

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

A R R Ê T

n^o 242.818 du 29 octobre 2018

A. 226.245/VI-21.322

En cause : **l'association sans but lucratif SPMT -
ARISTA – SERVICE EXTERNE DE
PRÉVENTION ET DE PROTECTION
AU TRAVAIL,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Stéphanie GOLINVAUX et
Hannah TACHENY, avocats,
avenue Louise 326/19
1050 Bruxelles,

contre :

l'Office de la Naissance et de l'Enfance,
en abrégé ONE,

ayant élu domicile chez
M^{es} Yves SCHNEIDER et
Marie BOURGYS, avocats,
avenue Alphonse Valkeners 5/1,
1160 Bruxelles,

Partie intervenante :

**l'association sans but lucratif LIANTIS –
SERVICE EXTERNE POUR LA
PRÉVENTION ET LA PROTECTION,**
anciennement dénommée PROVIKMO,

ayant élu domicile chez
M^{es} Christophe DUBOIS et Sarah
BEN MESSAOUD, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 21 septembre 2018, l'association sans but lucratif SPMT - ARISTA – SERVICE EXTERNE DE PRÉVENTION ET DE PROTECTION AU TRAVAIL demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de l'ONE du 14 août 2018 attribuant à l'asbl PROVIKMO le marché public de services portant sur les prestations d'un Service

II. Procédure

Par une ordonnance du 25 septembre 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 11 octobre 2018 à 10 heures 30.

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

Par une requête introduite le 9 octobre 2018, l'association sans but lucratif LIANTIS – SERVICE EXTERNE POUR LA PRÉVENTION ET LA PROTECTION, en abrégé "LIANTIS SEPP" et anciennement dénommée PROVIKMO, demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 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.

M. David DE ROY, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Stéphanie GOLINVAUX et Hannah TACHENY, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^e Yves SCHNEIDER, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Christophe DUBOIS et Ikram EABDELLATIN, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier 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

À s'en tenir à la version qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande sont les suivants:

- " 5. La Partie requérante est le service externe pour la prévention et la protection au travail auquel l'ONE fait actuellement appel.

6. Le 29 mai 2018, l'ONE a contacté les prestataires MENSURA, ATTENTIA, PROVIKMO, CESI, SECUREX et la Partie requérante en vue de l'attribution d'un marché public de services, passé par procédure négociée sans publication préalable, portant sur les prestations d'un SEPPT définies dans le Cahier spécial des charges n° 0-18023-SIPPT-DS-SEPPT et débutant le 1^{er} janvier 2019.

7. L'avis de marché enjoignait ces prestataires à remettre leur offre au plus tard le 29 juin 2018 à 10h00.

8. Le Cahier spécial des charges n° 0-18023-DS-SEPPT précisait que le prestataire désigné par l'ONE se verrait confier :

- l'exercice de toutes les missions attribuées par le Code du Bien-être au Travail à un conseiller en prévention Médecin du Travail ;
- en cas de besoin, des missions complémentaires nécessitant des compétences d'ingénieur en sécurité, d'hygiéniste industriel, d'ergonome, *etc*, pour effectuer des analyses de risques, des études, des mesurages ou des formations ;
- l'exercice des missions complémentaires nécessitant les compétences d'un conseiller en prévention pour les aspects psychosociaux en vue de la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail et de manière générale, tout ce qui a trait aux risques psychosociaux au travail.

9. Le Cahier spécial des charges précisait en outre que l'exécution du marché litigieux débiterait le 1^{er} janvier 2019 pour une période d'un an, renouvelable trois fois pour une durée d'un an, en application de l'article 89, § 1^{er}, 2° de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

10. Les critères d'attribution étaient fixés par le point 7 des clauses administratives du Cahier spécial des charges, comme suit :

« 1^{er} critère : le prix (10 points)
[...]

2^{ème} critère : les délais d'exécution (37 points)
[...]

3^{ème} critère : Qualité de l'offre (53 points)

Le pouvoir adjudicateur évaluera la qualité de l'offre remise sur les aspects suivants de la Note :

1. Qualité du système informatique d'échange de données avec le pouvoir adjudicateur (15 points)

[...]

2. Qualité des rapports de visite des bâtiments (10 points)

[...]

3. Qualité de l'organisation de la campagne de vaccination contre la grippe (15 points)

Conformément aux clauses techniques, les vaccinations grippe se feront dans les bâtiments de l'ONE pour les agents de l'Administration Centrale, l'ASR de Bruxelles et le SASPE Home Reine Astrid. Pour les agents travaillant dans les autres subrégions et pour les agents qui n'auraient pas su se présenter dans les locaux précités, la préférence sera donnée à des vaccinations dans les locaux du SEPPT.

Le pouvoir adjudicateur souhaite minimiser les déplacements des agents et faciliter la prise de rendez-vous pour les vaccinations. Ce critère sera donc évalué en fonction du nombre d'endroits de permanence, de jours de permanence et les plages horaires mises à disposition pour les travailleurs se faire vacciner.

- Pour la Zone Bruxelles : 2,5 pts (nombre d'endroits : 1 pt, nombre de jours : 1 pt, plages horaires : 0,5 pt) ;

- Pour la Province Brabant Wallon : 2,5 pts (nombre d'endroits : 1 pt, nombre de jours : 1 pt, pour les plages horaires : 0,5 pt) ;

- Pour la Province du Hainaut : 2,5 pts (nombre d'endroits : 1 pt, nombre de jours : 1 pt, plages horaires : 0,5pt) ;
 - Pour la Province de Namur : 2,5 pts (nombre d'endroits : 1 pt, nombre de jours : 1 pt, plages horaires : 0,5pt) ;
 - Pour la Province de Liège : 2,5 pts (nombre d'endroits : 1 pt, nombre de jours : 1 pt, plages horaires : 0,5pt) ;
 - Pour la Province du Luxembourg : 2,5 pts (nombre d'endroits : 1 pt, nombre de jours : 1 pt, plages horaires : 0,5pt).
4. Qualité du *reporting* statistique (9 points)
[...]
5. Qualité des examens au Home Reine Astrid (4 points)
[...]

11. Sur les six prestataires contactés par l'ONE, trois prestataires ont soumis une offre dans le délai imparti, à savoir ARISTA, PROVIKMO ET CESI.

12. Par un e-mail du 5 juillet 2018, l'ONE a contacté la Partie requérante comme suit :

« [...] afin de pouvoir comparer les différentes offres reçues dans le cadre de ce marché, vous serait-il possible de me communiquer rapidement les renseignements suivants relatifs aux différents critères d'attribution. [...] Pour le critère de la qualité de l'organisation de la campagne grippe, nous ne souhaitons pas connaître la totalité des centres du SPMT, avec les permanences et plages horaires disponibles, mais bien les jours et les plages horaires ainsi que les centres où une personne du SPMT est présente et peut administrer le vaccin grippe à nos travailleurs. Vous donnez en exemple les centres, jours et plages horaires proposées à l'ONE en 2018. [élément confidentiel] [...]».

13. Par un e-mail du 9 juillet 2018, ARISTA a répondu à l'ONE.

14. Par un e-mail du 11 juillet 2018, cette demande a été précisée de la façon suivante par l'ONE :

« [...] afin de pouvoir comparer objectivement les différentes offres sur ce critère, pourriez-vous m'indiquer (en considérant que si +/- 500 travailleurs de l'ONE répartis sur tout le territoire de la communauté française s'inscrivent pour la vaccination grippe), le nombre de ces centres par subrégions, ainsi que le nombre de jours et les plages horaires que vous pourriez pratiquement et effectivement leur allouer pour l'administration de leur vaccin grippe. [...]» [...].

15. Par e-mail du 12 juillet 2018, ARISTA a fait part à l'ONE de son questionnement quant à cette précision.

16. Par e-mail du 16 juillet 2018, l'ONE a une nouvelle fois précisé sa demande :

« [...] Le sujet ici n'est pas la vaccination grippe dans nos bâtiments mais bien dans vos centres.
Nous recherchons, pour nos agents, la flexibilité de choix au moment de s'inscrire. Il ne s'agit nullement de moments où ils peuvent prendre rendez-vous pour se faire vacciner, mais bien des propositions qui leurs sont faites pour eux se voir administrer le vaccin grippe.
Cette flexibilité est importante pour nous

- d'une part, par subrégion vu la répartition de nos agents sur toute la communauté française
- d'autre part par les choix qui sont offerts à nos agents en matière de jours de vaccination, de plages horaires dans ces différentes subrégions au moment de leur inscription pour leur vaccination grippe.

[éléments confidentiels]
[...] " [...].

17. Le 25 juillet 2018, ARISTA a répondu à l'ONE au regard des informations complémentaires qui lui ont été données.

18. Le 14 août 2018, l'ONE a adopté sa décision d'attribution du marché, notifiée à ARISTA par courrier recommandé le 6 septembre 2018, aux termes de laquelle la Partie adverse a attribué le marché à PROVIKMO et dans laquelle il est notamment fait état en substance de ce qui suit au sujet du critère de la régularité des offres et des prix, de l'attribution ainsi que de la conclusion :

« 4. Régularité des offres et des prix

Considérant que l'analyse de la régularité des offres et des prix a été effectuée comme suit :

4.1. Régularité des offres

Qu'aucune irrégularité substantielle n'a été détectée par rapport au prescrit du Cahier Spécial des Charges ;

4.2. Régularité des prix

Que lors de l'analyse de la régularité des prix, aucun prix anormal n'a été détecté ;

Qu'en conclusion, et dans le cadre de la vérification de la régularité des offres et des prix, les offres des soumissionnaires suivants SPMT-ARISTA, PROVIKMO ET CESI ont été retenues et ont pu dès lors être prises en compte lors de la phase suivante relative à l'attribution.

5. Attribution

5.1. Critères d'attribution

Considérant que l'attribution s'est effectuée sur base des critères suivants :

- Le montant de l'offre : (10 points)
- Les délais d'exécution : (37 points)
- La qualité de l'offre : (53 points)

5.2. Attribution

Que l'analyse des offres s'est effectuée au regard des critères précités. Les résultats de l'attribution sont présentés ci-après.

Critère n°1 : Le montant de l'offre (10 points)
[...]

Critère n°2 : Délais d'exécution (37 points)
[...]

Critère n°3 : Qualité de l'offre (53 points)

1. Qualité du service informatique d'échange de données (15 points)
[...]

2. Qualité des rapports de visite des bâtiments (10 points)
[...]

3. Qualité de l'organisation de la campagne de la vaccination de la grippe (15 points)

Ce critère était évalué en fonction du nombre d'endroits de permanence, de jours de permanence et les plages horaires mises à disposition pour les travailleurs se faire vacciner.

Les offres revues étant vagues à ce sujet, plusieurs mails de précision ont été envoyés aux soumissionnaires pour obtenir des propositions claires afin de pouvoir comparer les offres sur base d'une estimation de 500 agents qui pourraient se faire vacciner contre la grippe.

Dans ces mails, il a été expliqué :

- que l'ONE recherchait, pour ses agents, la flexibilité de choix au moment de s'inscrire pour la vaccination grippe et qu'il ne s'agissait nullement de moments où ils pouvaient prendre rendez-vous pour se faire vacciner, mais bien des propositions qui leurs seraient faites pour eux se voir administrer le vaccin grippe.

- que cette flexibilité était importante pour l'ONE

D'une part, par subrégion vu la répartition de ses agents sur toute la communauté française et d'autre part par les choix qui sont offerts à ses agents en matière de jours de vaccination, de plages horaires dans ces différentes subrégions au moment de leur inscription pour leur vaccination grippe.

Pour la comparaison des offres, il a été établi une période de vaccination de 5 semaines (dernière semaine du mois d'octobre et 4 semaines au mois de novembre).

Pour l'attribution des points des plages horaires, par province, on a divisé la totalité du nombre d'heures où il est permis de se faire vacciner par le nombre de Jours où il est possible de se faire vacciner afin d'obtenir une plage horaire moyenne journalière.

a) Pour la Zone Bruxelles : 2,5 points (nombre d'endroits : 1 point, nombre de Jours: 1 point, plages horaires : 0,5 point)

Calcul plage horaire :

SPMT-ARISTA : 26h en 4 jours, soit plage horaire de 6,5h

PROVIKMO : 108,75h en 15 jours, soit plage horaire de 7,25h

CESI : 8h en 8 jours, soit plage horaire de 1h

Société	Nombre d'endroits	Points	Nombre de jours	Points	Plage horaire	Points	Total points
SPMT – Arista	2	1	4	0,27	6,5h	0,45	1,72
Provikmo	1	0,5	15	1	7,25h	0,5	2
Cesi	2	1	8	0,53	1h	0,07	1,6

b) Pour la Province Brabant Wallon : 2,5 points (nombre de d'endroits : 1 point, nombre de jours : 1 point, plages horaires : 0,5 point)

Calcul plage horaire :

SPMT-ARISTA : 6h en 2 jours, soit plage horaire de 3h

PROVIKMO : 160h en 20 jours, soit plage horaire de 8h

CESI : 3h en 3 jours, soit plage horaire de 1h

Société	Nombre d'endroits	Points	Nombre de jours	Points	Plage horaire	Points	Total points
SPMT – Arista	1	0,5	2	0,1	3h	0,19	0,79
Provikmo	2	1	20	1	8h	0,5	2,5
Cesi	2	1	3	0,15	1h	0,06	1,21

c) Pour la Province du Hainaut : 2,5 points (nombre d'endroits : 1 point, nombre de jours : 1 point, plages horaires : 0,5 point)

Calcul plage horaire :

SPMT-ARISTA : 61h en 12 jours, soit plage horaire de 5,08h

PROVIKMO : 639,25h en 82 jours, soit plage horaire de 7,79h

CESI : 4h en 4 jours, soit plage horaire de 1h

Société	Nombre d'endroits	Points	Nombre de jours	Points	Plage horaire	Points	Total points
SPMT – Arista	4	0,8	12	0,15	5,08h	0,33	1,28
Provikmo	5	1	82	1	7,79h	0,5	2,5
Cesi	5	1	4	0,05	1h	0,06	1,11

d) Pour la Province de Namur : 2,5 points (nombre d'endroits : 1 point, nombre de jours, 1 point, plages horaires : 0,5 points)

Calcul plage horaire :

SPMT-ARISTA : 85h en 10 jours, soit plage horaire de 8,5h

PROVIKMO : 269,5h en 34 jours, soit plage horaire de 7,93h

CESI : 2h en 2 jours, soit plage horaire de 1h

Société	Nombre d'endroits	Points	Nombre de jours	Points	Plage horaire	Points	Total points
SPMT – Arista	1	0,17	10	0,29	8,5h	0,5	0,96
Provikmo	6	1	34	1	7,93h	0,47	2,47
Cesi	6	1	2	0,06	1h	0,06	1,12

e) Pour la Province de Liège : 2,5 points (nombre d'endroits : 1 point, nombre de jours : 1 point, plages horaires : 0,5 points)

Calcul plage horaire :

SPMT-ARISTA : 14h en 4 jours, soit plage horaire de 3,5h

PROVIKMO : 988h en 124 jours, soit plage horaire de 7,97h

CESI : 3h en 3 jours, soit plage horaire de 1h

Société	Nombre d'endroits	Points	Nombre de jours	Points	Plage horaire	Points	Total points
SPMT – Arista	1	0,09	4	0,03	3,5h	0,22	0,34
Provikmo	11	1	126	1	7,97h	0,5	2,5
Cesi	3	0,27	3	0,02	1h	0,06	0,35

f) Pour la Province du Luxembourg : 2,5 points (nombre d'endroits : 1 point, nombre de jours : 1 point, plages horaires : 0,5 point)

Calcul plage horaire :

SPMT-ARISTA : 33h en 6 jours, soit plage horaire de 5,5h

PROVIKMO : 72h en 9 jours, soit plage horaire de 8h

CESI : 2h en 2 jours, soit plage horaire de 1h

Société	Nombre d'endroits	Points	Nombre de jours	Points	Plage horaire	Points	Total points
SPMT – Arista	2	0,5	6	0,67	5,5h	0,34	1,51
Provikmo	4	1	9	1	8h	0,5	2,5
Cesi	2	0,5	2	0,22	1h	0,06	0,78

Tableau résumé critères de qualité de la campagne de vaccination grippe

Sociétés	Points(a)	Points(b)	Points	Points(d)	Points(e)	Points(f)	Total
SPMT – Arista	1,72	0,79	1,28	0,96	0,34	1,51	6,6
Provikmo	2	2,5	2,5	2,47	2,5	2,5	14,47
Cesi	1,6	1,21	1,11	1,12	0,35	0,78	6,17

4. Qualité du *reporting* statistique (9 points)

[...]

5. Qualité des examens au Home Reine Astrid (4 points)

[...]

Récapitulatif

Sociétés	Critère 1 : Montant de l'offre	Critère 2 : Délais d'exécution	Critère 3 : Qualité de l'offre	Points Totaux
SPMT – Arista	10	36,1	43,6	89, 7
Provikmo	10	36,1	51,47	97,57
Cesi	10	33,7	33,17	76,87

Qu'au regard de ce qui précède, le soumissionnaire Provikmo remporte le marché et rencontre les attentes décrites dans l'objet de celui-ci.

6. Conclusion

Considérant que sur la base de l'analyse décrite ci-avant, le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer le présent marché public au soumissionnaire PROVIKMO, qui a remis l'offre régulière, économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, compte tenu des critères d'attribution explicités au point 5 du présent document, pour un montant annulé de 132.121,10 €, soit 528.484,40€ pour 4 ans. (Les prestations de services exécutées par les SEPPT sont exemptées de la TVA en vertu de l'Art 44 § 2,2° de la loi créant le Code de la taxe sur la valeur ajoutée)."

19. Ainsi, le seul élément qui permettait de départager les offres de la Partie requérante et de PROVIKMO concernait la qualité de l'organisation de la campagne de vaccination contre la grippe qui constituait le troisième sous-critère du troisième critère.

20. Par un courrier (recommandé uniquement) daté du 6 septembre 2018, l'ONE a informé la Partie requérante du fait que le marché ne lui avait pas été attribué".

IV. Intervention

Par une requête introduite le 9 octobre 2018, l'association sans but lucratif LIANTIS - SERVICE EXTERNE POUR LA PRÉVENTION ET LA PROTECTION, en abrégé "LIANTIS SEPP" et anciennement dénommée PROVIKMO, demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure.

L'association sans but lucratif PROVIKMO, désormais dénommée LIANTIS SEPP, ayant été désignée comme attributaire du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à se porter partie intervenante. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

IV. Deuxième moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un deuxième moyen, qu'elle expose dans les termes suivants :

" En ce que, le marché a été attribué à l'asbl PROVIKMO et non à la Partie requérante exclusivement sur la base du sous-critère relatif "au nombre d'endroits de permanence, de jours de permanence et des plages horaires mises à disposition

pour les travailleurs se faire vacciner".

Alors que, première branche, au regard des offres soumises par l'asbl PROVIKMO, la Partie requérante et le troisième soumissionnaire, il est manifeste que ce critère n'a pas été interprété de la même manière, résultant en des offres fondamentalement et manifestement différentes;

Que le critère relatif "au nombre d'endroits de permanence, de jours de permanence et des plages horaires mises à disposition pour les travailleurs se faire vacciner" ayant déterminé l'attributaire du marché en cause n'était pas formulé de façon suffisamment précise et claire pour permettre de procéder à la sélection des candidats;

Alors que, deuxième branche, sur la base de la formulation imprécise de ce critère, PROVIKMO a soumis une offre manifestement différente de celles déposées par la Partie requérante et le troisième soumissionnaire;

Que les offres n'ont dès lors pas valablement pu être comparées;

Alors que, troisième branche, sur la base des informations données par la Partie adverse, que ce soit dans l'appel d'offres ou dans les échanges postérieurs à la remise des offres, la Partie requérante a pu légitimement croire que le sous-critère d'attribution relatif "au nombre d'endroits de permanence, de jours de permanence et des plages horaires mises à disposition pour les travailleurs se faire vacciner" devait être entendu comme la mise en place de plages horaires réservées exclusivement aux travailleurs de la Partie adverse;

Que la Partie requérante a légitimement pu avoir une confiance légitime dans les informations données par la Partie adverse et formuler son offre sur cette base;

D'où il suit que le premier moyen est pris de la violation :

- des articles 4 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relatives aux marchés publics;
- des articles 10 et 11 de la Constitution; et
- du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, de minutie, du principe de transparence, de non discrimination, d'absence d'erreur, de contrariété dans les motifs et de confiance légitime.

Développements

Sur la première branche

86. En vertu de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics :

« le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse».

87. Pour cela, le pouvoir adjudicateur doit se fonder sur des critères d'attributions :

« qui garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution.» [...].

88. Votre Conseil considère également de manière constante que:

« Même fixés de manière discrétionnaire, les critères d'attribution doivent être en rapport avec l'objet du marché public, ne peuvent pas permettre au pouvoir adjudicateur de se réserver la liberté de choix inconditionnelle, être expressément mentionnés dans les documents et respecter les principes fondamentaux d'égalité, de non-discrimination et de transparence. Ces critères doivent être formulés d'une manière telle que tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement soigneux doivent être en état de les interpréter de la même manière. Le pouvoir adjudicateur doit les expliquer de la même manière durant toute la procédure et les appliquer de manière objective et uniforme».

89. En outre, il est constant qu'un critère qualitatif, tel que celui lié à l'allocation de plages horaires, doit être assorti d'un niveau d'exigence à atteindre (qui a fait

défaut dans la présente affaire) :

«L'utilisation de critères de sélection qualitative n'a de sens que si lesdits critères sont assortis d'un niveau d'exigence à atteindre pour être sélectionné. A défaut de fixation d'un tel niveau, il se pourrait que des opérateurs économiques de capacité potentiellement différentes soient traités de manière identique et donc discriminatoire.»

Or, dans la présente affaire, la Partie adverse a fixé un critère d'allocation de plages horaires sans indiquer clairement l'objectif idéal à atteindre quant à cette allocation, de sorte qu'il s'agit d'une violation du principe d'égalité de traitement et de non discrimination.

90. Or, la Partie adverse a formulé les critères d'attribution relatifs à l'organisation de la campagne de vaccination de la façon suivante :

« Conformément aux clauses techniques, les vaccinations grippe se feront dans les bâtiments de l'ONE pour les agents de l'Administration Centrale, l'ASR de Bruxelles et le SASPE Home Reine Astrid. Pour les agents travaillant dans les autres subrégions et pour les agents qui n'auraient pas su se présenter dans les locaux précités, la préférence sera donnée à des vaccinations dans les locaux du SEPPT.

Le pouvoir adjudicateur souhaite minimiser les déplacements des agents et faciliter la prise de rendez-vous pour les vaccinations. Ce critère sera donc évalué en fonction du nombre d'endroits de permanence, de jours de permanence et les plages horaires mises à disposition pour les travailleurs se faire vacciner.

- Pour la Zone Bruxelles : 2,5 pts (nombre d'endroits : 1 pt, nombre de jours : 1 pt, plages horaires : 0,5 pt);
- Pour la Province Brabant Wallon : 2,5 pts (nombre d'endroits : 1 pt, nombre de jours : 1 pt, pour les plages horaires : 0,5 pt);
- Pour la Province du Hainaut : 2,5 pts (nombre d'endroits : 1 pt, nombre de jours : 1 pt, plages horaires : 0,5pt);
- Pour la Province de Namur : 2,5 pts (nombre d'endroits : 1 pt, nombre de jours : 1 pt, plages horaires : 0,5pt);
- Pour la Province de Liège : 2,5 pts (nombre d'endroits : 1 pt, nombre de jours: 1 pt, plages horaires : 0,5pt);
- Pour la Province du Luxembourg : 2,5 pts (nombre d'endroits : 1 pt, nombre de jours : 1 pt, plages horaires : 0,5pt).»

Les clauses techniques présentes dans le Cahier spécial des charges n'apportent pas plus de précision, le point 6.3 relatif à la campagne de vaccination contre la grippe étant vide :

« 6.3 La campagne de vaccination contre la grippe

6.4 Les interventions requises par le pouvoir adjudicateur».

91. La seule explication donnée par la Partie adverse au sujet du type de disponibilité qui était attendue était la suivante:

« Ce critère sera donc évalué en fonction du nombre d'endroits de permanence, de jours de permanence et les plages horaires mises à disposition pour les travailleurs se faire vacciner» [...].

92. Par ailleurs, après le dépôt des offres, la Partie adverse a contacté la Partie requérante afin qu'ils précisent leur offre:

« [...] afin de pouvoir comparer les différentes offres reçues dans le cadre de ce marché, vous serait-il possible de me communiquer rapidement les renseignements suivants relatifs aux différents critères d'attribution.
[...]

Pour le critère de la qualité de l'organisation de la campagne grippe, nous ne souhaitons pas connaître la totalité des centres du SPMT, avec les permanences et plages horaires disponibles, mais bien les jours et les plages horaires ainsi que les centres où une personne du SPMT est présente et peut administrer le vaccin grippe à nos travailleurs. Vous donnez en exemple les centres, jours et plages

horaires proposées à l'ONE en 2018. [élément confidentiel]
[...]]».

93. Suite à une demande de précision de la part de la Partie requérante, la Partie adverse a adressé un nouvel e-mail qui entendait préciser sa demande:

« [...] afin de pouvoir comparer objectivement les différentes offres sur ce critère, pourriez-vous m'indiquer (en considérant que si +/- 500 travailleurs de l'ONE répartis sur tout le territoire de la communauté française s'inscrive pour la vaccination grippe), le nombre de ce centres par la subrégions, ainsi que le nombre de jours et les plages horaires que vous pourriez pratiquement et effectivement leur allouer pour l'administration de leur vaccin grippe» (nous soulignons) .

94. Un nouvel échange est intervenu entre la Partie requérante et la Partie adverse dans le cadre duquel la Partie adverse a une nouvelle fois précisé:

« [...]

Le sujet ici n'est pas la vaccination grippe dans nos bâtiments mais bien dans vos centres.

Nous recherchons, pour nos agents, la flexibilité de choix au moment de s'inscrire. Il ne s'agit nullement de moments où ils peuvent prendre rendez-vous pour se faire vacciner, mais bien des propositions qui leurs sont faites pour eux se voir administrer le vaccin grippe.

Cette flexibilité est importante pour nous

-d'une part, par subrégion vu la répartition de nos agents sur toute la communauté française

-d'autre part par les choix qui sont offerts à nos agents en matière de jours de vaccination, de plages horaires dans ces différentes subrégions au moment de leur inscription pour leur vaccination grippe.

[éléments confidentiels]

[...]] [...].

95. Force est de constater que les trois soumissionnaires, professionnels du secteur, n'ont pas été capables d'interpréter correctement (ou à tout le moins de la même manière) les critères d'attribution, alors même que la Partie requérante est une société spécialisée dans le domaine de la SEPPT qui exécute le marché dont objet dans la présente procédure. La Partie requérante et le troisième soumissionnaire ont toutefois interprété les informations qui leur ont été données d'une manière similaire.

96. Or, pour rappel, en vertu de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, la Partie adverse a l'obligation de formuler les critères d'attribution d'une manière telle que tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement soigneux doivent être en état de les interpréter de la même manière aux fins de soumettre leur offre permettant de répondre à l'objet du marché. En outre, le pouvoir adjudicateur doit les expliquer de la même manière durant toute la procédure et les appliquer de manière objective et uniforme.

97. En d'autres termes, la Partie adverse avait l'obligation de porter à la connaissance des soumissionnaires, de manière précise, tous les éléments qu'elle entendait prendre en considération pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

98. Or, en l'espèce, la formulation de ce critère ne répond pas à ces obligations et viole les réglementations applicables aux marchés publics ainsi que les principes généraux d'égalité de traitement, d'obligation de transparence et de minutie.

99. En outre, l'imprécision de ce critère a entraîné une distorsion de concurrence. La Partie adverse a donc privé la Partie requérante de voir son offre évaluée au regard de conditions normales de marché et la Partie adverse s'est privée elle-même de la possibilité de déterminer qu'elle était réellement l'offre

économiquement la plus avantageuse. La décision d'attribution a dès lors été entachée d'erreur et de contrariété dans ses motifs.

100. Dès lors le deuxième moyen est sérieux en sa première branche.

Sur la deuxième branche

101. En établissant un critère de manière floue et en interrogeant le soumissionnaire sans apporter de réelle précision complémentaire ou de clarté, la Partie adverse a créé une situation dans laquelle les offres des soumissionnaires ne sont pas comparables entre elles. Plus précisément, l'offre introduite par PROVIKMO n'est comparable ni à celle de la Partie requérante, ni à celle de CESI.

102. Contrairement à ce que prétend la Partie adverse dans le cadre de l'Acte attaqué, les offres n'ont pu être valablement comparées.

103. Comme cela a déjà été démontré sous la première branche du premier moyen, notamment au travers des tableaux auxquels la Partie requérante se réfère, il était alors impossible de comparer les offres de PROVIKMO avec les offres de la Partie requérante et de CESI, et encore moins d'en tirer une conclusion.

104. La Partie adverse a pourtant, dans le cadre de l'Acte attaqué, comparé des offres qui en réalité n'étaient pas du tout comparables dans la mesure où celle de la Partie requérante se fondait sur un temps réellement alloué tandis que celle de PROVIKMO se fondait sur un temps potentiellement alloué en fonction des disponibilités.

105. Ainsi, si le sous-critère litigieux avait été clairement défini et établi en ce sens qu'il correspondait à l'interprétation qu'en fait PROVIKMO, l'offre de la Partie requérante aurait été fortement différente et au moins équivalente à l'offre qui a été remise par PROVIKMO. Cet élément est d'ailleurs démontré dans le cadre de son offre dès lors que la Partie requérante, à titre d'information, dépose une liste du nombre de centre dont elle dispose, leurs heures ainsi que les jours d'ouverture permettant d'accueillir des personnes, et notamment les travailleurs de la Partie adverse. Il ne peut donc être contesté que la Partie requérante a des disponibilités bien plus grandes que celles qu'elle propose dans son offre sous le critère 3. Ces larges disponibilités ont d'ailleurs été exposées dans son offre (mais pas en réponse directe à la question des plages horaires disponibles dans la mesure où ces dernières devaient être exclusives).

106. En conséquence, la Partie adverse a violé les principes fondamentaux d'égalité de traitement, de non-discrimination, de minutie et de transparence ainsi que l'article 81 du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

107. Le deuxième moyen est donc sérieux également dans sa deuxième branche.

Sur la troisième branche

108. Dans le cadre de ses différents échanges avec la Partie requérante, la Partie adverse a créé, dans le chef de la Partie requérante, une confiance lui permettant légitimement de penser que le sous-critère imposé par la Partie adverse imposait l'exclusivité de certaines plages horaires pour ses travailleurs.

109. Ainsi, malgré les hésitations et demandes de précisions formulées à différentes reprises par la Partie requérante, la Partie adverse est toujours restée volontairement floue, sans jamais clairement et distinctement indiquer si le sous-critère litigieux devait être analysé comme imposant l'exclusivité, ou non, de plages horaires pour ses travailleurs.

110. Ainsi, après le dépôt des offres, la Partie adverse a contacté la Partie

requérante afin qu'ils précisent leur offre :

« [...] afin de pouvoir comparer les différentes offres reçues dans le cadre de ce marché, vous serait-il possible de me communiquer rapidement les renseignements suivants relatifs aux différents critères d'attribution.

[...]

Pour le critère de la qualité de l'organisation de la campagne grippe, nous ne souhaitons pas connaître la totalité des centres du SPMT, avec les permanences et plages horaires disponibles, mais bien les jours et les plages horaires ainsi que les centres où une personne du SPMT est présente et peut administrer le vaccin grippe à nos travailleurs. Vous donnez en exemple les centres, jours et plages horaires proposées à l'ONE en 2018. [élément confidentiel]

[...]»

111. Suite à une demande de précision de la part de la Partie requérante, la Partie adverse a adressé un nouvel e-mail qui entendait préciser sa demande :

« [...] afin de pouvoir comparer objectivement les différentes offres sur ce critère, pourriez-vous m'indiquer (en considérant que si +/- 500 travailleurs de l'ONE répartis sur tout le territoire de la communauté française s'inscrivent pour la vaccination grippe), le nombre de ces centres par la subrégion, ainsi que le nombre de jours et les plages horaires que vous pourriez pratiquement et effectivement leur allouer pour l'administration de leur vaccin grippe» [...].

112. Un nouvel échange est intervenu entre la Partie requérante et la Partie adverse dans le cadre duquel la Partie adverse a une nouvelle fois précisé :

« [...]

Le sujet ici n'est pas la vaccination grippe dans nos bâtiments mais bien dans vos centres.

Nous recherchons, pour nos agents, la flexibilité de choix au moment de s'inscrire. Il ne s'agit nullement de moments où ils peuvent prendre rendez-vous pour se faire vacciner, mais bien des propositions qui leur sont faites pour eux se voir administrer le vaccin grippe.

Cette flexibilité est importante pour nous

-d'une part, par subrégion vu la répartition de nos agents sur toute la communauté française

-d'autre part par les choix qui sont offerts à nos agents en matière de jours de vaccination, de plages horaires dans ces différentes subrégions au moment de leur inscription pour leur vaccination grippe.

[éléments confidentiels]

[...]» [...].

113. La Partie adverse a donc, volontairement ou à tout le moins négligemment, laissé la Partie requérante dans le flou, admettant presque que l'offre de la Partie requérante pouvait valablement permettre de répondre au sous-critère litigieux.

114. Dans la mesure où une partie de ces échanges est confidentielle, la Partie requérante se limite à retranscrire les éléments non confidentiels des échanges et invite Votre Conseil à en prendre connaissance dans le cadre du dossier de pièces confidentielles.

115. La Partie adverse a donc violé le principe de confiance légitime en ne donnant pas à la Partie requérante toutes les informations qu'elle savait être nécessaires afin d'établir une offre conforme à ce qu'elle attendait.

116. Dès lors le deuxième moyen est sérieux en sa troisième branche également".

B. Note d'observations

La partie adverse réfute le moyen comme suit :

" III.B.2.1. Sur la première branche

17. En substance, la partie requérante précise que la partie adverse était tenue d'assortir son troisième sous-critère d'attribution d'un niveau d'exigence minimal à atteindre. Or, selon ses dires, tel n'aurait pas été le cas. La partie adverse n'aurait en effet pas indiqué «d'objectif idéal à atteindre quant à l'allocation de plage horaires». La requérante en conclut que le principe d'égalité et de non-discrimination aurait été méconnu.

Un tel raisonnement ne peut toutefois pas être suivi.

L'extrait du rapport au Roi que cite la requérante dans sa demande en suspension est relatif à l'article 65 de l'AR du 18 avril 2017. Outre que la violation de cet article 65 n'est pas visée au moyen, celui-ci est relatif aux critères de sélection qualitative, et non aux critères d'attribution.

18. Pour le surplus, la requérante n'est pas fondée à prétendre que le sous-critère litigieux aurait été énoncé de manière insuffisamment précise.

Tout d'abord, si la requérante estimait qu'il lui était impossible de déposer offre – sur la base des informations données par la partie adverse –, elle aurait alors dû le signaler à la partie adverse en application de l'article 81 de l'AR du 18 avril 2017. La requérante n'a toutefois signalé à la partie adverse aucune erreur, imprécision ou omission susceptible de rendre impossible l'établissement de son prix ou la comparaison des offres.

Ensuite, aux termes du CSC, il était uniquement demandé aux soumissionnaires de fournir la liste des centres qui seraient accessibles aux travailleurs de l'ONE, ainsi que les jours de permanence et les plages horaires durant lesquels ces mêmes travailleurs pourraient se faire administrer le vaccin contre la grippe. On perçoit mal comment la partie adverse aurait dès lors pu énoncer son exigence plus précisément puisqu'aucune exigence supplémentaire (par exemple d'exclusivité) n'était demandée.

En outre, par un dernier courriel du 16 juillet 2018, la partie adverse a pris le soin supplémentaire de préciser à la requérante ce qui suit :

« Nous recherchons, pour nos agents, la flexibilité de choix au moment de s'inscrire. Il ne s'agit nullement de moment où ils peuvent prendre rendez-vous pour se faire vacciner, mais bien des propositions qui leurs sont faites pour eux se voir administrer le vaccin grippe.

Cette flexibilité est importante pour nous :

- d'une part, par subrégion vu la répartition de nos agents sur toute la Communauté française ;
- d'autre part par les choix qui sont offerts à nos agents en matière de jours de vaccination, de plages horaires dans ces différentes subrégions au moment de leur inscription pour leur vaccination grippe »

À toute fin utile, la partie adverse a donc (re)précisé à la requérante sa seule exigence, à savoir que ses agents puissent, lors de leur inscription, choisir à la fois le jour et l'heure de leur vaccination et qu'à cette fin, les choix les plus larges possibles leur soient offerts par le prestataire.

Les informations communiquées n'étaient donc nullement contradictoires ou de nature à induire la requérante en erreur, contrairement à ce qu'elle semble soutenir. La partie adverse n'a, en tous les cas, jamais précisé ou même suggéré aux soumissionnaires qu'en cas d'attribution, l'attributaire désigné serait tenu, durant les jours et horaires proposés dans son offre, de ne travailler qu'avec l'ONE.

19. Du reste, aucun document émanant de la requérante ne précise formellement que les centres proposés dans son offre seront exclusivement réservés aux travailleurs de l'ONE durant les plages horaires données. Ces termes (exclusif, réserver, etc.) ne figurent, ni dans l'offre initiale de la requérante, ni dans ses courriels subséquents.

Pour rappel, l'offre initiale de la requérante contient une liste complète de ses centres, ainsi qu'un document annexe dans lequel la requérante précise, à titre seulement informatif, des plages horaires par région (Hainaut, Tournai, Liège, etc.)

mais sans jamais indiquer, même implicitement, que ces ou des plages horaires pourraient être «exclusives» ou réservées aux seuls travailleurs de l'ONE. Quant aux courriels subséquents de la requérante, dont celui du 25 juillet 2018, aucun de ceux-ci ne mentionne davantage que durant les plages horaires proposées, les centres mentionnés seront réservés aux seuls travailleurs de l'ONE. Tout au plus, l'offre initiale de la requérante, ainsi que sa proposition ultérieure du 25 juillet 2018, précisent ce qui suit : «Les personnes peuvent se présenter à l'heure souhaitée entre les horaires donnés. Pas de prise de rendez-vous à effectuer.» Une telle modalité organisationnelle, laquelle n'était pas imposée par le CSC, ne permettait toutefois pas à la partie adverse de considérer qu'un prétendu régime d'exclusivité avait été proposé dans l'offre. Un tel engagement contractuel ne figure tout simplement pas dans l'offre de la requérante. À la seule lecture de l'offre initiale et des courriels subséquents de la requérante, il importe ainsi de noter que la thèse sur la base de laquelle la requérante a construit l'ensemble de sa demande en suspension ne repose sur aucune pièce du dossier administratif. La thèse que défend la requérante dans sa requête, selon laquelle elle aurait décidé dans son offre de réserver certaines plages horaires aux seuls travailleurs de l'ONE – et ce sur la base des informations données par la partie adverse –, manque donc en fait et ne semble être invoquée que pour les seuls besoins de la procédure. À tout le moins, celle-ci réécrit a posteriori les faits dans le seul but de pouvoir reprocher à la partie adverse un prétendu manque de clarté dans la rédaction des documents du marché, et ce alors même qu'elle n'a jamais prétendu dans ses documents de soumission (soit *in tempore non suspecto*) qu'un accès exclusif à ses centres serait réservé à la partie adverse. Pour ce seul motif, le moyen ne saurait donc déjà être déclaré sérieux.

20. En tout état de cause, comme déjà exposé supra, il était uniquement demandé aux soumissionnaires de fournir la liste des centres qui seraient accessibles aux travailleurs de l'ONE, ainsi que les jours de permanence et les plages horaires de ces centres durant lesquels ces mêmes travailleurs pourraient se faire administrer le vaccin contre la grippe.

Une telle exigence, simple dans son énoncé, ne nécessitait pas d'explications complémentaires.

Même à supposer que l'offre de la requérante prévoyait un régime d'exclusivité – quod non –, la requérante n'est donc pas fondée à soutenir que le sous-critère d'attribution litigieux aurait manqué de clarté.

En effet, si la requérante a fait le choix, lors de l'établissement de son offre, de proposer une telle exclusivité – ce qui n'est toutefois nullement démontré par les pièces du dossier – ce choix propre à la requérante ne peut évidemment pas avoir pour conséquence d'invalider la présente procédure ou de rendre l'offre de PROVIKMO irrégulière.

21. Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que la première branche du deuxième moyen n'est donc pas sérieuse.

III.B.2.2. Sur la deuxième branche

22. La partie requérante soutient que les offres reçues ne seraient pas comparables. Alors que son offre se fonderait «sur un temps réellement alloué», l'offre de PROVIKMO se fonderait «sur un temps potentiellement alloué en fonction des disponibilités.»

Un tel raisonnement manque toutefois en fait.

23. Tout d'abord, la partie adverse ne peut que réitérer qu'il n'était pas exigé des soumissionnaires qu'ils réservent des plages horaires exclusives aux seuls travailleurs de l'ONE. La différence que la requérante tente de créer dans sa requête entre son offre et celle de PROVIKMO est donc sans intérêt à l'examen de la présente demande en suspension. En réalité, cet argument se confond avec ceux soulevés dans le cadre du premier moyen et de la première branche du deuxième

moyen.

Ensuite et surtout, la partie adverse ne demandait pas à connaître le temps qui serait «réellement alloué» à la vaccination de ses travailleurs (la partie adverse souligne le terme employé par la requérante dans sa demande en suspension car celui-ci n'a, en fait, jamais été employé par la partie adverse), mais les jours et les plages horaires durant lesquels ses travailleurs pourraient «effectivement et pratiquement» se faire administrer le vaccin, ce qui n'est pas la même chose.

À nouveau, la prémisse sur base de laquelle la requérante fonde son raisonnement est donc inexacte en fait. Pour ce seul motif, la deuxième branche n'est pas sérieuse.

24. Par ailleurs, la requérante soutient, encore une fois, que le sous-critère litigieux n'aurait pas été clairement défini. Il a toutefois déjà été répondu à cet argument, lequel n'est manifestement pas sérieux.

Le fait que la requérante disposerait de plus grandes disponibilités que PROVIKMO et qu'elle aurait donc pu proposer une meilleure offre que cette dernière est sans pertinence. En effet, une telle offre n'a pas été déposée par la requérante.

25. Les développements qui précèdent démontrent que la deuxième branche de ce deuxième moyen n'est donc pas sérieuse.

III.B.2.3. Sur la troisième branche

26. La requérante soutient, dans les développements consacrés à sa troisième branche, que la partie adverse lui aurait donné des informations erronées ou lui aurait laissé croire que les plages horaires proposées devaient être réservées aux seuls travailleurs de l'ONE.

Comme précisé *supra*, la partie adverse n'a toutefois jamais précisé, ni dans le CSC, ni dans ses échanges ultérieurs avec la requérante, que des plages horaires exclusives devaient être offertes.

27. La requérante conclut sa troisième branche en précisant ce qui suit :

« 113. La partie adverse a donc, volontairement ou à tout le moins négligemment, laissé la Partie requérante dans le flou, admettant presque que l'offre de la Partie requérante pouvait valablement permettre de répondre au sous-critère litigieux».

Comme exposé *supra*, la requérante n'avait pas précisé dans son offre qu'un régime d'exclusivité serait offert au profit des travailleurs de l'ONE. Elle ne l'a pas davantage précisé dans ses courriels subséquents.

Il est dès lors pour le moins inexact de supputer que la partie adverse aurait pu, dans ses propres courriels, «volontairement ou à tout le moins négligemment» admettre que les plages horaires proposées étaient exclusives aux travailleurs de l'ONE.

28. Il ressort de ce qui précède que le deuxième moyen n'est pas davantage sérieux en cette troisième branche".

C. Requête en intervention

L'intervenante fait valoir ce qui suit, en réponse au moyen :

" 27. En ce qui concerne la première branche, la partie requérante en intervention constate une erreur de droit dans le raisonnement de la partie requérante. En effet, elle ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que le sous-critère était irrégulier parce que non assorti d'une exigence minimale à atteindre.

En effet, l'extrait du Rapport au Roi cité concerne des critères de sélection et non pas des critères d'attribution ce qui est critiqué en l'espèce. Il y a donc confusion

entre critères. Les dispositions et principes visés à l'appui du moyen n'impose nullement que les critères d'attribution soient assortis d'un seuil à atteindre. En effet, il ne s'agit pas d'apprécier si le soumissionnaire répond ou non à une exigence mais bien d'apprécier la qualité de ce qui est proposé par rapport au critère annoncé.

Par conséquent, cette critique manque en droit et le moyen est irrecevable sur ce point.

28. La partie requérante en intervention constate que la partie requérante a eu à plusieurs reprises la possibilité, si elle ne comprenait pas la portée des dispositions du C.S.C. ou si elle considérait certaine(s) disposition(s) comme non précises ou irrégulières, d'attirer l'attention de la partie adverse sur ce point.

Ce qui n'a jamais été fait malgré les nombreux échanges intervenus entre la partie requérante et la partie adverse concernant précisément le sous-critère actuellement litigieux.

Certes, il est plus facile d'attendre la fin d'une procédure pour se plaindre d'une éventuelle illégalité frappant les documents du marché ou une méthode d'évaluation, surtout si l'on n'est pas l'attributaire du marché...

29. La partie requérante en intervention comprend encore moins la critique de la partie requérante au regard du point 19 de la note d'observations déposée par la partie adverse. En effet, l'on peut y lire que ni l'offre de la partie requérante, ni les compléments d'informations obtenus par la partie adverse suite aux multiples échanges tenus entre ces parties, ne ferait expressément mention de ce que la partie requérante elle-même offrirait une exclusivité au bénéfice des travailleurs de la partie adverse.

La partie requérante en intervention invite Votre Conseil à procéder à cette vérification, dans la mesure où les pièces permettant de confirmer cet élément sont confidentielles.

Cependant, si tel devait être le cas, la critique que mènerait la partie requérante amènerait à considérer que sa propre offre devrait être écartée pour irrégularité substantielle.

Dans ces conditions, se poserait la question de l'intérêt au moyen et à toute la requête dans le chef de la partie requérante.

30. Concernant la deuxième branche du deuxième moyen, il y a lieu de rappeler ce que la partie requérante en intervention a déjà développé auparavant : il ne ressort ni du C.S.C., ni des questions posées par la partie adverse, ni des échanges tenus entre les parties qu'il était attendu de la part des soumissionnaires une exclusivité en termes de plages horaires au bénéfice des seuls travailleurs de la partie adverse.

Pour être complet, l'on rappelle que la procédure de passation du marché était une procédure négociée sans publication préalable. Si, à suivre les écrits de la partie requérante dans le cadre de la présente procédure, elle aurait pu déposer une autre offre, rien ne lui interdisait de proposer celles-ci à l'occasion des échanges avec la partie adverse.

Ce qu'elle a fait – et qui a été accepté par la partie adverse – en doublant le nombre d'heures de présence !

Pour ces raisons, la deuxième branche du moyen n'est pas sérieuse.

31. Au regard de la troisième branche, la partie intervenante se contente de souligner que, à nouveau, rien dans le C.S.C., ni dans les échanges avec la partie adverse n'établit que celle-ci attendait, de la part des soumissionnaires l'exclusivité dont parle la partie requérante.

Doit également être reproduit ici le n° 23 de la présente requête concernant l'intérêt à cette branche.

En toute hypothèse, le moyen n'est pas sérieux".

Le point 23 de la requête en intervention se lit comme suit :

- " 23. La partie requérante reproche à l'O.N.E., partie adverse, d'avoir attribué le marché à la partie requérante en intervention exclusivement sur base du sous-critère relatif «au nombre d'endroits de permanence, de jours de permanence et de plages horaires mises à disposition pour les travailleurs pour se faire vacciner»".

IV.2. Appréciation du Conseil d'État quant aux première et deuxième branches

Dans les développements de la première branche du moyen, la requérante soutient que le critère d'attribution litigieux devait être assorti d'un niveau d'exigence à atteindre et ne l'a pas été. Au soutien de cette thèse, elle invoque l'extrait du rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, qui concerne l'article 65 de cet arrêté royal. Or, cette disposition, qui porte sur les critères de sélection qualitative, n'est pas applicable aux critères d'attribution. Il s'ensuit que dans la mesure précise où il formule ce grief, le moyen manque en droit.

L'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est libellé comme suit :

- " Art. 81. § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.
§ 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :
1° sur la base du prix;
2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82;
3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir notamment :
a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, le commerce et les conditions dans lesquels il est pratiqué;
b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché;
c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution. Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.
§ 3. Les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans :
1° le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services, ou
2° un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel.
Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils garantissent la possibilité d'une véritable

concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. En cas de doute, le pouvoir adjudicateur vérifie concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires.

Ces critères doivent être indiqués dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché.

§ 4. Pour les marchés publics égaux ou supérieurs aux montants fixés pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur précise, dans les documents du marché, la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, sauf lorsqu'elle est déterminée sur la seule base du prix.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont la différence entre le minimum et le maximum est appropriée.

Lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, le pouvoir adjudicateur mentionne les critères par ordre décroissant d'importance.

Pour les marchés publics inférieurs aux montants précités, le pouvoir adjudicateur précise soit la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, soit leur ordre décroissant d'importance. A défaut, les critères d'attribution ont la même valeur.

§ 5. Le Roi peut fixer des modalités additionnelles concernant les critères d'attribution".

Quelle que soit la liberté dont jouit le pouvoir adjudicateur dans la définition des critères d'attribution, ceux-ci doivent être formulés d'une manière telle que tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement soigneux doivent être en état de les interpréter de la même manière. Il ne peut, par ailleurs, être admis qu'à raison de l'ambiguïté d'un critère, résultant de la contradiction entre la manière dont il est défini par les documents du marché et l'interprétation qu'en donne le pouvoir adjudicateur aux soumissionnaires, certains de ceux-ci puissent se méprendre sur la signification de ce critère et que cette méprise, imputable à la partie adverse, conduise à une comparaison faussée des offres en présence.

En l'espèce, s'agissant du sous-critère d'attribution intitulé "Qualité de l'organisation de la campagne de la vaccination de la grippe", le cahier spécial des charges contenait notamment la mention suivante, à propos de l'évaluation des offres au regard de ce sous-critère :

- " Le pouvoir adjudicateur souhaite minimiser les déplacements des agents et faciliter la prise de rendez-vous pour les vaccinations. Ce critère sera donc évalué en fonction du nombre d'endroits de permanence, de jours de permanence et les plages horaires mises à disposition pour les travailleurs se faire vacciner".

Par des courriers électroniques du 11 juillet 2018, la partie adverse a interrogé les soumissionnaires en ces termes :

- " [...] afin de pouvoir comparer objectivement les différentes offres sur ce critère, pourriez-vous m'indiquer (en considérant que si +/- 500 travailleurs de l'ONE répartis sur tout le territoire de la communauté française s'inscrivent pour la vaccination grippe), le nombre de ces centres par subrégions, ainsi que le nombre de jours et les plages horaires que vous pourriez pratiquement et effectivement leur allouer pour l'administration de leur vaccin grippe. [...]".

L'acte attaqué fait apparaître que, s'agissant du sous-critère "Qualité de l'organisation de la campagne de la vaccination de la grippe", les offres de l'intervenante, d'une part, et de la requérante, ainsi que du troisième soumissionnaire, d'autre part, diffèrent fondamentalement pour les engagements respectifs de ces soumissionnaires, en ce qui concerne particulièrement de "nombre de jours" et la "plage horaire".

Il ressort des écrits de procédure, ainsi que des précisions apportées par la requérante et l'intervenante à l'audience du 11 octobre 2018, que ces différences ainsi constatées semblent, *prima facie*, s'expliquer par les interprétations différentes que les soumissionnaires ont données du sous-critère d'attribution litigieux et qui ont conditionné l'élaboration de leurs offres respectives. Ainsi, s'en tenant au libellé de la clause précitée du cahier spécial des charges, l'intervenante a communiqué les jours et plages horaires auxquels elle était disponible pour assurer le bénéfice du service de vaccination tant pour les agents de la partie adverse que pour les membres du personnel d'autre employeurs, tandis que la requérante et le troisième soumissionnaire ont annoncé leur disponibilité au bénéfice exclusif des agents de la partie adverse. La requérante a déclaré vouloir se conformer aux indications données par la partie adverse dans son courrier électronique du 11 juillet 2018, en vue de la mise en œuvre du sous-critère litigieux.

Il apparaît donc que le sous-critère d'attribution "Qualité de l'organisation de la campagne de la vaccination de la grippe" a été formulé et mis en œuvre par la partie adverse d'une manière telle que tous les soumissionnaires n'ont pu l'interpréter de façon identique et ont déposé des offres à ce point différentes qu'elles ne pouvaient pas être comparées correctement.

En ces circonstances, le moyen doit – à tout le moins dans la mesure précisée pour ce qui concerne sa première branche – être déclaré sérieux en ses première et deuxième branches.

V. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas 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.

Enfin, ne suffit pas davantage à justifier que soit activée la "balance des intérêts" dans le cas d'espèce la considération émise par l'intervenante et aux termes

de laquelle le marché litigieux n'est pas à ce point spécifique "qu'il est d'une importance capitale pour la (survie de la) requérante". Elle n'indique, en effet, pas les conséquences négatives d'un arrêt de suspension, qui l'emporteraient sur les intérêts que la requérante entend défendre en sollicitant le bénéfice d'un tel arrêt. Pour le surplus, il ne peut être reproché à la requérante – comme l'intervenante le lui en fait grief – d'être "muette" sur cette question, dès lors que rien ne lui impose de s'exprimer à ce sujet et qu'elle n'est d'ailleurs pas la partie la mieux placée pour identifier d'éventuelles conséquences négatives.

VI. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité des pièces A à F de son dossier de pièces, inventoriées sous le titre "Bordereau de pièces confidentielles". Il s'agit de son offre, ainsi que de différents courriels échangés avec un agent des services de la partie adverse.

La partie adverse fait de même pour les pièces B.1. à B.6. du dossier administratif, inventoriées sous le titre "Dossier confidentiel". Il s'agit des offres déposées par les trois soumissionnaires, ainsi que de courriels échangés avec ceux-ci.

L'intervenante demande enfin que les pièces déposées par la partie adverse, qui la concernent, soit également tenues pour confidentielles. Elle formule également la même demande pour les pièces 3 et 4 de son dossier de pièces.

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par l'association sans but lucratif LIANTIS - SERVICE EXTERNE POUR LA PRÉVENTION ET LA PROTECTION, en abrégé "LIANTIS SEPP" et anciennement dénommée PROVIKMO, est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision de l'ONE du 14 août 2018 attribuant à l'association sans but lucratif PROVIKMO le marché public de services portant sur les prestations d'un Service Externe de Prévention et de Protection au Travail à partir du 1^{er} janvier 2019 — Cahier spécial de charges n° 0-18023-SIPPT-DS-SEPPT est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A à F du dossier de pièces de la partie requérante, les pièces B.1. à B.6. du dossier administratif, ainsi que les pièces 3 et 4 du dossier de pièces de la partie intervenante demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

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-neuf octobre deux mille dix-huit par :

MM. David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.