seul critère de sélection qualitative, ce qui n'était pas le cas auparavant puisque le pouvoir adjudicateur était tenu de fixer plusieurs critères. En effet, conformément à la loi du 17 juin 2016 (art. 71) :

«Le ou les critères de sélection peuvent avoir trait :

1° à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle; et/ou

2° à la capacité économique et financière; et/ou

3° aux capacités techniques et professionnelles».

[...] En l'espèce, le CSC prévoit deux critères de sélection qualitative. Par conséquent, il est satisfait à l'exigence de l'article 58 qui, pour rappel, n'impose pas qu'il s'agisse d'une part d'un critère de capacité économique et financière et d'autre part d'un critère de capacité technique ou professionnelle.

[...] L'exigence tendant à produire une liste de référence consiste en un critère de sélection de nature technique et professionnelle régulier. La requérante le reconnaît elle-même dans sa requête [...] :

«Il [la liste de références] s'agit en effet, d'un critère relatif à la sélection qualitative de caractère technique (art. 72, 7° A.R. du 15 juillet 2011)».

[...] La seconde exigence prévue à titre de critère de sélection qualitative, soit le fait d'être repris sur la liste des «entreprises agréées» publiée par la Banque nationale, peut consister en un critère de sélection relatif à la capacité technique ou professionnelle.

La partie requérante le reconnaît d'ailleurs également dans sa requête [...] : «S'il s'agit d'un critère de sélection, il ne pourrait s'agir que d'un critère de sélection qualitative de caractère professionnel ou d'autorisation d'exercer une activité».

Ce critère est bien lié et proportionné à l'objet du marché : pour rappel la conclusion d'une assurance collective hospitalisation et soins de santé.

En effet, les «entreprises d'assurances agréées» reprises sur la liste établie par la Banque nationale de Belgique (BNB) (en vertu de l'article 31 de la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance) sont toutes des entreprises d'assurances ayant demandé, et obtenu, l'agrément de la BNB pour, justement, exercer en Belgique une activité d'assurance. Il est donc incontestable que l'exigence d'un tel agrément est liée et proportionnée à l'objet du marché.

(ii) À titre subsidiaire, les critères de sélection fixés par les documents du marché portent, d'une part, sur la capacité technique et professionnelle et, d'autre part, sur la capacité économique et financière des soumissionnaires

(aa) Le fait d'être repris sur la liste des «entreprises d'assurance agréées» peut consister en un critère de sélection relatif à la capacité économique et financière

[...] À titre subsidiaire, si le Conseil d'État devait considérer que deux critères de sélection doivent au moins être fixés dans les documents du marché, dont l'un doit justifier de la capacité technique et professionnelle et l'autre de la capacité économique et financière, *quod non*, force est également de constater que les documents du marché répondent à cette exigence.

[...] Tout d'abord, les documents du marché prévoient un critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle qui n'est pas contesté par la partie requérante : la liste des références.

[...] Ensuite, l'exigence tendant à imposer d'être repris sur la liste des «entreprises d'assurances agréées» établie par la Banque nationale de Belgique (BNB) peut également consister en un critère de sélection adéquat relatif à la capacité économique et financière d'un soumissionnaire entendant conclure un marché d'assurance.

En effet, les «entreprises d'assurances agréées» reprises sur la liste établie par la BNB (en vertu de l'article 31 de la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance) sont toutes des entreprises d'assurances ayant demandé, et obtenu, l'agrément de la BNB pour exercer en Belgique une activité d'assurance.

L'obtention d'un tel agrément nécessite que l'entreprise concernée justifie le respect des conditions d'agrément, décrites aux articles 32 à 62 de cette loi, et portant sur les thèmes suivants : (i) Forme sociétaire et objet; (ii) Programme d'activités; (iii) Fonds propres; (iv) Détenteurs du capital; (v) Dirigeants; (vi) Organisation; (vii) Administration centrale et (viii) Protection des créanciers d'assurance.

L'entreprise doit ainsi (notamment) démontrer qu'elle dispose de fonds propres nécessaires, et plus particulièrement (art. 37 de la loi du 13 mars 2016) :

«1° qu'elle détient les fonds propres de base éligibles nécessaires pour atteindre le seuil absolu du minimum de capital requis prévu à l'article 189, § 1^{er}, 4°;

2° qu'elle est en mesure de détenir les fonds propres éligibles nécessaires pour couvrir en permanence le capital de solvabilité requis, conformément à l'article 151;

3° qu'elle est en mesure de détenir les fonds propres de base éligibles nécessaires pour couvrir en permanence le minimum de capital requis prévu à l'article 189».

Par ailleurs, après l'obtention de l'agrément, l'entreprise d'assurances doit en permanence satisfaire aux conditions d'exercice décrites aux articles 63 à 243 de cette loi, dont notamment l'obligation de détenir des fonds propres minimum (articles 74 et 75) selon les méthodes de calcul prévus aux articles 140 à 150 de cette loi («fonds propres») et 151 à 189 de cette loi («Exigences de capital»).

L'ensemble de ces règles résulte de la transposition en droit belge de la directive Solvabilité 2 (2009/138/EC) dont l'objectif principal (tel que décrit par la Commission Européenne [...]) est de requérir des entreprises d'assurances qu'elle détiennent du capital en fonction de leur profil de risque pour garantir qu'elles disposent de suffisamment de ressources financières pour résister à des difficultés financières (*«The directive requires insurance companies to hold capital in relation to their risk profiles to guarantee that they have enough financial resources to withstand financial difficulties»*).

Par conséquent, en demandant cet agrément, la partie adverse impose nécessairement le respect de seuils minimaux d'exigence de nature financière et économique, soit ceux repris dans les règles précitées en termes de fonds propres minimaux. Il s'agit bien là d'un élément de capacité économique et financière que d'autres pouvoirs adjudicateurs vérifient par exemple au moyen des bilans et comptes annuels.

Il en résulte que l'imposition d'une telle exigence à titre de critère de sélection relatif à la capacité économique et financière est particulièrement pertinente en

l'espèce. Le fait d'être repris sur la liste des «entreprises d'assurance agréées» peut donc consister en un critère régulier de sélection relatif à la capacité économique et financière.

(bb) La liste de références comporte également un seuil d'exigence permettant de vérifier la capacité économique et financière

[...] Par ailleurs, l'exigence relative à la liste de références consiste à produire : «Une liste de services équivalents qui ont été exécutés les 3 dernières années (2014, 2015, 2016) par lui ou ses sous-traitants reprenant au moins 3 références pour un montant total (montants cumulés des 3 dernières années) de 30.000.000,00 euros».

Cette exigence comprend donc également un aspect lié à la capacité économique et financière. La valeur des références à produire permet en effet raisonnablement au pouvoir adjudicateur de s'assurer de la solidité financière des soumissionnaires.

(cc) Conclusion quant à ce point

[...] Les deux critères comportent donc chacun les deux aspects : capacité technique et professionnelle d'une part et capacité économique et financière d'autre part ce qui n'est pas, en soi, interdit.

Tel est par exemple également le cas de l'agrément pour les marchés de travaux qui comprend un aspect technique (la catégorie ou sous-catégorie) et un aspect financier (la classe). Ceci démontre que la distinction invoquée par la partie requérante pour tenter de faire suspendre le marché est en réalité très artificielle et, en pratique, dénuée d'intérêt.

[...] En tout état de cause, à supposer que la réglementation de 2011 imposait de fixer au moins un critère de capacité technique ou professionnelle et au moins un critère de capacité économique et financière, *quod non*, on constate que les critères requis comportent, chacun, les deux aspects. Les documents du marché comptent bien au moins deux critères de sélection réguliers permettant au pouvoir adjudicateur de vérifier tant la capacité économique et financière des soumissionnaires que leur capacité technique et professionnelle.

(iii) En tout état de cause : quant à la nécessité d'assortir chaque critère d'un seuil minimum d'exigence

[...] La partie requérante tente encore de contester la validité du critère lié à l'agrément auprès de la BNB en soutenant que l'absence de seuil minimal d'exigence y relatif rendrait le critère irrégulier.

La partie requérante ne conteste pas qu'il est impossible d'assortir en l'espèce ce critère d'un seuil minimal. En effet, un tel critère ne se prête pas à la fixation d'un seuil minimal : soit le soumissionnaire se trouve sur la liste des assureurs agréés, soit il ne s'y trouve pas.

La partie requérante allègue en revanche que s'il est impossible d'assortir ce critère d'un seuil minimal [...], un tel critère ne peut être fixé dans les documents du marché.

[...] Ce raisonnement ne peut être suivi. En effet, à suivre cette thèse, un critère ne pouvant être assorti d'un seuil minimal ne pourrait jamais être utilisé en tant que critère de sélection qualitative, ce qui est contraire tant à la réglementation relative aux marchés publics qu'à la jurisprudence du Conseil d'État.

Chaque critère de sélection qualitative ne se prête pas à la fixation d'un seuil minimal d'exigence. Ainsi, l'article 67 de l'AR du 15 juillet 2011 dispose par exemple que la capacité économique et financière peut être suffisamment justifiée par la production de déclarations bancaires établies conformément à l'annexe 3 de cet AR. Or cette déclaration ne prévoit aucun seuil minimal : soit elle est signée,

soit elle ne l'est pas. Cela démontre donc qu'un critère peut être fixé sans seuil si la fixation d'un tel seuil ne s'y prête pas.

La jurisprudence invoquée par la partie requérante ne dit pas autre chose.

Dans l'arrêt n° 226.574 du 27 février 2014, le Conseil d'État considère certes que la preuve d'une assurance professionnelle doit être assortie d'un seuil minimal d'exigence. Le Conseil d'État met à cet égard en évidence qu'une assurance de risques professionnels peut être assortie de modalités qui tantôt en étendent, tantôt en réduisent la portée, en fixant par exemple des franchises ou des plafonds, ce que pourrait utilement devoir préciser le soumissionnaire :

«La partie adverse peut certes opposer à la seconde branche du moyen que la capacité du candidat peut être justifiée notamment par la preuve d'une assurance des risques professionnels sur le fondement de l'article 67, § 1^{er}, 1^o, de l'arrêt royal du 15 juillet 2011.

Mais, *prima facie*, elle ne paraît pas pouvoir être suivie en ce qu'elle soutient que ce critère ne doit pas être assorti d'un seuil, "un soumissionnaire étant assuré ou ne l'étant pas".

Il paraît bien être de notoriété publique qu'une assurance des risques professionnels peut être assortie de modalités qui tantôt en étendent, tantôt en réduisent la portée, en fixant par exemple des franchises ou des plafonds, ce que pourrait utilement devoir préciser le soumissionnaire».

Or en l'espèce, au contraire, l'agrément ne peut être assorti de modalités qui peuvent réduire ou étendre sa portée : le soumissionnaire est bel et bien sur la liste des assureurs agréés ou ne l'est pas.

L'arrêt n° 230.692 du 30 mars 2015 du Conseil d'État confirme encore cette thèse de la partie adverse. Dans cette affaire, le pouvoir adjudicateur n'avait pas fixé un seuil minimal pour chacun des critères de sélection alors qu'en réalité, il était possible de le faire (contrairement au cas d'espèce). Le Conseil d'État a cependant admis à demi-mot dans cet arrêt qu'en cas d'impossibilité de fixer un seuil minimal d'exigence, l'utilisation d'un critère de sélection qualitative sans seuil peut être admise :

«Par ailleurs, à supposer – comme le suggère la partie adverse – que le pouvoir adjudicateur puisse se dispenser de l'obligation de fixation d'un niveau minimal lorsque celle-ci s'avère impossible, encore faut-il qu'une telle impossibilité apparaisse à suffisance pour chacun des critères, ce qui n'est pas le cas en l'espèce».

[...] En l'espèce, comme indiqué, le critère en tant que tel (agrément) ne se prêtait pas à l'imposition d'un seuil minimum d'exigence par le pouvoir adjudicateur. L'exigence du pouvoir adjudicateur est en soi d'être «au minimum» sur cette liste des assureurs agréés.

[...] Enfin, on constate que l'agrément demandé est en réalité assorti de seuils minimaux d'exigence qui ont été fixés non pas par le pouvoir adjudicateur mais par la loi du 13 mars 2016 précitée. En cela, en demandant l'agrément en question, le pouvoir adjudicateur utilise des seuils minimaux d'exigences qui ont été fixés par ailleurs. En cela, il respecte donc la réglementation relative aux marchés publics en faisant siens des seuils minimaux qui ont été fixés par une instance plus compétente que lui pour juger de la solvabilité et de la capacité économique et financière de compagnies d'assurance.

[...] La branche du moyen n'est donc pas sérieuse, en conséquence, le moyen ne l'est pas non plus".

C. La partie intervenante

La partie intervenante conclut de même à l'absence de sérieux de la seconde branche du moyen unique, et ce sur la base de l'argumentaire suivant:

" [...] La réglementation des marchés publics ne doit pas être lue de manière déconnectée des autres législations qui s'appliquent aux secteurs d'activités concernés par le marché qui est passé par le pouvoir adjudicateur. Or, les critiques développées dans la requête font totalement fi de la législation que doit respecter toute entreprise qui exerce en Belgique une activité d'assurance qui constitue l'objet du marché passé par la partie adverse.

[...] En l'occurrence, la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance a pour objet de régler «l'établissement, l'activité et le contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance opérant en Belgique», en vue «de garantir la protection des preneurs d'assurance, des assurés et des bénéficiaires de contrats et d'opérations d'assurance, et d'assurer la solidité et le bon fonctionnement du système financier» (art. 3).

La loi du 13 mars 2016 établit des conditions d'agrément et des conditions d'exercice de l'activité.

L'entreprise d'assurance qui entend exercer en Belgique une activité d'assurance est tenue, avant de commencer son activité, de se faire agréer par la Banque nationale (art. 17). La Banque nationale vérifie non seulement que chaque entreprise d'assurance requérante respecte les conditions d'agrément fixés aux articles 32 à 62 mais également son aptitude à satisfaire en permanence aux conditions d'exercice de l'activité ainsi qu'à réaliser ses objectifs de développement dans les conditions que requièrent le bon fonctionnement du secteur des entreprises d'assurance et du système financier et la protection des preneurs d'assurance, des assurés des bénéficiaires. Comme l'indiquent les travaux préparatoires de la loi du 13 mars 2016, «l'appréciation du dossier d'agrément ne constitue donc pas une procédure mécanique mais bien une procédure à l'occasion de laquelle le pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'autorité de contrôle s'exerce sur les différents aspects du projet, notamment sa viabilité tant financière qu'organisationnelle» (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1584/1, p. 60).

Pendant l'exercice de ses activités, l'entreprise d'assurance doit en permanence respecter tant les conditions d'agrément que les conditions d'exercice de l'activité, sous peine de perdre son agrément pour une, plusieurs ou l'ensemble des branches d'assurance pour lesquelles elle est agréée (art. 517, § 1^{er}, 8°). Le fait de ne plus détenir le capital requis minimum dont il sera question ci-après est une circonstance qui oblige la Banque nationale à révoquer l'agrément de l'entreprise d'assurance pour la ou les branches d'activités concernée(s) (art. 541). La révocation de l'agrément pour l'ensemble des branches d'assurance pour lesquelles elle est agréée implique la dissolution de plein droit de l'entreprise d'assurance (art. 542).

Les entreprises d'assurance agréées sont inscrites sur une liste établie par la Banque nationale et publiée sur le site Internet de celle-ci (art. 31). L'inscription d'une entreprise agréée sur cette liste implique donc qu'elle respecte, à tout instant, tant les conditions d'agrément que les conditions d'exercice de l'activité.

La loi du 13 mars 2016 fixe des conditions d'agrément qui rencontrent les objectifs que poursuivent les critères de capacité technique et professionnelle (Par exemple :

- l'article 40 prévoit que les membres de l'organe légal d'administration et du comité de direction des entreprises d'assurance, les personnes chargées de la direction effective ainsi que les responsables des fonctions de contrôle indépendantes sont exclusivement des personnes physiques. Ces personnes doivent disposer en permanence de l'honorabilité professionnelle nécessaire et de l'expertise adéquate à l'exercice de leur fonction ;
- l'article 42 indique que toute entreprise d'assurance dispose d'un système de gouvernance adéquat, dont des mesures de surveillance, en vue de garantir une gestion efficace et prudente de l'entreprise, reposant notamment sur : une structure de gestion adéquate basée, au plus haut niveau, sur une distinction claire entre la direction effective de l'entreprise d'assurance d'une part, et le contrôle sur cette direction d'autre part, et prévoyant, au sein de l'entreprise, une séparation adéquate des fonctions et un dispositif d'attribution des responsabilités qui est bien défini, transparent et cohérent; une organisation administrative et comptable et un contrôle interne

adéquats, impliquant notamment des procédures de contrôle procurant un degré de certitude raisonnable quant à la fiabilité du processus de *reporting* de l'information; et la mise en place de procédures permettant de détecter une détérioration des conditions financières et d'informer immédiatement la Banque nationale lorsque celle-ci se produit).

Elle fixe également plusieurs conditions d'agrément (art. 37) et conditions d'exercice de l'activité (art. 151 et s.) qui rencontrent les objectifs que poursuivent les critères de capacité économique et financière de la réglementation des marchés publics : évaluer la solidité financière et la solvabilité de l'entreprise d'assurance. En marchés publics, le contrôle de la capacité économique et financière des soumissionnaires a notamment pour but de s'assurer que l'attributaire du marché pourra supporter, d'un point de vue économique et financier, les obligations découlant du nouveau marché et ainsi éviter qu'il cesse d'exécuter le marché ou qu'elle tombe en faillite en cours d'exécution : ces deux risques sont précisément analysés par la Banque nationale au travers de la loi du 13 mars 2016.

Les exigences de solvabilité/de solidité économique et financière à respecter au titre de la loi du 13 mars 2016 sont de deux ordres.

Primo, l'entreprise d'assurance doit détenir un minimum de capital requis (le MCR, *Minimum Capital Requirement*) visé à l'article 189, qui doit, en tout état de cause, être de minimum 2.500.000 EUR pour les entreprises d'assurance non-vie. Ce montant minimum de 2.500.000 EUR est applicable à toute entreprise d'assurance active dans les branches d'assurance non-vie (dont la branche 2 qui concerne le présent marché).

Secundo, l'entreprise d'assurance doit détenir un capital de solvabilité requis (le SCR, *Solvency Capital Requirement*) tel qu'il est fixé aux articles 151 et suivants, qui «se fonde sur l'hypothèse d'une continuité de l'exploitation de l'entreprise concernée» et qui «est calibré de manière à garantir que tous les risques quantifiables auxquels l'entreprise d'assurance ou de réassurance est exposée soient pris en considération». Un des risques à garantir est la couverture de tout nouveau portefeuille dont la souscription est attendue dans les douze mois à venir. Comme l'indiquent les travaux préparatoires de la loi du 13 mars 2016, «pour le calcul du SCR, les entreprises doivent mesurer tous les risques auxquelles elles sont confrontées (risques de souscription, risque opérationnel, risque de marché...) de façon à s'assurer qu'elles disposent de suffisamment de fonds propres pour les couvrir. Calculer le SCR revient en fait à définir le niveau de fonds propres minimum nécessaire afin de limiter le risque de faillite dans l'année qui vient avec une probabilité de 0,5 % (cela représente une chance sur 200 qu'une faillite intervienne dans les 12 prochains mois)» (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1584/1, p. 11).

Plus spécifiquement pour le module «risque de souscription en santé» (*health underwriting risk*), le capital de solvabilité requis doit couvrir au moins les risques suivants (art. 158) :

- le risque de perte, ou de changement défavorable de la valeur des engagements d'assurance, résultant de fluctuations affectant le niveau, l'évolution tendancielle ou la volatilité des dépenses encourues pour la gestion des contrats d'assurance ou de réassurance;
- le risque de perte, ou de changement défavorable de la valeur des engagements d'assurance, résultant de fluctuations affectant la date de survenance, la fréquence et la gravité des événements assurés, ainsi que la date et le montant des règlements de sinistres au moment du provisionnement;
- le risque de perte, ou de changement défavorable de la valeur des engagements d'assurance, résultant de l'incertitude importante, liée aux épidémies majeures et à l'accumulation inhabituelle de risques qui se produit dans ces circonstances extrêmes, qui pèse sur les hypothèses retenues en matière de prix et de provisionnement.

[...] Ce qui précède démontre que les deux critiques formulées par la requérante ne sont pas sérieuses.

[...] *Primo*, déterminer de manière purement théorique si la réglementation des

marchés publics impose ou pas de fixer dans les documents du marché au moins un critère de capacité technique et professionnelle et au moins un critère de capacité économique et financière est sans intérêt en l'espèce puisqu'en toute hypothèse, la critique manque en fait.

En effet, la partie adverse a, comme indiqué dans les différents avis de marché, évalué la capacité économique et financière des soumissionnaires au travers des instruments de contrôle prévus par la loi du 13 mars 2016 (Notons qu'il ne fait aucun doute, contrairement à ce qui prévaut pour la capacité technique et professionnelle, que le pouvoir adjudicateur peut, en vue d'évaluer la capacité économique et financière des soumissionnaires, recourir à d'autres critères que ceux listés dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011 – en l'occurrence à l'article 67 pour les critères de capacité économique et financière (voy. Y. CABUY, G. DEREAU, V. DOR, P. THIEL ET M. VASTMANS, *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique. De l'article à la pratique*, Larcier, Bruxelles, 2013, p. 205)).

Dans sa première mouture, l'avis de marché indiquait que la capacité économique et financière serait contrôlée par l'attestation de solvabilité (La notion de marge de solvabilité utilisée par l'avis de marché initial a été remplacée dans la loi du 13 mars 2016 par les notions expliquées ci-avant). Puisque l'inscription sur le site Internet de la Banque nationale suffit à démontrer le respect des exigences de solidité financière de la loi du 13 mars 2016 et qu'en l'état actuel de la législation, aucune attestation de solvabilité n'est délivrée par l'instance de contrôle (La Banque nationale en Belgique), l'avis rectificatif a prévu que les soumissionnaires pouvaient se limiter à apporter la preuve de cette inscription. Seuls les documents à produire pour démontrer le respect des exigences de solidité financière ont donc été modifiés d'un avis de marché à l'autre, mais pas les exigences elles-mêmes.

Comme la partie adverse le confirme dans sa note d'observations [...], la preuve de l'inscription sur la liste des entreprises d'assurance agréées avait donc bien également pour but de contrôler la solidité financière des soumissionnaires.

La première critique de la seconde branche n'est dès lors sérieuse ni en droit [...], ni en fait [...].

[...] *Secundo*, les exigences en matière de solidité financière fixées dans la loi du 13 mars 2016 (i) respectent non seulement l'exigence du seuil fixée par la réglementation des marchés publics (ii) mais permettent en outre une analyse beaucoup plus fine de la solidité financière des entreprises d'assurance qu'une analyse via les critères de l'article 67 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Tout d'abord, la loi du 13 mars 2016 fixe un seuil de capitaux propres à atteindre pour toute entreprise d'assurance active dans les assurances non-vie : 2.500.000 EUR. La requérante n'ignore pas l'existence de ce seuil puisqu'elle a dû démontrer qu'elle le respectait en vue d'obtenir son agrément. Or, à aucun moment dans sa requête, la requérante ne démontre (ou ne cherche même à démontrer) que ce seuil serait inapproprié pour évaluer en l'espèce la capacité des soumissionnaires à assumer les obligations découlant du présent marché et que, partant, la partie adverse aurait dû prévoir un autre seuil.

La seconde critique de la seconde branche – l'absence de seuil – manque dès lors en fait.

Ensuite, et en complément de ce qu'indique la note d'observations de la partie adverse, les exigences de la loi relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance sont beaucoup plus précises et détaillées que les critères assez basiques de la réglementation des marchés publics qui s'avèrent, en réalité, peu adaptés pour évaluer la capacité financière et économique des entreprises d'assurance.

Premièrement, la loi du 13 mars 2016 établit des exigences qui tiennent compte de la structure financière des entreprises d'assurance, qui est basée sur un modèle de flux financiers particuliers : perception de primes, couverture de dommages, détention d'un minimum de capital requis et d'un capital suffisant pour assumer tous les risques quantifiables et placement dans des titres financiers. La solidité financière d'une entreprise d'assurance dépend donc de nombreux paramètres que l'on ne retrouve pas dans la structure financière d'autres opérateurs économiques actifs dans d'autres secteurs d'activités.

Deuxièmement, alors que les critères de la réglementation des marchés publics

appréhendent la situation économique et financière des soumissionnaires uniquement avant l'attribution du marché, les exigences de la loi du 13 mars 2016 permettent de s'assurer en permanence – donc pas uniquement avant l'attribution du marché – que l'entreprise d'assurance retenue continuera à présenter une solidité financière tout au long de l'exécution du marché.

Troisièmement, contrairement aux critères de la réglementation des marchés publics qui appréhendent la situation économique et financière des soumissionnaires de manière parfois trop abstraite, voire monolithique, la loi du 13 mars 2016 ajoute aux exigences générales un contrôle au cas par cas de la solidité financière de chaque entreprise d'assurance. Outre la détention d'un capital requis qui est une exigence commune à toute entreprise d'assurance (le MCR), chaque entreprise doit en effet détenir un capital suffisant (le SCR) qui tient compte de sa structure propre. Ce contrôle spécifique constitue une bien meilleure garantie de la solidité financière de chaque entreprise d'assurance que, par exemple, un examen, visé par la réglementation des marchés publics, du respect d'un chiffre d'affaires identique dans le chef de tous les soumissionnaires : en effet, dans cet exemple concernant le critère du chiffre d'affaires issu de la réglementation des marchés publics, un soumissionnaire, qui, bien qu'il dispose d'un chiffre d'affaires moindre que celui imposé par les documents du marché, a des coûts inférieurs à son chiffre d'affaires, dispose en réalité d'une plus grande solidité financière pour assumer ses obligations qu'un soumissionnaire qui, pendant plusieurs exercices, a des coûts supérieurs à son chiffre d'affaires qui dépasserait pourtant le seuil fixé par le pouvoir adjudicateur.

[...] Outre que la critique relative à l'absence de seuil manque en fait, il ne peut être fait grief à la partie adverse de s'être référée aux critères de solidité financière fixés dans la loi du 13 mars 2016 pour s'assurer de la capacité économique et financière des soumissionnaires à exécuter le marché contesté.

Le rapport au Roi sous l'arrêté royal du 15 juillet 2011 incite même les pouvoirs adjudicateurs à utiliser, si elles existent, les données qui sont mises à leur disposition par d'autres biais : «Le pouvoir adjudicateur n'est cependant pas tenu de réclamer l'ensemble des données mentionnées dans les dispositions consacrées à la sélection qualitative. Il doit adapter sa demande en fonction des spécificités du marché et de ce qui lui paraît nécessaire ou utile pour prendre sa décision de sélection et pour pouvoir motiver celle-ci. Le pouvoir adjudicateur doit en conséquence s'abstenir de demander des données s'il ne dispose pas des compétences internes ou externes nécessaires pour les traiter» (Rapport au Roi, *M.B.*, 9 août 2011, 1^{re} éd., p. 44.899).

C'est précisément ce que la partie adverse a fait [...] : au lieu de recourir à d'autres critères qui auraient pu être moins adaptés, elle a eu recours aux critères et aux seuils minimaux de la loi du 13 mars 2016 (i) qui sont les plus appropriés pour s'assurer de la solidité financière des entreprises d'assurance puisqu'ils sont spécifiques au secteur d'activités concerné par le marché et (ii) dont le respect dans le chef de chaque entreprise d'assurance est contrôlé par une instance – la Banque nationale – qui dispose d'une grande expertise en la matière.

[...] La partie requérante en intervention est inscrite sur la liste des entreprises d'assurance agréées pour les assurances de la branche 2 concernées par le marché lancé par la partie adverse. Elle a donc démontré qu'elle remplissait les conditions d'agrément (dont certaines portent sur l'aptitude technique et professionnelle des entreprises d'assurance à exercer des activités d'assurances) et les conditions d'exercice de l'activité que toute entreprise d'assurance doit respecter en vertu de la loi du 13 mars 2016 et qu'il était demandé aux soumissionnaires de respecter pour démontrer leur capacité économique et financière. Elle dispose dès lors de la solidité financière nécessaire pour couvrir le portefeuille d'assurance du marché passé par l'État belge.

[...] Compte tenu de l'absence de fondement des deux critiques formulées par la requérante, la seconde branche du moyen unique, en ses deux critiques, n'est pas sérieuse".

D. Plaidoiries

La partie requérante maintient qu'il faut bien les deux types de critères et observe que l'alternative qui est laissée à cet égard par le législateur dans la nouvelle loi de 2016 n'est pas prévue par la réglementation applicable au présent litige. Elle estime par ailleurs que le critère retenu n'est en tout état de cause pas proportionné, puisqu'il fixe un seuil six fois moins élevé que le montant du marché. Elle en conclut qu'il s'imposait de fixer un autre critère et que son intérêt à cette branche du moyen doit, en conséquence, être reconnu.

La partie adverse précise tout d'abord qu'il est clair qu'en modifiant les critères de sélection qualitative, l'intention n'a pas été de vouloir encourager la partie intervenante et qu'il vaut mieux en la matière faire confiance à l'autorité de contrôle du secteur des assurances, à savoir la Banque nationale de Belgique. Elle reconnaît par ailleurs qu'il a parfois déjà été dit qu'il fallait au moins un critère dans chacune des catégories visées à l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, mais que ce n'est pas ce que dit cet article. La situation n'est donc pas claire en la matière. Il serait en effet possible de considérer, comme c'est le cas avec la nouvelle législation, qu'il faut au moins un critère. Quoi qu'il en soit, la partie adverse considère que cela n'a pas, en soi, à être tranché dans le cas d'espèce, du fait qu'il y a bien eu un critère fixé de chaque catégorie et qu'un ou des seuils ont été imposés dans chacun de ces critères, qu'il s'agisse de la liste de références ou de la loi du 13 mars 2016 précitée. En outre, aucun seuil minimum n'est exigé par la réglementation et il n'y avait aucune nécessité de fixer, en l'espèce, un méga-seuil auquel ne répondraient en conséquence que des méga-entreprises.

Pour la partie intervenante, la seconde branche du moyen unique peut être facilement réfutée. Sur le fond du droit, on peut ne prévoir qu'un seul critère, comme c'est le cas pour l'agrément des entreprises de travaux publics, et il n'y a par ailleurs pas lieu de se poser la question d'un "seuil". Si l'on veut aller plus loin, il y a en tout état de cause bien un seuil, à savoir ceux fixés par la loi du 13 mars 2016 précitée et il n'y a pas meilleur mode de contrôle que celui prévu par cette loi du fait qu'elle instaure un contrôle "au cas par cas" de la situation financière de chaque société d'assurance. La partie intervenante considère encore que les critiques que formule la requérante à l'audience concernant les "seuils" fixés par la loi du 13 mars 2016 ne sont pas recevables, du fait que ces critiques n'ont pas été exposées dans la requête. Il en va par ailleurs de même de la nécessité, toujours invoquée par la requérante à l'audience, de fixer un autre seuil que ceux déterminés par la loi du 13 mars 2016, ceci n'ayant pas non plus été exposé dans la requête.

V.2.2. Appréciation

Sans qu'il soit besoin de se prononcer *prima facie* sur la délicate question de la portée exacte qu'il convient de conférer à l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, il suffit de constater, au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, que la seconde branche du moyen unique manque en tout état de cause en fait. En effet, même s'il fallait considérer, comme l'affirme la requérante, qu'il est obligatoire, d'une part, de prévoir à la fois au stade de la sélection qualitative au moins un critère technique ainsi qu'au moins un critère financier et économique, et, d'autre part, de fixer un ou des seuils pour chacun de ces critères, force est de constater que cette double obligation est bien rencontrée en l'espèce.

S'agissant tout d'abord de la fixation d'un critère et d'un seuil relatif à la sélection qualitative de caractère technique, l'ensemble des parties s'accordent pour considérer que tel est bien le cas avec l'exigence d'une liste d'au moins trois références à produire pour des services équivalents qui ont été exécutés les trois dernières années (2014, 2015, 2016), et ce pour un montant total cumulé de 30.000.000,00 euros.

S'agissant ensuite de la fixation d'un critère et d'un seuil relatif à la sélection qualitative de caractère financier et économique, la requérante ne peut *prima facie* tout d'abord pas être suivie lorsqu'elle affirme que l'exigence d'être repris sur la liste des "entreprises d'assurances agréées" par la Banque nationale de Belgique, et ce en application de la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance, ne constituerait pas un tel critère. Comme l'affirment au contraire les parties adverse et intervenante dans de longs développements auxquels le Conseil d'État se réfère, l'obligation pour toute entreprise souhaitant exercer en Belgique d'obtenir un tel agrément nécessite, non seulement, que l'entreprise concernée justifie le respect des conditions d'agrément fixées par cette loi du 13 mars 2016, notamment en matière de fonds propres (capital minimum requis de 2.500.000,00 euros; capital de solvabilité minimum requis fixé en fonction des risques financiers à garantir dans les douze mois à venir) et de mesures de protection des créanciers d'assurance, mais aussi que, durant l'exercice de ses activités en Belgique, l'entreprise concernée satisfasse en permanence à diverses conditions d'exercice également fixées par la loi du 13 mars 2016. Si l'on ajoute à cette double exigence, la circonstance que les entreprises d'assurance agréées sont soumises en permanence au contrôle prudentiel exercé par la Banque nationale de Belgique, dans le cadre duquel ces entreprises sont obligées d'informer immédiatement la Banque nationale de Belgique en cas de détérioration de leurs conditions financières, il est permis de considérer *prima facie*, comme l'affirme les

parties adverse et intervenante, que l'exigence d'être repris sur la liste des "entreprises d'assurance agréées" établie par la Banque nationale de Belgique constitue bien un critère de sélection relatif à la capacité économique et financière des soumissionnaires au marché public à attribuer. La requérante fait bien encore valoir que le critère ainsi retenu ne serait pas lié et proportionné au marché à attribuer, du fait que l'agrément serait délivré de manière générale et non particulièrement en relation avec ce marché. Ce faisant, la requérante perd toutefois manifestement de vue que l'agrément porte par essence sur l'accomplissement en Belgique d'activités d'assurance alors même que l'objet du marché porte sur la conclusion d'une assurance collective hospitalisation et soins de santé. L'on se trouve en réalité dans une situation particulière dans le cadre de laquelle la partie adverse a pu raisonnablement estimer qu'il suffisait de renvoyer à la "liste des entreprises agréées" par la Banque nationale de Belgique, sans devoir, en outre, fixer un autre critère de sélection qualitative de caractère financier et économique. Il est vrai par ailleurs que les documents du marché ne fixent pas expressément un seuil pour ce critère. Mais ici aussi, les parties adverse et intervenante peuvent être *prima facie* suivies lorsqu'elles affirment, toujours sur la base de longs développements auxquels le Conseil d'État se réfère à nouveau, qu'indépendamment de la question de savoir s'il est ou non obligatoire de fixer un seuil pour chaque critère de sélection qualitative retenu, il n'était, en l'espèce, pas nécessaire de fixer un ou des seuils dans les documents du marché, du fait même que de tels seuils minimaux sont déjà imposés aux entreprises d'assurance qui sollicitent leur agrément en application de la loi du 13 mars 2016 précitée. En faisant dès lors siens les seuils minimaux exigés en application de cette dernière loi, la partie adverse a, en tout état de cause, agi dans le respect de la réglementation relative aux marchés publics. La requérante fait encore valoir à l'audience que le critère et les seuils ainsi fixés par la loi du 13 mars 2016 précitée ne seraient pas proportionnés par rapport au montant du marché à attribuer et qu'il aurait donc fallu prévoir un autre critère. Cependant, outre le fait que la requérante ne précise pas comment fixer ce critère et ces seuils "proportionnés", rien ne permet non plus de considérer *prima facie* que l'exigence d'inscription sur la "liste des entreprises agréées" par la Banque nationale de Belgique et le renvoi ainsi opéré aux seuils financiers fixés par la loi du 13 mars 2016 précitée ne seraient pas suffisamment proportionnés aux spécificités du marché à attribuer, lequel rentre bien dans le champ d'application de cette loi du 13 mars 2016 qui fixe en la matière des conditions d'agrément des entreprises d'assurance et d'exercice de leurs activités qui apparaissent plus sévères que les exigences imposées par la réglementation sur les marchés publics au niveau de la sélection qualitative. La partie adverse peut à cet égard également être suivie lorsqu'elle fait valoir qu'elle n'a, en conséquence, pas estimé nécessaire de fixer un ou des seuils financiers spécifiques au marché à attribuer, dès lors que, par définition, de tels seuils n'auraient été utiles que s'ils avaient été plus élevés que ceux fixés par la loi du 13 mars 2016.

Il résulte en conclusion de l'ensemble des considérations qui précèdent que la seconde branche du moyen unique n'est pas non plus sérieuse.

VI. Confidentialité

La partie requérante demande que le caractère confidentiel de son offre soit préservé.

La partie adverse dépose, quant à elle, les offres des différents soumissionnaires à titre confidentiel.

La partie intervenante sollicite également que son offre, déposée par la partie adverse, soit traitée de manière confidentielle.

En vue de préserver le secret des affaires et dès lors que la divulgation des offres déposées n'est pas nécessaire à la solution du litige, il s'impose, à ce stade de la procédure, de les maintenir confidentielles

VII. Indemnité de procédure

VII.1. Thèses des parties

Tant la requérante que la partie adverse sollicitent, à la charge de l'autre partie, le paiement d'une indemnité de procédure liquidée au montant de base de 700 euros.

VII.2. Appréciation

La partie requérante étant celle qui succombe au stade de la procédure de suspension d'extrême urgence, il y a lieu de la condamner à verser à la partie adverse une indemnité de procédure, liquidée au montant de base de 700 euros.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme AG INSURANCE est accueillie dans la présente procédure.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

La pièce 11 du dossier de pièces de la partie requérante et les pièces 34 à 37 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

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 n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie adverse, à charge de la partie requérante.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à charge de la partie requérante à concurrence de 200 euros et à charge de la partie intervenante à concurrence de 150 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le trente et un août deux mille dix-sept par :

MM. Jacques JAUMOTTE, président de chambre,
Vincent DURIEUX, greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Jacques JAUMOTTE.