

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 233.245 du 15 décembre 2015

G./A.217.643/VI-20.648

En cause : **l'association sans but lucratif SPMT - ARISTA,**

ayant élu domicile chez
Mes Barteld SCHUTYSER et
Michèle BELMESSIERI, avocats,
avenue Louise, n° 99,
1050 Bruxelles,

contre :

l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé l'O.N.E.,

ayant élu domicile chez
Me Marc NIHOUL, avocat,
avenue Reine Astrid, n° 10,
1330 Rixensart.

**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 25 novembre 2015, l'association sans but lucratif SPMT - ARISTA sollicite, l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- " - la décision non-datée de l'Office de la naissance et de l'enfance (en abrégé; «ONE») d'attribuer le marché de services régi par le cahier spécial des charges n° S-1529-TRA-DS-SEPPT à la société PROVIKMO".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 25 novembre 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 10 décembre 2015 à 10 heures 30.

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.

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

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

Me Michèle BELMESSIERI, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Aurélien VANDEBURIE *loco* Marc NIHOUL avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier 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

Tels que les relate la requérante, sans être contestée à ce propos par la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être exposés comme suit :

" [...]. Le 9 juillet 2015, la partie adverse a publié un avis de marché ayant pour objet la désignation d'un service externe pour la prévention et la protection au travail au Bulletin des adjudications (...).

[...]. Il s'agit d'un marché attribué selon la procédure d'appel d'offres ouvert.

L'avis de marché a fixé la date de remise des offres au 20 août 2015, à 14 heures.

[...]. Le marché est régi par le cahier spécial des charges «n° S-1529-TRA-DS-SEPPT» (...).

Il résulte du cahier des charges que le service externe pour la prévention et la protection au travail désigné par la partie adverse, c'est-à-dire le futur adjudicataire, se verra confier les missions suivantes :

- l'exercice de toutes les missions attribuées par le Règlement Général de la Protection du Travail (RGPT) et le Code du Bien-être au Travail à un conseiller en prévention Médecin du Travail;
- en cas de besoins, des missions complémentaires nécessitant des compétences d'ingénieur en sécurité, d'hygiéniste industriel, d'ergonome, etc..., pour effectuer des analyses de risques, des études, des mesurages ou des formations;
- l'exercice de toutes les missions attribuées par l'arrêté royal du 10 avril 2014 relatif à la prévention des risques psychosociaux au travail à un conseiller en prévention aspects psychosociaux (...).

[...]. Le cahier des charges précise, en outre, que le début d'exécution du marché litigieux est prévu pour le 1^{er} janvier 2016 et qu'il est conclu pour une durée de 5 ans (...).

[...]. Les critères d'attribution pondérés ont été fixés sous le point 1.8. «Attribution du marché» du cahier spécial des charges comme suit :

- 1) 60 % pour le montant de l'offre de base (y compris le nombre et le type de prestations incluses);
- 2) 15 % pour le type d'échange de données informatiques (cf article 2.3.b)
- 3) 10 % pour la qualité et l'importance du personnel et de l'équipement technique qui sera mis à disposition dans l'exécution du marché (cf article 2.1)
- 4) 5 % pour le montant des prestations complémentaires figurant à l'article 2.9.
- 5) 5 % pour l'étendue du champ des prestations d'expertise offertes lors des réunions de comité de concertation (cf article 2.3.c)
- 6) 5% pour le projet de rapport de visite annuelle (...).

[...]. Concernant le critère prix, le point 1.7. du cahier spécial des charges (modifié ultérieurement) prévoyait que :

«Le présent marché constitue un marché à prix global (article 2 § 1^{er} 4° de l'AR du 15/07/2011) (...) et à présenter sur une base annuelle.
(...)»

Pour établir son offre, le soumissionnaires se basera sur l'Arrêté Royal du 27/03/1998 relatif aux Services Externes pour la Prévention et la Protection au Travail et tiendra compte des cotisations forfaitaires minimales obligatoires dues pour les prestations de conseillers en prévention des services externes, applicables pour l'année 2015.

(...)

Le soumissionnaire tiendra compte des chiffres mentionnés à l'article 2.8. pour établir son offre de base et mentionnera clairement tous les services inclus dans l'offre dont peut bénéficier le pouvoir adjudicateur. Le soumissionnaire fournira en annexe à son offre le prix de chaque poste mentionné à l'article 2.8.

Le soumissionnaire fournira, en annexe de son offre, le prix unitaire pour chacune des prestations complémentaires décrites à l'article 2.9 du présent cahier spécial des charges» (...).

[...]. Le point 2.8. «Données de base» du cahier des charges précise que :

«Bâtiments nécessitant une visite annuelle : 10
Participation aux réunions de comité de concertation : 11
Travailleurs soumis à la surveillance médicale annuelle : 1100
Travailleurs soumis à la surveillance de sante une fois tous les trois ans : 90
Travailleurs soumis à la surveillance de sante une fois tous les cinq ans : 243
Travailleurs non soumis à la surveillance médicale : 134 »

Quant au point 2.9. «Données complémentaires», le cahier spécial des charges indique que :

«2. 9. Données complémentaires

Le soumissionnaire fournira, en annexe à son offre, le prix unitaire pour chacune des prestations complémentaires décrites ci-dessous :

- a) Coût horaire des prestations en gestion des risques pour effectuer des analyses ou des mesurages, participer à des groupes de travail ou des séances d'information.

- b) Examen d'audiométrie
- c) Radiographie du thorax
- d) Test tuberculinique
- e) Vaccinations :
 - Injection hors vaccine
 - Vaccin grippe
 - Tétanos/Diphtérie/Coqueluche
 - Hépatite A
 - Hépatite B
 - Hépatite A+B
- f) Evaluation de santé pour étudiant jobiste
- g) Evaluation de sante pour étudiant stagiaire
- h) Analyses biologiques (sang et urines)
- i) Visiotest pour travailleur non soumis à une évaluation de santé
- j) Visiotest pour travailleur soumis à une évaluation de santé
- k) Examen de permis de conduire groupe II

D'une manière générale, pour l'exécution pratique du marché, l'adjudicataire ne peut conclure des contrats de sous-traitance avec un ou plusieurs tiers, sauf pour les analyses de laboratoire et les examens médicaux spécialisés (ex : ophtalmologie, RX, etc....)» (...).

[...]. Le 5 août 2015, la partie adverse a envoyé un courrier à tous les soumissionnaires pour les informer du fait :

(i) qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de l'article 1.7 du cahier spécial des charges initial qui prévoit que le soumissionnaire doit établir son offre sur la base des cotisations forfaitaires minimales obligatoires applicables pour l'année 2015; et

(ii) que les offres doivent plutôt être établies sur la base de la nouvelle tarification applicable pour 2016, approuvée par le Conseil des ministres après la publication de l'avis de marché (...).

Simultanément, la partie adverse a informé les soumissionnaires du report de la date de dépôt des offres au 27 août 2015 (...).

[...]. Le 27 août 2015, lors de la séance publique d'ouverture des offres, il est apparu que quatre soumissionnaires, dont la requérante, ont introduit une offre, à savoir :

- MENSURA;
- SPMT- ARISTA;
- PROVIKMO; et
- CESI (...).

[...]. A une date inconnue, la partie adverse a décidé d'attribuer le marché litigieux à la société PROVIKMO pour un montant non spécifié dans la décision d'attribution du marché.

[...]. Par un courrier daté du 23 octobre 2015, la partie adverse a informé la partie requérante du fait que le marché ne lui a pas été attribué (...).

Ce courrier ne comportait toutefois pas la décision d'attribution du marché, ni les motifs pour lesquels le marché litigieux a été attribué à la société PROVIKMO et non pas à la requérante.

A la demande expresse de la partie requérante (...), la partie adverse a alors notifié la décision motivée d'attribution du marché à la requérante, par courrier ordinaire du 10 novembre 2015 (...). Ce courrier n'a pas été doublé de l'envoi d'un courrier électronique.

Il s'agit de l'acte attaqué (...).

[...]. Actuellement, c'est la partie requérante qui constitue le service externe pour la prévention et la protection au travail auquel l'ONE fait appel.

[...]. Le 20 novembre 2015, les conseils de la partie requérante ont envoyé un courrier électronique et un courrier recommandé à la partie adverse pour lui demander de ne pas conclure le marché litigieux qui se situe au-dessus des seuils pour une publicité européenne et auquel un délai de standstill s'applique (...).

IV. SECOND MOYEN – PREMIERE BRANCHE

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un second moyen pris "de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution; de l'article 5 et [de l'article] 25 de la loi du 15 juin 2006 «relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services»; de l'article 101 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 «relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques»; du cahier spécial des charges du marché; du principe général «*Patere legem quam ipse fecisti*»; du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et l'obligation de transparence; du principe de bonne administration". Elle l'expose dans les termes suivants, pour ce qui concerne la première branche:

" En ce que, première branche, la partie adverse a choisi arbitrairement trois prestations parmi toutes les prestations annoncées dans le cahier spécial des charges pour l'évaluation du critère d'attribution relatif au «Montant des prestations complémentaires»;

Qu'elle a omis d'évaluer tous les prix unitaires que les soumissionnaires étaient tenus d'offrir pour toutes les prestations annoncées sous ce critère;

Alors que les dispositions et principes visés au moyen s'opposent à ce qu'un pouvoir adjudicateur «neutralise» un critère d'attribution du marché ou une partie de celui-ci;

Qu'ils imposent au pouvoir adjudicateur de comparer les offres dans le respect du principe d'égalité au regard des critères d'attribution qu'il les a édictés dans le cahier spécial des charges.

[...]

[...]. RECEVABILITE DU MOYEN

[...]. La partie requérante a intérêt au second moyen qui, s'il aboutit, est susceptible de modifier le classement final des offres et de lui permettre de retrouver une chance d'obtenir le marché.

[...]. Le critère relatif au «Montant des prestations complémentaires» est évalué sur 5%. En cas de suspension ou d'annulation de l'acte attaqué sur la base du second

moyen, la partie adverse serait tenue de procéder à une nouvelle évaluation des offres en tenant compte des prix proposés par la requérante pour toutes les prestations complémentaires pour lesquelles les soumissionnaires ont dû proposer un prix, conformément au cahier spécial des charges.

Dans ce cas, il est impossible de préjuger du résultat qu'obtiendrait la partie requérante. Au regard des prix avantageux proposés par la partie requérante pour les prestations qui n'ont pas été prises en considération par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de l'adoption de l'acte attaqué, il n'est pas exclu que celle-ci puisse prétendre au maximum des points pour ce critère, à savoir 5/5, bien que la note actuelle de son offre soit de 1,20/5. Dans ce cas, le total de son offre qui est actuellement de 85,34/100 passerait à 89,14/100. Cette possible augmentation de 3,80 points pour ce critère modifierait le classement final des offres en faveur de la partie requérante: avec un total de 89,14/100, l'offre de la partie requérante dépasserait le score total de 88,71 de la société PROVIKMO et serait alors classée première.

A cela s'ajoute que les soumissionnaires mieux classés que la requérante pour ce critère pourraient perdre des points en cas d'évaluation des offres sur la base de tous les prix proposés pour toutes les prestations complémentaires reprises dans le cahier spécial des charges. Dans ce cas, la requérante pourrait également se voir classée première en conséquence d'une diminution du score total des offres des autres soumissionnaires.

En conséquence, le second moyen est recevable.

[...]. DEVELOPPEMENT DU MOYEN

[...]. En vertu de l'article 25, alinéa 1^{er} de la loi du 15 juin 2006, le pouvoir adjudicateur doit, en appel d'offres, attribuer le marché «au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, tenant compte des critères d'attribution» (...).

Le pouvoir adjudicateur doit donc analyser les offres en fonction de l'ensemble des critères et sous-critères annoncés dans les documents du marché et uniquement en fonction de ceux-ci.

L'article 25 précité procède du principe général d'égalité de traitement qui impose au pouvoir adjudicateur d'appliquer, lors de l'examen des offres au regard d'un critère d'attribution en particulier, tous les éléments d'appréciation qu'il a annoncés dans la définition de ce critère dans le cahier spécial des charges. Cela garantit aux soumissionnaires que tous les éléments qu'ils ont indiqués dans leurs offres soient susceptibles d'influencer le résultat final du classement des offres.

[...]. Partant, première branche, il est interdit au pouvoir adjudicateur de neutraliser ou d'écarter l'un des sous-critères d'attribution pour apprécier les offres et d'évaluer les offres uniquement au regard d'une partie d'un critère d'attribution.

Tel qu'il résulte d'un arrêt de Votre Conseil rendu dans une affaire similaire à la présente :

«Le principe d'égalité entre les soumissionnaires, dont le moyen invoque la violation, s'oppose à ce que le pouvoir adjudicateur puisse neutraliser, pour apprécier les offres, l'un ou l'autre des critères d'attribution prévus par les documents du marché, et impose, au contraire, d'évaluer toutes les offres déposées au regard de tous les critères d'attribution, et ce même si, comme en l'espèce, les critères d'attribution annoncés par les documents du marché sont destinés à être mis en œuvre dans le cadre d'une procédure négociée. La liberté d'appréciation particulièrement importante dont jouit le pouvoir adjudicateur

dans le cadre d'une telle procédure ne l'autorise pas à méconnaître ce principe d'égalité en tant qu'il impose précisément l'examen des offres au regard de l'ensemble des critères d'attribution » (...).

Le pouvoir adjudicateur est donc tenu d'évaluer les offres déposées en fonction de tous les critères et sous-critères qu'il a lui-même fixés dans les documents du marché et de les noter en conséquence. Il ne peut choisir de manière arbitraire d'évaluer les offres seulement au regard de certains de ces critères sans violer le principe d'égalité.

[...]. En l'espèce, en ce qui concerne le critère relatif au «montant des prestations complémentaires», la partie adverse s'est contentée de comparer les offres sur la base de seulement trois prestations parmi les onze prestations pour lesquelles le cahier spécial des charges exigeait des soumissionnaires de fournir un prix. Ainsi, les prix unitaires proposés par la requérante pour les autres prestations complémentaires annoncées dans le cahier spécial des charges n'ont nullement été pris en considération ni comparés avec ceux offerts par les autres soumissionnaires.

[...]. En effet, le cahier spécial des charges indique que, pour l'attribution du marché, il sera tenu compte du montant offert pour les prestations complémentaires reprises à l'article 2.9:

«1.8. Attribution du marché

(...)

L'attribution s'effectuera sur la base de l'offre régulière, économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, en tenant compte des critères d'attribution mentionnés ci-dessous :

(...)

5% pour le montant des prestations complémentaires figurant à l'article 2.9.» (...).

L'article 2.9. du cahier spécial des charges invite les soumissionnaires à fournir un prix unitaire pour onze prestations complémentaires.

«2.9. Données complémentaires

Le soumissionnaire fournira, en annexe à son offre, le prix unitaire pour chacune des prestations complémentaires décrites ci-dessous :

- a) Coût horaire des prestations en gestion des risques pour effectuer des analyses ou des mesurages, participer à des groupes de travail ou des séances d'information.
- b) Examen d'audiométrie
- c) Radiographie du thorax
- d) Test tuberculinique
- e) Vaccinations : - Injection hors vaccin
 - Vaccin grippe
 - Tétanos/Diphtérie/Coqueluche
 - Hépatite A
 - Hépatite B
 - Hépatite A+B
- f) Evaluation de santé pour étudiant jobiste
- g) Evaluation de santé pour étudiant stagiaire
- h) Analyses biologiques (sang et urines)
- i) Visiotest pour travailleur non soumis à une évaluation de santé
- j) Visiotest pour travailleur soumis à une évaluation de santé
- k) Examen de permis de conduire groupe II» (...).

[...]. La partie adverse s'est ainsi obligée à tenir compte de l'ensemble de ces prestations pour lesquelles elle a demandé aux soumissionnaires de fournir un prix

dans le cahier spécial des charges. Ces prestations constituent des sous-critères d'attribution en tant qu'éléments qui doivent systématiquement servir à évaluer les prix unitaires proposés dans chaque offre pour ce critère. La partie adverse devrait donc examiner tous les prix unitaires que la partie requérante a proposés pour chaque prestation afin que son offre soit utilement comparée avec celle des autres soumissionnaires.

[...]. Or, force est de constater que seuls les prix unitaires proposés pour trois des onze prestations annoncées dans le cahier spécial des charges pour ce critère ont été comparés. La décision motivée indique, en effet, expressément que :

«La comparaison des offres pour ce critère a été établie en fonction de trois types d'actes médicaux que le SEPPT est assurément amené à réaliser annuellement» (...).

[...]. La partie adverse a ainsi arbitrairement écarté les prix unitaires proposés par la partie requérante pour les autres prestations alors que la comparaison des prix unitaires omis de l'évaluation aurait pu profiter à la partie requérante et lui permettre d'obtenir des points supplémentaires pour ce critère vu les prix avantageux qu'elle avait proposés.

Il s'ensuit que, en n'évaluant pas les offres au regard de toutes les prestations indiquées pour l'évaluation de ce critère d'attribution dans le cahier spécial des charges, la partie adverse a méconnu les dispositions et principes visés aux moyens, en particulier le principe d'égalité entre les soumissionnaires.

[...]. La première branche du moyen est sérieuse".

B. Note d'observations

La partie adverse fait valoir ce qui suit:

" [...]. La partie requérante soutient, en substance, que la partie adverse aurait neutralisé le critère d'attribution n° 4, en comparant les offres sur base de certaines prestations à l'exclusion d'autres.

[...]. Le cahier des charges n'indique pas que ce critère sera évalué sur base de toutes les prestations complémentaires visées à l'article 2.9. Il ne détermine aucune méthode d'évaluation.

Partant, la partie adverse pouvait choisir la méthode d'évaluation qui lui paraissait la plus appropriée. Aucune disposition légale ne l'obligeait à annoncer préalablement cette méthode.

La partie adverse n'a, par conséquent, pas «neutralisé» ce critère".

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 25, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services est libellé comme suit :

" Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de passer le marché par appel d'offres, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, tenant compte des critères d'attribution".

Le principe d'égalité entre les soumissionnaires, dans le respect duquel doit être appliquée la disposition précitée, s'oppose à ce que le pouvoir adjudicateur puisse neutraliser, pour apprécier les offres, l'un ou l'autre des critères et sous-critères d'attribution prévus par les documents du marché, et impose, au contraire, d'évaluer toutes les offres déposées au regard de tous les critères et sous-critères d'attribution.

En l'espèce, l'article 1.8. "Attribution du marché" du cahier spécial des charges définit comme suit le quatrième critère d'attribution :

" 4) 5 % pour le montant des prestations complémentaires figurant à l'article 2.9.".

L'article 2.9. "Données complémentaires" du même cahier spécial des charges, auquel il est ainsi fait référence, est libellé comme suit :

" 2. 9. Données complémentaires

Le soumissionnaire fournira, en annexe à son offre, le prix unitaire pour chacune des prestations complémentaires décrites ci-dessous :

- a) Coût horaire des prestations en gestion des risques pour effectuer des analyses ou des mesurages, participer à des groupes de travail ou des séances d'information.
- b) Examen d'audiométrie
- c) Radiographie du thorax
- d) Test tuberculinique
- e) Vaccinations :
 - Injection hors vaccin
 - Vaccin grippe
 - Tétanos/Diphtérie/Coqueluche
 - Hépatite A
 - Hépatite B
 - Hépatite A+B
- f) Evaluation de santé pour étudiant jobiste
- g) Evaluation de santé pour étudiant stagiaire
- h) Analyses biologiques (sang et urines)
- i) Visiotest pour travailleur non soumis à une évaluation de santé
- j) Visiotest pour travailleur soumis à une évaluation de santé
- k) Examen de permis de conduire groupe II.

D'une manière générale, pour l'exécution pratique du marché, l'adjudicataire ne peut conclure des contrats de sous-traitance avec un ou plusieurs tiers, sauf pour les analyses de laboratoire et les examens médicaux spécialisés (ex : ophtalmologie, RX, etc...).

Ainsi décrit, et à défaut d'indications autorisant à l'interpréter en sens contraire, ce critère imposait à la partie adverse de comparer les prix proposés par les soumissionnaires pour chacune des onze prestations complémentaires.

Il s'ensuit que, *prima facie*, c'est en méconnaissance des principes et dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, que la partie adverse a

décidé, pour la mise en œuvre de ce critère d'attribution, de ne comparer les offres qu'au regard des seuls prix proposés pour trois des prestations énumérées.

Le moyen doit, en conséquence, être déclaré sérieux en sa première branche.

V. BALANCE DES INTERETS

V.1. Thèses des parties

A. Note d'observations

Pour démontrer que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué l'emporteraient sur ses avantages, la partie adverse fait état des considérations suivantes :

" [...]. Suivant l'article 15 de la loi du 17 juin 2013, l'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

[...]. La partie adverse demande expressément que, dans l'hypothèse où, par impossible, Votre Conseil considérerait le présent recours recevable et fondé sur des moyens sérieux, *quod non*, il tienne compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution de l'acte attaqué pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés et décide de ne pas accorder cette suspension, les conséquences négatives l'emportant sur ses avantages.

[...]. En cas de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, la partie adverse se trouverait, dès le 1^{er} janvier 2016, sans service externe pour la prévention et la protection au travail.

Lorsque l'arrêt à intervenir sera rendu, il ne sera pas possible à la partie adverse, en cas de suspension, d'attribuer le présent marché avant le 1^{er} janvier 2016 en tenant compte des règles en vigueur.

La prolongation du contrat avec le prestataire de services existant n'est pas possible, elle non plus, n'étant pas couverte par une décision régulière conforme aux règles en vigueur, et ne pouvant pas l'être, en toute hypothèse.

Or, la partie adverse à [*sic*] l'obligation légale de recourir à un service externe pour la prévention et la protection au travail.

Dès lors, Votre arrêt ne peut aboutir à mettre la partie dans une situation dans laquelle elle ne pourrait pas honorer ses obligations.

[...]. En outre, dans le cadre de la mise en balance des intérêts, il convient d'avoir égard à l'attitude de la partie requérante. Celle-ci reproche, dans son premier moyen, des critiques qu'elle aurait pu formuler dès la réception du cahier des charges. En décidant de ne pas agir à cette date, ni même d'avertir la partie adverse, qui n'est nullement un spécialiste en la matière, elle a, elle-même, participé à la situation qu'elle critique aujourd'hui.

Partant, l'intérêt privé de la requérante ne peut, dans ce contexte, primer sur celui de la partie adverse et de ses travailleurs".

B. Plaidoiries

A l'audience du 10 décembre 2015, la requérante a fait valoir que, contrairement à ce que soutient la partie adverse, la prolongation du marché actuellement en cours n'est pas impossible, de sorte qu'en cas de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, la partie adverse ne serait pas privée de service externe pour la prévention et la protection au travail.

Pour démontrer qu'une prolongation de la collaboration avec le prestataire actuel n'était pas possible, la partie adverse a constaté que la passation d'un marché par procédure négociée sans publicité ne pouvait être admise sur le fondement de l'article 26, § 1^{er}, 1^o, c) et 2^o, a) de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. En outre, la faculté de modifier unilatéralement l'une des conditions du marché actuellement en cours, à savoir sa durée, ne peut se concevoir que dans le respect des conditions fixées à l'article 37 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, ce qui n'est pas possible en l'espèce : en vertu de cette disposition, la valeur de la modification est limitée à quinze pour cent du montant initial du marché; or, selon la partie adverse, une prolongation du marché en cours (actuellement d'une durée d'un an) ne peut se concevoir que pour une nouvelle durée d'un an, dès lors que la cotisation forfaitaire due en vertu de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail, est calculée sur une base annuelle, ce qui exclut toute prolongation d'une durée inférieure à un an.

V.2. Décision du Conseil d'Etat

L'importance des besoins à la satisfaction desquels le marché litigieux a vocation à pourvoir et la proximité de la date à laquelle doit prendre fin l'exécution du marché en cours ne peuvent évidemment être ignorées.

La seule référence à ces circonstances ne pourrait toutefois suffire à faire obstacle à ce que la suspension de l'exécution de l'acte attaqué soit ordonnée. Il ne peut, en effet, 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

certaines marchés de travaux, de fournitures et de services, ne peut justifier à lui seul le rejet de la requête, 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 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

Il convient d'abord d'observer que le moyen reconnu comme sérieux ne paraît pas de nature à contraindre la partie adverse à recommencer la procédure d'attribution du marché *ab initio*, de sorte qu'une réfection de l'acte attaqué pourrait intervenir à bref délai.

Par ailleurs, et à supposer que cette réfection ne puisse utilement intervenir avant l'échéance du 1^{er} janvier 2016, il n'est pas exclu que le pouvoir adjudicateur puisse 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 37 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux.

Cette disposition est libellée comme suit :

- " 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 soit satisfait aux conditions cumulatives suivantes :
- 1° l'objet du marché reste inchangé;
 - 2° hormis l'application des articles 26, § 1^{er}, 2°, a) et b), et 3°, b) et c), et 53, § 2, 2° et 4°, a) et b), de la loi et de l'article 25, 3°, a), et 4°, b), de la loi défense et sécurité, la valeur de la modification est limitée à quinze pour cent du montant initial du marché;
 - 3° une juste compensation est accordée à l'adjudicataire, s'il y a lieu.
- Il ne peut toutefois être dérogé aux clauses et conditions essentielles du marché que de façon motivée, et ce :
- 1° soit par un ordre modificatif ou toute autre décision unilatérale du pouvoir adjudicateur;
 - 2° soit par un avenant".

La partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle soutient, en termes de plaidoiries, que la limitation à quinze pourcents du montant initial du marché ne pourrait être respectée puisqu'elle serait contrainte de reconduire pour une année complète le marché actuel qui couvrirait également une période d'un an. Il ne se déduit, en effet, pas du caractère annuel de la cotisation forfaitaire due par l'employeur au service externe pour la prévention et la protection au travail en vertu des articles 13bis et suivants de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail, qu'un contrat devrait nécessairement être conclu

pour une durée d'un an. C'est donc vainement que la partie adverse entend se prévaloir du caractère annuel de la cotisation forfaitaire.

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. Elle n'établit donc 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.

VI. CONFIDENTIALITE

La requérante déclare déposer son offre à titre confidentiel.

La partie adverse souhaite également maintenir la confidentialité des quatre offres déposées dans le cadre du marché litigieux, qu'elle verse au dossier administratif.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, 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}.

Est suspendue l'exécution de la décision datée du 30 septembre 2015 de l'Office de la naissance et de l'enfance, d'attribuer le marché de services, régi par le cahier spécial des charges n°S-1529-TRA-DS-SEPPT, à la société PROVIKMO.

Article 2.

Les pièces portant les numéros 20, 21, 22 et 23 du dossier administratif, ainsi que la pièce 1 du dossier qualifié de "confidentiel " de la partie requérante, contenant les offres des soumissionnaires, sont tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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 5.

Les dépens sont réservés.

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

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

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.