

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

A R R Ê T

n° 243.089 du 29 novembre 2018

A. 226.624/VI-21.351

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

ayant élu domicile chez
M^{es} Eric LEMMENS et
Elisabeth KIEHL, avocats,
boulevard de la Sauvenière 68 bte 2
4000 Liège,

contre :

l'association de droit public IRIS-ACHATS,

ayant élu domicile chez
M^{es} Sophie JACQUES et
Christophe DUBOIS, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

**l'association d'assurances mutuelles AMMA
ASSURANCES**

ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR et Mathilde VILAIN XIII, avocats,
chaussée de la Hulpe 178
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 9 novembre 2018, la société anonyme ETHIAS demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- " - la décision de l'association IRIS-ACHATS du 23 octobre 2018 d'attribuer les lots 1, 2 et 3 du marché public de services ayant pour objet «assurances portant sur la responsabilité civile générale des hôpitaux, la responsabilité médicale, la responsabilité objective incendie et explosion, la responsabilité objective expérimentations et la responsabilité civile entreprise pour le compte du réseau IRIS, du CHU Bruxelles et du LHUB-ULB» à l'association mutuelle d'assurances à cotisations et engagements fixes AMMA ASSURANCES;
- la décision implicite de l'association IRIS-ACHATS de refuser d'attribuer les

lots 1, 2 et 3 de ce marché public à la partie requérante".

II. Procédure

Par une ordonnance du 12 novembre 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 27 novembre 2018 à 10 heures.

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

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

Par une requête introduite le 25 novembre 2018, l'association d'assurances mutuelles AMMA ASSURANCES demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Elisabeth KIEHL, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Sophie JACQUES, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Virginie DOR, avocat, comparaissant pour la partie intervenante ont été entendus en leurs observations.

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

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

Le 29 mai 2018 est paru au Bulletin des adjudications un avis relatif à un marché public concernant les assurances responsabilité civile générale des hôpitaux, responsabilité médicale, responsabilité objective incendie et explosion, responsabilité objective expérimentations et responsabilité civile entreprise des associations et associations hospitalières du réseau Iris.

Le pouvoir adjudicateur est Iris-achats qui indique agir comme centrale d'achat. Le marché comprend les lots suivants :

- lot 1 : hôpitaux Iris Sud;
- lot 2 : CHU Bruxelles, CHU Saint-Pierre, CHU Brugmann, Institut Jules Bordet, HUDERF, LHUB-ULB;
- lot 3: Assurance responsabilité objective expérimentations.

Le marché a une durée de 48 mois non reconductible à partir du 1^{er} janvier 2019.

La procédure choisie est la procédure concurrentielle avec négociation.

L'avis de marché a également été publié au Journal Officiel de l'Union européenne le 1^{er} juin 2018.

Trois demandes de participation ont été introduites pour chacun des lots. Elles émanaient des sociétés suivantes :

- AMLIN INSURANCE SE;
- AMMA ASSURANCES - Association mutuelle d'assurances à cotisations et engagements fixes - Sous-traitant pour la RCO incendie et explosion : BELFIUS INSURANCE SA;
- ETHIAS SA.

Le 29 juin 2018, la partie adverse a décidé de sélectionner ces trois candidats pour les trois lots. Par des courriers datés du même jour, les candidats sélectionnés ont été invités à déposer une offre pour le 14 août 2018 à 11 heures au plus tard.

Chaque soumissionnaire a déposé une offre initiale.

AMMA Assurances a été invitée à participer au premier et unique tour des négociations par un courrier daté du 10 septembre 2018. AMLIN INSURANCE SE a été informée, par un courrier daté du même jour, qu'elle n'était pas invitée aux négociations.

Par un courrier daté du 10 septembre 2018 également envoyé par courrier électronique, la partie adverse a demandé des informations complémentaires à la société anonyme ETHIAS. Ce soumissionnaire a répondu à cette demande par un

courrier électronique du 11 septembre 2018 et a été invité à participer au premier et unique tour des négociations par un courrier daté du 12 septembre 2018.

Les deux soumissionnaires ont déposé une BAFO.

Le 23 octobre 2018, la partie adverse a décidé d'attribuer les trois lots à AMMA Assurances pour une durée de 4 ans. Il s'agit de l'acte attaqué.

La société anonyme ETHIAS a été informée, par un courrier daté du 26 octobre 2018, de l'attribution des trois lots à un autre soumissionnaire. Par un courrier daté du même jour, AMMA Assurances a été informée que les trois lots lui avaient été attribués. Un autre courrier daté du 26 octobre 2018 a informé AMLIN INSURANCE SE des raisons de l'irrégularité de son offre initiale.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 25 novembre 2018, l'association d'assurances mutuelles AMMA ASSURANCES demande à être reçue en qualité de partie intervenante 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. Recevabilité de la demande en tant qu'elle est dirigée contre le deuxième acte attaqué

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse rappelle la jurisprudence du Conseil d'État relative aux décisions implicites de ne pas attribuer le marché à un soumissionnaire et constate que la requérante ne démontre pas qu'elle n'avait d'autre option que de lui attribuer les trois lots du marché litigieux. Elle observe qu'elle dispose d'autres options puisqu'elle peut, conformément à l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit recommencer la procédure, au besoin d'une autre manière. Elle en conclut qu'en tant qu'elle est dirigée contre la décision implicite de refuser d'attribuer les lots 1, 2 et 3 à la requérante, la demande doit être déclarée irrecevable.

V.2. *Appréciation du Conseil d'État*

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

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

En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux.

Il s'ensuit qu'en tant qu'il est dirigé contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante, le recours est irrecevable.

VI. *Premier moyen*

VI.1. *Thèses des parties*

A. *Demande de suspension*

La requérante prend un premier moyen de la violation de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 33, 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des principes généraux de bonne administration, dont le devoir de minutie, des articles 4 et 5 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du défaut de motivation et de motifs pertinents, adéquats et légalement admissibles, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Après avoir rappelé les articles 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux

marchés publics et 33 et 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, elle expose que si la partie adverse a bien procédé à une première vérification des prix, elle a erronément considéré que les prix proposés par l'attributaire n'apparaissaient pas anormalement bas et n'a, dès lors, respecté ni les dispositions visées au moyen, ni son devoir de minutie et a commis une erreur manifeste d'appréciation.

Elle souligne que si le Conseil d'État considère qu'il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle de du pouvoir adjudicateur en matière de vérification des prix anormaux, il lui revient de vérifier si la décision du pouvoir adjudicateur repose sur une motivation suffisante et adéquate ainsi que de censurer une éventuelle erreur manifeste d'appréciation dans son chef.

Elle constate que la prime annuelle totale proposée par l'attributaire pour chacun des trois lots n'est pas de nature à faire face à la charge des sinistres, de sorte qu'elle est nécessairement anormalement basse et que les prix proposés s'apparentent à une pratique de dumping.

Elle fait état des éléments suivants :

" Le coût moyen annuel de ce marché s'élève statistiquement à 2.137.724,89 € sur 20 ans et à 2.178.123,68 € sur 10 ans (hors frais de gestion et pour les trois lots confondus).

La partie requérante produit les documents statistiques propres aux hôpitaux concernés par le marché litigieux, correspondant à une période de 10 ans, transmis à tous les soumissionnaires. Le total de 21.781.236,92€ correspond bien à un coût moyen annuel de 2.178.123,69 € [...].

A titre confidentiel, la partie requérante produit également les statistiques dont elle dispose pour une période de 20 ans [...].

Ces coûts représentent la charge annuelle représentée par le marché, décomposée comme suit pour chaque année :

- les dépenses déjà effectuées pour l'ensemble des sinistres;
- le total globalisé des réserves.

Dans le respect du secret des affaires, la ventilation entre les réserves «individuelles» (calculées spécifiquement par le service sinistre pour chaque dossier) et les réserves «non individuelles» (montant ajouté par année en prévision de sinistres non encore déclarés ou non réservés/voire insuffisamment) n'a pas été communiquée aux différents soumissionnaires. Pour la parfaite information de Votre Haute Juridiction, elle est produite par la partie requérante, à titre confidentiel [...].

Un détail des sinistres graves avait été produit dans le cadre du marché, à la demande d'un des soumissionnaires [...]. Il reprend, pour chacun de ces sinistres :

- les dépenses totales ainsi que la ventilation de celles-ci entre les prestations et les frais;

- le montant de la réserve (individuelle) fixée par le service «sinistre» en fonction du cas d'espèce (hors réserve supplémentaire de l'actuariat)
- un résumé des circonstances du dossier.

Ces différentes pièces démontrent l'exactitude des données prises en compte par la partie requérante pour estimer le coût du marché et fixer la prime proposée [...].

Ce calcul doit nécessairement tenir compte du coût moyen annuel du marché, coût correspondant aux sinistres à couvrir, ainsi que des projections raisonnables pouvant être opérées sur cette base[...].

Force est en l'espèce de constater que malgré le fait que les données utiles pour procéder à ce calcul étaient en possession d'AMMA ASSURANCES, celle-ci a proposé une prime d'un montant inférieur aux coûts qu'elle devra nécessairement supporter, indépendamment même des frais de gestion : 1.754.300,00 € pour les trois lots confondus.

Cette prime équivaut à un rapport S/P (sinistres/primes) de 124 % en tenant compte des coûts précités[...].

AMMA ASSURANCES ne pourra donc pas couvrir les sinistres raisonnablement attendus.

Son prix est d'autant plus anormalement bas que les chiffres précités ne tiennent pas compte des frais de gestion qui devront nécessairement être déboursés.

En outre, les conditions proposées portent sur 4 ans.

En aucun cas, la prime globale annuelle proposée n'est donc de nature à lui permettre de supporter la charge des sinistres.

[...]

Ce constat est d'autant plus interpellant que la charge des sinistres en responsabilité dans la branche «responsabilité civile médicale» est en constante augmentation.

D'ailleurs, en matière d'indemnisation des victimes, l'ensemble des assureurs belges se base sur les données du Tableau indicatif de 2016, dont les montants sont majorés par rapport à 2014 [...].

Les montants des primes proposées doivent nécessairement tenir compte de cette inflation.

La partie adverse a donc commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que les prix proposés par AMMA ASSURANCES n'apparaissaient pas anormalement bas au terme d'une première vérification ".

La requérante estime que si le raisonnement proposé par l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 n'est pas directement applicable au cas d'espèce vu notamment le nombre d'offres déposées, un raisonnement par analogie peut être imaginé. Elle remarque que s'il n'est pas possible de calculer en l'espèce la moyenne des offres, le taux d'écart de 15 % en-dessous de la moyenne des offres constitue – à défaut d'autre référent - un indice pertinent supplémentaire de l'erreur d'appréciation commise par la partie adverse et constate que l'offre de l'attributaire s'écarte de plus de 15 % de la moyenne des offres pour chaque lot tandis que la prime globale proposée

est inférieure de 39,13 % par rapport à son offre. Elle considère qu'il appartenait à la partie adverse de constater le caractère anormalement bas des prix et d'écarter cette offre en raison de l'irrégularité substantielle ainsi constatée ou qu'à tout le moins, elle devait interroger ce soumissionnaire sur les prix anormaux de son offre.

Elle souligne enfin que l'acte attaqué ne comporte pas non plus de motivation pertinente, adéquate et légalement admissible puisque sa motivation précise à tort que les prix proposés par l'attributaire ne seraient pas anormalement bas et ne permet pas de comprendre en quoi les prix proposés ont pu raisonnablement être considérés comme non anormalement bas au terme d'une première vérification.

B. Note d'observations

La partie adverse observe qu'il ressort de l'acte attaqué que le pouvoir adjudicateur a procédé à la vérification des prix sur la base de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et que cet élément n'est pas contesté par la requérante.

Elle explique qu'elle a conclu que les prix n'apparaissaient pas anormalement bas ou élevés à l'occasion de cette vérification après avoir examiné les offres et notamment contrôlé les prix de manière minutieuse en ayant recours aux services d'un consultant, la Société Marsh, qui l'a assistée à l'occasion de l'analyse des offres. Elle dépose, à titre confidentiel, deux tableaux d'analyse des prix proposés par les compétiteurs au marché dont il résulte qu'elle a pu, sans erreur manifeste d'appréciation, raisonnablement considérer que les prix proposés par l'attributaire pressenti du marché n'étaient pas anormaux puisqu'en comparant les montants effectivement et réellement payés en 2017 et ceux mentionnés dans l'offre de la requérante, l'écart n'était que d'approximativement 4,3 %. Elle rappelle que, pour vérifier un prix, elle dispose d'une marge d'appréciation importante et peut se référer au prix d'un marché précédent et qu'elle a pu estimer, au regard de ces deux tableaux, d'une part, qu'elle disposait d'éléments probants pour vérifier les prix proposés par les compétiteurs au marché et, d'autre part, qu'elle n'était pas en présence de prix anormaux de telle sorte qu'elle n'était pas tenue d'enclencher la vérification des prix anormalement bas, ni d'interroger un soumissionnaire en particulier sur ces prix.

Elle constate que le moyen relève d'une tentative de substituer l'appréciation de la requérante à celle de la partie adverse et qu'il entraînerait le Conseil d'État au-delà du contrôle marginal qu'il peut exercer.

Elle souligne également que la position de la requérante selon laquelle l'offre de l'attributaire pressenti présentait un prix anormal ne peut convaincre dans la

mesure où les prix proposés par l'attributaire pressenti sont quasiment alignés avec ceux que la requérante a elle-même pratiqués dans le cadre du marché actuellement en cours auquel succèdera le marché litigieux. Elle considère que la critique s'apparente à questionner la capacité de l'attributaire pressenti d'exécuter le marché en cas de sinistre et rappelle, d'une part, que la capacité des soumissionnaires a fait l'objet d'une décision de sélection datée du 29 juin 2018, qui n'a fait l'objet d'aucune contestation et, d'autre part, que le moyen ne comporte aucune disposition relative à la phase de sélection du marché.

Elle explique, pour le surplus, qu'il ne lui appartient pas de justifier le prix de l'offre déposée par l'attributaire pressenti du marché et qu'il lui suffisait de procéder à sa vérification et de constater que les prix mentionnés ne soulevaient pas de questions quant à leur normalité. Elle fait valoir que n'ayant pas accès aux pièces déposées confidentiellement par la partie requérante, elle ne sait développer de plus amples commentaires à l'égard de cette critique qui repose sur des documents qu'elle n'aurait, en tout état de cause, pas pu utiliser dans le cadre de la vérification des prix *in tempore non suspecto*.

Elle note que la référence faite par la requérante à l'article 36 de l'arrêté royal est hors de propos et totalement non pertinente en l'espèce et souligne qu'il ressort du dossier administratif qu'elle a vérifié les prix proposés par les opérateurs économiques et a pu, sans erreur manifeste d'appréciation, considérer ceux-ci comme normaux, n'appelant pas de sa part un examen au regard de cet article de telle sorte qu'elle a pu se limiter à indiquer, dans la décision d'attribution, qu'elle a effectivement procédé à la vérification des prix et que ceux-ci ne sont pas apparus anormalement bas ou élevés sans devoir d'emblée préciser en quoi elle a estimé que les prix offerts par l'attributaire pressenti ne devaient pas être considérés comme anormalement bas, ni que les prix offerts par la requérante ne devaient pas être considérés comme anormalement hauts.

C. Requête en intervention

Après avoir rappelé les principes définis par les articles 33 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ainsi que par la jurisprudence, l'intervenante observe que la requérante reconnaît elle-même que la première vérification des prix a bien eu lieu, conformément à l'article 35 de l'arrêté royal précité et qu'elle ne peut être suivie lorsqu'elle prétend que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en décidant que le prix qu'elle propose n'apparaissait pas anormalement bas, et ne nécessitait donc pas d'examen plus approfondi puisque la prime annuelle totale proposée est parfaitement de nature à faire face à la charge des sinistres, et ce,

pour chacun des trois lots concernés.

Elle souligne que la requérante fonde son affirmation sur des données statistiques dont certaines sont confidentielles ce qui porte manifestement atteinte à ses droits de la défense ainsi qu'à ceux de la partie adverse. Elle fait valoir que ces pièces n'ayant été transmises ni au pouvoir adjudicateur, ni aux autres soumissionnaires, la partie adverse n'aurait de toute façon pas pu en tenir compte dans le cadre de la vérification des prix et ce d'autant plus qu'il n'existe aucune certitude quant aux données et méthodes de calcul utilisées pour établir les statistiques et les chiffres avancés par la requérante, et notamment quant au calcul des réserves prises en compte. Elle constate que ces statistiques n'ont pas été établies ou validées par une instance officielle compétente en la matière, comme la Banque Nationale ou la FSMA, qui sont responsables du contrôle du secteur des assurances, et ne peuvent donc en aucun cas revêtir de force probante.

Elle explique qu'elle ne disposait que de très peu de données transmises par l'assureur actuel de la partie adverse : en l'occurrence les "payements" et les réserves, mais relève que ses primes dépassent de loin les "payements", ce qui implique, qu'au vu des "payements" passés, elle n'a pas remis des prix ne permettant pas de faire face à des "payements" qui seraient similaires. Elle expose que les "réserves" sont des montants qui ne sont pas payés à ce stade par l'assureur mais qui sont mis de côté au cas où l'assureur devrait hypothétiquement les payer un jour, que celles-ci dépendent de la stratégie de chaque assureur et que les primes d'un contrat d'assurance ne se calculent pas uniquement eu égard aux "payements" et aux réserves effectués par l'assureur précédent, mais également eu égard au nombre de lits des hôpitaux concernés, au nombre de médecins, au volume des honoraires des médecins, à la masse salariale, au niveau socio-économique des patients...

Elle avance que son prix avantageux ne peut nullement être qualifié d'anormal et peut au contraire se justifier par plusieurs éléments objectifs qu'elle décrit de la manière suivante :

- " - AMMA est une société d'assurance mutuelle. Par conséquent, contrairement à d'autres sociétés d'assurance, comme Ethias, AMMA n'a pas d'actionnaires à payer au moyen de dividendes ou d'intérêts sur des prêts subordonnés. Ceci explique qu'une société d'assurance mutuelle puisse proposer des meilleures conditions à ses membres.
- AMMA est une société qui existe depuis 74 ans, en ayant toujours présenté une situation financière stable et des résultats positifs, et n'ayant jamais dû faire appel à une quelconque aide publique, qu'elle soit fédérale ou régionale. Par conséquent, la bonne solidité financière d'AMMA et sa bonne gestion lui permettent encore de proposer des prix d'autant plus compétitifs. Ceci permet également de soutenir qu'AMMA ne dépose pas (et n'a aucun intérêt à déposer) des prix trop bas qui ne lui permettraient pas de faire face à ses engagements contractuels et qui la précipiteraient vers une faillite.
- AMMA assure la responsabilité de dizaines d'hôpitaux généraux,

psychiatriques et universitaires. Sa connaissance particulièrement aigüe des assurances en milieu hospitalier lui ont permis de développer une politique différente notamment en matière d'acceptation des risques, de gestion des dommages et de réassurances lui permettant d'obtenir de meilleurs résultats, et donc de proposer des prix plus compétitifs.

- De par ses statuts, AMMA n'assure que le monde médical, et la présence importante d'AMMA dans le secteur concerné lui permet de mutualiser en toute connaissance de cause les risques, ce qui est le principe des contrats d'assurance et lui permet encore de proposer des primes d'autant plus intéressantes".

L'intervenante constate, par ailleurs, que la requérante se réfère à une disposition qui n'est nullement applicable lorsqu'elle invoque l'article 36, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et soutient qu'une référence à cette disposition par analogie n'est pas non plus pertinente en l'espèce. Elle relève, tout d'abord, que le marché ne constitue pas un marché de travaux ou de fournitures mais un marché de services d'assurance, qui plus est très spécifique, dans lequel les marges se calculent de manière tout à fait différente. Elle souligne ensuite que ces services sont de nature tout à fait particulière puisque le prix remis l'est en fonction d'une évaluation d'un risque futur qui, par nature, est inconnu de telle sorte que les primes payées dans le cadre d'un contrat d'assurance peuvent, dans certains cas, être insuffisantes pour couvrir un sinistre si celui-ci est d'une ampleur particulièrement importante et engendrer une perte qui sera comblée par d'autres contrats qui ne seront pas déficitaires conformément au principe de la mutualisation des risques. Elle note que si l'ensemble des contrats souscrits par l'assureur sont en perte, celui-ci se trouvera certainement bientôt en grandes difficultés financières, mais que c'est principalement pour éviter ce genre de situation que l'État a institué un contrôle prudentiel très strict des institutions financières qui oblige trimestriellement les assureurs à remettre leurs états financiers détaillés à la Banque Nationale de Belgique, en abrégé BNB, et que celle-ci peut d'autorité obliger l'assureur à prendre des mesures pour redresser sa rentabilité, comme par exemple une augmentation de ses primes. Elle remarque également que "les arguments de prix développés par la partie requérante ne tiennent pas compte des effets positifs des protections de réassurance qui sont mises en place par tout assureur, et qui lui permettent de limiter dans une grande mesure les impacts d'une sinistralité anormalement élevée ou divergente des hypothèses qui ont conduit à la tarification d'un produit ou d'un contrat d'assurance, ou de l'ensemble d'un portefeuille de contrats d'assurance". Elle explique enfin qu'alors que seulement deux offres régulières ont été déposées, appliquer une telle méthode de calcul par analogie reviendrait donc en réalité à comparer uniquement son prix à celui de la requérante, ce qui ne peut évidemment constituer un élément de comparaison pour déduire l'existence d'un prix anormal puisqu'il est tout aussi possible que ce soit, en réalité, la requérante qui a remis un prix anormalement haut.

Elle observe, par ailleurs, que le pouvoir adjudicateur s'est entouré

d'experts pour évaluer les offres remises et se réfère à un arrêt du Conseil d'État n° 242.102 du 13 juillet 2018. Elle constate qu'il ressort de la note d'observations que la partie adverse s'est fait assister par MARSH pour l'analyse des offres, et notamment la vérification des prix, entreprise qui, en tant que courtier en assurances, dispose de l'expérience et des connaissances techniques pour se faire une idée du coût du type de marché d'assurances en cause. Elle en déduit que la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant que la vérification des prix ne faisait pas ressortir de prix anormaux et que la motivation constatant que les prix déposés sont réguliers est suffisante.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme suit :

- " Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix ou des coûts des offres introduites, conformément aux modalités fixées par le Roi. Le Roi peut prévoir des exceptions à la vérification des prix ou des coûts pour les marchés fixés par Lui.

A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure de passation, toutes les indications permettant cette vérification".

Les articles 33 et 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques se présentent comme suit :

- article 33 : "Après avoir procédé à la rectification des offres conformément à l'article 34, le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 35 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 36";
- article 35 : "Le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Pour ce faire, il peut, conformément à l'article 84, alinéa 2, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires".

L'article I.13 du cahier spécial des charges énonce ce qui suit:

- " Le pouvoir adjudicateur soumet les dernières offres introduites à une vérification des prix ou des coûts.

Pour ce faire, il peut inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires.

Lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur procède à un examen de ces derniers, conformément à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017."

Il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder à la vérification des prix, pareille vérification devant lui permettre de s'assurer de ce que le prix proposé peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents du marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires. Dans la procédure de vérification des prix ainsi organisée, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'estimation du caractère apparemment anormal d'un prix. Il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité, et ce sans préjudice de la censure d'une erreur manifeste d'appréciation que cette autorité aurait, le cas échéant, commise dans l'application de ces dispositions.

En l'espèce, la décision d'attribution comporte, en ce qui concerne l'offre de l'attributaire, la mention suivante :

" Conformément à l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, il a été procédé à une vérification des prix, lesquels n'apparaissent pas anormalement bas ou élevés".

Cette mention est reprise pour les 3 lots.

La requérante ne soutient pas que la partie adverse n'aurait pas procédé à une vérification effective des prix, mais conteste son appréciation selon laquelle les prix proposés par l'attributaire n'apparaissent pas anormalement bas. Elle soutient ainsi que la prime globale annuelle proposée n'est pas de nature à permettre à cette société de supporter la charge des sinistres.

La partie adverse explique qu'elle a conclu à l'absence d'apparence d'anormalité en comparant les prix proposés avec "les montants effectivement et réellement payés en 2017". Elle se réfère aux tableaux confidentiels qu'elle a déposés en pièces 22 et 23 du dossier administratif. Au cours de l'audience du 27 novembre 2018, elle s'est également référée à un tableau établi par son consultant, la société MARSH, et qui constitue la pièce 24 du dossier administratif.

La pièce 24 du dossier administratif est divisée en un premier tableau reprenant par lot et par poste le taux de prime et la prime payée en 2017 et en 2018 ainsi que les taux et primes proposés par les soumissionnaires dans leur offre initiale ainsi que dans leur BAFO et en un deuxième tableau ne comportant aucune indication précise mais reprenant apparemment les primes payées en 2017 pour le CHU Saint-Pierre, le CHU Brugmann et l'HUDERF ainsi que les gains et pertes escomptés par rapport à l'offre d'AMMA Assurances.

La pièce 23 du dossier administratif est un tableau récapitulatif des primes payées au cours des années 2013-2017.

La pièce 22 du dossier administratif est composée de deux tableaux. Le premier tableau comporte 4 colonnes reprenant chacune les postes de chaque lot. Une première colonne comporte les primes pour l'année 2017; une deuxième colonne mentionne les primes pour l'année 2018, une troisième colonne reprend les primes proposées par AMMA Assurances et la quatrième calcule les gains et pertes escomptés par rapport à 2017 si ce soumissionnaire remporte le marché. Le deuxième tableau effectue la même analyse avec les primes proposées par la société anonyme ETHIAS.

Il est exact, comme le relève la partie adverse dans sa note d'observations, qu'au regard de ces tableaux, l'écart entre le total des primes proposées pour les 3 lots par AMMA Assurances est d'un peu plus de 4% à la baisse par rapport à la prime totale payée en 2017. Un examen par poste plus approfondi montre, toutefois, l'existence d'écarts significatifs par rapport aux primes payées pour l'année 2017. Ainsi, les primes proposées par ce soumissionnaire pour certains postes peuvent être très inférieures (parfois de 50%, voire même de 70%) ou très supérieures (la prime est parfois triplée, voire quadruplée) par rapport aux primes payées pour l'année 2017. Le dossier administratif ne contient aucun élément permettant de comprendre la raison pour laquelle ces différences parfois très importantes par rapport aux primes payées pour l'année 2017 ne traduisent pas, pour la partie adverse, une apparence d'anormalité.

S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur se réfère au prix d'un marché précédent pour vérifier l'apparence de normalité d'un prix et sans qu'il ne soit besoin de se prononcer à ce stade sur la pertinence, en l'espèce, de cette référence, le constat d'importantes différences par rapport au point de comparaison que la partie adverse a elle-même choisi ne peut la conduire, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, à conclure à l'apparence de normalité d'un prix sans que d'autres éléments permettant de justifier ces différences ne figurent dans le dossier administratif. En l'espèce, aucun élément de cette nature ne figure au dossier administratif.

Le premier moyen est, dès lors, sérieux.

VII. Balance des intérêts

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

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VIII. Confidentialité

La requérante sollicite le maintien de la confidentialité pour les statistiques détaillées sur 10 et 20 ans ainsi que pour son offre initiale et sa BAFO afin de préserver le secret de ses prix unitaires. Ces pièces portent les numéros 3 à 6 de son dossier de pièces.

La partie adverse sollicite que les candidatures, les offres ainsi que certains documents et courriers bénéficient du régime de confidentialité de manière à ne pas nuire au secret d'affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit des pièces 11 à 24 du dossier administratif.

L'intervenante demande également le bénéfice de la confidentialité pour son offre telle que déposée au dossier administratif. Elle demande, par contre, que si les pièces n° 3 et 4 du dossier de la requérante étaient jugées nécessaires à la solution du litige, leur confidentialité soit levée et que les débats soient être rouverts afin de permettre aux parties d'y répondre utilement.

Dès lors que la divulgation des pièces pour lesquelles la confidentialité a été demandée n'est, à ce stade de la procédure, 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 d'assurances mutuelles AMMA ASSURANCES est accueillie dans la présente procédure.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision prise le 23 octobre 2018 par l'association de droit public IRIS-ACHATS attribuant les lots 1, 2 et 3 du marché public de services ayant pour objet "assurances portant sur la responsabilité civile générale des hôpitaux, la responsabilité médicale, la responsabilité objective incendie et explosion, la responsabilité objective expérimentations et la responsabilité civile entreprise pour le compte du réseau IRIS, du CHU Bruxelles et du LHUB-ULB" à l'association mutuelle d'assurances à cotisations et engagements fixes AMMA

ASSURANCES est ordonnée.

Article 3.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 4.

Les pièces portant les numéros 11 à 24 du dossier administratif ainsi que les pièces portant les numéros 3 à 6 du dossier déposé par la requérante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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 vingt-neuf novembre deux mille dix-huit par :

M^{mes} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, président f.f.,
Katty LAUVAU, greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Nathalie VAN LAER.