

**LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS
DU CONSEIL D'ÉTAT, SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ**

A R R Ê T

n° 242.224 du 22 août 2018

A. 225.837/VI-21.293

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

ayant élu domicile chez
M^{es} Eric LEMMENS et Elisabeth KIEHL, avocats,
boulevard de la Sauvenière 68 bte 2/2
4000 Liège,

contre :

le Centre Hospitalier Universitaire de Liège,
en abrégé CHU de Liège,

ayant élu domicile chez
M^{es} André DELVAUX et Renaud SIMAR, avocats,
rue Jules Cockx 8-10
1160 Bruxelles,

Partie intervenante :

**la société privée à responsabilité limitée HUMAN
SUPPORTS MEDICAL,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Pierre RAMQUET et Martin CHABOT, avocats,
Ilot Saint-Michel,
place Verte 13
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 août 2018, la société anonyme TRACE demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- " • la décision du Centre hospitalier Universitaire de Liège du 27 juin 2018 d'attribuer le marché public de services ayant pour objet «la conclusion d'un accord-cadre avec plusieurs entreprises intérimaires en vue de la mise à disposition de personnel soignant intérimaire pour le CHU de Liège pour une durée de 4 ans» à la société HUMAN SUPPORTS MEDICAL SPRL (BE 0536.839.669) sise au 98, Rue Emile Limaube, 7011 Ghlin, en tant que premier participant à l'accord-cadre.
- la décision implicite du Centre hospitalier Universitaire de Liège de refuser d'attribuer ce marché public à la partie requérante, en tant que premier participant à l'accord-cadre.
- pour autant que de besoin, de la décision du Centre hospitalier Universitaire de

Liège du 27 juin 2018 d'attribuer le marché public de services ayant pour objet «la conclusion d'un accord-cadre avec plusieurs entreprises intérimaires en vue de la mise à disposition de personnel soignant intérimaire pour le CHU de Liège pour une durée de 4 ans» à la partie requérante, en tant que deuxième participant à l'accord-cadre, ainsi qu'à la S.A. REFLEX HEALTHCARE PEOPLE, en tant que troisième participant à l'accord-cadre".

II. Procédure

Par une ordonnance du 3 août 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 21 août 2018 à 10 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

Par une requête introduite le 20 août 2018, la société privée à responsabilité limitée HUMAN SUPPORTS MEDICAL demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Elisabeth KIEHL, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} André DELVAUX et Louis LEBOUTE, avocats, comparaissant pour la partie adverse et M^e Martin CHABOT, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits utiles

Le 3 mai 2017, le Centre Hospitalier Universitaire de Liège a décidé de lancer un marché public de services ayant pour objet la conclusion d'un accord-cadre avec plusieurs entreprises intérimaires en vue de la mise à disposition de personnel soignant intérimaire pour une durée de 4 ans. Le mode de passation choisi est celui de l'accord-cadre avec trois participants selon les règles de la procédure négociée avec publicité nationale et en plusieurs phases : une première phase de sélection des candidats après appel à candidatures, une deuxième phase de choix des participants à l'accord-cadre et une troisième phase de passation et d'attribution des marchés subséquents.

Un avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications du 4 mai 2017.

Le 20 décembre 2017, la partie adverse a décidé de sélectionner cinq soumissionnaires : la société anonyme Trace, la société anonyme Randstad Belgium, la société anonyme Reflex Healthcare People, la société anonyme Express Médical et la société privée à responsabilité limitée Human Supports Medical.

Ces cinq soumissionnaires ont déposé une offre.

Le 27 juin 2018, la partie adverse a décidé:

- " 1. de déclarer les offres TRACE SA, RANDSTAD BELGIUM SA, REFLEX HEALTHCARE PEOPLE SA, EXPRESS MEDICAL SA et HUMAN SUPPORTS MEDICAL SPRL complètes et régulières;
2. d'approuver le rapport d'examen des offres du 17/05/2018 annexé au document n° 2571 et de le considérer comme partie intégrante de la présente décision;
3. d'attribuer ce marché à :
 - la société HUMAN SUPPORTS MEDICAL SPRL (...) en tant que premier participant à l'accord-cadre pour un coefficient de prestation appliqué sur le salaire horaire brut indexé du personnel intérimaire «fidélisé» de 178% et pour un coefficient de prestation appliqué sur le salaire horaire brut indexé du personnel intérimaire «classique» de 180%;
 - la société TRACE SA (...) en tant que deuxième participant à l'accord-cadre pour un coefficient de prestation appliqué sur le salaire horaire brut indexé du personnel intérimaire «fidélisé» de 180% et pour un coefficient de prestation appliqué sur le salaire horaire brut indexé du personnel intérimaire «classique» de 195%;
 - la société REFLEX HEALTHCARE PEOPLE SA (...) en tant que troisième participant à l'accord-cadre pour un coefficient de prestation appliqué sur le salaire horaire brut indexé du personnel intérimaire «fidélisé» de 170% et pour un coefficient de prestation appliqué sur le salaire horaire brut indexé du personnel intérimaire «classique» de 185%; (...)"

Il s'agit des première et troisième décisions attaquées.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 20 août 2018, la société privée à responsabilité limitée HUMAN SUPPORTS MEDICAL, demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que premier participant à l'accord-cadre litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité

V. 1. Recevabilité du recours en tant qu'il est dirigé contre le deuxième acte attaqué

La requérante sollicite notamment la suspension de l'exécution de la décision implicite de la partie adverse de ne pas lui attribuer le marché litigieux en tant que premier participant à l'accord-cadre.

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 en tant que premier participant à l'accord-cadre.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer à la requérante le marché litigieux en tant que premier participant à l'accord-cadre, la demande est irrecevable.

V. 2. Intérêt à agir

V. 2. 1. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante soutient que la requérante ne dispose pas d'un intérêt au recours, car, d'une part, la critique portant sur la prétendue irrégularité de son offre est infondée et, d'autre part, les autres illégalités prétendues ne sont pas sérieuses et/ou ne sont pas de nature à modifier le classement des offres. Elle en déduit que l'offre de la requérante (81,3 points/100) ne peut donc être classée en premier ordre devant son offre (87,7 points/100) de telle sorte que l'annulation - ou la suspension - éventuelle de l'acte attaqué ne peut lui procurer un avantage.

V.2.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 14 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions soumet la recevabilité du recours à deux conditions. D'une part, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché. D'autre part, il faut que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante.

La requérante a déposé offre et a donc participé à la procédure d'attribution. Elle n'a, toutefois, été désignée que deuxième participant à l'accord-cadre. Elle peut donc être considérée comme une personne qui a ou a eu intérêt à obtenir le marché en tant que premier participant.

La requérante a été classée deuxième avec 6,4 points de moins que le premier soumissionnaire classé. Dans son premier moyen, elle fait valoir, à titre principal, que l'offre du premier soumissionnaire classé aurait dû être écartée ou, à titre subsidiaire, que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas tenir compte, dans son appréciation du deuxième sous-critère du premier critère d'attribution, de la réduction des délais proposés par cette offre. Dans son second moyen, la requérante conteste l'appréciation des offres par rapport à différents sous-critères d'attribution pour un total supérieur à 6,4 points.

La requérante justifie, en conséquence, de l'intérêt requis au regard des deux conditions prévues par l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 précitée.

VI. Sur la deuxième branche du second moyen

VI.1. Thèse des parties

La requérante prend un second moyen de la violation de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 107 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 10 et 11 de la Constitution et des principes généraux d'égalité et de non-discrimination qui en découlent, du principe *patere legem quem ipse fecisti* et du cahier spécial des charges (spécialement en ses critères d'attribution), des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du défaut de motivation et de motifs pertinents, adéquats et légalement admissibles, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Dans la deuxième branche de ce moyen, elle soutient que le rapport d'examen des offres s'est écarté de la méthode de cotation, prévue par le cahier spécial des charges, du sous-critère principal du premier critère d'évaluation, soit le dépôt d'un mémoire décrivant différents renseignements techniques, car si le pouvoir adjudicateur n'a pas transmis la valeur (en pourcentage ou en nombre de points) attribuée à chaque composante des différents niveaux, seuls deux scénarios sont possibles :

"

➤ Soit une valeur identique a été attribuée à chaque composante :

- Pour le niveau 1 (16 points), les deux points sont évalués sur 8 points.
- Pour le niveau 2 (12 points), les deux points sont évalués sur 6 points.
- Pour le niveau 3 (8 points), les cinq points sont évalués sur 1,6 point.
- Pour le niveau 4 (4 points), les deux points sont évalués sur 2 points.

Dans ce cas, l'ordre d'importance mentionné par les documents du marché n'est pas respecté (entre les niveaux 3 et 4).

➤ Soit une valeur différente a été attribuée à chaque composante :

- Pour le niveau 1 (16 points), le point a devant être plus important que le b, ce dernier s'élèverait au plus à 7 points (contre 9 pour le a).
- Pour le niveau 2 (12 points), le point c s'élèverait à 6 points au plus, de sorte que le point d lui serait nécessairement égal ou supérieur, en violation de l'ordre d'importance dégressif prévu par les documents de marché.
- Pour le niveau 3 (8 points), cinq points sont évalués. Ceci implique qu'au moins l'un d'eux n'obtiendra que 1 point.
- Pour le niveau 4 (4 points), deux points sont évalués sur un total de 4 points.

Ceci implique qu'au moins l'un d'eux obtiendra 3 points.

Dans ce cas, l'ordre d'importance mentionné par les documents du marché n'est pas non plus respecté."

Elle en déduit que la partie adverse n'a pas respecté les dispositions du cahier spécial des charges lors de l'examen du second sous-critère composant le critère relatif à la qualité des services et qu'elle n'a pas non plus correctement motivé sa décision, de sorte qu'elle n'a pas de certitude quant aux motifs et aux cotes qui justifieraient son éviction.

La partie adverse explique que la requérante cherche à prouver, projections mathématiques à l'appui, que le pouvoir adjudicateur se serait illégalement écarté de la méthode de cotation annoncée pour les points a) à k). Elle expose qu'elle n'a, à aucun moment, voulu quantifier chacun des points de manière séparée, mais qu'à l'inverse, ces points ont été rassemblés par niveau, en bloc, de sorte que la cotation pour le niveau 3, par exemple, porte sur les points e), f), g), h) et i), indistinctement. Elle constate que cette volonté de lecture "par bloc" est du reste confirmée par le rapport d'examen des offres, lequel attribue les cotes par niveau, c'est-à-dire "en bloc".

La partie intervenante indique qu'elle partage les observations de la partie adverse et souligne que le cahier spécial des charges a énoncé 4 niveaux de sous-cotation (par ordre décroissant), correspondant à des blocs déterminés. Elle estime, à l'analyse des offres, que le pouvoir adjudicateur a respecté les termes de son cahier spécial des charges en attribuant à chacun des blocs déterminés une cotation respectant un ordre décroissant.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article II.12 du cahier spécial des charges précise que le deuxième sous-critère du critère "qualité des services" sera évalué de la manière suivante:

"

N°	Description	Poids
1	Qualité des services	50
	La qualité des services sera évaluée sur base : 1. Du réservoir de travailleurs intérimaires, dans la province de Liège, relevant des différentes catégories reprises dans les clauses techniques (Cfr. Section IV.1) et dédié à la mise à disposition (10 points); 2. D'un mémoire décrivant (40 points) : a) la procédure de sélection du personnel; b) les moyens mis en œuvre afin de respecter les délais de mise à disposition du personnel; c) l'organisation des permanences; d) le nombre de jours (<65), n'entraînant pas de frais si le pouvoir	

	<p>adjudicateur propose un contrat à durée déterminée ou un contrat à durée indéterminée au travailleur intérimaire mis à disposition;</p> <p>e) l'organisation de l'intérim;</p> <p>f) les moyens mis en œuvre afin de répondre aux exigences de qualification du personnel réclamé par le pouvoir adjudicateur et l'existence éventuelle d'une interface web via laquelle le pouvoir adjudicateur peut accéder de manière électronique aux documents de l'intérimaire tels que :</p> <ul style="list-style-type: none"> o le CV; o la copie des diplômes et les éventuels agréments du candidat concerné; o l'extrait du casier judiciaire récent; o le permis de travail. <p>g) la gestion administrative du personnel dont notamment :</p> <ul style="list-style-type: none"> a. le flux administratif : composition du dossier candidat, reporting de ce dossier, contrôle des documents; b. la gestion statistique permettant au pouvoir adjudicateur une comptabilisation aisée des prestations intérimaires; <p>h) le suivi des intérimaires;</p> <p>i) méthode de suivi de la qualité (mise en place d'un processus d'évaluation de la qualité de l'exécution des missions);</p> <p>j) méthode de traitement des questions qui seront adressées par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services;</p> <p>k) la manière dont se déroule le reporting et dans quelle mesure ce reporting peut être individualisé.</p> <p>Lors de l'évaluation de la qualité des services sur base de ce sous-critère, le pouvoir adjudicateur évaluera les éléments ci-avant suivant le niveau d'importance indiqué ci-après (ordre décroissant d'importance).</p> <ul style="list-style-type: none"> - Niveau 1 : points a) et b) - Niveau 2 : points c) et d) - Niveau 3 : points e) à i) - Niveau 4: points j) et k) 	
--	--	--

"

Il appartient donc au pouvoir adjudicateur d'apprécier les éléments décrits dans le mémoire en tenant compte de l'ordre d'importance de ceux-ci, les points a) et b) étant jugés les plus importants et les points j) et k) comme les moins importants. En d'autres termes, le cahier spécial des charges explique que les points a) et b) doivent être davantage valorisés que les suivants.

La thèse de la partie adverse selon laquelle le cahier spécial des charges permet une appréciation par bloc d'importance décroissante ne peut être suivie. Le cahier spécial des charges n'organise, en effet, pas un regroupement d'éléments pour une appréciation globale de ceux-ci, mais regroupe les éléments pour définir l'importance relative qu'il convient d'attribuer à chacun, les éléments a) et b) devant, par exemple, avoir la même importance relative et celle-ci devant être supérieure à celle des autres éléments. Une appréciation globale des points regroupés par niveaux serait, par ailleurs, difficilement compréhensible dès lors que les contenus des éléments regroupés n'ont souvent que très peu de lien entre eux.

Il appartenait donc au pouvoir adjudicateur, d'une part, d'apprécier chacun des éléments de manière séparée et non globale et, d'autre part, de faire apparaître le résultat obtenu par les soumissionnaires pour chacun de ces éléments en

tenant compte de leur importance relative définie par le cahier spécial des charges.

Si le pouvoir adjudicateur a bien procédé à une appréciation des offres au regard de chacun des éléments pris isolément, rien dans la motivation de l'acte attaqué ne permet de vérifier que les points ont été attribués dans le respect de l'ordre d'importance des éléments appréciés tel que défini par le cahier spécial des charges et ce d'autant plus que si ces éléments ont été appréciés de manière isolée, les points sont attribués de manière globale en les regroupant par niveaux. Ainsi que le montrent les hypothèses envisagées dans la demande de suspension, la requérante – tout comme le Conseil d'État – est dans l'impossibilité de déterminer quelle est l'importance relative accordée par le pouvoir adjudicateur aux différents éléments. Par ailleurs, l'attribution de points globaux en regroupant les éléments d'une même importance ne permet pas de faire apparaître le résultat obtenu par les soumissionnaires pour chacun de ces éléments.

La deuxième branche du second moyen est sérieuse.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas concrètement les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VIII. Confidentialité

La requérante déclare déposer sa demande de participation ainsi que son offre à titre confidentiel en vue de protéger le secret de ses prix unitaires.

La partie adverse demande la confidentialité pour les offres de trois soumissionnaires de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à maintenir une concurrence loyale entre les entreprises. Ces offres sont identifiées dans la note d'observations comme les pièces 9 à 11, mais ont été déposées au dossier de la procédure sous le numéro 7 du dossier administratif.

L'intervenante demande également que son offre bénéficie du régime de confidentialité de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à maintenir une concurrence loyale entre les entreprises. Elle formule également une demande de confidentialité pour les contrats de Madame Irgel.

Dès lors que ces demandes de maintien de confidentialité n'ont pas été contestées et que la divulgation des pièces sur lesquelles elles portent n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

Il y a lieu également, pour ne pas nuire au secret des affaires, de déclarer provisoirement confidentiel le "document reprenant le calcul du réservoir" déposé en pièce 8 du dossier administratif.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée HUMAN SUPPORTS MEDICAL est accueillie.

Article 2.

Les pièces portant les numéros 7 et 8 du dossier administratif, les pièces portant les numéros 2 et 4 du dossier annexé à la demande de suspension ainsi que les pièces portant les numéros 3 et 5 du dossier annexé à la requête en intervention sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

La suspension de l'exécution de la décision du 27 juin 2018 du Centre Hospitalier Universitaire de Liège d'attribuer le marché public de services ayant pour objet la conclusion d'un accord-cadre en vue de la mise à disposition de personnel soignant intérimaire pour une durée de 4 ans à la société privée à responsabilité limitée HUMAN SUPPORTS MEDICAL en tant que premier participant, à la société anonyme TRACE en tant que deuxième participant et à la société anonyme REFLEX HEALTHCARE PEOPLE en tant que troisième participant est ordonnée.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

Article 6.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le vingt-deux août deux mille dix-huit par :

M ^{mes} Nathalie VAN LAER,	conseiller d'État, président f.f.,
Nathalie ROBA,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie ROBA.

Nathalie VAN LAER.