

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 254.213 du 1^{er} juillet 2022

A. 236.553/VI-22.356

En cause : **la société à responsabilité limitée Human Supports Médical**,
ayant élu domicile chez
M^e Elisabeth KIEHL, avocat,
boulevard de la Sauvenière, 68/2
4000 Liège,

contre :

le Centre Hospitalier Universitaire Brugmann
(CHU Brugmann),
ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR et
Romy DE CANNIÈRE, avocats,
chaussée de La Hulpe, 178
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 3 juin 2022, la SRL Human Supports Médical demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la partie adverse, adoptée à une date inconnue, de ne pas sélectionner son offre dans le cadre du marché public de “mise à disposition de personnel intérimaire in house” et d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 7 juin 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 21 juin 2022.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70, du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M. David De Roy, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Alexandre Pirson, *loco* M^e Elisabeth Kiehl, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Virginie Dor et Romy De Cannière, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Lionel Renders, auditeur au Conseil d'État, a été entendu 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

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

- « 1. La partie adverse, le Centre Hospitalier Universitaire Brugmann (ci-après "CHU Brugmann"), a lancé un marché public de services ayant pour objet "la mise à disposition de personnel intérimaire in house".
2. Ce marché vise la recherche d'un prestataire de services pour la gestion quotidienne des demandes de renfort et remplacement en personnel pour le département infirmer et paramédical qui ne peuvent être couverts par leur équipe. La cellule IN HOUSE doit gérer quotidiennement les demandes en personnel soignant des unités de soins et assure le suivi administratif de ces demandes. L'adjudicataire travaille, selon le système du "IN HOUSE", avec un SPOC (Single Point of Contact) basé au sein même du CHU Brugmann.
3. Ce marché a fait l'objet d'un avis ainsi que d'un avis rectificatif qui ont été publiés, comme suit, au *Bulletin des Adjudications* ("BDA") :
- L'avis de marché publié au BDA le 14 mars 2022 porte la référence suivante : BDA AC2021-086ND (...);
 - L'avis rectificatif publié au BDA le 21 mars 2022 porte la même référence que l'avis de marché (...).
4. Ce marché a été passé par procédure négociée directe avec publication préalable, soit une procédure en une phase.
5. Le cahier des charges (ci-après "CSC") prévoyait deux critères de sélection du marché en son article l'article I.5 ("motifs d'exclusion et sélection qualitative"). Ces critères sont libellés comme suit (...) :
- Capacité technique et professionnelle du soumissionnaire (critères de sélection)
Le DUME, par lequel l'opérateur économique déclare qu'il satisfait aux critères de sélection suivants :

N°	Critères de sélection	Exigences minimales
1	Agrément entreprises travail intérimaire	Le soumissionnaire joint à son DUME la preuve d'agrément des entreprises de travail intérimaire.
2	Liste de référence des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire.	La société démontrera : -Une expérience nécessaire d'un IN HOUSE au sein d'une institution hospitalière de taille équivalente au CHU Brugmann durant les 5 dernières années -Une certification ISO 9001 ou équivalent -Un chiffre d'affaire minimum de 5.0000.000 € par an dans des activités similaires (secteur soins santé ou personnel soignant) -Pouvoir fournir des références d'un montant minimum de 800.000 €/an (secteur soins de santé ou personnel soignant) – Pouvoir fournir deux dossiers intérimaires complets ainsi que de préciser le contenu d'un dossier intérimaire type

6. Comme prévu par les documents du marché et comme imposé par l'article 14 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après, "loi du 17 juin 2016"), les offres pour le marché susvisé devaient être remises par voie électronique, via la plateforme e-Procurement, au plus tard le 25 mars 2020 à 11 heures.

7. Dans le délai imparti pour la remise des offres, les 4 soumissionnaires suivants ont remis offre :

- Human Supports Medical SPRL;
- Randstad;
- Express Medical (Intermin SA);
- Reflex Healthcare People SA.

8. Par un courrier du 5 avril 2022, la partie adverse a fait la demande suivante à la partie requérante (...) :

Objet : MISE À DISPOSITION DE PERSONNEL INTÉRIMAIRE IN HOUSE – Demande d'informations complémentaires

Le 1^{er} avril 2022, vous avez introduit une offre auprès de notre administration pour le marché public susmentionné.

Par la présente, nous vous invitons à nous faire parvenir dans les plus brefs délais et au plus tard dans les 12 jours de calendrier après la date d'envoi de la présente lettre, les documents suivants :

- Une déclaration bancaire appropriée établie conformément au modèle figurant à l'annexe 11 de l'AR du 18 avril 2017
- Une expérience nécessaire d'un IN HOUSE au sein d'une institution hospitalière de taille équivalente au CHU Brugmann durant les 5 dernières années
- Pouvoir fournir deux dossiers intérimaires complets ainsi que de préciser le contenu d'un dossier intérimaire

Pour l'appréciation du respect du délai pour l'envoi des informations complémentaires, la date du cachet de la poste sur votre lettre de réponse fera foi.

Nous vous en remercions et vous prions de croire, Madame Meunier, à l'assurance de notre considération distinguée.

La partie requérante a répondu, par un courrier du 12 avril 2022 (...), et a envoyé les documents demandés suivants :

- L'attestation bancaire;
- L'attestation de deux expériences IN HOUSE;
- Deux dossiers intérimaires complets

9. Suite à la vérification et à l'examen des offres remises par les soumissionnaires, la partie adverse a dressé son rapport d'examen des offres, le 13 avril 2022. Dans ce rapport, elle déclare que les offres de Randstad SPRL et Express Medical SA répondent aux critères de sélection. Les offres de Human Supports Medical SPRL et de Reflex Healthcare People SA n'ont, quant à elles, pas été sélectionnées (...).

10. La partie adverse justifie, dans son rapport d'examen des offres, la non-sélection de Human Supports Medical SPRL comme suit (...):

“La société HUMAN SUPPORTS MEDICAL SPRL ne répond pas à la capacité technique et professionnelle requise dans le cahier des charges (...).

--> La société démontrera une expérience nécessaire d'un IN House au sein d'une Institution Hospitalière de taille équivalente au CHU Brugmann (854 lits) durant les 5 dernières années.

La société HUMAN SUPPORTS MEDICAL SPRL a fourni un certificat de bonne exécution de l'Hôpital St Pierre (560 lits) pour une période de +/- une année pour un service de vaccination au Heizel.

Par conséquent, le certificat fourni n'est pas en adéquation avec la taille de l'hôpital et les 5 années de IN House demandées.

La société HUMAN SUPPORTS MEDICAL SPRL a fourni un certificat de bonne exécution du CHR de liège (1038 lits) pour une période de +/- une année (de 2017 à 2018).

Par conséquent, le certificat fourni n'est pas en adéquation avec les 5 années de IN House demandées.

La société HUMAN SUPPORTS MEDICAL SPRL n'est donc pas sélectionnée”.

11. Le rapport d'examen des offres du CHU Brugmann reprend les cotations attribuées pour les divers critères d'attribution et propose le classement final suivant (...):

Classement final des offres régulières (classées d'après le score total

N°	Nom	Score
2	RANDSTAD	98 %
3	EXPRESS MEDICAL (INTERIM SA)	62 %

12. Le rapport conclut que le soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse dans le cadre du présent marché était le soumissionnaire Randstad et, dès lors, de lui attribuer le marché (...). Ce rapport est approuvé par décision du Conseil d'administration du CHU Brugmann du 24 mai 2022 (...). Par courrier du 25 mai 2022, la partie adverse a notifié la partie requérante de sa décision de ne pas sélectionner son offre. Il s'agit de l'acte attaqué (...).

IV. Second moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un second moyen, qu'elle expose comme suit :

« 4.2. Second moyen (subsidaire) pris de :

- de la violation des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics;
- de la violation des principes généraux d'égalité, de transparence et de concurrence;
- de la violation de l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;
- de l'illégalité de l'article I.5 du cahier spécial des charges de l'adage (motifs d'exclusion et sélection qualitative);
- du défaut de motivation et de motifs pertinents, adéquats et légalement admissibles;
- et de l'excès de pouvoir.

En ce que,

4.2.1.

L'acte attaqué décide de ne pas sélectionner l'offre de la partie requérante sur base de l'article I.5 du cahier spécial des charges de l'adage (motifs d'exclusion et sélection qualitative).

Alors que,

4.2.2.

L'acte attaqué est illégal dès lors que l'un des critères de sélection prévus par le cahier spécial des charges n'est pas régulier.

4.2.3.

L'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose, en son dernier alinéa, que "chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires".

En l'espèce, le CSC est illégal dès lors que vu la formulation employée, le premier sous-critère visé au point 2 de l'article I.5 du cahier spécial des charges ("motifs d'exclusion et sélection qualitative") n'a pas permis à la partie requérante et *a fortiori* aux autres soumissionnaires de déposer une offre en connaissance de cause.

L'acte attaqué reposant par conséquent sur un fondement irrégulier, il est lui-même contraire aux dispositions visées au moyen.

4.2.3.

Pour rappel et comme déjà évoqué à l'occasion du premier moyen, le sous-critère litigieux se lit comme suit :

“La société démontrera une expérience nécessaire d’un IN HOUSE au sein d’une institution hospitalière de taille équivalente au CHU Brugmann durant les 5 dernières années”.

A l’occasion du premier moyen, la partie requérante démontre que l’interprétation qu’a donnée la partie adverse à ces termes ne peut être suivie.

Subsidiairement et si, par impossible, Votre Haute Juridiction ne devait pas le confirmer, elle constatera à tout le moins que le sous-critère litigieux était susceptible de plusieurs interprétations.

En effet, la partie requérante pensait devoir déposer la preuve d’un marché assumé durant une ou plusieurs des 5 dernières années mais pas devoir déposer la preuve d’un marché pour chacune de ces 5 années.

Vu le doute induit par la formulation, le critère n’est pas déterminé de manière suffisamment précise, l’exigence de certitude prévue par les dispositions visées au moyen n’est pas remplie et la concurrence n’est pas régulièrement assurée.

L’application d’un tel sous-critère est en effet de nature à violer les principes d’égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence consacrés, notamment, par les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ainsi que le principe général de concurrence, qui est d’ordre public. Il ne permettait notamment pas à chaque opérateur économique de remettre une offre en connaissance de cause.

4.2.4.

Pour autant que de besoin, la partie requérante rappelle enfin et d’emblée que la faculté d’introduire immédiatement un recours contre la décision d’adopter le cahier spécial des charges n’empêche pas que les irrégularités qu’un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation (C.E., n° 242.862 du 7 novembre 2018, SPRL Aira Cleaning Services).

Le moyen est sérieux ».

B. Note d’observations

En réponse au moyen, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

« Absence d’intérêt au moyen

23. En l’espèce, il semble manifeste que la partie requérante ne disposait pas d’une expérience d’un IN HOUSE durant 5 ans (ni même en réalité durant trois ans) au sein d’une institution hospitalière de taille équivalente au CHU Brugmann.

Par conséquent, elle n’a pas intérêt au moyen dès lors que même si le critère avait été libellé de manière encore plus claire, elle n’y aurait pas répondu et n’aurait donc pas été sélectionnée.

La partie requérante ne dispose donc pas de l’intérêt requis au moyen.

Absence de caractère sérieux du deuxième moyen

24. Par ailleurs, il convient de relever que ce n’est pas parce que la partie requérante s’est trompée quant à la portée de l’exigence litigieuse que nécessairement, cette exigence n’était pas libellée de manière claire.

25. Le terme central est ici la notion de durée. La partie requérante soutient que le contrat pouvait porter sur une année parmi les 5 dernières années. La partie

adverse soutient quant à elle que le contrat devait durer 5 ans. Le terme utilisé dans le CSC était “durant 5 ans”. Or, selon le dictionnaire, “durant” signifie “dans la durée d’une période, pendant”. Concernant son utilisation, le dictionnaire précise également “Quand on veut insister sur l’idée de durée continue, on emploie durant”.

Il est donc clair que cette notion se réfère à un laps de temps continu. La partie adverse n’a en effet pour cette exigence pas utilisé les termes “au cours de” ou “parmi” mais bien “durant”, soit “pendant toute la durée”.

L’exigence était donc claire et non sujette à interprétation. La partie adverse n’est donc pas responsable de la mauvaise interprétation que lui a donné la partie requérante.

26. Il découle de ce qui précède que :

- la partie requérante n’a pas intérêt au moyen dès lors que même si le critère avait été libellé autrement, elle ne répondait de toute façon pas à l’exigence;
- l’exigence était claire du fait de l’utilisation du terme “durant” 5 ans;
- la partie adverse n’est pas responsable de la mauvaise interprétation qui lui a été donnée par la partie requérante;
- elle ne porte donc pas atteinte aux dispositions et principes visés au moyen;
- le moyen n’est donc pas sérieux ».

Par ailleurs, la note d’observations se lit comme suit, en ses points 18 et 20:

« 18. L’argumentation avancée par la partie requérante ne peut toutefois être suivie en l’espèce.

L’exigence minimale litigieuse dont était assorti le critère de sélection relatif aux références était la suivante (...):

“La société démontrera : une expérience nécessaire d’un IN HOUSE au sein d’une institution hospitalière de taille équivalente au CHU Brugmann durant les 5 dernières années”

Or la partie requérante a soumis :

- Un contrat portant sur 1 année pour une institution de taille moindre (560 lits contre 812 lits pour le CHU Brugmann);
- Un contrat portant sur 1 année pour une institution de taille supérieure.

La requérante n’a donc pas été sélectionnée car elle ne disposait pas d’un contrat d’un IN HOUSE présent durant les 5 dernières années dans une institution hospitalière (de taille équivalente).

La partie requérante feint de ne pas comprendre que l’exigence portait sur un contrat de cinq ans (présence d’un IN HOUSE “durant 5 ans”). En cela, le CSC ne vise pas une expérience “par an” comme erronément soutenu par la requérante en p. 7 de sa requête mais bien “durant 5 ans”. Le CSC ne devait donc pas mentionner les termes “par année” ou “par an”. Le singulier est quant à lui utilisé car un contrat durant 5 ans suffisait. Le contrat ne devait donc pas “remonter au plus tard à 5 ans” comme à nouveau erronément prétendu par la requérante mais avoir été exécuté “durant 5 ans”.

20. Enfin, l’argument selon lequel l’exigence litigieuse serait manifestement disproportionnée et porterait atteinte à la concurrence ne peut être accueilli. L’exigence d’un contrat d’une durée de 5 ans n’est pas disproportionnée dès lors que le pouvoir adjudicateur souhaite s’assurer du fait que le soumissionnaire est capable de faire preuve d’une certaine stabilité du bureau qui gèrera essentiellement le recrutement de personnel infirmier intérimaire au sein de l’hôpital. En effet ce service IN HOUSE est d’une importance critique pour le maintien de l’activité de soin et concerne du personnel en pénurie. Pour cette

raison, un critère fort de référence combinant une longue durée et un hôpital de taille similaire était indispensable pour le pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, la partie requérante estime à tort qu'il est pertinent qu'il n'existerait que deux autres cas de marchés IN HOUSE comparables à Bruxelles. En réalité, l'étendue géographique possible des références pouvant être invoquées ne se limite pas à la région de Bruxelles Capitale, mais englobe la Belgique voire même l'Europe dans son entièreté. Partant, les soumissionnaires peuvent non seulement faire valoir des références de la région de Bruxelles Capitale, mais également des références de marchés similaires passés ailleurs en Belgique voire même en Europe. Or la Belgique connaît bien d'autres institutions hospitalières de taille comparable ou encore plus importantes que le CHU Brugmann qui commandent également ce type de prestations ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le second moyen critique l'exigence de sélection qualitative dont la partie adverse a fait application pour justifier son refus de sélection de la requérante. Cette exigence est fixée comme suit par les documents du marché :

« La société démontrera une expérience nécessaire d'un IN HOUSE au sein d'une institution hospitalière de taille équivalente au CHU Brugmann durant les 5 dernières années ».

Le grief de ce second moyen porte sur la formulation de l'exigence litigieuse, en ce que – selon la requérante – elle n'aurait pas permis à celle-ci et aux autres soumissionnaires de déposer une offre en connaissance de cause, ce qui conduirait à violer les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence.

Selon ce que soutient la partie adverse aux points 18 et 25 de la note d'observations, l'exigence litigieuse devait se comprendre en ce sens que l'expérience requise était celle qui résultait d'un contrat exécuté durant cinq ans.

Si la formulation de cette exigence n'exclut pas d'admettre le sens dont se prévaut la partie adverse dans sa note d'observations, elle n'exclut pas non plus d'être comprise en ce sens que la période de cinq ans pouvait s'entendre de celle au cours de laquelle avait été acquise l'expérience d'un IN HOUSE au sein d'une institution de taille équivalente à celle de la partie adverse – quelle que soit la durée d'exécution du contrat attestant cette expérience – de sorte que rien n'aurait empêché les soumissionnaires d'invoquer une expérience ne résultant pas nécessairement de l'exécution d'un contrat d'une durée de cinq ans. Cette seconde lecture peut d'autant moins être écartée qu'en l'absence d'indications telles que celles apportées au point 20 de la note d'observations, l'exigence de faire état d'un contrat d'une durée de cinq ans pouvait poser question dans le cadre du marché litigieux, prévu pour une durée de douze mois, renouvelable une fois. À défaut de

précisions utiles à ce sujet, la formulation de l'exigence litigieuse ne permet pas de déterminer si la période de cinq ans qui y est visée représentait la durée d'exécution du contrat dont devaient pouvoir faire état les soumissionnaires ou la durée de la période de référence dans laquelle devait s'inscrire l'expérience invoquée. Cette exigence, qui n'est pas sans équivoque, n'apparaît pas suffisamment claire et précise, de sorte qu'elle méconnaît le principe de transparence consacré par l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Contrairement à ce que soutient la partie adverse, l'intérêt de la requérante à ce moyen ne peut être dénié au motif qu'elle ne disposerait pas d'une expérience attestée par un contrat d'une durée de cinq ans au sein d'une institution hospitalière de taille équivalente à celle de la partie adverse. Cette exigence repose sur le postulat que l'exigence litigieuse induisait nécessairement dans l'esprit de la partie adverse, au stade de l'adoption du cahier spécial des charges, que l'expérience requise devait s'étaler sur l'intégralité des cinq dernières années. Or, les développements qui précèdent imposent de considérer que, face à une exigence qui n'était pas sans équivoque, ce postulat ne peut être vérifié. L'exception ne peut donc être accueillie.

Le second moyen doit être déclaré sérieux.

V. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VI. Confidentialité

La requérante demande la confidentialité de l'offre et des prix qu'elle dépose, afin de ne pas nuire au secret des affaires. Il s'agit de la pièce 3 annexée à la requête.

La partie adverse formule la même demande pour les offres des soumissionnaires qu'elle dépose ainsi que pour la demande d'informations complémentaires adressée à la requérante le 5 avril 2022 et sa réponse du 12 avril 2022. Il s'agit des pièces 6 à 12, 15 et 19 du dossier administratif.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées, sauf pour ce qui concerne la demande d'informations complémentaires du 5 avril 2022 (pièce 10 du

dossier administratif), dont le caractère prétendument confidentiel est démenti par le fait que le contenu de cette demande est reproduit au point 8 de l'exposé des faits présenté dans la note d'observations.

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

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de « la décision de la partie adverse, adoptée à une date inconnue, de ne pas sélectionner son offre dans le cadre du marché public de "mise à disposition de personnel intérimaire in house" et d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire » est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 3 de la requête et 6 à 9, 11, 12, 15 et 19 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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 1^{er} juillet 2022, par :

David De Roy,
Nathalie Roba,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy