

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

A R R Ê T

n° 240.653 du 2 février 2018

A.224.153/VI-21.157

En cause : **l'association sans but lucratif
SPMT-ARISTA,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Carole MACZKOVICS et
Kevin MUNUNGU, avocats,
avenue Louise 81
1050 Bruxelles,

contre :

la commune d'Ans,

ayant élu domicile chez
M^e Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

**l'association sans but lucratif
PROVIKMO,**

ayant élu domicile chez
M^e Christophe DUBOIS, avocat,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 janvier 2018, l'association sans but lucratif SPMT-ARISTA sollicite, d'une part, la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution, et, d'autre part, l'annulation de "la décision du 13 décembre 2017 du collège des bourgmestre et échevins de la commune d'Ans, notifiée le 18 décembre 2017 à la partie requérante, d'attribuer le marché de services régi par le cahier spécial des charges n° 20170042 à PROVIKMO VZW".

II. Procédure

Par une ordonnance du 4 janvier 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 26 janvier 2018 à 10 heures 30.

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

Par une requête introduite le 23 janvier 2018, l'association sans but lucratif PROVIKMO 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. David DE ROY, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Carole MACZKOVICS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Christophe DUBOIS, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme, sauf en ce qui concerne les dépens.

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

III. Exposé des faits utiles à l'examen de la demande

1. En séance du 21 juin 2017, le collège communal de la partie adverse décide d'approuver un cahier des charges n° 20170042 ayant pour objet la "désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail".

Le montant estimé du marché s'élève à 55.000 € T.V.A.C.; le collège choisit la procédure négociée sans publicité et décide de consulter les prestataires suivants :

- SPMT-ARISTA;
- PROVIKMO;
- Groupe SECUREX;

- MENSURA.

La date limite pour faire parvenir les offres est fixée au 5 juillet 2017 à 11 heures.

2. Pour la période précédant celle que couvre le marché litigieux, la requérante avait été désignée comme service externe de prévention et de protection du travail de la partie adverse.

3. Conformément à l'article I.12 du cahier spécial des charges, les critères d'attribution du marché sont intitulés et pondérés comme suit:

- N° 1: Prix (40 points);
- N° 2: Qualité du service proposé (30 points);
- N° 3: Délai d'attente pour une évaluation/consultation/examen médical (5 points);
- N° 4: Délai de transmission d'un rapport (visite, analyse,...) (5 points);
- N° 5: Qualité de l'interface informatique (10 points);
- N° 6: Qualité des formations (10 points).

En vue de la comparaison des offres au regard du critère n° 1 "Prix", ce même point I.12 du cahier spécial des charges contient l'indication suivante :

" Ce critère sera calculé via la règle de 3 suivante : $\text{Score offre} = (\text{prix de l'offre la plus basse} / \text{prix de l'offre}) * \text{poids du critère prix}$

La comparaison des offres se fera sur base du montant proposé par chaque soumissionnaire figurant dans l'inventaire (annexe C) dûment complété par le soumissionnaire.

Le maximum de l'échelle est de 40 points, son minimum est de 0 point.
Les scores obtenus sont arrondis à l'unité inférieure".

Par ailleurs, le point I.4 du cahier spécial des charges précise ce qui suit, relativement à la "fixation des prix":

" Le présent marché consiste en un marché à bordereau de prix.

Le marché à bordereau de prix est celui dans lequel les prix unitaires des différents postes sont forfaitaires et les quantités, pour autant que des quantités soient déterminées pour les postes, sont présumées ou exprimées dans une fourchette. Les postes sont portées en compte sur la base des quantités effectivement commandées et mises en œuvre.

Bien que, le législateur prévoit une cotisation forfaitaire annuelle par travailleur et que ces cotisations seront transposées en «unités de prévention» conformément à l'art.13/4 de l'arrêté royal du 27 mars 1998, le soumissionnaire indiquera dans l'inventaire le montant unitaire annuel par travailleur qu'il compte appliquer ainsi que le prix unitaire des différentes prestations de base, complémentaires et

supplémentaires.

Cela doit permettre au pouvoir adjudicateur de comprendre la manière dont il pourra dépenser ses unités de prévention en fonction des prestations qu'il demandera. D'autre part, l'indication des prix doit faciliter la comparaison des offres reçues".

L'inventaire dont il est question au point I.12 du cahier spécial des charges contient une liste de prestations pour lesquelles les soumissionnaires sont invités à faire offre d'un prix unitaire, sans que soit toutefois mentionnée quelque quantité présumée.

4. A l'expiration du délai accordé aux quatre opérateurs consultés, seules deux offres sont déposées, respectivement par la requérante et l'intervenante.

Au terme de négociations menées entre la partie adverse, d'une part, et chacun des deux soumissionnaires, d'autre part, des offres finales sont remises par ceux-ci, dont les montants respectifs T.V.A.C. sont arrêtés comme suit par la partie adverse :

- A.S.B.L. PROVIKMO : 4.839,92 euros;
- A.S.B.L. SPMT-ARISTA : 7.177,57 euros.

5. Le rapport d'examen des offres établi le 4 décembre 2017 propose d'attribuer, pour ce qui concerne le critère d'attribution n° 1 "Prix" (40 points), les cotes suivantes :

- A.S.B.L. PROVIKMO : 40;
- A.S.B.L. SPMT-ARISTA : 26,97.

Il conclut, par ailleurs, à l'attribution du marché à l'A.S.B.L. PROVIKMO, au vu des cotes totales suivantes :

- A.S.B.L. PROVIKMO : 94;
- A.S.B.L. SPMT-ARISTA : 80,97.

6. Par une délibération du 13 décembre 2017, le collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse décide, sur le fondement de ce rapport d'examen des offres qu'il considère comme partie intégrante de sa délibération, d'attribuer le marché à l'A.S.B.L. PROVIKMO. Il s'agit de l'acte attaqué, qui se lit comme suit:

" Le Collège communal,

Vu le Code de la démocratie locale et de la décentralisation et ses modifications ultérieures, notamment les articles L1222-3 et L1222-4 relatifs aux compétences du Collège communal, et les articles L3111-1 et suivants relatifs à la tutelle;

Vu la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et ses modifications ultérieures, notamment l'article 26, § 1, 1° a (la dépense à approuver HTVA ne dépassant pas le seuil de 85.000,00€), et notamment l'article 38 permettant une exécution conjointe des services pour le compte de pouvoirs adjudicateurs différents;

Vu la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, et ses modifications ultérieures;

Vu l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et ses modifications ultérieures, notamment l'article 105;

Vu l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et ses modifications ultérieures;

Considérant le cahier des charges N° 20170042 relatif au marché «DÉSIGNATION D'UN SERVICE EXTERNE DE PRÉVENTION ET DE PROTECTION AU TRAVAIL» établi par la Cellule des Marchés Publics;

Considérant que le montant estimé de ce marché s'élève à 55.000€;

Vu la décision du Collège communal du 7 juin 2017 approuvant les conditions, le montant estimé et la procédure de passation (procédure négociée sans publicité) de ce marché;

Vu la décision du Collège communal du 21 juin 2017 relative au démarrage de la procédure de passation, par laquelle les opérateurs économiques suivants ont été choisis afin de prendre part à la procédure négociée :

- SPMT-ARISTA ASBL, Rue Royale 196 à 1000 Bruxelles;
- PROVIKMO VZW, Rue mabime 58 à 4432 Alleur;
- GROUPE SECUREX ASBL, Avenue De Tervueren 43 à 1040 Bruxelles;
- MENSURA Service Externe de Prévention et de Protection au travail, Rue Gaucheret 88/90 à 1030 Bruxelles;

Considérant que les offres devaient parvenir à l'administration au plus tard le 5 juillet 2017 à 11h00;

Considérant que le délai de validité des offres est de 180 jours de calendrier et se termine le 1^{er} janvier 2018;

Considérant [que] la tarification des services visés est partiellement prévue par le législateur par le paiement d'une cotisation minimale forfaitaire annuelle par travailleur;

Considérant que l'administration communale d'Ans présente une classe des risques peu élevés et comptait au 31/11/2016 un nombre total de 384 travailleurs pour l'administration communale et 178 travailleurs pour les établissements scolaires;

Considérant qu'en vertu de l'article II.3-15 et suivant du Code sur le bien-être au travail, le pouvoir adjudicateur s'apparente au groupe tarifaire 4 soit un coût forfaitaire annuel par travailleur de 95,50 €. Hormis les enseignants pour lesquels le pouvoir adjudicateur s'apparente au groupe tarifaire 1 soit un coût forfaitaire annuel par travailleur de 41,50 €;

Considérant dès lors que la cotisation minimale forfaitaire annuelle est de :

- o Administration communale : 97,41€ x 384 travailleurs= 37.405,44 euros/an
- o Enseignement : 42,33€ x 178 travailleurs= 7.534,74 euros/an
- o TOTAL = 44.940,18 euros/an

Considérant que le pouvoir adjudicateur est classé dans le groupe B et qu'il y a dès lors lieu de convertir le montant de la cotisation minimale forfaitaire annuelle en unités de prévention conformément à l'article 11.3-16 § 2 du Code sur le bien-être au travail;

Considérant qu'une unité de prévention de base est valorisée à 153€ (art. 11.3-17 § 1^{er} du Code sur le bien-être au travail);

Considérant en l'espèce que l'administration communale dispose de :

- o 44.940,18 € / 153 € = 293,72 unités de prévention
- o SOIT un total d'Unités de Prévention de 293,72

Considérant que chaque prestation effectuée par le service externe de prévention et de protection au travail sera décomptée du montant d'Unité de Prévention;

Considérant dès lors que l'analyse des offres porte notamment sur la manière dont les prestations commandées seront décomptées du montant total d'unités de prévention;

Considérant que 2 offres sont parvenues et que pour les mêmes prestations commandées, le montant qui sera décompté du montant total des unités de préventions est de :

- Pour PROVIKMO VZW, Rue Mâbime 58 à 4432 Alleur : 4.839,92 € TVAC soit 31,63 Unités de Prévention;
- Pour SPMT-ARISTAASBL, Rue Royale 196 à 1000 Bruxelles: 7.177,57 € soit 46,91 Unités de Prévention;

Considérant que les autres critères d'attribution sont plus amplement décrits dans le rapport d'examen des offres du 4 décembre 2017 rédigé par la Cellule des Marchés Publics;

Considérant qu'il est proposé, tenant compte des éléments précités, d'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit à PROVIKMO VZW, Rue Mâbime 58 à 4432 Alleur;

Considérant que le crédit permettant cette dépense est inscrit au budget ordinaire de l'exercice 2017, article 104/117-02;

Considérant que l'avis de légalité du directeur financier a été demandé en date du 5 décembre 2017;

Vu l'avis positif rendu en date du 11/12/2017 par le Directeur financier quant à ce dossier;

DECIDE :

Article 1^{er}: De sélectionner les soumissionnaires SPMT-ARISTA ASBL et PROVIKMO VZW qui répondent aux critères de sélection qualitative.

Article 2: De considérer les offres de PROVIKMO VZW et SPMT-ARISTA ASBL comme complètes et régulières.

Article 3 : D'approuver le rapport d'examen des offres du 4 décembre 2017.

Article 4 : De considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération.

Article 5: D'attribuer le marché "DÉSIGNATION D'UN SERVICE EXTERNE DE PREVENTION ET DE PROTECTION AU TRAVAIL" au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit PROVIKMO VZW, Rue Mâbime 58 à 4432 Alleur pour un montant de 44.940,18 euros/an.

Article 6 : L'exécution du marché doit répondre aux conditions fixées par le cahier des charges N° 20170042.

Article 7 : D'approuver le paiement par le crédit inscrit au budget ordinaire de l'exercice 2017, article 104/117-02".

7. Par un courriel du 22 décembre 2017, adressé à la partie adverse, la requérante s'exprime en ces termes :

" Nous avons bien reçu la notification de non-attribution du marché public de désignation d'un Service Externe de Prévention et de Protection au Travail, datée du 18 décembre 2017.

Nous prenons contact avec vous pour vous indiquer que votre décision d'attribution est, à notre estime, entachée de plusieurs irrégularités.

Si la législation sur les marchés publics doit évidemment être respectée dans l'attribution d'un tel marché, celle sur le bien-être au travail (donc le Code du bien-être), qui est d'ordre public, doit l'être aussi.

Nous nous permettons donc de relever trois irrégularités principales et flagrantes dans la décision qui a été prise :

1. La régularité de la relation contractuelle

SPMT ARISTA est actuellement toujours le Service Externe de la commune d'Ans. La commune n'a pas mis fin au contrat selon les règles prévues par le Code du Bien-être, particulièrement l'AR du 27 mars 1998 relatif aux services externes. L'article 13 de cet AR stipule : «Le contrat est conclu pour une durée indéterminée. Il prend fin:

1° d'office, lorsque le service externe n'est plus agréé;

2° moyennant un préavis donné par une des parties, avec respect d'un délai de préavis qui s'élève à minimum six mois, prenant cours le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel le préavis est notifié, et prenant fin le 31 décembre de l'année civile courante ou de l'année civile suivante, suivant le cas» [...].

Nous n'avons jamais reçu de préavis de la part de la commune d'Ans, de telle sorte que nous considérons que le contrat qui nous lie ne prend pas fin au 31 décembre 2017.

Vous nous avez déjà indiqué, en réponse à notre lecture de la législation, que «la durée totale d'un marché, y compris les réductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché», ce qui justifierait une sorte de fin «automatique» du marché qui nous lie. Vous faites de la sorte référence à 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. Art. 37 § 2. «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» [...]. L'utilisation de l'expression «en règle générale» signifie qu'il ne s'agit pas d'une durée maximale absolue. D'autres durées pour certains marchés publics sont possibles, par exemple quand d'autres législations imposent d'autres règles, comme c'est le cas pour la législation sur les Services Externes, qui prévoit que le contrat doit obligatoirement être conclu pour une durée indéterminée. La réglementation sur les marchés publics prévoit par ailleurs explicitement le cas de marchés à durée indéterminée. Voyez l'art. 27. § 2 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics : «L'estimation des marchés de services à passer sans indication d'un prix total se détermine comme suit :

1° en cas de marché à durée déterminée, dans la mesure où celle-ci est égale ou inférieure à quarante-huit mois, en se fondant sur la valeur totale estimée du marché pour toute sa durée;

2° en cas de marché ayant une durée indéterminée ou supérieure à quarante-huit mois, en se fondant sur la valeur mensuelle estimée multipliée par quarante-huit» [...].

2. La durée du marché

La durée du marché que vous passez n'est pas conforme aux obligations légales imposées par la législation sur le bien-être. Votre cahier de charges prévoit en effet, au niveau des Dispositions contractuelles – II.4 Durée : «Le marché débutera à la notification de l'attribution jusqu'au 31 décembre 2018. Le contrat pourra toutefois être résilié anticipativement si le service externe n'est plus agréé conformément à l'article 13 de l'arrêté royal du 27 mars 1998.»

Or l'art 13 de l'AR SEPP cité ci-avant indique bien que «Le contrat est conclu pour une durée indéterminée». Il ne peut donc pas être conclu pour un an.

3. Le critère d'attribution n°1 relatif au prix :

En application de l'art. 13/2 de l'AR SEPP, le prix dans un marché de services externes, c'est la cotisation forfaitaire due par l'employeur pour l'ensemble des travailleurs qu'il occupe. Il n'est pas possible que le prix du marché proposé par

SPMT ARISTA pour l'ensemble des travailleurs de la Commune d'Ans soit de 7.177 €.

De plus, l'article 11 de l'AR SEPP interdit toute ristourne ou réduction qui aurait pour effet de réduire le montant de la cotisation forfaitaire : «Il est interdit à tout service externe de pratiquer ou de proposer à l'employeur, et à ce dernier de solliciter ou d'accepter toute forme de réduction, de ristourne, de remboursement, ou d'autre pratique commerciale, ayant pour but ou pour effet de réduire le montant des cotisations forfaitaires minimales obligatoires visées à la section IIbis, même si le contrat a été conclu à la suite d'un marché public.» Il nous semble peu probable que les montants qui vous ont été proposés par le concurrent que vous avez désigné soient exempts de réductions ou de ristournes.

Au vu des irrégularités qui nous paraissent évidentes, il nous semble plus que probable que si nous devions introduire un recours au Conseil d'État contre la décision d'attribution de la commune d'Ans, il nous serait favorable.

Nous voulons dès lors vous proposer d'annuler votre marché et d'en relancer un nouveau l'an prochain, selon les formes requises tant par la législation sur les marchés publics que par celle relative au Bien-être au Travail. Si vous ne deviez pas accepter cette proposition d'ici le 27 décembre 2017, nous nous verrions dans l'obligation d'introduire un recours en suspension de la décision d'attribution du marché devant le Conseil d'État".

8. Le 28 décembre 2017, la partie adverse notifie à l'association sans but lucratif PROVIKMO la décision d'attribution du marché prise en sa faveur, en lui précisant que les services doivent être prestés du 1^{er} janvier 2018 au 31 décembre 2018.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 23 janvier 2018, l'association sans but lucratif PROVIKMO demande à intervenir dans la présente procédure.

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

V. Compétence du Conseil d'État

V.1. Thèse de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la partie adverse conteste la compétence du Conseil d'État pour connaître de la présente demande, dans les termes suivants :

" La partie requérante a écrit le 22 décembre 2017 à la partie adverse ce qui suit :

«SPMT ARISTA est actuellement toujours le Service Externe de la commune d'Ans. La commune n'a pas mis fin au contrat selon les règles prévues par le Code du Bien-être, particulièrement l'AR du 27 mars 1998 relatif aux services externes.

L'article 13 de cet AR stipule : "Le contrat est conclu pour une durée indéterminée.

Il prend fin :

1° d'office lorsque le service externe n'est pas agréé;

2° moyennant un préavis donné par une des parties, avec respect d'un délai de préavis qui s'élève à minimum six mois, prenant cours le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel le préavis est notifié, et prenant fin le 31 décembre de l'année civile courante ou de l'année civile suivante, suivant le cas" [...].

Nous n'avons jamais reçu de préavis de la part de la Commune d'Ans, de sorte que nous considérons que le contrat qui nous lie ne prend pas fin au 31 décembre 2017. Vous nous avez déjà indiqué, en réponse à notre lecture de la législation, que "la durée totale d'un marché y compris les réductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché", ce qui justifierait une sorte de fin "automatique" du marché qui nous lie. Vous faites de la sorte référence à 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. Art. 37 § 2. "Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon des 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" [...]. L'utilisation de l'expression "en règle générale" signifie qu'il ne s'agit pas d'une durée maximale absolue. D'autres durées pour certains marchés publics sont possibles, par exemple quand d'autres législations imposent d'autres règles, comme c'est le cas pour la législation sur les Services externes, qui prévoit que le contrat doit obligatoirement être conclu pour une durée indéterminée. La réglementation sur les marchés publics prévoit par ailleurs explicitement le cas de marchés à durée indéterminée. Voyez l'art. 27. § 2 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics : "L'estimation des marchés de services passés sans indication d'un prix total se détermine comme suit :

1° en cas de marché à durée déterminée, dans la mesure où celle-ci est égale ou inférieure à quarante-huit mois, en se fondant sur la valeur totale estimée du marché pour toute sa durée;

2° en cas de marché ayant une durée indéterminée ou supérieure à quarante-huit mois, en se fondant sur la valeur mensuelle estimée multipliée par quarante-huit" [...].

En d'autres termes, la partie requérante soutient qu'elle est toujours aujourd'hui le prestataire d'un marché de service externe de prévention et de protection au travail au bénéfice de la Commune d'Ans.

Puisque la requérante prétend que la convention qui la liait à la partie adverse n'a pas pris fin, elle saisit, en réalité, le Conseil d'État d'une contestation relative à la résiliation d'un contrat. Cette contestation échappe à la compétence du Conseil d'État".

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Les articles 14, 15 et 24 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions sont libellés comme suit :

" Art. 14. À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques,

économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :

1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;

2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;

3° les documents du marché ou de la concession".

" Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'État, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;

2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 24, la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites devant le Conseil d'État, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé.

L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1^{er} ou, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation visée à l'article 14 ou séparément".

" Art. 24. L'instance de recours pour les procédures de recours visées aux articles 14, 15 et 16 est :

1° la section du contentieux administratif du Conseil d'État lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État;

2° le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Pour la procédure de recours visée à l'article 16, l'instance de recours est également le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et qu'une indemnité réparatrice telle que visée à l'article 11*bis* de ces mêmes lois coordonnées n'a pas été demandée. Pour les procédures de recours visées aux articles 17 et 22, l'instance de recours est le juge judiciaire. Pour la déclaration d'absence d'effets et les sanctions alternatives, le juge siège comme en référé".

Il n'est pas contesté que l'acte attaqué est bien une décision contre laquelle sont ouverts les recours organisés par les articles 14 et 15 précités.

Il n'est pas davantage contesté que – l'acte attaqué ayant été pris par une autorité administrative, au sens de l'article 14 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 – le Conseil d'État est, conformément à l'article 24

précité, l'instance compétente pour connaître des recours organisés contre cet acte par les articles 14 et 15.

La partie adverse soutient toutefois que le Conseil d'État serait incompétent pour connaître de la présente demande, au motif que, "puisque la requérante prétend que la convention qui la liait à la partie adverse n'a pas pris fin, elle saisit, en réalité, le Conseil d'État d'une contestation relative à la résiliation d'un contrat". La partie adverse se fonde, à ce propos, sur le courriel que lui a adressé la requérante le 22 décembre 2017.

Le courriel du 22 décembre 2017 ne manque certes pas d'interpeller lorsque la requérante y déclare relever "trois irrégularités principales et flagrantes" de l'acte attaqué et dénonce, au titre de la première d'entre elles, le fait que – étant alors toujours le service externe pour la prévention et la protection au travail de la partie adverse – elle n'a jamais reçu de préavis en vue d'une résiliation de son contrat, de sorte que celui-ci ne prendrait pas fin au 31 décembre 2017.

Force est toutefois de constater, à la lecture des développements de ce premier grief, que la requérante ne déduit de celui-ci aucun motif d'irrégularité de l'acte attaqué. Par ailleurs, aucun des moyens soulevés à l'appui de la présente demande, dirigée contre l'acte attaqué et non contre une éventuelle décision de résiliation du contrat précédent, ne met en cause une telle résiliation.

Au vu de ces éléments, il n'apparaît pas qu'une éventuelle contestation suscitée par l'exécution du contrat liant la requérante à la partie adverse se confondrait avec l'objet du présent recours, de sorte que le Conseil d'État devrait se déclarer incompétent pour en connaître.

Il s'ensuit que l'exception doit être rejetée.

VI. Recevabilité de la demande quant à l'intérêt de la requérante

VI.1. Thèse de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la partie adverse oppose à la demande une exception d'irrecevabilité, prise du défaut d'intérêt de la requérante à obtenir la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, dans les termes suivants :

- " S'en référant à des arrêts prononcés par le Conseil d'État et à l'article 14 de la loi du 17 juin 2013, la partie requérante expose qu'elle dispose d'un intérêt au recours indépendamment de la conclusion du contrat entre la commune d'Ans et

l'adjudicataire, puisqu'elle a eu un intérêt à obtenir le marché litigieux et est lésée par les violations dénoncées dans le moyen.

Il est vrai que le Conseil d'État considère que ni l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 ni aucune autre disposition de la loi ne font obstacle à ce qu'une décision d'attribution d'un marché soit entreprise en suspension, alors même que le marché a déjà été conclu. En matière de marchés publics, selon cette jurisprudence, refuser l'accès à une procédure en référé à des administrés sous prétexte que la décision attaquée aurait déjà été mise en œuvre poserait un problème d'effectivité du recours pour cette catégorie d'administrés et, partant, d'égalité entre les justiciables (voy. C.E., 25 juillet 2017, SPRL Val, n° 238.875 ; 8 juin 2017, SA Entreprises Yvo Rinaldi, n° 238.455 ; 26 octobre 2016, SA ISS Catering, n° 236.274).

Cependant, cette jurisprudence paraît se heurter à l'état actuel de la législation belge, laquelle n'autorise la suspension d'une décision d'attribution d'un marché déjà conclu que dans l'hypothèse où le contrat a été conclu en violation du délai d'attente obligatoire ou volontaire prévu par l'article 11 de la loi du 17 juin 2013. À défaut de «*stand still*» obligatoire ou volontaire, le pouvoir adjudicateur peut valablement conclure le contrat dès la notification de la décision d'attribution avec la conséquence que ceci empêche ensuite l'instance de recours de suspendre la décision d'attribution éventuellement entachée d'irrégularité (voy., à ce sujet, J. Bourtembourg et C. Dony «Le Conseil d'État peut-il suspendre la décision d'attribution d'un marché public déjà conclu ?», *Chronique des marchés publics*, Constant De Koninck et EBP, 2015, pp. 389-418)".

Par ailleurs, au point 19 de son exposé des faits, la partie adverse s'exprime comme suit :

" 19. On notera qu'à l'occasion des négociations, la déléguée de la requérante a fait savoir à la responsable administrative de la commune qu'avant ses congés, elle avait déposé un sac avec un peu de matériel de promotion à son intention ainsi qu'à l'intention d'une de ses collègues [...].

Il conviendrait que la requérante s'explique sur de tels agissements au regard de la légitimité de son intérêt à agir".

A l'audience du 26 janvier 2018, elle a précisé que, même si le matériel de promotion ainsi déposé ne représentait pas une valeur particulière, une telle initiative était susceptible de "polluer" la procédure de négociation.

VI.2. *Appréciation*

L'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions ouvre un droit à former un recours en suspension d'extrême urgence contre toutes les décisions unilatérales d'attribution des marchés publics. Ni cet article, ni aucune autre disposition de la loi du 17 juin 2013 précitée ne font obstacle à ce qu'une décision d'attribution d'un marché soit entreprise en suspension, la seule procédure possible en ce cas étant celle de l'extrême urgence, alors même que le marché a déjà été conclu. Il

appartient dès lors au Conseil d'État d'exercer la compétence qui lui a été attribuée par la loi du 17 juin 2013, sans qu'il y ait lieu de spéculer sur le sort qui sera réservé, suite à un arrêt qui prononcerait la suspension de l'exécution de la décision attributive du marché, au contrat passé entre le pouvoir adjudicateur et l'attributaire. En matière de marchés publics, refuser l'accès à une procédure en référé à des administrés sous prétexte que la décision attaquée aurait déjà été mise en œuvre poserait un problème d'effectivité du recours pour cette catégorie d'administrés et, partant, d'égalité entre les justiciables.

Ni l'article 15 de la loi du 17 juin 2013, ni son article 24, qui vise la compétence du Conseil d'État lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité administrative, ne font de distinction selon que le contrat serait ou non conclu. Il convient également d'avoir égard aux articles 31 et 33 de la loi qui rendent les dispositions concernant les recours applicables aux marchés sous les seuils européens, comme c'est le cas en l'espèce, et de s'en référer à la définition du terme "marché" telle qu'elle figure à l'article 2, 1°, de la loi.

Quant à l'article 30, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 qui prévoit qu' "une fois conclu, le marché ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours, quelle qu'elle soit", il s'agit d'une disposition qui concerne la conclusion du marché, laquelle relève de la compétence des cours et des tribunaux, mais qui ne s'oppose pas à ce que le Conseil d'État ordonne la suspension de l'exécution d'une décision unilatérale d'attribution prise par les autorités adjudicatrices, comme en l'espèce, même lorsque le marché est conclu.

Il s'ensuit que l'intérêt de la requérante ne semble pas pouvoir être utilement contesté au motif que le marché en cause est conclu et en cours d'exécution. Cette conclusion ne paraît pas devoir être remise en cause par l'argument de la partie adverse selon lequel la législation belge "n'autorise la suspension d'une décision d'attribution d'un marché déjà conclu que dans l'hypothèse où le contrat a été conclu en violation du délai d'attente obligatoire ou volontaire prévu par l'article 11 de la loi du 17 juin 2013", alors qu'un tel délai n'a pas trouvé à s'appliquer dans le cas d'espèce. Non autrement développé, cet argument paraît procéder d'une confusion entre les conditions auxquelles peut être ordonnée une suspension de l'exécution de la décision d'attribution d'un marché, conformément à l'article 15 de la loi du 17 juin 2013, et celles auxquelles l'instance de recours peut déclarer un marché dépourvu d'effets, en vertu des articles 17 à 20 de la même loi, ce qui n'est pas en cause dans le cas d'espèce.

S'agissant enfin de l'allusion de la partie adverse à un dépôt d'articles de promotion par la requérante, le Conseil d'État n'aperçoit pas au terme de la procédure

en extrême urgence – et la partie adverse n'a, du reste, pas entrepris d'établir – l'incidence de ce fait sur la légitimité de l'intérêt de la requérante à son recours.

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, pris "de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution; des articles 5 et 26 de la loi du 15 juin 2006 «relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services»; des articles II.3-11, art. II.3-15 à II.3-19 du Code du 28 avril 2017 du bien-être au travail; du cahier spécial des charges; du principe *patere legem quam ipse fecisti*; du principe de libre concurrence; du principe de transparence; du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires; du principe de bonne administration; du devoir de minutie et du principe de précaution; de l'erreur manifeste d'appréciation", "[e]n ce que, première branche, le critère d'attribution «prix» ne permet pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse", "[a]lors que les principes et dispositions visés au moyen obligent les pouvoirs adjudicateurs à choisir des critères d'attribution de nature à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse", et "[e]n ce que, seconde branche, la partie adverse a demandé aux soumissionnaires pour la fixation des prix de fournir un prix unitaire en euros pour les différentes prestations de base, complémentaires et supplémentaires afin de lui permettre de comprendre la manière dont elle pourra dépenser ses unités de prévention", "[a]lors que la réglementation en vigueur impose, d'une part, des tarifs différents pour les prestations complémentaires si le soumissionnaire décide de les facturer séparément et donc en dehors des unités de prévention et ne permet, d'autre part, la facturation de prestations supplémentaires qu'après épuisement des unités de prévention, en sorte que la fixation de prix en euros ne permet pas de déterminer la manière dont la partie adverse pourra dépenser ses unités de prévention en fonction des prestations demandées".

Elle le développe comme suit :

" 2.2.1 PREMIÈRE BRANCHE

42. Un des principes fondamentaux du droit des marchés publics est qu'un marché public doit être attribué au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse, tenant compte des critères d'attribution fixés par le pouvoir adjudicateur. Un critère d'attribution qui ne permet pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ne peut être utilisé comme critère d'attribution. Ce principe est également applicable en procédure négociée, puisqu'il découle des principes de concurrence et d'égalité de traitement des soumissionnaires.

Ce principe s'imposait également à la partie adverse en vertu du principe général de droit *patere legem quam ipse fecisti*, dès lors que la partie adverse a à diverses reprises indiqué dans son cahier des charges que le marché serait attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse [...].

43. L'offre la plus intéressante au regard d'un critère d'attribution portant sur le prix est celle qui présente le prix régulier le plus bas. Votre Conseil a ainsi déjà déclaré irrégulier un cahier des charges qui menait à ce que l'offre ayant offert le prix le plus proche de la moyenne se voit attribuer le plus de points pour le critère «prix» :

«Que, par ailleurs, il est manifeste tant au regard de la notion d'offre "économiquement la plus avantageuse" qu'au regard du principe de concurrence qui est à la base des législations européenne et belge en matière de marchés publics que le prix le plus intéressant est en principe le prix régulier le plus bas [...]».

44. Le principe de bonne administration veut également que pour un service de qualité équivalente, l'administration choisisse celui qui emporte un coût financier moindre.

45. Le principe selon lequel le prix le plus intéressant est le prix le plus bas s'applique également aux marchés à bordereau de prix. Dans un marché à bordereau de prix, les offres sont comparées sur la base de leur prix total présumé, lequel correspond à l'addition des prix unitaires de chaque poste multipliés par la quantité présumée de ces postes telle qu'indiquée dans le cahier des charges. La notion d'offre économiquement la plus avantageuse s'oppose à ce que les offres soient comparées sur la base de l'addition des seuls prix unitaires, sans que ceux-ci soient multipliés par leur quantité présumée. Un tel calcul ne permet en effet pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, puisqu'elle ne tiendrait pas compte du poids différent de chaque poste sur le coût total.

Dans un marché à bordereau de prix, et toute chose étant égale par ailleurs, l'offre la moins chère sera celle qui propose un prix unitaire bas pour les postes qui seront commandés en grande quantité. Proportionnellement, les postes qui seront commandés en faible quantité auront moins d'influence sur le prix final.

46. Cela peut être illustré par l'exemple suivant : un pouvoir adjudicateur lance une procédure d'adjudication pour un marché de travaux pour la construction d'une maison en bois, dans lequel la fourniture des matériaux est prévue à bordereau de prix. La construction de la maison nécessitera +/- 10.000 planches en bois et +/- 10 blocs de béton. Deux soumissionnaires remettent offre : le soumissionnaire A propose un prix de 10 € par planche en bois et de 15 € par bloc de béton alors que le soumissionnaire B propose un prix de 12 € par planche en bois et de 12 € par bloc de béton. Si l'évaluation des offres se faisait sans tenir compte des quantités présumées, le soumissionnaire B remporterait le marché, alors que le prix total de son offre est en réalité de près de 20.000 € supérieur au prix total de l'offre du soumissionnaire A.

Il découle de cet exemple qu'afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, un pouvoir adjudicateur ne peut faire abstraction du facteur que représentent les quantités présumées lorsqu'il établit les documents du marché et se contenter d'additionner les prix unitaires proposés par chaque soumissionnaire.

Non seulement une telle méthode de calcul des prix est impropre à l'identification de l'offre la plus économiquement avantageuse, mais elle pousse également à la soumission de prix faussés par les soumissionnaires et à la spéculation. Un soumissionnaire pourrait en effet être tenté de proposer un prix unitaire artificiellement bas pour les postes qui seront commandés en faible quantité (dans notre exemple, le prix pour les blocs de béton). En ne prévoyant pas de quantités

forfaitaires, la partie adverse empêche ainsi la soumission d'offres conformes à la réalité.

47. Certes, la définition des marchés à bordereau de prix contenue dans l'article 2, § 1^{er}, 5° de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qui contient la phrase «pour autant que des quantités soient déterminées pour les postes», indique qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas systématiquement tenu de présumer les quantités des différents postes. Il n'en est pas moins vrai que le recours à un marché à bordereau de prix ne pourrait avoir pour conséquence que le marché soit attribué à une autre offre que celle qui est économiquement la plus avantageuse.

Il s'ensuit que des quantités devront toujours être présumées, sauf lorsque l'absence d'estimation des quantités ne porterait pas atteinte au principe selon lequel [un marché] doit être attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse. En tout état de cause, dès lors que la partie adverse a en l'espèce décidé de recourir à des quantités forfaitaires, comme le montre l'inventaire à l'annexe C du cahier spécial des charges, elle devait évaluer ces quantités conformément aux prestations qui feront l'objet du marché.

Dans un arrêt du 29 janvier 2009, la 12^e chambre de Votre Conseil a certes rejeté un moyen critiquant l'absence de quantités présumées dans un marché à bordereau de prix, au motif que «la partie requérante ne démontrait *prima facie* pas que cela rendait impossible le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse» (traduction libre). Cependant, contrairement au cas ayant mené à cet arrêt, la partie requérante démontre en l'espèce aussi bien *in abstracto* (voir supra, pts. 44 et 46) que *in concreto* (voir infra, pts. 51-55) que l'absence de quantités présumées a rendu impossible l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse. Cet arrêt n'est dès lors pas transposable au cas d'espèce.

48. En l'espèce, pour rappel, le cahier des charges mentionne, en ce qui concerne la détermination des prix, ce qui suit :

«Le présent marché consiste en un marché à bordereau de prix.

Le marché à bordereau de prix est celui dans lequel les prix unitaires des différents postes sont forfaitaires et les quantités, pour autant que des quantités soient déterminées pour les postes, sont présumées ou exprimées dans une fourchette. Les postes sont portés en compte sur la base des quantités effectivement commandées et mises en œuvre.

Bien que, le législateur prévoit une cotisation forfaitaire annuelle par travailleur et que ces cotisations seront transposées en «unités de prévention» conformément à l'art.13/4 de l'arrêté royal du 27 mars 1998, le soumissionnaire indiquera dans l'inventaire le montant unitaire annuel par travailleur qu'il compte appliquer ainsi que le prix unitaire des différentes prestations de base, complémentaires et supplémentaires.

Cela doit permettre au pouvoir adjudicateur de comprendre la manière dont il pourra dépenser ses unités de prévention en fonction des prestations qu'il demandera. D'autre part, l'indication des prix doit faciliter la comparaison des offres reçues» [...].

49. À l'annexe C du cahier des charges est effectivement repris un inventaire des prix unitaires des différentes prestations que la partie adverse peut commander auprès de l'adjudicataire. Cet inventaire ne mentionne pas la quantité présumée de ces prestations, sauf pour le poste « frais gestion de dossier » dont la quantité est fixée à 577.

Les prix unitaires doivent ensuite être additionnés en un montant «total» sur la base duquel les offres des soumissionnaires ont été évaluées au regard du critère

d'attribution «prix».

50. Comme déjà expliqué (voir supra, pt. 45 et suivant), une telle méthode de calcul gonfle artificiellement l'importance des prix unitaires des prestations qui seront *in fine* commandée en faible quantité. Elle est dès lors illégale, en ce qu'elle ne mène pas à ce que l'offre la moins chère obtienne le maximum de points.

51. Les circonstances de l'espèce renforcent encore ce constat.

52. Premièrement, les différences au niveau des quantités qui seront effectivement commandées auprès de l'adjudicataire seront très importantes.

En effet, parmi les prestations reprises dans l'inventaire se trouvent aussi bien des prestations qui devront être fournies individuellement par travailleur, telles que le poste 3 «consultation périodique» ou le poste 4 «consultation médicale spontanée» (à la demande du travailleur – article I.4.37 code du bien-être), que des prestations qui seront fournies pour toute l'organisation, comme par exemple le poste 33 «Elaboration et gestion du plan annuel d'action» ou encore les postes relatifs aux formations. Certaines prestations ne seront en toute logique fournies qu'une seule fois pour toute l'organisation alors que d'autres devront être prestées potentiellement autant de fois que la partie adverse compte de travailleurs, soit 577 fois.

La proposition de répartition des unités de prévention faite par la partie requérante dans son offre illustre bien les divergences extrêmes qui existent entre le nombre de fois que les prestations reprises dans l'inventaire devront être prestées. A titre d'exemple, la partie requérante estime devoir consacrer seulement 4h/an aux réunions de coordination médicale de tous les médecins référents, du coordinateur et des comités de prévention intervenants alors qu'elle estime qu'elle devra prester non moins de 265 examens médicaux [...].

On comprend aisément que le prix unitaire qui se rapporte à une prestation qui devra être prestée 265 fois aura une influence plus importante sur le prix total qu'un prix unitaire se rapportant à une prestation ne nécessitant que 4 heures de travail. La méthode utilisée par la partie adverse ne permet toutefois pas de refléter ce différentiel.

53. Deuxièmement, la méthode utilisée pour le calcul du prix a eu une influence sur le classement des offres. Bien qu'elle n'ait pas accès à l'offre de l'adjudicataire, la partie adverse se doute que l'adjudicataire a proposé des prix pour les formations qui sont substantiellement inférieurs aux siens et que ce cela explique l'écart de 30 % entre son prix et celui de l'adjudicataire vu que les autres prix font l'objet de tarifs réglementés (voy. infra, troisième moyen), ce que la partie requérante demande à Votre Conseil de vérifier.

Dans ce contexte, il est certain que la méthode utilisée pour le calcul du prix a eu une influence sur le classement des offres. En effet, les formations sont typiquement des prestations qui ne doivent être prestées qu'une seule fois pour l'ensemble des travailleurs concernés et correspondent donc aux postes auxquels la méthode utilisée accorde une importance artificiellement grande (voir supra, pt. 45).

Si ces postes avaient été ramenés, au moyen de quantités présumées, à leur juste importance, alors le prix de l'offre de la partie requérante serait certainement inférieur à celui de l'adjudicataire et le classement des offres serait inversé.

54. Troisièmement, l'absence d'indication de quantités présumées dans le calcul du prix des soumissionnaires est d'autant plus incompréhensible que la partie adverse était tout à fait en mesure d'estimer ces quantités présumées. Il lui suffisait en effet de reprendre les prestations commandées l'année précédente. C'est

d'ailleurs sur cette base que la partie requérante a établi son offre.

Compte tenu de cela, ne pas avoir repris ces quantités présumées est contraire à la minutie et à la précaution que tout soumissionnaire est en droit d'attendre de la part d'un pouvoir adjudicateur.

55. En conclusion, eu égard aux spécificités du présent marché, il est établi que la méthode utilisée pour calculer les prix a rendu impossible le choix de l'offre la plus économiquement avantageuse.

Le deuxième moyen, première branche, est sérieux.

2.2.2 SECONDE BRANCHE

56. Pour rappel [...], les prestations des services externes de prévention et leur financement font l'objet d'une réglementation stricte, qui est d'ordre public. Les prestations de base qui sont converties en unités de prévention doivent être consacrées aux missions obligatoires dans le cadre de la surveillance de la santé (évaluations de la santé préalables, évaluations périodiques, consultations spontanées, examens de reprise du travail, examens dans le cadre de la protection de la maternité) et aux missions du conseiller en prévention aspects psychosociaux (art. II.3-16, § 2, al. 1^{er}, du Code du bien-être au travail). Seulement après le règlement de ces missions, d'autres prestations du service externe, telles que des prestations complémentaires, de gestion de risque ou supplémentaires, peuvent être imputées sur le solde restant des unités de prévention (art. II.3-16, § 2, al. 2, du Code du bien-être au travail). Il n'est pas possible de rembourser les unités de prévention non utilisées, ni de les épargner pour obtenir de la sorte une année «gratuite», ni pour obtenir une réduction de la cotisation de l'année suivante (art. II.3-11 du Code). La cotisation forfaitaire minimale est en effet toujours due annuellement.

En outre, les prestations complémentaires aux prestations de base visées à l'article II.3-16, § 2, alinéa 1^{er}, peuvent être comptabilisées séparément à l'employeur sur la base de tarifs fixés dans une nomenclature. Dans ce cas, ces prestations ne sont donc pas comptabilisées sur la cotisation forfaitaire minimale telle que convertie en unités de prévention mais «séparément».

57. En l'espèce, le cahier spécial des charges indique ce qui suit concernant la fixation des prix :

«Bien que, le législateur prévoit une cotisation forfaitaire annuelle par travailleur et que ces cotisations seront transposées en "unités de prévention" conformément à l'art.13/4 de l'arrêté royal du 27 mars 1998, le soumissionnaire indiquera dans l'inventaire le montant unitaire annuel par travailleur qu'il compte appliquer ainsi que le prix unitaire des différentes prestations de base, complémentaires et supplémentaires.

Cela doit permettre au pouvoir adjudicateur de comprendre la manière dont il pourra dépenser ses unités de prévention en fonction des prestations qu'il demandera. D'autre part, l'indication des prix doit faciliter la comparaison des offres reçues.» [...] (voy. aussi le point III.2 du cahier spécial des charges).

Cependant, l'inventaire repris à l'annexe C du cahier spécial des charges reprend sans les distinguer des missions de base relatives à la surveillance de la santé et missions du conseiller en prévention aspects psychosociaux à déduire de la cotisation forfaitaire minimale telle que convertie en unités de prévention (cf. par ex. les postes 1 à 8), des prestations complémentaires qui peuvent être facturée séparément selon un tarif réglementé (cf. par ex. les postes 9 à 29), des prestations supplémentaires à d'office facturer hors forfait après épuisement de la cotisation forfaitaire minimale selon un tarif réglementé (cf. par ex. les postes 48 à 51) et des

prestations de formations qui ne font pas l'objet d'un tarif réglementé (cf. par ex. les postes 55 à 61).

58. Il s'ensuit qu'il est impossible pour la partie adverse, sur la base de l'inventaire complété par les soumissionnaires et en l'absence d'indication des quantités forfaitaires présumées en adéquation avec les prestations effectivement à réaliser pour ce marché (supra, première branche du deuxième moyen), de déterminer comment elle pourra dépenser les unités en fonction des prestations demandées.

En effet, d'une part, les prestations complémentaires aux prestations de base font l'objet d'un tarif différent suivant qu'elles sont comptabilisées parmi les unités de prévention (153 euros par unité de prévention – art. II.3-17, § 1^{er} du Code) ou séparément (selon une nomenclature réglementée - art. II.3-18). Le montant à indiquer en euros par les soumissionnaires dépend donc de savoir si ces prestations sont incluses ou non dans les unités de prévention, ce que le cahier spécial des charges ne précise pas, en sorte que le prix qu'ils indiquent ne permet pas à la partie adverse de savoir s'il est inclus ou non dans les unités de prévention. Le cahier spécial des charges a donc rendu les prix des offres des soumissionnaires incomparables.

D'autre part, les prestations supplémentaires qui font l'objet de nouvelles unités de prévention qui sont commandées, selon un tarif différent, après épuisement des unités de prévention comprise dans la cotisation forfaitaire minimale (art. II.3-19, § 2) sont sans rapport avec la manière dont les unités de prévention sont dépensées. L'indication d'un montant en euro pour ces prestations ne permet donc pas plus de déterminer la manière dont les unités de prévention pourront être dépensées.

59. En outre, ce cahier spécial des charges autorise de proposer des ristournes illégales. En effet, en mélangeant dans l'inventaire les prestations de base, complémentaires et supplémentaires, et en déduisant le prix total des inventaires proposés par les soumissionnaires pour ces prestations sans distinction sur le montant des unités de prévention qui correspondent la cotisation forfaitaire minimale, la partie adverse augmente en réalité artificiellement le volume des prestations intégrées dans cette cotisation, ce qui revient, d'un point de vue économique, à accorder une ristourne «ayant pour but ou pour effet de réduire le montant des cotisations forfaitaires minimales obligatoires». Or, une telle ristourne est absolument interdite.

60. La décision d'attribution du marché du 13 décembre 2017 montre clairement que la démarche de la partie adverse procède d'une confusion totale quant au cadre légal et réglementaire applicable au marché :

«Considérant en l'espèce que l'administration communale dispose de :

- $44.940,18 \text{ €} / 153 \text{ €} = 293,72$ unités de prévention
- SOIT un total d'Unités de Prévention de 293,72

Considérant que chaque prestation effectuée par le service externe de prévention et de protection au travail sera décomptée du montant d'Unité de Prévention;

Considérant dès lors que l'analyse des offres porte notamment sur la manière dont les prestations commandées seront décomptées du montant total d'unités de prévention;

Considérant que 2 offres sont parvenues et que pour les mêmes prestations commandées, le montant qui sera décompté du montant total des unités de préventions est de :

- Pour PROVIKMO VZW, Rue Mabime 58 à 4432 Alleur: 4.839,92 € TVAC soit 31,63 Unités de Prévention;
- Pour SPMT-ARISTA ASBL, Rue Royale 196 à 1000 Bruxelles : 7.177,57 € soit 46,91 Unités de Prévention» [...].

Ainsi, après avoir correctement converti le montant total de la cotisation forfaitaire

de 44.940,18 EUR en 293,72 unités de prévention, la partie adverse procède à tort au décompte du prix total proposé par chacun des soumissionnaires sur le montant total des unités de prévention en vue de d'évaluer la manière dont les prestations commandées seront décomptées. Pour ce faire, elle convertit erronément le prix de chaque offre en unités de prévention en le divisant par le montant d'une unité de prévention à 153 EUR. Or, comme déjà expliqué, ce montant ne vaut que pour les prestations de base qui relèvent de la cotisation forfaitaire minimale, à l'exclusion des autres prestations complémentaires et supplémentaires listées dans l'inventaire complété par les soumissionnaires et pour lesquelles d'autres montants s'appliquaient (prestations supplémentaires) ou pouvaient s'appliquer (prestations complémentaires).

61. La partie adverse en déduit, toujours à tort, que PROVIKMO VZW est l'offre économiquement la plus avantageuse et qu'elle peut lui octroyer le marché «pour un montant de 44.940,18 euros/an» [...], soit pour le montant de la cotisation forfaitaire minimale. Or, cette cotisation forfaitaire minimale correspond au minimum obligatoire à payer annuellement par la partie adverse à l'adjudicataire et ne comprend pas les montants des prestations complémentaires qui sont facturés séparément ni les montants des prestations supplémentaires qui sont comptabilisées séparément après l'épuisement des unités de prévention de la cotisation forfaitaire minimale.

62. Il va de soi que seul en comptabilisant les prix proposés par les soumissionnaires conformément à la réglementation applicable, une comparaison des prix des soumissionnaires aurait été possible conformément au principe d'égalité. Une telle comparaison aurait en outre mené à un résultat tout à fait différent et permis de renverser le classement des offres.

63. Il s'ensuit que le cahier spécial des charges, dont en particulier la fixation et l'inventaire des prix, ne permet pas de déterminer la manière dont la partie adverse pourra dépenser ses unités de prévention en fonction des prestations demandées, comme le démontre l'évaluation de la partie adverse à cet égard dans le rapport d'évaluation des offres. Le cahier spécial des charges a en outre rendu les prix des soumissionnaires incomparables.

Le deuxième moyen, seconde branche, est sérieux".

B. Note d'observations

La partie adverse répond au moyen dans les termes suivants :

- " 1. On rappellera, d'abord, que si le critère d'attribution relatif au prix à un poids de 40, les autres critères ont un poids de 60.
2. Il ne résulte d'aucune argumentation que la partie adverse devait nécessairement définir, en l'espèce, les quantités présumées et en tout état de cause la comparaison des différents prix proposés par les deux offres est de nature à démontrer que sur le critère du prix, l'offre la plus avantageuse était celle de l'A.S.B.L. PROVIKMO.
3. En vain la partie requérante soutient-elle qu'il eût fallu s'inspirer de l'exécution du marché précédent pour indiquer les quantités susceptibles d'être commandées à l'occasion du nouveau marché.

D'une part, ce faisant, la partie adverse eût donné un avantage à la requérante qui connaissait parfaitement les modalités de l'exécution du précédent marché.

D'autre part, en aucun cas la partie adverse ne pouvait présumer que ce qui avait été

fait serait reconductible dans la même mesure dans le cadre du nouveau marché.

4. Il n'était nullement interdit d'offrir, comme l'a fait PROVIKMO, 15 heures de promotion pouvant être utilisées pour des missions légalement non obligatoires.

Par ailleurs, s'agissant des missions pour lesquelles des tarifs sont réglementés, des offres conformes à la réglementation ont été déposées et les échanges avec les différents soumissionnaires démontrent que la vérification des prix fut effectuée.

Le moyen est dépourvu de sérieux".

C. Requête en intervention

L'intervenante fait, quant à elle, valoir ce qui suit :

" 23. L'argumentation de la partie requérante est erronée. Et, par ailleurs, elle le reconnaît à demi-mots dans sa requête. Ainsi, en sa page 20, point n° 47, elle souligne elle-même qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas systématiquement tenu de présumer les quantités des différents postes.

24. À nouveau, la partie requérante ne fournit aucune démonstration chiffrée de ce qu'elle avance alors qu'elle est en possession du rapport d'attribution et de la manière avec laquelle le pouvoir adjudicateur a comparé les offres au regard du critère prix, à savoir en additionnant les postes de l'inventaire. L'addition de ces postes amène clairement à la conclusion que la partie intervenante se classe en première position.

Par ailleurs, l'argumentation de la partie requérante laisse perplexe dans la mesure où c'est justement elle qui, prestataire du marché en cours au moment du dépôt des offres, aurait été avantagée de par la connaissance qu'elle avait dudit marché en cours (et notamment des quantités réelles des prestations) au moment de soumissionner. Dans ces circonstances, l'utilisation faite par la partie [requérante] de l'article 2, § 1^{er}, 5° de l'A.R. du 15 juillet 2011 est tout à fait non pertinente.

En outre, la partie [requérante] évite de fournir une disposition légale interdisant à la partie requérante en intervention, de proposer une promotion de 15 heures (ou 15 unités de prévention) en ce qui concerne les missions légalement non obligatoires, telles les formations. Au contraire même, au point 72 de sa requête, elle vise particulièrement cette hypothèse.

25. Le moyen n'est pas sérieux".

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Lorsque, dans le cadre d'une procédure de passation de marché, le pouvoir adjudicateur fixe plusieurs critères d'attribution, ceux-ci doivent – tant par leur définition que par leur mise en œuvre – permettre d'attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse. Si le prix figure parmi les critères d'attribution d'un marché, l'offre économiquement la plus avantageuse, à tout le moins au regard de ce critère et dans la mesure de son importance relative, est, en principe, celle qui est faite au prix régulier le plus bas.

En l'espèce, le critère d'attribution lié au prix représente quarante points sur cent, ce qui en fait le critère le plus important relativement aux poids respectivement accordés aux autres critères. Au regard de cet élément, le Conseil d'État ne perçoit pas le sens de la première observation de la partie adverse, formulée au point 1 de sa note, dès lors qu'elle n'indique pas quelle pourrait être l'incidence de ce poids relatif du critère "prix" sur la recevabilité et le caractère sérieux du moyen.

Aux fins de la mise en œuvre de ce critère, la partie adverse a décidé – comme le révèlent les documents du marché – de comparer les offres au regard des prix totaux respectivement proposés par les soumissionnaires. Pour chaque offre, le prix total est, toujours selon ces mêmes documents, obtenu en additionnant les prix unitaires des 69 prestations recensées à l'annexe C du cahier spécial des charges, sans que soit toutefois annoncée pour chacune de ces prestations, une quantité présumée ou exprimée dans une fourchette. Le prix total résulte, en d'autres termes, de l'addition des prix unitaires de 69 prestations différentes et uniques.

Compte tenu, d'une part, de ce que l'objet du marché litigieux s'identifie dans des prestations d'importances, de fréquences et de probabilités différentes, et, d'autre part, de ce que rien n'indique que chaque prestation n'aurait vraisemblablement à être assurée qu'une seule fois au cours de la période d'exécution du marché, le mode de calcul du prix total sur la base duquel les offres devaient – conformément au cahier spécial des charges – être comparées ne permet, à l'évidence, pas de déterminer l'offre faite au prix régulier le plus bas.

Les arguments exposés par les parties adverse et intervenante dans leurs écrits de procédure appellent, par ailleurs, les observations suivantes.

C'est vainement que ces parties discutent le caractère obligatoire de la mention de quantités présumées. Le moyen n'invoque, en effet, pas la méconnaissance d'une telle obligation, mais bien le fait que la comparaison des offres au regard d'un prix total qui ne tient pas compte de telles quantités ne permet pas d'identifier, à tout le moins au regard de ce critère du prix, l'offre économiquement la plus avantageuse.

Les parties adverse et intervenante soulignent tout aussi vainement le fait que la comparaison des prix proposés par les deux soumissionnaires aboutit à désigner l'offre de l'intervenante comme étant la plus avantageuse. Le moyen, en sa première branche, ne critique, en effet, pas la mise en œuvre du critère "prix", mais bien la manière dont la partie adverse a conçu, dans les documents du marché, le mode de calcul du prix total de chaque offre.

Ne peuvent, enfin, être retenues les raisons, avancées par les parties adverse et intervenante, pour lesquelles la partie adverse n'aurait pu s'inspirer des prestations réellement assurées au cours de précédents marchés, pour définir des quantités présumées, susceptibles d'être annoncées dans les documents du marché litigieux. D'une part, la circonstance que "la partie adverse ne pouvait présumer que ce qui avait été fait serait reconductible dans la même mesure dans le cadre du nouveau marché" ne l'empêchait pas de s'inspirer de ces précédents marchés pour définir des quantités présumées qui, en toute hypothèse, auraient contribué à l'utilité du critère du prix, bien plus qu'à défaut de toute mention de quantités, comme c'est le cas en l'espèce. D'autre part, il n'est pas démontré que la requérante retirerait quelque avantage de la diffusion, au bénéfice des soumissionnaires potentiels, de mentions relatives à des quantités présumées desquelles elle aurait peut-être, en tant que précédente prestataire, une connaissance privilégiée, une telle diffusion étant, au contraire, susceptible de neutraliser l'avantage dont elle bénéficierait en l'absence d'une telle diffusion.

Pour les raisons ainsi exposées, le moyen doit être déclaré sérieux, à tout le moins en sa première branche.

VIII. Balance des intérêts

VIII.1. Thèse de l'intervenante

L'intervenante expose ce qui suit :

" 32. L'article 15, alinéa 3 de la loi du 17 juin 2013 précise que :
«L'instance de recours tient compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages».

33. La partie intervenante souligne que le marché litigieux a été conclu et que depuis le premier janvier elle exécute celui-ci au bénéfice de la partie adverse. Il s'agit, par ailleurs, d'un marché dont la valeur est estimée à 55.000 euros. Il ne peut donc être question ici d'un marché à ce point spécifique qu'il est d'une importance capitale pour la (survie) de la partie requérante, sauf à vouloir se maintenir dans les lieux comme nous l'avons souligné ci-avant. Au contraire, une suspension du marché causerait des dommages à la partie intervenante qui a déjà commencé à travailler pour le pouvoir adjudicateur. Pour le surplus, la partie intervenante s'en réfère à justice sur ce point".

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

La partie adverse n'identifie pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

L'intervenante invoque bien des dommages que lui causerait une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, alors qu'elle a déjà commencé à travailler pour la partie adverse. Toutefois, elle n'identifie et, *a fortiori*, ne permet pas d'évaluer ces dommages.

Le Conseil d'État n'identifie pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

IX. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de son offre et des courriels échangés avec la partie adverse les 25 août, 8 septembre, 28, 29 et 30 novembre 2017 qu'elle produit à l'appui de sa requête (pièces 1 à 5 de son dossier de pièces confidentielles).

La partie adverse dépose à titre confidentiel les offres de la requérante et de l'intervenante, ainsi que quatre-vingt-deux pièces relatives aux négociations menées avec ces deux soumissionnaires (pièces 1 à 84 du dossier administratif confidentiel).

L'intervenante dépose à titre confidentiel un échange de courriels du 4 décembre 2017, ainsi que son inventaire des prix définitifs (pièce unique de son dossier confidentiel)

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par l'association sans but lucratif PROVIKMO est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision du 13 décembre 2017 du collège des bourgmestre et échevins de la commune d'Ans d'attribuer le marché de services ayant pour objet la "désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail" et régi par le cahier spécial des charges n° 20170042 à l'association sans but lucratif PROVIKMO est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 1 à 5 du dossier de pièces confidentielles de la partie requérante, les pièces 1 à 84 du dossier administratif confidentiel et la pièce unique du dossier confidentiel de la partie intervenante demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

Article 6.

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

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

MM. David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.