

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 231.878 du 7 juillet 2015

G./A.216.032/VI-20.469

En cause : **la société anonyme PFIZER,**

ayant élu domicile chez
Mes Catherine LONGEVAL et
Lieselot MARIËN, avocats,
avenue Louise, n° 165,
1050 Bruxelles,

contre :

- 1. l'Office de la Naissance et de l'Enfance**, en abrégé O.N.E.,
- 2. la Communauté française**, représentée par son
Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL, et
Céline POUPPEZ, avocats,
place Flagey, n° 18,
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme SANOFI PASTEUR M.S.D.,

ayant élu domicile chez
Me Michel KAISER, avocat,
boulevard Louis Schmidt, n° 56,
1040 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 3 juin 2015, la société anonyme PFIZER sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision d'attribution de l'ONE dans la procédure d'appel d'offres ouvert sous la référence CSC S-1461-DCVD-FC-Vaccination, portant, entre autres, sur la fourniture de vaccins destinés à protéger les enfants contre le pneumocoque".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 4 juin 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 29 juin 2015 à 10 heures 30.

La société anonyme SANOFI PASTEUR a, par une requête introduite le 22 juin 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Les parties adverses ont déposé, les 15 et 22 juin 2015, sur le site du Conseil d'Etat deux notes d'observations et le dossier administratif.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

Une ordonnance n° 1970-F du 23 juin 2015, notifiée aux parties, soustrait à la consultation des tiers intéressés et, plus largement, de toutes parties intervenantes, les notes d'observations déposées par les parties adverses les 15 et 22 juin 2015 et invite celles-ci à déposer une version de leur note dans laquelle certains extraits, énumérés à l'article 2 de l'ordonnance, sont retirés.

Les parties adverses ont déposé une nouvelle note d'observations le 24 juin 2015.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Mes Dominique LAGASSE, Catherine LONGEVAL, Lieselot MARIËN et Femke VAN der HAEGEN, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Patrick THIEL et Céline POUPPEZ, avocats, comparaissant pour les parties adverses et Mes Pierre François HENRARD et Sophie VINCENT, *loco*, Me Michel KAISER, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

Une ordonnance n° 1999-F du 29 juin 2015, notifiée aux parties, soustrait à la consultation des parties les pièces 26, 39, 40, 41 et 42 du dossier administratif ainsi que les pièces a, b et c des annexes de la requête en suspension et rejette la demande de huis clos formulée par les parties adverses.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. L'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé O.N.E., est un organisme d'intérêt public créé par le décret de la Communauté française du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé "ONE", lequel décret régit ses missions, son organisation et sa gestion.

Avant l'entrée en vigueur d'un décret de la Communauté française du 4 décembre 2014, l'article 2 du décret du 17 juillet 2002 confiait à l'O.N.E. les missions suivantes:

- " Art. 2. § 1. L'Office a pour missions de service public :
- 1° l'accompagnement de l'enfant dans et en relation avec son milieu familial et son environnement social, dite «Accompagnement»;
 - 2° l'accueil de l'enfant en dehors du milieu familial, dite «Accueil».
- La mission de service public visée à l'alinéa 1^{er}, 1°, se décline en missions opérationnelles comme suit :
- 1° l'organisation de consultations prénatales;
 - 2° l'organisation de consultations pour enfants;
 - 3° l'organisation de l'accompagnement à domicile;
 - 4° le suivi des équipes SOS-Enfants conventionnées avec l'Office.
- La mission de service public visée à l'alinéa 1^{er}, 2°, se décline, outre en missions opérationnelles découlant d'autres dispositions légales spécifiques, en missions opérationnelles comme suit : autoriser, agréer, subventionner, créer ou gérer des institutions et services; assurer un accompagnement en aide et conseil des institutions et services et exercer sur eux un contrôle.
- Les institutions et services visés à l'alinéa 3 relèvent d'au moins une des catégories suivantes:
- 1° les milieux subventionnés en application de l'article 3;
 - 2° les milieux agréés et non subventionnés en application de l'article 3;
 - 3° les milieux autorisés en vertu de l'article 6, mais non agréés en application de l'article 3;
 - 4° les milieux organisés par l'Office;
 - 5° les services d'accueil spécialisé autorisés en application de l'article 6 et/ou agréés et/ou subventionnés en application de l'article 3;
 - 6° les opérateurs de l'accueil extra-scolaire;
 - 7° les centres de vacances;
 - 8° les écoles de devoirs.
- § 2. L'Office a pour missions transversales :
- 1° le soutien à la parentalité;
 - 2° la promotion de la santé et l'éducation à celle-ci;
 - 3° la promotion de la formation continue des acteurs des politiques de l'enfance;
 - 4° l'accompagnement et l'évaluation du travail des acteurs locaux;
 - 5° l'information des parents et des futurs parents;
 - 6° la réalisation, dans le respect de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements des données à caractère personnel, de recherches et la constitution d'une documentation dans toutes les disciplines en lien avec ses missions de services publics, le recueil et le

- traitement des données médico-sociales à caractère personnel relatives à la santé des mères ou des futures mères, des parents et des enfants;
- 7° l'analyse de la situation, de l'évolution des besoins et des expériences innovantes et, le cas échéant, la formulation de propositions d'initiatives nouvelles.

§ 3. L'Office déclinera ses missions en visant l'efficacité et en respectant les principes d'actions suivants :

- 1° l'universalité, la non-discrimination et l'accessibilité pour tous;
- 2° la qualité des services offerts;
- 3° la bientraitance;
- 4° la participation des acteurs;
- 5° l'action en partenariats".

Depuis l'entrée en vigueur du décret de la Communauté française du 4 décembre 2014 modifiant le décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé "O.N.E.", une nouvelle mission est confiée à l'O.N.E., portant sur "les programmes de médecines préventives". Cette mission est visée au point 8°, de l'article 2, § 2, dans sa version désormais applicable.

Le décret du 4 décembre 2014 précité est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015.

III. 2. En sa séance du 15 octobre 2014, le Gouvernement de la Communauté française a pris la décision intitulée et libellée comme suit:

- " Octroi d'un mandat à l'ONE pour lancer un marché public de fourniture de vaccins avec publicité européenne pour obtenir la fourniture et la livraison de différents vaccins à destination de la Communauté française, de la Communauté germanophone et de la Commission communautaire commune.

[...]

Décision:

1. Le Gouvernement mandate l'ONE, sous réserve de l'acceptation par son Conseil d'administration, pour qu'il lance un marché public de fournitures de vaccins via une procédure d'appel d'offres avec publicité européenne, conformément à la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.
2. Il charge la Ministre de l'Enfance de l'exécution de la présente décision et de lui présenter, d'ici la fin de l'année 2014, les propositions de modifications du contrat de gestion de l'ONE qui organisent les nouvelles compétences transférées".

Le dossier administratif déposé dans le cadre de la présente procédure contient la copie d'une notification non datée de cette décision, dont rien n'indique qu'elle a été faite à l'intention de l'O.N.E.. Ce même dossier administratif ne contient, par ailleurs, aucune trace de notification à l'O.N.E. du mandat que le Gouvernement de la Communauté française a décidé de lui donner.

Dans la note au Gouvernement établie en vue de l'adoption de cette décision, le contexte de passation du marché litigieux est décrit comme suit:

" Dans le cadre des différents transferts de compétences, l'ONE reprend, à partir du 1^{er} janvier 2015, une partie des compétences de la DG Santé du Ministère de la Communauté française, notamment en matière de vaccination. Afin que ce soit la même entité qui lance et attribue le marché public, il a été convenu avec la DG Santé et l'ONE de mandater l'ONE pour le lancement de la procédure de marché public. En effet, à la date d'attribution du marché, l'ONE sera en charge de cette matière et il sera donc compétent pour attribuer le marché.

Le prochain Conseil d'administration de l'ONE se réunissant le 22 octobre prochain, il est impératif que l'ONE reçoive le mandat de lancer la procédure de mandat avant cette date".

La note fait également apparaître que la livraison de vaccins s'inscrit actuellement dans le cadre de l'exécution d'un précédent marché, attribué en 2011 et dont la période d'exécution vient à échéance le 31 août 2015.

III. 3. Dès avant cette séance du Gouvernement de la Communauté française, une note intitulée "Lancement du marché public de fournitures portant sur l'acquisition et la livraison de vaccins destinés à protéger les enfants, les femmes enceintes et les adolescents" est établie, le 13 octobre 2014, à l'intention du conseil d'administration de l'O.N.E.. Y sont notamment évoqués la future prise en charge, par l'organisme, de la politique de vaccination en Communauté française et, dans cette perspective, le contexte de passation prochaine du marché litigieux. Il y est également proposé au conseil d'administration de marquer son accord sur le lancement du marché public litigieux et d'approuver le cahier spécial des charges y relatif. Cette proposition de délibération précise bien que les décisions seront prises

" Sous réserves:

- de la notification du mandat conféré par le Gouvernement de la CF à l'ONE pour le lancement du marché public de fournitures portant sur l'acquisition et la livraison de vaccins destinés à protéger les enfants, les femmes enceintes et les adolescents;
- de la notification de l'intégration des dépenses en doses de vaccins à la dotation de l'Office;
- ainsi que de l'approbation via le Cabinet de tutelle de la mesure spécifique destinée à la vaccination des femmes enceintes contre la diphtérie, le tétanos et la coqueluche".

Il est fait référence à ces mêmes réserves dans l'avis budgétaire donné le 16 octobre 2014 et annexé à la note au conseil d'administration.

III. 4. En sa séance du 22 octobre 2014, le conseil d'administration de l'O.N.E. marque son accord sur le lancement du marché public litigieux et approuve le cahier

spécial des charges y relatif. Le procès-verbal de cette séance précise bien que ces décisions sont prises

" Sous réserve:

- de la notification de l'intégration des dépenses en doses de vaccins à la dotation de l'Office;
- ainsi que de l'approbation via le Cabinet de tutelle de la mesure spécifique destinée à la vaccination des femmes enceintes contre la coqueluche;
- d'une correction technique d'adresse en page 15".

III. 5. Les 21 et 25 novembre 2014, des avis de marché sont publiés au Bulletin des adjudications et aux annexes du Journal officiel de l'Union européenne. Il en ressort notamment que le marché, qui comporte dix lots, doit être passé selon la procédure d'appel d'offres ouvert, avec publicité européenne.

Quatre critères d'attribution sont identifiés et pondérés comme suit:

1. Qualité intrinsèque des vaccins (45 points);
2. Prix unitaire (30 points);
3. Stabilité des vaccins en cas de rupture de la chaîne du froid (15 points);
4. Commodité d'emploi (10 points).

III. 6. A l'échéance du délai de dépôt des offres, fixée le 29 janvier 2015, il apparaît que la requérante a déposé une offre pour les lots n^{os} 4 et 6.

III. 7. Par un arrêté du 11 février 2015, le Gouvernement de la Communauté française a approuvé l'avenant n° 3 au contrat de gestion de l'Office de la Naissance et de l'Enfance 2013-2018. Suite à cette modification, le chapitre 5bis du Contrat de Gestion, concernant la politique de Vaccination, se lit désormais comme suit :

" Chapitre 5bis – VACCINATION

Art. 35bis. § 1. L'Office est responsable de la politique en matière de vaccination au sein de la Fédération Wallonie-Bruxelles, en s'inspirant directement des recommandations formulées par la section «vaccinations» du Conseil supérieur de la Santé mis en place auprès de l'Administration fédérale de la Santé publique.

§ 2. Dans ce cadre, l'Office assure tant la promotion de la vaccination en général que l'achat et la distribution (aux médecins généralistes et pédiatres) des vaccins destinés aux enfants francophones de 2 mois à 18 ans ainsi qu'aux femmes enceintes pour ce qui concerne la coqueluche.
[...]

§ 3. L'Office, ayant déjà été mandaté en 2014 par le Gouvernement pour lancer un marché public de fournitures portant sur l'acquisition et la livraison de vaccins, en poursuivra la procédure jusqu'à son attribution finale, laquelle doit être réalisée pour le 1^{er} septembre 2015 au plus tard, date d'échéance du marché en cours.

L'Office procédera ensuite au renouvellement du marché à chaque échéance suivante.

§ 4. En outre, ce marché est exécuté dans le cadre d'une centrale de marché constituée pour permettre à la Communauté française (ONE) de commander et de faire livrer les doses pour le compte de la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune de la Région de Bruxelles - Capitale. Le Gouvernement s'engage à finaliser avant l'attribution du marché un accord de coopération avec la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune à cet effet. Celui-ci précisera notamment que la Communauté française (ONE), en tant que centrale de marché, reste la seule interlocutrice auprès du ou des différents adjudicataires pour ce qui concerne le processus d'exécution du marché, qu'à ce titre, la Communauté française (ONE) est la seule habilitée à pouvoir procéder, après consultation des autres parties, à l'ensemble des commandes envisagées par ce marché pour son propre compte, et à la demande et pour le compte des différents pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires que sont la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune, et enfin que la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune, en tant que pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires, sont pleinement responsables du paiement des commandes qui auront été passées à sa demande et pour son compte par la Communauté française (ONE).

§ 5. L'Office reprend et gère l'exécution de la convention de collaboration conclue avec l'association de fait «PROVAC», convention par laquelle «PROVAC» s'engage à mettre en œuvre en collaboration avec la Fédération Wallonie-Bruxelles et l'ONE :

- des activités de recherche (notamment enquêtes de couverture vaccinale);
- des activités de formation pour les acteurs de la vaccination;
- des activités de valorisation des acquis scientifiques pour la prise de décision et l'information générale sur le programme;
- le développement et la hotline d'e-vax.

Toutes ces activités de recherche, de formation et de valorisation contribuent à renforcer la continuité, la cohérence et la crédibilité du programme de vaccination en Fédération Wallonie-Bruxelles.

À la fin de la convention visée à l'alinéa précédent, l'Office poursuivra ces activités dans le cadre de sa propre organisation ou dans le cadre d'une convention en tout ou partie renouvelée".

Publié au Moniteur belge du 24 mars 2015, cet avenant est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015, et ce conformément à l'article 2 de l'arrêté du 11 février 2015 précité.

III. 8. Le 18 février 2015, est conclu un "Accord de coopération entre la Communauté française (O.N.E.), la Commission communautaire commune de la Région de Bruxelles-Capitale et la Communauté germanophone relatif à l'achat de vaccins destinés à protéger les enfants, les femmes enceintes et les adolescents".

Présenté comme s'inscrivant dans le contexte de création d'une centrale de marchés, pour la fourniture de divers vaccins destinés à protéger les enfants, les femmes enceintes et les adolescents, cet accord définit les rôles, responsabilités et

modalités d'intervention de chacun des signataires dans l'exécution du marché litigieux. Par ailleurs, et selon son article 5, il produit ses effets le 21 novembre 2014.

III. 9. Le 31 mars 2015, la section de législation du Conseil d'Etat rend son avis 57.183/VR sur un avant-projet de décret portant assentiment de l'accord de coopération du 18 février 2015. Cet avis fait suite à une demande adressée par la Vice-Présidente et Ministre de l'éducation, de la petite enfance, des crèches et de la culture de la Communauté française.

III. 10. En sa séance du 29 avril 2015, le conseil d'administration de l'O.N.E. approuve le rapport d'analyse des offres établi par ses services et attribue les différents lots du marché litigieux, à l'exception du lot n° 7, pour lequel aucune offre n'a été déposée. Il s'agit de l'acte attaqué.

S'agissant du lot n° 4, il est attribué à la société GLAXOSMITHKLINE PHARMACEUTICALS. La requérante se voit, par ailleurs, attribuer le lot n° 6.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 22 juin 2015, la société anonyme SANOFI PASTEUR M.S.D. demande à intervenir dans la procédure en référé.

En tant qu'attributaire des lots n^{os} 1, 2 et 5 du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

En conséquence, rien ne s'oppose à ce que cette demande soit accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

V. DESIGNATION DES PARTIES ADVERSEES

Il n'est pas contesté que c'est bien l'Office de la Naissance et de l'Enfance qui a adopté l'acte attaqué.

En dépit des incertitudes qui subsistent quant au rôle joué par la Communauté française à l'origine du marché litigieux, et dont il est question à l'occasion de l'examen du premier moyen, il n'apparaît pas que la qualité de partie adverse doive lui être reconnue.

En conséquence, la Communauté française doit être mise hors de cause dans le cadre de la présente procédure.

VI. DESISTEMENT PARTIEL

A l'audience du 29 juin 2015, la requérante a informé le Conseil d'Etat de ce qu'elle se désistait de sa demande en tant que celle-ci porte sur l'attribution des lots n^{os} 1 à 3 et 5 à 10.

Rien ne s'oppose à ce désistement.

VII. PREMIER MOYEN – PREMIERE BRANCHE

VII. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen qui, pour ce qu'il y a lieu de considérer comme étant sa première branche, est libellé comme suit:

- " A. Premier moyen: à titre principal : annulation de la Décision Attaquée dans sa totalité, sur la base d'excès de pouvoir de l'Administrateur Général de l'ONE à prendre la Décision Attaquée et de la violation des obligations de transparence et de motivation formelle
31. Premièrement, l'ONE n'était pas compétent pour passer un marché public dans le domaine des vaccins.
32. Les missions de l'ONE sont énumérées dans l'article 2 du décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé «ONE». Par décret du 4 décembre 2014 modifiant le décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé «O.N.E.», cette liste a été complétée avec une mission supplémentaire, à savoir «les programmes de médecines préventives». Ce dernier décret est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015. Par conséquent, au moment de la publication de l'avis du marché, à savoir le 21 novembre 2014, l'ONE n'était pas compétent en matière de programmes de médecines préventives, en ce compris les programmes de vaccination.
33. Ceci est confirmé par le fait que seulement par arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 11 février 2015 portant approbation de l'avenant n° 3 au contrat de gestion de l'Office de la Naissance et de l'Enfance 2013-2018, la nouvelle mission de l'ONE a été détaillée. Cet arrêté introduit un avenant n° 3 au contrat de gestion de l'ONE, qui porte notamment sur la responsabilité de l'ONE en matière de vaccination.
34. Par conséquent, la Requérante demande à votre Conseil d'annuler la Décision Attaquée dans sa totalité pour cause d'excès de pouvoir".

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir ce qui suit:

- " 5.2 PREMIÈRE BRANCHE : PRÉTENDUE INCOMPÉTENCE DE L'ONE AU MOMENT DU LANCEMENT DU MARCHÉ
32. La première partie adverse, l'ONE, est un organisme d'intérêt public doté de la personnalité juridique.

Elle est pouvoir adjudicateur. Elle est à ce titre reprise dans la liste annexée à l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Rien (aucune disposition légale ou statutaire) n'empêche qu'elle puisse jouer le rôle de centrale de marchés.

33. Son organisation est régie par le décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance. Elle a pour mission de service public, au sens large, l'accompagnement de l'enfant et la protection de celui-ci, en relation avec son milieu familial et son environnement social.

Ses missions sont mentionnées à l'article 2 du décret du 17 juillet 2002. On relève parmi celles-ci, au § 2, la promotion de la santé et l'éducation à celle-ci. On souligne également l'article 4 dudit décret qui précise que

« l'Office peut, dans les limites fixées par le présent décret et conformément au contrat de gestion visé à l'article 26 et à son règlement organique visé à l'article 14, exercer toutes les activités et faire toutes les opérations, de quelque nature que ce soit, qui se rapportent, en tout ou en partie, à l'accomplissement de ses missions [visées à l'article 2] ou qui contribuent à en assurer ou à en faciliter la réalisation».

34. Il appartient au C.A. de fixer son règlement organique «qui détermine le mode selon lequel il exerce ses attributions».

Enfin, l'ONE exerce «ses missions selon les orientations et modalités définies dans un contrat de gestion conclu» entre elle et la Communauté française. Ce contrat règle au moins «les tâches que l'Office assume en vue de l'exécution de ses missions».

35. Comme cela a été exposé ci-devant (voir ci-dessus, point 2.1), ensuite de la 6^{ème} réforme de l'Etat et dans un souci de cohérence et de simplification administrative, le Gouvernement de la deuxième partie adverse a décidé de transférer à l'ONE, à partir du 1^{er} janvier 2015, la mission des programmes de médecine préventive et notamment de la vaccination.

36. Les parties ont cependant décidé, pour des raisons d'organisation (planning) et afin d'assurer dans les meilleures conditions la succession du marché en cours avec celui à conclure, que la procédure de passation du marché soit lancée avant le 1^{er} janvier 2015, soit à un moment où la compétence matérielle en matière de vaccination n'avait pas encore été transférée à l'ONE. Afin que ce soit la même entité qui lance et attribue le marché public litigieux, la deuxième partie adverse a dès lors donné mandat, en date du 15 octobre 2014, à la première partie adverse – sous réserve de l'acceptation de son Conseil d'Administration- de lancer le marché litigieux.

Cela ressort du document intitulé «Note au Gouvernement de la Fédération Wallonie-Bruxelles»:

« Dans le cadre des différents transferts de compétences, l'ONE reprend, à partir du 1^{er} janvier 2015, une partie des compétences de la DG Santé du Ministère de la Communauté française, notamment en matière de vaccination. Afin que ce soit la même entité qui lance et attribue le marché public, il a été convenu avec la DG Santé et l'ONE de mandater l'ONE pour le lancement de la procédure de marché public. En effet, à la date d'attribution du marché, l'ONE sera en charge de cette matière et il sera donc compétent pour attribuer le marché».

37. Ce mandat a été adopté et donné, par la seconde partie adverse, *in tempore non suspecto*. Il date du 15 octobre 2014. Il se lit comme suit :

« 1. Le Gouvernement mandate l'ONE, sous réserve de l'acceptation par son Conseil d'administration, pour qu'il lance un marché public de fournitures de vaccins via une procédure d'appel d'offres avec publicité européenne, conformément à la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

2. Il charge la Ministre de l'Enfance de l'exécution de la présente décision et de lui présenter, d'ici la fin de l'année 2014, les propositions de modifications du contrat de gestion de l'ONE qui organisent les nouvelles compétences transférées".

(sé) Karim IBOURKI

Secrétaire du Gouvernement».

38. Le Conseil d'administration de la première partie adverse a accepté ledit mandat en sa séance du 22 octobre 2014. A cette occasion, les documents du marché ont été adoptés par ledit Conseil d'Administration.

L'existence de ce mandat est encore confirmée par le § 3 de l'article 35bis du Contrat de Gestion conclu entre les parties adverses :

« § 3. L'Office, ayant déjà été mandaté en 2014 par le Gouvernement pour lancer un marché public de fournitures portant sur l'acquisition et la livraison de vaccins, en poursuivra la procédure jusqu'à son attribution finale, laquelle doit être réalisée pour le 1^{er} septembre 2015 au plus tard, date d'échéance du marché en cours. L'Office procédera ensuite au renouvellement du marché à chaque échéance suivante».

39. La première partie adverse a initialement agi dans le cadre d'un mandat donné par la seconde partie adverse. À compter de ce moment, l'ONE était compétente pour procéder à la procédure d'attribution du marché litigieux, de son lancement à son attribution (= objet du mandat), indépendamment de savoir si la compétence matérielle en matière de vaccination lui a été transférée.

Cela n'a rien d'illégal. Chaque jour des pouvoirs adjudicateurs lancent et attribuent des marchés qui ne ressortent pas d'une compétence matérielle qui leur a été attribuée légalement. Aucune disposition légale n'impose que les marchés publics qu'un pouvoir adjudicateur lance ressortissent des compétences qui lui ont légalement été attribuées.

Par exemple, une Commune ou une intercommunale peut jouer le rôle de centrale de marchés en matière d'assurances et passer des marchés au nom et pour compte de ses membres sans qu'une compétence matérielle lui ait été attribuée légalement.

En effet, la réglementation des marchés ne concerne pas la répartition des compétences, mais vise à ce que ces procédures transparentes et concurrentielles soit menées afin que les pouvoirs adjudicateurs (entités soumises à la réglementation) lancent lesdites procédures pour satisfaire des besoins qu'ils identifient.

Dans la détermination de ces besoins, les pouvoirs adjudicateurs disposent d'une marge d'appréciation discrétionnaire. En l'espèce, il ne fait pas de doute qu'au regard de son activité, l'ONE n'a pas mis en œuvre ladite marge dans une mesure qui excède le raisonnable.

40. En toute hypothèse, l'ONE est compétente en matière de vaccins depuis le 1^{er} janvier 2015, comme cela ressort de l'article 2 du Décret du 4 décembre 2014 modifiant le décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé «O.N.E.».

En adoptant l'acte attaqué à un moment où elle est assurément compétente, il ne peut pas être fait grief à l'ONE d'avoir outrepassé ses compétences.

La première branche du moyen manque donc de sérieux".

C. Plaidoiries

A l'audience du 29 juin 2015, la requérante observe que le mandat donné à l'O.N.E. le 15 octobre 2014, dont il est fait état dans la note d'observations, doit s'analyser en une délégation de compétence qui, à son estime, ne répond pas aux conditions au respect desquelles peut être admis le recours à un tel procédé. Pour cette raison, elle soutient que le mandat doit être considéré comme illégal. Elle s'interroge sur ce qui lui paraît procéder d'une certaine précipitation dans le contexte du marché litigieux, alors que l'avis relatif à celui-ci a été publié moins de six semaines avant que soit effectif le transfert de compétence à destination de l'O.N.E., et que la procédure aurait pu être lancée dès la date de ce transfert, sans causer un retard préjudiciable. Elle ajoute qu'est dénué de pertinence l'argument de la note d'observations aux termes duquel, en substance, chaque jour, des pouvoirs adjudicateurs lancent et attribuent des marchés qui ne ressortent pas d'une compétence matérielle qui leur a été attribuée légalement, alors que – toujours selon la partie adverse – la réglementation des marchés publics ne concerne pas la répartition des compétences, mais vise à ce que ces procédures soient menées afin que les pouvoirs adjudicateurs lancent lesdites procédures pour satisfaire des besoins qu'ils identifient. Elle fait, par ailleurs, valoir, que s'il est question, en l'espèce, d'un marché conjoint, les mandats sur le fondement desquels sa passation a été décidée ne sont pas produits dans le cadre de la présente procédure. Elle précise enfin ne pas apercevoir dans le mandat donné le 15 octobre 2014 la référence à un marché conjoint.

Egalement en termes de plaidoiries, la partie adverse observe que le mandat qui lui a été donné le 15 octobre 2014 par le Gouvernement de la Communauté française porte sur le lancement d'un marché conjoint, lequel relève du régime juridique propre qu'institue l'article 38 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; au regard de ce régime, la légalité du procédé contesté par la requérante n'est, à l'estime de la partie adverse, pas douteuse. Elle souligne que le marché litigieux est bien un marché conjoint et qu'en l'espèce, il n'y a pas de centrale d'achats. En réponse à une question de l'auditeur rapporteur, elle précise que, lorsqu'elle a lancé le marché, elle agissait en nom propre. Elle ajoute enfin qu'indépendamment de la question de son pouvoir d'adopter des actes préparatoires, telles les décisions de lancement du marché et d'approbation du cahier spécial des charges prises le 22 octobre 2014, sa compétence trouve un fondement suffisant dans l'article 2, § 2, 2°, de son décret

organique, laquelle disposition lui confie "la promotion de la santé et l'éducation à celle-ci".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

En sa première branche, le premier moyen impose de vérifier que l'O.N.E. disposait de la compétence pour prendre la décision du 22 octobre 2014, par laquelle il lance le marché litigieux et approuve le cahier spécial des charges de celui-ci.

Quant à la compétence au regard du décret du 17 juillet 2002

L'article 9 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 est libellé comme suit:

- " Dans les matières qui relèvent de leurs compétences, les Communautés et les Régions peuvent créer des services décentralisés, des établissements et des entreprises, ou prendre des participations en capital.
Le décret peut accorder aux organismes précités la personnalité juridique et leur permettre de prendre des participations en capital. Le décret en règle la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle".

Avant l'entrée en vigueur du décret de la Communauté française du 4 décembre 2014 modifiant le décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé "O.N.E.", l'article 2 du décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé "O.N.E." confiait à l'O.N.E. les missions suivantes:

- " Art. 2. § 1. L'Office a pour missions de service public :
- 1° l'accompagnement de l'enfant dans et en relation avec son milieu familial et son environnement social, dite «Accompagnement»;
 - 2° l'accueil de l'enfant en dehors du milieu familial, dite «Accueil».
- La mission de service public visée à l'alinéa 1^{er}, 1°, se décline en missions opérationnelles comme suit :
- 1° l'organisation de consultations prénatales;
 - 2° l'organisation de consultations pour enfants;
 - 3° l'organisation de l'accompagnement à domicile;
 - 4° le suivi des équipes SOS-Enfants conventionnées avec l'Office.
- La mission de service public visée à l'alinéa 1^{er}, 2°, se décline, outre en missions opérationnelles découlant d'autres dispositions légales spécifiques, en missions opérationnelles comme suit : autoriser, agréer, subventionner, créer ou gérer des institutions et services; assurer un accompagnement en aide et conseil des institutions et services et exercer sur eux un contrôle.
- Les institutions et services visés à l'alinéa 3 relèvent d'au moins une des catégories suivantes:
- 1° les milieux subventionnés en application de l'article 3;
 - 2° les milieux agréés et non subventionnés en application de l'article 3;
 - 3° les milieux autorisés en vertu de l'article 6, mais non agréés en application de l'article 3;

- 4° les milieux organisés par l'Office;
- 5° les services d'accueil spécialisé autorisés en application de l'article 6 et/ou agréés et/ou subventionnés en application de l'article 3;
- 6° les opérateurs de l'accueil extra-scolaire;
- 7° les centres de vacances;
- 8° les écoles de devoirs.

§ 2. L'Office a pour missions transversales :

- 1° le soutien à la parentalité;
- 2° la promotion de la santé et l'éducation à celle-ci;
- 3° la promotion de la formation continue des acteurs des politiques de l'enfance;
- 4° l'accompagnement et l'évaluation du travail des acteurs locaux;
- 5° l'information des parents et des futurs parents;
- 6° la réalisation, dans le respect de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements des données à caractère personnel, de recherches et la constitution d'une documentation dans toutes les disciplines en lien avec ses missions de services publics, le recueil et le traitement des données médico-sociales à caractère personnel relatives à la santé des mères ou des futures mères, des parents et des enfants;
- 7° l'analyse de la situation, de l'évolution des besoins et des expériences innovantes et, le cas échéant, la formulation de propositions d'initiatives nouvelles;

§ 3. L'Office déclinera ses missions en visant l'efficience et en respectant les principes d'actions suivants :

- 1° l'universalité, la non-discrimination et l'accessibilité pour tous;
- 2° la qualité des services offerts;
- 3° la bientraitance;
- 4° la participation des acteurs;
- 5° l'action en partenariats".

Le décret du 4 décembre 2014 précité, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015, a confié à l'O.N.E. une nouvelle compétence, visée à l'article 2, § 2, 8°, du décret du 17 juillet 2002 précité et identifiée comme portant sur "les programmes de médecines préventives".

Les travaux préparatoires du décret du 4 décembre 2014 révèlent qu'au titre des missions qui incombent désormais à l'O.N.E. dans le cadre de cette nouvelle compétence, "il s'agit tant de définir les programmes de vaccination, que de faire les marchés et de mettre les vaccins à disposition, de faire livrer aux prescripteurs soit à tous les médecins" (Parlement de la Communauté française, Projet de décret modifiant le décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé "O.N.E.", Doc. 29 (2014-2015) — N° 1, p.4). Il en résulte qu'avant cette modification du décret du 17 juillet 2002, l'O.N.E. ne trouvait, dans celui-ci, aucun fondement à la compétence pour prendre quelque acte se rapportant à la passation du marché litigieux. La Communauté française n'avait d'ailleurs pas interprété autrement l'étendue des pouvoirs que l'O.N.E. tirait de son décret organique avant le 1^{er} janvier 2015, la raison du "mandat" donné à cet organisme le 15 octobre 2014 étant précisément – ainsi que cela ressort notamment de plusieurs pièces du dossier administratif – que la compétence en cause ne relevait pas encore de celles

qu'avaient définies le législateur décrétoal en vertu de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée.

Dans ces circonstances, il ne peut être raisonnablement contesté que, lorsqu'il a adopté cette décision du 22 octobre 2014, l'O.N.E. ne disposait pas de la compétence pour lancer le marché litigieux et en approuver le cahier spécial des charges.

Il reste à examiner, au regard des considérations émises par la partie adverse, tant dans sa note d'observations qu'en termes de plaidoiries, si la compétence de l'O.N.E. pour prendre cette décision du 22 octobre 2014 trouvait quelque autre fondement.

Quant à la compétence au regard de la délibération du Gouvernement de la Communauté française du 15 octobre 2014

Les débats tenus au cours de la présente procédure n'ont pas permis d'établir si la décision du 15 octobre 2014 par laquelle le Gouvernement de la Communauté française "mandate" l'O.N.E. pour le lancement du marché litigieux constitue une délégation de pouvoirs ou un mandat, au sens civil du terme.

Quelque soit le sens qu'il y a lieu de reconnaître à ce "mandat", il s'impose de constater, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, que le Gouvernement de la Communauté française n'a pu, sans commettre un excès de pouvoir, particulièrement au regard des prérogatives que l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée reconnaît au législateur, attribuer à l'O.N.E. – en adoptant cette délibération – une mission ne ressortissant pas aux compétences de cet organisme, telles qu'elles étaient définies par le décret du 17 juillet 2002, dans sa version applicable à la date du 15 octobre 2014.

Quant à la compétence au regard d'un mandat donné à l'O.N.E. dans le cadre d'un marché conjoint ou au titre de centrale de marchés

Enfin, est indifférent le fait qu'en prenant sa décision du 22 octobre 2014, l'O.N.E. serait intervenu dans le cadre d'un marché conjoint organisé conformément à l'article 38 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ou en qualité de "centrale d'achat" ou de "centrale de marchés" au sens de l'article 2, 4°, de cette loi du 15 juin 2006. Aucune de ces circonstances n'autoriserait, en toute hypothèse, l'O.N.E. à agir en dehors des compétences, telles qu'elles étaient définies par le décret du 17 juin 2002 à la date

d'adoption de cette décision, compétences ne comprenant donc pas – ainsi que cela vient d'être constaté – celle pour l'exercice de laquelle le marché litigieux a été passé.

Au regard des développements qui précèdent, il n'apparaît pas, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, que l'O.N.E. disposait de la compétence pour prendre sa décision du 22 octobre 2014, de sorte que le moyen qui, en sa première branche, le lui en fait grief doit être déclaré sérieux.

VIII. BALANCE DES INTERETS

VIII. 1. Thèses des parties

A. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir ce qui suit:

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

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

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

94. En l'espèce la suspension du marché – et spécialement du lot 4, très important en volume – aurait pour conséquence immédiate d'empêcher la première partie adverse d'attribuer celui-ci et donc d'assurer la continuité de son programme de vaccination pour les maladies visées.

Tous les marchés en cours se finissent le 31 août 2015.

Par ailleurs, étant donné les moyens développés, la décision attaquée ne pourra pas être reprise ou corrigée dans un délai raisonnable.

S'il est fait droit à la requête, toute la procédure devrait le cas échéant être relancée, ce qui nécessitera, en fonction des informations déposées par les firmes, plusieurs semaines, voire mois, de délais.

Le marché actuel, attribué à Pfizer, se termine le 31 août 2015. Ceci signifie que la production actuelle des vaccins Prevenar13 par cette firme ne tient pas nécessairement compte des 180.000 doses estimées à fournir à la Communauté française et dont, conformément au cahier spécial des charges, un stock de 25 % doit être immédiatement disponible à tout moment.

Cela pose un risque que personne, ni la requérante, ni Votre Conseil ne peut prendre en terme de santé publique.

95. À cet égard, il y a lieu de tenir compte de l'importance des programmes de vaccination pour la santé publique.

La mise à disposition gratuite des vaccins du programme vaccinal de base est organisée dans le cadre du plan quinquennal de santé publique adopté en Communauté française et conformément au calendrier vaccinal établi par la Communauté française.

Le plan quinquennal décrit notamment les objectifs en matière de vaccination:

« 3. La prévention des maladies infectieuses

La prévention des maladies infectieuses est une priorité classique des programmes de santé nationaux.

La Communauté française met particulièrement l'accent sur la promotion de la vaccination, la prévention du sida et des maladies sexuellement transmissibles (MST) et la prophylaxie de la tuberculose.

3.1. La promotion de la vaccination

La lutte contre les maladies évitables par la vaccination s'inscrit non seulement au niveau de la Communauté française, mais également aux niveaux fédéral, européen et planétaire.

L'objectif d'élimination de la poliomyélite dans le monde est en passe d'être atteint. L'objectif d'élimination de la rougeole est fixé pour 2007 au niveau européen.

Les effets positifs de la vaccination sur la collectivité seront pleinement garantis si l'ensemble de la collectivité adhère à un programme régulier, qui repose sur l'adoption de recommandations scientifiques et d'un calendrier vaccinal, sur la définition d'objectifs communs de protection tant collective qu'individuelle, et sur la concertation avec l'ensemble des structures impliquées et des vaccinateurs.

La qualité du programme de vaccination dépend non seulement de l'accessibilité des vaccins, du niveau d'adhésion des professionnels et du grand public aux objectifs de prévention par la vaccination, mais également des conditions de réalisation du programme pour les populations prioritaires.

3.1.1. Objectifs de promotion de la santé

Favoriser une «culture» de la vaccination :

- a) Identifier les représentations qui peuvent rendre l'accès à la vaccination difficile ou inconstant.
- b) Améliorer la compréhension, par la population, de la vaccination et de ses enjeux.
- c) Sensibiliser à l'importance d'un bilan régulier de la vaccination de l'individu.
- d) Favoriser l'utilisation de la carte de vaccination de la Communauté française.

3.1.2. Objectifs de prévention

L'objectif général est d'assurer l'accès aux vaccins pour les populations concernées, c'est-à-dire les nourrissons, les enfants et les adolescents, mais aussi les adultes, en veillant à lutter contre les inégalités sociales de santé.

Pour les nourrissons, il s'agit d'assurer la prévention de dix maladies (poliomyélite, diphtérie, tétanos, coqueluche, *Haemophilus influenzae* de type b, hépatite B, méningocoque C, rougeole, rubéole, oreillons) tout en limitant le nombre d'injections à administrer aux jeunes enfants, et en leur assurant une grande sécurité vaccinale. Une attention sera portée à l'inclusion éventuelle de la vaccination contre le pneumocoque dans le calendrier vaccinal des nourrissons.

En termes de couverture vaccinale, les objectifs à atteindre sont au moins de 95 % pour la vaccination de base des nourrissons, initiée à 2 mois et prenant fin à 15 mois.

Les enfants de 5-6 ans, de 11-12 ans et les adolescents constituent trois groupes prioritaires pour les vaccinations de rappel et de rattrapage. Les services PSE jouent un rôle irremplaçable pour ces vaccinations.

Pour les adultes, l'objectif prioritaire est d'assurer une information sur la périodicité des rappels pour tous (diphtérie et tétanos) et l'intérêt de vaccins spécifiques pour les plus vulnérables (grippe et pneumocoque).

- a) Veiller à la concertation et à la coordination de l'ensemble des vaccinateurs et des structures impliquées, et renforcer les liens entre le Conseil supérieur de promotion de la santé et le Conseil supérieur d'hygiène.
- b) Maintenir le protocole d'accord, relatif à l'achat des vaccins, entre les différents niveaux de pouvoirs belges
- c) Développer de nouveaux outils interactifs favorisant la collecte et la circulation des informations tant au niveau des professionnels que des profanes.
- d) Assurer une surveillance efficace, en termes épidémiologiques, des maladies et des couvertures vaccinales.
- e) Formaliser les rôles et missions de PROVAC dans le cadre des modifications du décret du 14 juillet 1997».

Comme l'expose le plan quinquennal, la maîtrise d'épidémies et l'éradication des maladies visées dans le calendrier vaccinal passent nécessairement par une politique de vaccination continue et la plus étendue possible.

Pour rappel, en 2014, la Communauté Française a mis à disposition des vaccinateurs un total de +/- 660.000 doses, ce qui représente la quasi-totalité des vaccinations des enfants en Communauté française.

La continuité de cette politique nécessite une organisation logistique importante, tant dans le chef de l'ONE que dans le chef des firmes qui distribuent les vaccins. A cet égard, il y a lieu de noter que la très large majorité des vaccinations figurant dans le calendrier vaccinal est administrée aux nourrissons et jeunes enfants dans les structures ONE (crèche, centre de consultation ONE).

Ces structures fonctionnent selon une organisation très précise en fonction des moments précis (déterminés sur une base scientifique dans le calendrier vaccinal) où les vaccins doivent être administrés. Cette organisation comprend l'organisation des livraisons de vaccins et de leur conservation, l'organisation des rendez-vous, de la disponibilité des prestataires de soins, de la présence des enfants, etc.

96. Par ailleurs, l'ONE doit, pour assurer l'efficacité de sa politique vaccinale, assurer une campagne d'information auprès des prestataires de soins et du grand public. Lorsqu'il y a un changement de marque de vaccin, ce choix doit être expliqué préalablement. Une suspension du marché risquerait, surtout sur la base des deuxièmes et troisièmes moyens de porter atteinte de façon importante à cette campagne d'information.

Une rupture de stock ou une discontinuité dans le programme de vaccination, même relativement courte, peut avoir des effets dramatiques. En effet, une vaccination tardive peut avoir pour conséquence une plus longue période d'exposition à un risque d'infection. De plus, postposer le moment de la vaccination accroît le risque que ce vaccin ne soit pas administré du tout, parce qu'il doit alors être administré comme vaccin de rappel, ce qui n'est pas facile à organiser.

Ces deux éléments (vaccination tardive ou absence de vaccination) aboutissent à réduire la couverture vaccinale et augmenter les chances de la circulation des germes de toutes les maladies visées par le marché. Individuellement, cela augmente le risque d'infection (et donc de conséquences graves ou de décès). A un niveau plus large, cela augmente le risque d'épidémie.

Il en découle que le programme de vaccination dépend de la continuité de la disponibilité des vaccins pour la vaccination au bon moment, dans l'intérêt de la santé publique.

La suspension éventuelle de la décision attaquée sur la base des seuls intérêts privés et commerciaux de la requérante mettrait à mal la continuité du programme de vaccination et la santé publique.

La balance des intérêts en faveur de la santé publique doit prévaloir et aboutir au rejet de la demande de suspension.

97. Dans un contexte identique à la présente affaire, Votre Conseil a d'ailleurs jugé, par un arrêt 188.958 du 18 décembre 2008 (NL), que:

« [...] la partie défenderesse a souligné le danger pour la santé publique si l'on ordonnait la suspension demandée. Dans l'état actuel de la procédure, il y a lieu de considérer cette démonstration comme suffisamment convaincante eu égard à la nature très spécifique du marché et à ses répercussions sur la santé publique, et en dépit du caractère partiellement technique de cet exposé. Le risque en soi, que les vaccinations ne puissent avoir lieu en temps utile si la suspension demandée était ordonnée, est toutefois tellement grand que l'on ne peut attendre du Conseil d'Etat qu'il crée ce risque. Le préjudice privé que la partie demanderesse peut subir du fait qu'elle perd l'opportunité d'exécuter le marché litigieux doit donc s'effacer devant la menace d'interruption des programmes de vaccination en cas de suspension, ce qui est une menace pour la santé publique, qui est un intérêt général. La demande de suspension est par conséquent rejetée»".

B. Plaidoiries

A l'audience du 29 juin 2015, la requérante a relevé que le marché actuellement en cours jusqu'au 31 août 2015 et dont elle est l'attributaire peut être prolongé par décision de la Communauté française, en vertu de l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics. Pour répondre à l'argument de la note d'observations relatif à l'exigence de disponibilité du stock, elle produit des documents qui, à son estime, établissent à suffisance qu'elle dispose dès maintenant d'un stock lui permettant d'assurer les livraisons pendant dix mois, tandis que de nouveaux stocks peuvent être constitués dans l'intervalle. Dans ces circonstances, une suspension de l'exécution de l'acte attaqué n'aurait pas pour effet d'interrompre la mission de distribution de vaccins. Elle déclare également ne pas comprendre en quoi une suspension de l'exécution de l'acte attaqué compromettrait la campagne d'information relative au nouveau vaccin. Elle se fonde, par ailleurs, sur une clause du marché actuel, prévoyant un préavis de trois mois à l'égard d'une tranche conditionnelle, pour estimer qu'en cas de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, il pourrait être remédié à brève échéance aux vices décelés par l'arrêt, l'organisation d'une nouvelle procédure ne prenant pas davantage de temps que ce délai, de sorte que les conséquences négatives pour la partie adverse en seraient d'autant limitées. Elle rappelle également la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle la seule perspective d'un retard que causerait un arrêt de suspension dans le commencement de l'exécution du marché ne suffit pas à faire obstacle à ce qu'une telle suspension soit ordonnée.

Après avoir demandé que soient écartés les documents produits par la requérante à l'appui de sa plaidoirie relative à la balance des intérêts, la partie adverse

a soutenu qu'il était sans doute quelque peu rapide de se fonder sur le délai de préavis de trois mois invoqué par la requérante pour soutenir qu'en cas de suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché litigieux, celui-ci pourrait, faire l'objet d'une nouvelle attribution dans un délai de trois mois. Elle relève, par ailleurs, que, s'agissant d'invoquer l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 précité, il s'impose d'avoir égard au fait que celui-ci ne concerne que les relations entre les parties à un marché en cours d'exécution, auquel le pouvoir adjudicateur souhaite, le cas échéant, apporter des modifications. Enfin, elle invoque l'article 26 de la loi du 15 juin 2006 et l'urgence résultant d'événements imprévisibles, qui y est visée au titre d'une des hypothèses de recours à la procédure négociée, pour en retenir que le pouvoir adjudicateur ne peut invoquer une situation d'urgence que lorsque celle-ci ne résulte pas de son fait.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dès lors que les documents produits à l'audience le sont au soutien de la réponse apportée à un argument exposé dans la note d'observations, il ne peut être reproché à la requérante de ne les avoir déposés qu'à l'audience, et non dès l'introduction de sa requête. Il n'y a donc pas lieu de les écarter.

La partie adverse doit évidemment être entendue lorsqu'elle insiste sur la nécessité d'assurer sans discontinuité les missions ressortissant à la politique de vaccination, eu égard à l'importance des besoins que l'accomplissement de ces missions a vocation à satisfaire. Cette préoccupation interpelle d'autant plus qu'est proche la date de prise de cours du marché litigieux.

Il ne peut toutefois être admis que le retard que prendrait l'attribution du marché litigieux en cas de suspension de l'exécution de la décision attaquée, aussi contrariant soit-il, suffise à justifier le refus d'en décider.

Un tel retard, qui est la conséquence inéluctable d'un arrêt de suspension fondé sur l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ne peut suffire à lui seul à justifier le rejet de la requête qui en poursuit le prononcé par le juge, sauf à paralyser la procédure de suspension organisée par le législateur en application de l'article 2 de la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007.

Sans doute, le moyen reconnu comme sérieux paraît-il de nature à contraindre la partie adverse à recommencer la procédure d'attribution du marché *ab initio*, sans garantie que cette procédure puisse aboutir à une conclusion du marché

avant le 31 août 2015, date à laquelle doit prendre fin l'exécution du marché actuellement en cours.

Il n'en demeure pas moins qu'en cas de nécessité, il appartiendrait au pouvoir adjudicateur de décider la prolongation de l'exécution du marché d'objet analogue, dont l'exécution est actuellement assurée par la requérante, et ce conformément à la faculté que lui reconnaît l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, aux termes duquel "quel que soit le mode de détermination des prix, le pouvoir adjudicateur a le droit d'apporter unilatéralement des modifications au marché initial, pour autant qu'il n'en modifie pas l'objet et moyennant juste compensation, s'il y a lieu". L'usage de cette faculté dans le cas d'espèce ne reviendrait pas à contourner les exigences de mise en concurrence d'un nouveau marché en invoquant abusivement l'urgence et les circonstances imprévisibles, mais permettrait de prolonger l'exécution du marché actuellement en cours pour assurer la continuité du service dans l'attente d'une finalisation de la nouvelle procédure.

Par ailleurs, la requérante a fait état, en termes de plaidoiries, d'éléments garantissant, à son estime, qu'elle dispose du stock nécessaire à la poursuite de la livraison du vaccin PREVENART 13 durant plusieurs mois et qu'elle est en mesure de constituer de nouveaux stocks dans l'intervalle. Elle n'a pas été contestée quant à l'exactitude de ces données et son aptitude à poursuivre l'exécution du marché actuellement en cours durant la période requise pour mener à terme la nouvelle procédure d'attribution.

Dans ces circonstances, la partie adverse reste en défaut de démontrer que les difficultés qui résulteraient d'un report de la date de début d'exécution du marché litigieux seraient insurmontables au point de justifier qu'il soit fait obstacle à la suspension de l'exécution de la décision attaquée. Ainsi, n'établit-elle pas que les conséquences négatives de la suspension qui serait prononcée dans ces conditions puissent l'emporter sur ses avantages et faire obstacle à ce titre à la suspension de l'exécution de la décision attaquée.

IX. CONFIDENTIALITE

Des ordonnances prises, dans le cadre de la présente procédure, les 23 et 29 juin 2015 décident que sont déposées sous couvert de la confidentialité les versions de la note d'observations adressées par les parties adverses les 15 et 22 juin 2015, les pièces 26, 39, 40, 41 et 42 du dossier administratif, ainsi que les pièces a, b et c des annexes de la requête en suspension d'extrême urgence.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, au stade du prononcé du présent arrêt, toujours pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La Communauté française est mise hors de cause.

Article 2.

La requête en intervention introduite par la société anonyme SANOFI PASTEUR M.S.D. est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 3.

Le désistement est décrété en tant que la demande concerne l'attribution des lots n^{os} 1 à 3 et 5 à 10 du marché public litigieux.

Article 4.

Est suspendue l'exécution de la décision prise par le conseil d'administration de l'Office de la Naissance et de l'Enfance en séance du 29 avril 2015 d'attribuer le lot n° 4 du marché public de fournitures référencé "S-1461-DCVD-FC-vaccination".

Article 5.

La confidentialité des notes d'observations déposées les 15 et 22 juin 2015, des pièces 26, 39, 40, 41 et 42 du dossier administratif ainsi que des pièces a, b et c des annexes de la requête en suspension est maintenue.

Article 6.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 7.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 8.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le sept juillet deux mille quinze par :

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.