

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 234.487 du 22 avril 2016

G./A.211.356/VI-20.132

En cause : **la société anonyme PEPS INTERIM,**

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Isabelle VAN KRUCHTEN, avocats,
place Flagey, n° 18,
1050 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée de droit public
Intercommunale de Développement Economique et
d'Aménagement de la région de Mons-Borinage-Centre, en
abrégé IDEA,**

ayant élu domicile chez
Me Ann-Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze-en-Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 17 janvier 2014, la société anonyme PEPS INTERIM demande l'annulation de "la décision du Conseil d'administration d'IDEA du 13 novembre 2013 d'attribuer le lot 1 «HYGEA» du marché de services relatif à la désignation d'une ou plusieurs agences intérim pour HYGEA à la société RANDSTAD BELGIUM SA, y compris le rapport d'attribution des offres faisant partie intégrante de la décision d'attribution précitée, notifiée à PEPS INTERIM par courrier du 19 novembre 2013, ainsi que de la décision implicite du Conseil d'administration d'IDEA de ne pas attribuer le lot 1 «HYGEA» du marché précité à la société PEPS INTERIM".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

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

Le dossier administratif a été déposé.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 26 janvier 2016, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 24 février 2016 à 10 heures.

M. le Président de chambre, Jacques JAUMOTTE, a exposé son rapport.

Me Isabelle VAN KRUCHTEN, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Thierry DELVAUX, *loco* Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, Eric THIBAUT, a été entendu 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. Les 17 et 21 juin 2013, la partie adverse publie un avis de marché de services au Bulletin des adjudications et au Supplément au Journal officiel de l'Union européenne ayant pour objet "la mise à disposition de personnel intérimaire pour les intercommunales IDEA et HYGEA. Ce marché se divise en deux lots. - Le lot 1 concerne la mise à disposition de personnel pour HYGEA - Le lot 2 concerne la mise à disposition de personnel pour IDEA".

Il s'agit donc de lancer un marché conjoint intéressant, d'une part, la société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale de Développement Economique et d'Aménagement de la région de Mons-Borinage-Centre, en abrégé IDEA, et, d'autre part, la société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale de gestion environnementale de la région de Mons-Borinage-Centre, en abrégé HYGEA. L'objet du marché est la mise à disposition de personnel intérimaire répondant aux conditions prévues par les différents services des deux

intercommunales, ainsi que la gestion informatisée de cette mise à disposition. Pour le lot 1, qui concerne le personnel d'HYGEA, il est indiqué, dans le cahier spécial des charges, à titre purement indicatif, que 141.940 heures ont été prestées pour 2012. Pour le lot 2, qui concerne le personnel d'IDEA, il est indiqué, à titre purement indicatif, que 9.541 heures ont été prestées pour 2012.

Par délibération du conseil d'administration d'HYGEA du 23 mai 2013, IDEA a été désignée en qualité de pouvoir adjudicateur pour représenter les deux intercommunales lors de la passation et de l'exécution de ce marché.

Le mode de passation du marché retenu, lequel est estimé à un montant de 10.000.000 euros hors taxe sur la valeur ajoutée pour une période maximale de quatre ans, est celui de l'appel d'offres général avec publicité européenne.

III. 2. Dans le point III.2.3), intitulé "Capacité technique", de l'avis de marché, il est fait état de ce que "Pour examiner si le prestataire de services dispose de la capacité technique suffisante, le soumissionnaire devra joindre à son offre la liste des principaux services réalisés au cours des trois dernières années dans un domaine similaire ou équivalent au présent marché".

III. 3. Dans la rubrique VI des clauses administratives du cahier spécial des charges portant la référence A.G./2013/PERSO 03, il est précisé que chaque offre devra contenir, pour ce qui concerne le lot 1 (HYGEA), les documents suivants :

- " • Les formulaires d'offre et d'inventaire des prix complétés et signés pour le lot 1;
- Les documents réclamés par les points III.2.1, III.2.2 et III.2.3 de l'avis de marché en matière de situation propre et de capacités financières et techniques;
- Une description de l'outil informatique proposé sur base des exigences fixées par le cahier spécial des charges;
- Une description du module de formation proposé pour la mise en place de l'outil informatique;
- Une note méthodologique décrivant la procédure de recrutement et de suivi, reprenant notamment :
 - le processus de sélection des candidats et les critères d'évaluation;
 - les moyens mis en œuvre pour assurer le recrutement de chauffeurs de permis C et CE expérimentés et pour garantir la mise à disposition de ceux-ci notamment les jours critiques (week-ends, ponts, ...);
 - le nombre de candidats dont le soumissionnaire dispose dans sa banque de données pour chacun des profils identifiés en précisant les personnes disponibles et celles occupées actuellement;
 - le mécanisme proposé pour l'établissement de la déclaration DIMONA;
 - le processus de suivi des demandes et de la satisfaction des clients;
- Une note relative aux formations organisées à destination des intérimaires en précisant s'il existe des formations spécifiques liées aux métiers d'HYGEA;
- Un descriptif des mesures prises par le soumissionnaire en matière de sensibilisation à la sécurité en précisant notamment :
 - les méthodes et outils auxquels le soumissionnaire recourt;
 - le cas échéant, les formations spécifiques organisées;

- le cas échéant, la présence d'un conseiller en prévention de niveau 1;
- Les modalités d'engagement d'un travailleur intérimaire :
 - le montant de l'indemnité à payer par le pouvoir adjudicateur;
 - le nombre de jours ouvrables durant lesquels cette règle est d'application;
 - la méthode utilisée pour calculer le montant de l'indemnité en fonction des jours déjà prestés par le travailleur intérimaire».

III. 4. S'agissant des critères d'attribution du marché (article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996), il est prévu ce qui suit dans la rubrique VI du même cahier spécial des charges:

" Pour chacun des lots, l'attribution se fera sur base de l'offre régulière jugée la plus intéressante en tenant compte des critères suivants:

- 1) Les éléments tarifaires tels que remis à l'inventaire 40 points
 L'attribution des points se fera sur base de la formule suivante :

Pour le lot 1 (HYGEA)
 $\text{Points attribués} = 40 \times (1 - (\text{Psoumissionnaire} - \text{Pmin}))$

où :
 $\text{Psoumissionnaire} = (\text{Somme des coefficients de la ligne ouvriers} \times 92\% + \text{Somme des coefficients de la ligne employés} \times 3\% + \text{Somme des coefficients de la ligne étudiants} \times 5\%)/2$
 $\text{Pmin} = \text{Psoumissionnaire de l'offre la moins-disante.}$

Pour le lot 2 (IDEA)
 $\text{Points attribués} = 40 \times (1 - (\text{Psoumissionnaire} - \text{Pmin}))$

où :
 $\text{Psoumissionnaire} = (\text{Somme des coefficients de la ligne ouvriers} \times 55\% + \text{Somme des coefficients de la ligne employés} \times 40\% + \text{Somme des coefficients de la ligne étudiants} \times 5\%)/2$
 $\text{Pmin} = \text{Psoumissionnaire de l'offre la moins-disante.}$

- 2) L'outil informatique 30 points

Pour le lot n° 1 (HYGEA), ce critère sera évalué sur base de l'ergonomie et de la facilité d'utilisation de l'outil, telles que démontrées lors de la séance de présentation devant les représentants du pouvoir adjudicateur (15 points), ainsi que sur base des fonctionnalités supplémentaires éventuellement proposées par rapport aux exigences fixées par les clauses techniques (15 points).

Chaque soumissionnaire sera invité à effectuer une présentation selon le timing suivant :
 Présentation du logiciel et des fonctionnalités décrites ci-dessus : 15 minutes;
 Essai en ligne par un utilisateur : 15 minutes;
 Session de questions/réponses : 15 minutes.

Pour le lot n° 2 (IDEA), ce critère sera évalué sur base des fonctionnalités de l'outil informatique proposé (consultation des factures, notes de crédit, établissement des rapports, etc).

- 3) La procédure qualitative mise en place (sur base des notes méthodologiques jointes à l'offre) : 30 points

Ce critère sera apprécié sur base des sous-critères suivants :

- | | |
|-------------------------|------------|
| a) Recrutement et suivi | 20 points |
| b) Formation : | 5 points |
| c) Sécurité | 5 points". |

De même, l'annexe B ("Clauses techniques") du cahier spécial des charges contient les exigences suivantes pour ce qui concerne le service complémentaire obligatoire relatif à "la gestion informatisée" :

" La gestion informatisée

L'outil proposé par l'adjudicataire sera une application Web permettant de travailler sur un navigateur compatible MS Windows de type MS Internet Explorer ou Mozilla Firefox.

L'accès se fera via une page web.

Chaque utilisateur (min. 15) pourra se connecter avec son propre login/password pour ouvrir sa session. Ces sessions pourront être ouvertes simultanément.

Un outil de planification et de commande permettra de planifier les demandes d'intérimaires.

Sur base des listes des intérimaires sélectionnés, l'utilisateur devra pouvoir planifier, transmettre et consulter en permanence les besoins en intérimaires. Les intérimaires et les droits d'accès des utilisateurs devront pouvoir être scindés en services (min. 10 services), profils de fonctions, lieu de travail, ... ou être utilisés dans leur intégralité (direction et service RH)

La planification et les commandes se feront sur base hebdomadaire (6 jours, du lundi au samedi) avec plusieurs plages horaires par jour (planification à l'heure).

Le PA pourra insérer ses propres journées de congé ou de formation dans le système, service par service.

Sur base de la planification, une commande pourra être éditée et envoyée, commande par commande ou par groupe de commandes. Il devra être possible de modifier ou annuler une commande, de même que copier ou prolonger des périodes planifiées. L'outil de commande doit proposer deux niveau de validation: utilisateur et hiérarchique (avec dérogations).

Les factures et les notes de crédit sont consultables et imprimables en ligne. Leur analyse doit pouvoir se faire par service, mois, semaine, ...

Des rapports reprenant les montants, les heures prestées, le nombre d'intérimaires, prestations par intérimaires, période par période et service par service, ... pourront être édités et consultés en ligne et téléchargés aux formats DOC, XLS ou PDF.

L'implémentation et les formations nécessaires à la bonne utilisation du logiciel seront comprises dans l'offre (maximum 20 utilisateurs).

La maintenance et la mise à jour du logiciel seront gratuits pour toute la durée du contrat".

Enfin, la rubrique D ("Documents-modèles-échantillons") du formulaire d'offre annexé au cahier spécial des charges précise que doivent être annexés à l'offre "les documents dont la production est exigée par le cahier spécial des charges".

III. 5. Le 21 août 2013, la séance d'ouverture publique des offres révèle que neuf offres ont été déposées, dont celle de la requérante. Celle-ci a, notamment, annexé à son offre deux documents respectivement intitulés "Présentation de l'outil informatique" et "Présentation de l'environnement IT".

III. 6. Le 8 novembre 2013, la partie adverse établit le rapport d'analyse des offres pour ce qui concerne le lot 1 (HYGEA). Ce rapport fait état de ce qui suit au sujet des offres déposées par la requérante et par l'adjudicataire qui sera finalement retenu, à savoir RANDSTAD :

" 5.2 Analyse des offres sur base des critères d'attribution

Conformément au cahier spécial des charges, l'offre retenue sera l'offre la plus intéressante compte tenu des critères d'attribution suivants :

- 1) Les éléments tarifaires tels que remis à l'inventaire : 40 points
L'attribution des points s'est faite sur base de la formule suivante :

Pour le lot 1 (HYGEA)

Points attribués = $40 \times (1 - (P_{\text{soumissionnaire}} - P_{\text{min}}))$

Où :

$P_{\text{soumissionnaire}} = (\text{Somme des coefficients de la ligne ouvriers} \times 92\% + \text{Somme des coefficients de la ligne employés} \times 3\% + \text{Somme des coefficients de la ligne étudiants} \times 5\%) / 2$

$P_{\text{min}} = P_{\text{soumissionnaire}}$ de l'offre la moins-disante.

- 2) L'outil informatique 30 points
Pour le lot n°1 (HYGEA), ce critère a été évalué sur base de l'ergonomie et de la facilité d'utilisation de l'outil, telles que démontrées lors de la séance de présentation devant les représentants du pouvoir adjudicateur (15 points), ainsi que sur base des fonctionnalités supplémentaires éventuellement proposées par rapport aux exigences fixées par les clauses techniques (15 points).
- 3) La procédure qualitative mise en place (sur base des notes méthodologiques jointes à l'offre) : 30 points
Ce critère a été jugé sur base des sous-critères suivants :
- a) Recrutement et suivi : 20 points
 - b) Formation : 5 points
 - c) Sécurité: 5 points

5.2.1. Analyse du critère relatif aux éléments tarifaires

Remarque préalable : certains soumissionnaires ont été invités à préciser le prix remis en ce qui concerne le coefficient de dimona. Ces soumissionnaires ont

confirmé qu'aucun coefficient de dimona n'était prélevé et que la comparaison des offres pouvait s'effectuer en tenant compte du chiffre 1.

Compte tenu de la formule reprise dans le cahier spécial des charges et des prix remis par les soumissionnaires à l'inventaire, le classement des offres s'effectue comme suit :

	Psoum	Pmin	Ps-Pm	1-(Ps-Pm)	Max = 40	Points {40}
Adecco	4.698	4.486	0.212	0,788	40	31,51
Manpower	4.486	4.486	0.000	1,000	40	40,0
Peps interim	4.690	4.486	0.204	0.796	40	31,84
Startpeopie	4.706	4.486	0,220	0.780	40	31,21
Tempo Team	4.722	4.486	0.236	0.764	40	30,57
Randstad	4.600	4.486	0.114	0.886	40	35,44

5.22. Analyse de l'outil informatique

a) Ergonomie et facilité d'utilisation (15 points)

Pour rappel, le cahier des charges prévoyait que ce critère serait évalué sur base de l'ergonomie et de la facilité d'utilisation de l'outil, telles que démontrées lors de la séance de présentation devant les représentants du pouvoir adjudicateur. Celle-ci s'est déroulée les 19 et 20 septembre 2013 selon le timing suivant :

- > Présentation des fonctionnalités - 15 min
- > Essai en ligne par un utilisateur - 15 min
- > Session de questions/réponses - 15 min
- [...]

- Pep's interim :

L'essai en ligne a été réussi car le logiciel est simple d'utilisation. Le système est basé sur le logiciel de gestion interne de la société Peps Interim. La base est donc la création et le suivi des contrats.

Néanmoins, ce soumissionnaire ne récolte pas le maximum de points dès lors que le système ne présente pas un vrai module de planification. En effet, l'outil est basé sur le système de création et suivi de contrat d'intérimaire de la société. Il ne permet pas de planifier mais uniquement de créer des contrats au jour le jour. De plus, la fonction copier / coller de contrats n'existe pas. Il n'est pas possible de copier et de coller des réservations reprenant plusieurs intérimaires. Chaque contrat doit être créé séparément. Une vraie gestion de planification demandera d'utiliser des tableaux complémentaires.

Par ailleurs, le système ne présente pas 2 niveaux de validation intégrés. Lorsque le contremaître a réservé les intérimaires, il doit en avvertir son supérieur (mail, appel téléphonique ou autre). La validation par un supérieur nécessite la transmission d'informations par un moyen externe.

→ 13/15

[...]

- Randstad :

Remarque : l'outil informatique proposé par TEMPO TEAM et RANDSTAD est identique

L'application intégrée présentée est composée de 4 modules totalement intégrés et fonctionnant simultanément au sein du système : module de planification, module de déclaration, module d'édition de rapports et module documentaire.

Le test a été réussi car le logiciel est simple à utiliser et le passage à un autre est très simple.

Plusieurs niveaux d'action : réservation et confirmation d'intérimaires et 2 niveaux de validation.

→ 15/15

b) Fonctionnalités supplémentaires (15 points)

Parmi les fonctionnalités supplémentaires proposées par les soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur a retenu celles qui existent (les possibles développements futurs n'ont pas été pris en compte) et qui pourront avoir un impact réel sur la facilité de gestion de l'HYGEA :

Les fonctionnalités suivantes ont été retenues dans le cadre de cette analyse comme présentant un réel avantage.

1. Gestion intégrée de listes prioritaires de mise à disposition des intérimaires;
2. Envoi automatisés de SMS / mails aux intérimaires pour leur transmettre leur planning;
3. Annulation commande jusqu'à 15 minutes avant l'heure de démarrage effective de l'intérimaire;
4. Signature électronique des contrats et validation par lecture ID card;
5. Application mobile existante (smartphone).

15 points étant dévolus à ce sous-critère, chaque fonctionnalité a été prise en considération pour 3 points.

	Adecco	Manpower	Peps interim	Startpeople	Tempo Team	Randstad
Fonctionnalité 1	1	1	0	0	1	1
Fonctionnalité 2	1	1	1	0	1	1
Fonctionnalité 3	1	0	1	0	1	1
Fonctionnalité 4	0	0	1	0	0	0
Fonctionnalité 5	0	1	0	0	1	1
	3	3	3	0	4	4
	9,00	9,00	9,00,	0	12,00	12,00

5.2.3. Analyse de la procédure qualitative mise en place

a) Recrutement et suivi (20 points)

Afin d'apprécier ce critère, le cahier spécial des charges demandait aux soumissionnaires de joindre à leur offre une note méthodologique reprenant notamment :

- > le processus de sélection des candidats et les critères d'évaluation
- > les moyens mis en œuvre pour assurer le recrutement des chauffeurs de permis C et CE expérimentés et pour garantir la mise à disposition de ceux-ci notamment les jours critiques
- > le nombre de candidats dont le soumissionnaire dispose dans sa banque de données pour chacun des profils identifiés en précisant les personnes disponibles et celles occupées actuellement

- > le mécanisme proposé pour l'établissement de la déclaration dimona
 - > le processus de suivi des demandes et de la satisfaction des clients
- [...]

- Pep's interim :

Le processus de sélection et les critères d'évaluation : la sélection des candidats étudiants n'est pas spécifiquement explicitée (-1 point).

Les moyens mis en œuvre pour assurer le recrutement et garantir la mise à disposition : la réserve de recrutement ne comprend qu'un seul canal décrit qui est la base du FOREM, des annonces dans la presse sont proposées mais pas comprises dans le prix de base (-2 points).

Le nombre de candidats dans la base de données et leurs statuts : il n'y a pas de description de la gestion et du remplissage de la réserve de recrutement (-1 point).

Mécanisme d'établissement de la DIMONA : complet.

Processus de suivi des demandes et de satisfaction client: le dossier reprend la procédure proposée par le soumissionnaire et présente les outils de suivi (fiches,...).

→ 16/20

[...]

- Randstad :

Le processus de sélection et les critères d'évaluation : la sélection des candidats étudiants n'est pas spécifiquement explicitée (-1 point).

Les moyens mis en œuvre pour assurer le recrutement et garantir la mise à disposition : la gestion des pics d'activité, basée sur la gestion de pools de réserve est clairement décrite et la disponibilité des équipes, basée sur un service de garde 24/7 est aussi intégralement décrite.

Le nombre de candidats dans la base de données et leurs statuts : la base de données de recrutement est large avec de nombreux canaux de recherche (listés).

Mécanisme d'établissement de la DIMONA : complet,

Processus de suivi des demandes et de satisfaction client : le dossier reprend la procédure proposée par le soumissionnaire et présente les outils de suivi (fiches,...).

→ 19/20

b) Formations (5 points)

[...]

- Pep's interim :

Les formations sont décrites comme «pouvant» être effectuées en collaboration avec le FOREM mais il n'y a pas de présentation qualitative des formations.

En ce qui concerne les formations spécifiques: processus complet et clair pour les chargeurs et les chauffeurs de la collecte mais rien pour les chauffeurs de la logistique.

→ 3/5

[...]

- Randstad :

Les formations sont clairement décrites et complètes, en ce compris les formations à destination des chauffeurs et des chargeurs. En outre, ce soumissionnaire offre un budget de 15.000 euros de formation en plus des formations demandées dans le CSC pour la durée du contrat, utilisable selon les besoins du client.

→ 5/5

c) Sécurité (5 points)

Les soumissionnaires étaient tenus de décrire dans leur offre les mesures prises en matière de sensibilisation à la sécurité et notamment :

- > les méthodes et outils auxquels ils recourent
- > le cas échéant, les formations spécifiques organisées

> le cas échéant, la présence d'un conseiller en prévention de niveau 1.

[...]

- Pep's interim :

Méthodes et outils fournis : documents complets et clairs. Ils décrivent complètement le processus de prévention et font apparaître de manière claire les niveaux d'intervention. Ils sont adaptés aux métiers et aux risques rencontrés au sein d'Hygea.

Supports de formations spécifiques à la sécurité : documents incomplets. Le processus de formation n'est pas décrit. Seule de la documentation technique est présentée.

Présence d'un conseiller en prévention Niv 1 clairement nommé.

→ 3,5/5

[...]

- Randstad :

Méthodes et outils fournis : documents complets et clairs. Ils décrivent complètement le processus de prévention et font apparaître de manière claire les niveaux d'intervention. Ils sont adaptés aux métiers et aux risques rencontrés au sein d'Hygea.

Supports de formations spécifiques à la sécurité : documents complets et clairs. Les formations sont clairement décrites avec leurs objectifs et sont spécifiques aux métiers d'Hygea.

Le service QSE est présenté mais le département SAFETY est composé de 13 collaborateurs dont 7 conseillers en prévention, néanmoins le conseiller en prévention de Niv 1 n'est pas explicitement nommé.

→ 3,5/5

5.4 Conclusion de l'analyse des offres

Tableau récapitulatif des cotations :

SOCIETES	Prix/40	Outil informatique/30	Procédure qualitative/30	Total/100
RANDSTAD BELGIUM	35,44	27	27,5	89,94
MANPOWER BELGIUM	40	19	27	86
TEMPO TEAM	30,57	27	27,5	85,07
ADECCO PERSONNEL SERVICES	31,51	22	28	81,51
PEPS INTERIM	31,84	22	22,5	76,34

Il ressort de ce tableau récapitulatif que l'offre de la société RANDSTAD Belgium SA est la mieux disante pour le lot 1.

Dès lors que cette offre répond aux attentes du pouvoir adjudicateur, il est proposé de désigner la société RANDSTAD Belgium en qualité d'adjudicataire du lot 1 du présent marché.

Préalablement à cette attribution, il convient néanmoins de vérifier la situation propre de cette entreprise au regard de l'article 69 de l'A. R. du 08 janvier 1996. Un courrier a donc été adressé le 5 novembre 2013 à cette société afin de l'inviter à transmettre les documents requis (attestations des contributions directes, indirectes,...).

Les documents transmis par cette entreprise en date du 7 novembre 2013 sont jugés suffisants pour attester que cette société ne se trouve dans aucune des causes d'exclusion visées par l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Par ailleurs, il est à noter que l'option «in house» demandée dans le cahier des charges n'est pas levée à ce stade.

6. CONCLUSION

Au vu de ce qui précède, il est proposé :

- de déclarer irrégulières les offres des sociétés [...] conformément à l'article 110 de l'A R du 08 janvier 1996 ;
- d'attribuer le lot 1 (HYGEA) du présent marché de services visant la désignation d'une ou de plusieurs agences intérim à la société RANDSTAD Belgium SA de Bruxelles, aux conditions de son offre datée du 19 août 2013.

Fait à Havré, le 8 novembre 2013
(signature)».

III. 7. Le 13 novembre 2013, la partie adverse décide d'attribuer le lot 1 du marché à la société anonyme RANDSTAD BELGIUM. Cette décision, qui constitue la première décision attaquée, est notifiée à la requérante le 19 novembre 2013, en même temps que le rapport d'analyse des offres, et se présente comme suit :

" EXTRAIT DU REGISTRE AUX DELIBERATIONS DU CONSEIL D'ADMINISTRATION - SEANCE DU 13 NOVEMBRE 2013

LE CONSEIL D'ADMINISTRATION :

Objet : Marché de services - Mise à disposition de personnel intérimaire -
Marché conjoint - Appel d'offres - Approbation de l'attribution

ATTENDU QUE :

Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et ses modifications ultérieures, notamment l'article 16;

Vu l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;

Vu l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics;

Vu le cahier général des charges, annexe de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 précité;

Considérant que le marché actuel de mise à disposition de personnel intérimaire vient à échéance le 31 décembre 2013 et que le Conseil d'Administration du mois de mai a donc approuvé le lancement d'un nouveau marché;

Considérant que ce marché a été lancé sous forme de marché conjoint avec l'intercommunale HYGEA;

Considérant que l'IDEA a été désignée en qualité de pouvoir adjudicateur pour représenter les deux intercommunales en leur nom collectif lors de la passation et l'exécution de ce marché;

Considérant que ce marché a été mis en concurrence par appel d'offres général sur base de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993;

Considérant que ce marché est divisé en 2 lots;

- Lot 1 : HYGEA,
- Lot 2 : IDEA.

Considérant que neuf offres ont été reçues pour chacun des deux lots :

1. RANDSTAD BELGIUM SA de Bruxelles
2. HUMAN SUPPORTS SA de Charleroi
3. START PEOPLE SA de Anvers
4. PEP'S INTERIM SA de Mons
5. TRACE SA de Charleroi
6. ACTIEF INTERIM SA de Lummel
7. TEMPO TEAM SA de Bruxelles
8. MANPOWER BELGIUM SA de Bruxelles
9. ADECCO Personnel Services SA de Groot-Bijgaarden.

Considérant que l'offre de la société [...] ne reprend, pour aucun des deux lots, ni le formulaire d'offre annexé au cahier spécial des charges, ni le modèle d'inventaire établi afin de comparer les offres reçues sur le critère prix;

Considérant en outre que l'offre de cette société est incomplète notamment au regard de l'outil informatique proposé;

Considérant par conséquent qu'il est décidé de considérer cette offre, pour chacun des deux lots, comme comportant une irrégularité substantielle de nature à fausser la comparaison des offres et à rompre l'égalité entre les différents soumissionnaires;

Considérant, en outre, en ce qui concerne le lot 1 relatif à l'intercommunale HYGEA, que la société [...] a fait savoir, par courrier électronique le 17 septembre et par courrier postal, qu'elle souhaitait retirer son offre pour ce lot dès lors qu'elle ne dispose pas d'un outil informatique répondant aux exigences fixées par HYGEA;

Considérant qu'il est par conséquent décidé d'écarter l'offre d[...] pour le lot 1 (HYGEA);

Considérant, par ailleurs, que suite à la séance de présentation de l'outil informatique organisée dans le cadre de l'analyse du lot 1 (HYGEA), il est apparu que la société [...] ne disposait pas non plus à ce jour d'un outil répondant aux exigences fixées par l'intercommunale HYGEA;

Considérant, vu ce qui précède, qu'il est donc décidé d'écarter également l'offre de la société [...] pour le lot 1 (HYGEA), et ce afin de maintenir l'égalité entre tous les soumissionnaires (et plus particulièrement au regard de la société [...]);

Considérant en effet que l'outil informatique souhaité par HYGEA constitue un élément essentiel du marché et que les fonctionnalités attendues étaient clairement décrites dans le cahier spécial des charges;

Considérant que les offres déclarées irrégulières n'ont pas été prises en considération dans la suite de la procédure;

Considérant que le rapport d'analyse des offres du lot 1 (HYGEA) établit le classement des offres régulières comme suit :

SOCIETES	Prix/40	Outil informatique/30	Procédure qualitative/30	Total/100
RANDSTAD BELGIUM	35,44	27	27,5	89,94
MANPOWER BELGIUM	40	19	27	86
TEMPO TEAM	30,57	27	27,5	85,07
ADECCO PERSONNEL SERVICES	31,51	22	28	81,51
PEPS INTERIM	31,84	22	22,5	76,34

Considérant que le rapport d'analyse des offres du lot 2 (IDEA) établit le classement des offres régulières comme suit :

SOCIETES	Prix/40	Outil informatique/30	Procédure qualitative/30	Total/100
PEP'S INTERIM SA de Mons	29,87	30	27	86,87
RANDSTAD BELGIUM SA de Bruxelles	29,82	30	25,5	85,32

DECIDE A L'UNANIMITE :

- d'approuver les rapports d'analyse des offres établis pour les lots 1 et 2 et de les considérer comme faisant partie intégrante de la présente décision;
- de déclarer irrégulière l'offre de la société [...] pour les lots 1 et 2 et des sociétés [...] et [...] pour le lot 1, en application de l'article 110 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996;
- de désigner la société RANDSTAD BELGIUM SA en qualité d'adjudicataire du lot 1 (HYGEA) et la société PEP'S INTERIM SA en qualité d'adjudicataire du lot 2 (IDEA);
- d'adresser la présente et les pièces justificatives à l'autorité de tutelle.

Fait en séance, le 13 novembre 2013.
(signature)".

III. 8. Par courrier recommandé et par courriel du 19 novembre 2013, la requérante a également été informée que son offre remise pour le lot 1 (HYGEA) n'a pas été retenue.

Il s'agit de la deuxième décision attaquée.

IV. RECEVABILITE QUANT A L'OBJET

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux.

Il s'ensuit qu'en tant qu'il est dirigé contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante, le recours est irrecevable.

V. RECEVABILITE QUANT A L'INTERET DE LA REQUERANTE A SON RECOURS

V. 1. Thèse de la partie adverse

Lors de l'audience, tout en renvoyant par ailleurs à ses écrits de procédure, la partie adverse s'interroge sur l'intérêt qu'aurait la requérante à son recours du fait qu'elle n'a été classée que cinquième pour ce qui concerne l'attribution du lot 1. Même si l'on se situe dans le contentieux objectif, la partie adverse n'en considère pas moins qu'il ressort d'une certaine jurisprudence du Conseil d'Etat que la

requérante doit avoir au moins une chance de se voir attribuer le marché litigieux, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

En principe, un soumissionnaire dont l'offre a été considérée comme régulière a intérêt à faire contrôler la régularité de la procédure qui attribue le marché à un concurrent, quel que soit le classement de sa soumission. En effet, ce contrôle est susceptible de lui procurer à tout le moins une nouvelle chance de se voir adjuger le marché convoité. Il en va d'autant plus ainsi, lorsqu'il allègue, comme en l'espèce, que toute la procédure de passation du marché litigieux est viciée.

La partie requérante a, en conséquence, intérêt au recours.

VI. EXAMEN DE LA PREMIERE BRANCHE DU PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

Dans son premier moyen, la requérante invoque l'excès de pouvoir et la violation de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, et notamment de l'article 16, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics, et notamment des articles 81*bis* à *quater*, 104, 110 et 115, du cahier spécial des charges, et plus précisément de l'article 115, de la Constitution, notamment de ses articles 10 et 11, des principes de bonne administration, notamment d'impartialité, de légitime confiance, d'égalité de traitement et de transparence.

La requérante expose à cet égard, dans une première branche, que la partie adverse a organisé, après l'ouverture des offres, une présentation et un essai en ligne de l'outil informatique faisant l'objet d'un critère d'attribution alors que, dans le cadre d'un appel d'offres, c'est uniquement sur la base de l'offre qui a été déposée que le pouvoir adjudicateur doit apprécier l'offre la plus avantageuse au sens de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 et de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, que, lorsque cette offre est faite de manière électronique, elle doit respecter les conditions énumérées aux articles 81*bis* à *quater* de l'arrêté royal précité, *quod non* en l'espèce, que la présentation et l'essai en ligne sont donc irréguliers dès lors qu'ils ne font pas partie intégrante de l'offre des soumissionnaires mais constituent des éléments postérieurs à la date ultime de remise des offres, que le cahier spécial des charges prévoyait, en d'autres termes, que le soumissionnaire devait présenter le

logiciel au pouvoir adjudicateur, mais également procéder à un essai en ligne par un utilisateur fictif, que de même, une session de questions/réponses était organisée sur la base de cet essai en ligne, que cette présentation et cet essai en ligne ont eu lieu les 19 et 20 septembre 2013, soit un mois après l'ouverture des offres, que l'essai en ligne et la présentation ont permis à la partie adverse d'avoir connaissance d'éléments inconnus au stade du dépôt de l'offre et d'avoir ainsi une prise de contact avec les soumissionnaires, pourtant contraire aux dispositions visées au présent moyen, et notamment à l'article 115 précité, et aux principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de transparence, qu'en effet, en comparant les offres sur la base d'éléments postérieurs à l'ouverture des offres - datant d'un mois après la date ultime de remise des offres -, certains soumissionnaires ont pu continuer à améliorer leurs offres postérieurement à la date ultime de remise de celles-ci, qu'en outre, l'utilisation d'un support informatique pour un essai en ligne impose au pouvoir adjudicateur de mettre, à tout le moins, en œuvre des garanties particulières en vue d'assurer l'intégrité du test, qu'enfin, lorsque des moyens informatiques sont utilisés au stade de l'offre, ils doivent s'inscrire et respecter les articles 81^{ter} et suivants de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, *quod non* en l'espèce, que rien n'a été mis en œuvre afin de garantir l'intégrité des données, la signature électronique des intervenants, accusés de réceptions, accès aux données par les personnes désignées, etc., telles que ces prescriptions découlent des articles 81^{ter} et *quater*, que l'arrêt n° 204.259 du 25 mai 2010 est transposable en l'espèce et que par conséquent, dès lors que, pour déterminer l'offre la plus avantageuse, la partie adverse s'appuie sur des éléments qui ne faisaient pas partie intégrante de l'offre des soumissionnaires au jour de leur dépôt, la procédure d'attribution et la décision attaquée violent les dispositions et principes invoqués au moyen.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond, relativement à cette branche, que la règle selon laquelle le pouvoir adjudicateur ne peut prendre en considération des éléments portés à sa connaissance après le dépôt des offres n'est pas absolue, que les articles 115, alinéa 6, et 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 en sont des illustrations manifestes, qu'en réalité, la pratique consistant à tester un échantillon des fournitures ou une partie des prestations de services après le dépôt des offres n'est interdite par aucune disposition légale ou réglementaire et n'a jamais été jugée illicite en soi par le Conseil d'État, qu'elle est particulièrement utile puisqu'elle permet au pouvoir adjudicateur d'apprécier concrètement la qualité d'une fourniture ou d'une prestation de service avant d'attribuer le marché, que les particuliers (consommateurs, entreprises, etc.) ont tout le loisir d'affiner leur choix en testant au préalable l'objet de leur achat, qu'on n'aperçoit pas pourquoi les pouvoirs publics devraient être privés

d'une telle faculté et limiter leur recherche de l'offre la plus avantageuse à une lecture des descriptions - somme toute théoriques - des fournitures ou des prestations souhaitées, sans pouvoir les tester concrètement avant l'attribution, que la pratique du test après le dépôt des offres est d'ailleurs usuelle dans les concours de projets, où il est fréquent que chaque architecte en lice vienne exposer son projet devant le jury, que cette pratique est également courante en matière d'appels d'offres, que c'est ainsi que la qualité de meubles (CE., n° 183.809 du 5 juin 2008) et la qualité de repas chauds (CE., n° 218.497 du 15 mars 2012) ont été testées par le pouvoir adjudicateur concerné après le dépôt des offres et sans encourir la censure du Conseil d'Etat, que l'impossibilité de joindre à l'offre un échantillon ou un aperçu des prestations offertes peut également se rencontrer dans le domaine des marchés de services, que l'outil informatique requis en l'espèce exigeant une interaction entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, la simple remise du logiciel et de son mode d'emploi n'aurait pas permis au pouvoir adjudicateur de tester efficacement son ergonomie et sa facilité d'utilisation, que c'est pour ces raisons que le cahier des charges prévoyait l'organisation d'une présentation, d'un essai en ligne et d'une séance de questions-réponses, que la session de questions-réponses prévue par le cahier spécial des charges n'a pas permis aux soumissionnaires de modifier leur offre et n'est qu'une simple application de la règle inscrite à l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 - qui permet au pouvoir adjudicateur d'inviter les soumissionnaires à "préciser ou compléter la teneur de leur offre", que, par ailleurs, et indépendamment de l'impossibilité de joindre à l'offre un aperçu représentatif du fonctionnement de l'outil informatique en l'espèce, le test d'une fourniture ou d'une prestation fait incontestablement partie du stade de la comparaison des offres, qu'il ne peut donc être accompli qu'au terme du processus d'attribution du marché, que puisqu'une offre remise par un soumissionnaire ne justifiant pas de la capacité requise ou une offre irrégulière ne peuvent être prises en compte au stade de la comparaison des offres, le test ne peut être accompli avant la réalisation de ces deux premières étapes que sont la sélection qualitative et l'examen de la régularité des offres, qu'autrement dit, le test ne peut pas être accompli avant le dépôt des offres, qu'ensuite, la modification des offres après leur dépôt n'est pas démontrée ni même rendue crédible et était en réalité impossible en l'espèce, que la requérante ne démontre pas comment "certains soumissionnaires" auraient pu modifier leurs offres, qu'une telle modification était en l'espèce impossible, que l'outil informatique devait en effet être décrit en détail dans les offres, que le cahier spécial des charges était très clair à cet égard, que des descriptions jointes à l'offre fixaient son contenu et empêchaient précisément que l'offre soit modifiée au cours du test, que par conséquent, les fonctionnalités de l'outil informatique exposées par les différents soumissionnaires lors de la présentation et expérimentées par le pouvoir adjudicateur lors de l'essai en ligne ne pouvaient qu'être le reflet fidèle des descriptions et illustrations figurant dans l'offre, qu'autrement dit,

l'on n'aperçoit pas par quel biais un soumissionnaire aurait pu altérer son offre, que même sur le plan visuel (et donc au niveau de son ergonomie), l'outil informatique était défini de manière intangible dès le moment du dépôt des offres, qu'il y a lieu d'observer que la requérante ne se réfère à aucune disposition précise imposant la mise "en œuvre des garanties particulières en vue d'assurer l'intégrité du test", que s'il s'agit de garantir que le pouvoir adjudicateur s'abstienne de tout comportement faussant l'objectivité du test au cours de la présentation de l'outil, de l'essai en ligne ou de la session de questions-réponses, il suffit de souligner que le pouvoir adjudicateur s'est strictement conformé au principe de bonne administration et ne s'est départi à aucun moment d'une attitude parfaitement objective, que la requérante ne formule d'ailleurs aucune allégation précise accréditant le contraire, que les dispositions relatives au dépôt des offres par des moyens électroniques sont sans pertinence en l'espèce, que les dispositions de l'article 81^{ter} et *quater* de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 sont inapplicables en l'espèce puisque les offres ont été remises sur "format papier", que l'arrêt n° 204.259 du 25 mai 2010 n'est pas transposable en l'espèce car, contrairement au cas jugé, les offres comportaient bel et bien, en l'occurrence, un volet relatif au critère d'attribution "outil informatique" et que la conclusion de la requérante selon laquelle la partie adverse s'appuie sur des éléments qui ne faisaient pas partie intégrante de l'offre des soumissionnaires au jour de leur dépôt, manque en fait puisque les offres comportaient bel et bien un volet relatif au critère d'attribution "outil informatique" en devant contenir une description détaillée de cet outil.

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique que, premièrement, seuls des précisions et compléments de la teneur de l'offre peuvent être formulés, pour autant que ceux-ci n'aient pas pour effet de modifier l'offre remise par le soumissionnaire, que, dès lors qu'elle engage le soumissionnaire à l'égard du pouvoir adjudicateur, le contenu de l'offre déposée doit en effet être figé dès le moment du dépôt de celle-ci, que, deuxièmement, l'offre des soumissionnaires a pu être modifiée après son dépôt, qu'en l'espèce, le pouvoir adjudicateur a comparé les offres sur la base d'éléments postérieurs à l'ouverture des offres, que l'outil informatique ne devait pas être joint à l'offre, que seule une "description de l'outil informatique proposé sur la base des exigences fixées par le cahier spécial des charges" sous format papier devait être communiquée le jour du dépôt des offres, qu'en l'absence d'outil informatique joint à l'offre, entre le jour ultime de la remise des offres et le jour de la présentation et du test en ligne, les soumissionnaires ont pu continuer à améliorer l'outil informatique, et leur offre, que la description de l'outil informatique à joindre à l'offre ne suffisait pas, qu'en effet, à suivre la partie adverse de deux choses l'une : soit l'offre était le reflet fidèle du logiciel présenté et testé, que dans ce cas, la partie adverse se contredit dès lors qu'elle

soutient de manière concomitante que cette présentation et l'essai en ligne étaient nécessaires pour apprécier la qualité intrinsèque des offres et que l'irrégularité de l'offre de (...) a été décelée au cours de la présentation de l'outil informatique (et non lors de l'examen de la régularité des offres, en amont), de sorte que cette présentation était nécessaire pour apprécier la facilité d'utilisation et l'ergonomie de l'outil informatique sur la base des offres déposées, qu'en tout état de cause, cela ne porte pas préjudice au fait que des garanties particulières devaient être prévues pour le test en ligne; soit l'offre n'était pas le reflet fidèle du logiciel présenté et testé, que dans ce cas, le risque de modification de l'offre après leur ouverture existait réellement et le pouvoir adjudicateur devait, pour respecter les principes de concurrence, d'égalité, de transparence et les dispositions visées au présent moyen mettre en place des garanties (dépôt de l'outil informatique avec l'offre, sécurisation du test en ligne, etc.), permettant notamment d'éviter la modification ultérieure des offres et d'assurer l'intégrité du test en ligne, que cette contradiction démontre que l'outil informatique proposé par les soumissionnaires a pu évoluer entre le jour ultime du dépôt des offres et la présentation, que, troisièmement, contrairement à ce que soutient la partie adverse, celle-ci a compris ce que la partie requérante entendait par la notion "intégrité du test" dans sa requête en annulation, dès lors qu'elle a été en mesure de répondre à l'ensemble des arguments invoqués, que la partie requérante insiste sur le fait que la présentation du logiciel et le test en ligne ne permettent pas de garantir l'intégrité des offres, c'est-à-dire la non-modification de celle-ci après leur ouverture, qu'or, contrairement à ce que prétend la partie adverse, il ressort du dossier qu'aucune garantie particulière n'a été mise en œuvre pour garantir cette intégrité, que dans le cadre de la jurisprudence invoquée par la partie adverse, aucun des arrêts ne vise le test d'un outil informatique non déposé au stade de l'offre et nécessitant un recours à internet (en ligne), qu'en outre, aucun moyen/aucune critique n'est formulé(e) à l'encontre de la présentation organisée postérieurement à l'ouverture des offres dans les arrêts du Conseil d'Etat n° 183.809 du 5 juin 2008 et n° 218.497 du 15 mars 2012 invoqués, que seul l'arrêt n° 217.840 du 9 février 2012 invoqué par la partie adverse se prononce sur une présentation ultérieure au dépôt des offres, que cet arrêt n'est cependant pas applicable en l'espèce, dans la mesure où le marché avait trait à un marché de service d'architecture, dans lequel les soumissionnaires étaient invités à présenter leur projet tel que déposé dans leur offre, qu'en l'espèce, l'outil informatique n'a pas été déposé avec l'offre (seule une présentation papier était requise, alors que rien n'empêchait la partie adverse de le demander au stade de l'offre), que dans ces circonstances, rien ne permet de s'assurer que le logiciel testé n'a pas continué à être développé après le dépôt des offres en vue de sa présentation, que la partie adverse elle-même a reconnu qu'elle ne pouvait s'assurer de la régularité des offres que grâce à la présentation et au test en ligne, que l'on relèvera par ailleurs que rien ne permet de s'assurer que l'outil informatique n'a pas été modifié lors de la séance de présentation,

compte tenu de la connexion externe, que la présentation n'était en effet pas publique et le test en ligne non encadré (connexion internet sécurisée, prévention contre l'intrusion de tiers, etc.), que sur ce dernier point, la partie adverse argue du fait qu'elle disposait des instruments de protection usuelle, sans toutefois le démontrer, qu'elle prétend également que chaque utilisateur devait se connecter avec son propre login/password, que cette procédure n'a pas été suivie et aucun informaticien du pouvoir adjudicateur n'était présent, que dans ces circonstances, l'arrêt n° 204.259 du 25 mai 2010 est transposable en l'espèce, dans la mesure où la qualité intrinsèque des offres est effectuée sur la base d'une évaluation portant sur un outil informatique non déposé au stade de l'offre et nécessitant une connexion externe, que par conséquent, la manière de procéder de la partie adverse dans le cadre de l'attribution du lot litigieux n'offre, en l'espèce, aucune garantie de transparence aux soumissionnaires, de respect du principe d'égalité de traitement et de la réglementation des marchés publics, et que, dès lors que, pour déterminer l'offre la plus avantageuse, la partie adverse s'appuie sur des éléments qui ne faisaient pas partie intégrante de l'offre des soumissionnaires au jour de leur dépôt en recourant à une procédure ne garantissant pas l'intégrité de l'offre, la procédure d'attribution et la décision attaquée violent de la sorte les dispositions et principes invoqués au moyen.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

A la suite du dépôt du rapport du premier auditeur chef de section concluant au bien-fondé de la première branche du premier moyen, la partie adverse maintient que cette première branche n'est pas fondée.

Elle fait à cet égard valoir ce qui suit :

" B. REFUTATION : IMPOSSIBILITE D'APPRECIER LA QUALITE DE L'«OUTIL INFORMATIQUE» AUTREMENT QU'A TRAVERS UNE PRESENTATION POSTERIEURE AU DEPOT DES OFFRES

a) La règle selon laquelle le pouvoir adjudicateur ne peut prendre en considération des éléments portés à sa connaissance après le dépôt des offres n'est pas absolue

15. La partie requérante affirme en premier lieu que :

«[Le pouvoir adjudicateur] ne peut en aucun cas prendre en considération des éléments qui seraient portés à sa connaissance après le dépôt des offres, conformément aux principes de bonne administration et des articles 104 et 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996» [...].

Cette affirmation n'est pas sérieuse.

16. La règle selon laquelle le pouvoir adjudicateur ne peut prendre en considération des éléments portés à sa connaissance après le dépôt des offres n'est pas absolue.

L'article 115, al. 6, de l'A.R. du 8 janvier 1996 en fournit une illustration manifeste, puisqu'il permet au pouvoir adjudicateur d'inviter les soumissionnaires à «préciser ou compléter la teneur de leur offre», à la condition que ceux-ci ne puissent modifier leur offre. Les informations fournies dans ce cadre le sont nécessairement après le dépôt des offres et sont également nécessairement inconnues du pouvoir adjudicateur au stade du dépôt des offres.

L'article 110, § 3, de l'A.R. du 8 janvier 1996 en fournit une autre illustration, tout aussi évidente : le soumissionnaire invité à justifier des prix de son offre jugés apparemment anormaux, fournit nécessairement au pouvoir adjudicateur des informations après le dépôt des offres.

17. En réalité, la pratique consistant à tester un échantillon des fournitures ou une partie des prestations de services après le dépôt des offres n'est interdite par aucune disposition légale ou réglementaire et n'a jamais été jugée illicite en soi par votre Conseil.

Elle est particulièrement utile puisqu'elle permet au pouvoir adjudicateur d'apprécier concrètement la qualité d'une fourniture ou d'une prestation de service avant d'attribuer le marché.

Les particuliers (consommateurs, entreprises, etc.) ont tout le loisir d'affiner leur choix en testant au préalable l'objet de leur achat; ils peuvent ainsi vérifier s'il répond à leurs souhaits et éviter de mauvaises acquisitions. On n'aperçoit pas pourquoi les pouvoirs publics devraient être privés d'une telle faculté et limiter leur recherche de l'offre la plus avantageuse à une lecture des descriptions - somme toute théoriques - des fournitures ou des prestations souhaitées, sans pouvoir les tester concrètement avant l'attribution.

18. La pratique du test après le dépôt des offres est d'ailleurs usuelle dans les concours de projets, où il est fréquent que chaque architecte en lice vienne exposer son projet devant le jury. Cela permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que l'esquisse architecturale lui convient, avant d'attribuer le marché à un architecte déterminé.

Cette pratique est également courante en matière d'appels d'offres. C'est ainsi qu'ont été testés par le pouvoir adjudicateur concerné après le dépôt des offres et sans encourir la censure de votre Conseil :

- la qualité de meubles (CE., n° 183.809 du 5 juin 2008, N.V. S.V. Interior Projects (en l'espèce, le cahier spécial des charges précisait que le mobilier proposé dans l'offre pouvait être testé ou examiné dans la salle d'exposition du soumissionnaire);

- la qualité de repas chauds (CE., n° 218.497 du 15 mars 2012, B.V.B.A. Hoeve Gervan (en l'espèce, le cahier spécial des charges prévoyait que les soumissionnaires seraient invités à préparer un repas complet, choisi par le pouvoir adjudicateur au sein d'un menu mensuel qui devait être joint à l'offre).

b) La règle selon laquelle le pouvoir adjudicateur ne peut prendre en considération des éléments portés à sa connaissance après le dépôt des offres doit être écartée lorsque la nature de la commande publique (ou des critères d'attribution) rend cette règle inapplicable

19. Comme indiqué ci-dessus, on n'aperçoit pas pourquoi les pouvoirs publics devraient être privés de la faculté de tester concrètement la qualité de leurs achats au préalable, comme le font les particuliers (consommateurs, entreprises, etc.). L'interprétation de la requérante qui consiste à interdire de manière absolue la

tenue de tout test après le dépôt des offres est excessive et contraire à l'intérêt des pouvoirs publics.

Il convient à tout le moins d'admettre la légalité de tels tests lorsqu'aucun échantillon pertinent pour tester la qualité de la commande ne peut être joint à l'offre. Le cas du marché de fournitures portant sur des repas chauds démontre le caractère indispensable de tels tests ; la qualité d'un repas ne s'apprécie pas sur la seule base de la liste de ses ingrédients et de l'énoncé de la recette.

L'impossibilité de joindre à l'offre un échantillon ou un aperçu des prestations peut également se rencontrer dans le domaine des marchés de services (Cf par exemple: CE., n° 217.840 du 9 février 2012, B.V.B.A. A.A.A., T.B.O., 2013, p. 120 (en l'espèce, le cahier spécial des charges prévoyait que les soumissionnaires seraient invités à commenter leur avant-projet. Cette présentation avait eu lieu quelques jours après le dépôt des offres).

20. Le cas d'espèce le démontre d'ailleurs : l'outil informatique exigé par le cahier spécial des charges doit permettre au pouvoir adjudicateur d'accéder via internet et en temps réel à une base de données de l'adjudicataire (liste des intérimaires sélectionnés, avec leur qualification, leurs disponibilités, etc.) :

«L'accès se fera via une page web. ... Un outil de planification et de commande permettra de planifier les demandes d'intérimaires. Sur la base des listes des intérimaires sélectionnés, l'utilisateur [= le pouvoir adjudicateur] devra pouvoir planifier, transmettre et consulter en permanence les besoins en intérimaires ... Sur base de la planification, une commande pourra être éditée et envoyée, commande par commande ou par groupe de commandes. Il devra être possible de modifier ou annuler une commande ...» (Cahier spécial des charges, page 22).

Comme tout équipement présentant un degré certain de sophistication, l'utilisation d'un tel outil informatique requiert un minimum d'écologie. Un simple mode d'emploi n'est pas toujours suffisant et une présentation est souvent plus commode. En toute hypothèse, l'outil informatique requis en l'espèce exigeant une interaction entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, la simple remise du logiciel et de son mode d'emploi n'aurait pas permis au pouvoir adjudicateur de tester efficacement son ergonomie et sa facilité d'utilisation - éléments pris en considération pour l'attribution du marché.

C'est pour ces raisons que le cahier des charges prévoyait l'organisation d'une présentation, d'un essai en ligne et d'une séance de questions-réponses :

«2) L'outil informatique

30 points

Pour le lot n° 1 (HYGEA), ce critère sera évalué sur base de l'ergonomie et de la facilité d'utilisation de l'outil, telles que démontrées lors de la séance de présentation devant les représentants du pouvoir adjudicateur (15 points), ainsi que sur base des fonctionnalités supplémentaires éventuellement proposées par rapport aux exigences fixées par les clauses techniques (15 points).

Chaque soumissionnaire sera invité à effectuer une présentation selon le timing suivant :

Présentation du logiciel et des fonctionnalités décrites ci-dessus : 15 minutes;
Essai en ligne par un utilisateur : 15 minutes;
Session de questions / réponses : 15 minutes» (Cahier spécial des charges, page 13).

Incidentement et comme cela sera démontré plus loin (n^{os} 23 et s.), la présentation prévue par le cahier spécial des charges n'a pas permis aux soumissionnaires de modifier leur offre et n'est qu'une simple application de la règle inscrite à l'article 115, al. 6, de l'A.R. du 8 janvier 1996 - qui permet au pouvoir adjudicateur d'inviter les soumissionnaires à «préciser ou compléter la teneur de leur offre».

21. Dans son mémoire en réplique, la requérante tente vainement d'occulter le caractère particulier de l'outil informatique litigieux, lorsqu'elle affirme que cet outil devait être «déposé au stade de l'offre» (Mémoire en réplique, n^o 21, page 10; cf. également ibidem, n^{os} 15 et s., pages 7 et s.).

L'outil informatique exigé par le cahier spécial des charges [est] un logiciel de type «WORD» qui [ne] peut être utilisé en vase clos. Comme indiqué ci-dessus, une interaction entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire via internet était requise. L'outil informatique repose sur un flux d'informations (cf. Cahier spécial des charges, page 22). Par définition, un «flux» ne peut être figé ou stocké sur un support informatique - ni donc être «joint à l'offre».

Pour prendre un point de comparaison, la possibilité d'accéder à son compte bancaire depuis son ordinateur est indissociablement liée à une connexion internet et au site de la banque. Elle ne se conçoit pas par un «logiciel sur une clé USB» (D'autant qu'à la différence des «smart phones», la connexion par ordinateur à son compte bancaire ne requiert pas le téléchargement d'un autre logiciel que le navigateur internet). Pour le dire autrement, de la même façon qu'un navigateur internet n'affiche rigoureusement rien sur l'écran d'un ordinateur (Qui n'a pas conservé en mémoire les pages web des connexions antérieures) sans connexion internet (donc sans interaction avec d'autres ordinateurs), l'outil informatique litigieux ne pouvait être testé sans elle.

Au demeurant, cette interaction devait en l'occurrence être encadrée puisqu'elle permettait au pouvoir adjudicateur d'accéder à la base de données de chaque soumissionnaire et de consulter la liste des intérimaires employés (Cahier spécial des charges, page 22). Il aurait été inopportun que, par une mauvaise manipulation, le pouvoir adjudicateur perturbe l'organisation de la base de données du soumissionnaire.

Dans ces conditions, et puisque le pouvoir adjudicateur avait fait de l'ergonomie et la facilité d'utilisation de l'outil informatique un critère d'attribution du marché, il était indispensable que chaque soumissionnaire présente son outil. Il était en effet impossible de «déposer l'outil informatique» avec l'offre (C'est également pour ces différentes raisons que le constat de l'irrégularité de l'offre de TRACE n'a pu être effectué qu'au cours de la présentation. N'en déplaise à la requérante (Mémoire en réplique, page 8), il n'y a là aucune contradiction).

c) Impossibilité de tester la qualité de l'outil avant la remise des offres.

22. Par ailleurs, et indépendamment de l'impossibilité de joindre à l'offre un aperçu représentatif du fonctionnement de l'outil informatique en l'espèce (n^{os} 19-21), le test d'une fourniture ou d'une prestation fait incontestablement partie du stade de la comparaison des offres.

Il ne peut donc être accompli qu'au terme du processus d'attribution tel que défini par votre Conseil :

«Il ressort de l'art. 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et de l'art. 110, par. 1^{er} et 2, de l'A.R. du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics que l'attribution

d'un marché public en procédure d'appel d'offres suit trois étapes distinctes qui répondent chacune à des objectifs spécifiques :

- la sélection qualitative des soumissionnaires qui a pour but de s'assurer qu'un soumissionnaire ne se trouve pas dans une des situations d'exclusion prévues par la réglementation et a la capacité financière, économique et technique d'exécuter le marché public concerné;

- l'examen de la régularité technique et administrative des offres, qui y fait suite et qui consiste dans l'examen de la conformité de la soumission elle-même aux exigences techniques et administratives prévues par le cahier spécial des charges en relation étroite avec l'objet du marché;

- la comparaison et l'évaluation des offres au regard du ou des critères d'attribution»[...] (CE., n° 159.136 du 23 mai 2006, A.P.M., 2006, p. 115. Depuis, jurisprudence constante, cf. par exemple : CE., n° 212.371 du 1^{er} avril 2011, S.A. Cosep. Comme le souligne la requérante (Requête en annulation, page 8, n° 16), cette jurisprudence et les trois étapes qu'elle identifie ont été consacrées par le Rapport au Roi de l'A.R. du 15 juillet 2011).

Puisqu'une offre remise par un soumissionnaire ne justifiant pas de la capacité requise ou une offre irrégulière ne peuvent être prises en compte au stade de la comparaison des offres, le test ne peut être accompli avant la réalisation de ces deux premières étapes que sont la sélection qualitative et l'examen de la régularité des offres.

Autrement dit, le test ne peut pas être accompli avant le dépôt des offres.

C. REFUTATION (SUITE) : UNE PRECISION N'EST PAS UNE MODIFICATION

a) La modification des offres après leur dépôt n'est pas démontrée ni même rendue crédible ; elle était en réalité impossible en l'espèce

23. La partie requérante affirme en second lieu que :

«... l'essai en ligne et la présentation ont permis à la partie adverse d'avoir connaissance d'éléments inconnus au stade du dépôt de l'offre et d'avoir ainsi une prise de contact avec les soumissionnaires, pourtant contraire aux dispositions visées au présent moyen, et notamment à l'article 115 [de l'A.R. du 8 janvier 1996] et aux principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de transparence.

En effet, en comparant les offres sur la base d'éléments postérieurs à l'ouverture des offres - datant d'un mois après la date ultime de remise des offres -, certains soumissionnaires ont pu continuer à améliorer leurs offres postérieurement à la date ultime de remise de celles-ci» (Requête en annulation, page 7, n° 13).

Ce grief n'est pas sérieux non plus.

24. Comme indiqué précédemment (n°s 16 et s.), l'organisation d'un test de l'outil informatique (présentation, essai en ligne et session de questions-réponses) après la date ultime de dépôt des offres est bel et bien conforme à l'article 115, al. 6, de l'A.R. du 8 janvier 1996.

Tout d'abord, la requérante ne démontre pas comment «certains soumissionnaires» auraient pu modifier leurs offres en l'occurrence ; elle ne rend pas non plus cette allégation crédible.

25. Ensuite, une telle modification était en l'espèce impossible. L'outil informatique devait en effet être décrit en détail dans les offres. Le cahier spécial des charges était très clair à cet égard, puisqu'il exigeait que soient jointes à l'offre, entre autres :

- «Une description de l'outil informatique proposé sur base des exigences fixées par le cahier spécial des charges;
- Une description du module de formation proposé pour la mise en place de l'outil informatique» (Cahier spécial des charges, page 10).

Ces descriptions jointes à l'offre fixaient son contenu et empêchaient précisément que l'offre soit modifiée au cours du test :

- l'adjudicataire du marché, la S.A. RANDSTAD BELGIUM, s'est acquitté de cette obligation en décrivant dans son offre son outil informatique «Randstad Workaniser» de manière détaillée. En effet, sa description contient non seulement des explications complètes mais aussi des «impressions d'écrans» illustrant les différentes fonctionnalités de son outil (Offre de RANDSTAD - Pièce n° 6);

- la requérante n'a pas procédé différemment, puisqu'elle a également décrit son outil informatique à l'aide d'explications complètes et d'«impressions d'écrans» (Offre de PEP'S INTERIM - Pièce n° 5).

Par conséquent, les fonctionnalités de l'outil informatique exposées par les différents soumissionnaires lors de la présentation et expérimentées par le pouvoir adjudicateur lors de l'essai en ligne ne pouvaient qu'être le reflet fidèle des descriptions et illustrations figurant dans l'offre. Autrement dit, l'on n'aperçoit pas par quel biais un soumissionnaire aurait pu altérer son offre : même sur le plan visuel (et donc au niveau de son ergonomie), l'outil informatique était défini de manière intangible dès le moment du dépôt des offres.

26. Votre Conseil a rendu à cet égard un arrêt transposable en l'espèce :

«Le moyen soutenant qu'une présentation publique [postérieure au dépôt des offres] serait interdite parce qu'elle constitue une négociation interdite et conduit à une modification de l'offre, n'est pas sérieux lorsqu'il ne découle d'aucun élément du dossier que le soumissionnaire retenu ait apporté via sa présentation des modifications à son offre susceptibles d'affecter l'appréciation de celle-ci et le classement de ce soumissionnaire. Il n'est pas non plus établi qu'en l'espèce une négociation interdite ait eu lieu entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire retenu» (CE, n° 217.840 du 9 février 2012, B.V.B.A. A.A.A., T.B.O., 2013, p. 120 (traduction libre du sommaire).

27. Il se déduit de ce qui précède que le grief n'est pas sérieux.

b) Mémoire en réplique

28. Dans son mémoire en réplique, la requérante soutient que, par le simple fait qu'il n'était pas joint à l'offre, l'outil informatique a pu être amélioré après le dépôt des offres (Mémoire en réplique, n°s 15-16, pages 7-8).

Cette affirmation n'est pas sérieuse :

- premièrement, la requérante occulte une fois de plus le caractère particulier de l'outil informatique litigieux (n° 21);

- deuxièmement, la requérante ne démontre pas en quoi l'outil informatique de l'attributaire aurait concrètement été «amélioré» ou «modifié». L'auditeur formule des griefs plus précis à cet égard, mais ils ne sont pas fondés (n^{os} 30 et s.);

- troisièmement, si la requérante estime que le pouvoir adjudicateur a pris contact avec le soumissionnaire finalement désigné attributaire pour qu'il adapte son outil informatique après le dépôt des offres et avant la tenue du test, il lui appartient de le démontrer. Un tel risque de collusion existe également avant le lancement du marché ou avant le dépôt des offres, et n'est donc pas propre à la procédure de passation litigieuse;

- quatrièmement, le test a été organisé un mois à peine après le dépôt des offres. Ce délai relativement court, combiné au degré de sophistication de l'outil informatique, suffit à démontrer que le risque redouté par la requérante n'existe pas. La description de l'outil informatique jointe aux offres contribue d'ailleurs à exclure un tel risque (n^o 25).

Incidentement, à supposer qu'il ait été techniquement possible d'améliorer l'outil informatique dans un aussi bref délai, *quod non*, il convient d'observer que la requérante a également bénéficié de cette faculté, comme tous les soumissionnaires. On aperçoit donc difficilement en quoi les principes de concurrence et d'égalité de traitement (invoqués par la requérante - son mémoire en réplique, n^o 16, page 8) auraient été mis à mal dans un tel cas.

29. Dans son mémoire en réplique, la requérante prétend également (son mémoire en réplique, n^o 16, page 8) que la partie adverse se contredirait en soutenant que, d'une part, l'outil informatique était «le reflet fidèle» de l'offre (plus précisément de la description jointe à l'offre) (Et non, l'inverse comme l'écrit erronément la requérante : «l'offre était le reflet fidèle du logiciel présent et testé» (Mémoire en réplique, n^o 16, page 8) (n^o 25) et, d'autre part, que la présentation et l'essai en ligne étaient nécessaires pour apprécier l'ergonomie et la facilité d'utilisation de l'outil informatique (n^o 20).

Il n'y a là aucune contradiction.

Ou alors il faut supprimer l'article 115, al. 6, de l'A.R. du 8 janvier 1996 de la réglementation des marchés publics.

Incidentement, le refus de la requérante de comprendre qu'une présentation concrète d'un outil informatique dûment décrit dans une offre est indispensable à l'appréciation de son ergonomie et de sa facilité d'utilisation, est manifestement formulé pour les besoins de la cause.

c) Rapport de l'auditeur

30. L'auditeur écrit dans son rapport que :

«Il ressort du point 5.2.2. a) et b) Analyse de l'outil informatique du rapport d'analyse des offres que la partie adverse a en réalité uniquement porté son jugement et effectué son évaluation des offres sur base de la présentation orale du logiciel informatique et ne s'est aucunement référée aux mentions écrites dans les documents du marché» (Rapport de l'auditeur, page 17).

L'auditeur ne précise pas s'il considère cette circonstance comme illicite en soi.

31. Quoi qu'il en soit, ce constat est exact pour le (seul) point 5.2.2. a) du rapport d'analyse des offres, qui précise :

«a) Ergonomie et facilité d'utilisation (15 points)

Pour rappel, le cahier des charges prévoyait que ce critère serait évalué sur base de l'ergonomie et de la facilité d'utilisation de l'outil, telles que démontrées lors de la séance de présentation devant les représentants du pouvoir adjudicateur...» (Rapport d'attribution du lot n° 1, page 6).

Il ne s'agit toutefois que de la simple application du critère d'attribution concerné, tel que défini par le cahier spécial des charges. La requérante et tous les autres soumissionnaires en ont été dûment informés avant la remise de leurs offres.

Pour le surplus, la nécessité de la séance de présentation a été exposée ci-dessus (n° 20). L'essentiel est que les éléments appréciés pour valoriser l'ergonomie et la facilité d'utilisation n'aient pas été le résultat d'une modification de la description de l'outil informatique jointe à l'offre. Cette exigence a été respectée en l'espèce (cf. ci-dessous, dont le point suivant).

32. Le seul reproche concret formulé par l'auditeur pour étayer sa thèse selon laquelle l'offre de l'attributaire aurait été modifiée lors de la séance de présentation (Le reste de ses développements se limitant à un rappel abstrait de la jurisprudence, sans aucune considération pour les particularités du cas d'espèce ni [pour] celles de l'outil informatique litigieux) concerne ce point 5.2.2. b) du rapport d'analyse des offres. Il s'en déduit qu'aucune modification n'est établie en ce qui concerne le point 5.2.2. a).

Ce reproche de l'auditeur se lit comme suit :

«Ainsi, pour ce qui concerne l'offre retenue, au moins deux fonctionnalités supplémentaires retenues par la partie adverse pour valoriser l'offre retenue (gestion intégrée de listes prioritaires de mise à disposition des intérimaires et annulation de la commande jusqu'à 15 minutes avant l'heure de démarrage effective de l'intérimaire) ne figurent pas dans l'offre ou du moins ne sont pas exprimées d'une manière certaine permettant de lever tout doute, mais ont été présentées (et valorisées) à l'occasion de la démonstration du produit proposé, soit après le dépôt de l'offre, ce qui montre que l'évaluation a été opérée non sur la base de l'offre mais sur la base de l'offre complétée par des éléments ultérieurs» (Rapport de l'auditeur, page 18).

Ce passage ne fait aucune allusion à une modification de l'offre et n'en identifie donc aucune (Les termes «fonctionnalités supplémentaires» sont ceux employés par le cahier spécial des charges et par le rapport d'analyse des offres ; ils visent les fonctionnalités de l'outil supplémentaires par rapport à ce que prévoit le cahier spécial des charges - et non un ajout par rapport à l'offre déposée). Or, comme exposé ci-dessus (cf. notamment n° 16), la circonstance que l'analyse ait pris en considération «l'offre complétée par des éléments ultérieurs» est inhérente à l'article 115, al. 6, de l'A.R. du 8 janvier 1996: elle est donc licite, sauf s'il y a modification de l'offre.

En outre, les deux fonctionnalités épinglées par l'auditeur sont déjà mentionnées dans (la description de l'outil informatique jointe à) l'offre de l'attributaire, de sorte que le grief manque en fait.

33. S'agissant en premier lieu de la fonctionnalité supplémentaire «gestion intégrée de listes prioritaires de mise à disposition des intérimaires», il y a lieu d'observer ce qui suit.

En épinglant cette fonctionnalité (Rapport d'attribution du lot n° 1), la partie adverse a entendu valoriser la prise en compte par l'outil informatique des listes

d'intérimaires prioritaires, au regard notamment de leurs compétences et de leur expérience au sein d'HYGEA.

Dans son offre, l'attributaire évoque clairement cette fonctionnalité :

«Afin d'assurer les demandes d'intérimaires dans le cadre de pics de demandes, il est primordial de travailler en amont. RANDSTAD met en place une gestion de pool basée sur les compétences, les disponibilités, les formations. Le pool management (la gestion de pool) est nécessaire pour vous garantir d'avoir la bonne personne pour le bon poste à tout moment.

Il s'agit d'un processus sans fin. La composition du pool étant une donnée dynamique, nous suivons en continu son évolution. L'objectif consiste, d'une part, à contrôler le flux sortant (taux de rejet/taux d'abandon) et, d'autre part, à recruter en quantité et qualité suffisante afin de répondre à tout moment aux besoins variables d'HYGEA.

Notre pool d'intérimaires est actualisé continuellement» (souligné par la partie adverse - Offre de RANDSTAD, page 12).

Il s'en déduit que, contrairement à ce qu'affirme l'auditeur dans son rapport, cette fonctionnalité figurait déjà dans l'offre de l'attributaire. Son évocation au cours de la présentation ne peut donc être considérée comme une modification de l'offre.

34. S'agissant en deuxième lieu de la fonctionnalité supplémentaire «annulation de la commande jusqu'à 15 minutes avant l'heure de démarrage effective de l'intérimaire», il y a lieu d'observer ce qui suit.

Cette fonctionnalité épinglée dans l'analyse des offres (Rapport d'attribution du lot n° 1, page 6) fait également écho à la description de l'outil informatique figurant dans l'offre, qui précise à ce propos :

«Les commandes peuvent être envoyées commande par commande selon les horaires prédéfinis dans votre entreprise. Il est possible de modifier, annuler, copier ou prolonger les commandes» (souligné par la partie adverse - Offre de RANDSTAD, page 12).

L'information selon laquelle ladite annulation de commandes peut être effectuée «jusqu'à 15 minutes avant l'heure de démarrage effective de l'intérimaire» n'est en rien une modification de l'offre ; ce n'est qu'une précision de celle-ci, au sens de l'article 115, al. 6, de l'A.R. du 8 janvier 1996.

C'est donc à tort que l'auditeur conclut au caractère fondé du moyen.

D. REFUTATION (SUITE) : L'OBJECTIVITE DU POUVOIR ADJUDICATEUR A ETE PRESERVEE

35. La requérante affirme en troisième lieu que :

«... l'utilisation d'un support informatique pour un essai en ligne impose au pouvoir adjudicateur de mettre, à tout le moins, en œuvre des garanties particulières en vue d'assurer l'intégrité du test» (Requête en annulation, page 7, n° 13).

Il y a lieu d'observer que la requérante ne se réfère à aucune disposition précise imposant la mise «en œuvre des garanties particulières en vue d'assurer l'intégrité du test».

Du reste, l'expression même d'«intégrité du test» n'est pas claire.

a) Formulation imprécise du grief

36. S'il s'agit de garantir que le test ne débouche pas sur une modification de l'offre (protection de l'intégrité de l'offre ?), il a été exposé ci-dessus (n° 25) que les descriptions de l'outil informatique qui devaient être jointes à l'offre visaient à prévenir tout risque de ce genre. Notamment, les «impressions d'écran» figurant dans l'offre ont en effet permis à la partie adverse de s'assurer que l'outil présenté n'était pas différent de celui décrit dans l'offre.

37. Si le terme «intégrité du test» renvoie aux articles 81*ter* et suivants de l'A.R. du 8 janvier 1996, il est répondu à ce grief ci-dessous (n°s 42 et s.).

38. S'il s'agit de garantir que le pouvoir adjudicateur s'abstienne de tout comportement faussant l'objectivité du test au cours de la présentation de l'outil, de l'essai en ligne ou de la session de questions-réponses, il suffit de souligner que le pouvoir adjudicateur s'est strictement conformé au principe de bonne administration et ne s'est départi à aucun moment d'une attitude parfaitement objective. La requérante ne formule d'ailleurs aucune allégation précise accréditant le contraire; ce point a déjà été souligné, à propos du risque de collusion entre le pouvoir adjudicateur et un soumissionnaire, finalement inhérent à toute procédure de passation (n° 28).

39. S'il s'agit de garantir que le fonctionnement de l'outil informatique de chaque soumissionnaire ne soit pas altéré par un tiers lors de l'essai en ligne, il suffit d'observer que le pouvoir adjudicateur et chacun des soumissionnaires disposaient des instruments de protection usuels faisant obstacle à toute intrusion dans leurs systèmes informatiques (anti-virus, firewall, serveurs sécurisés, etc.).

- C'est ainsi que l'offre de la requérante précise notamment que son réseau «est sécurisé par un réseau VPN interne géré par PEPS INTERIM» et que l'accès à ses serveurs «est sécurisé par un Firewall Cisco PIX515 et nécessite une authentification (login/mot de passe)» (Offre de la requérante).

- De même, l'offre de la S.A. RANDSTAD précise que son outil informatique est «sûr (géré sur les serveurs Randstad, équipé de firewall)» (Offre de la S.A. RANDSTAD BELGIUM, page 20).

En outre, le cahier spécial des charges exige expressément que l'accès à l'outil informatique soit sécurisé :

«Chaque utilisateur (min. 15) pourra se connecter avec son propre login/password pour ouvrir sa session» (Souligné par la partie adverse - Cahier spécial des charges, page 22).

Les offres de la requérante et de l'adjudicataire se conforment à cette exigence ; on peut le constater par une simple lecture des notes descriptives de l'outil informatique jointes auxdites offres, grâce aux «impressions d'écrans» qu'elles contiennent : l'utilisateur de l'outil informatique doit en effet donner son identifiant et son mot de passe pour accéder au programme via internet (Pièces 5 et 6 du dossier administratif).

40. Enfin, si aucune des interprétations envisagées ci-dessus ne correspond à la conception qu'avait la requérante de l'«intégrité du test», il appartenait à celle-ci de formuler plus précisément son grief : un moyen sibyllin ou incompréhensible est irrecevable, sous peine de porter atteinte aux droits de la défense de la partie adverse (CE., n° 65.714 du 28 mars 1997, Khaoua ; CE., n° 77.980 du 6 janvier 1999, Masson).

Incidentement, le mémoire en réplique ne permet pas de clarifier les choses, puisque la requérante invoque l'«intégrité du test» tant à propos de la nécessité d'empêcher les soumissionnaires de modifier leurs offres après l'ouverture des offres (Mémoire en réplique, n° 17, page 81: Où la requérante écrit notamment que « La partie requérante insiste sur le fait que la présentation du logiciel et le test en ligne ne permettent pas de garantir l'intégrité des offres, c'est-à-dire la non-modification de celles-ci après leur ouverture») qu'à propos du risque de modification (par un tiers) de l'outil informatique pendant la séance de présentation (Ibidem, n°s 19-20, pages 9-10 : Où la requérante écrit notamment que «rien ne permet de s'assurer que l'outil informatique n'a pas été modifié lors de la séance de présentation»).

Il s'agit pourtant de deux aspects différents.

S'agissant du premier aspect, il a été pris en compte, puisque les descriptions de l'outil informatique qui devaient être jointes à l'offre visaient à prévenir tout risque de modification de son offre par un soumissionnaire (n° 25).

S'agissant du second aspect, il concerne le risque d'acte de malveillance émanant d'un tiers (soumissionnaire ou autre) prenant le contrôle de l'outil informatique via la connexion internet, pendant la présentation d'un soumissionnaire. A cet égard, il suffit de constater qu'aucun soumissionnaire ne s'est plaint d'une altération de son outil lorsqu'il l'a présenté à la partie adverse. Il s'en déduit donc que la sécurité de la connexion internet utilisée lors de la présentation n'a pas été violée et que le grief est sans intérêt.

b) Les dispositions relatives au dépôt des offres par des moyens électroniques sont sans pertinence en l'espèce

41. La requérante affirme en troisième lieu que :

«... lorsque des moyens informatiques sont utilisés au stade de l'offre, ils doivent s'inscrire et respecter les articles 81*ter* et suivants de l'arrêté royal du 8 janvier, *quod non* en l'espèce : rien n'a été mis en œuvre afin de garantir l'intégrité des données, la signature électronique des intervenants, accusés de réceptions, accès aux données par les personnes désignées, etc. telles que ces prescriptions découlent des articles 81 *ter* et *quater*» (Requête en annulation, page 7, n° 13).

Le grief n'est pas sérieux.

Il repose sur une confusion de la part de la requérante: une offre de service comportant une partie des prestations réalisées via internet et un outil informatique, mais déposée sous «format papier» n'a rien à voir avec le dépôt d'une offre par des moyens électroniques.

42. L'article 81*ter*, § 1^{er}, de l'A.R. du 8 janvier 1996 vise à assurer que, indépendamment du recours à des moyens électroniques pour le dépôt des offres, «l'intégrité des données et la confidentialité des offres et des demandes de participation soient préservées et que le pouvoir adjudicateur ne prenne connaissance du contenu de celles-ci qu'à l'expiration du délai prévu» (Rapport au Roi de l'A.R. du 29 septembre 2008 modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et certains arrêtés royaux pris en exécution de cette loi, qui a introduit l'art. 81*ter* dans l'A.R. du 8 janvier 1996).

En l'occurrence, ces préoccupations ont été parfaitement respectées : les offres ont été remises sur «format papier» et le pouvoir adjudicateur n'a pris connaissance de leur contenu qu'à partir de la date d'ouverture des offres.

43. L'article 81^{ter}, § 2, de l'A.R. du 8 janvier 1996 a trait à l'hypothèse où un «écrit établi par des moyens électroniques dans lequel une macro ou un virus informatique ou toute autre instruction nuisible est détecté dans la version reçue». L'article 81^{quater} du même arrêté royal concerne le dépôt des offres par des moyens électroniques.

Ces dispositions sont inapplicables en l'espèce, puisque les offres ont été remises sur «format papier» :

«L'offre et les documents requis pour l'analyse doivent être établis en trois exemplaires et parvenir à l'adresse de Monsieur le Président du Conseil d'administration de l'IDEA, rue de Nimy n° 53 à 7000 Mons. Ils sont glissés sous pli définitivement scellé ...» (Cahier spécial des charges, page 7).

«Nombre et état des plis reçus : 9 offres» (Procès-verbal d'ouverture des offres).

Il n'est nulle part question d'un dépôt des offres par des moyens électroniques.

Le grief n'est donc pas sérieux.

44. La requérante ne répond rien à ce qui précède dans son mémoire en réplique.

c) La solution retenue par votre Conseil dans l'arrêt n° 204.259 du 25 mai 2010 n'est pas transposable en l'espèce

45. La requérante affirme en quatrième lieu que le considérant suivant de l'arrêt n° 204.259 du 25 mai 2010 de votre Conseil serait transposable en l'espèce :

«... Considérant que le mode de passation du marché litigieux est celui de l'appel d'offres général ; que de manière générale, les critères d'attribution ont pour but de juger la valeur intrinsèque des offres déposées tandis que les critères de sélection qualitative doivent permettre au pouvoir adjudicateur de juger la compétence des candidats ou soumissionnaires pour mener à bien la mission considérée; ... qu'il apparaît que la valeur technique est à apprécier selon une évaluation faite par le pouvoir adjudicateur d'un exercice développé après l'ouverture des offres et réalisé par chacun des soumissionnaires; que cet exercice est destiné à vérifier si chaque soumissionnaire a la possibilité technique de résoudre un problème informatique déterminé; qu'il s'ensuit que les offres des soumissionnaires ne comportent aucun volet portant sur le premier critère d'attribution "valeur technique", seules les grandes lignes des prestations étant prévues à l'annexe E du cahier spécial des charges [Le passage souligné [la phrase qui précède] est omis par la requérante lorsqu'elle cite l'arrêt dans sa requête, alors que ce passage est essentiel pour la solution retenue dans cette affaire par votre Conseil] ; que dès lors, dans le système mis en place par le pouvoir adjudicateur, l'élément prépondérant de la valeur intrinsèque de l'offre n'est pas examiné sur la base de l'offre remise le jour du dépôt des offres, mais bien sur la base d'une évaluation de prestations postérieures à l'ouverture des offres; que le deuxième moyen est sérieux dans sa première branche» (Requête en annulation, page 7, n° 13).

Les circonstances de la présente cause sont radicalement différentes de celles ayant conduit au prononcé de cet arrêt du 25 mai 2010: comme souligné ci-dessus (n° 25), les offres comportaient [bel] et bien, en l'occurrence, un volet relatif au critère d'attribution «outil informatique», puisqu'elles devaient contenir:

- «Une description de l'outil informatique proposé sur base des exigences fixées par le cahier spécial des charges;

- Une description du module de formation proposé pour la mise en place de l'outil informatique» ([...] - Cahier spécial des charges, page 10).

L'arrêt invoqué n'est donc pas pertinent dans le cas d'espèce et l'argumentation de la requérante méconnaît les circonstances de l'espèce. D'ailleurs, la conclusion de la première branche du premier moyen démontre clairement que la première branche de son premier moyen manque en fait (n° 47).

E. REFUTATION (SUITE) : ABSENCE D'INTERET AU MOYEN

46. Dans le cadre de la première branche du premier moyen, la requérante prétend en synthèse que les fonctionnalités supplémentaires identifiées par la partie adverse dans l'offre de l'attributaire sont le résultat d'une modification de l'offre après son dépôt.

Si tel est le sens de son moyen, la requérante n'a aucun intérêt à le soulever, puisqu'aucune des fonctionnalités supplémentaires identifiées par la partie adverse dans son offre n'est contenue (fût-ce en germe) dans son offre. Autrement dit, alors que l'attributaire a mentionné ces fonctionnalités dans son offre (n°s 33 et 34), tel n'est pas le cas de la requérante.

F. REFUTATION (SUITE ET FIN) : CONCLUSION

47. La requérante affirme en guise de conclusion de son exposé de la première branche de son premier moyen que :

«dès lors que, pour déterminer l'offre la plus avantageuse, la partie adverse s'appuie sur des éléments qui ne faisaient pas partie intégrante de l'offre des soumissionnaires au jour de leur dépôt, la procédure d'attribution et la décision attaquée violent les dispositions et principes invoqués au moyen» (Souligné par la partie adverse - Requête en annulation, page 7, n° 14).

Cette conclusion manque en fait : comme souligné ci-dessus, en l'occurrence, les offres comportaient bien et bien un volet relatif au critère d'attribution «outil informatique», puisqu'elles devaient contenir une description détaillée de cet outil.

Il s'ensuit que la première branche du premier moyen n'est pas fondée."

E. Dernier mémoire de la requérante

Dans son dernier mémoire, la requérante réfute les arguments développés par la partie adverse dans son dernier mémoire et ce, sur la base des considérations suivantes :

" 3.1 Quant au premier moyen

3.1.1 Avis de Monsieur le Premier Auditeur

3. Dans son avis, Monsieur le Premier Auditeur considère que la première branche du premier moyen est fondée, dans la mesure où l'analyse des offres s'est faite en tenant compte d'éléments non contenus dans l'offre initiale ou dont la partie adverse ne peut établir qu'ils s'y trouvaient.

Il relève notamment qu'alors que le logiciel informatique ne devait pas être joint lors du dépôt des offres, l'analyse des offres dans le cadre de l'appréciation du

critère d'attribution «outil informatique» s'est effectuée uniquement sur la base de la présentation orale du logiciel informatique, tel que cela découle du rapport d'analyse des offres.

Monsieur le Premier Auditeur insiste également sur le fait que la partie adverse a pris en considération des éléments qui ne faisaient pas partie de l'offre initiale, ce qui est sanctionné par la jurisprudence de votre Conseil. Par conséquent, la règle fondamentale précisée à l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 consacrant le principe d'intangibilité des offres a été méconnue. Monsieur le Premier Auditeur se réfère notamment à un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 29 mars 2012 (C-599/10) et à la jurisprudence de Votre Conseil invoquée par la partie requérante.

Monsieur le Premier Auditeur conclut à l'annulation de l'acte attaqué.

3.1.2 Dernier mémoire de l'IDEA

4. Dans son dernier mémoire, la partie adverse insiste sur le fait que la présentation de l'outil informatique n'a pas eu pour effet de modifier les offres. Elle considère également que Monsieur le Premier Auditeur se limiterait à un rappel abstrait de la jurisprudence, sans prendre en considération les particularités de la présente affaire. Elle conteste ensuite les deux fonctionnalités que Monsieur le Premier Auditeur a mises en exergue pour démontrer que l'analyse des offres au regard des critères d'attribution n'a pas été opérée sur la base de l'offre initiale, mais sur la base de l'offre complétée par des éléments ultérieurs.

3.1.3 Réfutation des arguments de l'HYGEA

5. Dans le cadre d'un appel d'offres, les contacts entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires sont strictement encadrés par l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Si cette disposition permet de faire préciser ou compléter la teneur de l'offre, il est interdit au soumissionnaire de modifier ou d'améliorer son offre, tel que c'est le cas en l'espèce :

- d'une part, il ressort du rapport d'analyse des offres que le critère d'attribution «Outil informatique» a été apprécié sur la base de la présentation du logiciel informatique qui n'était pas joint aux offres initiales. Les soumissionnaires ont donc eu la possibilité d'améliorer leur outil. Le fait que tous les soumissionnaires aient bénéficié de cette possibilité ne suffit pas à rendre cette pratique licite. Celle-ci méconnaît le principe même de l'appel d'offres. À défaut de «fixation» de l'outil informatique dans l'offre initiale, la partie adverse a méconnu les dispositions visées au moyen;

- d'autre part, comme le relève Monsieur le Premier Auditeur à l'appui d'exemples concrets, la partie adverse a manifestement tenu compte d'éléments non contenus dans l'offre initiale pour attribuer le marché.

6. Il est pour le moins étonnant de constater que la partie adverse (Dernier mémoire, p. 14, point 28) reproche à la partie requérante de ne pas avoir concrètement démontré la modification de l'outil informatique ou la prise en compte d'éléments non contenus dans l'offre initiale, alors même que l'offre de l'attributaire a été déposée à titre confidentiel. Il est dès lors impossible pour la partie requérante d'étayer ses propos sur la base d'éléments concrets.

La partie requérante souhaite à cet égard utilement rappeler qu'elle a précisément sollicité que soit produite au débat contradictoire l'offre de l'attributaire, RANDSTAD, ce que la partie adverse a refusé.

7. En tout état de cause, on s'interrogera sur la possibilité de démontrer concrètement la modification ou l'amélioration de l'outil informatique en suite du dépôt de l'offre, dès lors qu'aucun outil informatique n'a été déposé avec l'offre initiale.

8. S'agissant des deux fonctionnalités supplémentaires mises en exergue par Monsieur le Premier Auditeur à la lecture de l'offre de RANDSTAD, la partie requérante souhaite formuler les observations suivantes au regard du dernier mémoire de la partie adverse :

- S'agissant de la «gestion intégrée des listes prioritaires de mise à disposition des intérimaires», le passage de l'offre cité par la partie adverse ne mentionne en aucun cas de liste «prioritaire», mais la gestion de pool basé sur des compétences, des disponibilités et des formations. Il s'agit de deux éléments différents. En outre, la gestion de pools a également été prise en considération dans le rapport d'attribution, ce qui tend à démontrer qu'il s'agit bel et bien de deux éléments différents :

«Randstad:

Le processus de sélection et les critères d'évaluation : la sélection des candidats étudiants n'est pas spécifiquement explicitée (-1 point).

Les moyens mis en œuvre pour assurer le recrutement et garantir la mise à disposition : la gestion des pics d'activité, basée sur la gestion de pools de réserve est clairement décrite et la disponibilité des équipes, basée sur un service de garde 24/7 est aussi intégralement décrite».

- S'agissant de la fonctionnalité «annulation de la commande jusqu'à 15 minutes avant l'heure de démarrage effective de l'intérimaire», le passage de l'offre mis en exergue par la partie adverse ne mentionne nullement la possibilité d'annuler la commande jusqu'à 15 minutes avant le démarrage. Seule une possibilité d'annulation est prévue, sans aucune indication en terme de délai. Or, c'est précisément le délai d'annulation - jusqu'à 15 minutes avant - qui a été valorisé dans le rapport d'attribution, et non la simple possibilité d'annulation.

Il ne pourrait donc s'agir d'une simple «précision» au sens de l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, dès lors qu'il s'agit d'une fonctionnalité supplémentaire à part entière qui a été valorisée comme telle par la partie adverse et qui n'était manifestement pas présente dans l'offre initiale de RANDSTAD. RANDSTAD a donc amélioré son offre en communiquant une donnée qui ne figurait pas dans l'offre initiale. Conformément à la jurisprudence constante de Votre Conseil, «s'il est exact que les précisions données par un soumissionnaire au pouvoir adjudicateur doivent être examinées par ce dernier, ce même pouvoir adjudicateur ne peut, en appel d'offres ou en adjudication, accepter des précisions qui ont pour effet de modifier l'offre remise par le soumissionnaire» (Voy. Not. C.E., n° 210.422 du 14 janvier 2011).

Contrairement à ce que soutient la partie adverse, Monsieur le Premier Auditeur a donc démontré que l'attribution s'est réalisée sur la base d'éléments non contenus dans l'offre initiale.

9. Dès lors que, pour déterminer l'offre la plus avantageuse, la partie adverse s'appuie sur des éléments qui ne faisaient pas partie intégrante de l'offre des soumissionnaires au jour de leur dépôt en recourant à une procédure ne garantissant pas l'intégrité de l'offre (l'outil informatique n'a pas été déposé initialement), la procédure d'attribution et la décision attaquée violent de la sorte les dispositions et principes invoqués au moyen.

Au surplus, la partie requérante renvoie aux développements repris dans sa requête en annulation et dans son mémoire en réplique.

Il ressort de ce qui précède que la première branche du premier moyen est fondée."

F. Débats à l'audience

En se référant toujours à l'arrêt 204.259 qu'elle a déjà invoqué dans ses écrits de procédure, la requérante maintient que l'outil informatique constitue bien un critère d'attribution du marché, avec cette conséquence qu'il ne pouvait pas être présenté un mois après l'ouverture des offres. Elle insiste également sur le fait qu'il ressort du rapport d'analyse des offres ainsi que de l'examen de l'offre de RANDSTAT que la partie adverse a bien tenu compte, dans son appréciation, d'éléments postérieurs à la date d'ouverture des offres. C'est ce qui permet d'ailleurs d'expliquer qu'un autre soumissionnaire a été écarté après. Elle conclut qu'il existe des indices suffisants permettant de considérer que l'offre de RANDSTAT, telle qu'elle a été appréciée, ne représente pas un aspect fidèle de l'offre la moins-disante.

La partie adverse observe tout d'abord, à titre d'observation générale, qu'une jurisprudence trop sévère aurait pour effet d'empêcher de pouvoir tester toute marchandise à acheter, alors qu'il n'y a rien de tel qu'un essai en temps réel de l'outil informatique. C'est en effet ce test en temps réel qui a permis d'écarter l'offre d'un soumissionnaire à ce stade de la procédure, alors qu'une simple analyse de l'offre n'aurait pas permis de découvrir les déficiences de son programme informatique par rapport aux exigences des documents du marché. Elle reproche également à la requérante de procéder à une lecture à géométrie variable du cahier spécial des charges, puisque qu'elle ne centre ses critiques que sur l'octroi du lot 1 du marché.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

En application du point 8 du cahier spécial des charges et au regard du commentaire dans le cahier spécial des charges (page 10) relatif à l'article 90, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics -applicable en l'espèce-, les offres et les documents requis pour les analyser devaient être établis en trois exemplaires, être glissés sous pli définitivement scellé, portant la date de la séance d'ouverture des offres et la référence au cahier spécial des charges avec la mention "offre", et être envoyés à l'adresse du président du conseil d'administration de l'IDEA, rue de Nimy, n° 53 à 7000 Mons. Il est donc évident que le pouvoir adjudicateur a voulu que les offres soient déposées sous format papier et qu'il n'a pas été question de faire usage d'une procédure électronique d'introduction des offres. Il s'ensuit que la première

branche du premier moyen est irrecevable en ce qu'elle invoque la violation des articles 81bis à 81quater de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité.

Au regard de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, il a été précisé dans le cahier spécial des charges (page 12) que l'offre retenue pour le lot 1 (HYGEA) serait l'offre la plus intéressante compte tenu des trois critères d'attribution suivants :

- " 1) Les éléments tarifaires tels que remis à l'inventaire (40 points).
[...]
2) L'outil informatique (30 points)
Pour le lot n°1 (HYGEA), ce critère sera évalué sur base de l'ergonomie et de la facilité d'utilisation de l'outil, telles que démontrées lors de la séance de présentation devant les représentants du pouvoir adjudicateur (15 points), ainsi que sur base des fonctionnalités supplémentaires éventuellement proposées par rapport aux exigences fixées par les clauses techniques (15 points).
Chaque soumissionnaire sera invité à effectuer une présentation selon le timing suivant:
Présentation du logiciel et des fonctionnalités décrites ci-dessus: 15 minutes;
Essai en ligne par un utilisateur: 15 minutes;
Session de questions / réponses: 15 minutes.
[...]
3) La procédure qualitative mise en place (sur base des notes méthodologiques jointes à l'offre) (30 points).
[...]"

Dans l'avis de marché (point IV.2.1), il a également été fait état de ce que l'offre économiquement la plus avantageuse serait appréciée, pour chaque lot, en fonction "des critères énoncés dans le cahier des charges".

En application des dispositions pertinentes du cahier spécial des charges, le logiciel informatique ne devait cependant pas être joint lors du dépôt des offres sur un support déterminé. Par contre, au regard de l'article 90, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, il a été prévu dans le cahier spécial des charges (page 10) que les soumissionnaires devaient, notamment, joindre à leur offre tant une description écrite de l'outil informatique proposé sur la base des exigences fixées par le cahier spécial des charges, qu'une description du module de formation proposé pour la mise en place de l'outil informatique. Ces deux documents devaient donc être de nature à établir que l'outil informatique décrit par chacun des soumissionnaires devait, *a priori*, être de nature à assurer le suivi de la procédure de recrutement et de suivi des travailleurs intérimaires recrutés, telle que décrite par ailleurs dans la note méthodologique à joindre également par chacun des soumissionnaires à son offre. De même, au regard de l'article 21 de l'annexe à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, il était aussi précisé dans le cahier spécial des charges (page 15) que le pouvoir

adjudicateur se réserve le droit de rompre le marché pour le lot 1 (HYGEA) si "dans les 30 jours suivant la date de démarrage du contrat, le logiciel proposé et présenté dans l'offre de l'adjudicataire (et non un autre logiciel) n'était pas installé et pleinement opérationnel". En outre, dans les clauses techniques relatives au lot 1 (HYGEA), il est fait état de ce qui suit dans le cahier spécial des charges (page 22) au sujet du poste "gestion informatisée" que doit pouvoir offrir l'adjudicataire retenu au titre de "services complémentaires obligatoires" :

" La gestion informatisée

L'outil proposé par l'adjudicataire sera une application Web permettant de travailler sur un navigateur compatible MS Windows de type MS Internet Explorer ou Mozilla Firefox.

L'accès se fera via une page web.

Chaque utilisateur (min. 15) pourra se connecter avec son propre login/password pour ouvrir sa session. Ces sessions pourront être ouvertes simultanément.

Un outil de planification et de commande permettra de planifier les demandes d'intérimaires.

Sur base des listes des intérimaires sélectionnés, l'utilisateur devra pouvoir planifier, transmettre et consulter en permanence les besoins en intérimaires. Les intérimaires et les droits d'accès des utilisateurs devront pouvoir être scindés en services (min. 10 services), profils de fonctions, lieu de travail, ... ou être utilisés dans leur intégralité (direction et service RH).

La planification et les commandes se feront sur base hebdomadaire (6 jours, du lundi au samedi) avec plusieurs plages horaires par jour (planification à l'heure). Le PA pourra insérer ses propres journées de congé ou de formation dans le système, service par service.

Sur base de la planification, une commande pourra être éditée et envoyée, commande par commande ou par groupe de commandes. Il devra être possible de modifier ou annuler une commande, de même que copier ou prolonger des périodes planifiées. L'outil de commande doit proposer deux niveaux de validation: utilisateur et hiérarchique (avec dérogations).

Les factures et les notes de crédit sont consultables et imprimables en ligne. Leur analyse doit pouvoir se faire par service, mois, semaine, ...

Des rapports reprenant les montants, les heures prestées, le nombre d'intérimaires, prestations par intérimaires, période par période et service par service, ... pourront être édités et consultés en ligne et téléchargés aux formats DOC, XLS ou PDF.

L'implémentation et les formations nécessaires à la bonne utilisation du logiciel seront comprises dans l'offre (maximum 20 utilisateurs).

La maintenance et la mise à jour du logiciel seront gratuits pour toute la durée du contrat".

Comme exigé par le cahier spécial des charges, tant la requérante que RANDSTAT ont annexé à leur offre une description écrite de l'outil informatique

proposé reprenant une description des fonctionnalités de cet outil informatique avec des commentaires et des exemples des fonctions disponibles, accompagnés de quelques copies d'écran.

Les offres ont été déposées le 21 août 2013 et la présentation du logiciel informatique et l'essai en ligne de ce logiciel, annoncés dans le cahier spécial des charges, ont eu lieu les 19 et 20 septembre 2013, soit un mois après le dépôt des offres.

Il ressort à cet égard clairement du rapport d'analyse des offres qui a été établi le 8 novembre 2013 que la partie adverse a apprécié le critère d'attribution relatif à l'outil informatique (voir le point 5.2.2. a) et b) du rapport) en se fondant, sinon de manière exclusive, tout au moins essentiellement, sur la présentation et l'essai en ligne des logiciels informatiques auxquels il a été procédé les 19 et 20 septembre 2013. Notamment, aucune allusion n'est, en effet, expressément faite dans le rapport d'analyse des offres à la description de l'outil informatique que chacun des soumissionnaires avait été invité à joindre à son offre.

Or, il apparaît que, comme annoncé dans le cahier spécial des charges, la partie adverse a procédé, au regard de l'évaluation du critère d'attribution "outil informatique", à une prise en compte de cinq fonctionnalités supplémentaires qui auraient été "proposées" par divers soumissionnaires en sus des exigences déjà fixées dans le cahier spécial des charges. Contrairement à la partie du rapport d'analyse des offres relative au lot 2 (page 5), la partie de ce rapport d'analyse consacrée au lot 1 ne fait, à cet égard, pas état des différentes fonctionnalités qui auraient été demandées dans le cahier spécial des charges, mais se focalise, au contraire, directement sur l'appréciation des cinq fonctionnalités supplémentaires suivantes, choisies parmi celles "proposées" par les différents soumissionnaires (page 8) :

- 1°) la gestion intégrée de listes prioritaires de mise à disposition des intérimaires;
- 2°) l'envoi automatisé de SMS/emails aux intérimaires pour leur transmettre leur planning;
- 3°) l'annulation de la commande jusqu'à 15 minutes avant l'heure de démarrage effective de l'intérimaire;
- 4°) la signature électronique des contrats et la validation par lecture ID card; et
- 5°) l'application mobile existante (smartphone).

Or, parmi ces différentes fonctionnalités informatiques supplémentaires, il apparaît qu'au moins deux ont été retenues à l'avantage de RANDSTAD, à savoir, d'une part, la gestion intégrée de listes prioritaires de mise à disposition des intérimaires et, d'autre part, l'annulation de la commande jusqu'à 15 minutes avant l'heure de démarrage effective de l'intérimaire, alors même que ces deux fonctionnalités supplémentaires n'ont pas été "proposées" dans l'offre de RANDSTAD ou, du moins, ne sont pas

exprimées dans cette offre d'une manière qui permettrait de lever tout doute quant au fait de savoir si ces fonctionnalités supplémentaires ont ou non été présentées par RANDSTAD postérieurement à la remise de son offre. D'une part, il ne ressort pas de la description écrite de son outil informatique jointe à son offre que RANDSTAD aurait expressément mis l'accent sur la gestion intégrée de "listes prioritaires" de mise à disposition des intérimaires au profit du pouvoir adjudicateur. Il est simplement fait état dans cette note descriptive de ce que RANDSTAD s'engage à mettre à disposition du pouvoir adjudicateur des travailleurs intérimaires en cas de demande d'urgence comme stipulé dans le cahier spécial des charges. Il ne s'agit cependant pas là d'une fonctionnalité informatique supplémentaire, du fait même qu'il s'agit d'une exigence formulée dans le cahier spécial des charges ainsi que le reconnaît d'ailleurs la partie adverse dans son dernier mémoire. Les notions de "gestion de pools", d'une part, et de "listes prioritaires", d'autre part, apparaissent bien viser deux fonctionnalités informatiques différentes, contrairement à ce que tente d'établir la partie adverse. D'autre part, il est indiqué dans la description écrite de son outil informatique jointe à son offre par RANDSTAD qu'il est possible de modifier, d'annuler, de copier ou de prolonger les commandes. Il ne ressort cependant pas de ce document que RANDSTAD aurait, au titre de fonctionnalité informatique supplémentaire, expressément invoqué dans ce document la possibilité de procéder à une annulation de la commande jusqu'à 15 minutes avant l'heure de démarrage effectif de l'intérimaire. Les mêmes observations peuvent être formulées à l'égard du document "workaniser.randstad" également annexé à l'offre de RANDSTAD. La partie adverse ne peut donc être suivie lorsqu'elle affirme, dans son dernier mémoire, que les deux fonctionnalités informatiques supplémentaires ainsi mises en évidence dans le rapport de l'auditorat seraient en réalité déjà intégrées dans la description de l'outil informatique jointe à l'offre de RANDSTAD : d'une part, le renvoi opéré dans cette description de l'outil informatique à la mise en place par RANDSTAD d'une gestion de pool basée sur les compétences, les disponibilités et les formations, de même que l'accent mis sur ce que cette gestion de pool est actualisée continuellement peuvent être mis en rapport avec l'exigence du cahier spécial des charges selon laquelle un outil de planification et de commande doit permettre de planifier en permanence les besoins d'intérimaires et n'ont donc rien à voir avec une fonctionnalité informatique supplémentaire qui aurait été "proposée" par RANDSTAD à l'appui de son offre; d'autre part, le renvoi opéré dans l'évaluation de l'outil informatique de RANDSTAD à la possibilité d'annuler la commande d'un intérimaire jusqu'à 15 minutes avant l'heure de démarrage effectif de celui-ci ne peut être comprise, comme le suggère la partie adverse, comme une simple précision de son offre au sens de l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et ce, dès lors que le pouvoir adjudicateur a expressément considéré qu'il s'agit-là d'une fonctionnalité informatique supplémentaire attribuant un réel avantage à l'offre de RANDSTAD et entrant en

ligne de compte pour trois points sur quinze dans le cadre de l'évaluation des "fonctionnalités informatiques supplémentaires" proposées par les soumissionnaires à l'appui de leur offre.

Compte tenu de ce qui précède, il est établi que la partie adverse a pris en considération au moins deux fonctionnalités informatiques supplémentaires qui ont permis de valoriser l'offre de RANDSTAD et qui ne figuraient pas, en tant que telles, dans les documents annexés à son offre. Ces deux fonctionnalités, compte tenu de l'importance qu'elles ont pu jouer dans la procédure d'attribution du lot 1 du marché, ne peuvent non plus être raisonnablement considérées comme de simples "précisions" qui auraient été apportées aux offres proposées, postérieurement à la séance d'ouverture des offres et dans les limites de la faculté dérogatoire offerte par l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. En raison de ce vice fondamental, il est raisonnablement permis de considérer que la partie adverse a, comme l'invoque la requérante à l'appui de la première branche de son premier moyen, porté atteinte à la règle de l'intangibilité des offres, une fois celles-ci ouvertes par le pouvoir adjudicateur au jour qu'il a fixé. Au vu de cette conclusion, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs sur lesquels la requérante prend appui pour dénoncer une atteinte à la règle d'intangibilité des offres, cette atteinte étant ainsi établie à suffisance.

La question, également développée par la partie adverse dans son dernier mémoire, de savoir si le pouvoir adjudicateur aurait, en outre, violé ou non son devoir d'objectivité lors de l'appréciation des offres n'a donc pas à être examinée, vu que la réponse qui pourrait y être apportée ne permettrait pas de remettre en cause l'existence du vice fondamental ainsi décelé dans la procédure qui a été suivie par la partie adverse.

Les différents arrêts qui ont été cités dans les écrits de procédure, tant à l'appui d'une thèse que de l'autre, ne sont pas de nature à remettre en cause l'appréciation à laquelle le Conseil d'Etat est arrivé dans le présent cas d'espèce, ne fût-ce que par la simple constatation qu'ils ont été prononcés dans des circonstances de fait qui diffèrent, sinon totalement, à tout le moins sensiblement, de celles propres au cas d'espèce.

De même, s'agissant de la question de l'intérêt au moyen soulevée par la partie adverse dans son dernier mémoire, il ressort de l'analyse qui précède que, contrairement à ce que soutient la partie adverse, les deux fonctionnalités supplémentaires dont il est question n'étaient pas contenues, fût-ce en germe, dans l'offre de RANDSTAD. L'exception de l'absence d'intérêt au moyen, qui repose sur un postulat erroné, doit en conséquence être rejetée.

Dans cette mesure, la première branche du premier moyen est, en conséquence, fondée et suffit, à elle seule, à conduire à l'annulation de l'acte attaqué.

VII. EXAMEN DES AUTRES MOYENS

Il n'y pas lieu d'examiner la seconde branche du premier moyen et le deuxième moyen de la requête qui, même à les reconnaître fondés, ne seraient pas de nature à conduire à une annulation de l'acte attaqué aux effets plus étendus.

VIII. INDEMNITE DE PROCEDURE

VIII. 1. Demandes des parties

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse sollicite la condamnation de la requérante à l'indemnité maximale de procédure applicable en matière de marchés publics. Elle justifie cette demande par la complexité du dossier et par le fait que la rédaction de son mémoire en réponse a été rendue passablement compliquée par le libellé vague et imprécis de la requête introductive d'instance.

La requérante fait valoir que les dispositions relatives à l'indemnité de procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat n'étaient pas encore applicables au moment de l'introduction, le 17 janvier 2014, du présent recours en annulation. Il n'y a donc pas lieu de faire droit à cette demande. A titre subsidiaire, elle considère qu'il n'y pas lieu de faire droit à cette demande, du fait de l'annulation qui sera prononcée, de l'acte attaqué, et, à titre infiniment subsidiaire, elle sollicite que le montant de l'indemnité réclamée soit réduit.

Enfin, la requérante demande également, à titre subsidiaire, que lui soit, le cas échéant, accordé l'indemnité de procédure de base en marchés publics.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 30/1, inséré dans les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, stipule que "la section du contentieux administratif peut accorder une indemnité de procédure qui est une intervention forfaitaire dans les frais et honoraires d'avocat de la partie ayant obtenu gain de cause [...]".

Cette disposition a été introduite par l'article 11 de la loi du 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'Etat. Conformément à l'article 39 de cette loi, celle-ci est entrée en vigueur

le jour de sa publication au Moniteur belge, à l'exception des articles 3, 6, 8, 9, 10, 7°, 11, 12, 13 et 38, 1°, "qui entreront en vigueur à une date fixée par arrêté royal délibéré en conseil des ministres".

En application de l'article 39 de la loi du 20 janvier 2014, l'arrêté royal du 28 mars 2014 relatif à l'indemnité de procédure visée à l'article 30/1 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, a exécuté l'article 11 de cette même loi. En vertu de l'article 9 de cet arrêté, celui-ci s'applique à toute demande de suspension ou de mesures provisoires introduite sous le bénéfice de l'extrême urgence, à compter du 2 avril 2014 -jour de la publication de l'arrêté royal au Moniteur belge-, et qui n'est pas l'accessoire d'un recours en annulation introduit avant cette date, ainsi qu'à toute demande, difficulté ou recours, visé aux articles 11, 12, 13, 14 et 16, 1° à 8°, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, introduit à compter du 2 avril 2014, et aux demandes qui lui sont accessoires et concomitantes ou postérieures.

Dès lors que le recours en annulation a été introduit avant le 2 avril 2014, les demandes d'octroi d'une indemnité de procédure sont irrecevables.

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

Article 1^{er}.

Est annulée la décision prise par le conseil d'administration de l'Intercommunale de Développement Economique et d'Aménagement de la région Mons - Borinage - Centre, en abrégé IDEA, le 13 novembre 2013 d'attribuer le lot 1 "HYGEA" du marché de services relatif à la désignation d'une ou plusieurs agences intérim pour HYGEA à la société RANDSTAD BELGIUM SA.

Article 2.

Le recours est rejeté pour le surplus.

Article 3.

Les demandes d'indemnité de procédure sont rejetées.

Article 4.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-deux avril deux mille seize par :

MM. Jacques JAUMOTTE,
David DE ROY,
Serge BODART,
M^{me} Caroline HUGÉ,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Jacques JAUMOTTE.