CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 260.283 du 26 juin 2024

A. 228.932/VI-21.585

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée P&V ASSURANCES,**
ayant élu domicile chez
M^es Mai Thy NGUYEN et
Jens DEBIEVRE, avocats,
avenue du Port 86C/113
1000 Bruxelles,

contre :

la commune de Nandrin, représentée
par son collège communal,
ayant élu domicile chez
M^es Maxime VANDERSTRAETEN et
Antoine GEORIS, avocats,
chaussée de La Hulpe 120
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 1^er octobre 2019, la partie requérante demande l'annulation de « la décision de la partie adverse du 8 août 2019 d'attribuer le marché public de services ayant pour objet "Conclusion de divers contrats d'assurances de la commune de Nandrin" (référence 2019-104) à la société Ethias » et « de la décision implicite de la même date de la Partie adverse de ne pas attribuer le Marché à la Partie requérante ».

II. Procédure

Un arrêt n° 245.398 du 11 septembre 2019 a ordonné la suspension de l'exécution de la décision d'attribution attaquée, a rejeté la demande pour le surplus et a réservé les dépens (ECLI:BE:RVSCE:2019:ARR.245.398).

Un arrêt n° 250.284 du 31 mars 2021 a réputé non accomplie la demande d'indemnité réparatrice, a rouvert les débats et a renvoyé l'affaire à la procédure

ordinaire (ECLI:BE:RVSCE:2021:ARR.250.284).

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^me^ Pauline Lagasse, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 16 avril 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 22 mai 2024.

M. Xavier Close, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e^ Mai Thy Nguyen, avocate, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Clara Louski, *loco* M^es^ Maxime Vanderstraeten et Antoine Georis, avocate, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Pauline Lagasse, auditeur, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits utiles

1. Le 28 mars 2019 - selon les visas de la décision d'attribution -, le collège communal de la commune de Nandrin décide de lancer un marché public visant à la conclusion de divers contrats d'assurance. Il choisit de recourir à la procédure négociée sans publication préalable.

Selon le cahier spécial des charges, les polices d'assurances, regroupées en quatre volets, doivent concerner les dégâts matériels, la responsabilité civile, les accidents du travail et corporels et les véhicules. Le marché a une durée d'un an, renouvelable une fois.

Le cahier spécial des charges précise aussi que le marché sera attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse au regard des critères d'attribution suivants : (1) le prix (50 points), (2) les services compris dans le prix (45 points) et (3) l'amélioration des garanties (5 points).

2. Les motifs de la décision d'attribution indiquent qu'une invitation à remettre une offre a été adressée à cinq soumissionnaires.

3. En avril 2019, la requérante et la société anonyme Ethias déposent chacune une offre.

4. Le 10 juillet 2019 - selon le mémoire en réponse -, une réunion a lieu avec la requérante afin de lui permettre de présenter son offre et sa plate-forme de gestion des sinistres.

Selon le mémoire en réponse, la réunion se serait achevée par une invitation à remettre une offre améliorée, cette affirmation étant toutefois contestée par la partie requérante dans le cadre son moyen unique.

5. Le 17 juillet 2019, une autre réunion est organisée avec la société anonyme Ethias afin d'également lui permettre de présenter son offre et sa plate-forme de gestion des sinistres.

6. Le 18 juillet 2019, la requérante adresse à la partie adverse le courrier électronique qui suit :

« Comme convenu vous trouverez en annexe le tableau rectifié concernant les plus de notre offre.

Pour votre information lorsqu'il y a un (+) c'est que la garantie n'était pas demandée dans le cahier des charges, c'est donc un plus que nous vous offrons.

Concernant le point Cellule psychologique : Y a-t-il un plan de réinsertion en cas d'AT ?

Nous n'avons pas de plan de réinsertion car une compagnie ne peut pas mettre en place pour un client ce type de plan.
Mais nous pouvons vous aider pour les démarches administratives avec le Fopas.

Je reste à votre disposition pour toutes informations complémentaires ».

Est joint à ce courriel un « tableau rectifié » des diverses garanties contenues dans l'offre.

7. Le 22 juillet 2019, la partie adverse adresse à la société anonyme Ethias le courriel suivant :

« Nous souhaiterions négocier l'amélioration du contenu de votre offre. Notre demande porte plus précisément sur :

- le prix;
- les modalités de l'aide à l'établissement d'un plan de prévention;
- la limitation ou non du nombre de plans de réinsertion aux victimes d'un AT;
- l'engagement à réaliser un bilan annuel des polices avec proposition d'amélioration.

Les critères d'attribution ne font eux pas l'objet de négociation.

Je vous propose de vous rencontrer à l'AC le lundi 5/8 en matinée (10h00) ou le mardi 6/8 (AM ou PM) à mon retour de vacances ».

8. Le 6 août 2019, selon le mémoire en réponse, une nouvelle réunion est organisée, avec la société anonyme Ethias qui s'achève par une invitation à remettre une offre améliorée.

9. Par un courriel daté du 7 août 2019, la société anonyme Ethias dépose sa « meilleure offre », datée du 1er août 2019.

10. Un rapport d'examen des offres est établi le même jour, concluant au respect des critères de sélection qualitative et à la régularité des deux offres.

Le rapport décrit comme suit l'historique des négociations avec les deux soumissionnaires :

« […]

N°	Nom	Historique
1	P & V	L'opérateur économique a présenté sa plate-forme informatisée de gestion d'assurances et de sinistres mise à disposition du pouvoir adjudicateur. À cette occasion, il a également précisé le contenu de son offre.
2	Ethias	L'opérateur économique a présenté sa plate-forme informatisée de gestion d'assurances et de sinistres mise à disposition du pouvoir adjudicateur. À cette occasion, il a également précisé le contenu de son offre. Ethias a déposé une BAFO le 1er août 2019. Celle-ci contient les éléments principaux suivants : - prix final (ristourne de 10 % comprise) : 40.086,23 € - audit annuel du portefeuille effectué d'office : ● cadastre complet ; ● statistiques pour chaque branche d'assurance IARD ; ● profil des accidents ; ● pour les sinistres majeurs, détail des débours les plus importants ainsi que les cas graves en accident du travail ; ● rappel sur les procédures de déclaration de sinistres ;

		● présentation des nouveaux produits ; ● en fonction de l'analyse, proposition d'adaptation des contrats. - réinsertion professionnelle : proposition de programme l'accompagnement et de réinsertion professionnelle aux victimes d'accident du travail sans aucune limitation du nombre de dossier ou du type d'accident.

[…] ».

À l'issue de l'examen des offres au regard des critères d'attribution, le rapport attribue à l'offre de la requérante la note de 89 % pour un prix de 31.721,52 €, l'offre d'Ethias obtenant la note de 90% pour un prix de 40.086,23 €.

Le rapport préconise dès lors l'attribution du marché à la société Ethias.

10. Au cours de sa séance du 8 août 2019, le collège communal de Nandrin, faisant sien le rapport d'examen des offres, décide d'attribuer le marché à la société anonyme Ethias.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Recevabilité

IV.1. Recevabilité du recours quant au deuxième acte attaqué

A. Thèses des parties

A.1. Thèse de la requérante

La requérante conteste la décision implicite de la partie adverse de ne pas lui attribuer le marché.

Elle affirme que, sans avoir eu la possibilité de l'améliorer, son offre a obtenu un score de 89 %, l'offre de la société Ethias étant quant à elle cotée à 90 %. Selon requérante, compte tenu de cette très faible différence, si la société Ethias n'avait pas été autorisée à améliorer son offre, elle aurait nécessairement obtenu le marché.

Elle réaffirme sa position dans son dernier mémoire, exposant que compte tenu du prix initial de la société Ethias, « l'offre de la partie requérante aurait obtenu plus de point que celle d'Ethias si la partie adverse n'avait pas violé le principe d'égalité de traitement et proposé à Ethias (seule) de déposer une offre finale et

améliorée ». À l'inverse, elle estime que si elle avait pu elle-même déposer une offre finale améliorée, elle « aurait dans tous les cas obtenu plus de points que la BAFO présentée par Ethias » car elle était prête « à améliorer aussi bien son prix que la qualité de ses services » et son offre non améliorée « ne diff[érait] que d'un point de la BAFO d'Ethias ».

A.2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse estime que la requérante n'avance aucun élément concret établissant que le marché aurait nécessairement dû lui être attribué.

B. Appréciation du Conseil d'Etat

Dans son arrêt n° 245.398 du 11 septembre 2019, le Conseil d'Etat a jugé ce qui suit :

> « […], la requérante n'invoque aucun élément concret qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux. La comparaison qu'elle effectue entre son offre et la première offre de la société anonyme Ethias ne permet, en effet, pas d'établir que la partie adverse n'avait pas d'autre choix que de retenir son offre et de lui attribuer le marché. Ainsi que le relève la partie adverse, la demande est donc irrecevable en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché à la requérante ».

La requérante n'invoque aucun argument de nature à remettre en question cette appréciation.

Les hypothèses exposées dans son dernier mémoire reposent sur des pétitions de principe, puisqu'il est impossible d'affirmer avec certitude, d'une part, quel aurait été le contenu des offres finales qui auraient été déposées si les négociations s'étaient poursuivies avec les deux soumissionnaires et, d'autre part, quelle aurait été l'appréciation de la partie adverse au sujet de telles offres.

Le recours est irrecevable en ce qu'il concerne le deuxième acte attaqué.

IV.2. Intérêt au recours

A. Thèses des parties

A.1. Requête en annulation

La requérante soutient qu'elle dispose d'un intérêt au recours dès lors

qu'elle a remis une offre régulière pour le marché et que celui-ci a été attribué à son concurrent.

Elle affirme également que son intérêt au recours serait maintenu même en cas de retrait de l'acte attaqué au vu de la demande d'indemnité réparatrice formulée parallèlement à la requête en annulation. Elle invoque la jurisprudence qui découle de l'arrêt d'assemblée générale n° 244.015 du 22 mars 2019 (ECLI:BE:RVSCE:2019:ARR.244.015) concernant le maintien de l'intérêt au constat d'une illégalité.

A.2. Mémoire en réponse

La partie adverse rappelle que l'introduction de la demande d'indemnité réparatrice de la requérante est réputée non accomplie, ce qu'a constaté un arrêt n° 250.284 du 31 mars 2021. Elle estime que, conformément au principe *electa una via*, le choix de la requérante de demander une indemnité réparatrice est néanmoins définitif.

Elle conteste dès lors l'intérêt au recours de la requérante au regard de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, puisque le marché a été entièrement exécuté, que la requérante ne peut plus introduire une demande d'indemnisation devant le juge judiciaire et qu'elle ne peut plus obtenir une indemnité réparatrice devant le Conseil d'Etat, sa demande ayant été réputée non accomplie.

Dans ce contexte, l'intérêt de la requérante à l'annulation serait purement moral, ce qui ne correspond pas un intérêt suffisant au regard de l'article 19 précité.

A.3. Mémoire en réplique

La requérante estime qu'elle dispose bien d'un intérêt au recours, nonobstant l'exécution du marché, compte tenu de la jurisprudence propre aux marchés publics développée par le Conseil d'Etat. Elle estime qu'elle dispose d'un intérêt moral qualifié à l'annulation.

Elle affirme en outre qu'elle peut toujours introduire une demande d'indemnité réparatrice sur le fondement de l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat dès lors que sa première demande a été réputée non accomplie par l'arrêt n° 250.284 du 31 mars 2021.

A.4. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse réitère son argumentation fondée sur le principe *electa una via*. Elle souligne qu'à son estime, le choix dont disposait la requérante n'est pas lié à la recevabilité du recours introduit, mais au simple « lancement d'une procédure ». Selon elle, le fait que la demande d'indemnité réparatrice est réputée non accomplie n'a pas d'incidence sur l'application de l'article 11*bis*, alinéa 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et sur l'application du principe *electa una via*.

La partie adverse expose que la requérante n'a pas d'intérêt au recours car elle « ne peut pas obtenir d'avantage, ni devant le Conseil d'État, ni devant les juridictions civiles ». D'une part, le marché a été conclu et est exécuté. D'autre part, la requérante a fait le choix irréversible d'introduire une demande d'indemnité réparatrice, et celle-ci a été réputée non accomplie par l'arrêt n° 250.284 du 31 mars 2021. À défaut pour l'annulation de procurer tout avantage à la requérante, son intérêt au recours ferait défaut.

B. Appréciation du Conseil d'Etat

Le recours en annulation de la requérante concerne l'attribution d'un marché de services n'atteignant pas les seuils européens. Il a dès lors été introduit sur le fondement de l'article 31 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, qui rend applicable aux marchés n'atteignant pas les seuils en question les articles 14 à 16 de la même loi.

L'article 14 de la loi du 17 juin 2013 précitée soumet la recevabilité du recours en annulation des décisions prises par les autorités adjudicatrices à deux conditions. D'une part, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché. D'autre part, il faut que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante. Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risquant de léser la partie requérante.

Il est dès lors sans intérêt d'examiner si la requérante peut ou non encore introduire une procédure en indemnisation devant le juge judiciaire ou une demande d'indemnité réparatrice devant le Conseil d'État, ces questions n'ayant pas en tant que telles d'incidence sur la recevabilité de son recours en annulation.

Il n’est ni contesté, ni contestable, que la requérante, qui a déposé une offre dans le cadre de la procédure d’attribution, a eu un intérêt à obtenir le marché.

Le moyen unique de la requérante dénonce par ailleurs, notamment, une atteinte par la partie adverse au principe d’égalité de traitement des soumissionnaires. Une telle atteinte, à la supposer avérée, a pu léser la requérante en diminuant ses chances d’obtenir le marché.

Le recours en annulation est dès lors recevable.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante soulève un moyen unique pris « de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution; des articles 4, 13 et 42 de la loi [du 17 juin 2016 relative aux marchés publics]; des articles 4, 5, 8 et 9 de la loi [du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l’information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions]; des principes généraux du droit, notamment les principes d’égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence; des principes généraux de bonne administration, notamment les principes de minutie, d’égalité, de transparence et de concurrence » ainsi que « de l’excès de pouvoir et de l’erreur manifeste d’appréciation de la partie adverse » et « de l’absence, de l’erreur, de l’insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs de l’acte attaqué ».

En une première branche, la requérante affirme que la partie adverse a violé le principe d’égalité de traitement des soumissionnaires. Elle lui reproche à cet égard d’avoir, dans le cadre de négociations tenues uniquement avec Ethias, invité cette dernière à remettre une offre améliorée et finale (« BAFO »), de ne pas avoir donné cette même possibilité à la requérante, et d’avoir, dans la préparation et la motivation de l’acte attaqué, comparé l’offre unique de la requérante à l’offre améliorée et finale d’Ethias.

La requérante estime, à tout le moins, que la partie adverse aurait dû fonder sa décision de ne négocier qu’avec un soumissionnaire sur une première

analyse raisonnable des offres, ce que l'acte attaqué aurait dû préciser et justifier. Elle observe que l'offre initiale d'Ethias était moins intéressante que la sienne, de telle sorte qu'il ne pouvait pas se justifier d'entamer uniquement des négociations avec Ethias – qui a, du reste, été mise en position d'améliorer non seulement son prix mais également les autres aspects de son offre.

La requérante critique aussi la motivation formelle de l'acte attaqué concernant l'évaluation des offres, qu'elle qualifie de « vague, concise et lacunaire ».

Au sujet de la correspondance qu'elle a adressée le 18 juillet 2019 à la partie adverse, la requérante affirme qu'elle ne constitue pas une BAFO puisqu'elle se limite à augmenter la lisibilité de l'offre et à supprimer les doublons et les erreurs matérielles.

En une deuxième branche, la requérante soutient que, dans le cadre de ses négociations avec Ethias, la partie adverse aurait divulgué des éléments de son offre couverts par l'exigence de confidentialité. Dans ce cadre, elle demande que la partie adverse dépose, comme pièce non confidentielle de son dossier administratif, le procès-verbal des négociations intervenues avec Ethias.

B. Mémoire en réponse

Au sujet de la première branche, la partie adverse soutient qu'une réunion de négociation s'est tenue avec la requérante le 10 juillet 2019. Selon elle, « la partie requérante savait qu'elle prenait part à des réunions de négociations et savait qu'il s'agissait d'une procédure négociée ». Elle ajoute qu'une procédure négociée implique nécessairement que le pouvoir adjudicateur prenne en compte les dernières offres soumises pour la comparaison finale des offres.

Elle affirme que si une seconde réunion a eu lieu avec Ethias, c'était afin de permettre à l'agent-traitant d'Ethias, absent lors de la première réunion, d'exposer l'offre dont il avait supervisé la rédaction.

Selon elle, la requérante a eu la possibilité d'améliorer son offre, ce dont témoigne le courrier du 18 juillet 2019, qui constitue la BAFO de la requérante. Elle soutient à cet égard que ce courrier apporte non seulement des précisions à l'offre de la requérante mais également des modifications à son offre. La requérante aurait ainsi ajouté une garantie supplémentaire en augmentant le capital assuré, supprimé d'autres garanties, ajouté 9 postes supplémentaires de limite d'intervention par rapport à son

offre initiale. Elle se serait aussi abstenue de donner une suite favorable à certaines demandes de la partie adverse, notamment au sujet du plan de réinsertion professionnelle pour les victimes d'accidents du travail.

Selon la partie adverse, l'analyse opérée dans l'arrêt n° 245.398 du 11 septembre 2019, qui repose notamment sur l'affirmation qu'« aucune modification du contenu de l'offre n'apparaît au terme d'un examen effectué en extrême urgence », doit être revue. L'ajout de 9 limites d'intervention et d'une garantie modifient en effet indubitablement le contenu de l'offre, et il ne fait aucun doute que la partie requérante a remis une offre améliorée (BAFO) tout comme Ethias.

La partie adverse soutient que l'usage qui est fait de l'opportunité accordée à chaque soumissionnaire d'améliorer son offre est propre à celui-ci. Elle affirme, à titre d'exemple, que la requérante, à l'inverse d'Ethias, n'a pas souhaité donner une suite favorable à la suggestion faite par la partie adverse de mettre en place un plan de réinsertion professionnelle pour les victimes d'accidents du travail.

En ce qui concerne les « rectifications » effectuées à l'occasion du courrier du 18 juillet 2019, il ne s'agissait pas, selon la partie adverse, d'erreurs purement matérielles au sens de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques mais d'incohérences qui nécessitaient une révision du texte qui a dû être effectuée par le soumissionnaire lui-même. Cette révision doit, selon elle, être qualifiée d'amélioration. Elle soutient que la remise de l'offre ainsi améliorée « fait nécessairement suite à une invitation en ce sens par la partie adverse ».

La partie adverse conteste l'affirmation que la société Ethias aurait été mise en mesure d'améliorer son offre en vue d'obtenir une meilleure note dans le cadre des critères d'attribution autres que le prix. Elle soutient que, en ce qui concerne les autres critères d'attribution, Ethias n'aurait fait qu'expliciter son offre.

Elle affirme qu'elle était en droit de mener des négociations avec un soumissionnaire même si l'offre initiale d'un autre soumissionnaire est considérée comme meilleure.

La partie adverse réfute par ailleurs le reproche de la partie requérante selon lequel la motivation de l'évaluation des critères d'attribution serait vague et lacunaire. Elle reproduit les termes de cette motivation formelle, et affirme que la requérante était en mesure de comprendre la note attribuée pour chaque critère.

Au sujet de la deuxième branche du moyen, la partie adverse conteste l'accusation de la requérante et constate que celle-ci n'est étayée par aucune preuve. Elle estime que la demande de production du procès-verbal des négociations avec Ethias n'a pas lieu d'être dès lors que l'établissement d'un tel document n'est imposé par aucun texte légal.

C. Mémoire en réplique

Au sujet de la première branche, la requérante soutient que sa participation à une procédure négociée n'implique pas d'emblée qu'elle a effectivement pris part à des négociations. Elle rappelle qu'aucun élément du dossier ne permet d'établir que l'opportunité de négocier lui a été offerte.

Elle conteste l'affirmation de la partie adverse selon laquelle elle aurait ajouté des postes supplémentaires à son offre. Elle aurait uniquement rectifié des erreurs dans la référence au numéro de page du cahier des charges, précisé une information concernant la franchise, supprimé l'information relative au lettrage déjà reprise dans le cahier des charges et rectifié une incohérence relative au montant du capital assuré concernant les « frais supplémentaires d'exploitation ».

La réponse de la requérante concernant l'existence d'un plan de réinsertion en cas d'accident de travail ne permet, selon elle, pas d'établir qu'il s'agirait d'un refus à une demande d'amélioration de l'offre, bien au contraire.

Elle relève que si le courrier du 18 juillet 2019 avait constitué une BAFO, les améliorations apportées auraient, à tout le moins, eu un impact sur le prix, ce qui n'est pas le cas.

Elle souligne que quand bien même l'amélioration de l'offre d'Ethias ne concernait que l'aspect du prix, cela constitue une atteinte au principe d'égalité, dès lors qu'une telle possibilité n'a pas été offerte à la partie requérante.

Au surplus, la requérante reprend en substance les développements contenus dans sa requête.

Au sujet de la deuxième branche, la requérante défend que si elle avait été effectivement invitée à améliorer les aspects qualitatifs de son offre, il serait curieux de constater qu'elle n'aurait modifié aucun aspect de son offre et ce alors qu'elle était

prête à négocier, puisqu'elle s'était engagée dans une procédure de négociation.

Elle constate que les éléments de négociation soumis à Ethias ont été décisifs lors de l'évaluation (per exemple la réalisation d'un bilan annuel des police).

Elle estime que l'absence de procès-verbal des négociations serait de nature à renforcer la suspicion de divulgation d'informations confidentielles.

La requérante paraphrase, pour le surplus, l'argumentation développée dans sa requête en annulation.

D. Explications de la requérante dans le cadre d'une mesure d'instruction décidée par l'auditeur rapporteur

Dans le cadre d'une mesure d'instruction du dossier décidée par l'auditeur rapporteur, la requérante explique la portée de la transformation du montant de couverture de 250.000 euros contenu dans son offre initiale au regard des « frais supplémentaires d'exploitation », en un montant de 500.000 euros dans le tableau en annexe de son courriel du 18 juillet 2018.

Elle affirme, en substance, que les notions de « frais supplémentaires additionnels » et de « frais supplémentaires d'exploitation » renvoient à une même couverture. Elle précise que la couverture d'un montant de 250.000 euros pour les « frais supplémentaires d'exploitation » mentionnée dans le tableau initial de son offre était une erreur et une incohérence, au regard du montant de 500.000 euros par ailleurs mentionné dans cette offre pour les « frais supplémentaires additionnels ». Le montant exact qu'elle souhaitait couvrir était bien de 500.000 euros, de telle sorte que le tableau rectifié envoyé le 18 juillet 2019, portant à 500.000 euros le montant indiqué au sujet des « frais supplémentaires additionnels », ne doit pas être considéré comme une amélioration de l'offre, mais comme la rectification d'une erreur matérielle.

E. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse indique maintenir l'argumentation de son mémoire en réponse. Selon elle, l'égalité procédurale entre les soumissionnaires n'implique pas l'obligation de communiquer une information identique et simultanée à tous les soumissionnaires.

Elle soutient que la jurisprudence accepte que les soumissionnaires soient contactés séparément, pour autant que tous aient la même opportunité d'améliorer leur offre. Le courriel du 22 juillet 2019 adressé à la société Ethias ne devait donc pas être envoyé, à l'identique et en même temps, à la partie requérante.

Ce courriel adressé spécifiquement à Ethias était notamment justifié par le fait que l'agent sous-traitant de la société Ethias était absent lors de la réunion tenue le 17 juillet 2019.

Selon la partie adverse, la requérante et la société Ethias ont eu les mêmes opportunités d'améliorer leurs offres.

La requérante a présenté son offre le 10 juillet 2019, a été invitée à l'améliorer, et a envoyé une *BAFO* le 18 juillet 2019. Selon la partie adverse, cette offre finale était différente de l'offre initiale en ce qu'elle comprenait une garantie supplémentaire et ne donnait pas de suite favorable à certaines demandes de la partie averse.

La partie adverse réitère son affirmation que les modifications ainsi apportées à l'offre ne peuvent être confondues avec les rectifications d'erreurs purement matérielles opérées en application de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Il revient en outre à l'adjudicateur de rectifier l'offre, le soumissionnaire pouvant tout au plus suggérer au pouvoir adjutateur de rectifier l'offre.

Le moyen n'est dès lors, à son estime, pas fondé.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Dans son arrêt n° 245.398 du 11 septembre 2019, prononcé dans le cadre de la demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué introduite par la requérante, le Conseil d'État a jugé ce qui suit :

« Les principes d'égalité et de transparence imposent au pouvoir adjudicateur, lorsque celui-ci procède à des négociations, de mener celles-ci dans le strict respect de l'égalité "procédurale" entre les soumissionnaires, ce qui implique, entre autres choses, que chacun de ceux-ci reçoive les mêmes informations utiles à l'élaboration et à l'amélioration de son offre et doive avoir les mêmes possibilités d'améliorer son offre. Le respect de ces principes doit ressortir des pièces du dossier administratif.

En l'espèce, il n'est pas contesté que des négociations se sont tenues entre la partie adverse et la société anonyme Ethias et qu'à la suite de celles-ci, cette société a

déposé une "*best and final offer*" (BAFO).

Le dossier administratif ne contient, par contre, aucune pièce relative au contenu des discussions qui se sont tenues entre la requérante et la partie adverse. Si la partie adverse produit un courrier électronique dans lequel elle invite la société anonyme Ethias à négocier une amélioration du contenu de cette offre, elle ne produit aucun courrier qui aurait été également adressé en ce sens à la requérante.

La partie adverse soutient qu'elle a bien mené des négociations avec la requérante avant que celle-ci ne dépose également une BAFO. Elle renvoie, sur ce point, à un tableau des garanties et limites d'intervention qu'elle produit en pièce 10 du dossier administratif ainsi qu'à un mail adressé par la requérante en date du 18 juillet 2019.

Ce courrier électronique adressé par la requérante à la partie adverse se présente comme suit :

" Comme convenu vous trouverez en annexe le tableau rectifié concernant les plus de notre offre.

Pour votre information lorsqu'il y a un (+) c'est que la garantie n'était pas demandée dans le cahier des charges, c'est donc un plus que nous vous offrons.

Concernant le point Cellule psychologique : Y a-t-il un plan de réinsertion en cas d'AT ?

Nous n'avons pas de plan de réinsertion car une compagnie ne peut pas mettre en place pour un client ce type de plan.
Mais nous pouvons vous aider pour les démarches administratives avec le Fopas.

Je reste à votre disposition pour toutes informations complémentaires".

Le tableau ainsi transmis par la requérante et que la partie adverse qualifie de BAFO ne permet nullement d'établir que la requérante se serait vu offrir la possibilité d'améliorer son offre. Le courrier électronique le transmettant indique, à cet égard, que ce document est transmis "comme convenu"- soit à la suite d'une probable demande de la partie adverse - et qu'il permet de visualiser les "plus" de l'offre, soit les garanties supplémentaires offertes en supplément des exigences du cahier spécial des charges. La comparaison de ce tableau avec celui contenu dans l'offre montre que la requérante y a simplement ajouté soit la mention "+" s'il s'agit d'une garantie supplémentaire, soit le numéro de la page du cahier spécial des charges s'il s'agit d'une garantie demandée par celui-ci. Les autres différences entre ces deux tableaux peuvent être *prima facie* comprises comme soit des suppressions de certains doublons permettant de clarifier la lecture, soit la correction d'une contradiction figurant entre deux mentions de l'offre. Aucune modification du contenu de l'offre n'apparaît au terme d'un examen effectué en extrême urgence. Le tableau joint au courrier électronique du 18 juillet 2019 semble donc davantage faire suite à une demande de clarification de la présentation de l'offre que constituer une BAFO déposée dans le cadre d'une amélioration de l'offre demandée par la partie adverse. De même, la réponse à la question relative à l'existence d'un plan de réinsertion en cas d'accident du travail peut également être interprétée comme étant la réponse à une simple question et non un refus suite à une demande d'amélioration.

Le rapport d'examen des offres indique, par ailleurs, que la requérante a "précisé le contenu de son offre". À la différence de la société anonyme Ethias pour laquelle ce rapport mentionne qu'elle a déposé une BAFO dont il présente les éléments

> principaux, le rapport d'examen des offres ne considère pas le tableau transmis par la requérante le 18 juillet 2019 et invoqué par la partie adverse comme étant une BAFO.
>
> Les pièces du dossier administratif auxquelles la partie adverse se réfère ne permettent, dès lors, *prima facie* pas d'établir qu'elle aurait offert à la requérante les mêmes possibilités d'améliorer son offre que celles offertes à la société anonyme Ethias. À défaut de telles pièces figurant dans le dossier administratif, la première branche du moyen unique est sérieuse ».

Les arguments contenus dans les écrits de la partie adverse ne permettent de remettre en question ni les conclusions de cet arrêt, ni le raisonnement qui a permis d'y aboutir.

L'arrêt précité constate l'absence de toute pièce, dans le dossier administratif, permettant d'établir le « contenu des discussions qui se sont tenues entre la requérante et la partie adverse ». En l'absence de telles pièces, le Conseil d'État a considéré qu'il ne pouvait être tenu pour établi que l'égalité procédurale des soumissionnaires – qui implique que chaque soumissionnaire reçoive les mêmes informations utiles notamment à l'amélioration de leur offre et les mêmes possibilités d'améliorer leur offre – avait été respectée.

Lorsqu'est posée la question du respect de l'égalité de traitement des soumissionnaires lors des négociations précédant l'attribution d'un marché, le pouvoir adjudicateur doit être capable d'établir la teneur des contacts entretenus avec les divers opérateurs économiques, et ce notamment en vertu du principe selon lequel tous les actes administratifs doivent reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, qui doivent ressortir du dossier administratif.

La partie adverse n'a déposé, depuis l'arrêt précité, aucune nouvelle pièce permettant de déterminer la portée des échanges intervenus entre elle et la partie requérante. Elle ne conteste pas n'avoir adressé aucun courrier à la partie requérante pour lui proposer d'améliorer son offre – alors qu'elle a adressé un tel courrier à la société Ethias – et elle ne peut établir la teneur des discussions qui ont eu lieu lors de la réunion du 10 juillet 2019 avec la partie requérante. Elle ne peut, en particulier, démontrer qu'elle aurait proposé à la requérante d'améliorer son offre.

La partie adverse ne peut rectifier les lacunes du dossier administratif en sollicitant, comme elle le faisait déjà au stade de la procédure de suspension, qu'il soit induit du courriel du 18 juillet 2019 de la requérante qu'il a bien été demandé à celle-ci d'améliorer son offre. Un tel raisonnement ne pourrait pallier les carences du dossier administratif que s'il permettait d'acquérir une certitude quant à l'existence

d’une demande faite à la requérante d’améliorer son offre, et quant à la portée exacte de cette demande.

Tel n’est toutefois pas le cas en l’espèce.

La requérante n’indique pas, dans son courrier du 18 juillet 2019, communiquer une offre améliorée, mais dit seulement joindre « comme convenu […] le tableau rectifié concernant les plus de [l’]offre ». Dans un titre consacré à l’« historique des négociations », le rapport d’attribution ne mentionne même pas le courrier du 18 juillet 2019 de la requérante alors qu’il fait état de la « BAFO » du 1er août 2019 de la société Ethias. Au sujet des négociations avec la requérante, le rapport se limite à relever que lors de la présentation de son offre, celle-ci a « précisé le contenu de son offre ».

L’affirmation de la partie adverse que la requérante aurait amélioré son offre par l’annexe jointe à son courriel du 18 juillet 2019 – ce qui ne suffirait en toute hypothèse à démontrer ni qu’il a été proposé à la requérante d’améliorer son offre, ni en quels termes une telle proposition aurait été formulée – est par ailleurs contredite par les faits.

À cet égard, la partie adverse a soutenu dans son mémoire en réponse que l’« amélioration » de l’offre proviendrait de l’ajout d’une garantie supplémentaire consistant en l’augmentation du capital assuré, de la suppression d’autres garanties, de l’absence de suite favorable à « certaines demandes de la partie adverse » et de l’ajout de neuf postes supplémentaires de « limite d’intervention par rapport à son offre initiale ».

L’auditeur rapporteur, qui a constaté une différence entre l’offre produite par la requérante à l’appui de sa requête et l’offre déposée au dossier administratif par la partie adverse, a interpelé les parties au sujet de cette incohérence. À la suite de la vérification ainsi opérée, la partie adverse a précisé ce qui suit dans un courriel adressé à l’auditeur rapporteur le 11 février 2022 :

« […]

1. Quant à la conformité de la pièce 9 du dossier administratif

La dernière page de l’offre de P&V du 19 avril 2019 (pièce 9 du dossier administratif) est manquante. Vous la trouverez en annexe. Notre cliente et nous-même ignorons pourquoi cette dernière page a été détachée. Il s’agit assurément d’un aléa administratif et nous nous excusons de la confusion qu’il a éventuellement pu créer.

Au regard de cette pièce, il convient de revenir sur certains éléments du dossier.

A l'occasion de sa BAFO du 18 juillet 2019, P&V a donc :

• ajouté une garantie supplémentaire (chapitre "frais supplémentaires d'exploitation" : augmentation du capital assuré) ;

• décidé de ne pas donner de suite favorable à certaines demandes de la partie averse (ex. : refus de proposer la mise en place d'un plan de réinsertion professionnelle pour les victimes d'accidents du travail).

En revanche, P&V n'a pas ajouté 9 postes supplémentaires de limites d'intervention par rapport à l'offre initiale. Ces postes figuraient déjà dans l'offre initiale de P&V du 19 avril 2019.

Concernant la suppression de la garantie "pertes indirectes – 10% de l'indemnité de sinistre", celle-ci correspond au prescrit du CSC (p. 18 et 19). Il n'y a donc pas de suppression de garantie à proprement parler.

2. Quant aux frais supplémentaires d'exploitation

Pour ce poste, l'offre initiale de P&V du 19 avril 2019 faisait état d'une garantie de 250.000 EUR avec une période d'indemnité de 12 mois. La BAFO du 18 juillet 2019 indique une garantie de 500.000 EUR avec une période d'indemnité de 12 mois. Le doublement de la garantie constitue une nouvelle garantie et à tout le moins une modification de l'offre.

Cet élément constitue le changement principal apporté par P&V à son offre initiale et démontre que P&V a eu la possibilité de l'améliorer.

À cet égard, la partie adverse renvoie, pour autant que de besoin, au courriel de P&V du 18 juillet 2019 (pièce 5 du dossier administratif). Dans ce courriel, P&V indique clairement que son offre a été améliorée ».

La partie adverse a donc elle-même admis que le courrier du 18 juillet 2019 ne comportait pas l'ajout de 9 postes supplémentaires de limites d'intervention par rapport à l'offre initiale, ni la suppression de la garantie « pertes indirectes ». Elle a toutefois maintenu que la requérante avait amélioré son offre en ajoutant « une garantie supplémentaire (chapitre "frais supplémentaires d'exploitation" » : augmentation du capital assuré) » et en ne donnant pas « de suite favorable à certaines demandes de la partie averse (ex. : refus de proposer la mise en place d'un plan de réinsertion professionnelle pour les victimes d'accidents du travail) ».

Il résulte toutefois des explications de la requérante, formulées à la suite de la mesure d'instruction précitée, que son offre comportait une incohérence, en ce que le tableau récapitulatif des garanties mentionnait, au sujet de l'intervention de l'assurance dans les « frais supplémentaires d'exploitation » en cas de sinistre (aussi appelés « frais supplémentaires additionnels » dans l'offre de la requérante) une limite d'intervention de 250.000 euros et de 500.000 euros, dans deux cases distinctes. Il s'agissait d'une incohérence puisque ces deux sommes sont supposées concerner la

même garantie. La requérante a rectifié son offre afin qu'elle mentionne, aux deux endroits du tableau, la même limite de 500.000 euros.

À supposer que cette clarification puisse être qualifiée de modification de l'offre, et non d'une rectification d'une erreur matérielle, elle ne permet d'établir ni qu'il a été proposé à la requérante d'améliorer son offre, ni *a fortiori* les termes exacts de cette demande.

L'affirmation de la partie adverse selon laquelle le courrier du 18 juillet 2019 de la requérante permet de constater la décision de la requérante « de ne pas donner de suite favorable à certaines demandes de la partie averse » ne peut pas non plus être suivie.

Le texte du courrier du 18 juillet 2019 de la requérante tend à indiquer qu'une question précise lui a été posée, vraisemblablement lors de la réunion du 10 juillet 2019, au sujet de l'existence dans son offre d'un plan de réinsertion en cas d'accident du travail, et que la requérante s'est limitée à répondre qu'elle n'avait pas un tel plan de réinsertion. Cette réponse quant à un aspect précis de l'offre déposée ne constitue pas une modification de cette offre. Elle ne permet *a fortiori* ni de conclure que la partie adverse aurait demandé à la requérante d'améliorer son offre, ni de déterminer la portée exacte d'une telle demande.

Le premier moyen, en sa première branche, est fondé.

Il n'y a pas lieu d'examiner le moyen en sa deuxième branche qui ne peut aboutir à une annulation plus étendue.

VI. Indemnité de procédure et autres dépens

Dans sa demande de suspension d'extrême urgence, la partie requérante sollicite une « indemnité de procédure de 700 EUR ». Dans le cadre de la procédure en annulation, elle demande également une « indemnité de procédure de 700 EUR ».

À cet égard, la partie requérante ne fait état d'aucun élément qui pourrait justifier que lui soit accordée une double indemnité de procédure. En application de l'article 67, § 2, du règlement général de procédure, elle est toutefois en droit de se voir octroyer une indemnité de procédure majorée de 20 pourcents, sa demande de suspension introduite sous le bénéfice de l'extrême urgence ayant été suivie d'un recours en annulation.

Dans ces circonstances, il y a lieu d'accorder à la partie requérante une indemnité de procédure liquidée au montant indexé de 924 euros.

L'annulation de l'acte attaqué justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient mis à la charge de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La décision de la partie adverse du 8 août 2019 d'attribuer le marché public de services ayant pour objet la « conclusion de divers contrats d'assurances de la commune de Nandrin (référence 2019-104) » à la société Ethias est annulée.

Le recours est rejeté pour le surplus.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir les droits de rôle de 400 euros, les contributions de 40 euros et l'indemnité de procédure de 924 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 26 juin 2024, par la VIe chambre du Conseil d'État, composée de :

David De Roy,	président de chambre,
Michèle Belmessieri,	conseillère d'État,
Xavier Close,	conseiller d'État,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent Durieux David De Roy