

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 242.387 du 20 septembre 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 68/2/2
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,
place Verte 13
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 11 septembre 2018, la société anonyme TRACE demande que le Conseil d'Etat ordonne les mesures provisoires suivantes :

"

- de faire interdiction à la partie adverse de procéder à la notification 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 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 aux différents attributaires ;

- de faire injonction à la partie adverse de cesser tout acte d'exécution de la décision précitée, sous peine d'une astreinte de 800 € par jour durant lequel le marché serait exécuté (...)"

II. Procédure

Par une ordonnance du 12 septembre 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 18 septembre 2018 à 9 heures 30.

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

Par l'arrêt n° 242.224 du 22 août 2018, le Conseil d'Etat a ordonné 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. Le même arrêt a rejeté la requête pour le surplus, a accueilli la requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée HUMAN SUPPORTS MEDICAL et a réservé à statuer sur les dépens.

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'Etat ont été acquittés.

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

M^e Elisabeth KIEHL, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Renaud SIMAR et Louis LEBOUTTE, 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'Etat, 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

L'arrêt n°242.224 du 22 août 2018, résume ainsi qu'il suit les faits de la cause :

"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 %; (...)"

Le 24 juillet 2018, la partie adverse a adressé par mail à la société privée à responsabilité limitée HUMAN SUPPORTS MEDICAL un courrier daté du 13 juillet 2018. Ce courrier se présente comme suit :

- " Conformément à l'article 8 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services, nous vous informons que le Conseil d'Administration du Centre Hospitalier Universitaire de Liège a décidé en sa séance du 27 juin 2018 de vous attribuer le marché précité 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 %.

Vous trouverez en annexe la décision motivée d'attribution du marché du 27 juin 2018.

Les demandes de mise à disposition de personnel soignant intérimaire vous parviendront conformément au système de la «cascade» tel que décrit dans le cahier spécial des charges et au fur et à mesure des besoins de l'institution.

Conformément aux articles 11 et 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services, vous disposez d'un délai de 15 jours à partir du jour suivant la date de l'envoi de la présente lettre, afin d'introduire éventuellement une demande de suspension auprès d'une juridiction. Ce recours peut exclusivement être introduit devant le Conseil d'État, par une procédure d'extrême urgence.

Conformément à 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 et de certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services, je vous informe que vous pouvez également introduire un recours en annulation contre cette décision auprès du Conseil d'État. Ce recours doit être introduit sous peine d'irrecevabilité dans les 60 jours après la présente notification. Le recours est introduit par une demande datée qui doit être signée par vous ou par un avocat. La demande doit être envoyée soit par lettre recommandée adressée au greffe du Conseil d'État, rue de la Science, 33 à 1040 Bruxelles, soit par procédure électronique via le site <http://raadvanstate.be/?page=e-procedure&lang=fr>.

Pour les autres modalités, veuillez prendre contact avec Monsieur Eric Maclot, Directeur du Département infirmier (tél. 04/366.70.10 – direction.infirmier@chuliege.be)".

Ce courrier a été également adressé à la société privée à responsabilité limitée HUMAN SUPPORTS MEDICAL par un courrier recommandé déposé à la poste le 24 juillet 2018.

Un courrier comparable a été adressé à la requérante et à la société anonyme REFLEX HEALTHCARE PEOPLE par des courriels 19 juillet 2018 et des envois recommandés déposés à la poste le 23 juillet 2018.

Par un arrêt n° 242.224 du 22 août 2018, le Conseil d'État, saisi par une requête introduite le 2 août 2018, a ordonné 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.

La requérante ajoute les éléments qui suivent :

" 1.
Depuis l'adoption des actes attaqués, la partie requérante continue de fournir ses services de mise à disposition de personnel soignant intérimaire à la partie adverse, dans des proportions et des conditions identiques à la période antérieure. La partie adverse n'a jamais cessé d'avoir recours à ses services, pas plus qu'elle ne l'a informée d'une quelconque modification de leurs relations contractuelles.

Le 27 août 2018, un représentant de la partie adverse a invité Mme IANDOLINA, représentante de la partie requérante, à une entrevue.

Cette demande a été confirmée par un courriel du même jour en ces termes :

«Suite à notre entretien téléphonique, de cet après-midi, j'ai demandé plus de précisions à Mr Maclot quant au but de l'entrevue.

Il apparaît que suite au cahier des charges pour la mise à disposition de personnel intérimaire auquel Trace a participé, Mr Maclot doit à présent rencontrer les responsables des différentes sociétés qui ont été retenues.

Je vous propose de fixer cette entrevue au jeudi 6 septembre à 11h30. Si cette proposition est incompatible avec votre agenda, merci de me contacter au n° ci-dessous pour que nous changions la date et/ou l'heure.

Cordialement,

Fabian Fontaine

Secrétariat Dép Infirmier».

A défaut d'autre précision, la partie requérante s'attendait à une réunion de négociation portant sur une éventuelle réfection de la décision d'attribution du marché litigieux.

2.

Le 6 septembre 2018, plusieurs représentants de la partie requérante ont donc rencontré Monsieur Eric MACLOT, Directeur du Nursing du CHU de Liège.

Ils ont été extrêmement surpris d'apprendre que la réunion avait pour objet la mise en oeuvre concrète de la décision d'attribution de marché du 27 juin 2018, pourtant suspendue par Votre Haute Juridiction.

Les parties ont choisi de mettre fin à la réunion afin de conférer de la situation avec leurs conseils respectifs.

3.

Par un courriel officiel du 6 septembre 2018, le conseil de la partie requérante a interpellé le conseil de la partie adverse en ces termes :

«Je reviens à notre entretien téléphonique de ce 6 septembre.

Ma cliente apprend du Directeur nursing du CHU que celui-ci a reçu pour instruction de passer outre l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 août et d'exécuter la décision du 27 juin 2018 dont l'exécution a été suspendue par le Conseil d'Etat. J'ai reçu pour mandat d'envisager le dépôt d'une requête d'extrême urgence.

Je suis néanmoins à votre écoute, en particulier quant à ce qu'emporte l'exécution loyale d'un arrêt de suspension prononcé par le Conseil d'Etat siégeant en référé, indépendamment de la question de savoir s'il existe en l'espèce une obligation de standstill ou non.

Sur ce dernier point, le courrier de notification mentionne le standstill et personne n'a plaidé qu'il n'y avait pas de standstill et que la décision aurait déjà été notifiée, en sorte que je vous remercie de bien vouloir me faire parvenir la preuve incontestable de la date de prise de cours d'un éventuel contrat entre le CHU et Human Supports Medical.

La présente est officielle».

4.

Le vendredi 7 septembre 2018, le conseil de la partie adverse a répondu aux conseils de la partie requérante en ces termes :

«Je fais suite à votre envoi de ce 6 septembre ainsi qu'à notre agréable entretien téléphonique de cette même date.

1.

Comme je vous l'indiquais, il ne peut être question de délai de standstill dans le cadre du présent marché, dans la mesure où celui-ci relève de la catégorie 22 de l'annexe B de la loi du 15 juin 2006 (intitulée "Service de placement et de fourniture de personnel").

En effet, l'article 121° de la loi du 17 juin 2013 prévoit qu'il n'y a pas lieu d'appliquer le standstill lorsque la publicité européenne n'est pas obligatoire tandis que l'article 32 3° c de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 fixe le montant du seuil européen à 207.000EUR pour les marchés de services de l'annexe II B.

Concernant la publicité européenne, bien que l'article 34 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 la rende applicable si la valeur du marché atteint les seuils fixés à l'article 32, l'article 37 al. 2 précise toutefois qu'il n'y a pas lieu de recourir à l'avis de marché pour les services visés à l'annexe II B.

Cet enseignement est du reste corroboré par l'article 39 al. 2 de ce même Arrêté royal lequel dispose que "sans préjudice de l'article 38 du présent Arrêté, cette section est également applicable aux marchés de services au sens de l'annexe II B de la loi lorsque leurs montants atteignent le seuil européen fixé à l'article 32 al. 1^{er} 3° et al. 2".

Partant, par courrier du 13 juillet 2018, le CHU de Liège procédait concomitamment à l'information des soumissionnaires non retenus et à la notification du marché aux soumissionnaires retenus.

Par cette notification, le marché a été conclu avec les adjudicataires retenus, en ce compris la SA TRACE.

2.

Cela étant, conformément à sa jurisprudence constante, initiée par son arrêt du 2 juillet 2014 (C.E., 2 juillet 2014, n° 227.974, *luris Link*), le Conseil d'Etat s'estime néanmoins compétent, même en l'absence d'application du standstill. C'est dans ce cadre que le recours en suspension introduit par la SA TRACE a été accueilli.

3.

Partant, si l'arrêt prononcé en cette affaire, le 22 août dernier, par le Conseil d'Etat, suspend la décision d'attribution adoptée par le CHU de Liège, il est toutefois sans effet sur l'exécution de ce marché, en vigueur depuis le courrier de notification du 13 juillet 2018.

Au vu de ce qui précède il ne saurait dès lors être question d'un problème lié à la question de l'exécution loyale d'un arrêt du Conseil d'Etat, dès lors que le CHU de Liège est lié par la notification de marché du 13 juillet 2018.

S'agissant d'une réponse à votre envoi officiel, la présente vous est également adressé à titre officiel».

Les conseils de la partie requérante ont immédiatement contesté cette position, en ces termes :

«Nous avons pris connaissance de votre envoi officiel de ce 7 septembre.

Nous vous remercions de bien vouloir nous transmettre l'ensemble des courriers adressés aux différents soumissionnaires ensuite de la décision d'attribution de marché.

Nous constatons par ailleurs que le CHU de LIEGE a manifestement décidé de s'auto-appliquer un délai de standstill, cette mention figurant expressément dans le courrier d'information reçu par la S.A. TRACE.

Celle-ci a continué et continue par ailleurs d'être régulièrement sollicitée pour fournir du personnel infirmier intérimaire au CHU, dans le cadre de vos relations contractuelles antérieures.

Nous sommes dès lors extrêmement surpris de constater que le CHU de LIEGE prétend que le marché litigieux aurait été définitivement attribué dès le 13 juillet dernier, affirmation qui ne correspond manifestement ni à la réalité des faits, ni à l'attitude procédurale suivie jusqu'alors.

En effet, à aucun moment au cours de la procédure relative à la demande de suspension d'extrême urgence, le CHU ou la partie intervenante d'ailleurs, n'ont soutenu que le marché avait été attribué.

La présente est officielle et remplace une communication de partie à partie.

Elle n'implique aucune reconnaissance ni renonciation dans le chef de notre mandante».

6.

Au jour de la rédaction de la présente requête, soit le lundi 10 septembre 2018, ce courriel demeurait sans réponse.

La partie requérante n'a donc eu d'autre choix que d'introduire la présente demande de mesures provisoires, afin que Votre Haute Juridiction fasse injonction à la partie adverse de cesser tout acte d'exécution de la décision du Centre Hospitalier Universitaire de Liège du 27 juin 2018, sous peine d'astreinte, et lui fasse interdiction de procéder à la notification du marché".

IV. Intervention

Par une requête introduite le 20 août 2018, la société privée à responsabilité limitée HUMAN SUPPORTS MEDICAL, a demandé à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence. Cette demande a été provisoirement accueillie par l'arrêt n°242.224 du 22 août 2018. Aucun élément n'a été soumis au Conseil d'Etat qui soit de nature à s'écarter de cette solution en telle sorte qu'il y a lieu

d'accueillir cette requête dans le cadre de la présente procédure.

V. Mesures provisoires

V.1. Thèse des parties

A. Thèse de la partie requérante

La requérante expose avoir introduit une demande de suspension d'extrême urgence des actes attaqués qui a donné lieu à l'arrêt de suspension n° 242.224 du 22 août 2018. Elle souligne que néanmoins, "la partie adverse tente actuellement volontairement de passer outre cet arrêt de suspension, sous le prétexte que le marché aurait été conclu avant le prononcé de l'arrêt et que ledit arrêt serait sans effet sur l'exécution d'un marché prétendument conclu antérieurement".

Elle observe que le marché litigieux n'a pas été évalué par la partie adverse, de sorte que celle-ci ne démontre pas qu'elle n'était pas soumise au délai de *standstill*.

Plus fondamentalement, elle constate que la partie adverse n'a pas notifié l'attribution du marché aux différents attributaires et qu'elle a manifestement décidé de s'appliquer volontairement un délai de *standstill*, ce qu'elle estime être démontré par les éléments qui suivent :

"

- la mention, dans les courriers d'informations aux soumissionnaires non désignés en qualité de premier participant à l'accord-cadre, de la voie de recours suivante (pièce 6, p. 1) :

Conformément aux articles 11 et 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services, vous disposez d'un délai de 15 jours à partir du jour suivant la date de l'envoi de la présente lettre, afin d'introduire éventuellement une demande de suspension auprès d'une juridiction. Ce recours peut exclusivement être introduit devant le Conseil d'État, par une procédure d'extrême urgence;

- la poursuite des relations contractuelles antérieures avec la partie requérante ;
- le fait que celle-ci a été sollicitée dans des proportions comparables aux années antérieures, de sorte que le système de « cascade » prévu dans le Cahier spécial des charges du marché litigieux n'a jamais été mis en œuvre ;
- l'absence de production des prétendus courriers de notification ;
- le fait qu'à aucun moment au cours de la procédure relative à la demande de suspension d'extrême urgence, le CHU ou la partie intervenante n'ont soutenu que le marché avait été attribué alors même que cette question avait été

soulevée d'emblée par la partie requérante. "

Elle en déduit que le marché n'a pas été attribué préalablement au prononcé de l'arrêt de suspension, ce qui implique que la partie adverse ne peut plus, sans violer l'autorité qui s'attache à cet arrêt, procéder à l'attribution et à l'exécution du marché comme elle tente de le faire.

Elle fait valoir que le courrier daté du 13 juillet 2018 adressé par la partie adverse à la SPRL HUMAN SUPPORTS MEDICAL et qui a été déposé par la partie intervenante à l'occasion des débats ayant donné lieu à l'arrêt de suspension ne peut être analysé comme un courrier de notification aux soumissionnaires retenus, car, d'une part, le procès-verbal du conseil d'administration du 27 juin 2018 annexé mentionne bien qu'il doit encore être approuvé et, d'autre part, si le courrier reçu par la partie requérante laisse place au doute, il fait explicitement référence aux articles 11 et 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, ainsi qu'à la possibilité d'introduire un recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'État. Elle observe que l'article 11 de la loi du 17 juin 2013 ne concerne que le délai d'attente.

Elle soutient que dans ce contexte et dès lors qu'il est établi que la partie adverse ne considérait elle-même manifestement pas qu'un contrat avait été conclu à la date du 13 juillet 2018, le courrier d'information reçu par la requérante ne peut être analysé comme un courrier de notification de l'attribution du marché et en conclut que la partie adverse n'apporte pas la preuve incontestable de la date de prise de cours d'un éventuel contrat entre elle et la SPRL Human Supports Medical.

Elle estime qu'il y a dès lors lieu de faire droit à la demande de mesures provisoires, afin de préserver ses intérêts en préservant l'effet utile de l'arrêt de suspension et en empêchant la conclusion du contrat et remarque que ces mesures visent à lui permettre de sauvegarder la possibilité d'être désignée en qualité de premier participant à l'accord-cadre. Elle note que les mesures provisoires sont non seulement nécessaires pour sauvegarder ses intérêts (article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État et article 15 de la loi du 17 juin 2013) mais également pour l'exécution de la décision de suspension intervenue antérieurement (article 15 de la loi du 17 juin 2013).

Elle explique également que sa demande relève bien de la compétence du Conseil d'État puisqu'elle vise à contraindre la partie adverse à respecter l'arrêt de suspension prononcé, qu'elle ne lui demande pas de se prononcer sur des droits et obligations découlant de la passation ou non d'un contrat et qu'elle n'évoque la

problématique de la formation éventuelle du contrat que dans la mesure où il s'agit d'un argument soulevé par la partie adverse dans le cadre d'échanges antérieurs.

Elle observe que dès lors qu'un recours est introduit dans le délai prévu par l'article 23, § 3 de la loi du 17 juin 2013, elle ne doit plus justifier le recours à la procédure d'extrême urgence. Elle expose que la demande de mesures provisoires n'a pu être introduire simultanément à la demande de suspension d'extrême urgence dès lors qu'à ce moment, aucun élément ne permettait de penser que la partie adverse s'abstiendrait de tirer les conséquences d'un arrêt de suspension et d'y réserver la suite qui s'impose, mais que la situation a évolué et qu'il y a maintenant extrême urgence puisqu'à défaut d'ordonner les mesures sollicitées, elle perdra toute possibilité d'être désignée en qualité de premier participant à l'accord-cadre.

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse explique qu'une lecture adéquate des dispositions légales pertinentes permet de conclure à l'absence de *standstill* dans le marché en cause et se réfère à un envoi officiel de ses conseils du 7 septembre 2018 qu'elle reproduit. Elle observe, au surplus, que le libellé de l'article 12 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 laisse apparaître le caractère dérogatoire de cette disposition vis-à-vis de l'article 11 de la même loi, de sorte que le renvoi à cet article 11, par la partie requérante, est sans pertinence. Elle en déduit qu'il ne peut être aucunement question du non-respect d'un délai de *standstill*.

Elle souligne que la compétence du Conseil d'État pour connaître de cette affaire n'est pas de nature à remettre en cause cette argumentation puisqu'en se déclarant compétent, il ne fait que s'inscrire dans sa jurisprudence initiée par son arrêt n° 227.974 du 2 juillet 2014. Elle rappelle que la conclusion d'un contrat n'affecte pas la compétence du Conseil d'Etat pour connaître d'un recours en suspension d'extrême urgence.

Elle considère que dès lors qu'il n'y a légalement pas lieu d'observer de délai de *standstill*, un contrat a bel et bien été conclu entre elle et les soumissionnaires retenus par notification du 13 juillet 2018 et que s'il suspend effectivement la décision d'attribution prise par le CHU de Liège, l'arrêt en suspension du Conseil d'Etat intervenu le 22 août 2018 est sans effet sur l'exécution du contrat dont la conclusion reste *ratione temporis* antérieure au prononcé de l'arrêt précité.

Elle rappelle que conformément à l'article 23, § 5, 2° de la loi du 17 juin 2013 précitée, c'est à partir du 23 juillet 2018 (date de l'envoi recommandé des courriers précités du 13 juillet 2018), que commence à courir le délai de trente jours pour introduire un recours en déclaration d'absence d'effets visé à l'article 17 de la même loi et que ce délai est désormais forclus. Elle soutient que la partie requérante cherche à pallier le manque de diligence dont elle a pu faire preuve dans le cadre de la présente procédure, en n'introduisant pas dans le délai requis le recours en déclaration d'absence d'effets, unique recours de nature à priver le contrat d'effets, dont les conditions d'application, sont, en toutes hypothèses, non remplies en l'espèce.

Elle souligne que la circonstance avancée par la partie requérante, selon laquelle le libellé des courriers d'information et de notification du 13 juillet 2018, envoyés par courriel du 19 juillet 2018 et par voie recommandée le 23 juillet et notamment la mention des voies, est sans pertinence, car il s'agit de mentions légales standards, dont la présence ou l'absence, n'est pas de nature à modifier les droits des soumissionnaires non retenus quant aux éventuels recours pouvant être introduits.

Elle en conclut que puisqu'aucun délai de *standstill* ne devait être observé et que la procédure permettant de déclarer le contrat sans effet n'a pas été introduite par la requérante endéans le délai requis, le contrat liant le CHU de Liège et les soumissionnaires retenus (en ce compris la SA TRACE) a bel et bien été conclu, par l'envoi concomitant des courriers d'information de non attribution, d'une part, et de notification du marché, d'autre part. Elle souligne que l'existence de ce contrat ne peut être remise en cause par le prononcé de l'arrêt n° 242.224 du 22 août 2018 qui n'affecte que la décision d'attribution du 27 juin 2018.

C. Thèse de l'intervenante

L'intervenante s'en réfère à la position de la partie adverse en ce qui concerne le délai de *standstill* non obligatoire et observe que la requérante ne livre aucun argument de nature à contredire cette position qui lui a pourtant été transmise par courrier du 7 septembre 2018. Elle souligne qu'il peut être dérogé à l'article 11 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 par une application de l'article 12 et que l'article 30, alinéa 1^{er} de cette loi s'applique aux marchés de travaux.

Elle expose ensuite que la partie adverse a fait le choix de ne pas faire application d'un délai de *standstill* de manière volontaire, ce qui implique que l'attribution du marché a valu conclusion du contrat et fait état des éléments suivants :

- " a. En sa séance du 27 juin 2018, le Conseil d'Administration du CHU de LIEGE a décidé d'attribuer le marché à la société HSM, à la SA TRACE et à la SA REFLEX HEALTHCARE PEOPLE, en précisant que : «La présente décision est définitive et de notification immédiate».
- b. Par courrier du 13 juillet 2018, le CHU de LIEGE a adressé un courrier à l'attention de la société HSM dont l'objet était clairement de notifier la conclusion du contrat. L'objet du courrier porte la mention «Notification et attribution». Ce courrier fait mention de commandes prochaines, ce qui ne peut se concevoir que si le contrat est conclu : «Les demandes de mise à disposition de personnel soignant intérimaire vous parviendront conformément au système de la cascade tel que décrit dans le Cahier Spécial des Charges et au fur-et-à-mesure des besoins de l'institution».
- c. Au demeurant, il ne ressort pas du courrier de notification du 13 juillet 2018 que le CHU de LIEGE aurait fait le choix d'appliquer volontairement un délai de standstill : aucune indication ne figure en ce sens.
A cet égard, la référence aux articles 10 et 15 de la loi du 17 juin 2013 ne peut être interprétée comme la manifestation de l'application volontaire d'un délai de standstill; il s'agit là de mentions habituelles et toute demande de suspension d'extrême urgence peut désormais être formulée devant votre Conseil, même après la conclusion du contrat par l'autorité adjudicatrice.
- d. Le 8 août 2018, les conseils de la société HSM ont annoncé leur intervention aux conseils du CHU de LIEGE, lesquels ont indiqué que le contrat était conclu : «Le CHU de Liège entend maintenir l'acte attaqué, dans la mesure où il est déjà notifié aux adjudicataires du marché». Par l'accord de son auteur et de la société HSM, ce courrier est officiel.
- e. La conclusion du contrat n'est pas une information qui a été occultée durant la procédure en suspension d'extrême urgence, contrairement à ce que soutient la SA TRACE.
Dans sa note d'observations datée du 16 août 2018, le CHU de LIEGE a en effet mentionné, en page 7 que : «Par email et par envoi recommandé du 19 juillet 2018, les actes attaqués ont été notifiés à la requérante».
De manière plus explicite encore, la société HSM a quant à elle indiqué, en page 3 de sa requête en intervention, que : «l'attribution immédiate du marché publiée dont question lui a été notifiée par courrier recommandé daté du 13 juillet 2018»".

Elle constate qu'il n'y avait aucune raison d'aborder la question de la conclusion du contrat en raison de la jurisprudence constante du Conseil d'État qui autorise l'introduction d'un recours en suspension malgré la conclusion du contrat.

Elle souligne que l'argument développé par la requérante portant sur la poursuite de relations contractuelles antérieures ne peut être retenu puisqu'il ressort des pièces déposées dans le cadre de la présente procédure que la partie adverse a entendu mettre à exécution les nouvelles conditions contractuelles s'imposant aux parties, provoquant d'ailleurs des réunions en ce sens.

Elle en conclut que la partie adverse n'a pas appliqué volontairement un délai de *standstill* et n'a pas davantage décidé de passer outre l'arrêt de suspension prononcé.

Elle remarque enfin qu'en vertu de l'article 21 de la loi du 17 juin 2013 précitée, il ne peut être fait obstacle à l'exécution du contrat et souligne que la

requérante s'est abstenue d'introduire une procédure de déclaration d'absence d'effets dans le délai prescrit par l'article 23 de cette loi.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 11 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 prévoit, pour les marchés atteignant le montant fixé pour la publicité européenne, que la conclusion du marché qui suit la décision d'attribution ne peut en aucun cas avoir lieu avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la communication de la décision motivée aux candidats, participants et soumissionnaires concernés et que lorsqu'une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution est introduite dans le délai, l'autorité adjudicatrice ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours n'ait statué.

L'article 12 de la loi du 17 juin 2013 précitée précise, toutefois, que la conclusion du marché peut avoir lieu sans appliquer l'article 11, notamment lorsque la publication au niveau européen d'un avis de marché n'est pas obligatoire.

L'article 37 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, tel qu'applicable au présent litige, prévoit que le marché à passer par procédure négociée avec publicité fait l'objet d'un avis de marché dans le cadre de la publicité européenne, mais précise, en son second alinéa, que "le présent article ne s'applique pas aux marchés de services visés à l'annexe II, B, de la loi, ni aux marchés fondés sur un accord-cadre."

Cette disposition n'impose donc pas la publication d'un avis de marché européen pour les marchés de services relevant de l'annexe II, B.

L'article 39, alinéa 2 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité énonce, en outre, que la section relative à la publicité belge "est également applicable aux marchés de services au sens de l'annexe II, B, de la loi lorsque leur montant atteint le seuil européen fixé à l'article 32, alinéa 1^{er}, 3^o, et alinéa 2".

L'article II.2.1 du cahier spécial des charges définit l'objet du marché de la manière suivante:

- " Le présent marché est un marché public de services relevant de la catégorie 22 - Services de placement et de fourniture de personnel de l'annexe II B de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics.
Il a pour objet la conclusion d'un accord-cadre avec des entreprises intérimaires en vue de la mise à disposition de personnel soignant intérimaire hors payroll (à savoir du personnel soignant qui n'émane pas du payroll du pouvoir adjudicateur) pour le CHU de Liège. [...]"

Il n'est pas contesté que l'objet du marché relève de la catégorie 22 de l'annexe II,B. Ce marché a, en outre, été passé selon la procédure de l'accord-cadre avec trois participants selon les règles de la procédure négociée avec publicité. Il entre donc dans le champ d'application de l'article 12 de la loi du 17 juin 2013 précitée et n'est, dès lors, pas soumis au respect du délai d'attente légal organisé par l'article 11 de cette loi.

La requérante ne soutient pas que la partie adverse aurait annoncé dans les documents du marché qu'elle appliquerait un délai d'attente volontaire. Elle expose, par contre, que "la partie adverse n'a pas notifié l'attribution du marché aux différents attributaires et qu'elle a manifestement décidé de s'appliquer volontairement un délai de standstill". Elle soutient ainsi que les courriers datés du 13 juillet 2018 adressés aux trois adjudicataires par des envois électroniques des 19 et 24 juillet 2018 et des envois recommandés déposés à la poste les 23 et 24 juillet 2018 n'auraient pas eu pour effet de conclure le contrat en raison de la référence aux articles 11 et 15 de la loi du 13 juin 2017 précitée.

Ni ces courriers adressés aux attributaires, ni ceux adressés aux soumissionnaires non retenus n'indiquent, toutefois, explicitement que la partie adverse entend s'appliquer un délai d'attente.

Par ailleurs, les courriers adressés aux attributaires comportent la mention qui suit :

" Les demandes de mise à disposition de personnel soignant intérimaire vous parviendront conformément au système de la «cascade» tel que décrit dans le cahier spécial des charges et au fur et à mesure des besoins de l'institution."

Cette mention, absente des courriers adressés aux soumissionnaires non retenus, ne peut trouver place que dans un contexte d'exécution du marché. De même, le renvoi au directeur du département infirmier "pour les autres modalités" ne peut se comprendre que dans le même contexte d'exécution du marché et non comme une référence à d'autres modalités de recours dès lors que cette mention est également absente des courriers adressés aux soumissionnaires non retenus.

Certes, l'ensemble des courriers de notification adressés tant aux attributaires qu'aux soumissionnaires non retenus comportent une référence à l'article 11 de la loi du 17 juin 2013 précitée. Cette seule référence ne suffit, toutefois, pas à établir que le pouvoir adjudicateur aurait entendu volontairement se soumettre à un délai d'attente, particulièrement au regard des mentions figurant dans les courriers adressés aux attributaires et qui ne peuvent se comprendre que dans un contexte d'exécution du marché et qui supposent donc que le contrat ait été conclu.

De même, il ne peut être déduit de la circonstance que les relations contractuelles antérieures entre la requérante et la partie adverse se seraient poursuivies "dans des proportions comparables aux années antérieures, de sorte que le

système de «cascade» prévu dans le Cahier spécial des charges du marché litigieux n'a jamais été mis en œuvre que le contrat n'aurait pas été conclu à la suite des notifications de la décision d'attribution du 27 juin 2018. Le fait que l'exécution du nouveau marché ait, le cas échéant, été différée n'emporte, en effet, aucune conséquence sur la formation même du contrat.

Enfin, s'il est exact que, comme le souligne la requérante, le procès-verbal du conseil d'administration du 27 juin 2018 qui a été annexé aux courriers datés du 13 juillet 2018 porte la mention "sous réserve d'approbation du procès-verbal", aucune partie n'a soutenu, dans le cadre de la procédure de suspension selon la procédure d'extrême urgence, ni que la décision attaquée n'avait pas été effectivement prise, ni que son objet et les motifs sur lesquels elle repose différeraient de ce que laisse apparaître l'*instrumentum* communiqué en la forme ainsi précisée. Il n'a jamais été soutenu que la décision attaquée n'existait pas. Les effets reconnus à la communication de la décision d'attribution par les courriers datés du 13 juillet 2018 ne peuvent être mis en cause par la perspective hypothétique de l'adoption ultérieure d'un procès-verbal dont les termes apparaîtraient discordants au regard de la version communiquée aux soumissionnaires. C'est à la partie adverse qu'il appartiendrait, en pareille hypothèse, d'assumer les conséquences d'une telle discordance.

La décision du 27 juin 2018 ayant été notifiée aux attributaires et ayant, conformément à l'article 110, alinéa 1^{er}, 2^o de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, emporté conclusion du marché, la première mesure provisoire consistant à demander qu'il soit fait interdiction "à la partie adverse de procéder à la notification 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 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 aux différents attributaires" est sans objet.

La requérante n'explique pas quels seraient les autres actes d'exécution visés dans sa deuxième mesure provisoire qui différeraient de ceux relatifs à l'exécution du contrat et à l'égard desquels le Conseil d'État serait donc compétent.

VI. Confidentialité

Dans sa demande de suspension, la requérante a déposé sa demande de participation ainsi que son offre à titre confidentiel en vue de protéger le secret de ses prix unitaires. Ces pièces portent les numéros 2 et 4 du dossier annexé à la demande de suspension.

Dans ses notes d'observations relatives tant à la demande de suspension initiale qu'à la présente demande de mesures provisoires, 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 les notes d'observations comme les pièces 9 à 11, mais ont été déposées au dossier de la procédure sous les numéros 7 du dossier administratif.

Dans ses différents écrits de procédure, 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. Ces pièces sont identifiées sous les numéros 3 et 5 du dossier annexé à la requête en intervention.

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 dans le cadre de la présente procédure.

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 demande de mesures provisoires est rejetée.

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 sont réservés.

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

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

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Nathalie VAN LAER.