

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n^o 252.898 du 4 février 2022

A. 235.360/VI-22.221

En cause : **l'association sans but lucratif COHEZIO,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Stéphanie GOLINVAUX et
Hannah TACHENY, avocats,
chaussée de la Hulpe 166
1170 Bruxelles,

contre :

la Zone de secours Hainaut Est,

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

Partie requérante en intervention :

**l'association sans but lucratif CESI-Prévention et
Protection,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Jennifer DUVAL et Pierre SLEGERS, avocats,
avenue Louise 523
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 31 décembre 2021, l'ASBL Cohezio demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la ZOHE du 10 décembre 2021, notifiée le 16 décembre 2021, attribuant à CESI asbl, [...] (ci-après “CESI”) le marché de services “Affiliation de la Zone de Secours Hainaut-Est à un service externe pour la prévention et la protection au travail” pour une durée estimée de 48 mois ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 3 janvier 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 20 janvier 2022.

Par une requête introduite le 13 janvier 2022, l'ASBL CESI-Prévention et Protection demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

M. David De Roy, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Stéphanie Golinvaux, avocat, comparaisant pour la partie requérante, M^{es} Thomas Deridder et Sophie Jacques, avocats, comparaisant pour la partie adverse, et M^e Pierre Slegers, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Esther Rombaux, auditeur adjoint au Conseil d'État, a été entendue 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

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

- « 1. La Zone de secours Hainaut-Est – ci-après “la ZOHE” - est tenue de s'affilier à un service externe pour la prévention et la protection au travail en application du Code du bien-être au travail (du 28 avril 2017) et de ses arrêtés d'exécution. Ce code coordonne plusieurs réglementations, dont la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.
En 2016, dans le cadre d'un marché précédant le marché litigieux, la ZOHE désigne l'asbl Cohezio – ci-après “Cohezio” -, actuelle partie requérante, attributaire du marché public référencé 015/16.
Ce marché était prévu pour une durée d'un an renouvelable trois fois maximum. Il devait donc s'achever en 2020. À l'expiration du délai d'exécution initial, le contrat a fait l'objet d'un avenant entre les parties visant à sa prolongation jusqu'au 31 décembre 2021.
Il y a lieu de rappeler que la réglementation applicable en matière de prévention et de protection du travail n'autorise aucune “coupure” de services : dès lors, la

ZOHE est dans l'obligation de conclure un nouveau contrat prenant cours au 1^{er} janvier 2022.

2. Le 22 octobre 2021, le Collège zonal de la ZOHE décide de lancer un marché de services pour l'affiliation de la Zone à un service externe pour la prévention et la protection au travail pour une durée maximale de 4 ans.

3. Le 25 octobre 2021, la ZOHE publie ainsi un avis de marché au *Bulletin des adjudications*.

Le marché porte la référence ZOHE 003/2021.

4. L'objet du marché est ainsi défini par le cahier spécial des charges :
Marché de services ayant pour objet l'affiliation de la Zone de Secours Hainaut-Est, à un service externe pour la prévention et la protection au travail en application de la loi du 04 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail et de ses arrêtés d'exécution.

5. Le marché présente les caractéristiques suivantes :

- La procédure choisie est la procédure négociée directe avec publication préalable en vertu des articles 41, § 1^{er}, 1^o, l'article 89, § 1, 1^o et l'annexe III- Services visés aux articles 88 et 158 de la Loi du 17 juin 2016.
- Il s'agit d'un marché à lot unique et ne contient ni option, ni variante;
- Il est estimé à un montant annuel de 125.000 euros TVAC et 500.000 euros TVAC pour les 4 années;
- la date de remise des offres est fixée au 18 novembre 2021 à 12h00.

6. A la date mentionnée, le pouvoir adjudicateur est en possession des offres des quatre soumissionnaires suivants :

- Cohezio (actuelle partie requérante devant Votre Conseil);
- CESI (qui sera, au terme de l'analyse menée par la partie adverse, désigné comme attributaire du marché litigieux);
- Liantis;
- Mensura.

7. Le 18 novembre 2021, le pouvoir adjudicateur procède à l'ouverture des offres.

8. Le 22 novembre 2021, après une première analyse des offres, la ZOHE adresse un courrier recommandé au CESI. Ce courrier indique ce qui suit :

Suite à une première analyse de votre offre pour le dossier référencé ci-dessus, il est apparu nécessaire d'obtenir des indications complémentaires pour permettre la vérification des prix unitaires suivants, conformément aux articles 84 alinéa 2 de la loi du 17 juin 2016 et 35 de l'A.R. du 18 avril 2017 :

Les prix unitaires € HTVA remis dans votre offre pour les services complémentaires annuels pour les postes 1 à 8 sont à ZERO €

Services complémentaires annuels			
1	Frais de déplacement	EUR/Kilomètre	500 kms/an
2	Prix acte technique devaccination	EUR/acte	50 actes de vaccination/an
3	Prix test visuel	EUR/test	400 tests/an
4	Prix test audiométrie	EUR/test	100 tests/an
5	Prix spirométries, ECG repos et épreuves d'effort	EUR/test	250 tests/an
6	Prix examens biologiques sanguins et urinaires	EUR/test	800 tests/an
7	Prix RX poumons, thorax, squelette	EUR/RX	40/an
8	Test tuberculinique intradermo	EUR/test	250 tests/an

Vous disposez jusqu'à mardi 30 novembre 2021 pour nous communiquer, par courrier sous pli recommandé et par courrier électronique (info.marches@zohe.be), le détail et justificatif du prix unitaire des postes repris ci-dessus.

9. Le 30 novembre 2021, le CESI répond à l'interrogation de la ZOHE. Dès lors que ce courrier contient des informations qu'il convient de protéger au regard des obligations du pouvoir adjudicateur en matière de confidentialité – voir *infra* – son contenu n'est pas reproduit dans le cadre de la présente note. Le CESI y justifie les prix unitaires remis.

10. Le 10 décembre 2021, la ZOHE décide d'attribuer le marché en cause au CESI, par une décision qui indique ce qui suit :

Le Collège zonal,

A l'unanimité, Décide

Article 1^{er} : d'approuver les conclusions du rapport d'analyse des offres du 02 décembre 2021.

Article 2 : de considérer le rapport d'analyse des offres comme partie intégrante de la présente délibération.

Article 3 : de considérer l'offre de l'ASBL CESI comme complète et régulière.

Article 4 : d'attribuer le marché public de services relatif à l'affiliation de la Zone de Secours Hainaut-Est à un service externe pour la prévention et la protection au travail à l'ASBL CESI ayant présenté l'offre régulière économiquement la plus avantageuse et ce, aux prix unitaires et prix forfaitaires et aux conditions de son offre datée du 17 novembre 2021.

Article 5 : d'approuver le financement du marché public de services relatif à l'affiliation de la Zone de Secours Hainaut-Est par les crédits prévus à cet effet au service ordinaire du budget 2022 et suivants aux articles 35101/117-02 et l'article 35101/123-14 dont le coût annuel est estimé à un montant de 103.305,79 euros HTVA (soit 125.000,00 euros TVAC), soit pour 48 mois estimé à un montant de 413.223,14 euros HTVA (500.000,00 euros TVAC).

Article 6 : que l'exécution du marché doit répondre aux conditions fixées par le CSC n° ZOHE 003/2021 - Affiliation de la Zone de Secours Hainaut-Est à un service externe pour la prévention et la protection au travail.

Il s'agit de l'acte attaqué.

11. Par courriel et courrier du 16 décembre 2021, la ZOHE informe Cohezio, Mensura et Liantis de ce que le marché ne leur est pas attribué.
À la même date, la ZOHE informe le CESI de ce que le marché lui est attribué.
Le courrier destiné au CESI indique également ce qui suit :

Le délai d'exécution du marché commence à courir le 1^{er} janvier 2022.

Le délai d'exécution global du présent marché est d'une durée indéterminée conformément aux dispositions légales propres aux services externes pour la prévention et la protection au travail (Code du bien-être au travail).

A cet égard, le contrat prend fin :

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

2^o moyennant un préavis donné par une des parties, avec respect d'un délai de préavis qui s'élève à un minimum de 6 mois, prenant cours le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel le préavis est notifié, et prenant fin le 31 décembre de l'année civile courante ou l'année civile suivante, suivant le cas.

Le 1^{er} janvier 2022, le contrat avec le CESI prend cours. En effet, au regard de la procédure choisie et du contenu de la loi du 17 juin 2013, et notamment de ses articles 11 et 12, alinéa 1^{er}, 1^o, aucun délai d'attente ne devait être respecté par la ZOHE.

12. Le 3 janvier 2022, Cohezio introduit le présent recours devant votre Conseil ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 13 janvier 2022, l'association sans but lucratif CESI-Prévention et Protection demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

V. Recevabilité de la demande

Les parties adverse et intervenante contestent la recevabilité de la demande au motif que la requérante n'aurait pas déposé ses statuts.

Outre que la requérante a déposé ses statuts avant l'audience (ce qui n'a pas été contesté au cours de celle-ci), elle les avait, en toute hypothèse, annexés à son offre qu'elle a jointe à sa requête, ce que n'a pas dénié la partie adverse.

À l’audience du 17 janvier 2022, les parties adverse et intervenante n’ont pas insisté sur cette exception d’irrecevabilité. Elles n’ont, par ailleurs, fait état d’aucun grief que leur aurait causé la situation dénoncée.

Dans ces circonstances, l’exception d’irrecevabilité doit être rejetée.

VI. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de son offre, identifiée comme pièce A du « Bordereau de pièces confidentielles » de son dossier.

La partie adverse fait de même pour les quatre offres déposées (pièces 12 à 15 du dossier administratif) et pour le courrier du 30 novembre 2021 que lui a adressé l’intervenante (pièce 11 du dossier administratif).

L’intervenante sollicite également le maintien de confidentialité de son offre et des courriers échangés dans le cadre de la vérification des prix, identifiés comme étant les pièces 2 à 4 de son dossier.

À l’audience du 17 janvier 2022, la requérante a toutefois contesté la demande de maintien de confidentialité en tant qu’elle porte sur la pièce 11 du dossier administratif, à laquelle correspond la pièce 4 du dossier de l’intervenante. Il s’agit du courrier du 30 novembre 2021 par lequel celle-ci a fourni à la partie adverse les indications sollicitées à propos des huit prix unitaires nuls qu’elle avait proposés. Les parties adverse et intervenante ont indiqué les extraits de ce courrier (représentant presque l’intégralité du contenu de celui-ci) qui – selon elles – contiendraient des informations couvertes par le secret des affaires, en raison – comme l’a précisé l’intervenante – de ce qu’elles révèlent ce qui procède de son choix économique.

À la lecture de ce courrier, son caractère confidentiel apparaît sans doute discutable en tant qu’il se justifierait par la protection due au secret des affaires. Cela étant, le maintien de sa confidentialité – au stade actuel – n’empêche, en toute hypothèse, pas le Conseil d’État d’examiner, notamment à la lumière de ce courrier auquel il a bien accès puisqu’il a été déposé, les thèses soutenues par les parties à propos des différentes questions que suscite le présent recours, et ce en ayant égard au fait que la requérante n’a, quant à elle, pu y accéder à ce stade, ce qui peut justifier notamment que son argumentation soit développée de façon plus succincte.

Dans ces circonstances, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées, sauf pour ce qui concerne la pièce 3 du dossier de l'intervenante : il s'agit du courrier adressé à celle-ci par la partie adverse le 22 novembre 2021, pour solliciter des indications complémentaires afin de permettre la vérification de certains prix unitaires. Le contenu de cette pièce est, pour l'essentiel, divulgué dans la note d'observations et ce courrier est produit en pièce 10 (non confidentielle) du dossier administratif, sans que cela soit contesté.

VII. Troisième moyen – Première branche

VII.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un troisième moyen, qu'elle présente comme suit :

« C. TROISIEME MOYEN – DEFAULT DE MOTIVATION

En ce que, l'Acte attaqué n'est pas suffisamment motivé;

Alors que, la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et 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 service et de concessions requiert une motivation des considérations de droit et de fait servant de fondement à l'attribution du marché.

Que, première branche, l'Acte attaqué ne motive pas les raisons permettant de comprendre pourquoi l'offre de l'ASBL CESI a été déclarée régulière nonobstant des prix anormalement bas (à "0 €") pour les sous-critères 6 et 7 du premier critère d'attribution.

Que, deuxième branche, l'Acte attaqué ne motive pas les raisons permettant de comprendre pourquoi l'offre de l'ASBL CESI a obtenu le plus de points au niveau du critère d'attribution n° 5.

D'où il suit que, l'Acte attaqué, en ce qu'il n'est pas correctement motivé, viole:

- Les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; et
- L'article 4 alinéa 1^{er}, 8° 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 fourniture et de services et de concessions, et est entaché d'un vice de forme.

Dès lors, la première et la deuxième branche du troisième moyen doivent être déclarées sérieuses et mener à la suspension de l'Acte attaqué ».

S'agissant de la première branche de ce moyen, la requête contient les développements suivants :

« C.1. Première branche – absence de motivation adéquate quant à l’acceptation d’un prix à “0 €” pour les sous-critères 6 et 7 du premier critère d’attribution
79. Dans le cadre du présent marché, les prix présentés à “0 €” par le CESI dans le cadre du Critère 1 au sujet (i) des examens biologiques sanguins et (ii) des RX poumons, Thorax, squelette, sont contraire à la réglementation et constituent des prix anormalement bas (la Partie requérante renvoie à cet effet aux développements repris sous le point A.2 de la présente requête).

80. L’article 4, alinéa 1^{er}, 8° 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 requiert une motivation des considérations de droit et de fait servant de fondement à l’attribution du marché.

81. De même, les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs imposaient à la Partie adverse de motiver, en fait et en droit, dans l’Acte attaqué, sa décision et les raisons ayant justifié l’attribution du marché public à l’ASBL CESI.

82. En outre, Votre Conseil a rappelé à plusieurs reprises que la loi du 17 juin 2013 a vocation à préciser les éléments à énoncer dans la motivation de l’attribution de marché et non à déroger à la loi du 29 juillet 1991. La loi du 17 juin 2013 ne supprime donc pas l’obligation de fournir une motivation adéquate au sens de l’article 3 de la loi du 29 juillet 1991.

83. Enfin, Votre Conseil a rappelé que “selon une jurisprudence constante du Conseil d’Etat, un prix ‘zéro’, qui revient *prima facie* à offrir gratuitement une prestation, doit, en règle, toujours être considéré comme étant un prix apparemment anormal, avec cette conséquence que le soumissionnaire concerné doit être expressément invité à justifier ce prix, que le pouvoir adjudicateur doit examiner avec la plus grande minutie et la plus grande diligence les justifications ainsi fournies, et qu’il doit clairement ressortir de la décision d’attribution du marché les motifs précis, acceptables, concrets et étayés en fait, pour lesquels il a accepté ces justifications et a donc pu considérer, sans commettre d’erreur manifeste d’appréciation, que le prix considéré n’est pas anormalement bas.”

84. L’Acte attaqué qui a été notifié à la Partie requérante devait donc être motivé en droit et en fait, au plus tard au moment de son établissement et décrire les raisons qui auraient pu justifier – *quod non* – que les sous-critères 6 et 7 du critère d’attribution n° 1 soient à “0 €” dans l’offre du CESI.

85. En l’espèce, cette motivation ne se retrouve ni dans l’Acte attaqué en lui-même, ni dans le rapport d’examen des offres qui fait partie intégrante de celui-ci. En effet, l’Acte attaqué (en ce compris le rapport d’analyse des offres) se borne à justifier sa décision comme suit :

Examen de la réponse du soumissionnaire CESI ASBL :

Le soumissionnaire a répondu par courrier recommandé daté du 30/11/2021 et reçu le 01/12/2021. Il ressort des indications fournies que les prix unitaires concernés ne sont pas considérés comme anormaux.

86. Il convient donc de constater que l’Acte attaqué n’apporte aucune motivation (et encore moins une motivation adéquate et légale) quant à la prise en compte de l’offre de CESI.

87. La motivation devrait pourtant être d’autant plus précise que le raisonnement emprunté par la Partie adverse s’écarte drastiquement de la réglementation (vérification des irrégularités sous l’aune de l’article 76 de l’Arrêté royal du 18

avril 2017 et articles II.3- 11 et II.3-18, 2° du Code du bien-être au travail), et révèle un traitement discriminatoire et inégal.

88. L'Acte attaqué ne respecte donc pas l'impératif de motivation tel qu'indiqué ci-dessus alors même qu'aucune exception ne permettrait de justifier l'absence de motivation de l'acte à laquelle on est confronté en l'espèce.

89. La première branche du troisième moyen est donc sérieuse et doit mener à la suspension de l'Acte attaqué ».

B. Note d'observations

La partie adverse répond comme suit au troisième moyen, en sa première branche :

« 68. De manière commune aux deux branches du troisième moyen, il y a lieu de rappeler l'étendue des obligations pesant sur le pouvoir adjudicateur en matière de motivation.

En effet, si la décision d'attribution doit reposer sur une motivation exacte, pertinente et suffisante, elle ne doit pas énoncer les "motifs des motifs" et peut, dès lors, être sommaire.

Il s'agit d'une jurisprudence constante de Votre Conseil.

A Quant à la première branche

69. En droit, on rappellera que la vérification des prix effectuée par la ZOHE concernant l'offre du CESI se fonde sur les articles suivants.

L'article 84 de la Loi du 17 juin 2016 se lit comme suit :

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

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

L'article 35 de l'arrêté royal du 17 avril 2018 se lit comme suit :

Le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Pour ce faire, il peut, conformément à l'article 84, alinéa 2, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires.

70. En l'espèce, on doit avant toute chose rappeler que, au regard de la procédure mise en place par la réglementation et appliquée par le pouvoir adjudicateur, l'exigence de motivation qui est l'objet du troisième moyen, première branche, ne peut être évaluée au regard du caractère "anormal" des prix remis pour les sous-critères 6 et 7 du critère d'attribution n° 1.

Nonobstant les développements rappelés ci-dessus concernant le premier moyen, la ZOHE a procédé, en interrogeant le CESI à cet égard, à la vérification des prix sur la base de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, mais pas à l'examen des prix sur la base de l'article 36 du même arrêté royal.

Puisque la ZOHE n'a pas estimé que le prix remis était apparemment anormalement bas, le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu aux exigences de motivation prétendues par Cohezio dans sa requête en suspension.

71. Or, l'appréciation du caractère anormal du prix offert par un soumissionnaire relève du pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur, ce que Votre Conseil a déjà rappelé à plusieurs reprises. Le contrôle de Votre Conseil est à cet égard limité à un contrôle marginal portant sur la sanction de l'appréciation manifestement déraisonnable.

72. Il y a lieu de rappeler la jurisprudence constante de Votre Conseil réaffirmée récemment comme suit dans Votre Arrêt n° 241.714 rendu le 5 juin 2018 (Servitex) :

“ S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans sa motivation pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix”.

Votre Conseil a également déjà jugé ce qui suit :

Il peut être admis, en principe, qu'un pouvoir adjudicateur n'indique pas dans sa motivation pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, à condition qu'il ressorte de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix. Ainsi, il n'y a rien à motiver, dans la décision d'attribution, quant à l'absence de prix anormaux lorsque rien n'indique que le pouvoir adjudicateur aurait dû, à la suite de la vérification des prix opérée, procéder, à l'égard de l'offre concernée, à l'examen des prix prévu par l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. En l'espèce, il ne paraît donc pas que la requérante puisse être suivie en ce qu'elle fait grief à l'acte attaqué de ne pas indiquer les motifs pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'a adressé à SIGNPOST BELGIË une demande de justification du prix que d'un seul des cinq appareils.

73. En l'espèce, la ZOHE a procédé au même contrôle concernant les offres du CESI et de Cohezio, et en a conclu que ni l'une, ni l'autre ne présentait de prix apparemment anormaux. L'analyse s'est donc arrêtée ensuite de la vérification des prix visée à l'article 35 de l'arrêté royal du 17 avril 2018. Cela ressort expressément du rapport d'analyse des offres, comme suit :

Le pouvoir adjudicateur a soumis les offres introduites à une vérification des prix.

Pour les deux soumissionnaires, les prix remis pour la cotisation forfaitaire annuel sont les mêmes puisqu'il s'agit de la tarification légale.

Suite à une première analyse des offres, il est apparu nécessaire d'obtenir des indications complémentaires pour permettre la vérification des prix unitaires des postes 1 à 8 des services complémentaires repris dans l'inventaire.

Ainsi, conformément à l'article 84 alinéa 2 de la loi du 17 juin 2016 et à l'article 35 de l'A.R. du 18 avril 2017, le Pouvoir Adjudicateur a invité le soumissionnaire CESI ASBL, par courrier et mail du 22/11/2021, à fournir les indications nécessaires à la vérification des prix pour les postes 1 à 8 des services complémentaires.

Examen de la réponse du soumissionnaire CESI ASBL :

Le soumissionnaire a répondu par courrier recommandé daté du 30/11/2021 et reçu le 01/12/2021. Il ressort des indications fournies que les prix unitaires concernés ne sont pas considérés comme anormaux.

En ce qui concerne le soumissionnaire COHEZIO ASBL : Suite aux indications reprises sur le document d'inventaire, il ressort que les prix unitaires concernés ne sont pas considérés comme anormaux.

Dans ce cadre, la ZOHE a donc adéquatement motivé sa décision à cet égard.

Il ressort du Dossier Administratif – en particulier du rapport d'attribution – que la ZOHE a vérifié les prix proposés par les opérateurs économiques et a pu, sans erreur manifeste d'appréciation, considérer ceux-ci comme normaux, n'appelant pas de sa part un examen au regard de l'article 36 de l'A.R. du 18 avril 2017. Ce qui n'est pas contesté par la partie requérante puisqu'elle n'invoque pas la violation de cette disposition.

La partie adverse a donc pu se limiter à indiquer, dans la décision d'attribution, qu'elle a effectivement procédé à la vérification des prix et que ceux-ci ne sont pas apparus anormalement bas ou élevés.

74. Le troisième moyen, dans sa première branche, n'est pas sérieux ».

C. Requête en intervention

L'intervenante fait valoir ce qui suit, à propos de la première branche du troisième moyen :

- « 44. Il a été démontré ci-dessus que l'offre du CESI ne comportait pas de prix contraires à la réglementation ou anormalement bas.

La réglementation a été respectée tant par la ZOHE que par le CESI lors de la remise et de l'analyse de son offre.

45. Le rapport d'attribution contient les considérations de droit et de fait qui permettent à l'ensemble des soumissionnaires de comprendre le classement opéré par le pouvoir adjudicateur.

En ce qui concerne la vérification des prix, le rapport d'attribution indique la réglementation mise en œuvre par la ZOHE ainsi que la méthode de vérification appliquée en pratique. Il dispose en page 14 ce qu'il suit :

5.4. VERIFICATION DES PRIX

Règlementation :

Article 84 de la loi du 17 juin 2016

Articles 33 à 35 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

Le pouvoir adjudicateur a soumis les offres introduites à une vérification des prix.

Pour les deux soumissionnaires, les prix remis pour la cotisation forfaitaire annuel sont les mêmes puisqu'il s'agit de la tarification légale.

Suite à une première analyse des offres, il est apparu nécessaire d'obtenir des indications complémentaires pour permettre la vérification des prix unitaires des postes 1 à 8 des services complémentaires repris dans l'inventaire.

Ainsi, conformément à l'article 84 alinéa 2 de la loi du 17 juin 2016 et à l'article 35 de l'A.R. du 18 avril 2017, le Pouvoir Adjudicateur a invité le soumissionnaire CESI ASBL, par courrier et mail du 22/11/2021, à fournir les indications nécessaires à la vérification des prix pour les postes 1 à 8 des services complémentaires.

Examen de la réponse du soumissionnaire CESI ASBL :

Le soumissionnaire a répondu par courrier recommandé daté du 30/11/2021 et reçu le 01/12/2021. Il ressort des indications fournies que les prix unitaires concernés ne sont pas considérés comme anormaux.

En ce qui concerne le soumissionnaire COHEZIO ASBL : Suite aux indications reprises sur le document d'inventaire, il ressort que les prix unitaires concernés ne sont pas considérés comme anormaux.

Le pouvoir adjudicateur n'avait pas à révéler le contenu des courriers échangés avec les soumissionnaires.

[...]

48. Le pouvoir adjudicateur a respecté ses obligations en termes de motivation de droit et de fait. Le troisième moyen, en ses deux branches, n'est pas sérieux ».

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

En sa première branche, le moyen reproche en substance à la partie adverse de ne pas avoir respecté l'obligation qui lui incombait de motiver formellement sa décision que les prix unitaires nuls offerts par l'intervenante n'étaient pas considérés comme anormaux.

Comme le soutient la requérante, qui déclare se référer à une jurisprudence constante du Conseil d'État, un prix « zéro », qui revient *prima facie* à

offrir gratuitement une prestation, doit, en règle, toujours être considéré comme étant un prix apparemment anormal, avec cette conséquence que le soumissionnaire concerné doit être expressément invité à justifier ce prix, que le pouvoir adjudicateur doit examiner avec la plus grande minutie et la plus grande diligence les justifications ainsi fournies, et qu'il doit clairement ressortir de la décision d'attribution du marché les motifs précis, acceptables, concrets et étayés en fait, pour lesquels il a accepté ces justifications et a donc pu considérer, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, que le prix considéré n'est pas anormalement bas.

Il ressort des écrits et pièces de la procédure que l'intervenante avait remis des prix nuls pour les huit postes se rapportant aux services complémentaires annuels et que la partie adverse l'a invitée à fournir des indications complémentaires pour lui permettre de vérifier les prix unitaires concernés, étant entendu que ces indications devaient consister « en le détail et justificatif du prix unitaire » de chaque poste concerné. Il doit, par ailleurs, être rappelé que les documents du marché attirent l'attention des soumissionnaires « sur le fait que les prix unitaires à zéro seront considérés comme présumés anormalement bas et feront l'objet d'une demande de justification auprès du soumissionnaire ».

Le rapport d'analyse des offres, que la partie adverse décide de considérer comme partie intégrante de l'acte attaqué, rappelle que l'intervenante a été invitée à fournir des indications complémentaires en vue de la vérification des prix unitaires nuls qu'elle avait offerts, et rend compte, dans les termes suivants, de l'examen de la réponse qu'a apportée ce soumissionnaire :

« Le soumissionnaire a répondu par courrier recommandé daté du 30/11/2021 et reçu le 01/12/2021. Il ressort des indications fournies que les prix unitaires concernés ne sont pas considérés comme anormaux ».

Une telle considération laisse entendre que la partie adverse s'est appropriée, sans plus, les justifications apportées par l'intervenante et ne rend, à tout le moins, nullement compte – même d'une manière évasive qui lui permettrait de ne pas divulguer le contenu du courrier de l'intervenante – des considérations qui l'ont déterminée à admettre la normalité des prix unitaires concernés. Cette indigence de la motivation formelle est d'autant plus évidente – selon ce que révèle la lecture de ce courrier dont la confidentialité est maintenue – qu'elle ne permet pas de comprendre comment la partie adverse a pu admettre la normalité des prix concernés sur la base des seules indications fournies par l'intervenante, alors que celles-ci paraissent, *prima facie*, servir moins la démonstration de la normalité des prix unitaires concernés (au regard de leur « détail et justificatif », comme demandé par la partie adverse) que celle de leur conformité aux dispositions du Code du bien-être au travail.

La partie adverse tente de tirer argument de ce que l'intervenante aurait été interrogée dans le cadre de la phase de vérification de prix organisée par l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, et non dans le cadre de la phase d'examen des prix soupçonnés d'anormalité organisée par l'article 36 de cet arrêté, pour soutenir que, n'ayant « pas estimé que le prix remis était apparemment anormalement bas », elle n'était pas tenue aux exigences de motivation qu'elle aurait, selon la requérante, méconnues.

S'il est exact que, dans son courrier du 22 novembre 2021, la partie adverse a déclaré adresser sa demande d'indications complémentaires dans le cadre de l'article 35 précité, l'argument qu'elle tente d'en tirer dans le cadre de la présente procédure et les enseignements jurisprudentiels sur lesquels elle estime pouvoir prendre appui ne peuvent être suivis dans les circonstances de la cause où – comme cela ressort des documents du marché – elle annonçait d'office présumer anormalement bas tout prix unitaire nul. La partie adverse ne peut donc sérieusement soutenir qu'elle n'a « pas estimé que le prix remis était apparemment anormalement bas ».

Il suit de ces considérations que le moyen, qui dénonce une méconnaissance de l'obligation de motivation formelle, doit être déclaré sérieux en sa première branche.

VIII. Balance des intérêts

VIII.1. Thèse de la partie adverse

Au titre de la « balance des intérêts », la partie adverse fait valoir ce qui suit dans sa note d'observations :

« 81. L'article 15, alinéa 3 de la loi du 17 juin 2013 précise que :

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

82. Aussi dans l'hypothèse où Votre Conseil devait décider que l'un des moyens avancés par la partie requérante devait être considéré comme sérieux, *quod non*, il y aura lieu de pondérer en l'espèce les intérêts des parties en présence.

83. En l'espèce, le marché litigieux a été conclu et depuis le 1^{er} janvier 2022, il est exécuté par l'asbl CESI.

84. Il s'agit, par ailleurs, d'un marché dont la valeur est estimée à un montant annuel de 125.000 euros TVAC. Il ne peut donc être question ici d'un marché à ce point spécifique qu'il est d'une importance capitale pour la (survie) de la partie requérante.

Au contraire, une suspension du marché causerait des dommages bien plus importants à la partie adverse, celle-ci étant alors susceptible de se trouver dès lors en contradiction avec le Code du bien-être, parce que ne bénéficiant plus d'un Service Extérieur de Prévention et de Protection au Travail. En outre, des difficultés concernant la programmation des rendez-vous médicaux seront rencontrées (des rendez-vous sont déjà pris pour les prochains mois – la disponibilité des agents concernés étant réduites) ».

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

Au soutien de sa demande d'activation de la balance des intérêts, la partie adverse invoque le risque de se trouver en contradiction avec les obligations que lui impose le Code du bien-être au travail et d'être confrontée à des difficultés concernant la programmation des rendez-vous médicaux.

La seule référence à ces inconvénients ne pourrait toutefois suffire à faire obstacle à ce que la suspension de l'exécution de l'acte attaqué soit ordonnée. Si contrariants puissent-ils – le cas échéant – se révéler, de tels inconvénients représentent la conséquence inéluctable d'un arrêt de suspension fondé sur l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et ne peuvent justifier à eux seuls le rejet de la requête, sauf à paralyser la procédure de suspension organisée par le législateur.

Il doit d'ailleurs être relevé que, s'exprimant en des termes très généraux, la partie adverse s'abstient de fournir toute précision qui permettrait d'apprécier la vraisemblance et d'évaluer la gravité des inconvénients précités. Ce faisant, elle ne met pas le Conseil d'État en mesure de décider, en connaissance de cause, de la mise en balance de ces inconvénients avec les avantages que procurerait une suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

Enfin, il s'indique de relever que la situation inconfortable que la partie adverse déclare redouter d'un arrêt de suspension résulterait, dans une mesure non négligeable, des circonstances de la passation du marché litigieux. Il ressort, en effet, de la note d'observations que le marché précédent, qui devait s'achever le 31 décembre 2020, avait été prolongé jusqu'au 31 décembre 2021. La passation du marché litigieux a fait l'objet d'un avis publié le 25 octobre 2021 et la décision d'attribution de ce marché a été communiquée à la requérante par courrier et courriel du 16 décembre 2021. La partie adverse ne pouvait ignorer la mesure des

conséquences d'une éventuelle évolution contentieuse de cette procédure, au vu de cette chronologie de la procédure de passation. La gravité des inconvénients invoqués ne peut donc, en pareille circonstance, être imputée au seul fait d'une suspension ordonnée de l'exécution de l'acte attaqué.

Compte tenu de ces éléments, il doit être constaté que la partie adverse n'établit pas que les conséquences négatives de la suspension qui serait prononcée dans ces conditions puissent l'emporter sur ses avantages et faire obstacle à ce titre à la suspension de l'exécution de la décision attaquée.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par l'ASBL CESI-Prévention et Protection est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision de la ZOHE du 10 décembre 2021, notifiée le 16 décembre 2021, attribuant à l'ASBL CESI-Prévention et Protection le marché de services "Affiliation de la Zone de Secours Hainaut-Est à un service externe pour la prévention et la protection au travail" pour une durée estimée de 48 mois, est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A annexée à la requête, 11 à 15 du dossier du dossier administratif, ainsi que 2 et 4 du dossier de l'intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 4 février 2022 par :

David De Roy,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy