

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

n° 259.137 du 14 mars 2024

A. 241.114/VI-22.746

En cause : **l'association sans but lucratif COHEZIO**,
 ayant élu domicile chez
 M^e Stéphanie GOLINVAUX, avocat,
 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
 1410 Watreloo.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 5 février 2024, la partie requérante demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la Fédération Wallonie-Bruxelles du 19 janvier 2024, notifiée à Cohezio par *e-mail* le 19 janvier 2024, par laquelle la Fédération Wallonie-Bruxelles renonce au marché en vue de la désignation d'un Service Externe de Prévention et de Protection au Travail (MP5167 SEPPT 2024) ; "Marché de services ayant pour objet la désignation d'un Service de Prévention et de Protection du travail chargé de la surveillance de la santé pour l'ensemble des services de la Communauté française – Décision de renonciation" ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 6 février 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 29 février 2024.

La contribution et le droit 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^{me} Florence Piret, conseillère d'État, présidente f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Adam Ben Taleb et Lucile Sengier, *loco* M^e Stéphanie Golinvaux, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Cyrille Dony, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Pacôme Noumair, auditeur adjoint 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

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

- « 1. Par un avis de marché publié le 16 mai 2023 au *Bulletin des Adjudications*, la Communauté française, partie adverse, a lancé 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 pour l'ensemble des services de la Communauté française (réf. MP SEPPT 2024) (pièce n° 1).

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 prévu pour une période de 4 ans prenant cours le 1^{er} janvier 2024 pour se terminer le 31 décembre 2027 (pièce n° 5, p. 9) et son montant maximum est fixé à 5.164.658,96 EUR tvac sur toute la durée de l'accord-cadre (pièce n° 5, p. 10).

L'objet du marché est défini de la manière suivante par le cahier spécial des charges (pièce n° 5, pp. 46-47) :

“Conformément à l'article II.3-2 du code, les entités de la FWB, en leurs qualités d'employeur, doivent procéder à la désignation d'un service externe pour la prévention et la protection au travail, désignation qui fait l'objet du présent marché.

D'une manière générale, les missions prévues dans ce marché sont celles qui relèvent d'un SEPPT telles que décrites dans le code et plus particulièrement, au livre I et au titre 3 du livre II.

Le SEPPT participe à l'élaboration et à l'exécution du système dynamique de gestion des risques, il apporte son concours au Service interne de Prévention et de Protection au Travail de l'employeur pour toute intervention décrite dans le présent cahier spécial de charges.

Les conseillers en prévention-médecins du travail, les conseillers en prévention spécialisés dans le domaine de la sécurité du travail, des aspects psychosociaux et en ergonomie sont les interlocuteurs naturels de l'employeur, de sa ligne hiérarchique et de son SIPPT. Les conseillers en prévention du SEPPT contribuent à l'évaluation des risques et recourent aux Conseillers en prévention spécialisés du SEPPT, lorsque la nature ou l'ampleur des interventions le justifie, ou encore lors de la demande du comité de concertation.

Les conseillers du SEPPT prennent part aux travaux des comités de concertation qui reprennent les compétences dévolues, dans le secteur privé, au Comité de Prévention et de Protection au Travail chaque fois que leur présence y est requise en raison de l'ordre du jour ou lorsqu'ils l'estiment nécessaire.

L'objet marché est de confier à un SEPPT toutes les missions qui lui sont dévolues par le code du bien-être au travail, notamment :

- Les missions liées à la surveillance de la santé des travailleurs :
 - l'évaluation de santé préalable
 - l'évaluation de santé périodique et les visites intermédiaires de santé des postes de travail suivants :
 - postes de sécurité en ce compris les examens de sélection médicale
 - postes de vigilance
 - activités à risque(s) défini(s)
 - activités exposant à des contraintes
 - activités exposant à un risque identifiable de charge psychosociale
 - les examens médicaux liés à la protection de la maternité
 - les vaccinations
 - les examens de reprise du travail
 - les consultations spontanées
 - la surveillance de santé prolongée
 - les évaluations de réintégration d'un travailleur qui ne peuvent effectuer le travail convenu temporairement ou définitivement
 - l'extension de la surveillance de santé
 - ...
- Les missions d'aide à l'analyse de risques et études de postes pour l'employeur et d'avis, en support au SIPPT par :
 - les conseillers en prévention-médecins du travail
 - les conseillers en prévention spécialisés dans le domaine de la sécurité du travail
 - les ergonomes
 - les hygiénistes industriels
 - ...

Pour notamment :

- les analyses de risques, l'identification des situations qui peuvent engendrer des risques au travail et les propositions de mesures de prévention appropriées
- les missions de mesures et d'analyses diverses demandées en urgence
- les analyses de postes de travail

- les analyses d'ambiances, d'expositions à des agents physiques, chimiques, biologiques, ...
- ...
- Les missions dévolues au conseiller en prévention aspects psychosociaux :
 - l'aide à/ou l'analyse de risques pour l'employeur et notamment, l'identification des situations qui peuvent engendrer des risques psychosociaux au travail ainsi que les propositions de mesures de prévention appropriées
 - les analyses générales et analyses spécifiques
 - les analyses des incidents de nature psychosociale qui se répètent et la détermination des dispositions à prendre pour prévenir ou gérer la charge psychosociale
 - les demandes d'intervention psychosociale des membres du personnel (demande de tout type) et l'accueil rapide des personnes concernées
 - l'intervention dans le cadre de conflits
 - la tenue des dossiers découlant de ces missions
 - ...".

Le marché porte sur le suivi de plus de 7.000 agents de la partie adverse.

3. A la date limite de réception des offres, les soumissionnaires suivants ont remis une offre (pièce n° 9, p. 2) :

- ASBL COHEZIO
- ASBL CESI

4. Par un courrier du 10 novembre 2023, la Communauté française a transmis la décision motivée d'attribution à l'ASBL CESI et l'a informée qu'il a été décidé de lui attribuer le marché public litigieux (pièce n° 12).

Par un courrier du même jour, la Communauté française a informé l'ASBL COHEZIO, partie requérante, de ce que le marché ne lui a pas été attribué (pièce n° 11).

5. Le 27 novembre 2023, l'ASBL COHEZIO a saisi Votre Conseil d'une demande en suspension d'extrême urgence dirigée contre la décision d'attribution du 10 novembre 2023.

A l'appui de ce recours, l'ASBL COHEZIO a soulevé trois moyens qui peuvent être résumés comme suit :

- 1) Le premier moyen était pris de l'erreur manifeste d'appréciation et de la violation du devoir de minutie, 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.

La critique de l'ASBL COHEZIO concernait les cotes attribuées à l'ASBL CESI pour des délais fixés à zéro pour trois sous-critères du troisième critère d'attribution intitulé "Les délais et à la disponibilité", à savoir des sous-critères liés la transmission de documents et à la mise à jour de l'interface informatique.

Selon l'ASBL COHEZIO, ces délais n'étaient pas réalistes dès lors qu'il ne serait pas possible de transmettre des documents de manière

immédiate/instantanée à temps zéro ni de mettre à jour un programme informatique dans un délai nul.

- 2) Le deuxième moyen était pris de la violation du principe de minutie, de l'article II.3-11 du Code du bien-être au travail, du principe de non-discrimination et d'égalité de traitement, des articles 35, 36 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Si l'ASBL CESI a certes présenté une offre incluant la cotisation forfaitaire annuelle, l'ASBL COHEZIO relève qu'elle aurait également proposé dans son offre de nombreuses remises commerciales et prix à zéro qui auraient pour effet de diminuer le montant des cotisations forfaitaires minimales obligatoires.

L'ASBL COHEZIO évoquait ainsi les postes 1, 2, 3 et 7 de l'inventaire repris en annexe aux documents de marché pour les actes techniques, offerts à un prix de zéro par l'ASBL CESI.

Il s'agissait des sous-critères suivants :

- Poste 1 – "Vaccination tétanos (actes et doses)" ;
- Poste 2 – "Vaccination hépatite A (actes et doses)" ;
- Poste 3 – "Vaccination hépatite A et B (actes et doses)" ;
- Poste 7 – "Radios-thorax des poumons".

L'ASBL COHEZIO considérait notamment que les justifications jugées admissibles par la Communauté française pour permettre des prix zéro n'étaient pas applicables en l'espèce.

L'ASBL COHEZIO estimait dès lors que l'offre de l'ASBL CESI aurait dû être écartée en ce qu'elle est nulle ou, à tout le moins, que la décision motivée d'attribution devait être suspendue en ce qu'elle était contraire au principe de minutie, de bonne administration et de motivation.

- 3) Le troisième moyen était pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 3 de la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes d'égalité de traitement des soumissionnaires, de non-discrimination, de transparence et d'absence d'erreur manifeste, de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article II.3-11 du Code du bien-être au travail et du cahier spécial des charges.

L'ASBL COHEZIO considérait que la Communauté française avait violé, pour chacun des sous-critères d'attribution n° 3, n° 4 et n° 6 du quatrième critère d'attribution intitulé "La qualité de l'organisation du soumissionnaire" :

- l'obligation de motivation, qui serait inadéquate pour chacun des sous-critères n° 3, n° 4 et n° 6, dans la mesure où les explications données par la Communauté française ne permettraient pas de comprendre et de justifier la cotation qui a été donnée.
- les principes de non-discrimination et d'égalité, conformément à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016. L'ASBL COHEZIO considère que les deux soumissionnaires étaient placés dans des situations comparables, chacun ayant proposé dans son offre des éléments positifs. Elle estime qu'ils n'auraient toutefois pas été traités de la

même manière puisque l'ASBL CESI aurait systématiquement reçu des points supplémentaires par rapport à l'ASBL COHEZIO.

- l'article II.3-11 du Code du bien-être au travail, pour ce qui concerne le sous-critère n° 4, en ce que l'ASBL CESI aurait obtenu un point supplémentaire en raison d'une remise commerciale qui ne serait pas légale.

6. Cette affaire a été plaidée le 15 décembre 2023 et, à l'issue des plaidoiries, Monsieur le Premier auditeur Constantin Nikis a rendu un avis concluant à la suspension de l'exécution de la décision motivée d'attribution du 10 novembre 2023.

Compte tenu de la nécessité de disposer d'un service externe de prévention et de protection (SEPPT) opérationnel pour le 1^{er} janvier 2024, l'ASBL COHEZIO a ensuite adressé le courrier suivant à la Communauté française en date du 21 décembre 2023 (pièce n° 13) :

“[...]”,

Je vous contacte dans le cadre du 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, aussi désignée 'fédération Wallonie-Bruxelles', portant les références MP5167.

Une procédure en extrême urgence est pendante devant le Conseil d'Etat et nous sommes actuellement dans l'attente d'un arrêt relatif à la régularité de l'attribution dudit marché au CESI. Vous aurez pris connaissance du rapport de Monsieur le Premier Auditeur, allant en faveur d'une suspension de la décision d'attribution au CESI ainsi que d'une suspension de la décision de non-attribution à Cohezio.

Nous ne pouvons connaître avec certitude la date à laquelle un arrêt sera prononcé. Il se peut que cet arrêt intervienne après le 31 décembre 2023. Par conséquent, étant proche de la date butoir pour le début d'un nouveau marché, à savoir le 1^{er} janvier 2024, nous pensons qu'il est opportun et bénéfique de discuter de l'éventuelle prolongation du présent marché pour une nouvelle durée d'un an, soit jusqu'au 31 décembre 2024.

Avant toute chose, nous tenons à vous assurer que Cohezio asbl est bien entendu disposée à prolonger le contrat actuel avec la Fédération Wallonie-Bruxelles. Il va de soi que Cohezio veillera à garantir par ailleurs une qualité irréprochable des services fournis.

Au regard des particularités réglementaires qui s'imposent à nos services externes de prévention et de protection au travail (à savoir le Code du bien-être au travail), nous souhaiterions discuter avec vous de la prolongation du présent marché pour une durée minimum d'un an :

- Premièrement, les dispositions légales relatives aux services externes pour la prévention et la protection au travail (Code du bien-être au travail) imposent le respect de certains principes.

Notamment, l'article 11.3-13 du Code du bien-être au travail impose que le contrat soit conclu pour une durée indéterminée et ne peut prendre fin que moyennant un préavis donné par une des parties, avec respect d'un délai 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. La signature d'un avenant prolongeant les services de prévention et de protection au travail pour une durée d'un an fait donc sens au regard du Code du bien-être au travail.

- Deuxièmement, le Code du bien-être au travail confirme que les services de prévention et de protection au travail sont offerts sur une base annuelle dès lors que l'employeur est redevable de cotisations forfaitaires annuelles par travailleur. En effet, en vertu de l'article 11.3-15 du Code du bien-être au travail, l'employeur est redevable d'une cotisation forfaitaire minimale par travailleur inscrit via Dimona pendant une année civile complète. Ainsi, la prolongation de notre mission pour une durée d'un an paraît donc logique. Dans le cas contraire, nous serions obligés de facturer la cotisation forfaitaire annuelle pour chacun des travailleurs afin de respecter la réglementation, ce qui serait évidemment problématique.
- Troisièmement, nous avons, comme tous services externes de prévention et de protection au travail, organisé l'intégralité de nos services sur une base annuelle, et ce toujours au regard de la réglementation. Ainsi, le nombre de travailleurs qui doit être vu est déterminé sur une base annuelle, le nombre de visites médicales est fixé annuellement, le planning de ces visites s'organise, dès le premier janvier, sur l'année civile entière. Il nous est, d'un point de vue organisationnel et pratique, difficile d'ouvrir un planning pour une durée déterminée inférieure à un an.

Ainsi, au vu des dispositions légales relatives aux services externes pour la prévention et la protection au travail, ainsi que de la continuation du suivi de vos travailleurs, il nous semblerait opportun d'envisager une prolongation de la convention d'affiliation pour une durée minimale d'une année calendaire, et ce afin de pouvoir assurer notre mission de la meilleure manière possible pour vos travailleurs.

Pourrions-nous convenir d'en discuter à votre meilleure convenance ?

[...]”.

À l'approche du 1^{er} janvier 2024, l'ASBL COHEZIO a donc sollicité une prolongation du précédent marché en soulignant qu'en vue de respecter le Code du bien-être au travail, la durée de cette prolongation ne pourrait être inférieure à un an.

Dans l'attente de l'arrêt de Votre Conseil, la Communauté française n'était toutefois pas encore en mesure de se prononcer sur la possibilité de prolonger le précédent marché pour une année supplémentaire.

Si la partie adverse avait prolongé d'emblée le précédent marché pour une durée d'un an et que Votre Conseil avait ensuite rejeté la demande de suspension de l'ASBL COHEZIO ou mis en œuvre la balance des intérêts, deux adjudicataires auraient en effet été désignés pour l'année 2024 : l'ASBL COHEZIO en raison de la prolongation du précédent marché et l'ASBL CESI en vertu de la décision d'attribution du 10 novembre 2023.

La Communauté française n'avait donc pas d'autre choix que d'attendre l'arrêt de Votre Conseil avant de pouvoir décider d'une éventuelle prolongation du précédent marché.

7. Alors que l'arrêt de Votre Conseil n'avait pas encore été rendu et qu'aucune prolongation du précédent marché n'était intervenue, la Communauté française a

constaté que l'ASBL COHEZIO continuait de fixer des rendez-vous durant le mois de janvier 2024.

Le 3 janvier 2024, la Communauté française a donc demandé à l'ASBL COHEZIO d'annuler tous les rendez-vous prévus dans le courant du mois de janvier 2024 (pièce n° 14).

8. Le 8 janvier 2024, l'ASBL COHEZIO a ensuite saisi Votre Conseil d'un recours en annulation dirigé contre la décision d'attribution du 10 novembre 2023.

9. Le 8 janvier 2024, Votre Conseil d'Etat a finalement rendu son arrêt et a ordonné 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 (réf. MP SEPPT 2024) et de la décision implicite n'attribuant pas ledit marché à l'ASBL COHEZIO (pièce n° 15).

10. Suite à cet arrêt, la Communauté française a retiré la décision motivée d'attribution du 10 novembre 2023 dès le 9 janvier 2024 (pièce n° 16).

Bien que ne partageant pas la position de Votre Conseil, la Communauté française ne pouvait effectivement pas attendre plusieurs mois voire plusieurs années pour connaître l'issue de la procédure en annulation alors qu'elle aurait déjà dû disposer d'un SEPPT opérationnel au 1^{er} janvier 2024 pour se conformer à ses obligations légales en matière de médecine du travail.

11. L'ASBL COHEZIO et son conseil ont ensuite adressé plusieurs courriers à la Communauté française afin de connaître ses intentions, tout en rappelant qu'elle ne pouvait pas renoncer au marché et aurait dû écarter l'offre de l'ASBL CESI en raison d'irrégularités substantielles et attribuer le marché à l'ASBL COHEZIO (pièce n° 17).

12. Le 19 janvier 2024, la Communauté française a adopté les deux décisions suivantes :

- décision de prolonger le précédent marché pour une année supplémentaire avec l'ASBL COHEZIO ;
- décision de renoncer au 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 pour l'ensemble des services de la Communauté française (réf. MP SEPPT 2024).

La décision de renonciation au marché – qui constitue l'acte attaqué – est motivée comme suit :

“[...] ;

Vu la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ;

Vu 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 de concessions ;

Vu la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;

Vu l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ;

Vu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 3 septembre 2020 portant délégations de compétence et de signature aux fonctionnaires généraux et à certains autres membres du personnel du Ministère de la Communauté française ;

Considérant que la Communauté française, Direction des marchés publics et des achats, a initié une procédure négociée directe avec publication préalable fondée sur l'article 89, §1^{er}, 1^o avec publication belge de la loi du 17 juin 2016 en vue de l'attribution d'un marché public de services portant sur un marché public de services ayant pour objet la désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail pour l'ensemble des services de la Communauté française, aussi désignée sous son terme usuel de 'Fédération Wallonie-Bruxelles' (ci-après, 'FWB') (réf. : MP SEPPT 2024) ;

Considérant qu'un avis de marché a été publié sous le numéro 2023-519849 au Bulletin des adjudications du 16 mai 2023 ;

Considérant qu'un 1^{er} avis rectificatif de marché a été publié sous le numéro 2023-521394 au Bulletin des adjudications du 26 mai 2023 ;

Considérant qu'un 2^{ème} avis rectificatif de marché a été publié sous le numéro 2023-521531 au Bulletin des adjudications du 30 mai 2023 ;

Considérant que ces avis de marché ont été publiés sous les numéros 2023/S 096-301542, 2023/S 103-323286 et 2023/S 106-331431 au Journal officiel de l'Union européenne les 19 mai ,31 mai et 5 juin 2023 ;

Considérant le p.v. d'ouverture des offres du 20 juin 2023 ;

Considérant que les soumissionnaires suivants ont remis offre au plus tard pour le 20 juin 2023 à 10h00 :

- CESI ASBL - BE 0409.122.442 – 8, Avenue Konrad Adenauer à 1200 Bruxelles ;
- COHEZIO ASBL – BE 0410.623.764 – 1 à 8, Boulevard Bischoffsheim à 1000 Bruxelles ;

Considérant que, par une décision du 10 novembre 2023, le marché public de services ayant pour objet la désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail pour l'ensemble des services de la Communauté française, aussi désignée sous son terme usuel de □Fédération Wallonie-Bruxelles□ (ci-après, □FWB□) (réf. : MP SEPPT 2024) a été attribué à CESI ASBL – BE 0409.122.442 – 8, Avenue Konrad Adenauer à 1200 Bruxelles ;

Considérant que, par une requête introduite le 27 novembre 2023 auprès du Conseil d'Etat, COHEZIO ASBL a sollicité la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision d'attribution du 10 novembre 2023 ;

Considérant que, par un arrêt n° 258.355 du 8 janvier 2024, le Conseil d'État a ordonné la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du 10 novembre 2023 ;

Que, par une décision du 9 janvier 2024, le pouvoir adjudicateur a dès lors procédé au retrait de la décision d'attribution du 10 novembre 2023 ;

Considérant que le Conseil d'État rappelle, de manière constante, qu'à la suite d'un arrêt de suspension et du retrait de la décision d'attribution suspendue, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer la suite à réserver au marché ;

Qu'ainsi, le Conseil d'État a jugé que :

□A la suite et par l'effet du retrait de la première décision d'attribution du marché litigieux, la partie adverse s'est retrouvée dans la situation juridique qui prévalait la veille de cette décision retirée. Cet effet qu'invoque le requérant à l'appui de la première branche du moyen signifie particulièrement, en l'espèce, que la partie adverse avait, dans cette situation juridique, à nouveau le choix d'attribuer ce marché, de renoncer à cette attribution ou de recommencer la procédure de passation. Ce choix lui appartenait conformément à la faculté tirée de l'article 85 précité, faculté impliquant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour retenir ainsi l'option qui lui apparaissait opportune. Elle n'était donc pas contrainte d'attribuer le marché litigieux dans le cadre de la procédure de passation initiale, étant précisément libre de renoncer à celle-ci, voire de la recommencer d'une autre manière□. (C.E., arrêt n° 249.815 du 10 février 2021, NISEN) ;

Considérant que, selon le cahier spécial des charges, le délai de validité des offres a été fixé à 180 jours calendrier à compter de la date limite de réception des offres ;

Que, dans la mesure où la date limite de réception des offres expirait le 20 juin 2023, le délai de validité des offres a donc expiré le 17 décembre 2023 ;

Qu'en conséquence, le pouvoir adjudicateur entend désormais renoncer à l'attribution du marché public de services ayant pour objet la désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail pour l'ensemble des services de la Communauté française, aussi désignée sous son terme usuel de "Fédération Wallonie-Bruxelles" (ci-après, "FWB") (réf. : MP SEPPT 2024)

Que, dans une affaire présentant des caractéristiques similaires, un pouvoir adjudicateur a décidé de renoncer à l'attribution d'un marché public et sans demander la prolongation du délai de validité des offres, ce que le Conseil d'Etat a validé :

□En l'espèce, en adoptant le premier acte attaqué, la partie adverse a rédigé une décision annonçant qu'elle renonçait à attribuer le marché et que le marché serait relancé ultérieurement.

Cette décision est, en réalité, motivée par le seul constat de l'expiration du délai de validité des offres. En effet, le constat que la décision du 28 novembre 2016 a été retirée en raison de son irrégularité, qui figure également dans l'acte attaqué, constitue un simple rappel des antécédents de la procédure d'attribution initiale, qui, en soi, laissait encore ouverte une éventuelle nouvelle décision d'attribution dans le cadre de cette procédure. En revanche, le constat de l'expiration de la validité des offres plaçait la partie adverse devant un choix : soit interroger les soumissionnaires, voire le seul soumissionnaire pressenti, sur le maintien des conditions initiales de leur offre, soit arrêter la procédure et relancer le marché.

Toutefois, si l'expiration du délai des offres permet encore à l'autorité d'attribuer le marché en demandant une prolongation du délai aux soumissionnaires concernés, il s'agit d'une faculté qui lui est ouverte, mais nullement d'une obligation, comme pourrait le laisser penser l'argumentation de la requérante.

En l'occurrence, la partie adverse n'a pas retenu cette solution et a opté pour l'autre branche de l'alternative qui lui était offerte, en renonçant à poursuivre le premier marché. Cette décision résulte donc bien du dépassement du délai de validité des offres.

A première vue, ce motif tiré du dépassement du délai de validité des offres, pour succinct qu'il soit, permet à la requérante de comprendre pourquoi la partie adverse a choisi de renoncer à attribuer le marché initial et a préféré relancer une nouvelle procédure. Cette dernière n'était pas, en outre, tenue de passer en revue la ou les autres solutions envisageables et d'exposer les raisons pour lesquelles elle ne l'a ou ne les a pas retenues.

La requérante ne conteste, par ailleurs, pas la réalité du motif ainsi avancé par la partie adverse dans l'acte attaqué et la seule circonstance qu'une autre solution eût été possible ne suffit pas, en soi, à en établir l'inadéquation. A cet égard, la requérante ne démontre pas, et ne soutient même pas, qu'il était déraisonnable d'opter pour cette solution ou que ce choix procédait d'une erreur manifeste d'appréciation.

Le moyen n'est pas sérieux en sa première branche□. (C.E., arrêt n° 237.777 du 24 mars 2017, SCRL INTERMEDIANCE & PARTNERS) ;

Considérant que le pouvoir adjudicateur a l'obligation de disposer d'un service externe de prévention et de protection au travail ;

Que, l'arrêt du Conseil d'Etat n'ayant été rendu qu'en date du 8 janvier 2024, le pouvoir adjudicateur doit désormais, en urgence et sans délai, procéder à la désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail ;

Que, depuis le 1^{er} janvier 2024, de nombreux entretiens et rendez-vous ont ainsi déjà dû être reportés à défaut de disposer d'un service externe de prévention et de protection au travail opérationnel ;

Qu'au vu des enseignements de l'arrêt n° 258.355 du 8 janvier 2024 du Conseil d'Etat et des arguments développés par chacune des parties lors de la procédure ayant donné lieu à cet arrêt, le marché public ayant pour objet la désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail pour l'ensemble des services de la Communauté française, aussi désignée sous son terme usuel de □Fédération Wallonie-Bruxelles□ (ci-après, □FWB□) (réf. : MP SEPPT 2024) ne pourrait être attribué sans une nouvelle analyse des offres, notamment en ce qui concerne les éléments suivants :

- Si, dans le cadre du troisième critère d'attribution intitulé □Les délais et la disponibilité□, les délais de transmission des documents doivent débiter à partir de la fin du rendez-vous de l'évaluation de santé, le caractère réaliste du délai proposé par COHEZIO ASBL (0,02 heure) doit alors faire l'objet d'une nouvelle appréciation par le pouvoir adjudicateur.

Dans le cadre de l'analyse des offres ayant donné lieu à la décision d'attribution du 10 novembre 2023, le pouvoir adjudicateur a, en effet, considéré que ce délai était réaliste dans la mesure où, selon lui, rien n'interdisait de transmettre des documents durant le rendez-vous de l'évaluation de santé, à l'instar de ce que COHEZIO ASBL a fait durant l'exécution du précédent marché public.

Dès lors que cette approche a été critiquée par le Conseil d'Etat, l'examen du caractère réaliste du délai proposé par COHEZIO ASBL doit nécessairement être réexaminé à la lumière de l'arrêt n° 258.355 du 8 janvier 2024 du Conseil d'Etat.

- Aux termes de sa demande en suspension d'extrême urgence, COHEZIO ASBL a dénoncé le fait que, pour plusieurs postes, CESI ASBL a proposé des prix nuls (zéro). Dès lors que COHEZIO ASBL a également remis des prix nuls pour plusieurs postes, le pouvoir adjudicateur ne pourrait faire l'économie d'une nouvelle analyse des prix nuls proposés par COHEZIO ASBL.

A cet égard, il y a lieu de relever, à titre d'exemple, que COHEZIO ASBL a critiqué le fait que CESI ASBL remette des prix nuls pour plusieurs types de vaccinations alors que, selon elle, les doses de vaccins ne pourraient être proposées gratuitement.

Lors de l'audience de plaidoiries du 15 décembre 2023, il a été souligné que COHEZIO ASBL avait également remis un prix nul pour les tests tuberculiniques alors que de tels tests ne sont pas gratuits, ce que le conseil de COHEZIO ASBL a confirmé.

Dans la mesure où COHEZIO ASBL paraît ainsi avoir proposé des prix nuls pour des postes qui, selon elle, ne pouvaient être totalement gratuits, le pouvoir adjudicateur ne pourrait faire l'économie d'une nouvelle analyse des prix nuls proposés par COHEZIO ASBL.

Qu'il n'est toutefois pas envisageable, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à une nouvelle analyse approfondie des offres, d'adopter une nouvelle décision d'attribution, d'attendre l'expiration du délai de *standstill* et de prendre le risque qu'un nouveau recours soit éventuellement introduit ;

Qu'en effet, un service externe de prévention et de protection au travail aurait dû déjà dû être en place depuis le 1^{er} janvier 2024 de sorte qu'il est impossible de retarder encore de plusieurs semaines la désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail ;

Qu'à cet égard, il y a lieu de rappeler que 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 ; qu'à défaut de médecine du travail, le pouvoir adjudicateur n'est donc plus en mesure d'organiser des visites de lieux de travail, des visites de reprise de travail, identification de risques notamment pour les santé physiques et psychosociales, etc., ce qui, depuis le 1^{er} janvier 2024, cause d'importantes difficultés au pouvoir adjudicateur et, surtout, à ses 7.000 agents dont la surveillance de la santé ne peut plus être assurée ;

Qu'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 service externe de prévention et de protection au travail pour exécuter les missions légales de prévention est constitutive d'infractions multiples et nombreuses, ce qui expose également le pouvoir adjudicateur et ses agents à une situation hautement préjudiciable ;

Que, par voie de conséquence et compte tenu de la nécessité de disposer immédiatement d'un service externe de prévention et de protection au travail, le pouvoir adjudicateur a dès lors prolongé le précédent marché public ayant pour objet la désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail (réf. : CF-4373-SEPPT-F21) conclu entre le pouvoir adjudicateur et COHEZIO ASBL jusqu'au 31 décembre 2024 par le biais d'une décision du 19 janvier 2024 ;

Qu'à cet égard, il convient de préciser que, par un courrier du 21 décembre 2023, COHEZIO ASBL a elle-même sollicité une prolongation du précédent marché public pour une durée minimale d'un an, à savoir jusqu'au 31 décembre 2024 ;

Considérant qu'en raison de la prolongation du précédent marché public jusqu'au 31 décembre 2024, il n'est donc plus possible d'attribuer le marché public de services ayant pour objet la désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail pour l'ensemble des services de la Communauté française, aussi désignée sous son terme usuel de "Fédération Wallonie-Bruxelles" (ci-après, "FWB") (réf. : MP SEPPT 2024) dès lors que ce marché porte sur une durée de quatre ans et devait débiter le 1^{er} janvier 2024 ;

Qu'au vu de la réglementation sur les marchés publics, le pouvoir adjudicateur ne peut en effet réduire la durée du marché d'un an et/ou postposer sa prise d'effet au 1^{er} janvier 2025 ;

Considérant qu'à supposer même que le marché susvisé puisse encore être attribué malgré la prolongation du précédent marché public et les modifications qui devraient être apportées aux documents du marché au niveau de la durée du marché public de services portant sur un marché public de services ayant pour objet la désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail pour l'ensemble des services de la Communauté française, aussi désignée sous son terme usuel de "Fédération Wallonie-Bruxelles" (ci-après, "FWB") (réf. : MP SEPPT 2024) – *quod non* –, ce dernier marché ne pourrait, en tout état de cause, être attribué sur la base des documents du marché actuels dès lors que le troisième critère d'attribution intitulé "Les délais et la disponibilité" ne paraît pas avoir été libellé de manière adéquate ;

Qu'en effet, le pouvoir adjudicateur n'avait aucunement l'intention d'interdire que des documents soient transmis durant l'évaluation de santé et que la mise à jour de l'interface informatique des listes des travailleurs s'effectue de manière instantanée et, partant, que des délais égaux à zéro soient proposés ;

Qu'aucune raison objective ne permettrait de justifier une telle interdiction dans la mesure où le délai le plus court possible est bien entendu souhaité par le pouvoir adjudicateur ;

Que, dans la mesure où, aux termes de son arrêt n° 258.355 du 8 janvier 2024, le Conseil d'Etat a estimé que, tel qu'il était libellé, le troisième critère d'attribution ne permettait pas de proposer un délai égal à zéro, le pouvoir adjudicateur entend donc revoir les documents du marché et, notamment, le libellé de ce troisième critère d'attribution ;

Que, le cas échéant, la méthode de cotation prévue pour le troisième critère d'attribution devra également être adaptée dès lors que, selon le Conseil d'Etat, cette méthode s'avère inapplicable lorsque le délai proposé est égal à zéro ;

Considérant qu'à la suite de l'arrêt n° 258.355 du 8 janvier 2024, il apparaît que seule l'offre de COHEZIO ASBL pourrait, en principe et sous réserve d'une nouvelle analyse des offres, encore être déclarée régulière et prétendre à l'attribution du marché public ayant pour objet la désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail (réf. : MP SEPPT 2024) ;

Qu'en pareille situation, le pouvoir adjudicateur estime cependant que la concurrence ne serait pas suffisante ; qu'en effet, le pouvoir adjudicateur souhaite élargir la concurrence et considère qu'il n'est pas certain que l'offre de COHEZIO ASBL soit la plus avantageuse ;

Qu'aux termes de plusieurs arrêts, le Conseil d'Etat et la Cour de justice de l'Union européenne ont ainsi admis qu'il soit renoncé à l'attribution d'un marché

public lorsqu'une seule offre régulière était déposée (C.E., arrêt n° 28.419 du 16 juillet 1987 ; C.E., arrêt n° 10.914 du 10 décembre 1964 ; C.J.C.E, arrêt C-27/98 du 16 septembre 1999, METALMECCANICA FRACASSO SPA ; C.E., arrêt n° 219.396 du 16 mai 2012, QUADRA ARCHITECTURE & MANAGEMENT ; C.E., arrêt n° 255.707 du 7 février 2023, NV INDAVER) ;

Que le pouvoir adjudicateur entend dès lors organiser un nouveau marché afin d'élargir la concurrence ;

Qu'au vu des motifs exposés ci-dessus, le pouvoir adjudicateur entend dès lors renoncer à l'attribution de ce marché public, conformément à l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;

DECIDE

De renoncer à l'attribution du marché public de services ayant pour objet la désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail pour l'ensemble des services de la Communauté française, aussi désignée sous son terme usuel de ☐Fédération Wallonie-Bruxelles☐ (ci-après, ☐FWB☐) (réf. : MP SEPPT 2024)".

13. Suite à la communication des décisions de prolonger le précédent marché et de renoncer au marché litigieux, l'ASBL COHEZIO a demandé à pouvoir discuter avec la Communauté française tout en annonçant déjà l'introduction d'un recours auprès de Votre Conseil contre la décision de renoncer au marché litigieux (pièce n° 20).

14. N'apercevant pas l'intérêt de discuter alors que la décision d'introduire un recours avait déjà été prise, la Communauté française a indiqué, le 2 février 2024, à l'ASBL COHEZIO qu'elle ferait part de ses arguments dans le cadre du recours introduit auprès de Votre Conseil (pièce n° 21).

15. Le 5 février 2024, l'ASBL COHEZIO a finalement saisi Votre Conseil d'une demande en suspension d'extrême urgence dirigée contre la décision de renonciation au marché du 19 janvier 2024. »

IV. Moyen unique

IV.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante prend un moyen unique de la violation de l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt n° 258.355 du 8 janvier 2024 (ECLI:RVSCE:2024:ARR.258.355), ainsi que des articles 24 à 27 du Code judiciaire, du principe de bonne administration, du raisonnable et de la proportionnalité, des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics « imposant de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination », du principe de légalité, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la

motivation formelle des actes administratifs, de l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 précitée ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'erreur de fait et de droit.

Dans ce qui s'apparente à une première branche, la requérante soutient que la partie adverse a, en adoptant l'acte attaqué, méconnu l'autorité de chose jugée attachée à l'arrêt n° 258.355 du 8 janvier 2024, laquelle, à son estime, interdisait à la partie adverse, en cas de décision de retrait, de renoncer au marché et l'obligeait à lui attribuer ce dernier. Selon elle, les éléments que la partie adverse devait respecter dans le cadre de l'adoption d'une nouvelle décision sont les suivants :

- « • L'offre de CESI était irrégulière en ce qu'elle contenait des irrégularités substantielles ;
• La FWB ne pouvait pas renoncer au marché ;
• L'offre de la requérante devait être déclarée régulière ;
• La FWB n'avait d'autre choix que de lui attribuer le marché ».

Dans ce qui s'apparente à une seconde branche, la requérante affirme qu'à la suite de l'arrêt du 8 janvier 2024 et du fait qu'elle a pu, dans le cadre de la première procédure devant le Conseil d'État, démontrer que le marché aurait dû lui être attribué, la partie adverse ne disposait plus d'aucun pouvoir discrétionnaire pour décider de renoncer au marché. Elle soutient que l'acte attaqué a pour objet de la discriminer au bénéfice de l'ASBL CESI et conteste chacun des motifs avancés par l'acte attaqué pour justifier l'abandon de la procédure de passation du marché litigieux.

B. Thèse de la partie adverse

Sur la première branche, la partie adverse conteste l'intérêt de la requérante à dénoncer une violation de l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt du 8 janvier 2024, dès lors que l'ASBL Cohezio a elle-même sollicité la prolongation, pour une durée d'un an, du précédent marché et qu'elle n'a pas contesté cette décision. Quant au caractère sérieux de ce grief, la partie adverse explique qu'elle était tenue de désigner un Service externe de prévention et de protection au travail (*cf.* ci-après : « SEPPT ») pour le 1^{er} janvier 2024 et qu'elle n'avait, dès lors, pas d'autre choix que de retirer sa première décision d'attribution dont l'exécution avait été suspendue. Elle ajoute que l'arrêt n° 258.355 du 8 janvier 2024 ne peut, à peine de méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs et l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, s'interpréter comme interdisant à la partie adverse d'user de la faculté de renoncer au marché. Elle souligne que l'arrêt du 8 janvier 2024 utilise le temps de l'imparfait, en se remplaçant au moment où elle a adopté la décision d'attribution du 10 novembre 2023, mais qu'après cet arrêt, elle « s'est retrouvée dans un contexte différent avec de

nouvelles difficultés et une urgence à gérer » et qu'elle a prolongé, à la demande de la requérante elle-même, le précédent marché pour la durée minimale d'un an requise par les dispositions du Code du bien-être au travail. La partie adverse conteste aussi qu'en renonçant au marché, elle aurait voulu avantager l'ASBL CESI puisque c'est la requérante qui bénéficie de la prolongation, pour une année supplémentaire, du précédent marché, tandis que tous les opérateurs économiques intéressés pourront participer au futur marché qui débutera le 1^{er} janvier 2025.

Sur la seconde branche, la partie adverse soutient qu'à la suite du retrait de la première décision d'attribution, elle disposait d'un pouvoir discrétionnaire et a posé le choix, en opportunité, de prolonger le précédent marché pour une durée d'un an, de renoncer au marché litigieux et de relancer un nouveau marché qui débutera le 1^{er} janvier 2025. Elle dispute ensuite les arguments de la requête qui contestent les motifs avancés par l'acte attaqué pour justifier de renoncer au marché litigieux.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant la première branche

Le moyen pris de la violation de l'autorité de la chose jugée est d'ordre public et doit, au besoin, être soulevé d'office. La requérante n'a pas à démontrer son intérêt à soulever celui-ci.

L'arrêt qui ordonne la suspension de l'exécution d'un acte administratif a autorité absolue de chose jugée. Cette autorité de chose jugée se rapporte au dispositif de l'arrêt, aux motifs qui en constituent le support nécessaire et indissociable, ainsi qu'aux constats dont ils procèdent. Elle est provisoire dans la mesure où elle ne lie pas le juge qui est saisi du fond du litige.

Dans l'hypothèse où un arrêt ordonne la suspension de l'exécution d'un acte administratif et que celui-ci fait l'objet d'un retrait, le fait d'adopter un nouvel acte qui repose sur de nouveaux éléments tant en fait qu'en droit ne constitue pas en soi une violation de l'autorité de chose jugée. En revanche, il est interdit à l'autorité de refaire, même partiellement, l'acte attaqué, sans réparer l'illégalité dénoncée au moyen ayant conduit à la suspension de l'exécution de cet acte.

Dans l'arrêt n° 258.355 du 8 janvier 2024, le Conseil d'État a ordonné la suspension de l'exécution, d'une part, de la décision du 10 novembre 2023 d'attribuer le marché litigieux à l'ASBL CESI et, d'autre part, de la décision implicite de ne pas attribuer ledit marché à l'ASBL Cohezio. La suspension de l'exécution du refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante est

motivée par le constat que « l'offre de l'ASBL CESI paraît affectée d'irrégularités devant *prima facie* être considérées comme substantielles » en sorte que « la partie adverse devait écarter l'offre de l'ASBL CESI [...] » et par la circonstance particulière qu'au moment de l'adoption de la décision d'attribuer le marché, la partie adverse ne pouvait pas renoncer à celui-ci. L'arrêt relève, à ce propos, ce qui suit :

« 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 ».

En renonçant à attribuer le marché litigieux, la partie adverse décide, à nouveau, implicitement de ne pas attribuer celui-ci à la requérante. La question se pose de savoir si en adoptant une telle décision, la partie adverse réitère l'illégalité dénoncée au moyen ayant conduit à la suspension de l'exécution de la première décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante.

L'illégalité relevée par l'arrêt du 8 janvier 2024 réside dans le fait que l'offre de l'ASBL CESI devait être écartée pour irrégularité substantielle. Suivant l'arrêt, cette illégalité affecte non seulement la validité de la décision d'attribuer le marché à l'ASBL CESI, mais aussi celle du refus implicite d'attribuer le marché à la requérante, compte tenu des circonstances particulières de la cause. Il apparaît, de la lecture globale de l'arrêt, que cette conclusion se fonde notamment sur l'argumentation développée par la partie adverse dans le cadre de sa demande d'activation de la balance des intérêts : elle y soutenait, elle-même, que la prolongation du marché en cours n'était pas possible.

Il semble, par ailleurs, exact qu'au moment de la décision d'attribution du 10 novembre 2023, la partie adverse était contrainte, pour respecter la législation sociale en vigueur, de désigner un prestataire SEPPT pour le 1^{er} janvier 2024. Tenant compte de cette exigence, une renonciation à l'attribution du marché n'était *prima facie* pas concevable et dès lors que deux offres avaient été remises, que l'offre de l'ASBL CESI devait être écartée et que celle de la requérante avait été déclarée régulière, la partie adverse n'avait d'autre choix que d'attribuer le marché à cette dernière. Comme le relève la partie adverse, l'arrêt du 8 janvier 2024 utilise le temps de l'imparfait pour constater qu' « elle ne pouvait renoncer au marché », ce

qui confirme que la question a été examinée en tenant compte du contexte factuel qui existait au moment de l'adoption de la décision du 10 novembre 2023.

Or, à la suite de l'arrêt du 8 janvier 2024, la partie adverse a décidé de prolonger le précédent marché pour une durée d'un an. Il apparaît des pièces du dossier que la requérante a, elle-même, sollicité cette prolongation. À l'audience, cette dernière a, par ailleurs, confirmé qu'elle ne contestait pas cette décision. La décision de prolonger le précédent marché pour une période d'un an modifie cependant sensiblement le contexte factuel d'origine, sur lequel le Conseil d'État s'est fondé pour considérer qu'à la date du 10 novembre 2023, la partie adverse « ne pouvait renoncer au marché », la partie adverse disposant désormais d'un service SEPPT jusqu'au 31 décembre 2024.

Au vu de ces éléments, il ne paraît pas que la décision d'abandonner la procédure de passation du marché litigieux, qui constitue l'acte attaqué, méconnaîtrait l'autorité de chose jugée attachée à l'arrêt du 8 janvier 2024. *Prima facie*, le refus implicite d'attribuer le marché à la requérante qu'implique la décision de renoncer à ce marché ne réitère pas l'illégalité retenue par le Conseil d'État, dans cet arrêt, pour ordonner la suspension de l'exécution du refus implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante. La suspension a été ordonnée dans un contexte particulier où la partie adverse « ne pouvait pas renoncer au marché », contexte qui s'est sensiblement modifié à la suite de l'adoption de la décision de prolonger le précédent marché pour une durée supplémentaire d'une année.

Par ailleurs, la requérante ne peut être suivie lorsqu'elle soutient que l'autorité de chose jugée attachée à l'arrêt du 8 janvier 2024 imposait à la partie adverse de déclarer son offre régulière. En réponse à l'argument de l'ASBL CESI selon lequel l'offre de la requérante proposait elle-même des délais irréalistes de sorte que l'ASBL Cohezio n'aurait pas pu se voir attribuer le marché, le Conseil d'État s'est limité à relever qu'il ne lui appartenait pas de déclarer l'offre de la requérante irrégulière alors que le pouvoir adjudicateur ne l'avait lui-même pas qualifiée de la sorte au cours de la procédure d'attribution du marché. Si l'arrêt décide que la partie adverse « n'avait d'autre choix que [d'] attribuer le marché [à la requérante] », c'est sur la base du constat qu'au moment de l'adoption de la décision d'attribution du 10 novembre 2023, l'« offre de la requérante [avait] été déclarée régulière ». Le Conseil d'État ne s'est, lui-même, pas prononcé sur la régularité de l'offre de la requérante et n'a donc pas jugé que la partie adverse devait, en cas de réfection de l'acte attaqué, confirmer la régularité de cette offre.

Le moyen unique, en sa première branche, n'est pas sérieux.

Quant à la deuxième branche

L'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme il suit :

« L'accomplissement d'une procédure n'implique pas l'obligation d'attribuer ou de conclure le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit recommencer la procédure, au besoin d'une autre manière [...] ».

La décision de renoncer à une procédure d'attribution d'un marché et d'en recommencer une nouvelle relève du pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur qui fait ce choix en opportunité.

La requérante conteste, en l'espèce, l'existence d'un pouvoir discrétionnaire dans le chef de la partie adverse, au motif qu'elle a, dans le cadre du recours qui a donné lieu à l'arrêt du 8 janvier 2024, pu démontrer que le marché devait lui être attribué et que le Conseil d'État a, dans cet arrêt, ordonné la suspension de l'exécution du refus implicite de lui attribuer le marché. Elle en déduit que la partie adverse ne pouvait, par la suite, renoncer à l'attribution de celui-ci. Il ressort toutefois de l'examen du premier moyen que la démonstration de la requérante, comme l'arrêt rendu par le Conseil d'État, se fondait sur l'obligation qui s'imposait à la partie adverse, au moment de l'adoption de la première décision d'attribution, le 10 novembre 2023, de conclure le marché litigieux afin de disposer d'un service SEPPT à la date du 1^{er} janvier 2024. Or, comme il a déjà été exposé, la partie adverse a, par une décision du 19 janvier 2024, à la demande de la requérante elle-même, décidé de prolonger le précédent marché pour une durée d'une année jusqu'au 31 décembre 2024. Tenant compte de ce nouvel élément, la requérante ne démontre plus concrètement que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché. *Prima facie*, à la suite de l'adoption de la décision de prolonger le précédent marché jusqu'au 31 décembre 2024, la partie adverse disposait, à nouveau, du pouvoir discrétionnaire d'abandonner la procédure de passation litigieuse.

Tenant compte de ce nouveau contexte factuel, il reste toutefois à vérifier que la décision de renoncer au marché repose sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, repris dans une motivation formelle.

Pour satisfaire aux exigences de la motivation formelle, tout acte administratif à portée individuelle doit indiquer les considérations de droit et de fait qui lui servent de fondement. Cette motivation doit notamment permettre aux personnes intéressées de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à l'adopter,

vérifier que celle-ci s'est livrée à un examen complet et détaillé des circonstances de l'affaire et apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont elles peuvent disposer.

Eu égard aux circonstances particulières de l'affaire, l'exigence de motivation formelle paraît, en l'espèce, devoir être renforcée, pour exclure tout risque d'arbitraire, dans un contexte où la partie adverse a, au départ, estimé que la réception de deux offres seulement n'empêchait pas l'attribution du marché, qu'au terme d'une première analyse, l'offre de la requérante a été déclarée régulière et que, dans l'arrêt du 8 janvier 2024, le Conseil d'État a jugé *prima facie* que l'offre de l'ASBL CESI devait être écartée pour irrégularité substantielle. En particulier, la motivation formelle de l'acte attaqué doit permettre au Conseil d'État de vérifier que les motifs d'opportunité invoqués pour justifier l'abandon de la procédure ne servent pas, en réalité, de prétexte pour ne pas attribuer le marché à la requérante.

Or, il apparaît que le premier motif de l'acte attaqué, tenant à l'expiration du délai de validité des offres, est inexact. En effet, le cahier spécial des charges du marché litigieux précise, en son point 5.4.3.5 intitulé « Délai d'engagement », ce qui suit :

« Les soumissionnaires restent engagés par leur offre, telle qu'elle a été éventuellement rectifiée par le pouvoir adjudicateur, pendant un délai de 180 jours calendrier à compter de la date limite de réception ».

L'article 8, § 2, 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 dispose comme il suit :

« La communication visée au § 1^{er} ne crée aucun engagement contractuel à l'égard du soumissionnaire retenu et suspend le délai durant lequel les soumissionnaires restent engagés par leur offre, pour autant qu'un tel délai et l'article 11 soient applicables.
Pour l'ensemble des offres introduites pour ce marché, la suspension de ce délai prend fin :
1° à défaut de demande de suspension visée à l'article 11, alinéa 2, à l'issue du dernier jour de la période visée à l'article 11, alinéa 1^{er};
2° en cas de demande de suspension visée à l'article 11, alinéa 2, au jour de la décision de l'instance de recours visée à l'article 15;
3° en tout cas au plus tard 45 jours après la communication visée au § 1^{er} ».

Il apparaît que 143 jours se sont écoulés entre la date limite de réception des offres (le 20 juin 2023) et la communication de la décision d'attribuer le marché à CESI (le 10 novembre). Le délai de 45 jours visé à l'article 8, § 2, alinéa 2, 3°, précité, calculé à partir du 10 novembre 2023, amène à la date du 25 décembre 2023,

qui correspond à la fin de la suspension du délai de validité des offres et à la date à laquelle le délai à recommencer à courir. Les offres étant valables 180 jours, elles demeuraient valides encore 37 jours, c'est-à-dire jusqu'au 31 janvier 2024 inclus.

Il en résulte qu'au moment de l'adoption de l'acte attaqué le 19 janvier 2024, les offres déposées étaient toujours valides, au contraire de ce qu'indique l'acte attaqué. Contrairement à ce que soutient la partie adverse, la requérante justifie bien d'un intérêt à l'illégalité qu'elle invoque, dès lors que celle-ci lui a causé grief.

En toute hypothèse, le motif tiré de l'expiration du délai de validité des offres, pris isolément, à défaut d'autres précisions, ne paraît pas pouvoir être admis dans les circonstances particulières de l'espèce, qui, pour les raisons qui viennent d'être exposées, requièrent une motivation formelle renforcée. C'est d'autant plus le cas que la requérante a, à plusieurs reprises, à la suite de l'arrêt du 8 janvier 2024, manifesté le souhait exprès d'exécuter le marché litigieux. Dans ces circonstances, la partie adverse doit motiver le choix qu'elle fait d'arrêter la procédure plutôt que de demander à la requérante de prolonger le délai de validité de son offre.

Le deuxième motif de l'acte attaqué, tiré de la nécessité, à la suite de l'arrêt du 8 janvier 2024 et des arguments échangés par les parties dans le cadre de la procédure devant le Conseil d'État, de procéder à une nouvelle analyse des offres alors qu'il y a urgence à désigner immédiatement un SEPPT, ne paraît ni exact ni pertinent. En effet, il apparaît qu'à la suite de la décision du 19 janvier 2024 de prolonger le précédent marché pour une durée d'un an jusqu'au 31 décembre 2024, la partie adverse disposait, en réalité, de tout le temps nécessaire pour « procéder à une nouvelle analyse approfondie des offres [...] adopter une nouvelle décision d'attribution [...] attendre l'expiration du délai de *standstill* et prendre le risque qu'un nouveau recours soit éventuellement introduit ». L'offre de l'ASBL CESI devant être écartée pour irrégularité substantielle, seule l'offre de la requérante devait, suivant l'acte attaqué, faire l'objet d'un réexamen sur deux points spécifiques : le caractère réaliste des délais proposés et l'éventuelle anormalité des prix nuls remis. Un tel examen et, par la suite, sa contestation éventuelle par l'un ou l'autre soumissionnaire ne sont *prima facie* pas de nature à empêcher la désignation d'un nouveau SEPPT pour le 1^{er} janvier 2025.

Le troisième motif de l'acte attaqué est tiré de l'impossibilité, en raison de la prolongation du précédent marché public pour une durée d'un an, d'attribuer le marché litigieux, dès lors que celui-ci « porte sur une durée de quatre ans et devait commencer le 1^{er} janvier 2024 ». La décision querellée se limite à indiquer qu'« au vu de la réglementation sur les marchés publics, le pouvoir adjudicateur ne peut en

effet réduire la durée du marché d'un an et/ou postposer sa prise d'effet au 1^{er} janvier 2025 ».

Dans sa note d'observations, la partie adverse relève, à raison, que la durée d'un marché public est un élément essentiel de celui-ci. Dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, rien ne permet cependant de comprendre pourquoi la date de début d'exécution du marché ne pouvait pas être postposée à la date du 1^{er} janvier 2025. La décision attaquée fait état d'une impossibilité légale ou réglementaire qui interdirait une telle démarche. Interrogée à ce sujet en début d'audience, la partie adverse n'a apporté aucune information complémentaire sur ce point ni n'a identifié concrètement la règle du droit positif qui constituerait un obstacle dirimant à retarder de quelques mois le début de l'exécution du marché. En particulier, le point 4.4 du cahier spécial des charges, qui fixe la durée du marché à quatre ans, prévoit que l'accord-cadre prendra cours « le 1^{er} janvier 2024 (moyennant notification de l'attribution du marché) [...] », ce qui *a priori* n'exclut pas un début d'exécution retardé, dans l'hypothèse où la décision d'attribution du marché serait notifiée après cette date. L'acte attaqué ne fait, du reste, aucune mention d'une impossibilité de postposer le début d'exécution du marché qui serait liée à l'objet du marché ou au contenu des offres.

Le quatrième motif de l'acte attaqué est tiré de la nécessité de revoir les documents du marché, en particulier le troisième critère d'attribution intitulé « Les délais et la disponibilité ».

Certes, la formulation malheureuse d'un critère d'attribution dans un cahier des charges peut justifier de revoir les documents du marché et, en conséquence, de renoncer à l'attribution de celui-ci. Pour ce faire, le pouvoir adjudicateur ne doit pas démontrer que l'attribution du marché est impossible ; il lui appartient de décider en opportunité de la voie qui lui semble la plus appropriée pour satisfaire le mieux à ses besoins.

En l'espèce cependant, l'acte attaqué ne permet pas de comprendre en quoi la modification envisagée revêtirait une importance particulière pour le pouvoir adjudicateur et apporterait une réelle plus-value à la satisfaction de ses besoins. En effet, si la partie adverse n'a, comme elle le prétend, jamais entendu « interdire que des documents soient transmis durant l'évaluation de santé et que la mise à jour de l'interface informatique des listes de travailleurs s'effectue de manière instantanée et, partant, que des délais zéro soient proposés », l'acte attaqué n'explique pas en quoi les délais de « 0,02 » (soit 1,2 minute) proposés dans l'offre de la requérante ne permettraient pas de satisfaire pleinement aux besoins de la partie adverse, avec pour conséquence qu'à son estime, il ne serait pas opportun d'attribuer le marché à la

requérante. La seule explication que donne l'acte attaqué qui porte qu'« aucune raison objective ne permettrait de justifier une telle interdiction dans la mesure où le délai le plus court possible est bien entendu souhaité par le pouvoir adjudicateur » apparaît comme tout à fait insuffisante, alors que, comme il a déjà été indiqué, la partie adverse était, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, tenue à une obligation de motivation formelle renforcée. Les explications fournies *a posteriori* dans la note d'observations, tenant à la volonté de ne pas déclarer une ou plusieurs offres irrégulières en raison d'un critère d'attribution qui n'est pas libellé de manière suffisamment claire, sont tardives. En toute hypothèse, dans son arrêt n° 258.355 du 8 janvier 2024, le Conseil d'État n'a pas relevé que le critère d'attribution en cause n'était pas clair, mais que son application devait conduire à l'écartement de l'offre de l'ASBL CESI pour irrégularité substantielle.

Le cinquième motif de l'acte attaqué, tiré du souhait d'élargir la concurrence, paraît, à première vue, suspect, à défaut d'autres explications, dans la mesure où la partie adverse s'est, dans un premier temps, contentée du dépôt, le 20 juin 2023, de deux offres seulement. Pour exclure tout risque d'arbitraire, la partie adverse devait plus amplement justifier la raison pour laquelle elle estime qu'« il n'est pas certain que l'offre de Cohezio ASBL soit la plus avantageuse ».

Le moyen unique, en sa deuxième branche, est sérieux.

V. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VI. Confidentialité

La requérante demande que son offre et ses annexes ainsi que le document reprenant les questions et réponses échangées entre elle et la partie adverse demeurent confidentiels. Il s'agit des pièces A, B et C 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.

Ces demandes 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 suspension de l'exécution de la décision du 19 janvier 2024 par laquelle le directeur général de la direction générale de la Coordination et de l'Appui de la Communauté française renonce à l'attribution du marché public de services ayant pour objet la désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail pour l'ensemble des services de la Communauté française (MP5167 SEPPT 2024) est ordonnée.

Article 2

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3

Les pièces 7, 8 et 10 du dossier administratif et les pièces A, B et C annexées à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 14 mars 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

conseillère d'État, présidente f.f.,
greffière.

La Greffière,

La Présidente,

Nathalie Roba

Florence Piret