

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

n° 258.355 du 8 janvier 2024

A. 240.596/VI-22.690

En cause : **l'association sans but lucratif COHEZIO,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Stéphanie GOLINVAUX et
Adam BEN TALEB, avocats,
chaussée de la Hulpe 166
1160 Bruxelles,

contre :

la Communauté française,
représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^e Cyrille DONY, avocat,
avenue des Mélèzes 31
1410 Waterloo

Requérante en intervention :

l'association sans but lucratif CESI.
ayant élu domicile chez
M^{es} Sarah Ben Messaoud et
Elvira Barbé, avocates,
boulevard Louis Schmidt 56
1040 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 27 novembre 2023, l'ASBL Cohezio demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la Fédération Wallonie-Bruxelles du 10 novembre 2023 par laquelle elle n'a pas attribué le marché à Cohezio en réponse à la procédure ouverte qu'elle a organisée en vue de la désignation d'un Service Externe de Prévention et de Protection au Travail (SEPPT) (MP5167 - MP SEPPT 2024) ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 28 novembre 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 15 décembre 2023.

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

Par une requête introduite le 12 décembre 2023, l'ASBL CESI 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.

M. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Stéphanie Golinvaux et Adam Ben Taleb, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^e Cyrille Dony, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Sarah Ben Messaoud et Elvira Barbé, avocates, comparaissant pour la requérante en intervention ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, 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. Faits utiles à l'examen de la demande

Par un avis de marché publié le 16 mai 2023 au Bulletin des Adjudications, la Communauté française lance un marché public de services ayant pour objet la désignation d'un Service Externe de Prévention et de Protection au Travail chargé de la surveillance de la santé (S.E.P.P.T.) pour l'ensemble de ses services.

Ce marché est passé par procédure négociée directe avec publication préalable et sous la forme d'un accord-cadre en centrale d'achat. Il est conclu pour une période de 4 ans, prenant cours le 1^{er} janvier 2024 pour se terminer le 31

décembre 2027. Son montant maximum est fixé à 5.164.658,96 euros sur toute la durée de l'accord-cadre. Le marché porte sur le suivi de plus de 7.000 agents de la partie adverse.

Le cahier spécial des charges prévoit les critères d'attribution suivants :

1. Le prix de la surveillance HTVA (50 points) ;
2. Le prix unitaire des actes techniques (50 points) ;
3. Les délais et la disponibilité (25 points) ;
4. La qualité de l'organisation du soumissionnaire (25 points) ;
5. La qualité de l'interface informatique (inventaire électronique des prestations) (25 points) ;
6. La méthodologie et l'expertise (25 points) ;
7. L'utilisation rationnelle des UP (voir « inventaire » annexe 2) (100 points).

Le 3^e critère est subdivisé en 12 sous-critères. Le maximum des points pour l'ensemble de ces sous-critères est de 200. Le total des points obtenus est ensuite divisé par 8 pour aboutir à une cotation sur 25 points. En l'espèce, ce sont les 2^e, 3^e et 4^e sous-critères qui sont au cœur du litige. Ils sont cotés respectivement sur 10, 10 et 20 points, ces notes étant ensuite ramenées respectivement à 1,25, 1,25 et 2,5 points.

A la date limite de réception des offres, les soumissionnaires suivants ont remis une offre :

- ASBL COHEZIO
- ASBL CESI

Après un premier examen des offres, les deux soumissionnaires ont été contactés à plusieurs reprises par la partie adverse afin d'obtenir des précisions au niveau de la sélection conformément à l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ainsi que des précisions relatives au prix de certains postes.

Il résulte de l'analyse des offres que :

- les deux soumissionnaires répondent aux exigences de la sélection et sont donc sélectionnés ;
- les deux offres sont jugées régulières ;
- au terme de la comparaison des offres au regard des critères d'attribution, l'ASBL CESI obtient 259,71 points et l'ASBL COHEZIO 250,16 points.

Par un courrier du 10 novembre 2023, la partie adverse a transmis la décision motivée d'attribution à l'ASBL CESI et l'a informée de ce qu'il a été décidé de lui attribuer le marché public litigieux.

Par un courrier du même jour, la partie adverse a informé l'ASBL COHEZIO, partie requérante, de ce que le marché ne lui a pas été attribué.

La partie adverse expose que l'ASBL COHEZIO est le prestataire actuel en charge de la mission de S.E.P.P.T. jusqu'au 31 décembre 2023, un préavis lui ayant été notifié il y a plusieurs mois, conformément à l'article II.3-13, alinéa 2, 2°, du Code du bien-être au travail aux termes duquel « le contrat est conclu pour une durée déterminée » et « prend fin [...] moyennant un préavis donné par une des parties, avec respect d'un délai de préavis qui s'élève à minimum six mois, prenant cours le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel le préavis est notifié, et prenant fin le 31 décembre de l'année civile courante ou de l'année civile suivante, suivant le cas ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 12 décembre 2023, l'ASBL CESI demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire 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

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste la recevabilité de la demande de suspension. Elle expose ce qui suit :

« Aux termes de sa requête, la requérante vise “la décision de la Fédération Wallonie-Bruxelles du 10 novembre 2023 par laquelle elle n’a pas attribué le marché à Cohezio en réponse à la procédure ouverte qu’elle a organisée en vue de la désignation d’un Service Externe de Prévention et de Protection au Travail (SEPPT) (MP5167 -MP SEPPT 2024), communiquée à Cohezio asbl par e-mail le 10 novembre 2023 et par courrier recommandé le 13 novembre 2023” [...].

Au niveau de l'objet du recours, la requérante précise qu'elle “sollicite la suspension selon la procédure d'extrême urgence de la décision de la Fédération Wallonie-Bruxelles du 10 novembre 2023, notifiée à Cohezio par email le 10

novembre 2023 et par courrier recommandé le 13 novembre 2023, par laquelle elle n'attribue pas le marché à Cohezio suite à l'offre déposée dans le cadre de la procédure ouverte que la Fédération Wallonie-Bruxelles a organisée en vue de la désignation d'un Service Externe de Prévention et de Protection au Travail (SEPPT) (MP5167)" [...].

C'est cette décision de ne pas lui attribuer le marché que la requérante identifie donc explicitement comme étant l'acte attaqué [...].

Il se déduit dès lors de ce qui précède que la requérante sollicite uniquement la suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché litigieux mais que, par contre, elle ne dirige pas son recours contre la décision d'attribuer le marché à l'ASBL CESI.

A la lecture de la requête, cette limitation de la portée du recours paraît tout à fait intentionnelle et volontaire dans la mesure où, à de nombreuses reprises, la requérante insiste sur la nécessité de reconnaître que le marché aurait dû lui être attribué.

10.

Il convient toutefois de souligner que le recours qui est uniquement dirigé contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante est irrecevable.

Lorsque la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un soumissionnaire est querellée, Votre Conseil considère en effet que :

“ Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents. Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, ipso facto, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite, résultant de l'attribution, de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.” [...]

Afin d'être recevable, le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un soumissionnaire ne peut donc être que complémentaire au recours visant à contester la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

En l'espèce, la requérante ne critique pas la décision d'attribuer le marché litigieux à l'ASBL CESI de sorte qu'en cas de suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché, la décision d'attribuer le marché à l'ASBL CESI serait maintenue. La requérante ne retirerait donc aucun avantage de la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

A défaut d'avoir formé le présent recours contre la décision d'attribuer le marché à l'ASBL CESI, celui-ci doit donc être déclaré irrecevable à défaut d'intérêt pour la requérante.

11.

Lorsqu'aucun élément concret n'est invoqué par la requérante qui permettrait d'aboutir à la constatation que le pouvoir adjudicateur n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux, Votre Conseil estime, en outre, qu'en tant

qu'elle est dirigée contre le refus implicite de lui attribuer le marché litigieux, la demande en suspension est irrecevable.

En l'espèce, force est de constater qu'aucun des moyens soulevés par la requérante ne permet de lui garantir l'attribution du marché litigieux.

La requérante critique en effet la régularité de l'offre de l'ASBL CESI (premier et deuxième moyens) ainsi que l'évaluation de la partie adverse s'agissant du quatrième critère d'attribution (troisième moyen) de sorte que, même à supposer qu'un ou plusieurs de ces moyens soi(en)t jugé(s) sérieux – *quod non* –, la partie adverse devrait nécessairement procéder à un nouvel examen de la régularité des offres ou à une nouvelle évaluation des offres.

La requérante ne peut dès lors raisonnablement soutenir qu'en cas de moyen(s) jugé(s) sérieux, la partie adverse n'aurait pas d'autres choix que de lui attribuer le marché litigieux.

A cet égard, Votre Conseil juge que, compte tenu des possibilités qui demeurent ouvertes au pouvoir adjudicateur à la suite d'un éventuel arrêt de suspension de la décision d'attribution, la requête n'est pas recevable en ce qu'elle vise la suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas attribuer le marché.

Dans le cas présent, plusieurs possibilités seront encore ouvertes à la partie adverse en cas d'arrêt ordonnant la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, ce qui doit donc entraîner l'irrecevabilité de la requête en ce qu'elle vise la suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas attribuer le marché litigieux à la requérante. »

V.2. Thèse de la requérante en intervention

La requérante en intervention expose partager l'analyse de la partie adverse. Elle souligne que, dans d'autres affaires ayant donné lieu à des arrêts du Conseil d'Etat, la requérante sollicitait bien la suspension de l'exécution de la décision d'attribution. Elle souligne que, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, la technique jurisprudentielle de l'annulation supplémentaire du refus implicite vise à procurer à la partie requérante des garanties plus larges sur le plan du rétablissement de la légalité auquel doit procéder l'autorité après une annulation et que cette technique jurisprudentielle doit être réservée à des cas exceptionnels, lorsque la requérante démontre spécifiquement, dans ses moyens, que l'avantage accordé au tiers devait lui être attribué. Elle soutient qu'outre qu'il nécessite une démonstration particulière, le recours contre le refus d'attribution est nécessairement complémentaire au recours dirigé contre la décision d'attribution. Elle allègue qu'à défaut de contester la décision d'attribution, la partie requérante n'a donc pas intérêt à contester la décision de ne pas lui attribuer le marché.

V.3. Appréciation du Conseil d'Etat

Selon les termes de la requête, l'acte attaqué est « la décision de la Fédération Wallonie-Bruxelles du 10 novembre 2023, notifiée à Cohezio par *e-mail* le 10 novembre 2023 et par courrier recommandé le 13 novembre 2023, par laquelle elle n'attribue pas le marché à Cohezio suite à l'offre déposée dans le cadre de la procédure ouverte que la Fédération Wallonie-Bruxelles a organisée en vue de la désignation d'un Service Externe de Prévention et de Protection au Travail (SEPPT) (MP5167) ».

Le courrier de la partie adverse du 10 novembre 2023 indique à la requérante que le marché en cause ne lui a pas été attribué et lui communique la décision motivée attribuant le marché à l'ASBL CESI. Il s'ensuit que le recours est bien dirigé contre cette décision et pas seulement contre la décision implicite, qui en découle, de ne pas attribuer le marché à la requérante. Force est d'ailleurs de constater qu'à la page 5 de la requête, à propos de l'intérêt de la requérante, il est énoncé que « dès lors que la Partie requérante a participé à la procédure d'attribution se trouvant à la base de l'Acte attaqué, elle justifie d'un intérêt légitime à introduire un recours en annulation de l'Acte attaqué attribuant le marché en cause à un autre soumissionnaire », ce qui confirme l'interprétation donnée ci-avant de l'objet du présent recours, qui tend dès lors à la suspension de l'exécution de la décision attribuant le marché à CESI ainsi que de la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante.

Le recours est recevable en tant qu'il est dirigé contre la décision d'attribution.

Par ailleurs, 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 la présente espèce, la recevabilité du recours, en tant qu'il est dirigé contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante, est liée à l'examen des moyens.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 4 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, du cahier spécial des charges, de l'erreur manifeste d'appréciation et du devoir de minutie.

La requérante expose que « sous le troisième critère d'attribution "les délais et la disponibilité", la partie adverse a attribué 5 points à l'offre du CESI ayant indiqué des délais zéro pour trois catégories de sous-critères, à savoir pour la transmission de documents et la mise à jour de l'interface informatique ».

Elle allègue que « cette offre ne présente pas un délai réaliste puisqu'il n'est pas possible de transmettre des documents de manière "immédiate/instantanée" à temps zéro ni mettre à jour un programme informatique dans un délai nul ».

En une première branche, elle fait valoir que « le CESI a indiqué dans son offre, sous le critère "les délais et la disponibilité", des délais de zéro heure, soit zéro minute et zéro seconde, dans la transmission de documents et la mise à jour de l'interface informatique », que la partie adverse devait apprécier le caractère réaliste des délais offerts par le CESI et *in fine*, attribuer le plus de points au délai réaliste le plus court. Elle en conclut que l'offre du CESI est entachée d'une irrégularité substantielle et devait donc être déclarée nulle.

En une seconde branche, elle soutient que la méthode de calcul appliquée par la partie adverse n'est pas correcte. Elle relève que la formule reprise dans le cahier spécial des charges est appliquée à son offre mais pas à celle du CESI et que si cette méthode d'évaluation avait été appliquée à l'offre du CESI, celle-ci aurait obtenu zéro point.

Elle développe le moyen ainsi qu'il suit :

« Contexte factuel :

20. Le troisième critère "les délais et la disponibilité" du Cahier spécial des charges prévoyait l'attribution de points en fonction de la disponibilité et des délais de transmission de différents documents. Ce critère d'attribution était subdivisé en 12 sous-critères (Pièce 4 – cahier spécial des charges, pages 19 à 21) :

3		Les délais et la disponibilité	25
		Ce délai est subdivisé en 12 sous-critères.	
		1. Délai de transmission d'information (en heures) : information vers le pouvoir adjudicateur quand un travailleur est absent à une	
		convocation d'évaluation de la santé (délai de transmission à compter de l'heure convenue dans la convocation) : 10 points	
		2. Délai de transmission de documents (en heures) : transmission de son formulaire d'évaluation de santé au membre du personnel concerné (à partir de la fin de RDV de son évaluation de santé) : 10 points	
		3. Délai de transmission de documents (en heures) : transmission au pouvoir adjudicateur des formulaires d'évaluation de santé (à partir de la fin de RDV de l'évaluation de santé du travail) : 10 points	

	<p>4. Délai de mise à jour de l'interface informatique (en heures) : mise à jour et à disposition sur l'interface informatique des listes de travailleurs (en particulier vaccinations et date des visites auprès du médecin du travail) après les prestations (à partir de la fin de RDV de son évaluation de santé) : 20 points</p> <p>5. Amélioration des délais légaux – délai entre la demande (par voie informatique ou téléphonique) et la visite pour visite de reprise (en jours ouvrables) : 25 points</p> <p>Le délai légal est de maximum 10 jours ouvrables suivant la date de reprise.</p> <p>6. Amélioration des délais légaux – délai entre la demande (par voie informatique ou téléphonique) et la visite pour visite de pré-reprise (en jours ouvrables) : 10 points</p> <p>Le délai légal est de maximum 10 jours ouvrables suivant la date de la demande de l'examen de pré-reprise.</p> <p>7. Amélioration des délais légaux – délai entre la demande (par voie informatique ou téléphonique) et la visite pour consultation spontanée (en jours ouvrables) : 10 points</p> <p>Le délai légal est de maximum 10 jours ouvrables suivant la date de la demande.</p> <p>8. Délai entre la demande formulée (par voie informatique ou téléphonique) et la visite pour évaluation de santé préalable (en jours ouvrables) : 25 points</p> <p>9. Délai entre la demande formulée (par voie informatique ou téléphonique) et la visite dans le cadre de la protection de la maternité (en jours ouvrables) : 25 points</p>
	<p>10. Délai entre la demande d'analyse de risques par voie informatique, téléphonique, e-mail) par le pouvoir adjudicateur et la mise en route du projet par l'adjudicataire (en jours ouvrables) : 25 points</p> <p>11. Délai entre la demande d'étude spécifique par le pouvoir adjudicateur par voie informatique, téléphonique, e-mail) et la mise en route du projet par l'adjudicataire (en jours ouvrables) : 10 points</p> <p>12. Délai entre la demande d'intervention psychosociale (par voie informatique, téléphonique, e-mail) et la mise en route du projet (en jours ouvrables) : 20 points</p>

21. Conformément au Cahier spécial des charges, le total des points attribuables pour l'ensemble de ces sous-critères est de 200 et devait être ramené à une cotation de 25 points (Cahier spécial des charges, pièce 4, p. 21) :

L'ensemble des points obtenus seront additionnés (total sur 200 points) et ramenés à une cotation sur 25 points.

Les points sont arrondis à la 2e décimale.

22. La méthode de cotation était la suivante :

<p><u>Il est demandé aux soumissionnaires de compléter dans l'inventaire (annexe 2) l'onglet relatif aux délais évalués dans le cadre du présent critère.</u></p> <p><u>Méthode d'évaluation</u></p> <p>La cotation s'opère au moyen de la formule suivante :</p> $C = C_{max} \times (\frac{M_{min}}{M})$ <p><i>C = cote du soumissionnaire</i> <i>C_{max} = cote maximale attribuée au sous critère</i> <i>M_{min} = délai de l'offre la plus intéressante</i> <i>M = délai de l'offre concernée</i></p>

23. Les délais de transmission faisant l'objet du présent moyen concernent les "postes" (sous-critères) 2, 3 et 4 portant respectivement sur :

- Poste / sous-critère 2 – Délai de transmission de documents (en heures) : transmission de son formulaire d'évaluation de santé au membre du personnel concerné (à partir de la fin de RDV de son évaluation de santé) – 10 points. Selon la cotation prévue au Cahier spécial des charges (total de 200 points ramenés à 25 points après cotation), ces 10 points équivalent à 1,25 points.
- Poste / sous-critère 3 - Délai de transmission de documents (en heures) : transmission au pouvoir adjudicateur des formulaires d'évaluation de santé (à partir de la fin de RDV de l'évaluation de santé du travail) – 10 points. Selon la cotation prévue au Cahier spécial des charges (total de 200 points ramenés à 25 points après cotation), ces 10 points équivalent à 1,25 points.
- Poste / sous-critère 4 - Délai de mise à jour de l'interface informatique (en heures) : mise à jour et à disposition sur l'interface informatique des listes des travailleurs (en particulier vaccination et dates des visites auprès des médecins du travail) après les prestations (à partir de la fin de RDV de l'évaluation de santé) – 20 points. Selon la cotation prévue au Cahier spécial des charges (total de 200 points ramenés à 25 points après cotation), ces 20 points équivalent à 2,5 points.

24. Le CESI a répondu en donnant un délai de "0" pour les sous-critères 2, 3 et 4 et la Partie adverse a attribué le nombre de points maximum au CESI pour les sous-critères 2, 3 et 4 (Acte attaqué, pièce 3, p. 17) :

[...]

	CESI			Cohezio			
2. Délai de transmission de documents (en heures) : transmission de son formulaire d'évaluation de santé au membre du personnel concerné (à partir de la fin de RDV de son évaluation de santé) : 10 points	0	0	10	0,02	0,02	0	C= 10 x (Mmin/M)
3. Délai de transmission de documents (en heures) : transmission au pouvoir adjudicateur des formulaires d'évaluation de santé (à partir de la fin de RDV de l'évaluation de santé du travail) : 10 points	0	0	10	0,02	0,02	0	C= 10 x (Mmin/M)
4. Délai de mise à jour de l'interface informatique (en heures) : mise à jour et à disposition sur l'interface informatique des listes des travailleurs (en particulier vaccination et dates des visites auprès des médecins du travail) après les prestations (à partir de la fin de RDV de l'évaluation de santé) : 20 points	0	0	20	0,02	0,02	0	C= 20 x (Mmin/M)

25. Cohezio a quant à elle proposé dans son offre des délais de 0,02 heures, ce qui correspond à 1,2 minutes pour les sous-critères 2, 3 et 4 et la Partie adverse a attribué une cote de "0" à Cohezio pour chacun de ces sous-critères 2, 3 et 4 (Acte attaqué, pièce 3, p. 17).

A. PREMIERE BRANCHE – L'OFFRE DU CESI EST NULLE EN CE QU'ELLE ELLE EST ENTACHEE D'UNE IRREGULARITE SUBSTANTIELLE ET REVELE DANS SON EXAMEN PAR LA PARTIE ADVERSE UNE ERREUR MANIFESTE D'APPRECIATION, UNE VIOLATION DES PRINCIPES DE NON-DISCRIMINATION, D'EGALITE DE TRAITEMENT ET DU DEVOIR DE MINUTIE

26. Le 3^{ème} critère d'attribution imposé par la Partie adverse est un critère relatif au délai de transmission et de mise à jour de l'interface informatique.

27. Dès lors qu'il constitue un critère d'attribution, la Partie adverse se doit d'apprécier le caractère réaliste des délais offerts par chacun des candidats afin d'attribuer le plus de points au délai réaliste le plus court (CE, n°223.427 du 7 mai 2013).

28. La jurisprudence constante de Votre Conseil confirme en effet l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de vérifier le caractère réaliste des délais offerts :

“ Lorsque le délai d'exécution constitue l'un des critères d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur est, en règle, tenu d'apprécier le caractère réaliste des délais offerts, afin d'attribuer le plus de points au délai réaliste le plus court. Il s'agit d'assurer l'égalité entre les soumissionnaires et de ne pas valoriser, au détriment des autres, un soumissionnaire s'engageant sur un délai qui ne sera pas tenable au stade de l'exécution” (C.E. n° 252.751 du 25 janvier 2022, page 15).

29. Le même arrêt de Votre Conseil confirme encore qu'il y a lieu d'écarter une offre lorsque le caractère irréaliste ne permet pas de respecter les principes généraux d'égalité et de concurrence et qu'il résulte de ce caractère irréaliste un avantage discriminatoire :

“ L'offre qui propose de tels délais n'est pas nulle de plein droit, mais peut être déclarée nulle par le pouvoir adjudicateur, pour respecter les principes généraux d'égalité et de concurrence, s'il estime que le caractère irréaliste des délais proposés par un soumissionnaire est de nature à donner un avantage discriminatoire à ce dernier, 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" (C.E. n° 252.751 du 25 janvier 2022).

30. Il convient en effet de ne pas valoriser un soumissionnaire s'engageant sur un délai qui ne serait pas tenable au stade de l'exécution, au détriment des autres.

31. L'existence de pénalités prévues pour sanctionner l'adjudicataire défaillant, au stade de l'exécution du marché, ne permet pas de contourner l'obligation d'attribuer le marché, en appel d'offres, à l'offre régulière la plus intéressante (CE, n°223.427 du 7 mai 2013).

32. Pour ces raisons, les délais ainsi que leur faisabilité constituent une condition essentielle du marché.

33. En l'espèce, la Partie adverse demandait :

- Poste / sous-critère 2 – Délai de transmission de documents (en heures) : transmission de son formulaire d'évaluation de santé au membre du personnel concerné (à partir de la fin de RDV de son évaluation de santé).

- En pratique, ce délai de transmission concerne l'envoi par e-mail d'un formulaire à un membre de la Fédération Wallonie-Bruxelles. La Partie adverse précise dans les documents de marché que ce délai commence à courir "à partir de la fin de RDV de son évaluation de santé" [...], ce qui signifie donc qu'un acte positif (envoi d'un e-mail) doit être posé "après" le RDV (selon les exigences du Cahier spécial des charges) par le soumissionnaire. En comparaison, le premier sous-critère prévoyait comme point de départ un "délai de transmission à compter de l'heure convenue dans la convocation". Lorsque le pouvoir adjudicateur utilise le rédactionnel "à partir de la fin de RDV", cela signifie donc bien que le délai de transmission demandé ne peut débuter qu'après l'issue du RDV.

- Poste / sous-critère 3 - Délai de transmission de documents (en heures) : transmission au pouvoir adjudicateur des formulaires d'évaluation de santé (à partir de la fin de RDV de l'évaluation de santé du travail).

- En pratique, ce délai de transmission concerne l'envoi par e-mail d'un formulaire à la Fédération Wallonie-Bruxelles. La Partie adverse précise expressément dans les documents de marché que ce délai commence à courir "à partir de la fin de RDV de l'évaluation de santé du travail" [...], ce qui signifie donc qu'un acte positif (envoi d'un e-mail) doit être posé "après" le RDV (selon les exigences du Cahier spécial des charges) par le soumissionnaire.

- Poste / sous-critère 4 - Délai de mise à jour de l'interface informatique (en heures) : mise à jour et à disposition sur l'interface informatique des listes des travailleurs (en particulier vaccination et dates des visites auprès des médecins du travail) après les prestations (à partir de la fin de RDV de l'évaluation de santé).

- En pratique, ce délai de mise à jour concerne (i) la mise à jour de la plateforme informatique afin d'y inclure la liste des travailleurs et (ii) la mise à disposition de cette information pour le pouvoir adjudicateur. La Partie adverse précise expressément dans les documents de marché que ce délai commence à courir "à partir de la fin de RDV de l'évaluation de santé du travail" [...], ce qui signifie donc qu'un acte positif (mise à jour de la

plateforme informatique) doit être posé “après” le RDV (selon les exigences du Cahier spécial des charges) par le soumissionnaire.

34. En pratique, pour chacun de ces sous-critères, le CESI a répondu en proposant un délai de “0”, tandis que Cohezio a proposé un délai de 1,2 minutes (0,02 heures).

35. La Partie adverse n’aurait pas dû accepter le délai de “0” proposé par le CESI. La Partie adverse a commis une erreur manifeste d’appréciation en estimant que les délais indiqués par le CESI étaient tenables et pouvaient être pris en considération.

36. Dans le cadre de son obligation de vérification de la régularité des offres reprise à l’article 76 de l’Arrêté Royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, la Partie adverse aurait dû constater que l’offre était affectée d’une irrégularité.

37. Ceci est d’autant plus vrai que la Partie adverse a été interrogée sur ce point par Cohezio. En effet, dans le cadre de la préparation de son offre, Cohezio a interrogé le pouvoir adjudicateur sur la possibilité d’indiquer des délais de zéro (Pièce B – Q&A forum, page 2) :

“ Dans le critère d’attribution n° 3 relatif aux délais et à la disponibilité : vous demandez de les exprimer en heures ou en jours ouvrables. Quid si le délai est inférieur à 1 heure ou à 1 jour ouvrable (c’est-à-dire dans l’heure ou dans la journée) les délais en heure, est-ce qu’on peut mettre 0 (dans l’heure, dans la journée) ?

Réponse : si les délais proposés sont inférieurs à l’unité (heure ou jour), il est alors demandé de les spécifier sous forme décimale”. [...]

38. Cohezio avait en effet un doute sur la possibilité de pouvoir indiquer un délai de zéro dans son offre lorsque le délai était inférieur à 1 heure, tel qu’il ressort très clairement de la question posée et de l’échange reproduit ci-dessus.

39. La Partie adverse a répondu à Cohezio que dans le cadre d’un délai inférieur à l’unité (dans l’heure), il était demandé aux candidats soumissionnaires de spécifier un délai en décimales, permettant ainsi d’indiquer un délai réaliste.

40. Compte-tenu de la réponse de la Partie adverse, Cohezio a formulé une offre avec une indication d’un délai en décimales.

41. La Partie adverse ne peut donc ignorer que ce point avait fait l’objet d’un examen attentif, et d’une question particulière de la part de Cohezio, dont il ressort que si une réponse de “0” avait pu être donnée, Cohezio l’aurait fait. Toutefois, au regard de la réponse de la Partie adverse, il était clair qu’un délai – même court – devait être mentionné en utilisant des décimales.

42. La Partie adverse aurait donc dû appliquer les mêmes critères pour le CESI que pour Cohezio, ce qu’elle n’a pas fait. Au contraire, au regard de la formule prévue dans le cahier des charges, Cohezio a reçu une cote de “0” :

Méthode d'évaluation

La cotation s'opère au moyen de la formule suivante :

$$C = C_{max} \times (M_{min} / M)$$

C = cote du soumissionnaire

C_{max} = cote maximale attribuée au sous critère

M_{min} = délai de l'offre la plus intéressante

M = délai de l'offre concernée

Ce qui revient à : Cote de Cohezio = cote maximale [10/10/20] X (cote du CESI [0] / réponse de Cohezio [0,02])

43. Le même raisonnement n'a pas été appliqué par la Partie adverse pour le CESI. A cet égard, la Partie requérante prend note que le CESI a été interrogé par la Partie adverse, tel qu'il ressort de l'Acte attaqué :

Considérant qu'en date du 10 août 2023, le pouvoir adjudicateur invite par mail CESI ASBL aux fins de favoriser la conformité de son offre :

- A fournir des informations complémentaires afin de comprendre comment l'information sera transmise endéans le délai renseigné dans son offre pour les postes 2, 3 et 4 de l'onglet « délai d'exécution » de l'inventaire ;

Considérant que le 17 août 2023, CESI ASBL fourni par mail toutes les informations complémentaires demandées par le pouvoir adjudicateur ;

Considérant que les offres des soumissionnaires sont conformes aux prescrits de la loi du 17 juin 2016 et de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ainsi qu'aux exigences, conditions et critères énoncés dans l'avis de marché et dans les documents du marché ;

44. Il ressort de l'Acte attaqué que bien qu'ayant interrogé le CESI, la Partie adverse n'a pas estimé nécessaire, comme elle l'a fait pour Cohezio, de spécifier que le délai (débutant "à partir de la fin de RDV") devait être mentionné en décimales (ou, alternativement, elle l'a fait mais le CESI n'a pas tiré les conséquences des informations données). Quoi qu'il en soit, les deux soumissionnaires n'ont pas été traités de manière égalitaire, ce qui a eu pour effet que l'offre du CESI soit préférée à l'offre de Cohezio.

45. Il ressort des développements qui précèdent que la Partie adverse aurait dû déclarer l'offre de CESI nulle, ou à tout le moins faire régulariser celle-ci, ce que la Partie adverse n'a pas fait.

46. En ne respectant pas l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, et donc en ne déclarant pas l'offre du CESI nulle ou en ne demandant pas au CESI de procéder à une régularisation de son offre, la Partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et a violé l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

47. La Partie adverse a donc également violé :

i. le Cahier spécial des charges qui imposait comme condition de proposer des délais commençant "après" les RDV visés aux sous-critères 2, 3 et 4. Or, un délai de "0" ne peut pas respecter le cahier spécial des charges, qui a dès lors été violé.

ii. l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 qui impose aux pouvoirs adjudicateurs de choisir l'offre économiquement plus avantageuse – ce qui ne peut être le cas

d'une offre irréaliste. Un délai de "0" étant irréaliste, l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 a été violé.

iii. l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 ainsi que les principes d'égalité et de non-discrimination entre les soumissionnaires. En attribuant les cotes maximales au CESI pour un délai à "0", alors même que seule Cohezio a remis une offre réaliste, les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ont été violés, d'où il suit que l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 a été violé.

48. Pour les raisons développées ci-dessus, l'offre du CESI aurait dû être écartée dans sa globalité.

49. Pour autant que de besoin, la Partie requérante précise que l'irrégularité de l'offre liée aux réponses données aux sous-critères 2, 3 et 4 du troisième critère d'attribution est substantielle, selon les critères prévus par l'article 76, paragraphe 1er, alinéa 3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, dans la mesure où :

a. L'irrégularité est de nature à donner un avantage discriminatoire au CESI : en effet, cette irrégularité a pour effet de donner des points au CESI (et, c'est important, d'en donner 0 à Cohezio en application de la formule prévue au cahier spécial des charges).

b. L'irrégularité empêche la comparaison de l'offre du CESI à celle de Cohezio. En effet, le fait de remettre un délai de transmission à "0" par le CESI implique, par l'application de la formule prévue au cahier des charges, que l'offre de Cohezio ne puisse pas valablement être comparée, dans la mesure où elle obtient automatiquement une note de "0" pour ces sous-critères, peu importe la réponse qu'elle aurait donné (en effet, toute réponse aurait mené à "0" dans la mesure où la formule prévoit que la réponse du soumissionnaire ayant donné le délai le plus court soit divisée par la réponse du soumissionnaire. Cette formule ne pouvant donner qu'un résultat de "0", la comparaison est impossible.

c. L'irrégularité rend l'engagement du CESI inexistant ou incertain : en effet, le fait pour le CESI d'indiquer qu'elle va exécuter une action (transmission de formulaires et mise à jour de l'interface informatique) en "0" minute revient à dire que la prestation ne sera pas accomplie.

d. L'irrégularité affecte le classement des offres : l'offre de Cohezio aurait été choisie en l'absence de l'irrégularité. En effet, si les réponses du CESI avaient été écartées pour ces 3 sous-critères en ce qu'elles n'étaient pas réalistes :

i. le CESI aurait perdu 40 points pour ce 3^{ème} critère, proratisés à 5 points pour le classement global (le 3^{ème} critère comptant un total de 200 points qui devait être ramené à une cotation de 25 points).

ii. Cohezio aurait gagné 40 points pour ce 3^{ème} critère, proratisés également à 5 points.

D'où il suit que le CESI aurait perdu 5 points et Cohezio aurait gagné 5 points. La différence de cotation entre le CESI et Cohezio étant de 9,553 points, Cohezio aurait remporté l'offre.

50. Il s'ensuit que l'offre du CESI était entachée d'une irrégularité substantielle qui devait mener la Partie adverse à déclarer l'offre du CESI nulle.

51. Le premier moyen est donc sérieux en sa première branche et l'Acte attaqué devrait être suspendu.

DEUXIEME BRANCHE – VIOLATION DU CAHIER DES CHARGES EN CE QUE LA METHODE DE CALCUL PREVUE PAR LA PARTIE ADVERSE ELLE-MEME N’A PAS ETE RESPECTEE

52. Le Cahier spécial des charges prévoit sous le critère « les délais et la disponibilité », la méthode d’évaluation devant mener à la cotation des soumissionnaires : (Pièce 4, page 21)

Méthode d’évaluation

La cotation s'opère au moyen de la formule suivante :

$$C = C_{max} \times (M_{min} / M)$$

C = cote du soumissionnaire

C_{max} = cote maximale attribuée au sous critère

M_{min} = délai de l’offre la plus intéressante

M = délai de l’offre concernée

53. Le Cahier spécial des charges prévoit une seule et unique méthode de cotation pour l’ensemble des soumissionnaires.

54. En l’espèce, la Partie requérante obtient une note de zéro pour les sous-critères 2, 3 et 4 du troisième critère d’attribution puisque le délai de l’offre la plus intéressante retenue par la Partie adverse est de zéro. En effet, il va de soi que la division de tout nombre par zéro équivaut à zéro.

55. Néanmoins, en appliquant cette même formule pour l’offre du CESI, elle aussi aurait dû se voir attribuer la note de 0. En effet, la formule appliquée à l’offre de Cohezio revenait, pour prendre l’exemple du sous-critère n°2, à :

$$\text{Cote du CESI} = 10 \times (0 / 0)$$

Résultat = 0

56. Or, l’offre du CESI se voit attribuer respectivement pour chacun des sous-critères 10 points (pour chacun des sous-critères n°2 et 3) et 20 points (pour le sous-critère n°4):

	CESI	COHEZIO
Sous-critère	2 / 3 / 4	2 / 3 / 4
Offre (en heures)	0	0,02
Calcul	Sous critère 2 et 3 : 10 x (0 / 0)	Sous critère 2 et 3 : 10 x (0 / 0,02)
	Sous critère 4 : 20 x (0 / 0)	Sous critère 4 : 20 x (0 / 0,02)
Résultat	Sous critère 2 et 3 : 10 points (alors que le résultat du calcul devait être “0”)	Sous critère 2 et 3 : 0 point
	Sous critère 4 : 20 points (alors que le résultat du calcul devait être “0”)	Sous critère 4 : 0 point

57. La Partie adverse a donc commis une erreur dans l'application de la méthode d'évaluation prévue dans le cahier des charges et, dès lors, a violé ce dernier.

58. A toutes fins utiles, il est précisé que la Partie adverse ne pourrait pas prétendre que la formule devait être appliquée différemment pour le CESI pour ces trois sous-critères. En effet, il faudrait alors la modifier pour l'ensemble des sous-critères, ce qui modifierait complètement l'ensemble des cotes données aux deux soumissionnaires pour l'ensemble des dizaines de critères prévus dans le Cahier spécial des charges.

59. Il s'en suit qu'en tout état de cause, le CESI ne peut pas bénéficier de 5 points sur base de cette méthode d'évaluation. Sa cote doit en effet être de "0" pour ces 3 sous-critères.

60. La différence entre les cotes du CESI et de Cohezio ne serait donc plus de 9,553 points mais de 4,553 points. En conjonction avec les moyens 2 (dont il résulte une différence de 6,84 points) et 3 (dont il résulte une différence de 2,772 points), il s'en suit que l'offre de Cohezio aurait très largement dû être choisie.

61. Il s'ensuit que la deuxième branche du premier moyen, en conjonction avec les moyens 2 et 3, est sérieuse et que l'Acte attaqué doit dès lors être suspendu. »

VI.2. Thèse de la partie adverse

Sur la première branche, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

« Lorsque des délais d'exécution sont érigés en critère d'attribution, Votre Conseil rappelle de manière constante que le pouvoir adjudicateur doit apprécier le caractère réaliste des délais offerts afin de ne pas valoriser, au détriment des autres, un soumissionnaire s'engageant sur un délai qui ne sera pas tenable en termes d'exécution. Ceci permet aux autres soumissionnaires, d'une part, de vérifier que la décision a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce et, d'autre part, d'apprécier en pleine connaissance de cause l'opportunité de contester cette décision.

Votre Conseil précise, par ailleurs, qu'une offre qui proposerait un délai irréaliste "n'est pas nulle de plein droit, mais peut être déclarée nulle par le pouvoir adjudicateur, pour respecter les principes généraux d'égalité et de concurrence, s'il estime que le caractère irréaliste des délais proposés par un soumissionnaire est de nature à donner un avantage discriminatoire à ce dernier, 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".

15.

Même s'il est nul, il y a lieu de rappeler qu'un délai n'est pas nécessairement irrégulier en soi. Il ne pourrait en effet l'être que s'il est irréaliste et laisse à penser que le soumissionnaire concerné ne pourra pas respecter ses engagements durant l'exécution du marché.

En l'espèce et contrairement à ce que tente de faire accroire la requérante, les délais fixés à zéro par l'ASBL CESI sont tout à fait réalistes et correspondent à la manière dont l'ASBL CESI travaille.

Pour rappel, les trois sous-critères d'attribution qui font l'objet des critiques de la requérante sont les suivants :

- le délai de transmission (en heures) de son formulaire d'évaluation de santé au membre du personnel concerné (à partir de la fin de RDV de son évaluation de santé) ;
- le délai de transmission (en heures) au pouvoir adjudicateur des formulaires d'évaluation de santé (à partir de la fin de RDV de l'évaluation de santé du travail) ;
- le délai de mise à jour de l'interface informatique (en heures) : mise à jour et à disposition sur l'interface informatique des listes de travailleurs (en particulier vaccinations et date des visites auprès du médecin du travail) après les prestations (à partir de la fin de RDV de son évaluation de santé).

Pour ces trois sous-critères, l'ASBL CESI a proposé un délai fixé à zéro alors que la requérante a proposé un délai de 0,02 h, soit 1 minute et 12 secondes.

16.

D'emblée, il y a lieu de souligner que, par souci de minutie, la partie adverse a interrogé l'ASBL CESI à propos des délais fixés à zéro afin de s'assurer de leur caractère réaliste.

Par un courrier électronique du 10 août 2023, la partie adverse a ainsi adressé la demande suivante à l'ASBL CESI (pièce n° 10, p. 11) :

“ Le pouvoir adjudicateur constate que pour les postes 2, 3 et 4 de l'inventaire (délai d'exécution), vous avez remis des délais de 0 heure. Par conséquent, le pouvoir adjudicateur vous invite à présenter, clarifier et expliquer comment sera réalisé cette transmission (et mise à jour) dans un délai aussi court”.

Le 17 août 2023, l'ASBL CESI a répondu comme suit à cette demande (pièce n° 10, p. 26) :

“ Pour le poste 2 : A l'issue de la consultation et de la décision médicale formulée, le travailleur reçoit son formulaire papier directement (ainsi qu'électroniquement si une adresse email est renseignée).

Pour le poste 3 : à l'issue de la consultation médicale, le formulaire d'évaluation de santé qui contient la décision médicale, est automatiquement généré et interfacé sans délai avec votre espace client. C'est dans cet interface que le pouvoir adjudicateur retrouvera copie du formulaire du travailleur.

Pour le poste 4 : Dès que les données sont encodées au moment de la consultation, notre système de batch interface directement les données en real time sur votre plateforme MyCESI. Il en est de même pour la mise à jour de

la signalétique administrative des travailleurs, dès que la dimona ou votre liste de travailleurs est intégrée dans notre système”.

La partie adverse a donc pris soin de vérifier et de s’assurer du caractère réaliste des délais proposés par l’ASBL CESI.

La partie adverse a ainsi apprécié les explications relatives aux délais au terme d’un raisonnement adéquat et correct de sorte qu’elle a légitimement pu conclure au caractère réaliste des délais proposés par l’ASBL CESI.

Ceci résulte d’ailleurs très clairement du rapport d’évaluation des offres qui fait état de ces questions et réponses (pièce n^{os} 11 et 12, p. 7) :

Considérant qu’en date du 10 août 2023, le pouvoir adjudicateur invite par mail CESI ASBL aux fins de favoriser la conformité de son offre :

- A fournir des informations complémentaires afin de comprendre comment l’information sera transmise endéans le délai renseigné dans son offre pour les postes 2, 3 et 4 de l’onglet « délai d’exécution » de l’inventaire ;

Considérant que le 17 août 2023, CESI ASBL fourni par mail toutes les informations complémentaires demandées par le pouvoir adjudicateur ;

Considérant que les offres des soumissionnaires sont conformes aux prescrits de la loi du 17 juin 2016 et de l’arrêté royal du 18 avril 2017 ainsi qu’aux exigences, conditions et critères énoncés dans l’avis de marché et dans les documents du marché ;

Considérant que le rapport de dépôt relatif à l’offre des soumissionnaires CESI ASBL et COHEZIO ASBL a bien été signé électroniquement par les personnes habilitées à engager la société comme en attestent les statuts publiés au Moniteur belge ;

17.

S’agissant plus particulièrement des formulaires à transmettre après l’évaluation de santé, deux sous-critères d’attribution concernent le délai de transmission qui s’écoule après la fin du rendez-vous.

A cet égard, il résulte de l’offre de l’ASBL CESI (pièce n° 8, p. 10) et des explications fournies à la partie adverse (pièce n° 10, p. 26) que les informations relatives à toutes les prestations effectuées sont disponibles en temps réel et que l’ASBL CESI transmet ces formulaires à la fin de l’évaluation de santé mais encore pendant le rendez-vous. Alors que l’évaluation de santé a pris fin mais que le rendez-vous n’est pas encore clôturé, les formulaires sont ainsi remis au travailleur et envoyé à l’employeur.

A titre d’exemple, une comparaison peut être faite avec la remise du certificat d’incapacité de travail, de la prescription médicale ou encore de l’attestation de soins par un médecin généraliste. Habituellement, la remise de ces documents se fait pendant le rendez-vous mais après l’examen de santé effectué par le médecin. Si, dans cette hypothèse, il devait être demandé de préciser dans quel délai les documents sont délivrés après le rendez-vous de consultation, le délai renseigné serait donc équivalent à zéro puisque les documents sont transmis avant la fin du rendez-vous.

En proposant de remettre les formulaires d’évaluation de santé dans un délai fixé à zéro – soit encore pendant le rendez-vous ou, au plus tard, à la clôture de celui-ci –, l’ASBL CESI a ainsi proposé un délai tout à fait réaliste et conforme à sa pratique de sorte qu’aucune erreur manifeste d’appréciation n’a été commise par la partie adverse.

Il est, du reste, particulièrement surprenant de constater que la requérante dénonce des délais irréalistes dans le chef de l'ASBL CESI alors que, dans le cadre du marché public actuel, la requérante fonctionne exactement de la même manière en transmettant des formulaires d'évaluation de santé pendant le rendez-vous et donc dans un délai fixé à zéro à partir de la fin du rendez-vous (pièce n° 14).

La requérante ne peut donc sérieusement prétendre, pour les seuls besoins de la cause, qu'un délai fixé à zéro pour la transmission des formulaires d'évaluation de santé serait totalement irréaliste alors qu'à l'instar de l'ASBL CESI, elle pratique actuellement de tels délais.

Il convient, en outre, d'observer que tout en soutenant qu'un délai fixé à zéro serait irréaliste, la requérante écrit que "si une réponse de '0' avait pu être donnée, Cohezio l'aurait fait" (voy. requête, p. 12, pt. 41).

Selon la requérante, les délais proposés par l'ASBL CESI seraient donc irréalistes mais des délais identiques auraient néanmoins été renseignés par la requérante elle-même si, selon elle, de tels délais avaient pu être proposés.

Ceci démontre à nouveau que la critique est formulée pour les seuls besoins de la cause par la requérante.

A la lecture de l'argumentation développée par la requérante, l'on comprend qu'en réalité, c'est une mauvaise compréhension d'une réponse de la partie adverse qui l'a conduit à ne pas remettre un délai de zéro pour les sous-critères d'attribution critiqués.

Dans le cadre des questions/réponses échangées avant le dépôt des offres, la requérante a ainsi posé la question suivante à la partie adverse (pièce n° 6) :

“ Dans le critère d'attribution n°3 relatif aux délais et à la disponibilité : vous demandez de les exprimer en heures ou en jours ouvrables. Quid si le délai est inférieur à 1 heure ou à 1 jour ouvrable (c'est-à-dire dans l'heure ou dans la journée) les délais en heure, est-ce qu'on peut mettre 0 (dans l'heure, dans la journée) ?”

Les sous-critères étant exprimés en heures, la requérante a donc demandé comment il devait y être répondu en cas de délai inférieur à une heure.

Suite à cette question, la partie adverse a répondu ce qui suit (pièce n° 6) :

“ si les délais proposés sont inférieurs à l'unité (heure ou jour), il est alors demandé de les spécifier sous forme décimale”.

La requérante a ensuite déduit de la réponse de la partie adverse qu'elle devait obligatoirement remettre un délai supérieur à zéro, ce qui n'est toutefois pas ce que la partie adverse a indiqué.

A aucun moment, la partie adverse n'a en effet écrit ni même laissé sous-entendre qu'il n'était pas possible de proposer un délai fixé à zéro. En demandant que les délais inférieurs à une heure soient spécifiés sous forme décimale, la partie adverse a simplement souhaité que l'ensemble des délais soient exprimés selon les mêmes unités de temps (heure). Un délai de 15 minutes devait ainsi être mentionné en heure et sous forme décimale, à savoir 0,25 heure.

Compte tenu de la réponse apportée par la partie adverse, la requérante aurait donc tout à fait pu proposer des délais de 0 heure, ce qui répond à l'exigence du

cahier spécial des charges d'exprimer les délais en heure. Lorsque le délai est un nombre entier (0, 1, 2, 3, 4, ...), il n'est effectivement pas nécessaire de le présenter sous forme décimale.

Contrairement à ce qu'affirme la requérante aux termes de sa requête, c'est donc elle qui n'a pas compris la réponse de la partie adverse et en a fait une interprétation erronée, ce qui ne pourrait être reproché à la partie adverse ou permettre de critiquer les délais valablement proposés par l'ASBL CESI.

Au motif qu'elle a erronément compris que cela était interdit dans le cadre du présent marché, la requérante critique donc aujourd'hui une pratique courante dont elle est aussi adepte (proposer des délais fixé à zéro), ce qui ne peut être accepté.

Il résulte de ce qui précède que la partie adverse a traité les soumissionnaires de manière parfaitement égalitaire, en adéquation avec les documents du marché et avec la réponse fournie lors des questions/réponse et sans qu'aucune erreur manifeste d'appréciation ne soit commise.

18.

A propos du délai de mise à jour de l'interface informatique des listes de travailleurs, ceci se fait tout simplement de manière instantanée et en temps réel (voy. pièce n° 8, p. 10) de sorte qu'en ne considérant pas le délai fixé à zéro comme un délai irréaliste, la partie adverse n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

Comme l'ASBL CESI a en effet eu l'occasion de l'indiquer à la partie adverse (pièce n° 10, p. 26), dès que les données sont encodées au moment de la consultation, le système informatique mis en place interface directement les données en temps réel sur la plateforme MyCESI.

Dans la mesure où la mise à jour de l'interface informatique des listes de travailleurs s'effectue instantanément, l'ASBL CESI n'a donc aucunement renseigné un délai irréaliste en proposant un délai fixé à zéro.

Au vu de ce qui précède, l'offre de l'ASBL CESI ne contient aucun délai irréaliste de sorte que la partie adverse a traité les soumissionnaires de manière parfaitement égalitaire, en adéquation avec les documents du marché et la réponse fournie lors des questions/réponse et sans qu'aucune erreur manifeste d'appréciation ne soit commise.

19.

A toutes fins utiles, il convient d'observer que le cahier spécial des charges n'interdit aucunement la possibilité de transmettre les formulaires d'évaluation de santé avant la fin des rendez-vous.

La requérante se méprend donc en assimilant les trois sous-critères d'attribution en cause à une exigence technique et en considérant qu'en raison de la formulation desdits sous-critères, l'offre de l'ASBL CESI aurait nécessairement dû être déclarée nulle.

En l'espèce, la partie adverse a ainsi pu prévoir de comparer les offres par rapport au délai dans lequel les formulaires sont transmis à compter de la fin du rendez-vous, sans toutefois exclure que ces documents puissent être transmis avant la fin de ce rendez-vous et, partant, que le délai proposé soit équivalent à zéro.

Ceci constitue indéniablement une amélioration de l'offre dont on ne comprend pas ce qui justifierait que la partie adverse doive s'en passer.

20.

Si, par impossible, Votre Conseil devait néanmoins considérer que les délais proposés par l'ASBL CESI dans le cadre des trois sous-critères d'attribution critiqués sont irréalistes – *quod non* –, il s'agirait alors, tout au plus, d'irrégularités non-substantielles.

En effet, la jurisprudence de Votre Conseil est arrêtée en ce sens qu'un délai irréaliste ne doit pas nécessairement conduire à l'écartement de l'offre :

“ Lorsque le délai d'exécution constitue l'un des critères d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur est, en règle, tenu d'apprécier le caractère réaliste des délais offerts, afin d'attribuer le plus de points au délai réaliste le plus court. Il s'agit d'assurer l'égalité entre les soumissionnaires et de ne pas valoriser, au détriment des autres, un soumissionnaire s'engageant sur un délai qui ne sera pas tenable au stade de l'exécution. Une autre question est celle de savoir si, au regard de ce que précisent les documents du marché, des délais qui seraient considérés comme irréalistes doivent, comme le soutient la requérante, amener le pouvoir adjudicateur à écarter cette offre du fait de sa nullité, ou, à tout le moins, à faire corriger cette offre”.

En l'espèce, seuls trois délais sur les 12 demandés sont visés par les critiques de la requérante, ce qui représente 40 points sur les 200 points du troisième critère d'attribution intitulé « Les délais et à la disponibilité ». En ramenant ce critère d'attribution sur 25 points, ceci représente donc seulement 5 points sur le total de 300 points, soit 1,66 % des points.

De plus, même à suivre la requérante, la différence entre ce qui serait un délai irréaliste (zéro) et un délai réaliste (0,02 heure proposé par la requérante, c'est-à-dire 1 minute et 12 secondes) serait alors à ce point minime qu'il ne peut être considéré que cela rendrait l'offre de l'ASBL CESI substantiellement irrégulière.

La partie adverse répond à la seconde branche ainsi qu'il suit :

« A titre principal, la partie adverse estime que la deuxième branche du moyen est irrecevable pour défaut d'intérêt dès lors que, même à suivre la requérante dans sa critique, le classement des offres ne pourrait être renversé dans la mesure où il est incontestable que les délais proposés par l'ASBL CESI sont meilleurs que ceux de la requérante.

Quelle que soit la méthode d'évaluation des offres appliquée, l'offre de l'ASBL CESI obtiendrait donc nécessairement plus de points que l'offre de la requérante s'agissant des trois sous-critères d'attribution critiqués.

22.

A titre subsidiaire, il y a lieu de constater que le troisième critère d'attribution intitulé “Les délais et à la disponibilité” a été correctement noté par la partie adverse.

Il est en effet de jurisprudence constante de Votre Conseil que le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation importante pour fixer la méthode d'évaluation des offres et que celle-ci doit être de nature à refléter la valeur des offres.

Tel est le cas de la méthode d'évaluation qui consiste à attribuer le maximum des points au soumissionnaire qui a remis l'offre la plus intéressante et à déterminer

ensuite les cotations des autres soumissionnaires par application d'une règle de trois.

En l'espèce, la partie adverse ne conteste pas que l'application stricte de la formule figurant dans le cahier spécial des charges à l'offre de l'ASBL CESI reviendrait à lui attribuer zéro point pour les trois délais fixés à zéro dans la mesure où, en multipliant un nombre par zéro, le résultat obtenu est toujours égal à zéro.

L'application stricte de la méthode d'évaluation aurait cependant donné lieu à un résultat contestable dès lors que la partie adverse aurait attribué zéro point au soumissionnaire ayant proposé les meilleurs délais, à savoir l'ASBL CESI.

Dans le respect des principes applicables en droit des marchés publics et du cahier spécial des charges, la partie adverse a donc décidé d'attribuer le maximum des points au soumissionnaire ayant remis la meilleure offre (ASBL CESI) et d'appliquer ensuite une règle de trois pour l'offre de la requérante, à savoir la méthode prévue dans le cahier spécial des charges.

23.

A supposer même que, par une fiction, la partie adverse ait remplacé les délais fixés à zéro par l'ASBL CESI par des délais d'une seconde (0,0002 heure) afin de pouvoir appliquer la méthode d'évaluation prévue par le cahier spécial des charges, les cotations suivantes auraient alors été attribuées aux deux soumissionnaires pour les trois sous-critères d'attribution critiqués :

- ASBL CESI

- le délai de transmission de son formulaire d'évaluation de santé au membre du personnel concerné :

$$\Rightarrow \frac{10 \times (0,0002)}{0,0002} = 10 \text{ points}$$

- le délai de transmission au pouvoir adjudicateur des formulaires d'évaluation de santé :

$$\Rightarrow \frac{10 \times (0,0002)}{0,0002} = 10 \text{ points}$$

- le délai de mise à jour de l'interface informatique après les prestations :

$$\Rightarrow \frac{20 \times (0,0002)}{0,0002} = 20 \text{ points}$$

- ASBL COHEZIO

- le délai de transmission (en heures) de son formulaire d'évaluation de santé au membre du personnel concerné (à partir de la fin de RDV de son évaluation de santé) ;

$$\Rightarrow \frac{10 \times (0,0002)}{0,02} = 0,1 \text{ point}$$

- le délai de transmission (en heures) au pouvoir adjudicateur des formulaires d'évaluation de santé (à partir de la fin de RDV de l'évaluation de santé du travail) ;

$$\Rightarrow \frac{10 \times (0,0002)}{0,02} = 0,1 \text{ point}$$

0,02

- le délai de mise à jour de l'interface informatique (en heures) : mise à jour et à disposition sur l'interface informatique des listes de travailleurs (en particulier vaccinations et date des visites auprès du médecin du travail) après les prestations (à partir de la fin de RDV de son évaluation de santé).

$$\Rightarrow \frac{20 \times (0,0002)}{0,02} = 0,2 \text{ points}$$

En procédant de la sorte, la requérante aurait ainsi obtenu une cote de 0,4/40 au lieu de 0/40 pour les trois sous-critères d'attribution concernés, ce qui, sur le total de 300 points, lui aurait fait gagner 0,05 point seulement.

Il est donc évident qu'en tout état de cause, la requérante n'aurait pas pu récupérer un nombre de points suffisant pour espérer remporter le marché litigieux de sorte qu'elle n'a pas intérêt à la critique. »

VI.3. Thèse de la requérante en intervention

La requérante en intervention déclare partager l'analyse de la partie adverse.

Elle fait ensuite valoir ce qui suit :

- « Les délais à zéro critiqués par la partie requérante sont tout à fait réalistes et praticables.

On relèvera qu'un délai nul n'est pas nécessairement irrégulier. Il ne l'est que si le délai proposé est irréaliste et laisse à penser que le soumissionnaire ne pourra pas respecter ses engagements pendant l'exécution du marché. Le pouvoir adjudicateur dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation.

En l'espèce, il ne fait aucun doute que les délais à zéro proposés par le CESI sont réalistes et correspondent à la manière habituelle dont le CESI travaille. En effet, comme indiqué par la partie adverse, le CESI s'organise de manière à transmettre les documents pendant le rendez-vous. Le temps de mise à disposition d'un formulaire d'évaluation de santé d'un point de vue purement technique est instantané, de même que celui de mise à jour de l'interface informatique de la liste des travailleurs.

Les délais proposés par le CESI sont le résultat d'un choix du CESI à propos de la manière dont les rendez-vous sont organisés. Il s'agit bien d'un avantage concurrentiel justifié et légal.

On relèvera d'ailleurs que COHEZIO a également proposé des délais extrêmement courts. Dans d'autres marchés, COHEZIO – comme d'autres concurrents d'ailleurs – propose régulièrement des délais à zéro. Il s'agit d'une pratique commerciale et concurrentielle fréquente dans les marchés de services de prévention et de protection au travail. Il suffit que le critère de délai ait un point de départ postérieur au moment auquel le service externe réalise la prestation pour qu'il puisse légalement remettre un délai de zéro. Par ailleurs, avec les outils informatiques de plus en plus performants, la transmission des informations est extrêmement rapide.

13.

A l'inverse, c'est l'offre de COHEZIO qui pourrait laisser craindre une incapacité à respecter les délais annoncés en exécution.

Pour les trois sous-critères faisant l'objet de la critique de la partie requérante, le CESI a proposé un délai de zéro et COHEZIO un délai de 0,02 h, soit 1 minute et 12 secondes. A suivre la partie requérante, un délai de zéro serait irréaliste mais un délai de 1 minute et 12 secondes serait réaliste.

La partie requérante ne peut être suivie.

Dès lors qu'un délai d'une minute et 12 secondes est proposé, on doit en déduire que les formalités sont effectuées après la fin du rendez-vous. Le prestataire aurait alors 72 secondes maximum pour réaliser les trois opérations pour lesquelles COHEZIO s'engage à les réaliser dans ce délai, soit 24 secondes par opération. Il n'est absolument pas certain que le prestataire parvienne à réaliser les opérations dans ce délai. En cas de contretemps, le délai ne sera pas respecté. Au contraire, le CESI qui prévoit de réaliser les opérations pendant le rendez-vous garantit qu'elles seront toujours réalisées avant que le travailleur ne quitte le rendez-vous.

14.

On notera encore que la partie adverse a interrogé le CESI à propos de ces délais afin de s'assurer de leur caractère réaliste.

La partie adverse a bien respecté la procédure en analysant le caractère réaliste de l'offre. On rappellera par ailleurs qu'il appartient au premier chef au pouvoir adjudicateur d'apprécier la régularité d'une offre au regard de son besoin et des exigences qu'elle a fixé. Ce n'est qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation que son examen peut être remis en question. Il n'appartient en effet pas au Conseil d'Etat de se substituer à l'appréciation de l'autorité publique. Il en va d'autant plus ainsi que le marché est passé par procédure négociée. La partie requérante ne démontre pas qu'il est établi, *prima facie*, qu'une autorité normalement prudente et diligent aurait nécessairement dû considérer ces délais irréalistes et entachés d'irrégularité substantielle.

15.

Enfin, si COHEZIO n'a pas remis de délai à zéro, il n'en demeure pas moins qu'il a proposé des délais irréalistes. En effet, l'appréciation d'une irrégularité concernant les délais offerts ne consiste pas à se demander si le délai est ou non de zéro mais bien si le délai proposé est réaliste. Ainsi, dans un certain cas, un délai de zéro pourrait être réaliste – tel est le cas des délais proposés par le CESI – et un délai plus long peut être irréaliste. Tout est question d'espèce.

Ainsi, à propos du délai de transmission vers le pouvoir adjudicateur quant un travailleur est absent à une convocation d'évaluation de la santé (premier sous-critère) à compter de l'heure convenue dans la convocation, COHEZIO avait proposé initialement 0,02, soit 1 minute et 12 secondes alors que le CESI a proposé 2h. Cela impliquait donc pour COHEZIO de réaliser la formalité à peine 1 minute et 12 secondes après l'heure convenue de la convocation alors même qu'on peut raisonnablement imaginer que le travailleur puisse avoir quelques minutes de retard sans qu'il soit immédiatement constaté qu'il est absent. Le délai proposé par COHEZIO est donc irréaliste. Il en va de même du délai corrigé après que la partie adverse a interrogé COHEZIO. En effet, on ne peut exclure qu'un travailleur ait un retard plus important que quelques minutes.

Pour d'autres délais encore, les délais brefs proposés par le CESI sont également proposés par COHEZIO. Il en va ainsi s'agissant des sous-critères 5, 6, 7, 8 et 9.

Plus édifiant encore, les seuls sous-critères pour lesquels il existe des différences nettes entre les délais proposés par les deux soumissionnaires sont des délais pour lesquels COHEZIO propose d'intervenir beaucoup plus vite. Il en va ainsi des délais relatifs à la réaction de l'adjudicataire concernant les analyses de risques psycho-sociaux. Alors que le CESI propose des délais d'intervention de 5 jours, COHEZIO propose une intervention en 0,5 jour. Or, réaliser une analyse de risques pour 7000 travailleurs et mettre en route le projet en une demi-journée est tout simplement impossible. En effet, cette tâche nécessite concrètement de mettre en place les opérations suivantes : une collecte d'informations préalables telles que la liste des travailleurs concernés et leurs coordonnées, un accord sur la méthodologie à adopter, une coordination entre les services internes de la Communauté française – tels que le service interne pour la prévention et la protection au travail et les ressources humaines – et les conseillers en prévention aspects psychosociaux, la réalisation des groupes. Ceci ne peut être réalisé en 0,5 jour, d'autant plus lorsque l'on prend en compte la réalité des agendas des conseillers en prévention aspects psychosociaux qui sont confrontés à une augmentation des demandes.

Les délais proposés par COHEZIO sont irréalistes.

Il en résulte que, même si le raisonnement de la partie requérante était suivi à propos de l'offre du CESI, il n'en résulterait pas qu'elle devrait se voir attribuer le marché. En effet, il est démontré que les délais qu'elle propose sont irréalistes de sorte que son offre aurait dû être déclarée irrégulière. La partie requérante ne démontre donc pas que la critique qu'elle formule implique l'irrégularité de l'acte attaqué qui pour rappel est la décision de ne pas lui attribuer le marché. »

VI.4. Appréciation du Conseil d'État

Le troisième critère d'attribution, intitulé « les délais et la disponibilité », tend à apprécier la disponibilité ainsi que différents délais. Il est divisé en 12 sous-critères. Les sous-critères 2 à 4, qui ont trait à des délais de transmission ou de mise à jour, sont rédigés comme suit :

- « Délai de transmission de documents (en heures) : transmission de son formulaire d'évaluation de santé au membre du personnel concerné (à partir de la fin de RDV de son évaluation de santé) : 10 points » (deuxième sous-critère) ;
- « Délai de transmission de documents (en heures) : transmission au pouvoir adjudicateur des formulaires d'évaluation de santé (à partir de la fin de RDV de l'évaluation de santé du travail) : 10 points » (troisième sous-critère) ;
- « Délai de mise à jour de l'interface informatique (en heures) : mise à jour et à disposition sur l'interface informatique des listes des travailleurs (en particulier vaccination et dates des visites auprès des médecins du travail) après les prestations (à partir de la fin de RDV de l'évaluation de santé) : 20 points » (quatrième sous-critère).

Le cahier spécial des charges prévoit que la cotation est obtenue au moyen de la formule suivante :

« $C_{\max} \times (M_{\min}/M)$
C : cote maximale attribuée au sous-critère
 $C_{\max}$ = cote maximale attribuée au sous-critère
 $M_{\min}$ = délai de l'offre la plus intéressante
M = délai de l'offre concernée ».

L'offre de l'ASBL CESI mentionne, pour les trois sous-critères susvisés, un délai de « 0 » et la partie adverse lui a attribué le nombre de points maximum (à savoir 10 ou 20 points selon le cas).

L'offre de la requérante, quant à elle, mentionne, pour les trois sous-critères, un délai de « 0,02 », ce qui correspond à 1,2 minute. La partie adverse lui a attribué une note égale à zéro pour chacun des trois sous-critères.

Interrogée par la partie adverse sur le caractère réaliste de ses délais, l'ASBL CESI a répondu en substance que ces délais nuls se justifiaient par l'envoi des documents et l'encodage des données au terme de la consultation, et donc encore pendant celle-ci, et non après les prestations. Cette justification est confirmée par l'ASBL CESI dans sa requête en intervention.

Quel que soit l'intérêt que puisse présenter, pour le pouvoir adjudicateur, la réalisation des tâches visées dans les trois sous-critères litigieux pendant la consultation médicale, il lui appartenait d'apprécier les offres sur la base des exigences du cahier spécial des charges. Or, il paraît résulter des termes mêmes dans lesquels celui-ci définit ces trois sous-critères, que la transmission des documents ainsi que la mise à jour et transmission des listes, qui constituent le point de départ des délais en cause, ont lieu après la fin du rendez-vous de l'évaluation de santé, rendant non seulement irréaliste mais impossible un délai de zéro.

Il peut d'ailleurs être souligné que la formule retenue par le cahier spécial des charges s'avère inapplicable à une offre proposant, pour les sous-critères concernés, un délai égal à zéro. Dans ce cas, en effet, cette formule impose de multiplier la cote maximale (en l'espèce 10 ou 20 selon le sous-critère concerné) par une fraction dont tant le numérateur que le dénominateur sont égaux à zéro. Or, le résultat de la division de zéro par zéro est non défini. De son côté, la partie adverse explique, à propos de la seconde branche du présent moyen, que l'application de la méthode d'évaluation aurait donné lieu à un résultat contestable, ce qui l'a amenée à ne pas la suivre strictement et à attribuer le maximum de points (10 ou 20 selon le

cas) au soumissionnaire ayant proposé un délai égal à zéro et, pour la requérante, à appliquer la méthode du cahier spécial des charges et, partant, à lui attribuer zéro point, ce que conteste d'ailleurs la seconde branche du moyen. Sans qu'il soit besoin de se prononcer sur le caractère sérieux de cette branche, il peut en tout état de cause être déduit de ce qui précède que la méthode de notation des sous-critères concernés est conçue pour des délais nécessairement supérieurs à zéro, ce qui confirme l'interprétation retenue ci-avant.

En ce qu'elle prévoit des délais de transmission et de mise à jour égaux à zéro, l'offre de l'ASBL CESI paraît affectée d'irrégularités devant, *prima facie*, être considérées comme substantielles au sens de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relative à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. En effet, dès lors que la mention, par un ou plusieurs soumissionnaires, d'un délai égal à zéro pour les sous-critères concernés rend inapplicable à leur offre la formule prévue par le cahier spécial des charges, et qu'elle entraîne l'attribution, aux autres offres, d'une note égale à zéro pour lesdits sous-critères, les irrégularités en cause paraissent de nature à fausser voire à empêcher la comparaison effective des offres. Elles sont également de nature à conduire à une violation du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires au préjudice du soumissionnaire qui, se conformant au cahier spécial des charges, indique des délais de transmission et de mise à jour calculés en tenant compte de ce que, conformément à la formulation du cahier spécial des charges, ces opérations sont effectuées après le rendez-vous en cause.

Au terme d'un examen en référé d'extrême urgence, il y a lieu d'en conclure qu'il incombait à la partie adverse d'écarter l'offre de l'ASBL CESI en raison de ses irrégularités substantielles. Il est indifférent que les irrégularités ne concernent que trois sous-critères du troisième critère d'attribution et 5 points sur 300 dès lors que ces irrégularités sont substantielles.

Par ailleurs, la requérante en intervention fait valoir que la requérante propose elle-même des délais irréalistes, de sorte qu'à supposer même qu'à suivre le raisonnement de la première branche du moyen, il n'en résulterait pas que cette dernière aurait dû se voir attribuer le marché. Cet argument ne peut être suivi. Il n'appartient pas au Conseil d'Etat de déclarer l'offre de la requérante irrégulière alors que le pouvoir adjudicateur ne l'a lui-même pas qualifiée de la sorte au cours de la procédure d'attribution du marché litigieux. En outre, il est indifférent que, lors de l'exécution du marché précédent, la requérante aurait utilisé des mêmes pratiques.

Le moyen est sérieux en sa première branche.

Il résulte de l'examen qui précède que la partie adverse devait écarter l'offre de l'ASBL CESI en raison des irrégularités substantielles qu'elle contenait. Ainsi que le souligne la partie adverse à propos de sa demande d'activation de la balance des intérêts, l'article 33, § 2, de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail lui impose de faire appel à un service externe agréé de prévention et de protection au travail pour les missions que le service interne ne peut exécuter lui-même. Elle ne pouvait donc pas renoncer au marché. Dès lors que seules deux offres avaient été remises et que l'offre de la requérante a été déclarée régulière, la partie adverse n'avait d'autre choix que de lui attribuer le marché. La demande de suspension est donc recevable en ce qu'elle est dirigée contre la décision implicite n'attribuant pas le marché à la requérante et le premier moyen, en sa première branche, est également sérieux en ce qu'il porte sur cette décision implicite.

VII. Balance des intérêts

VII.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse demande que, dans l'hypothèse où un moyen serait jugé sérieux, il soit procédé à la balance des intérêts et de ne pas suspendre l'exécution de la décision d'attribution.

Après avoir rappelé la portée des textes applicables, elle expose ce qui suit :

- « En l'espèce, la procédure de passation a pour objectif de désigner un SEPPT à partir du 1^{er} janvier 2024 pour l'ensemble des services de la partie adverse. La désignation d'un SEPPT doit donc intervenir de manière urgente afin de garantir un début de prestations au 1^{er} janvier 2024.

Comme cela a déjà été souligné, l'article 33, § 2, de la loi du 4 août 1996 prévoit que "Si le service interne visé au § 1er ne peut pas exécuter lui-même toutes les missions qui lui ont été confiées en vertu de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution, l'employeur doit faire appel, en complément, à un service externe agréé de prévention et de protection au travail".

A ce titre, la loi du 4 août 1996 vise à garantir un certain nombre de préventions pour garantir aux travailleurs des dispositions visant à prévenir des dommages et, par exemple, la protection contre la violation et le harcèlement moral ou sexuel au travail. A défaut de médecine du travail au 1^{er} janvier 2024, la partie adverse ne sera donc plus en mesure d'organiser des visites de lieux de travail, des visites de reprise de travail, identification de risques notamment pour les santés physiques et psychosociales, etc., ce qui causera d'importantes difficultés à la partie adverse et, surtout, à ses 7.000 agents dont la surveillance de la santé ne

saurait être assurée avec des dommages potentiels voire irréversibles dans certains cas.

En cas de non-respect de la loi du 4 août 1996, des sanctions pénales sont, en outre, prévues de sorte que l'absence de SEPPT pour exécuter les missions légales de prévention serait constitutive d'infractions multiples et nombreuses, ce qui exposerait également la partie adverse et ses agents à une situation hautement préjudiciable.

A toutes fins utiles, il y a lieu de préciser que le marché actuel prendra fin le 31 décembre 2023 sans aucune possibilité de prolongation dès lors qu'un préavis a été notifié à la requérante, conformément à l'article II.3-13, alinéa 2, 2°, du Code du bien-être au travail.

Si la décision d'attribution du marché litigieux devait être suspendue par Votre Conseil, la partie adverse devrait donc, impérativement et en urgence, désigner un SEPPT capable d'entamer sa mission au 1^{er} janvier 2024 dans le respect de la réglementation des marchés publics, ce qui serait toutefois irréalisable.

Il est en effet matériellement impossible d'organiser un marché d'une telle ampleur et d'assurer sa mise en œuvre pour plus de 7.000 agents dans un délai aussi court, sachant que, de surcroît, les bureaux de la partie adverse seront fermés du 23 décembre 2023 au 1^{er} janvier 2024 inclus à l'instar de nombreuses autres entreprises dont les SEPPT.

La suspension éventuelle de la décision d'attribution du marché litigieux est donc irrécyclable avec l'intérêt public et les obligations imposées à la partie adverse par le Code du bien-être au travail, lequel contraint notamment et pour rappel la partie adverse à être attentive à la santé et à la sécurité de ses 7.000 agents.

C'est cet intérêt public qui doit être mis en balance avec l'intérêt privé de la requérante d'entendre dire pour droit que la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché litigieux serait *prima facie* irrégulière.

Le choix qui s'offre à Votre Conseil est donc le suivant : suspendre la décision au bénéfice d'un opérateur économique ou permettre la mise en place d'un SEPPT au sein de la partie adverse pour le 1^{er} janvier 2024.

Au vu de ce qui précède, la partie adverse estime dès lors que l'intérêt public doit primer sur les intérêts privés de la requérante de sorte que la suspension de l'exécution de décision d'attribution du marché litigieux ne devrait, en tout état de cause, pas être ordonnée même si un ou plusieurs moyen(s) devai(en)t être jugé(s) sérieux par Votre Conseil. »

VII.2. Appréciation du Conseil d'Etat

L'article 15, alinéa 3, 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 dispose ainsi qu'il suit :

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

les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages ».

La partie adverse invoque, à l'appui de sa demande d'activation de la balance des intérêts, le risque de se trouver en contradiction avec les obligations que lui impose le Code du bien-être au travail. Elle souligne que le marché actuel prend fin le 31 décembre 2023, un préavis ayant été notifié à la requérante. Elle redoute de ne plus être en mesure d'assurer la surveillance de la santé de ses 7.000 agents et elle fait valoir que l'absence de service de S.E.P.T. à partir du 1^{er} janvier 2024 pour exécuter les missions légales de prévention serait constitutive d'infractions pénales, ce qui l'exposerait, ainsi que ses agents, à une situation hautement préjudiciable.

Le contrat en cours au jour de l'adoption de l'acté prend fin le 31 décembre 2023. La partie adverse n'expose pas la raison pour laquelle ce contrat ne pourrait pas être prolongé pour la durée nécessaire à la poursuite de la procédure d'attribution à la suite de la suspension de l'exécution de la décision attaquée.

Par ailleurs, il convient de relever que la situation découlant d'un arrêt de suspension n'était pas imprévisible et que la partie adverse était parfaitement en mesure de l'éviter. En effet, c'est cette dernière qui a résilié le contrat existant et qui en a donc fixé le terme. Il lui incombait de déterminer cette date en tenant compte du délai nécessaire à la procédure de passation et en ayant égard à une éventuelle évolution contentieuse de cette procédure. La gravité des inconvénients invoqués ne peut donc être imputée au seul fait d'une suspension ordonnée de l'exécution des décisions attaquées. En tout état de cause, ces inconvénients ne peuvent justifier le rejet de la requête, sauf à paralyser la procédure de suspension organisée par le législateur.

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 des décisions attaquées.

VIII. Confidentialité

La partie requérante demande que son offre et ses annexes ainsi que le document reprenant l'ensemble des questions et réponses entre elle et la partie adverse demeurent confidentiels. Il s'agit des pièces A et B annexées à la requête.

La partie adverse formule la même demande concernant les copies des offres déposées ainsi que les pièces contenant le détail des prix des soumissionnaires qui sont jointes au dossier administratif. Il s'agit des pièces 7, 8 et 10 de ce dossier.

La partie intervenante dépose également à titre confidentiel son formulaire d'offre, l'annexe jointe à son offre relative au critère 5 concernant l'interface informatique proposée et son inventaire complété. Il s'agit des pièces A1, A2 et A3 annexées à sa requête.

Ces demandes de maintien de confidentialité de certaines pièces n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par l'ASBL CESI est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision de la Communauté française du 10 novembre 2023 attribuant à l'ASBL CESI le marché public de services portant sur la désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail pour l'ensemble des services de la Communauté française et de la décision implicite n'attribuant pas ledit marché à l'ASBL COHEZIO est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A et B annexées à la demande de suspension, les pièces 7, 8 et 10 du dossier administratif et les pièces A1, A2 et A3 annexées à la requête en intervention sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 8 janvier 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé composée de :

Imre Kovalovszky,
Vincent Durieux,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky