

**CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF**  
**LE PRÉSIDENT DE LA VI<sup>e</sup> CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ**

**A R R Ê T**

n° 247.038 du 11 février 2020

A. 229.822/VI-21.673

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée  
P & V ASSURANCES,**

ayant élu domicile chez  
M<sup>es</sup> Jens DEBIEVRE et  
Mehdy ABBAS KHAYLI, avocats,  
avenue du Port 86 b 113  
1000 Bruxelles,

contre :

**le Centre public d'action sociale de Bruxelles,**  
représenté par le conseil de l'action sociale.

ayant élu domicile chez  
M<sup>es</sup> Isabelle VAN KRUCHTEN et  
Christophe DUBOIS, avocats,  
place Flagey 18  
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

**la société anonyme ETHIAS,**

ayant élu domicile chez  
M<sup>es</sup> Éric LEMMENS et  
Élisabeth KIEHL, avocats,  
boulevard de la Sauvenière 68/2  
4000 Liège.

---

*I. Objet de la requête*

Par une requête introduite le 23 décembre 2019, la société coopérative à responsabilité limitée P&V Assurances demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution :

- " a. De la décision (la Décision de retrait) de la Partie adverse du 11 décembre 2019 de retirer sa décision (réf. 19-CA-0326) (la Décision Initiale) en tant qu'elle attribue comme suit les lots 1, 4 et 5 du marché public de services ayant pour objet « Assurances du Centre public d'action sociale de Bruxelles » (réf. 03496) (le Marché) :
- Les lots 1 et 5 sont attribués à la Partie requérante;
  - Le lot 4 est attribué à Ethias SA, dont le siège social est établi à 4000 Liège, Rue des Croisiers 24, enregistrée sous le numéro d'entreprise

0404.484.664 (Ethias);

Il s'agit du Premier acte attaqué;

- b. De la décision de la Partie adverse du 11 décembre 2019 d'attribuer les lots 1 et 5 du Marché à Ethias (la Décision d'attribution). Il s'agit du deuxième acte attaqué;
- c. De la décision implicite du 11 décembre 2019 de la Partie adverse de ne pas attribuer les lots 1 et 5 du Marché à la Partie requérante. Il s'agit du troisième acte attaqué".

## *II. Procédure*

Par une ordonnance du 23 décembre 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 14 janvier 2020.

L'affaire a été remise à l'audience du 24 janvier 2010 à 11 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 7 janvier 2019, la société anonyme ETHIAS demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

M. David DE ROY, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M<sup>e</sup> Mehdy ABBAS KHAYLI, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M<sup>e</sup> Isabelle VAN KRUCHTEN, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M<sup>e</sup> Éric LEMMENS, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M<sup>me</sup> Elisabeth WILLEMART, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

### III. Exposé des faits utiles

1. Tels que les relate la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit:

- " 1. Le présent litige porte sur les lots 1 et 5 du marché public de services ayant pour objet les assurances du CPAS. Le Lot 1 concerne les « assurances dommages matériels »; le lot 5 concerne les « assurances accidents du travail et excédent-loi ».
2. La procédure de passation est la procédure ouverte, avec publicités belge et européenne. L'envoi de l'avis de marché a lieu le 22 août 2019. S'ensuivent deux avis rectificatifs.
3. Le prix est le seul critère d'attribution.

Le marché étant divisé en lots, le cahier spécial des charges précise ce qui suit en matière de proposition d'amélioration :

« Uniquement pour les lots 1, 4 et 5, le soumissionnaire peut compléter ses offres sur les différents lots en mentionnant la proposition d'amélioration qu'il consent sur chaque lot en cas de réunion de tout ou partie de ces lots pour lesquels il remet offre.

Pour les autres lots, il est interdit de compléter l'offre en mentionnant une proposition d'amélioration consentie par le soumissionnaire sur chaque lot en cas de réunion de certains lots pour lesquels il remet offre. Si une telle proposition est mentionnée, elle ne sera donc pas prise en compte sans que cela ne soit toutefois de nature à entraîner l'irrégularité de l'offre ».

4. L'ouverture des offres a lieu le 10 octobre 2019. Tant pour le lot 1 que pour le lot 5, trois compagnies d'assurances déposent offre :
  - P&V Assurances, la partie requérante;
  - ETHIAS;
  - AXA.
5. Ces offres sont examinées par les services de la partie adverse. Un rapport d'analyse des offres est établi.
6. Par une décision du 20 novembre 2019, le Conseil de l'action sociale décide d'attribuer les lots 1 et 5 à la partie requérante. Cette décision est notifiée aux différents soumissionnaires.
7. ETHIAS introduit un recours en suspension d'extrême urgence à l'encontre de cette décision. Ce recours est enrôlé sous le numéro G/A. 229.650/VI-21.655.
8. Le CPAS de Bruxelles décide de ne pas attendre l'issue de la procédure et de retirer le 11 décembre 2019 la décision attaquée par ETHIAS en ce qui concerne les lots 1, 4 et 5. Cette décision de retrait est motivée comme il suit:

« Nous avons été informés par le cabinet LMK Conseil, conseil de la société Ethias, via un mail et un courrier daté du 02/12/2019 qu'un recours en suspension d'extrême urgence avait introduit devant le Conseil d'État contre la décision 19-CA-0326 uniquement sur l'attribution des lots 1 et 5. L'attribution des autres lots n'est pas contestée.

La demande en suspension est fondée sur une erreur dans l'analyse du critère prix et de la non prise en compte de la ristourne globale de 7,5 % proposée par Ethias sur le montant total global des lots 1, 4 et 5.

En effet, Ethias a proposé dans son offre 7,5 % en cas d'attribution globale de tous les lots. L'analyse des prix s'est effectuée lot par lot en tenant compte de cette ristourne. Cependant, il a été conclu que même en appliquant la ristourne de 7,5 % Ethias n'ayant pas le lot 1, la ristourne conditionnelle ne pouvait pas s'appliquer aux autres lots. Il n'a effectivement pas été examiné comme reproché par la société Ethias l'impact de la ristourne de 7,5 % sur le prix total global des 3 lots réunis.

Conformément à l'article 87 alinéa 5 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 lorsque plusieurs soumissionnaires ont proposé un rabais pour certains groupements de lots, l'offre régulière économiquement la plus avantageuse est déterminée, pour tout lot, en tenant compte des rabais ou des améliorations qui ont été proposés pour certains groupements de lots et de l'ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux. Ainsi que le précise le rapport au Roi, le but poursuivi par cette disposition est de permettre de retenir la combinaison économiquement la plus avantageuse, qu'il s'agisse d'un groupement de lots ou de lots individuels.

L'analyse de l'offre aurait du faire apparaître :

- la comparaison des prix en tenant compte de l'hypothèse où ETHIAS ne bénéficierait pas des lots et sans appliquer la ristourne;
- la comparaison des prix en tenant compte de l'hypothèse où ETHIAS bénéficierait de tous lots et en appliquant la ristourne.

Sur base de notre cahier des charges, de la disposition légale précitée et de la ristourne proposée par Ethias sur les 3 lots combinés, il s'avère que l'offre d'Ethias pour les lots 1, 4 et 5 est économiquement la plus avantageuse de sorte que ces lots auraient dû lui être attribués.

Offre globale pour les lots 1, 4 et 5 :

| NOM            | PRIME/AN       | PRIME/4 ANS    |
|----------------|----------------|----------------|
| AXA            | 1.511.762,16 € | 6.047.048,63 € |
| AXA 5 %        | 1.436.174,05 € | 5.744.696,20 € |
| ETHIAS         | 1.085.422,11 € | 4.341.688,45 € |
| ETHIAS 7,5 %   | 1.004.015,46 € | 4.016.061,82 € |
| P&V ASSURANCES | 1.032.556,44 € | 4.130.225,78 € |

Compte tenu de l'illégalité dont la procédure est, dès lors, affectée, il est proposé de retirer la décision d'attribution 19-CA-0326 uniquement en ce qui concerne l'attribution des lots 1, 4 et 5. Les autres points visés par la décision à savoir l'attribution des lots 2, 3, 6 et 7 restent valables.

Une nouvelle analyse des lots 1, 4 et 5 tenant compte de la ristourne sur le montant total l'ensemble des lots sera rédigée et fera l'objet d'un rapport ultérieur».

9. Le CPAS de Bruxelles procède à une nouvelle analyse des offres. Un nouveau rapport d'analyse des offres est rédigé pour les lots 1, 4 et 5. La proposition d'amélioration des offres formulée par ETHIAS est prise en considération pour ces lots.

10. Par une décision du 11 décembre 2019, la partie adverse décide d'attribuer les lots 1, 4 et 5 à ETHIAS, considérant que cette dernière a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, déterminée sur la base du prix, en application de l'article 87 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Il en résulte que l'ensemble des lots du marché « assurances » est attribué au soumissionnaire ETHIAS".

2. Dans le nouveau rapport d'analyse des offres évoqué au point 9 de l'exposé des faits de la partie adverse et qui – selon les termes de la nouvelle décision d'attribution du marché litigieux, "fait partie intégrante de la présente décision", il y a notamment lieu de citer le passage suivant:

" III. 4 Conclusion de l'analyse de régularité des offres

|                |                                                       |
|----------------|-------------------------------------------------------|
| AXA            | Offre régulière/ Lot 4 uniquement : offre irrégulière |
| ETHIAS         | Offre régulière                                       |
| P&V ASSURANCES | Offre régulière                                       |

IV. Comparaison des offres

Une possibilité de ristourne ayant été autorisée pour les lots 1, 4 et 5, ceux-ci seront analysée ensemble. En effet, conformément l'article 87 alinéa 5 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 lorsque plusieurs soumissionnaires ont proposé un rabais pour certains groupements de lots, l'offre régulière économiquement la plus avantageuse est déterminée, pour tout lot, en tenant compte des rabais ou des améliorations qui ont été proposé pour certains groupements de lots et de l'ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux. Ainsi que le précise le rapport au Roi, le but poursuivi par cette disposition est de permettre de retenir le combinaison économiquement le plus avantageuse, qu'il s'agisse d'un groupement de lots ou de lots individuels.

Ethias propose un ristourne de 7,5% en cas d'attribution globale des lots 1,4 et 5.  
Axa Propose une attribution globale da 5 % en cas d'attribution globale des lots 1,4 et 5.

Lot 1 :

| NOM            | PRIME/AN     | PRIME/4 ANS    |
|----------------|--------------|----------------|
| AXA            | 468.905,23 € | 1.875.620,92 € |
| AXA 5 %        | 445.459,97 € | 1.781.839,87 € |
| ETHIAS         | 203.419,84 € | 813.679,35 €   |
| ETHIAS 7,5 %   | 188.163,35 € | 752.653,39 €   |
| P&V ASSURANCES | 184.149,40   | 736.597,62 €   |

Lot 4 :

| NOM                                      | PRIME/AN    | PRIME/4 ANS  |
|------------------------------------------|-------------|--------------|
| AXA<br>(pour mémoire car irrégulier)     | 48.343,99 € | 193.375,98 € |
| AXA 5 %<br>(pour mémoire car irrégulier) | 45.926,79 € | 183.707,18 € |
| ETHIAS                                   | 34.809,69 € | 139.238,75 € |
| ETHIAS 7,5 %                             | 32.198,96 € | 126.795,85 € |
| P&V ASSURANCES                           | 47.130,39 € | 188.521,56 € |

Lot 5 :

| NOM     | PRIME/AN     | PRIME/4 ANS    |
|---------|--------------|----------------|
| AXA     | 994.512,93 € | 3.978.051,74 € |
| AXA 5 % | 944.787,29 € | 3.779.149,15 € |
| ETHIAS  | 847.192,59 € | 3.388.770,36 € |

|                |              |                |
|----------------|--------------|----------------|
| ETHIAS 7,5 %   | 783.653,14 € | 3.134.612,58 € |
| P&V ASSURANCES | 801.276,65 € | 3.205.106,60 € |

Offre globale pour les lots 1, 4 et 5 :

| NOM            | PRIME/AN       | PRIME/4 ANS    | CLASSEMENT             |
|----------------|----------------|----------------|------------------------|
| AXA            | 1.511.762,16 € | 6.047.046,63 € | 5 <sup>ème</sup> place |
| AXA 5 %        | 1.436.174,05 € | 5.744.696,20 € | 4 <sup>ème</sup> place |
| ETHIAS         | 1.085.422,11 € | 4.341.688,45 € | 3 <sup>ème</sup> place |
| ETHIAS 7,5 %   | 1.004.015,46 € | 4.016.061,82 € | 1 <sup>er</sup> place  |
| P&V ASSURANCES | 1.032.556,44 € | 4.130.225,78 € | 2 <sup>ème</sup> place |

La combinaison de lots économiquement la plus avantageuse est proposée par la société Ethias. En effet, bien que son offre soit légèrement supérieure pour le lot 1, l'offre globale d'Ethias en tenant compte de la ristourne de 7,5 % sur les 3 lots est la moins-disante. Conformément aux dispositions de l'article 87 alinéa 5 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, les lots 1,4 et 5 lui sont donc attribués".

#### IV. Intervention

Par une requête introduite le 7 janvier 2020, la société anonyme ETHIAS demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux – notamment des lots 1 et 5 de ce marché, dont la décision d'attribution constitue le deuxième acte attaqué par le présent recours – elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

#### V. Recevabilité de la demande quant à l'objet

##### V.1. Thèses des parties

###### A. Requête

Sous un titre "2.2 Intérêt – Recours contre la Décision implicite", la requérante expose ce qui suit:

- " Pour autant que de besoin, il convient de préciser que la Partie requérante dispose non seulement d'un intérêt au recours, mais également d'un intérêt dans chacun de ses moyens, comme cela ressort des développements ci-dessous. Il sera démontré ci-dessous que si la Partie adverse n'avait pas violé les dispositions invoquées dans le cadre des moyens ci-dessous, la Partie requérante aurait obtenu les lots litigieux du Marché".

###### B. Note d'observations

La partie adverse conteste la recevabilité de la demande en tant que celle-ci est dirigée contre le troisième acte attaqué, à savoir la décision implicite de ne

pas attribuer à la requérante les lots 1 et 5 du marché litigieux, s'exprimant comme suit dans sa note d'observations:

- " 14. La partie requérante n'a rien exposé qui permettrait de comprendre pourquoi la décision implicite de ne pas leur attribuer le marché devrait être suspendue. Aucun moyen n'est formulé précisément sur ce point. Dans ces circonstances, le recours est irrecevable quant à cet objet".

### *C. Requête en intervention*

L'intervenante fait valoir ce qui suit:

- " Le recours est irrecevable en son troisième objet.

En effet, la partie requérante ne démontre pas que la partie adverse serait nécessairement tenue de lui attribuer le marché, même en cas de suspension des effets des actes attaqués.

Or, « 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 » (C.E., n° 245.328 du 28 août 2019, SPRL POLYGRAPH ; voir aussi C.E., n° 245.249 du 31 juillet 2019, Société de droit néerlandais KURSTJENS BV).

En l'espèce, la partie adverse pourrait notamment renoncer à passer le marché en vertu de l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ou encore décider de modifier les documents de marché afin d'exclure toute possibilité de rabais ou, au contraire, d'admettre plus largement les possibilités de rabais.

Toutes ces possibilités demeurant ouvertes à la partie adverse, le recours n'est pas recevable en son troisième objet".

### *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 ou plusieurs 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. Les brèves considérations émises sous le titre "2.2 Intérêt – Recours contre la décision implicite" ne servent, en toute hypothèse, pas la démonstration attendue de la requérante pour que celle-ci établisse son intérêt au recours en tant que celui-ci est dirigé contre le troisième acte attaqué. Il s'ensuit qu'en tant qu'elle porte sur le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante (à savoir, précisément, le troisième acte attaqué par le présent recours), la demande est irrecevable.

## VI. Premier moyen

### VI.1. Thèses des parties

#### A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, qui se présente comme suit:

#### " 3.1 Exposé du moyen

Le premier moyen est pris :

- a. De la violation des articles 4, 5, 8 et 9 de la Loi Recours;
- b. De la violation des articles 2 et 3 de la Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs (la Loi Motivation);
- c. De la violation des articles 4 et 81 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (la Loi Marchés Publics);
- d. De la violation des articles 50, 76 et 87 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (l'AR Passation);
- e. Des principes généraux du droit, notamment les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence;
- f. Du principe général de bonne administration, en particulier du principe de motivation des actes administratifs, de transparence et d'égalité;
- g. Du principe « *patere legem quam ipse fecisti* »;
- h. De l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation de la Partie adverse;
- i. De l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs,

En ce que :

- a. Première branche, la Partie adverse a attribué les lots 1 et 5 du Marché à Ethias, alors même que l'offre de cette dernière était entachée d'irrégularités substantielles;
- b. Deuxième branche, la Partie adverse a considéré que l'offre d'Ethias était l'offre régulière économiquement la plus avantageuse pour l'ensemble des lots du Marché;
- c. Troisième branche, la motivation de la Décision d'attribution est irrégulière et inadéquate,

Alors que :

- a. La Partie adverse aurait dû écarter l'offre d'Ethias au stade de contrôle de régularité des offres;

- b. La Partie adverse aurait dû attribuer les lots 1 et 5 à la Partie requérante, le rabais proposé par Ethias ne pouvant être pris en compte;
- c. La Décision d'attribution aurait dû motiver régulièrement et adéquatement les raisons de son revirement par rapport à la Décision initiale, sous peine de suggérer qu'Ethias a bénéficié d'une discrimination.

### 3.2 Développement du moyen – Première branche

Force est de reconnaître que la Partie adverse ne pouvait pas attribuer les lots litigieux du Marché à Ethias. L'offre de ce dernier était en effet entachée d'irrégularités substantielles et devait donc être écartée sans être analysée au regard du critère d'attribution prévu par le CSC.

#### 3.2.1 Dispositions pertinentes du CSC

Pour rappel, le CSC prévoit (p. 8) :

« Le marché est passé par procédure ouverte.

Marché divisé en lots :

Le pouvoir adjudicateur a le droit de n'attribuer que certains lots et, éventuellement, de décider que les autres lots feront l'objet d'un ou plusieurs nouveaux marchés, au besoin selon un autre mode.

Le soumissionnaire peut remettre offre pour un ou pour plusieurs lots.

Uniquement pour les lots 1, 4 et 5 le soumissionnaire peut compléter ses offres sur les différents lots en mentionnant la proposition d'amélioration qu'il consent sur chaque lot en cas de réunion de tout ou partie de ces lots pour lesquels il remet offre.

Pour les autres lots, il est interdit de compléter l'offre en mentionnant une proposition d'amélioration consentie par le soumissionnaire sur chaque lot en cas de réunion de certains lots pour lesquels il remet offre. Si une telle proposition est mentionnée, elle ne sera donc pas prise en compte sans que cela ne soit toutefois de nature à entraîner l'irrégularité de l'offre. [...] ».

Il découle donc de cette disposition que :

- a. Les soumissionnaires ne peuvent proposer de rabais dans leur offre que pour les lots 1, 4 et 5 (à l'exclusion de tout autre lot); et
- b. Les soumissionnaires ne peuvent conditionner l'application de leur rabais qu'à la réunion de tout ou partie des lots 1, 4 et 5 (à l'exclusion de tout autre lot).

A l'inverse, un soumissionnaire ne pourrait, sans violer cette disposition, (i) proposer un rabais sur d'autres lots que les lots 1, 4 et 5, et/ou (ii) proposer un rabais conditionné à la réunion de tout ou partie de lots autres que les lots 1, 4 et 5, éventuellement en combinaison avec ces lots.

#### 3.2.2 Offre d'Ethias

Comme indiqué supra et comme cela ressort de la motivation de la Décision initiale, Ethias avait proposé une ristourne de 7,5 % sur tous les lots, en cas d'attribution globale de tous les lots.

L'offre d'Ethias était donc doublement irrégulière.

L'on regrettera que dans le cadre de l'Affaire initiale, l'extrait pertinent de l'offre d'Ethias ait été produit comme pièce confidentielle et n'ait pas été accessible à la Partie requérante.

Néanmoins, la motivation de la Décision initiale était claire quant à la portée et aux conditions du rabais proposé par Ethias. En outre et comme indiqué ci-dessus (section 1.3), Ethias n'a jamais, dans l'Affaire initiale, formulé la moindre critique fondée sur le fait que la Décision initiale ou sa motivation reposerait sur des éléments factuellement et objectivement faux. En d'autres termes, Ethias n'a pas invoqué que dans la Décision initiale, la Partie adverse aurait fait une lecture erronée de l'offre d'Ethias en indiquant qu'elle proposait un rabais de 7,5 % sur tous les lots en cas d'attribution globale de tous les lots.

La lecture que fait la Partie adverse du rabais proposé par Ethias dans le cadre de la Décision initiale, était par conséquent exacte.

#### 3.2.3 Caractère substantiel des irrégularités entachant l'offre d'Ethias

Le CSC prévoit certes :

« Pour les autres lots, il est interdit de compléter l'offre en mentionnant une proposition d'amélioration consentie par le soumissionnaire sur chaque lot en cas de réunion de certains lots pour lesquels il remet offre. Si une telle proposition est mentionnée, elle ne sera donc pas prise en compte sans que cela ne soit toutefois de nature à entraîner l'irrégularité de l'offre ».

Force est toutefois de reconnaître que cet écartement du caractère substantiel d'une telle irrégularité, se heurte à l'article 76 de l'AR Passation. En effet, celui-ci est libellé de la manière suivante :

« § 1<sup>er</sup>. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.

L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.

Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;

2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1<sup>er</sup>, 44, 48, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;

3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

§ 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.

§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3. [...] ».

Il découle des dispositions de cet article que :

a. Un adjudicateur peut prévoir dans un cahier spécial des charges que certaines exigences sont substantielles. Une offre qui ne les respecterait pas serait ainsi entachée d'une irrégularité substantielle. L'adjudicateur a en cela une certaine marge de manœuvre dans l'application de la notion d'irrégularité substantielle.

b. Néanmoins, un adjudicateur a l'obligation de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit l'offre entachée d'une irrégularité qui rencontre l'une des quatre conditions générales alternatives d'existence d'une irrégularité substantielle (article 76, § 1, al. 3 de l'AR Passation). Les possibilités de régularisation ne concernent en effet pas la procédure ouverte, à laquelle il fut recouru en l'espèce.

c. Un adjudicateur ne pourrait donc prévoir dans un cahier spécial des charges qu'en procédure ouverte, en présence d'une irrégularité substantielle entachant une offre (soit une irrégularité rencontrant l'une des conditions de l'article 76, § 1, al. 3 de l'AR Passation), il pourrait se délivrer de son obligation d'écarter cette offre. En d'autres termes, un adjudicateur ne pourrait modeler la définition générale de l'irrégularité substantielle prévue par l'AR Passation de telle manière qu'une offre nulle pourrait être retenue. Et cela d'autant plus que la législation relative à la passation des marchés publics est d'ordre public et ne peut dès lors faire l'objet de dérogations.

Or, la double irrégularité entachant l'offre d'Ethias a manifestement un caractère substantiel. En effet :

a. Comme indiqué ci-dessus, il était interdit aux soumissionnaires (i) de proposer des rabais dans leur offre pour des lots autres que les lots 1, 4 et 5, et (ii) de conditionner l'application des rabais éventuels à la réunion de tout ou partie de lots autres que les des lots 1, 4 et 5. L'article 50 de l'AR Passation prévoit en effet :

« Dans ses offres pour plusieurs lots, le soumissionnaire peut présenter soit un ou plusieurs rabais, soit une ou plusieurs propositions d'amélioration de son offre pour le cas où ces mêmes lots lui seraient attribués, à condition que les documents du marché ne l'interdisent pas ».

S'agissant de certains lots du Marché, la Partie adverse a donc décidé de faire usage de cette possibilité d'interdire les rabais.

b. Il est admis qu'une offre qui propose un rabais en cas d'obtention de plusieurs lots est irrégulière lorsque, comme en l'espèce, cette possibilité est écartée par le cahier spécial des charges. Une telle offre doit ainsi être écartée.

c. Le fait qu'un soumissionnaire ne se conforme pas aux exigences du cahier des charges relatives aux possibilités de rabais, à l'inverse des autres soumissionnaires, rend manifestement impossible la comparaison des offres par l'adjudicateur. Votre Conseil s'est en effet prononcé comme suit dans une affaire récente:

« À la lecture de ces dispositions, il ressort clairement que l'intention de la partie adverse a bien été qu'une seule ristourne soit proposée par marque reprise dans chacun des six sous-postes du poste 4, quitte à ce que les soumissionnaires procèdent eux-mêmes à une moyenne par marque des diverses ristournes qu'ils pouvaient espérer en fonction tant du type de matériel concerné que de la quantité de chaque matériel à commander.

Il ressort également de la comparaison de la manière dont le poste 4 a été rempli par sous-poste que tous les soumissionnaires, à l'exception de la requérante, n'ont mentionné qu'une seule ristourne par marque et, donc, qu'un seul chiffre dans chacun des sous-postes du poste 4. Par contre, la requérante, pour le poste 4 des lots 4 et 5, a mentionné deux ou trois montants de réduction par marque et, pour ce faire, elle a été contrainte de déroger quelque peu au tableau récapitulatif des prix annexés au formulaire d'offre et d'ajouter par ailleurs une note explicative de la manière dont elle a proposé ses diverses ristournes. C'est ce qui a précisément amené la partie adverse [à considérer], au cours de l'examen de la régularité matérielle et formelle des offres, que l'offre de la requérante n'est pas conforme au point "Formulaire d'offre (Présent – conforme au modèle annexé – correctement complété)", l'indication d'au moins deux pourcentages de réduction au sein d'un même sous-poste du poste 4 rendant impossible la comparaison de l'offre de la requérante avec celle des autres soumissionnaires.

Il ressort de même tant des avis de marché (point IV.2.1) que des articles 5.4 et 5.5 du cahier spécial des charges que le seul critère d'attribution du marché est celui du "prix le plus bas" par lot à attribuer.

Dans ces conditions, l'on n'aperçoit pas *prima facie* en quoi la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation et violé son obligation de motivation matérielle en considérant qu'une telle dérogation aux documents du marché constitue bien une irrégularité substantielle, soit par nature, soit parce que considérée comme telle par le pouvoir adjudicateur, du fait que cette irrégularité porte, en effet, sur le seul critère d'attribution du marché, à savoir le prix le plus bas proposé par les offres retenues comme régulières, et empêche effectivement le pouvoir adjudicateur de procéder à la comparaison de l'offre de la requérante par rapport aux autres offres déposées.

[...]

Quant au reproche formulé à l'encontre de la partie adverse du fait que cette dernière aurait dû préalablement inviter la requérante à s'expliquer avant même de déclarer son offre irrégulière, la partie adverse peut être *prima facie* également suivie lorsqu'elle fait valoir qu'une éventuelle invitation adressée à la requérante de s'expliquer sur ce point et, le cas échéant, de modifier son offre, aurait pu, à son tour, être critiquée par les autres soumissionnaires, du fait même que ces derniers auraient raisonnablement pu considérer que cette façon de procéder revenait à admettre une modification de l'offre de la requérante après la date ultime de dépôt des offres, ce qui n'est effectivement pas autorisé par l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Le reproche ainsi formulé ne peut en conséquence pas être *prima facie* retenu. »

d. L'on ne peut attendre de la Partie adverse qu'elle prenne l'initiative de modifier et de régulariser l'offre. En effet, il découle de l'article 76 de l'AR Passation que la possibilité de régularisation est exclue en procédure ouverte. De plus, il n'incombe pas à un adjudicateur d'intervenir dans la composition de l'offre afin de rendre celle-ci régulière ou plus favorable. L'adjudicateur n'est pas le conseil technique ou financier d'un soumissionnaire. En toute hypothèse, le rabais proposé dans l'offre d'Ethias ne peut être considéré comme une erreur arithmétique ou une erreur purement matérielle au sens des articles 33 et suivants de l'AR Passation. La double irrégularité entachant l'offre d'Ethias va en effet bien au-delà de l'erreur de calcul ou de la méprise dans la rédaction. Un tel rabais a manifestement été prévu en toute connaissance de cause.

e. Qui plus est, cette double irrégularité est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire et ainsi à entraîner une distorsion de concurrence. En effet, si l'on fait application du rabais tel que proposé par Ethias (soit l'application d'une ristourne de 7,5 % sur tous les lots en cas d'obtention de tous les lots), cela augmente significativement ses chances d'obtenir tous les lots, la pression à la baisse sur les prix étant plus forte que ce qu'autorisait le CSC dans ce cadre.

f. Par ailleurs, la proposition formulée, en connaissance de cause, par Ethias, rend manifestement inexistant ou à tout le moins incertain l'engagement d'Ethias d'exécuter le Marché dans les conditions prévues par le CSC, plus précisément par son article I.4. Les conditions d'application des prix réduits proposés par Ethias dans son offre (soit dans son engagement), ne correspondent en effet pas aux conditions prévues par le CSC.

Par conséquent, il est évident qu'eu égard à la double irrégularité entachant l'offre d'Ethias, la Partie adverse aurait dû écarter son offre et ne pas l'examiner au regard du critère d'attribution prévu par le CSC.

A tout le moins, s'il devait être considéré que les deux irrégularités ci-dessus visées constituent des irrégularités non substantielles, conviendrait-il de constater que leur cumul et leur combinaison a les effets d'une irrégularité substantielles, pour les raisons évoquées ci-dessus.

L'offre d'Ethias devait donc en toute hypothèse être écartée sur le fondement de l'article 76, § 3 de l'AR Passation.

En agissant autrement, la Partie adverse a manifestement commis une erreur d'appréciation et n'a pas respecté les règles (valables) qu'elle s'était elle-même fixées dans le CSC en matière de rabais, et ce en violation du principe « *patere legem quam ipse fecisti* ».

### 3.3 Développement du moyen – Deuxième branche

Si, par impossible, Votre Conseil devait considérer que l'offre d'Ethias était régulière, force serait de constater qu'elle ne pouvait être retenue par la Partie adverse dans le cadre des lots 1 et 5 du Marché.

Pour rappel, il ressort du rapport d'analyse des offres (p. 3) qu'après vérification des prix et correction des erreurs arithmétiques, les offres se présentaient comme suit :

| Lot 1 | 468.905,23 | 203.419,84 | 184.149,40 |
|-------|------------|------------|------------|
| Lot 2 | /          | 211.460    | /          |
| Lot 3 | /          | 194.083,93 | /          |
| Lot 4 | 48.343,99  | 34.809,69  | 47.130,39  |
| Lot 5 | 994.512,93 | 847.192,59 | 801.276    |
| Lot 6 | /          | 40.089,90  | /          |
| Lot 7 | 537,50     | 80         | /          |

En tenant compte des propositions de rabais, les offres se présentent comme suit :

| Lot 1 | 468.905,23 | 445.459,97 | 203.419,84 | 188.163,35 | 184.149,40 |
|-------|------------|------------|------------|------------|------------|
| Lot 2 | /          | /          | 211.460    | 195.600,50 | /          |
| Lot 3 | /          | /          | 194.083,93 | 179.527,64 | /          |

|       |            |            |            |            |           |
|-------|------------|------------|------------|------------|-----------|
| Lot 4 | 48.343,99  | /          | 34.809,69  | 32.198,98  | 47.130,39 |
| Lot 5 | 994.512,93 | 944.787,29 | 847.192,59 | 783.653,14 | 801.276   |
| Lot 6 | /          | /          | 40.089,90  | 37.083,16  | /         |
| Lot 7 | 537,50     | /          | 80         | 72         | /         |

Comme indiqué *supra*, la Partie adverse a considéré ce qui suit dans sa Décision initiale :

« Ethias a proposé une ristourne de 7,5 % en cas d'attribution globale de tous les lots. Conformément au CSC, cette ristourne ne peut être prise en compte qu'en cas d'attribution des lots 1, 4 et 5. Le lot 1 ne lui étant pas attribué, la ristourne ne sera pas prise en compte dans le cadre des autres lots ».

Contrairement à ce qu'a affirmé Ethias dans l'Affaire initiale, une telle méthode ne revient pas à ignorer le rabais proposé.

Ethias a en effet, en connaissance de cause, proposé un rabais sous réserve de l'obtention de l'ensemble des lots. Si au moins un lot devait ne pas lui revenir (en l'occurrence le lot 1), il est logique qu'il ne soit pas tenu compte de ce rabais, l'une de ses conditions n'étant pas rencontrée.

Ainsi, si Ethias ne pouvait obtenir les lots 1 et 5 du Marché dans le cadre de la Décision initiale, c'est uniquement car (i) elle avait posé, comme condition de son rabais, l'obtention globale de tous les lots, et (ii) son rabais de 7,5 % n'était pas suffisant pour lui permettre d'obtenir tous les lots.

Pour ne prendre que cet exemple, si Ethias avait proposé un rabais de 10 %, son prix réduit pour le lot 1 aurait été de 183.077,86 EUR, soit moins que le prix de 184.419,40 proposé par la Partie requérante. Dans cette hypothèse, le rabais d'Ethias lui aurait permis d'obtenir tous les lots.

Raisonnement autrement reviendrait à contraindre la Partie adverse à retenir, dans le cadre de certains lots, des offres qui ne sont pas les plus avantageuses économiquement, en violation donc de l'article 81 de la Loi Marchés Publics, aux termes duquel :

« Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Il serait totalement incompatible avec le principe général de bonne administration que dans le cadre d'un lot, un adjudicateur décide de retenir une offre qui n'est pas la plus basse dans une procédure de passation faisant usage du prix comme seul critère d'attribution. La protection des finances publiques, qui est un objectif crucial de l'ensemble de la législation relative aux marchés publics, s'en trouverait ainsi lourdement blessée.

Par ailleurs, les articles 50 et 87, § 1, al. 5 de l'AR Passation disposent ce qui suit en matière de rabais et de propositions d'améliorations dans le cadre de marchés à lots :

« Dans ses offres pour plusieurs lots, le soumissionnaire peut présenter soit un ou plusieurs rabais, soit une ou plusieurs propositions d'amélioration de son offre pour le cas où ces mêmes lots lui seraient attribués, à condition que les documents du marché ne l'interdisent pas ».

« Lorsque, conformément à l'article 50, des soumissionnaires ont proposé un rabais ou une amélioration de leur offre, l'offre régulière économiquement la plus avantageuse est déterminée, pour tout lot, en tenant compte des rabais ou des améliorations qui ont été proposés pour certains groupements de lots et de l'ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux ».

En l'espèce, les documents du Marché interdisaient aux soumissionnaires (i) de proposer des rabais dans leur offre pour des lots autres que les lots 1, 4 et 5, et (ii) de conditionner l'application des rabais éventuels à la réunion de tout ou partie de lots autres que les des lots 1, 4 et 5. La Partie adverse a donc fait usage de la faculté d'interdiction que lui offre l'article 50 de l'AR Passation.

Or, l'article 87, § 1, al. 5 de l'AR Passation, dont Ethias se prévaut et que la Décision d'attribution invoque, vise la situation dans laquelle « conformément à l'article 50, des soumissionnaires ont proposé un rabais ou une amélioration de leur offre » (Nous soulignons). Comme cela ressort des développements ci-dessus, les rabais d'Ethias n'ont pas été proposés conformément à l'article 50 de l'AR Passation. De surcroît, l'article 87, § 1, al. 5 de l'AR Passation prévoit que l'offre

économiquement la plus avantageuse est déterminée, « pour tout lot » (et non pour l'ensemble des lots) en tenant compte :

- a. « [D]es rabais ou des améliorations qui ont été proposés pour certains groupements de lots ». Cette hypothèse vise bien les groupements de certains lots en tant que condition d'application d'un rabais. Elle est toutefois dépourvue de pertinence en l'espèce dès lors que le rabais proposé par Ethias était conditionné à l'obtention globale de tous les lots du Marché, et non de certains lots spécifiques; et
- b. « [D]e l'ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux ». La prise en compte du rabais sur l'ensemble des lots du Marché n'est pas permise en l'espèce dès lors que le CSC exclut tout rabais en dehors des lots 1, 4 et 5 du Marché.

La doctrine confirme sans ambiguïté la position de la Partie requérante :

« La question de pose en effet de savoir si un lot ne doit pas en première instance être considéré comme un marché distinct. L'article 9, 5, a), premier alinéa de la Directive [2004/18] parle de 'marchés passés en même temps par lots séparés'. Chaque lot est donc un marché séparé. La question de savoir quelle offre est la plus basse pour un lot doit donc être considérée individuellement, par lot, et pas en fonction du montant le plus bas du marché. [Note en bas de page : À cela il peut être répondu que le pouvoir adjudicateur, dans de nombreux cas, a divisé un marché en marchés ou lots séparés car il supposait que cela donnerait un meilleur résultat global. Selon cette conception, le pouvoir adjudicateur ne pourrait pas être déçu dans ces attentes. Toutefois, il peut être répliqué que cette possibilité est la conséquence d'un (mauvais) choix de politique. En outre, il est également possible que le pouvoir adjudicateur désire atteindre un autre avantage. En ne concevant pas un marché de manière globale mais via la division en lots, le pouvoir adjudicateur a pu, par exemple, aussi vouloir offrir l'occasion à de plus petites entreprises de soumissionner à son marché. De cette manière, la concurrence peut être élargie sur le plus long terme, ce dont le pouvoir adjudicateur peut tirer d'autres avantages.] Tel est certainement le cas pour les lots donc la valeur combinée est plus élevée que les seuils de publicité européenne. L'article 9, 5, a), deuxième alinéa de la Directive 2004/18 prévoit en effet que dans ce cas, la Directive s'applique à la 'passation de chaque lot'. Si l'on adopte cette analyse, l'article 100, § 2 [de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques] pourrait constituer une violation de l'article 53 de la Directive 2004/18 [note en bas de page : C'est de cette disposition qu'il ressort l'obligation légale d'attribuer les marchés publics soit à l'offre économiquement la plus avantageuse soit à l'offre la plus basse].

[...] Une même critique peut être formulée concernant les appels d'offres : la question est de savoir si un lot ne doit pas en premier lieu être considéré comme un marché séparé, dont le caractère avantageux est à considérer séparément. En outre, il existe possiblement, comme cela ressort de l'exemple, un problème de compatibilité avec le principe de transparence. Le pouvoir adjudicateur a en effet, lors de l'examen des propositions d'améliorations pour les lots groupés, une très grande liberté d'appréciation. Si le pouvoir adjudicateur peut ou doit analyser le caractère avantageux de son choix pour le marché globalisé, cela devient très obscur. Le pouvoir adjudicateur a, à ce moment, beaucoup de possibilités de manipuler le résultat ».

La Partie requérante fait totalement sienne cette analyse.

S'agissant spécifiquement de la question de la conformité de l'AR Passation au droit européen, il convient de souligner que :

- a. La Directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (la Directive), prévoit également en son article 5.8 :

« Lorsque l'ouvrage envisagé ou la prestation de services envisagée peut donner lieu à des marchés passés par lots séparés, la valeur globale estimée de la totalité de ces lots est prise en compte. Lorsque la valeur cumulée des lots est égale ou supérieure au seuil prévu à l'article 4, la présente directive s'applique à la passation de chaque lot ».

La Directive prévoit par ailleurs en son article 67.1 :

« Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives au prix de certaines fournitures ou à la rémunération de certains services, les pouvoirs adjudicateurs se fondent, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse ».

b. Par application de l'effet vertical ordinaire des directives européennes ou, à tout le moins, du principe d'interprétation conforme, il convient de considérer qu'en l'espèce, l'analyse opérée par la Partie adverse dans le cadre de la Décision initiale permettait précisément d'assurer que chaque lot du Marché soit attribué à l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (c.à.d. la plus basse), en tenant compte des rabais et de leurs conditions d'application. Elle est d'autant plus conforme à l'objectif des législateurs européen et belge qu'elle assure le caractère distinct et autonome de chaque lot, le raisonnement dans la gestion des dépenses publiques, et la concurrence. En effet, la méthode adoptée par la Partie adverse dans la Décision initiale permet d'éviter une situation dans laquelle seuls les grands acteurs du secteur pertinents pourraient remettre offre pour l'ensemble des lots d'un marché public et les obtenir par un jeu de ristournes, au détriment des autres acteurs (essentiellement les petites et moyennes entreprises) qui n'envisagent de remettre offre que pour certains lots.

Qui plus est, si les adjudicateurs devaient nécessairement examiner les prix des offres en réunissant tous les lots d'un marché avec et sans ristournes, cela impliquerait que, dans un marché où les soumissionnaires pourraient proposer des rabais pour l'intégralité des lots, l'adjudicateur ne pourrait pas tenir compte des offres des soumissionnaires qui n'ont pas remis offre pour tous les lots. En effet, comment comparer la valeur globale du marché lorsque l'on est confronté, d'une part, à des soumissionnaires ayant remis offre pour l'ensemble des lots (avec une proposition de rabais), et, d'autre part, à des soumissionnaires qui n'ont remis offre que pour certains lots (avec une proposition de rabais en cas d'obtention de tous les lots pour lesquels ils ont remis offre) ? Cet exemple l'illustre clairement :

|       |             |     |     |             |             |
|-------|-------------|-----|-----|-------------|-------------|
|       |             |     |     |             |             |
| Lot 1 | 100         | 100 | 90  | Pas d'offre | Pas d'offre |
| Lot 2 | Pas d'offre | 200 | 180 | 220         | 176         |
| Lot 3 | 150         | 300 | 270 | 350         | 280         |

Cette situation, pour le moins délicate, ne pourrait être évitée qu'en obligeant les soumissionnaires à remettre offre pour l'ensemble des lots, ce qui ferait perdre tout son objet à l'allotissement.

Dans une telle hypothèse, il serait en effet impossible de comparer les offres sur la base du prix global du marché, un montant global n'existant que pour le soumissionnaire B.

Une obligation d'envisager systématiquement l'hypothèse de l'attribution de tous les lots à chaque soumissionnaire en tenant compte de sa proposition de rabais, ne pourrait ainsi avoir d'effet que si tous les soumissionnaires avaient remis offre pour l'ensemble des lots. L'application ou la non-application de cette disposition dépendrait donc de la question (purement factuelle et imprévisible) de savoir si les soumissionnaires ont remis offre pour tous les lots. Ceci créerait une insécurité juridique totalement inadmissible.

Dans les marchés publics divisés en centaines de lots et pour lesquels certains soumissionnaires n'ont pas soumissionné pour tous les lots, l'adjudicateur devrait donc se livrer à un exercice (périlleux) de comparaison d'une multiplicité de scénarios, lequel exercice se trouverait davantage complexifié par l'intervention de critères d'attribution qualitatifs. Cette exigence ne serait pas compatible avec le principe de bonne administration et augmenterait de manière significative le risque d'irrégularité.

### 3.4 Développement du moyen – Troisième branche

Il est incontestable que la motivation de la Décision d'attribution est irrégulière.

En effet, pour rappel, la motivation de la Décision initiale se lit comme suit

s'agissant du lot 1 du Marché et du rabais proposé par Ethias :

« Ethias a proposé une ristourne de 7,5 % en cas d'attribution globale de tous les lots. Conformément au CSC, cette ristourne ne peut être prise en compte qu'en cas d'attribution des lots 1, 4 et 5. Le lot 1 ne lui étant pas attribué, la ristourne ne sera pas prise en compte dans le cadre des autres lots ».

Pour sa part, la motivation de la Décision d'attribution se lit comme suit :

« Une possibilité de ristourne ayant été autorisée pour les lots 1, 4 et 5, ceux-ci seront analysés ensemble. En effet, conformément à l'article 87 alinéa 5 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 lorsque plusieurs soumissionnaires ont proposé un rabais pour certains groupements de lots, l'offre régulière économiquement la plus avantageuse est déterminée, pour tout lot, en tenant compte des rabais ou des améliorations qui ont été proposés pour certains groupements de lots et de l'ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux. Ainsi que le précise le rapport au Roi, le but poursuivi par cette disposition est de permettre de retenir la combinaison économiquement la plus avantageuse, qu'il s'agisse d'un groupement de lots ou de lots individuels. Ethias propose une ristourne [sic] de 7,5 % en cas d'attribution globale des lots 1, 4 et 5. [...] La combinaison de lots économiquement la plus avantageuse est proposée par la société Ethias. En effet, bien que son offre soit légèrement supérieure pour le lot 1, l'offre globale d'Ethias en tenant compte de la ristourne de 7,5 % sur les 3 lots est la moins-disante. Conformément aux dispositions de l'article 87 alinéa 5 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, les lots 1, 4 et 5 lui sont donc attribués ».

Plusieurs éléments ne manquent pas d'interpeller le lecteur :

a. La Partie adverse indique dans sa Décision initiale qu'Ethias a proposé une ristourne de 7,5 % en cas d'attribution globale de tous les lots, laquelle n'est pas conforme au CSC. Quelques jours plus tard et à la suite du retrait de la Décision initiale, la Partie adverse indique qu'Ethias propose une ristourne de 7,5 % en cas d'attribution des seuls lots 1, 4 et 5. Dans un laps de temps extrêmement court, dans la même procédure de passation et au sujet du même document, la Partie adverse fait donc état dans sa motivation de faits différents et incompatibles.

b. Ces faits ayant un impact crucial sur l'attribution du Marché, la Partie adverse était naturellement tenue à une obligation de motivation renforcée, indiquant à tout le moins les raisons pour lesquelles cet élément de sa motivation a changé.

c. Le seul fait que la motivation de la Décision d'attribution soit plus longue ne permet en rien de pallier à l'irrégularité de cette motivation. À l'inverse de la motivation de la Décision initiale, elle ne fait en effet que reprendre in extenso des extraits de l'AR Passation et du Rapport au Roi y relatif.

La motivation de la Décision d'attribution ne permet ainsi pas de comprendre pourquoi la Partie adverse fait état d'éléments objectivement incompatibles s'agissant d'un seul et même document.

Pour les raisons évoquées ci-dessus (section 1.3), il est évident qu'Ethias avait conditionné son rabais à l'obtention de tous les lots du Marché. La motivation de la Décision d'attribution n'est par conséquent pas adéquate et repose sur une erreur factuelle manifeste.

Ces éléments confirment que la Décision d'attribution viole les articles 4, 5, 8 et 9 de la Loi Recours, les articles 2 et 3 de la Loi Motivation ainsi que le principe général de motivation des actes administratifs.

Les motifs de la Décision d'attribution s'en trouvent en effet entachés d'erreur, d'insuffisance et de contrariété.

Il convient, à cet égard, de rappeler la jurisprudence constante de Votre Conseil :

« Pour être adéquate, la motivation en la forme d'une décision [...] doit permettre de comprendre pourquoi, le cas échéant, l'autorité administrative, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, opère un revirement d'attitude. L'indication des raisons pour lesquelles l'autorité, qui a toujours le droit de changer d'avis, se départit d'une précédente appréciation, s'impose tout particulièrement lorsque, cumulativement, les attitudes apparemment contradictoires que la même autorité adopte pour une affaire déterminée, se succèdent dans un délai rapproché, dans un même contexte, et

que les circonstances de l'affaire n'ont pas évolué de manière significative ni fait apparaître un élément nouveau expliquant la contradiction.

En particulier, la motivation d'un revirement d'attitude suppose à tout le moins, comme le soutient la requérante, que l'autorité fasse état de l'attitude adoptée antérieurement et indique les raisons pour lesquelles elle estime devoir s'en départir.

Tel n'est, à l'évidence, pas le cas en l'espèce, où la très longue motivation indique sans doute les raisons pour lesquelles la partie adverse a décidé de ne pas sélectionner la requérante, mais passe sous silence son revirement d'attitude et les raisons pour lesquelles celui-ci a été opéré ».

Par ailleurs, si les motifs de la Décision initiale et ceux de la Décision d'attribution étaient exacts, cela signifierait que la Partie adverse a donné à Ethias la possibilité de modifier son offre après son dépôt en vue de sa régularisation. Cela serait naturellement incompatible avec l'article 76 de l'AR Passation, qui exclut toute possibilité de régularisation en procédure ouverte.

Une telle action constituerait en outre une discrimination manifeste, la même possibilité de modification n'ayant pas été offerte aux autres soumissionnaires. S'en trouveraient violés l'article 4 de la Loi Marchés Publics, ainsi que les principes généraux d'égalité, de non-discrimination et de transparence, lesquels constituent également des principes de bonne administration.

### 3.5 Conclusion

Le premier moyen est manifestement sérieux en ses trois branches".

#### *B. Note d'observations*

La partie adverse oppose au moyen une exception d'irrecevabilité partielle, qu'elle présente comme suit:

" 16. Le premier moyen doit être déclaré irrecevable en ce qu'il vise les articles 8 et 9 de la loi du 17 juin 2013 précitée : ces dispositions ont trait à la communication de la décision du pouvoir adjudicateur aux soumissionnaires. Or, en l'espèce, les décisions ont été communiquées dès leur adoption. La partie requérante ne s'explique par ailleurs pas davantage sur leur prétendue violation.

Le premier moyen doit donc être déclaré irrecevable en ce qu'il est pris des articles 8 et 9 de la loi du 17 juin 2013 précitée".

Elle répond, par ailleurs, comme suit au moyen, en sa troisième branche:

#### " 3.1.3.3 Quant à la troisième branche

31. Selon la jurisprudence de votre Conseil, « Les obligations qu'imposent les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 à l'autorité adjudicatrice doivent permettre d'informer le destinataire d'une décision visée à l'article 4, alinéa 1<sup>er</sup>, 8<sup>o</sup>, des raisons qui ont amené son auteur à l'adopter, de façon à ce qu'il puisse apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont il peut disposer ».

32. La décision d'attribution attaquée se lit comme il suit :

Suite à cette décision, un nouveau rapport d'analyse a dû être rédigé tenant compte de la ristourne sur le montant total l'ensemble des lots. Celui-ci se trouve en annexe et fait partie intégrante de la présente décision.

Le rapport d'analyse des offres sur lequel elle se fonde est libellé comme il suit:

Une possibilité de ristourne ayant été autorisée pour les lots 1, 4 et 5, ceux-ci seront analysés ensemble. En effet, conformément à l'article 87 alinéa 5 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 lorsque plusieurs soumissionnaires ont proposé un rabais pour certains groupements de lots, l'offre régulière économiquement la plus avantageuse est déterminée, pour tout lot, en tenant compte des rabais ou des améliorations qui ont été proposés pour certains groupements de lots et de l'ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux. Ainsi que le précise le rapport au Roi, le but poursuivi par cette disposition est de permettre de retenir la combinaison économiquement la plus avantageuse, qu'il s'agisse d'un groupement de lots ou de lots individuels.

Ethias propose un ristourne de 7,5 % en cas d'attribution globale des lots 1, 4 et 5. Axa propose une attribution globale de 5 % en cas d'attribution globale des lots 1, 4 et 5.

[...]

La combinaison de lots économiquement la plus avantageuse est proposée par la société Ethias. En effet, bien que son offre soit légèrement supérieure pour le lot 1, l'offre globale d'Ethias en tenant compte de la ristourne de 7,5 % sur les 3 lots est la moins-disante. Conformément aux dispositions de l'article 87 alinéa 5 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, les lots 1, 4 et 5 lui sont donc attribués.

Contrairement à ce que soutient la partie requérante, la décision d'attribution permet de comprendre les motifs pour lesquels la partie adverse a appliqué la proposition d'amélioration aux lots 1, 4 et 5. La décision rappelle expressément l'article 87 de l'arrêté royal sur lequel elle se fonde.

33. Il n'est pas anormal que la décision d'attribution diffère de la décision initiale d'attribution. Celle-ci a été retirée pour les motifs repris dans la décision de retrait qui se fonde expressément sur l'article 87 :

Nous avons été informés par le cabinet LMK Conseil, conseil de la société Ethias, via un mail et un courrier daté du 02/12/2019 qu'un recours en suspension d'extrême urgence avait introduit devant le Conseil d'État contre la décision 19-CA-0326 uniquement sur l'attribution des lots 1 et 5. L'attribution des autres lots n'est pas contestée.

La demande en suspension est fondée sur une erreur dans l'analyse du critère prix et de la non prise en compte de la ristourne globale de 7,5 % proposée par Ethias sur le montant total global des lots 1, 4 et 5.

En effet, Ethias a proposé dans son offre 7,5 % en cas d'attribution globale de tous les lots. L'analyse des prix s'est effectuée lot par lot en tenant compte de cette ristourne. Cependant, il a été conclu que même en appliquant la ristourne de 7,5 % Ethias n'ayant pas le lot 1, la ristourne conditionnelle ne pouvait pas s'appliquer aux autres lots. Il n'a effectivement pas été examiné comme reproché par la société Ethias l'impact de la ristourne de 7,5 % sur le prix total global des 3 lots réunis.

Conformément à l'article 87 alinéa 5 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 lorsque plusieurs soumissionnaires ont proposé un rabais pour certains groupements de lots, l'offre régulière économiquement la plus avantageuse est déterminée, pour tout lot, en tenant compte des rabais ou des améliorations qui ont été proposés pour certains groupements de lots et de l'ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux. Ainsi que le précise le rapport au Roi, le but poursuivi par cette disposition est de permettre de retenir la combinaison économiquement la plus avantageuse, qu'il s'agisse d'un groupement de lots ou de lots individuels.

L'analyse de l'offre aurait du faire apparaître :

- la comparaison des prix en tenant compte de l'hypothèse où ETHIAS ne bénéficierait pas des lots et sans appliquer la ristourne;
- la comparaison des prix en tenant compte de l'hypothèse où ETHIAS bénéficierait de tous lots et en appliquant la ristourne.

Sur base de notre cahier des charges, de la disposition légale précitée et de la ristourne proposée par Ethias sur les 3 lots combinés, il s'avère que l'offre d'Ethias pour les lots 1, 4 et 5 est économiquement la plus avantageuse de sorte que ces lots auraient dû lui être attribués.

Offre globale pour les lots 1, 4 et 5 :

| NOM            | PRIME/AN       | PRIME/4 ANS    |
|----------------|----------------|----------------|
| AXA            | 1.511.762,16 € | 6.047.048,63 € |
| AXA 5 %        | 1.436.174,05 € | 5.744.696,20 € |
| ETHIAS         | 1.085.422,11 € | 4.341.688,45 € |
| ETHIAS 7,5 %   | 1.004.015,46 € | 4.016.061,82 € |
| P&V ASSURANCES | 1.032.556,44 € | 4.130.225,78 € |

Compte tenu de l'illégalité dont la procédure est, dès lors, affectée, il est proposé de retirer la décision d'attribution 19-CA-0326 uniquement en ce qui concerne l'attribution des lots 1, 4 et 5. Les autres points visés par la décision à savoir l'attribution des lots 2, 3, 6 et 7 restent valables.

Une nouvelle analyse des lots 1, 4 et 5 tenant compte de la ristourne sur le montant total l'ensemble des lots sera rédigée et fera l'objet d'un rapport ultérieur.

En suite du recours introduit par le soumissionnaire ETHIAS, la partie adverse a opéré une nouvelle analyse des offres et a fait application de l'article 87 de la loi qui prévoit qu'il faut retenir la combinaison économiquement la plus avantageuse. La partie adverse a considéré qu'elle avait fait une application erronée de cette disposition à l'occasion de la décision initiale, raison pour laquelle elle a été retirée.

Le retrait d'un acte administratif fait disparaître cet acte de l'ordonnancement juridique et l'auteur de l'acte retiré n'est plus lié par les motifs ayant porté cet acte en telle sorte qu'il peut reprendre un nouvel acte administratif fondé sur des motifs nouveaux ou anciens nécessairement « adaptés » si le pouvoir adjudicateur les a considérés illégaux pour motiver le retrait. Ainsi, votre Conseil a déjà jugé que :

« L'exemple II, tiré par les requérantes d'une comparaison entre la décision attaquée et la première décision d'attribution, expressément retirée par la partie adverse au motif qu'après vérifications opérées par l'auteur de projet, certains calculs dans l'analyse des offres apparaissaient erronés, ne semble pas pertinent. C'est indûment que les requérantes soutiennent que les différences entre les quantités admises par la première décision et celles admises par l'acte attaqué constitueraient un revirement qui aurait dû faire l'objet d'une motivation formelle. Il ne peut être question de revirement à partir du moment où une première décision a été retirée et est dès lors censée n'avoir jamais existé ».

Un lecteur externe peut donc parfaitement comprendre le raisonnement suivi par la partie adverse et comprendre le revirement d'attitude. La partie requérante elle-même a bel et bien compris le raisonnement de la partie adverse, puisqu'elle le conteste concrètement à l'appui d'une requête de plus de 30 pages.

34. Il ressort de ce qui précède que la motivation de la décision d'attribution est adéquate, suffisante et pertinente. La troisième branche du premier moyen doit donc être rejetée".

### *C. Requête en intervention*

L'intervenante conteste comme suit l'intérêt de la requérante à son moyen:

" 4.2.

La partie requérante n'a pas intérêt au moyen.

En effet, elle critique l'offre de la S.A. ETHIAS et les propositions de rabais consenties au motif que celles-ci porteraient sur l'hypothèse de l'attribution de l'ensemble des lots du marché à la S.A. ETHIAS et non sur l'hypothèse de la seule attribution des lots 1, 4 et 5 du marché à la S.A. ETHIAS.

Or, indépendamment même du fait que cette interprétation de l'offre et des documents de marché soit erronée (comme cela sera démontré ci-après), la S.A. ETHIAS a en l'espèce obtenu non seulement l'attribution des lots 1, 4 et 5 du marché mais également celle de l'ensemble des lots du marché, sans que la proposition de rabais ne soit déterminante pour les autres lots .

Dans ces circonstances, force est de constater que :

- la partie adverse a mis en œuvre une méthode d'analyse des offres parfaitement conforme à celle prévue par les documents de marché et a appliqué la proposition de ristourne de 7,5 % sur les lots n° 1, 4 et 5 ;
- elle a examiné les conséquences de cette éventuelle ristourne sur les prix des lots n° 1, 4 et 5 en partant de l'hypothèse de l'attribution de ces trois lots à la S.A. ETHIAS ;
- l'engagement de la partie requérante à exécuter le marché aux conditions convenues et en tenant compte de la ristourne de prix ne fait (et n'a jamais fait) aucun doute ;
- il en va d'autant plus ainsi que dans les circonstances très spécifiques du cas d'espèce, la S.A. ETHIAS a finalement obtenu l'attribution de tous les autres lots du marché, sans application de la ristourne litigieuse sur d'autres lots que les lots n° 1, 4 et 5. z

Même si la position de la partie requérante devait être suivie, son raisonnement ne permet en aucun cas de remettre en cause des constats, qui justifient par eux-mêmes l'attribution du marché à la partie intervenante.

Le moyen est donc irrecevable à défaut d'intérêt ou, à tout le moins, dépourvu de fondement".

À propos de la troisième branche du premier moyen, l'intervenante fait valoir ce qui suit:

- " Les actes attaqués comportent une motivation pertinente, adéquate et légalement admissible au sens de la loi du 29 juillet 1991, ainsi que des articles 4, 8°, 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.

Ainsi, les motifs de la décision de retrait permettent de comprendre l'interprétation qu'a faite le CPAS de Bruxelles de l'offre de la S.A. ETHIAS, interprétation conforme à l'engagement de la partie intervenante et parfaitement régulière.

Ils permettent également de comprendre le raisonnement suivi, au regard en

particulier du nouveau rapport d'analyse des offres intervenus.

La partie adverse ne devait pas développer davantage son raisonnement, la position de la partie requérante revenant à tenter de lui imposer d'explicitier les motifs de ses motifs.

Au surplus, la décision d'attribution initiale du 20 novembre 2019 a été retirée et aucune conséquence (juridique ou factuelle) ne peut plus en être tirée.

Le moyen n'est ni sérieux ni fondé en sa troisième branche".

## *VI.2. Appréciation du Conseil d'État*

### *A. Quant à l'intérêt au moyen*

Comme le fait valoir la partie adverse, le moyen qui n'expose pas en quoi les dispositions des articles 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 auraient été méconnues est irrecevable dans la mesure où il invoque leur violation.

Par ailleurs, le moyen dénonce l'irrégularité (substantielle, selon la requérante) de l'offre de l'intervenante (première branche), l'attribution à celle-ci des lots 1 et 5 du marché litigieux et la manière dont la partie adverse, pour ce faire, a pris en considération la ristourne proposée cette offre (deuxième branche) et la motivation formelle de la nouvelle décision d'attribution (troisième branche). Il ne peut être contesté que les illégalités dénoncées par le moyen peuvent causer grief et, le cas échéant, entraîner une suspension de l'exécution du deuxième acte attaqué, de sorte que la requérante a un intérêt au moyen. L'exception d'irrecevabilité opposée au moyen par l'intervenante doit, en conséquence, être rejetée.

### *B. Quant à la troisième branche*

En sa troisième branche, le moyen fait grief à l'acte attaqué de ne pas permettre de comprendre la raison pour laquelle la partie adverse fait reposer la nouvelle décision d'attribution du marché sur un motif inexact (à savoir que l'intervenante proposait une ristourne en cas d'"attribution globale des lots 1, 4 et 5"), dès lors qu'il est incompatible avec un constat préalablement posé par la partie adverse, à savoir que l'intervenante avait proposé une ristourne en cas d'"attribution globale de tous les lots".

Il est sans doute possible à la lecture du deuxième acte attaqué, et comme le soutient la note d'observations, de comprendre que la nouvelle décision d'attribution repose notamment sur un mode d'application de la ristourne offerte par

l'intervenante différent de celui qu'elle estime avoir erronément mis en œuvre dans sa décision initiale, ce qui l'a précisément amenée à retirer celle-ci. Cet argument ne permet toutefois pas de rejeter le moyen, dès lors que le caractère incompréhensible critiqué par celui-ci, et pour lequel est invoquée la méconnaissance de l'obligation de motivation formelle, concerne un élément constaté antérieurement à (et indépendamment de) toute application de la ristourne proposée, à savoir le sens et les conditions de la proposition de ristourne formulée par l'intervenante.

Par ailleurs, la partie adverse peut certes être suivie lorsqu'elle fait valoir que, dans le cas d'espèce, la réfection d'une décision préalablement retirée ne peut s'apparenter à un revirement d'attitude nécessitant une motivation formelle particulière, conformément à ce qui ressort de la jurisprudence citée par la requérante. Ceci n'a toutefois pas pour conséquence que la requérante ne puisse plus, dans le cadre de son moyen, évoquer le constat préalablement posé par la partie adverse et au regard duquel elle estime devoir critiquer le deuxième acte attaqué.

A supposer que le retrait de la décision initiale ait fait disparaître le constat que la partie adverse avait alors posé à propos de la proposition de ristourne formulée par l'intervenante en cas d'attribution de tous les lots, il n'en demeure pas moins que ce même constat a, une nouvelle fois, été posé par la partie adverse dans sa décision de retrait, c'est-à-dire préalablement à la réfection. Il s'ensuit que la requérante paraît, *prima facie*, pouvoir être suivie, d'une part, dans ses griefs d'incompatibilité et de motivation erronée et, d'autre part, lorsqu'elle reproche à l'acte attaqué de ne pas permettre de comprendre une décision fondée sur une telle motivation.

Enfin, au vu des deux constats successivement posés par la partie adverse à propos de la ristourne offerte par l'intervenante, celle-ci ne peut être suivie lorsqu'elle soutient que le moyen revient à tenter d'imposer à la partie adverse d'explicitier les motifs de ses motifs.

Le moyen doit être déclaré sérieux en sa troisième branche.

## *VII. Deuxième moyen*

### *VII.1. Thèse de la requérante*

La requérante soulève un deuxième moyen, qui se présente comme suit:

- " 4.1 Exposé du moyen  
Le deuxième moyen est pris :
  - a. De la violation des articles 2 et 3 de la Loi Motivation;

- b. Du principe général de bonne administration, en particulier du principe de motivation des actes administratifs;
- c. De l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation de la Partie adverse;
- d. De l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs,

En ce que :

- a. La Partie adverse fonde sa Décision de retrait sur un motif selon lequel son traitement du rabais proposé par Ethias dans le cadre de la Décision initiale, serait irrégulier,

Alors que :

- a. La Partie adverse n'a pas commis d'irrégularité dans son approche de la proposition de rabais d'Ethias dans le cadre de la Décision initiale

#### 4.2 Développement du moyen

Pour rappel, la motivation de la Décision de retrait se fonde sur une prétendue irrégularité de la Décision initiale (voy. ci-dessus section 1.5).

C'est en vue de rectifier cette soi-disant irrégularité que la Partie adverse a adopté dans la Décision d'attribution une nouvelle approche en terme de comparaison des offres et de prise en compte des propositions de rabais.

Il a été démontré ci-dessus (voy. premier moyen, deuxième branche) que cette approche ne peut être suivie et est par conséquent irrégulière. Il est intégralement renvoyé à ces développements.

Un acte administratif peut certes être retiré lorsqu'il est entaché d'une irrégularité. La motivation de la décision de retrait doit alors faire état de cette irrégularité.

En l'espèce, les motifs de la Décision de retrait sont manifestement irréguliers et inadéquats dès lors que ce que la Partie adverse y présente comme une irrégularité, n'en est pas une en réalité.

Ces motifs ne peuvent, par conséquent, en aucun cas fonder un retrait de la Décision initiale, laquelle prévoyait que les lots 1 et 5 seraient attribués à la Partie requérante.

#### 4.3 Conclusion

Le deuxième moyen est manifestement sérieux".

### VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Le deuxième moyen est dirigé contre le premier acte attaqué, qui a pour objet le retrait de la décision initiale d'attribution du marché. Il relève que ce retrait est fondé – selon la motivation donnée par la partie adverse – sur ce que cette décision initiale était entachée d'une illégalité liée au mode de prise en compte des rabais, et fait valoir que cette prétendue illégalité n'en serait pas une. En d'autres termes, ce moyen revient à soutenir que c'est erronément que la partie adverse invoque cette illégalité de la décision initiale pour justifier le retrait de celle-ci, de sorte que ce retrait est lui-même irrégulier.

Il ressort des débats et des pièces de la procédure que, pour adopter la décision initiale d'attribution du marché, la partie adverse avait appliqué au lot 1 les ristournes proposées par l'intervenante et la société AXA. Constatant que, nonobstant l'application de ces ristournes, ce lot ne pouvait être attribué à l'un de ces soumissionnaires, elle n'avait pas pris en compte ces ristournes pour les lots 4 et 5.

Renonçant à cette "approche initiale" qu'elle estimait irrégulière au point de décider du retrait contesté en l'espèce, la partie adverse a alors adopté une "approche nouvelle" consistant à tenir compte des rabais (ou ristournes) proposés par l'intervenante et la société AXA, en les appliquant aux prix offerts par ceux-ci pour chacun des lots 1, 4 et 5. A la suite de cette application, elle a identifié l'offre de l'intervenante relative à ces trois lots, par comparaison à ce qu'offraient la requérante et la société AXA, comme constituant "l'ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux". La critique de cette "approche nouvelle" constitue le grief essentiel de la deuxième branche du premier moyen.

À l'appui de son deuxième moyen, la requérante se réfère précisément à l'exposé et aux développements de la deuxième branche du premier moyen. Ce faisant, elle laisse entendre qu'elle prend appui sur sa critique de l' "approche nouvelle" formulée dans cette deuxième branche du premier moyen, pour en inférer que l' "approche initiale" n'était pas illégale, contrairement à ce qu'a considéré la partie adverse dans la décision de retrait.

Cette articulation des moyens sur laquelle prend ainsi appui la requête impose donc – pour statuer sur le deuxième moyen – d'examiner ceux des arguments de la deuxième branche du premier moyen sur la base desquels la requérante critique la "nouvelle approche [adoptée par la partie adverse] en terme de comparaison des offres et de prise en compte des propositions de rabais". Il s'ensuit que les considérations de la deuxième branche du premier moyen étrangères à la critique de cette "approche nouvelle" n'ont pas à être examinées dans le cadre du deuxième moyen.

L'article 81, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est libellé comme suit :

"Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse".

Les articles 50 et 87, § 1<sup>er</sup>, alinéa 5, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques sont libellés comme suit :

"Art. 50. Dans ses offres pour plusieurs lots, le soumissionnaire peut présenter soit un ou plusieurs rabais, soit une ou plusieurs propositions d'amélioration de son offre pour le cas où ces mêmes lots lui seraient attribués, à condition que les documents du marché ne l'interdisent pas";

"Art. 87. § 1<sup>er</sup>. [...]

Lorsque, conformément à l'article 50, des soumissionnaires ont proposé un rabais ou une amélioration de leur offre, l'offre régulière économiquement la plus

avantageuse est déterminée, pour tout lot, en tenant compte des rabais ou des améliorations qui ont été proposés pour certains groupements de lots et de l'ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux".

L'extrait du *Rapport au Roi* relatif à cet article 87, § 1<sup>er</sup>, alinéa 5, se lit comme suit :

"L'alinéa 5 précise le choix de l'adjudicataire lorsque plusieurs soumissionnaires ont proposé une amélioration de leur offre ou un rabais pour certains groupements de lots. Il est important d'avoir à l'esprit que l'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas uniquement déterminée par le groupement de lots économiquement le plus avantageux, mais aussi par l'ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux. Le but poursuivi par cette disposition est en effet de permettre de retenir la combinaison économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, qu'il s'agisse d'un groupement de lots ou de lots individuels".

Le cahier spécial des charges du marché litigieux contenait notamment les prescriptions suivantes :

"Uniquement pour les lots 1, 4 et 5 le soumissionnaire peut compléter ses offres sur les différents lots en mentionnant la proposition d'amélioration qu'il consent sur chaque lot en cas de réunion de tout ou partie de ces lots pour lesquels il remet offre.

Pour les autres lots, il est interdit de compléter l'offre en mentionnant une proposition d'amélioration consentie par le soumissionnaire sur chaque lot en cas de réunion de certains lots pour lesquels il remet offre. Si une telle proposition est mentionnée, elle ne sera donc pas prise en compte sans que cela ne soit toutefois de nature à entraîner l'irrégularité de l'offre".

Pour retenir l'offre de l'intervenante comme étant celle qui est économiquement la plus avantageuse, la partie adverse a tenu compte du rabais (ou de la "ristourne") de 7,5 % que proposait ce soumissionnaire en l'appliquant aux prix offerts par celui-ci pour chacun des lots 1, 4 et 5 et, en conséquence de cette application, a identifié ces trois lots, par comparaison à ce qu'offraient la requérante et la société AXA (dont la ristourne proposée a également été prise en considération selon la même approche), comme constituant "l'ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux".

*Prima facie*, il n'apparaît pas que cette manière de procéder serait contraire à la disposition de l'article 87, § 1<sup>er</sup>, alinéa 5, précité, lue conformément à ce qu'expose le *Rapport au Roi* à propos de l'objectif poursuivi au travers de ce mode de prise en considération des rabais ou améliorations. En outre, une fois identifié l'ensemble économiquement le plus avantageux, la partie adverse en a logiquement déduit que chacun des lots formant cet ensemble devait – à raison de cette identification préalable et pour ne pas priver celle-ci de sens – être considéré lui-même comme le plus avantageux. Contrairement à ce que soutient la requérante, cette manière de procéder ne méconnaît pas la règle de l'article 81 de la loi du 17 juin

2016 relative aux marchés publics, dont une modalité particulière d'application est fixée par l'article 87, § 1<sup>er</sup>, alinéa 5, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, lorsqu'est en jeu l'identification de l' "ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux".

La requérante ne montre pas – au travers des considérations générales du moyen relatives aux enjeux d'une structuration du marché en lots – en quoi l'approche adoptée par la partie adverse dans la nouvelle décision d'attribution entacherait précisément celle-ci d'illégalité. Elle n'établit pas davantage en quoi elle a pu être lésée par la mise en œuvre de cette "approche nouvelle". Elle s'abstient enfin de démontrer que la mise en œuvre de cette "approche nouvelle" n'a pas conduit à retenir l'offre économiquement la plus avantageuse pour ce qui concerne les lots 1, 4 et 5 du marché litigieux.

Les arguments qui incitent la requérante à estimer que s'imposait l'"approche initiale" de prise en considération des rabais ne révèlent pas, tels qu'exposés en termes de requête, l'illégalité dont serait, *prima facie*, entachée l'"approche nouvelle" adoptée par la partie adverse. Ils ne permettent pas d'établir le caractère sérieux du moyen à l'appui duquel ils sont développés.

Conformément aux limites assignées – ainsi que cela a été précédemment exposé – à l'examen des considérations émises au titre de la deuxième branche du premier moyen, il n'y a pas lieu, pour répondre au deuxième moyen, de se prononcer sur les arguments relatifs à la prétendue irrégularité du rabais proposé par l'intervenante ou au fait qu'un tel rabais subordonné à l'obtention de tous les lots ne permettait pas à l'intervenante d'obtenir les lots 1 et 5. Ces arguments sont, en effet, étrangers aux critiques desquelles procède le deuxième moyen.

Il ressort des développements qui précèdent que les griefs formulés au titre de la deuxième branche du premier moyen et auxquels l'examen du deuxième moyen commande d'avoir égard ne sont pas sérieux, de sorte que l'argumentation vainement développée par la requérante et à laquelle celle-ci déclare se référer intégralement ne peut prospérer au soutien du deuxième moyen.

La requérante ne formulant pas, au titre du deuxième moyen, d'autre grief à l'encontre de la décision de retrait, que ceux auxquels elle se réfère vainement, elle échoue à démontrer, dans le cadre de la procédure en extrême urgence, que ce que la partie adverse a présenté comme une irrégularité justifiant le retrait de la décision initiale ne serait, en réalité, pas une irrégularité.

Il s'ensuit que le deuxième moyen ne peut être déclaré sérieux et que la

demande de suspension doit être rejetée en tant qu'elle porte sur le premier acte attaqué, sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres motifs éventuels de rejet.

#### *VIII. Balance des intérêts*

La partie adverse, qui déclare s'en référer à la sagesse du Conseil d'État sur ce point, ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution du deuxième acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

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

#### *IX. Confidentialité*

La requérante dépose son offre (identifiée comme étant la pièce 1 dans l'inventaire des pièces confidentielles) dont elle demande que soit maintenue la confidentialité.

La partie adverse déclare déposer à titre confidentiel les trois offres, identifiées comme étant les pièces A à C du dossier administratif.

L'intervenante demande également le maintien de la confidentialité de la pièce 2 ("Extraits utiles de l'offre de la S.A. ETHIAS") de son dossier.

Aucune objection n'ayant été émise à l'encontre de cette demande, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité de ces pièces.

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

#### **Article 1<sup>er</sup>.**

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

#### **Article 2.**

La suspension de l'exécution de la décision prise le 11 décembre 2019 par le conseil de l'action sociale de Bruxelles en tant qu'elle attribue les lots n<sup>os</sup> 1 et 5 du marché public ayant pour objet : « Assurances du centre public d'action sociale de Bruxelles » à la société anonyme ETHIAS est ordonnée.

**Article 3.**

La demande est rejetée pour le surplus.

**Article 4.**

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

**Article 5.**

La pièce 1 du dossier de la requérante, les pièces A, B et C du dossier administratif, ainsi que la pièce 2 du dossier de l'intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

**Article 6.**

Conformément à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, 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 7.**

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI<sup>e</sup> chambre siégeant en référé, le onze février deux mille vingt par :

David DE ROY,  
Katty LAUVAU,

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

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU

David DE ROY