CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R ÊT

n^o^ 245.398 du 11 septembre 2019

A. 228.932/VI-21.585

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée P&V ASSURANCES,**
ayant élu domicile chez
M^es^ Jens DEBIEVRE, Mehdy ABBAS KHAYLI et Rose OUBINA, avocats,
avenue du Port 86C/113
1000 Bruxelles,

contre :

la Commune de Nandrin,
ayant élu domicile chez
M^e^ François TULKENS, avocat,
boulevard de l'Empereur 3
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 27 août 2019, la société coopérative à responsabilité limitée P&V ASSURANCES demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution "de la décision de la Partie adverse du 8 août 2019 d'attribuer le marché public de services ayant pour objet «Conclusion de divers contrats d'assurances de la commune de Nandrin» (référence 2019-104) (ci-après le Marché) à la société Ethias" et "de la décision implicite de la même date de la Partie adverse de ne pas attribuer le Marché à la Partie requérante".

II. Procédure

Par une ordonnance du 28 août 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 9 septembre 2019 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 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^me^ Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Mehdy ABBAS KHAYLI, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Maxime VANDERSTRAETEN, *loco* M^e^ François TULKENS, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Exposé des faits utiles

Le présent recours a trait à un marché de services ayant pour objet la "conclusion de divers contrats d'assurances de la commune de Nandrin". La procédure choisie est celle de la procédure négociée sans publication préalable.

La requérante et la société anonyme ETHIAS ont déposé une offre en avril 2019.

Selon la note d'observations, une réunion s'est tenue avec la requérante le 10 juillet 2019 et une autre réunion a été organisée avec la société anonyme ETHIAS le 17 juillet 2019, ces réunions ayant pour objet de leur permettre de "présenter leur offre ainsi que leur plate-forme de gestion des sinistres".

Le 18 juillet 2019, la requérante a adressé à la partie adverse le courrier électronique qui suit :

" Comme convenu vous trouverez en annexe le tableau rectifié concernant les plus de notre offre.

Pour votre information lorsqu'il y a un (+) c'est que la garantie n'était pas demandée dans le cahier des charges, c'est donc un plus que nous vous offrons.

Concernant le point Cellule psychologique : Y a-t-il un plan de réinsertion en cas d'AT ?

Nous n'avons pas de plan de réinsertion car une compagnie ne peut pas mettre en place pour un client ce type de plan.
Mais nous pouvons vous aider pour les démarches administratives avec le Fopas.

Je reste à votre disposition pour toutes informations complémentaires".

Le 22 juillet 2019, la partie adverse a adressé à la société anonyme ETHIAS le courrier électronique qui suit :

" Nous souhaiterions négocier l'amélioration du contenu de votre offre. Notre demande porte plus précisément sur :

- le prix;
- les modalités de l'aide à l'établissement d'un plan de prévention;
- la limitation ou non du nombre de plans de réinsertion aux victimes d'un AT;
- l'engagement à réaliser un bilan annuel des polices avec proposition d'amélioration.

Les critères d'attribution ne font eux pas l'objet de négociation.
Je vous propose de vous rencontrer à l'AC le lundi 5/8 en matinée (10h00) ou le mardi 6/8 (AM ou PM) à mon retour de vacances".

Selon la note d'observations, une nouvelle réunion a été organisée, le 6 août 2019, avec la société anonyme ETHIAS et cette réunion s'est achevée par une invitation à remettre une offre améliorée.

Par un courrier électronique daté du 7 août 2019 à 15h39, la société anonyme ETHIAS a déposé sa "meilleure offre" qui est datée du 1er août 2019.

Un rapport d'examen des offres a été établi le même jour. Ce rapport qui conclut à l'attribution du marché à la société anonyme ETHIAS, décrit l'historique des négociations comme suit :

"

N°	Nom	Historique
1	P & V	L'opérateur économique a présenté sa plate-forme informatisée de gestion d'assurances et de sinistres mise à disposition du pouvoir adjudicateur. À cette occasion, il a également précisé le contenu de son offre.
2	Ethias	L'opérateur économique a présenté sa plate-forme informatisée de gestion d'assurances et de sinistres mise à disposition du pouvoir adjudicateur. À cette occasion, il a également précisé le contenu de son offre. Ethias a déposé une BAFO le 1er août 2019. Celle-ci contient les éléments principaux suivants : - prix final (ristourne de 10 % comprise) : 40.086,23 € - audit annuel du portefeuille effectué d'office : ● cadastre complet; ● statistiques pour chaque branches d'assurance IARD; ● profil des accidents; ● pour les sinistres majeurs, détail des débours les plus importants ainsi que les cas graves en accident du travail; ● rappel sur les procédures de déclaration de sinistres; ● présentation des nouveaux produits; ● en fonction de l'analyse, proposition d'adaptation des contrats. - réinsertion professionnelle : proposition de programme d'accompagnement et de réinsertion professionnelle aux victimes d'accident du travail sans aucune limitation du nombre de dossier ou du type d'accident.

".

‡BBJTKEIFA-BDIGCAV‡

Au cours de sa séance du 8 août 2019, le collège communal de Nandrin, faisant sien le rapport d'examen des offres, a décidé d'attribuer le marché à la société anonyme ETHIAS. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Recevabilité de la demande en tant qu'elle est dirigée contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante

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, la requérante n'invoque aucun élément concret qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux. La comparaison qu'elle effectue entre son offre et la première offre de la société anonyme ETHIAS ne permet, en effet, pas d'établir que la partie adverse n'avait pas d'autre choix que de retenir son offre et de lui attribuer le marché.

Ainsi que le relève la partie adverse, la demande est donc irrecevable en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché à la requérante.

V. Sur la première branche du moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Demande de suspension

La requérante prend un moyen unique de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 4, 13 et 42 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4, 5, 8 et 9 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 principes généraux du droit, notamment les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence, des principes généraux de bonne administration, notamment les principes de minutie, d'égalité, de transparence, de concurrence, de l'excès de pouvoir, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs de l'acte attaqué.

Elle divise son moyen en deux branches qu'elle résume comme suit :

" En ce que :

- Première branche. L'Adjudicateur (i) a, dans le cadre de négociations tenues uniquement avec Ethias, invité cette dernière à remettre une offre améliorée et finale («BAFO»), (ii) n'a pas donné cette possibilité à la Partie requérante, et (iii) a, dans la préparation et la motivation de l'Acte attaqué, comparé l'offre unique de la Partie requérante à l'offre améliorée et finale d'Ethias;

- Deuxième branche. Dans le cadre de ses négociations avec Ethias, l'Adjudicateur a sans nul doute divulgué des éléments de l'offre de la Partie requérante couverts par l'exigence de confidentialité,

Alors que :

- L'Adjudicateur aurait dû traiter la Partie requérante et Ethias conformément au principe d'égalité en leur donnant à chacune (ou en ne donnant à aucune) la possibilité d'améliorer son offre et les mêmes informations;

- À tout le moins l'Adjudicateur aurait-il dû fonder sa décision de ne négocier qu'avec un soumissionnaire sur une première analyse raisonnable des offres, ce que l'Acte attaqué aurait dû préciser et justifier;

- L'Adjudicateur n'aurait jamais dû divulguer des éléments de l'offre de la Partie requérante à Ethias".

B. Note d'observations

La partie adverse expose, concernant la violation du principe d'égalité, ce qui suit :

" 12. La partie requérante affirme avoir été privée de la possibilité d'améliorer son offre. Par conséquent, elle invoque une violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires, dès lors qu'Ethias a pu améliorer son offre.

13. Le moyen manque en fait.

14. En effet, la Partie requérante se garde de produire l'e-mail qu'elle a envoyé à la commune de Nandrin le 18 juillet 2019 (pièce A.5 et pièce confidentielle B.10). Il ressort de ce document que la partie requérante a eu la possibilité de soumettre une offre améliorée et a usé de cette possibilité.

En effet, dans son e-mail, la partie requérante indique que :

« Comme convenu, vous trouverez en annexe le tableau rectifié concernant les plus de notre offre».

La partie requérante a donc soumis une offre améliorée et a eu la possibilité de modifier son prix. À l'occasion de cette offre modifiée, la requérante a ajouté une garantie supplémentaire (chapitre «frais supplémentaires d'exploitation» : augmentation du capital assuré) et en a supprimé d'autres. Elle a aussi décidé de ne pas donner de suite favorable à certaines demandes de la partie averse (ex. : refus de proposer la mise en place d'un plan de réinsertion professionnelle pour les victimes d'accidents du travail).

La requérante avait donc bien compris qu'elle disposait d'une faculté de modifier son offre.

En outre, comme indiqué dans l'e-mail du 18 juillet 2019, cette faculté d'amélioration avait été convenue avec la partie adverse. La partie adverse a donc, à juste titre et par application du principe d'égalité, offert la même possibilité à Ethias.

La partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation et a satisfait à son devoir de minutie en donnant la possibilité aux deux soumissionnaires d'améliorer leurs offres.

15. En outre, comme rappelé dans l'exposé des faits, la seconde réunion qui a eu lieu avec Ethias n'avait ni pour but, ni pour effet d'offrir à Ethias un quelconque avantage dans le processus de négociation. Il s'agissait en effet uniquement de permettre à l'agent-traitant d'Ethias, légitimement absent lors de la première réunion, d'exposer l'offre dont il avait supervisé la rédaction".

Après avoir exposé son analyse des points octroyés pour les critères d'attribution et de la motivation de ces points, la partie adverse indique, à propos des négociations entre elle et la requérante, ce qui suit :

" 21. Enfin, la partie requérante soutient que la partie adverse a violé les articles 4, 5, 8 et 9 de la loi du 17 juin 2013 en fondant l'acte attaqué sur des motifs faux et incohérents. En effet, elle considère que l'acte attaqué fait mention d'éléments objectivement faux en ce qu'elle n'aurait en aucun cas négocié la teneur de son offre en vue de son amélioration ou de sa modification. Cependant, la partie requérante a pris part à des négociations qui ont abouti à ce qu'elle ajoute «des plus» à son offre ou qu'elle n'accède pas à certaines demandes du pouvoir adjudicateur (cf. *supra*)".

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Les principes d'égalité et de transparence imposent au pouvoir adjudicateur, lorsque celui-ci procède à des négociations, de mener celles-ci dans le strict respect de l'égalité "procédurale" entre les soumissionnaires, ce qui implique, entre autres choses, que chacun de ceux-ci reçoive les mêmes informations utiles à l'élaboration et à l'amélioration de son offre et doive avoir les mêmes possibilités d'améliorer son offre. Le respect de ces principes doit ressortir des pièces du dossier administratif.

En l'espèce, il n'est pas contesté que des négociations se sont tenues entre la partie adverse et la société anonyme ETHIAS et qu'à la suite de celles-ci, cette société a déposé une "*best and final offer*" (BAFO).

Le dossier administratif ne contient, par contre, aucune pièce relative au contenu des discussions qui se sont tenues entre la requérante et la partie adverse. Si la partie adverse produit un courrier électronique dans lequel elle invite la société anonyme ETHIAS à négocier une amélioration du contenu de cette offre, elle ne produit aucun courrier qui aurait été également adressé en ce sens à la requérante.

La partie adverse soutient qu'elle a bien mené des négociations avec la requérante avant que celle-ci ne dépose également une BAFO. Elle renvoie, sur ce point, à un tableau des garanties et limites d'intervention qu'elle produit en pièce 10 du dossier administratif ainsi qu'à un mail adressé par la requérante en date du 18 juillet 2019.

Ce courrier électronique adressé par la requérante à la partie adverse se présente comme suit :

" Comme convenu vous trouverez en annexe le tableau rectifié concernant les plus de notre offre.

Pour votre information lorsqu'il y a un (+) c'est que la garantie n'était pas demandée dans le cahier des charges, c'est donc un plus que nous vous offrons.

Concernant le point Cellule psychologique : Y a-t-il un plan de réinsertion en cas d'AT ?

Nous n'avons pas de plan de réinsertion car une compagnie ne peut pas mettre en place pour un client ce type de plan.
Mais nous pouvons vous aider pour les démarches administratives avec le Fopas.

Je reste à votre disposition pour toutes informations complémentaires".

Le tableau ainsi transmis par la requérante et que la partie adverse qualifie de BAFO ne permet nullement d'établir que la requérante se serait vue offrir la possibilité d'améliorer son offre. Le courrier électronique le transmettant indique, à cet égard, que ce document est transmis "comme convenu"- soit à la suite d'une probable demande de la partie adverse - et qu'il permet de visualiser les "plus" de l'offre, soit les garanties supplémentaires offertes en supplément des exigences du cahier spécial des charges. La comparaison de ce tableau avec celui contenu dans l'offre montre que la requérante y a simplement ajouté soit la mention "+" s'il s'agit d'une garantie supplémentaire, soit le numéro de la page du cahier spécial des charges s'il s'agit d'une garantie demandée par celui-ci. Les autres différences entre ces deux tableaux peuvent être *prima facie* comprises comme soit des suppressions de certains

doublons permettant de clarifier la lecture, soit la correction d'une contradiction figurant entre deux mentions de l'offre. Aucune modification du contenu de l'offre n'apparaît au terme d'un examen effectué en extrême urgence. Le tableau joint au courrier électronique du 18 juillet 2019 semble donc davantage faire suite à une demande de clarification de la présentation de l'offre que constituer une BAFO déposée dans le cadre d'une amélioration de l'offre demandée par la partie adverse. De même, la réponse à la question relative à l'existence d'un plan de réinsertion en cas d'accident du travail peut également être interprétée comme étant la réponse à une simple question et non un refus suite à une demande d'amélioration.

Le rapport d'examen des offres indique, par ailleurs, que la requérante a "précisé le contenu de son offre". À la différence de la société anonyme ETHIAS pour laquelle ce rapport mentionne qu'elle a déposé une BAFO dont il présente les éléments principaux, le rapport d'examen des offres ne considère pas le tableau transmis par la requérante le 18 juillet 2019 et invoqué par la partie adverse comme étant une BAFO.

Les pièces du dossier administratif auxquelles la partie adverse se réfère ne permettent, dès lors, *prima facie* pas d'établir qu'elle aurait offert à la requérante les mêmes possibilités d'améliorer son offre que celles offertes à la société anonyme ETHIAS. À défaut de telles pièces figurant dans le dossier administratif, la première branche du moyen unique est sérieuse.

VI. 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.

VII. Confidentialité

La requérante demande la confidentialité pour son offre, pour la présentation de celle-ci ainsi que pour un tableau communiqué à la partie adverse le 18 juin 2019 en raison du fait qu'elles sont couvertes par le secret des affaires et le secret commercial et qu'il convient de ne pas altérer la concurrence. Il s'agit des pièces 1 à 3 de la partie confidentielle de son dossier.

La partie adverse sollicite, quant à elle, la confidentialité des pièces 9 à 12 du dossier administratif afin de ne pas nuire au secret des affaires et à la concurrence.

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 1er.

La suspension de l'exécution de la décision du 8 août 2019 attribuant à la société anonyme ETHIAS le marché ayant pour objet la "conclusion de divers contrats d'assurances de la commune de Nandrin" est ordonnée.

La demande est rejetée pour le surplus.

Article 2.

Les pièces 9 à 12 du dossier administratif ainsi que les pièces 1 à 3 de la partie confidentielle du dossier déposé par la requérante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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

Article 5.

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 onze septembre deux mille dix-neuf par :

Nathalie VAN LAER	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent DURIEUX	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX. Nathalie VAN LAER.