CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

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

A R R Ê T

n^o^ 260.130 du 14 juin 2024

A. 241.901/VI-22.821

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
1170 Bruxelles,

contre :

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 13 mai 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 26 avril 2024 […] par laquelle [elle] renonce au marché public en vue de la désignation d'un Service Externe de Prévention et de Protection au Travail (MP5167 SEPPT 2024) ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 14 mai 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 29 mai 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^ Stéphanie Golinvaux et Adam Ben Taleb, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Cyrille Dony, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Philippe Nicodème, 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

1. Dans le courant du mois de mai 2023, la partie adverse lance un marché public de services ayant pour objet la désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail (ci-après : « SEPPT ») pour l'ensemble des services de la Communauté française.

Le cahier spécial des charges (réf. MP SEPPT 2024) prévoit que le marché est attribué par procédure négociée directe avec publication préalable en application de l'article 89, § 1^er^, alinéa 1^er^, 1°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, qu'il prend la forme d'un accord-cadre en centrale d'achat et a une durée de quatre ans. Le marché est soumis à la publicité européenne. Il est attribué sur la base du meilleur rapport qualité/prix. Le troisième critère d'attribution intitulé « [l]es délais et la disponibilité » (25/300 points) prévoit notamment ce qui suit :

> « Ce délai est subdivisé en 12 sous-critères.
> […]
> 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 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
> 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 dates des visites auprès du médecin du travail) après les prestations (à partir de la fin de RDV de son évaluation de santé) : 20 points
> […] ».

Dans le cadre de questions/réponses échangées préalablement au dépôt des offres, la requérante pose la question suivante :

« 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) ? ».

La partie adverse répond ce qui suit :

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

2. À la date limite de dépôt des offres, seuls deux soumissionnaires remettent une offre : la requérante et l'ASBL CESI.

3. Par décision du 10 novembre 2023, la partie adverse attribue le marché à l'ASBL CESI qu'elle identifie comme étant le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse.

La requérante introduit une demande de suspension, selon la procédure d'extrême urgence, contre « 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) ». Cette demande est enrôlée sous le numéro A. 240.596/VI-22.690.

4. Par un arrêt n° 258.355 du 8 janvier 2024, le Conseil d'État ordonne 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 » (ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.258.355).

L'arrêt est motivé comme il suit :

« 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 :

“ Cmax x (Mmin/M)
C : cote maximale attribuée au sous-critère
Cmax = cote maximale attribuée au sous-critère
Mmin = 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, § 1er, 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 entraine 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'État 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 usé 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 ».

Un recours en annulation est, le 8 janvier 2024, introduit contre la décision d'attribution du 10 novembre 2023. Ce recours, enrôlé sous le numéro A. 240.596/VI-22.690, est toujours pendant.

Le 9 janvier 2024, la partie adverse retire cette décision.

5. Le 19 janvier 2024, la partie adverse adopte les deux décisions suivantes :

- la décision de prolonger le précédent marché conclu avec la requérante pour une année supplémentaire, jusqu'au 31 décembre 2024 ; cette décision ne fait l'objet d'aucun recours et est devenue définitive ;

- la décision de renoncer au 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 (réf. CSCH MP SEPPT 2024) ; la requérante introduit une demande de suspension, selon la procédure d'extrême urgence, contre cette décision. Ce recours est enrôlé sous le numéro A. 241.114/VI-22.746.

6. Par un arrêt n° 259.137 du 14 mars 2024, le Conseil d'État ordonne 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) » (ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.137).

Dans cet arrêt, le Conseil d'État juge notamment ce qui suit :

- « […] 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 la chose jugée attachée à l'arrêt n° 258.355 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 » ;

- « […] 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 » ;

- « 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 [de la première branche du] 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 1er 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 » ;

- Les cinq motifs qui justifient la décision de mettre fin à la procédure d'attribution litigieuse sont, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, *prima facie* soit inexacts et dépourvus de pertinence (expiration du délai de validité des offres, absence de temps pour procéder à une nouvelle analyse de la régularité de l'offre de la requérante), soit ne sont pas suffisamment motivés (impossibilité de postposer le début de l'exécution du marché à la date du 1er janvier 2025, volonté de revoir les documents du marché et souhait d'élargir la concurrence).

Un recours en annulation est, le 18 mars 2024, introduit contre la décision de renoncer à l'attribution du marché litigieux. Ce recours, enrôlé sous le numéro A.241.114/VI-22.746, est toujours pendant.

Le 5 avril 2024, la partie adverse retire cette décision.

7. Le 26 avril 2024, la partie adverse adopte une nouvelle décision de renoncer à l'attribution du marché litigieux.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un moyen unique de la violation du principe de légalité, du principe de l'autorité de chose jugée, du principe de non-discrimination et du principe d'égalité.

L'énoncé de son moyen se présente comme il suit :

« En ce que, la Partie adverse a décidé de renoncer au marché MP5167 le 26 avril 2024,
Alors que, Votre Conseil a ordonné, dans un arrêt n°259.137, la suspension de la décision de renonciation du marché MP5167 en précisant que les motifs de la renonciation ne sont pas exacts, pertinents et admissibles, repris dans une motivation formelle,
Que l'exigence de motivation formelle doit, en l'espèce, exclure tout risque d'arbitraire,
Que la Partie adverse ne peut adopter une décision de renonciation si elle ne repose pas sur des motifs exacts, pertinents et admissibles repris dans une motivation formelle et ne respecte pas les principes de droit administratifs applicables aux autorités administratives,
D'où il suit que, l'Acte attaqué :
- Viole l'autorité de la chose jugée attachée aux arrêts n°258.355 du 8 janvier 2024 et n°259.137 du 14 mars 2024 de Votre Conseil,
- Viole le principe de bonne administration,
- Viole les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 imposant de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination ;
- Viole le principe de légalité ;
- Viole les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ;
- Est pris d'une erreur manifeste d'appréciation, d'une erreur de fait et de droit ;
- Viole l'article 85 de la loi du 17 juin 2016, ainsi que ses articles 4 et 29/1.

De sorte que, le moyen unique doit être déclaré sérieux et l'Acte attaqué doit être suspendu ».

La requérante résume les développements de son moyen unique en ces termes :

« La Partie requérante démontre que la décision de renonciation au marché MP5167 ne repose pas sur des motifs exacts, pertinents et admissibles repris dans une motivation formelle et de ce fait, il n'est pas permis de renoncer au marché sans violer les principes et les règles de droit administratif.
La Partie adverse avance quatre arguments qui, selon elle, lui permettraient de renoncer au marché.
Premièrement, le principe du pouvoir discrétionnaire ne permet pas à lui seul à un pouvoir adjudicateur de renoncer à un marché si les motifs invoqués ne sont pas exacts, pertinents et admissibles repris dans une motivation formelle.
Deuxièmement, la Partie adverse souhaite renoncer au marché pour revoir les documents du marché sans expliquer les raisons qui la motivent à agir de la sorte et ainsi sans expliquer pourquoi l'offre de Cohezio jugée recevable et régulière ne lui permet pas de répondre à ses besoins, notamment par rapport aux délais alors qu'elle entend valoriser les délais les plus courts par sa formule de cotation.
Troisièmement, la Partie adverse souhaite renoncer au marché pour élargir la concurrence. Cependant, la Partie adverse ne justifie pas en quoi d'une part, un

élargissement de la concurrence permettrait de mieux répondre à ses besoins et d'autre part, en quoi, l'offre de Cohezio ne lui permet pas de répondre à ses besoins. Par ailleurs, la Partie requérante souligne qu'en 2019 la Partie adverse s'était satisfaite de la remise d'une seule offre. La décision de renonciation relève donc de l'unique volonté de la Partie adverse d'avantager un autre opérateur et ainsi de discriminer Cohezio.
Quatrièmement, la Partie adverse prétend d'une part que les délais proposés par Cohezio seraient irréalistes sans pour autant démontrer ce caractère irréaliste (alors même qu'elle a déjà pu analyser ces délais et qu'elle les a déclarés recevables et réalistes dans le cadre de l'analyse des offres) ; et d'autre part, elle souhaite vérifier les prix de Cohezio sans démontrer qu'ils soient irréguliers ou illégaux. Par ailleurs, concernant la volonté de revoir les prix proposés, la Partie adverse ne tire aucune conclusion de son analyse dans l'Acte attaqué et ne permet donc pas à Cohezio de comprendre pourquoi il y a lieu de vérifier les prix ni en quoi ceci fonderait une décision de renonciation.
Les arguments qui fondent la décision de renonciation sont empreints d'arbitraire et aucun ne constitue un motif exact, pertinent ni admissible.
L'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est ainsi violé ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

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, lequel ne peut être censuré qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation.

Comme elle l'a déjà disputé dans le cadre de son recours dirigé contre la première décision du 19 janvier 2024 de renoncer à l'attribution du marché litigieux, la requérante paraît, à nouveau, contester le pouvoir discrétionnaire de la partie adverse d'abandonner la procédure de passation de ce marché au motif que, dans l'arrêt n° 258.355 du 8 janvier 2024, le Conseil d'État a ordonné la suspension de l'exécution du refus implicite d'attribuer le marché à la requérante, ce qui, selon elle, suppose qu'elle a démontré que le marché devait, à ce moment, lui être attribué.

Comme le Conseil d'État l'a toutefois déjà relevé dans son arrêt n° 259.137 du 14 mars 2024, la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du 10 novembre 2023 d'attribuer le marché litigieux à l'ASBL CESI et de la décision implicite de ne pas attribuer celui-ci à l'ASBL Cohezio n'a pas privé la partie adverse de son pouvoir discrétionnaire de décider, en opportunité,

d'abandonner la procédure d'attribution du marché litigieux. Dans cet arrêt, le Conseil d'État juge *prima facie* que la suspension de l'exécution du refus implicite d'attribuer le marché à la requérante a été ordonnée dans un contexte particulier où la partie adverse « ne pouvait pas renoncer au marché » compte tenu de l'obligation, invoquée par la partie adverse elle-même, de conclure le marché litigieux afin de disposer d'un service SEPPT à la date du 1er janvier 2024, que ce contexte s'était toutefois sensiblement modifié à la suite de l'adoption de la décision de prolonger le précédent marché pour une durée supplémentaire d'une année jusqu'au 31 décembre 2024, que, 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 » et que, dès lors, « la partie adverse disposait, à nouveau, du pouvoir discrétionnaire d'abandonner la procédure de passation litigieuse ».

C'est ce qu'indique l'acte attaqué sous l'intitulé « pouvoir discrétionnaire quant à la suite à réserver au marché public en cause » au terme duquel il conclut qu'à la suite du retrait de la décision de renonciation du 19 janvier 2024, « il appartient au pouvoir adjudicateur de procéder une nouvelle fois à un choix quant à la suite à réserver au marché public en cause ».

Il reste que la décision de renoncer à l'attribution de ce marché ne peut procéder d'une erreur manifeste d'appréciation et doit reposer 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. Dans son arrêt n° 259.137 du 14 mars 2024, le Conseil d'État a, par ailleurs, considéré ce qui suit :

> « 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 ».

La requérante reproche aussi à la partie adverse de violer le principe de séparation des pouvoirs et l'autorité de chose jugée attachée aux arrêts n° 258.355 du 8 janvier 2024 et n° 259.137 du 14 mars 2024, dès lors qu'elle continuerait à adopter des « décisions arbitraires » qui violent les règles de droit qui s'imposent à elle, « en espérant que Cohezio se lassera finalement d'introduire des recours coûteux ».

Le principe de séparation des pouvoirs impose à l'autorité administrative de respecter les décisions de justice qui s'imposent à elle. 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.

Parmi les motifs déterminants qui justifient l'abandon de la procédure, l'acte attaqué relève notamment (1) la volonté, dans le chef de la partie adverse, de revoir les documents du marché, en particulier le troisième critère d'attribution intitulé « [l]es délais et la disponibilité » et (2) l'irrégularité de l'offre de la requérante pour le même motif que celui qui a conduit à l'écartement de l'offre de l'ASBL CESI.

Le motif tiré de la volonté de revoir le troisième critère d'attribution du marché figurait déjà, avec d'autres motifs, dans la première décision de renonciation du marché du 19 janvier 2024 dont l'exécution a été suspendue par l'arrêt n° 259.137 du 14 mars 2024. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a jugé, à ce propos, ce qui suit :

> « 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 ».

Dans l'arrêt précité, le Conseil d'État juge que le motif tiré de la volonté de revoir le troisième critère d'attribution n'est *prima facie* pas suffisamment motivé ni compréhensible, dès lors que l'acte attaqué se limite à faire part du souhait de la partie adverse de se voir proposer des délais de transmissions et de mises à jour les plus courts possibles, sans expliquer en quoi les délais de 0,02 heure proposés par la requérante ne permettraient pas de satisfaire à ses besoins. Le Conseil d'État ajoute que les explications fournies *a posteriori*, dans la note d'observations, sont tardives et qu'elles invoquent un défaut de clarté du libellé du critère d'attribution, alors que, 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 ».

L'acte attaqué motive, de manière beaucoup plus circonstanciée, la volonté du pouvoir adjudicateur de revoir le critère d'attribution litigieux. Il énonce, à ce propos, ce qui suit :

« Volonté de revoir les documents du marché

Considérant que, dans le cadre de la procédure ayant donné lieu à l'arrêt n° 258.355 du 8 janvier 2024 du Conseil d'État, des critiques ont été formulées par COHEZIO ASBL s'agissant du troisième critère d'attribution intitulé "Les délais et la disponibilité" et, plus particulièrement, en ce qui concerne les délais proposés dans le cadre des trois sous-critères d'attribution suivants (postes 2, 3 et 4) :

- 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) ;

Que, pour ces trois sous-critères d'attribution, le pouvoir adjudicateur a souhaité obtenir les délais les plus courts possibles, comme en témoigne la formule de cotation qui vise à attribuer le maximum de points au soumissionnaire proposant les délais les plus courts ;

Qu'au niveau des offres initiales, CESI ASBL a proposé des délais fixés à zéro pour les trois sous-critères d'attribution susvisés et COHEZIO ASBL a proposé des délais de 0,02 h en précisant, dans l'inventaire joint à son offre, que ces délais correspondent à "1 min après l'issue de l'examen";

Considérant qu'en date du 10 août 2023, le pouvoir adjudicateur a adressé un courrier électronique à CESI ASBL et à COHEZIO ASBL afin d'indiquer, entre autres, ce qui suit : "Le pouvoir adjudicateur constate que pour les postes 2, 3 et 4 de l'inventaire (délai d'exécution), vous avez remis des délais de 1 minute et 12 secondes. Par conséquent, le pouvoir adjudicateur vous invite à présenter, clarifier et expliquer comment sera réalisée cette transmission (et mise à jour) dans un délai aussi court" ;

Qu'à la suite de ce courrier électronique, CESI ASBL et COHEZIO ASBL ont fourni les précisions suivantes pour justifier la brièveté des délais proposés dans le cadre des postes 2, 3 et 4 :

- CESI ASBL :
  "Pour le poste 2 : à 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 cette 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".
- COHEZIO ASBL :
  "(2) Le travailleur reçoit le formulaire d'évaluation de santé en mains propres à l'issue de son rendez-vous médical.
  (3) Dès que le CP médecin du travail a encodé le formulaire d'évaluation de santé (étape réalisée durant l'examen médical), celui-ci est automatiquement et immédiatement envoyé par mail au pouvoir adjudicateur et mis à disposition sur cohezio4U. Nous pouvons donc confirmer un délai d'une minute à l'issue de l'examen médical maximum.
  (4) Dès que le CP médecin du travail a encodé le formulaire d'évaluation de santé (étape réalisée durant l'examen médical), les informations demandées dans la colonne B sont automatiquement et immédiatement mis à jour sur cohezio4U. Nous pouvons donc confirmer un délai d'une minute à l'issue de l'examen médical maximum".

Que chaque soumissionnaire a ainsi justifié le caractère court des délais proposés en raison de tâches réalisées pendant l'évaluation de santé (formulaire d'évaluation de santé établi, encodé et transmis durant le rendez-vous et interface informatique mise à jour automatiquement et immédiatement dès que le formulaire d'évaluation de santé est encodé) ;

Que, lors de l'analyse des offres, le pouvoir adjudicateur a ensuite considéré que, compte tenu des explications complémentaires fournies par CESI ASBL et par COHEZIO ASBL, les délais fixés à zéro (CESI ASBL) ou à "1 min après l'issue de l'examen" (COHEZIO ASBL) étaient réalistes dès lors (1) qu'il est possible de transmettre les formulaires d'évaluation de santé à la fin de ladite évaluation, mais encore pendant le rendez-vous et (2) que la mise à jour de l'interface informatique peut être effectuée de manière instantanée dès que les données sont encodées durant le rendez-vous ;

Que le pouvoir adjudicateur a également considéré les délais en question comme réalistes dès lors que CESI ASBL et COHEZIO ASBL proposent de fonctionner de manière identique au niveau de la transmission des formulaires d'évaluation de santé et de la mise à jour de l'interface informatique et que, lors du précédent marché public, le pouvoir adjudicateur a constaté que COHEZIO ASBL transmettait régulièrement les formulaires d'évaluation de santé et mettait à jour l'interface informatique pendant le rendez-vous d'évaluation de santé, tout comme CESI ASBL le propose ;

Qu'en tenant compte des précisions complémentaires fournies par CESI ASBL et par COHEZIO ASBL ainsi que de ses propres constatations liées au précédent marché, le pouvoir adjudicateur a donc considéré que les délais proposés par CESI ASBL et COHEZIO ASBL étaient réalistes et réguliers ;

Que le pouvoir adjudicateur a également estimé que des délais fixés à zéro par CESI ASBL pouvaient être qualifiés de réguliers dès lors que les documents du marché n'interdisent pas de proposer des délais nuls et que, lors des questions/réponses échangées avant le dépôt des offres, le pouvoir adjudicateur a uniquement précisé que "si les délais proposés sont inférieurs à l'unité (heure ou jour), il est alors demandé de les spécifier sous forme décimale", ce qui, selon lui, autorise les soumissionnaires à proposer des délais fixés à zéro pour autant bien entendu que ceux-ci soient réalistes ;

Que c'est donc en considérant que le point de départ des délais des postes 2, 3 et 4 pouvait être fixé pendant le rendez-vous d'évaluation de santé que le pouvoir adjudicateur a apprécié le caractère réaliste et régulier des délais proposés tant par CESI ASBL que par COHEZIO ASBL et qu'aux termes de sa décision d'attribution du 10 novembre 2023, il a déclaré les deux offres régulières ;

Considérant qu'aux termes de son arrêt n° 258.355 du 8 janvier 2024, le Conseil d'État a toutefois critiqué l'analyse du pouvoir adjudicateur en estimant que, selon les termes du cahier spécial des charges, "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" ;

Que, selon le Conseil d'État, l'irrégularité de l'offre de CESI ASBL est "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" ;
Que le Conseil d'État a donc considéré que, tel qu'il est rédigé, le cahier spécial des charges prévoit que la transmission des formulaires d'évaluation de santé et [...] la mise à jour de l'interface informatique doivent nécessairement être effectuées après le rendez-vous d'évaluation de santé ;

Que ceci a dès lors entrainé la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du 10 novembre 2023, laquelle a ensuite fait l'objet d'un retrait par une décision du 9 janvier 2024 ;

Considérant qu'au travers de son cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur n'avait pourtant aucunement l'intention d'interdire que la transmission des formulaires d'évaluation de santé et [...] la mise à jour de l'interface informatique soient réalisées durant le rendez-vous d'évaluation de santé, comme en témoigne le fait qu'après la demande de précision du pouvoir adjudicateur, les délais proposés tant par CESI ASBL que par COHEZIO ASBL ont été jugés réalistes et réguliers dans le cadre de la décision d'attribution du 10 novembre 2023 compte tenu de la possibilité d'effectuer ces opérations pendant le rendez-vous d'évaluation de santé ;

Qu'afin de ne pas être contraint de déclarer une ou plusieurs offre(s) irrégulière(s) en raison d'un critère d'attribution qui n'a pas été libellé de manière adéquate et qui donnerait lieu à une appréciation contraire à sa volonté, le pouvoir adjudicateur entend donc renoncer au marché public en cause afin de revoir les documents du marché et notamment le troisième critère d'attribution intitulé "Les délais et la disponibilité" en vue de rédiger celui-ci conformément à ses attentes et ses besoins ;

Qu'à cet égard, il y a lieu de relever qu'aux termes de son arrêt n° 259.137 du 14 mars 2024, le Conseil d'État a souligné que "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" ;

Qu'en l'espèce, le pouvoir adjudicateur estime donc que la voie la plus appropriée consiste à renoncer à l'attribution du marché afin de pouvoir revoir les documents du marché et, plus particulièrement, la formulation du critère d'attribution intitulé "Les délais et la disponibilité" ».

La partie adverse conclut, par ailleurs, dans un autre motif déterminant de la décision attaquée, à l'irrégularité de l'offre de l'ASBL Cohezio. Il s'agit d'un nouveau motif pour justifier l'abandon de la procédure, qui ne figurait pas dans la première décision de renoncer au marché.

Quant à la possibilité de procéder à une nouvelle analyse de la régularité de l'offre de la requérante, le Conseil d'État a, dans l'arrêt n° 259.137 du 14 mars 2024, *prima facie* jugé ce qui suit :

« […] 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 ».

En l'occurrence, la partie adverse a procédé à une nouvelle analyse de l'offre de la requérante et conclu à l'irrégularité de celle-ci, en considérant notamment ce qui suit :

« Nouvelle analyse de l'offre de Cohezio ASBL

Considérant qu'au vu des enseignements de l'arrêt n° 258.355 du 8 janvier 2024 du Conseil d'État et des arguments développés par chacune des parties lors de la procédure ayant donné lieu à cet arrêt, le marché public en cause ne pourrait, en tout état de cause, être attribué sans une nouvelle analyse de l'offre de COHEZIO ASBL s'agissant des délais proposés dans le cadre du troisième critère d'attribution intitulé "Les délais et la disponibilité" […]

Que l'offre de CESI ASBL est, quant à elle, déclarée nulle en raison de l'irrégularité substantielle affectant les délais proposés pour les postes 2, 3 et 4 (délai de transmission du formulaire d'évaluation de santé au membre du personnel concerné, délai de transmission du formulaire de santé au pouvoir adjudicateur et délai de mise à jour de l'interface informatique) du troisième critère d'attribution et ce, conformément à ce qui a été jugé par le Conseil d'État□;

Caractère réaliste des délais proposés

[…]

Considérant que, dans son offre initiale, COHEZIO a proposé des délais de 0,02 heure ("1 min après l'issue de l'examen") concernant les quatre sous-critères d'attribution suivants du troisième critère d'attribution intitulé "Les délais et la disponibilité"□:

- […]
- 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)□;

Qu'en raison de la durée particulièrement courte de ces délais, le pouvoir adjudicateur a adressé un courrier électronique à COHEZIO ASBL en date du 10 août 2023 afin d'indiquer, entre autres, ce qui suit□:

- […]
- "Le pouvoir adjudicateur constate que pour les postes 2, 3 et 4 de l'inventaire (délai d'exécution), vous avez remis des délais de 1 minute et 12 secondes. Par conséquent, le pouvoir adjudicateur vous invite à présenter, clarifier et expliquer comment sera réalisée cette transmission (et mise à jour) dans un délai aussi court"□;

Considérant que s'agissant des postes 2, 3 et 4 (délai de transmission du formulaire d'évaluation de santé au membre du personnel concerné, délai de transmission du formulaire de santé au pouvoir adjudicateur et délai de mise à

jour de l'interface informatique) du troisième critère d'attribution, COHEZIO ASBL a fourni les précisions suivantes :

" (2) Le travailleur reçoit le formulaire d'évaluation de santé en mains propres à l'issue de son rendez-vous médical.
(3) Dès que le CP médecin du travail a encodé le formulaire d'évaluation de santé (étape réalisée durant l'examen médical), celui-ci est automatiquement et immédiatement envoyé par mail au pouvoir adjudicateur et mis à disposition sur cohezio4U. Nous pouvons donc confirmer un délai d'une minute à l'issue de l'examen médical maximum.
(4) Dès que le CP médecin du travail a encodé le formulaire d'évaluation de santé (étape réalisée durant l'examen médical), les informations demandées dans la colonne B sont automatiquement et immédiatement mis à jour sur cohezio4U. Nous pouvons donc confirmer un délai d'une minute à l'issue de l'examen médical maximum)".

Qu'au vu de ces précisions, il apparaît donc qu'à l'instar de CESI ASBL, COHEZIO ASBL entend réaliser plusieurs tâches pendant le rendez-vous d'évaluation de santé, ce qui lui permet donc de proposer un délai d'une minute seulement à l'issue du rendez-vous, car, en réalité, la plupart des tâches sont déjà effectuées durant ce rendez-vous ;

Qu'en effet, COHEZIO ASBL indique elle-même que les tâches suivantes sont effectuées pendant le rendez-vous d'évaluation de santé : établissement, encodage et transmission du formulaire d'évaluation de santé et mise à jour automatique et immédiate de l'interface informatique dès que le formulaire d'évaluation de santé est encodé ;

Qu'aux termes de son arrêt n° 258.355 du 8 janvier 2024, le Conseil d'État a toutefois jugé que, selon les termes du cahier spécial des charges, "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" ;

Qu'en prévoyant un délai de "1 min après l'issue de l'examen" en estimant pouvoir déjà réaliser certaines tâches durant le rendez-vous d'évaluation de santé, COHEZIO ASBL n'a donc pas respecté les termes du cahier spécial des charges et, plus particulièrement, le point de départ des délais demandés pour les postes 2, 3 et 4 du troisième critère d'attribution intitulé "Les délais et la disponibilité" ; qu'en effet, COHEZIO ASBL a fixé le point de départ de ces délais encore pendant le rendez-vous d'évaluation de santé, ce que le cahier spécial des charges ne permet pas ;

Qu'à défaut d'avoir respecté le point de départ des délais prévus aux postes 2, 3 et 4 du troisième critère d'attribution, l'offre de COHEZIO ASBL doit donc être déclarée irrégulière sur la base de l'article 76, § 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dès lors que, comme l'a souligné le Conseil d'État dans son arrêt n° 258.355 du 8 janvier 2024, l'irrégularité affectant cette offre doit être considérée comme substantielle ;

[…] ».

Les débats à l'audience ainsi que les échanges de courriels qui ont eu lieu, dans le cadre de l'instruction de l'affaire, entre les parties et l'auditeur adjoint, permettent de vérifier que, comme l'acte attaqué le relève lui-même, l'ASBL CESI et l'ASBL Cohezio « fonctionnent de manière identique au niveau de la transmission des formulaires d'évaluation de santé et de la mise à jour de l'interface

informatique » et qu'« à l'instar de CESI ASBL, Cohezio ASBL entend réaliser plusieurs tâches pendant le rendez-vous d'évaluation de santé, ce qui lui permet de proposer un délai d'une minute seulement à l'issue du rendez-vous, car, en réalité, la plupart des tâches sont déjà effectuées durant ce rendez-vous », à savoir les tâches suivantes : « établissement, encodage et transmission du formulaire d'évaluation de santé et mise à jour automatique et immédiate de l'interface informatique dès que le formulaire d'évaluation de santé est encodé ». Les deux soumissionnaires proposent, dans leurs offres, des systèmes automatiques et immédiats de transmission de formulaires d'évaluation de santé et de mises à jour de leurs interfaces qui sont fort similaires. À l'audience, la requérante et la partie adverse ont, par ailleurs, toutes les deux confirmé que, dans le cadre de l'exécution du marché précédent – qui a fait l'objet d'une prolongation jusqu'au 31 décembre 2024 – les transmissions des formulaires d'évaluation de santé et les mises à jour de l'interface informatique de la requérante ont lieu pendant le rendez-vous médical – et pas lorsque celui-ci est terminé. La requérante a également déclaré, à l'audience, qu'elle avait indiqué, dans son offre, des délais de 0,02 heure ou de « 1 min après l'issue de l'examen médical » – et pas les délais « zéro » qui sont actuellement pratiqués – uniquement pour se conformer au prescrit du troisième critère d'attribution qui impose que les délais de transmissions et de mises à jour commencent à courir « à partir de la fin de RDV ». La requérante a expliqué que, concrètement, elle donnerait instruction aux médecins-conseils d'attendre la fin du rendez-vous de l'évaluation de santé pour « cliquer » sur le « bouton » opérant les transmissions et mises à jour en cause.

L'explication suivant laquelle le médecin-conseil attendra la fin du rendez-vous pour effectuer les transmissions et mises à jour précitées paraît toutefois en contradiction avec les précisions - reprises dans l'acte attaqué - que la requérante a apportées aux questions qui lui ont été adressées le 10 août 2023 concernant le caractère réaliste des délais de « 1 minute et 12 secondes » proposés dans son offre. L'acte attaqué mentionne – sans être contesté sur ce point – que, dans sa réponse, la requérante a fait état de transmissions et mises à jour « automatiques » et « immédiates » « [d]ès que le CP médecin du travail a encodé le formulaire d'évaluation de santé (étape réalisée durant l'examen médical) ». L'acte attaqué conclut que, de ce point de vue, l'offre de la requérante est tout aussi irrégulière que celle de l'ASBL CESI puisqu'« à l'instar de l'ASBL CESI, la requérante entend réaliser plusieurs tâches pendant le rendez-vous d'évaluation de santé » en ce compris donc les tâches de « transmission du formulaire d'évaluation de santé et mise à jour automatique et immédiate de l'interface informatique dès que le formulaire d'évaluation de santé est encodé ». Il en déduit que, comme l'offre de l'ASBL CESI, l'offre de la requérante « doit être déclarée nulle pour cause d'irrégularité substantielle sur la base de l'article 76, § 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ».

Prima facie, la partie adverse a pu, sur la base de la réponse de la requérante, telle qu'elle est reproduite dans l'acte attaqué, considérer que les transmissions de formulaires et les mises à jour de l'interface sont effectuées automatiquement et immédiatement durant le rendez-vous de l'évaluation de santé. Dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, la partie adverse paraît valablement fonder sa décision d'abandon de la procédure sur le motif déterminant qu'après avoir procédé à une nouvelle analyse de l'offre de la requérante, elle s'est trouvée confrontée à deux offres irrégulières, au motif que les transmissions et mises à jour visées au troisième critère d'attribution s'effectuent, pour la plupart d'entre elles, pendant le rendez-vous de l'évaluation de santé alors que le cahier spécial des charges impose que le point de départ des délais de transmissions et de mises à jour se calcule à partir de la fin du rendez-vous de l'évaluation de santé.

En tout état de cause, les justifications données par la requérante comme les explications fournies avant et pendant l'audience démontrent, à suffisance, que le troisième critère d'attribution, tel qu'il est rédigé, ne permet pas, comme le souligne l'acte attaqué, de rencontrer, dans le respect du principe de concurrence, les besoins de la partie adverse puisqu'alors que les deux soumissionnaires proposent des systèmes de transmissions et de mises à jour identiques qui satisfont à ses besoins parce que, comme l'indique l'acte attaqué, ils permettent les « délais les plus courts », l'application du critère d'attribution litigieux pourrait conduire à écarter une offre pour irrégularité substantielle et à retenir l'autre offre au seul motif que le médecin-conseil a, pour se conformer au libellé de ce critère, reçu comme instruction d'attendre la fin du rendez-vous pour « cliquer » sur le « bouton » opérant les transmissions et mises à jour en cause. Un tel critère, tel qu'il est rédigé, paraît bien inadéquat dès lors qu'il ne permet pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui répond le mieux au besoin du pouvoir adjudicateur. Dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, la partie adverse paraît valablement fonder sa décision d'abandon de la procédure sur le motif déterminant qu'elle estime devoir revoir les documents du marché, en particulier le troisième critère d'attribution intitulé « [l]es délais et la disponibilité ».

Les deux motifs précités (irrégularité de l'offre de la requérante et volonté de revoir les documents du marché) semblent *prima facie* exacts, pertinents et légalement admissibles. Chacun d'eux justifie, par ailleurs, à lui seul, la décision d'abandonner la procédure d'attribution du marché litigieux.

La requérante ne démontre pas qu'en prenant la décision attaquée, la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation ou violé le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires. En adoptant cette décision pour

les motifs précités, la partie adverse n'a pas, non plus, méconnu le principe de séparation des pouvoirs ni l'autorité de chose jugée attachée aux arrêts n° 258.355 du 8 janvier 2024 et n° 259.137 du 14 mars 2024. Comme il a déjà été exposé, ces arrêts n'empêchent la partie adverse, ni de procéder à une nouvelle analyse de l'offre de la requérante et de conclure à l'irrégularité de celle-ci, ni d'abandonner la procédure de passation pour revoir les documents du marché, dès lors que la nécessité d'une telle démarche est suffisamment motivée et n'apparaît pas comme arbitraire.

Le moyen unique n'est pas sérieux.

V. 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.

VI. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

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 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 24 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

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

Florence Piret,	conseillère d'État, présidente f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,	La Présidente,
Vincent Durieux	Florence Piret