

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

n° 255.814 du 15 février 2023

A. 237.891/VI-22.467

En cause : **l'association sans but lucratif COHEZIO,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Stéphanie GOLINVAUX et
Hannah TACHENY, avocats,
chaussée de la Hulpe 166
1160 Bruxelles,

contre :

la Province de Liège,
représentée par son collège provincial,
ayant élu domicile chez
M^e Emmanuelle BERTRAND, avocat,
avenue de l'Observatoire 10
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 12 décembre 2022, l'ASBL Cohezio demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la Province de Liège du 25 novembre 2022 par laquelle elle a jugé irrégulière l'offre déposée par Cohezio en réponse à la procédure ouverte qu'elle a organisée en vue de la désignation d'un Service Externe de Prévention et de Protection au Travail (SEPPT) (GED/2022-3695/ 2022-07984) ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 13 décembre 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 11 janvier 2023.

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. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Stéphanie Golinvaux, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Emmanuelle Bertrand et Jean-Luc Teheux, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Esther Rombaux, auditeur adjoint 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. Faits utiles à l'examen de la demande

La requérante expose comme suit les faits de la cause :

- « 4. Le 10 juin 2022, la Partie requérante a lancé une procédure ouverte relative à un marché public de services ayant pour objet la désignation d'un Service Externe de Prévention et de Protection au Travail (SEPPT).
- 5. La procédure lancée par le Pouvoir adjudicateur était une procédure électronique, publiée sur la plateforme *etendering*.
- 6. Le cahier spécial des charges téléchargé par la Partie requérante sur la plateforme *etendering* prévoyait en son article II.11 l'organisation par la Partie adverse d'une séance d'informations fixée au 26 août 2022 où l'on répondait aux questions posées par les soumissionnaires, par email, préalablement [...].
- 7. Le 7 juillet, Cohezio a confirmé sa présence à la séance d'information [...]. Elle a par la suite adressé ses différentes questions.
- 8. Le 26 août 2022, la représentante de Cohezio ne trouve pas les locaux et se rend compte que son GPS l'a emmenée rue Ernest Solvay 11 à Herstal, au lieu de Liège. La représentante de Cohezio a prévenu la Province de Liège de son retard par téléphone, qui n'a émis aucune objection quant au retard et n'a en aucun cas indiqué qu'une limite (en termes de minutes) serait applicable.
- 9. Arrivée sur les lieux entre 10h35 et 10h40, les deux représentants des deux autres participants, Cesi et Mensura, étaient encore assis dans la salle.
- 10. Le représentant de la Province de Liège a indiqué à la représentante de Cohezio qu'il ne pouvait lui attribuer l'attestation de participation à la séance car la séance venait de prendre fin lorsqu'elle est arrivée, ce qui impliquait selon lui que toute offre qui serait déposée par Cohezio serait considérée comme irrégulière.

11. Le 30 août 2022, Cohezio a reçu ce procès-verbal qui confirmait par écrit l'exclusion de Cohezio à la procédure; décision prise par Monsieur Humblet et Madame Virginia Lupo, en pleine violation des règles de compétence [...].

12. Le 31 août 2022, Cohezio a répondu à la Province de Liège pour contester la décision [...].

13. Le 2 septembre 2022, Cohezio dépose son offre sur la plateforme *etendering* [...].

14. Le même jour, la Province de Liège notifie Cohezio par e-mail et par courrier recommandé que Cohezio était exclue de la procédure ouverte organisée par la Partie adverse dans la mesure où elle n'avait pas participé à la séance d'information [...].

15. Le 8 septembre 2022, Cohezio a alors introduit une requête en annulation avec demande de suspension et de mesures provisoires selon la procédure d'extrême urgence à l'encontre de la décision du 2 septembre 2022 [...].

16. Le 28 septembre 2022, le Conseil d'État rend son arrêt n°254.616 dans lequel il déclare la suspension de la décision de la Partie adverse par laquelle cette dernière décide de déclarer toute offre déposée par la Requérante irrégulière [...].

17. Le 11 octobre 2022, la Province de Liège notifie par courrier recommandé à Cohezio la décision de retrait de la décision visée dans l'arrêt rendu le 28 septembre 2022 par le Conseil d'État. Elle indique dans ce même courrier, que l'analyse des offres déposées dans le cadre du marché relatif à la désignation d'un SEPPT – dont celle de Cohezio - est en cours d'instruction [...].

18. Le 25 novembre 2022, la Province de Liège notifie à Cohezio par e-mail et par courrier recommandé que son offre devait être déclarée nulle [...].

19. Les offres des candidats étaient évaluées sur la base de 5 critères d'attribution :

1.	La qualité de l'organisation du soumissionnaire	40
2.	La qualité de l'interface informatique	30
3.	Le prix du marché	20
4.	Les délais et la disponibilité	10
5.	La qualité de l'accompagnement et des formations	10
	TOTAL	100

20. Dans le cadre de l'Acte attaqué, la Partie adverse a estimé que l'offre de Cohezio présentait deux irrégularités substantielles (critères 2. et 4.), ainsi qu'une irrégularité non substantielle :

Premièrement, la Partie adverse a considéré que la réponse donnée par Cohezio au deuxième critère (qualité de l'interface informatique) constituait une irrégularité substantielle dans la mesure où elle rendait "inexistant et incertain son engagement à exécuter le marché dans les conditions prévues par le cahier des charges".

Deuxièmement, la Partie adverse a considéré que la réponse donnée par la Partie Requérante au quatrième critère (les délais et la disponibilité) devait être considérée comme une irrégularité substantielle dans la mesure où Cohezio aurait prévu des fourchettes de temps alors que cela aurait été interdit par le cahier

spécial des charges. La réponse donnée par Cohezio aurait ainsi rendu impossible la détermination exacte du délai d'information et/ou de transmission proposée par Cohezio.

Troisièmement, la Partie adverse considère que le fait que Cohezio soit arrivée en retard à la séance d'informations organisée le 28 août 2022 constituerait une irrégularité non substantielle.

21. Sur cette base de ces éléments, la Partie adverse a estimé que l'offre de Cohezio devait être déclarée nulle et être écartée dès lors qu'elle serait affectée de deux irrégularités considérées comme substantielles au sens de l'article 76, § 1 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 ».

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des « principes d'égalité de traitement des soumissionnaires, de non-discrimination, de diligence, de confiance légitime, de transparence, de proportionnalité et d'absence d'erreur manifeste », du cahier spécial des charges, de « l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 », des « articles 66, § 3, et 71 de la loi du 16 juin 2017 [lire : 17 juin 2016] » et de l'« article 61 et suivants de l'arrêté royal du 18 avril 2017 »,

en ce que, « la partie adverse a déclaré nulle l'offre déposée par Cohezio, et l'a écartée, en estimant qu'elle présentait deux irrégularités substantielles »,

alors que, première branche, « Cohezio a exprimé ses délais d'intervention en précisant si elle intervenait “dans l'heure” ou “le jour de la visite”, conformément à ce que le cahier spécial des charges imposait »,

que « les délais détaillés par Cohezio ne sont donc pas exprimés en fourchette »,

et que « la partie adverse aurait donc dû considérer la réponse de Cohezio à ce critère comme régulière et évaluer son offre sur base des informations transmises »,

alors que, seconde branche, « Cohezio a décrit la plateforme informatique qui serait utilisée dans le cadre du marché »,

que « la partie adverse aurait dû considérer la réponse de Cohezio à ce critère comme régulière et l'évaluer sur base des informations transmises, le cas échéant en interrogeant Cohezio »,

et alors que, troisième branche, « Cohezio était présente à la séance d’informations de sorte qu’elle ne peut pas voir son retard constituer une irrégularité ou une raison de voir son offre être qualifiée de nulle »,

que « la partie adverse aurait dû octroyer l’attestation de présence à Cohezio »,

et que « la partie adverse ne pouvait donc considérer que l’offre présentait une irrégularité à cet égard ».

La requérante développe la première branche du moyen de la manière suivante :

« 28. La Partie adverse prétend que l’offre de Cohezio serait entachée d’une irrégularité substantielle en présentant ses délais d’intervention comme suit :

Type d'intervention	Délai proposé	Point de départ du délai
Transmission des rapports :		
1. Information vers le pouvoir adjudicateur quand un travailleur est absent à la convocation	<1 heure ouvrable dans l'heure	A l'issue du dernier rendez-vous programmé la journée concernée
2. Transmission de son formulaire d'évaluation de santé au membre du personnel concerné	<1 heure ouvrable dans l'heure	A partir du dernier examen
3. Transmission de son formulaire d'évaluation de santé à l'établissement scolaire ou au stagiaire	<1 heure ouvrable dans l'heure	A partir du dernier examen
4. Transmission au pouvoir adjudicateur des formulaires d'évaluation de santé (24 heures ouvrables maximum)	<1 heure ouvrable dans l'heure	A partir du dernier examen
5. Mise à jour et à disposition sur l'interface informatique des listes des travailleurs (en particulier vaccinations et date des visites auprès du médecin du travail) après les prestations	<1 heure ouvrable dans l'heure	A partir de la dernière prestation
Amélioration des délais légaux – délai entre la demande et la visite pour :		
6. Visite de reprise	1 jour ouvrable	À partir de la demande
7. Visite de pré-reprise	1 jour ouvrable	A partir de la demande
8. Consultation spontanée	1 jour ouvrable	À partir de la demande
Délai entre la demande formulée et la visite :		
9. Evaluation de santé préalable	1 jour ouvrable	A partir de la demande
10. Visite dans le cadre de la protection de la maternité	1 jour ouvrable	A partir de la demande
11. Evaluation de santé préalable à l'embauche	1 jour ouvrable	A partir de la demande
Délai pour la réalisation des analyses de risques psychosociaux		
12. Délai entre la demande d'analyse de risques par le pouvoir adjudicateur et la mise en route du projet par l'adjudicataire	1 jour ouvrable	A partir de la demande
13. Rapport de visite des lieux de travail	<1 jour ouvrable le jour de la visite via Safetify	A partir de la visite

29. La Partie adverse soutient que les délais d’intervention indiqués par Cohezio, et plus précisément les réponses 1 à 5 et 13 dans le tableau ci-dessus, seraient

présentés sous forme de fourchette, ce qui serait interdit par le cahier spécial des charges. La Partie adverse considère en effet que les délais précisés par Cohezio seraient compris entre “0,1 sec et 59 min59sec, ou entre 0,1 et 23h59min59sec”.

30. Pour cette raison, la Partie adverse considère que l’offre de Cohezio présente une irrégularité substantielle.

31. Le raisonnement de la Partie adverse ne peut être suivi.

32. Premièrement, le cahier spécial des charges indiquait que les délais devaient “être exprimés en heures ou jours ouvrables [...]”.

33. C’est précisément ce que Cohezio a fait en indiquant qu’il interviendrait soit en 1 heure ouvrable/endéans l’heure ou en un jour ouvrable/le jour de la visite.

34. Il est donc erroné de prétendre que Cohezio aurait indiqué des délais en minutes et secondes.

35. Deuxièmement, la Partie adverse elle-même a établi un tableau prérempli qui devait être utilisé pour indiquer les délais d’intervention [...] :

Type d'intervention	Délai proposé	Point de départ du délai
Transmission des rapports :		
1. Information vers le pouvoir adjudicateur quand un travailleur est absent à la convocation	 heures ouvrables	A l'issue du dernier rendez-vous programmé la journée concernée
2. Transmission de son formulaire d'évaluation de santé au membre du personnel concerné	 heures ouvrables	A partir du dernier examen
3. Transmission de son formulaire d'évaluation de santé à l'établissement scolaire ou au stagiaire	 heures ouvrables	A partir du dernier examen
4. Transmission au pouvoir adjudicateur des formulaires d'évaluation de santé (24 heures ouvrables maximum)	 heures ouvrables	A partir du dernier examen
5. Mise à jour et à disposition sur l'interface informatique des listes des travailleurs (en particulier vaccinations et date des visites auprès du médecin du travail) après les prestations	 heures ouvrables	A partir de la dernière prestation
Délai pour la réalisation des analyses de risques psychosociaux		
12. Délai entre la demande d'analyse de risques par le pouvoir adjudicateur et la mise en route du projet par l'adjudicataire	 jours ouvrables	A partir de la demande
13. Rapport de visite des lieux de travail	 jours ouvrables	A partir de la visite

36. Ce tableau imposait au soumissionnaire de n’ajouter qu’un seul chiffre ou qu’un seul nombre. Cohezio s’est précisément conformée à ce tableau en rajoutant un chiffre avant “heures ouvrables” / “jours ouvrables” (en l’espèce le chiffre “1”).

37. Troisièmement, le tableau imposé par le Pouvoir adjudicateur impliquait – forcément – que le délai d’intervention se déroule endéans le nombre d’heures ouvrables ou jours ouvrables mentionné.

38. Ainsi, à considérer que la transmission d’un formulaire d’évaluation de santé au membre du personnel concerné (2.) soit envoyé dans un délai de 2 heures ouvrables, il est évident que celui-ci serait envoyé entre 0,1 sec. et 1h59 et 59 sec. à la Partie adverse, et non entre 1h59min et 59 sec. et 2h.

Cette manière de procéder impliquait donc forcément une certaine fourchette, à savoir un écart entre deux valeurs à l’intérieur duquel se trouve la juste valeur.

39. Il est donc erroné de prétendre comme le fait pourtant la Partie adverse que les informations données par Cohezio ne lui permettraient pas de savoir sur base de quel délai l'offre de Cohezio devait être évaluée, et comparée avec les autres offres.

40. Quatrièmement, le raisonnement du Pouvoir adjudicateur vient tout simplement nier la notion même de délai utilisée par la Partie adverse elle-même ("point de départ du délai" - voir annexe C) qui implique *de facto* un certain laps de temps laissé pour faire quelque chose. Il est évident que la Partie adverse n'attendait pas des soumissionnaires qu'ils indiquent que les rapports seraient envoyés après exactement 1h36 à partir du point de départ du délai. Le sigle "<" ajouté par Cohezio ne vient donc aucunement énerver les consignes du cahier des charges et du critère d'attribution.

41. Cinquièmement, il est tout aussi évident que les autres soumissionnaires ont rempli l'annexe C de manière identique à la Partie requérante. Or, ceux-ci ne semblent pas avoir été sanctionnés par le Pouvoir adjudicateur. Ce comportement du Pouvoir adjudicateur constituerait une violation du principe d'égalité et de non-discrimination, et impliquerait une violation du cahier spécial des charges. Il serait en effet injustifiable de considérer des offres remises par des soumissionnaires qui n'ont pas répondu aux prescrits du cahier spécial des charges comme régulières.

42. Il ressort de ce qui précède que Cohezio n'a pas indiqué de fourchette pour exprimer les délais dans lesquels il garantissait son intervention et, au contraire, s'est conformé aux exigences du cahier spécial des charges.

43. L'offre de Cohezio ne peut donc être qualifiée d'irrégularité, et encore moins substantielle.

44. À supposer même qu'il faille considérer que l'ajout du sigle "<" puisse être considéré comme une irrégularité substantielle, alors il y a lieu de considérer que le cahier spécial des charges est entaché d'une illégalité et viole l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et le principe de proportionnalité.

45. En effet, ériger en irrégularité substantielle l'ajout d'un tel sigle, suppose que ce sigle vienne annihiler une condition essentielle du cahier spécial des charges. Or, cela n'est pas le cas puisque ce sigle ne vient ajouter aucune information supplémentaire à l'offre de Cohezio.

46. Il y a donc lieu de considérer que la première branche du premier moyen est sérieuse et doit emporter la suspension de l'Acte attaqué. »

Sur la deuxième branche, prise de la « violation du principe de proportionnalité, d'égalité, du raisonnable, de bonne administration, erreur manifeste d'appréciation, erreur de fait, violation de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et de l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 », la requérante fait valoir ce qui suit :

« 47. La Partie adverse prétend que l'offre de Cohezio serait entachée d'une irrégularité substantielle sur le critère d'attribution n° 2 relatif à la description de l'interface informatique mise en place entre le soumissionnaire et ses clients.

48. Dans le cadre de ce critère d'attribution, le Pouvoir adjudicateur souhaite obtenir des précisions sur la plateforme qui sera utilisée avec les utilisateurs

pendant la durée du marché, qui s'étend sur une durée maximale de 8 ans (4 ans fixes ainsi que 4 potentielles prolongations annuelles).

49. Cohezio, qui a déjà travaillé en qualité de SEPPT pour la Province de Liège, a privilégié dans sa réponse (limitée de manière stricte à 5 pages, illustrations – obligatoires - comprises) la description de la plateforme qui a été développée dans le courant de l'année 2022 (cfr. Offre de Cohezio "Cohezio développe en 2022 une nouvelle plateforme, Cohezio4u, qui allie intuitivité, convivialité, exhaustivité et efficacité"[...]).

50. Dans un souci de transparence, Cohezio indique dans son offre que la plateforme sera mise en ligne dans le courant de l'année 2023. Plus précisément, la plateforme actuelle est tout à fait opérationnelle et ses améliorations seront mises en ligne en mars 2023, conformément à la déclaration sur l'honneur du directeur IT de Cohezio [...].

51. La qualification d'irrégularité substantielle par le Pouvoir adjudicateur est incorrecte et devra être censurée par le Conseil d'Etat à plusieurs titres.

52. Premièrement, la décision du Pouvoir adjudicateur est constitutive d'une violation du cahier des charges et d'une erreur manifeste d'appréciation.

53. En effet, le cahier spécial des charges n'exige pas que l'interface ne soit pas modifiée dans le courant de l'exécution du marché, ni que la version présentée soit entièrement disponible au 1^{er} janvier 2023. Dans son offre, Cohezio indique clairement qu'une plateforme est déjà existante mais qu'elle sera améliorée, signifiant donc de manière claire et indubitable qu'une plateforme existe bien (et donc active dès le début du marché au 1^{er} janvier 2023) :

- Cohezio mentionne dans une sous-section intitulée "les + de cette nouvelle plateforme" [...].
- Cohezio décrit le process applicable, qui vaut tant pour la plateforme existante que pour la plateforme améliorée sous la sous-section "formation et accompagnement" [...].

54. Le Pouvoir adjudicateur était donc en mesure d'évaluer la plateforme et, si elle l'estimait nécessaire (ce qui est contesté par Cohezio) de limiter son évaluation à la plateforme existante. Autrement dit, seule une cote plus faible aurait éventuellement pu être donnée, mais pas une exclusion pour cause d'irrégularité substantielle.

55. Il faut donc en conclure que l'absence d'évaluation de l'offre de Cohezio et la qualification d'irrégularité substantielle est constitutive à la fois d'une violation du cahier spécial des charges et d'une erreur manifeste d'appréciation.

56. Deuxièmement, cette qualification est constitutive d'une violation du principe de proportionnalité. En effet, sur une durée de 4 ans au minimum et de 8 ans au maximum, la plateforme améliorée sera donc disponible 46 mois sur 48 mois, ou 94 mois sur 96 mois.

Décrire uniquement la plateforme existante aurait d'ailleurs été moins conforme à la demande de la Partie adverse dans la mesure où Cohezio aurait décrit une situation valable pour une durée de 2 mois sur les 96 mois que constituent la durée du marché.

57. Troisièmement, cette qualification viole les principes de non-discrimination et d'égalité dans la mesure où le Pouvoir adjudicateur reconnaît dans le même temps dans l'Acte attaqué que la plateforme proposée par les autres soumissionnaires "pourrait éventuellement s'avérer moins performante" [...].

58. Quatrièmement, cette qualification d'irrégularité substantielle est également constitutive d'une violation de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics et d'une erreur manifeste d'appréciation. En effet, les arguments qui sont soulevés par le Pouvoir adjudicateur dans l'acte attaqué ne sont pas corrects et manquent tant en droit qu'en fait :

a. Le Pouvoir adjudicateur indique que "en ne décrivant pas dans son offre la plateforme informatique qui sera à disposition de la PROVINCE DE LIEGE le 1^{er} janvier 2023, l'ASBL COHEZIO rend inexistant et incertain son engagement à exécuter le marché dans les conditions prévues au cahier des charges". [...]. Cette assertion est inexacte. Comme mentionné ci-dessus, (i) Cohezio dispose bien d'une plateforme, qui est d'ailleurs décrite dans l'offre dans ses éléments communs avec la plateforme améliorée, (ii) le cahier spécial des charges ne mentionne pas qu'aucune modification et/ou amélioration de la plateforme n'est possible pendant l'exécution du marché (qui pourra durer jusqu'à 8 ans !). La plateforme existant actuellement permet sans hésitation possible à Cohezio d'exécuter le marché. Rien dans l'offre déposée par Cohezio ne permettrait de considérer le contraire. L'irrégularité substantielle ne peut donc être attachée à l'offre de Cohezio. Contrairement, par exemple, à ce que serait l'absence d'agrément, comme l'a déjà enseigné Votre Conseil, qui n'est en rien une situation comparable.

b. Le Pouvoir adjudicateur indique que "le fait de tenir compte d'une plateforme informatique qui ne sera pas disponible à la date de début du marché donnerait un avantage discriminatoire à l'ASBL COHEZIO par rapport aux autres soumissionnaires qui, eux, ont proposé une plateforme active, qui pourrait éventuellement s'avérer moins performante, mais qui sera directement mise à la disposition de la Province de Liège dans les délais prévus par le cahier des charges".

À nouveau, cet argument ne peut pas être reçu. Si le Pouvoir adjudicateur avait éventuellement pu décider de diminuer la cotation attribuée à Cohezio pour ce critère en raison de l'absence de disponibilité de la plateforme modifiée pendant 2 mois sur les 96 mois du marché, cela ne constitue pour autant pas une raison d'écarter l'offre en estimant que la comparaison avec les autres soumissionnaires serait discriminante.

De plus, le Pouvoir adjudicateur indique que la plateforme des autres soumissionnaires qui, elle, serait active, quitte à éventuellement être moins performante. Cet argument manque en droit et est constitutif d'une erreur manifeste d'appréciation puisque Cohezio dispose bien d'une plateforme active, ce qu'elle mentionne expressément dans son offre (cette offre faisant expressément mention d'amélioration et non d'une première plateforme).

c. Enfin, le Pouvoir adjudicateur indique à titre subsidiaire qu' "en ne décrivant par la plateforme actuelle, soit celle qui serait mise à disposition de la Province de Liège pour le 1^{er} janvier 2023, l'ASBL COHEZIO rend impossible la comparaison de son offre avec celles des autres soumissionnaires et plus spécifiquement la comparaison de l'interface dont bénéficierait la Province de Liège à cette date avec celles proposées par les autres soumissionnaires." [...]

Une fois encore, cet argument manque en droit et en fait. Le Pouvoir adjudicateur était parfaitement en mesure de comparer les offres et aurait pu attribuer plus ou moins de points en fonction des mois de disponibilité de l'application (voir l'attestation du directeur IT de Cohezio rappelant que la plateforme sera en ligne au mois de mars 2023; [...]).

59. Cinquièmement, l'article 66 § 3 de la loi du 16 juin 2017 permettait à la Partie adverse de demander au candidat/soumissionnaire de présenter, compléter,

clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés. En l'espèce, la Partie adverse aurait dû à tout le moins interroger Cohezio sur ce point, afin de lui permettre de confirmer pour autant de besoin l'existence d'une plateforme électronique, ainsi que la date de lancement de la mise à jour de la plateforme. La précision qu'aurait apportée Cohezio n'aurait aucunement modifié les éléments essentiels dès lors qu'une plateforme existait au moment du marché, mais que seule la date de lancement de la plateforme mise à jour aurait été précisée. Dans les circonstances de l'espèce, la Partie adverse n'a pas respecté le principe de non-discrimination entre les soumissionnaires, de diligence, de proportionnalité, et a commis une erreur manifeste d'appréciation en décidant de ne pas interroger Cohezio.

60. Sixièmement, le raisonnement de la Partie adverse revient à dire que les autres soumissionnaires, en ce compris celui à qui le marché a été attribué, ne pourront pas prévoir de mettre à jour leurs plateformes respectives. Or, en possiblement 8 années de collaboration, il est évident qu'une telle plateforme doit pouvoir évoluer à défaut de devenir obsolète. Si de telles mises à jour ne sont pas prévues – et nous comprenons que c'est bien le cas dans la mesure où ces offres auraient également dû être qualifiées d'irrégulières – cela revient – à en suivre le raisonnement de la Partie adverse - à rendre incertain l'engagement des soumissionnaires à pouvoir mener à bien le contrat, et ce jusqu'au bout de celui-ci.

61. En conclusion, il y a lieu de considérer que le Pouvoir adjudicateur a commis une violation du principe de proportionnalité, du raisonnable, de bonne foi, de non-discrimination, de bonne administration, plusieurs erreurs manifestes d'appréciation, erreurs de fait et enfin a violé l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, ainsi que l'article 66 § 3 de la loi du 16 juin 2017 [lire : 17 juin 2016].

62. Il y a donc lieu de considérer que la deuxième branche du premier moyen est sérieuse et doit emporter la suspension de l'Acte attaqué. »

À propos de la troisième branche, prise de la violation « du cahier spécial des charges, des principes de proportionnalité, de confiance légitime, du raisonnable, de minutie, de bonne administration, de non-discrimination et erreur manifeste d'appréciation, violation de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, du principe de légalité et du principe de proportionnalité », la requérante fait valoir ce qui suit :

« 1. Erreur manifeste d'appréciation, violation du cahier spécial des charges, confiance légitime, bonne foi et de non-discrimination :

66. L'Acte attaqué prétend que la représentante de Cohezio était absente. Or, elle était bien présente, mais en retard.

67. Ce retard avait d'ailleurs été annoncé par téléphone sans que cela n'ait soulevé la moindre objection du côté de la Province de Liège, notamment en termes de délai d'attente maximum. Lorsqu'elle est arrivée (entre 10h35 et 10h40), tous les autres candidats étaient présents, assis dans la salle et rien n'indiquait que la séance était clôturée. Ce n'est qu'à ce moment que les personnes présentes au nom de la Province de Liège ont indiqué que le dernier document venait tout juste d'être signé, ce qui impliquerait la fin de la séance d'informations – ce qu'aucune réglementation ni document de marché ne prescrit pourtant – et donc l'obligation dans le chef du Pouvoir adjudicateur de refuser de lui octroyer le certificat de présence.

68. Dès lors que la partie requérante était représentée à la séance d'informations, elle aurait dû recevoir – tout comme les autres personnes présentes – l'attestation de présence, conformément à ce que le cahier spécial des charges impose.

69. En refusant de le faire, et en jugeant l'offre comme irrégulière, la Partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation, a violé le cahier spécial des charges, ainsi que les principes de confiance légitime, de bonne foi et de non-discrimination.

70. Il ressort de ces différents éléments que les constatations reprises dans le procès-verbal [...], dans la décision de la Province de Liège du 2 septembre [...], ainsi que dans l'Acte attaqué [...] démontrent l'existence de plusieurs erreurs manifestes d'appréciation et d'une violation du principe de confiance légitime, dans la mesure où la représentante de Cohezio a légitimement pu croire que son retard était accepté, conformément aux informations qui lui ont été données par téléphone.

71. En considérant que la Partie requérante était absente à la réunion d'information, et en considérant que cette prétendue absence constituait une irrégularité non substantielle, la Partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation, a violé le cahier spécial des charges, la confiance légitime, le principe [de] bonne foi, ainsi que de non-discrimination.

2. Violation du principe de proportionnalité, du raisonnable, de minutie, de légalité, de confiance légitime, de bonne foi et de bonne administration :

72. Il est contraire au principe de proportionnalité et de confiance légitime de considérer l'arrivée tardive à une séance d'informations telle que celle organisée en l'espèce et compte tenu des éléments factuels comme une absence.

73. Le déroulement des faits, leur temporalité ainsi que le comportement de la Partie adverse sont essentiels dans la présente affaire.

a. À 9h56, la représentante de Cohezio contacte le Pouvoir adjudicateur pour lui exposer la situation, et lui indiquer qu'elle espère arriver dans les 20 minutes, mais sans savoir comment serait la circulation, sachant que Liège est en travaux.

b. Lors de cette conversation, aucune objection n'est émise par la Partie adverse, qui n'indique pas non plus un délai maximal d'attente.

c. L'on comprendra par la suite que la Partie adverse aura accepté "de postposer le début de la séance de 15 minutes", sans toutefois en avertir la partie requérante, ni même tenir compte du temps requis pour relier les deux adresses. Il faut ainsi 15 minutes pour rejoindre la Rue Ernest Solvay 11 à Liège depuis la Rue Ernest Solvay 11 à Herstal, un vendredi soir à 22h50 [...]. Le temps de parcours un matin de semaine à 9h50 est de 21 à 26 minutes [...].

d. À son arrivée sur les lieux, tous les participants étaient encore présents, assis, dans la salle. Néanmoins, le Pouvoir adjudicateur lui indique que la dernière attestation vient d'être signée de sorte qu'il estime la séance clôturée. La Partie adverse a même précisé par la suite à la représentante de Cohezio que si elle était arrivée 3 minutes plus tôt, elle aurait reçu son certificat de présence.

e. La Partie adverse indique à la Partie requérante « qu'elle aurait dû rappeler », ce que pourtant le Pouvoir adjudicateur ne lui avait pas indiqué lors du premier entretien téléphonique. La Partie adverse n'a par ailleurs pas pris la peine de rappeler la représentante de Cohezio, alors même qu'aucun indice ne permettait à Cohezio de savoir que son arrivée tardive allait avoir de telle conséquence.

f. La Partie adverse demande alors si les candidats accepteraient que Cohezio soit considérée comme ayant été présente à la séance, faisant ainsi reposer la décision d'octroi de l'attestation sur les autres soumissionnaires – concurrents directs de Cohezio.

g. La séance d'information a duré une vingtaine de minutes, pendant lesquelles seules les questions posées préalablement ont été répondues.

74. Ces éléments sont particulièrement importants afin de déterminer si le critère de proportionnalité a été respecté par la Partie adverse.

75. En l'espèce :

a. Le Pouvoir adjudicateur admet que le caractère obligatoire de la séance n'est pas justifié par le contenu de la séance : sinon son arrivée "3 minutes avant" ne pourrait justifier la remise du certificat.

b. Ceci est d'autant plus vrai que les seules informations données lors de cette séance d'informations constituent des réponses à des questions qui ont dû obligatoirement être envoyées au préalable. Aucune autre discussion ou information n'a été échangée lors de cette réunion, comme en atteste le procès-verbal dressé suite à la séance d'informations [...] :

A 10h15, la représentante de la firme COHEZIO n'était toujours pas présente. Il a cependant été décidé de débiter la séance d'information.

Les questions reçues dans le délai requis par le cahier des charges ont été lues et les réponses ad hoc y ont été apportées.

Aux alentours de 10h35, les représentants présents n'ayant aucune question complémentaire par rapport aux réponses apportées, la séance d'information s'est terminée.

c. Il était prévu que ces réponses soient également transmises aux candidats dans le cadre d'un procès-verbal qui serait adressé au maximum dans les 3 jours ouvrables (cahier spécial des charges, p. 17 – [...]) :

Un **procès-verbal de la séance d'information**, reprenant les questions et les réponses, sera dressé et envoyé par e-mail à chaque participant, dans un délai de 3 jours ouvrables après la séance d'information.

d. Le Pouvoir adjudicateur a même souhaité que les concurrents prennent la décision en lieu et place de sa décision, ce qui démontre que le caractère obligatoire de la séance ne peut être qualifié comme tel.

e. Le Pouvoir adjudicateur a laissé entendre à la Partie requérante que si elle avait rappelé en cours de route, une telle décision n'aurait pas été prise. Elle n'en a toutefois pas informé Cohezio, et n'a pas pris la peine de rappeler la représentante de la Partie requérante. Si le Pouvoir adjudicateur avait limité la tolérance à un nombre de minutes, il est évident que la représentante de Cohezio aurait recontacté.

76. De par ses éléments, le Pouvoir adjudicateur admet ainsi que le caractère obligatoire de la séance ne portait pas sur un respect strict du délai d'arrivée à la séance d'informations à 10h. Autrement dit, la situation n'est en rien comparable à un respect de délai de dépôt des offres, situation dans laquelle le Pouvoir adjudicateur ne jouit d'aucune latitude. Au contraire, le Pouvoir adjudicateur a confirmé que le principe de proportionnalité avait été respecté [...] :

Le principe de proportionnalité a été en l'espèce respecté puisque la situation a été examinée in concreto et qu'il a été tenu compte du retard annoncé par votre représentante pour décider de postposer le début de la séance de 15 minutes, alors que les autres participants étaient, quant à eux, arrivés parfaitement à l'heure et s'impatienzaient.

77. Cependant, tout en acceptant que le principe de proportionnalité était applicable au cas d'espèce, le Pouvoir adjudicateur ne l'a pas correctement appliqué :

- Le Pouvoir adjudicateur indique avoir décidé de postposer la séance de 15 minutes mais n'en a pas informé la représentante de Cohezio. À cette dernière, il a uniquement été dit qu'il n'y avait pas de problème.
- Accorder un délai de 15 minutes pour ce type de trajet n'a pas de sens : le temps de parcours un matin de semaine à 9h50 est de 21 à 26 minutes [...].
- Refuser l'octroi du certificat de présence n'est pas proportionné dans la mesure où la représentante de Cohezio était présente à un moment où l'ensemble des candidats (CESI et Mensura) étaient encore présents et assis dans la salle, en compagnie du représentant du Pouvoir adjudicateur.

78. Il ressort des éléments ci-dessus que refuser de délivrer l'attestation de présence à la représentante de Cohezio alors qu'elle était présente, mais en retard de 35 à 40 minutes, est contraire au principe de proportionnalité.

79. Enfin, il est important de souligner que la Partie adverse aurait dû traiter la situation litigieuse avec un degré de minutie et de prise en compte du principe de proportionnalité particulièrement élevé, notamment au regard des moyens qui seront développés ci-après et qui démontrent que l'organisation d'une telle séance d'informations est illégale, ou à tout le moins les conséquences que lui appliquent le Pouvoir adjudicateur.

80. Ainsi, en refusant d'octroyer l'attestation de présence dans la situation telle qu'elle s'est déroulée, le Pouvoir adjudicateur a violé le principe de proportionnalité, du raisonnable, de légalité, de minutie, de confiance légitime, de bonne foi et de bonne administration.

3. La situation litigieuse ne constitue pas une irrégularité non substantielle

81. Le cahier spécial des charges indique les informations suivantes en ce qui concerne la tenue de la séance d'informations :

II.11 Séance d'information

Afin de pouvoir apprécier l'ampleur du marché, la disposition des lieux et les difficultés éventuelles d'exécution, chaque soumissionnaire devra assister à une **séance d'information obligatoire**.

Les éventuelles **questions devront être envoyées 5 jours ouvrables avant la séance d'information** à l'adresse suivante : Sipp.secretariat@provincedeliege.be

La séance d'information aura **lieu le vendredi 26 août 2022 à 10h00 au Val Benoît, Rue Ernest Solvay, 11 à 4000 LIEGE**.

Le soumissionnaire doit confirmer sa présence, au plus tard 5 jours ouvrables avant la date de la séance, par mail adressé à Madame Virginia LUPO (Sipp.secretariat@provincedeliege.be).

A la fin de la séance d'information, le soumissionnaire recevra une **attestation de présence** dûment complétée et signée par le responsable.

Cette attestation **sera jointe à l'offre**.

Un **procès-verbal de la séance d'information**, reprenant les questions et les réponses, sera dressé et envoyé par e-mail à chaque participant, dans un **délai de 3 jours ouvrables** après la séance d'information.

82. Le Pouvoir adjudicateur a admis que la raison même et l'objectif de la séance d'information étaient exclusivement liés à la réponse aux questions des soumissionnaires, questions qui devaient être adressées par écrit au Pouvoir adjudicateur par écrit 5 jours ouvrables avant la séance. En effet, le procès-verbal du 2 septembre 2022 indiquait que [...] :

Le choix de traiter les questions/réponses dans le cadre d'une séance d'information nous appartenait et a été posé de manière à parfaitement clarifier les choses pour tous les soumissionnaires potentiels et à pouvoir répondre directement le cas échéant aux sous-questions qui se présenteraient et ce, de manière à ce que tout le monde puisse participer à la discussion et, in fine, que chacun obtienne les mêmes informations.

83. Il n'est donc pas contestable que la réelle intention du Pouvoir adjudicateur quant à la tenue de cette réunion n'était pas de faire visiter les lieux ou encore de donner des informations non autrement communicables par écrit.

84. Dans les circonstances de l'espèce, le fait pour Cohezio de ne pas disposer de l'attestation de présence à la séance d'information ne peut donc être qualifiée d'irrégularité, ne fut-ce que non substantielle.

85. En tout état de cause, et conformément à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, cette irrégularité non substantielle, si tant est qu'elle puisse être qualifiée comme telle, *quod certe non*, ne peut mener à l'irrégularité de l'offre.

86. L'Article 76 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 prévoit les conditions dans lesquelles il peut être question d'une irrégularité non substantielle qui, ajoutée à d'autres irrégularités non substantielles, pourrait constituer une cause d'irrégularité de l'offre :
[...]

87. Une candidature est entachée d'une irrégularité substantielle, lorsque la candidature est entachée de plusieurs irrégularités non substantielles, mais qui présentent ensemble les caractéristiques d'une irrégularité substantielle, telles que décrites à l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3.

88. Il a été démontré ci-avant dans les première et deuxième branche que les prétendues irrégularités n'en sont en réalité pas, ou sont à tout le moins des irrégularités non substantielles. Le Pouvoir adjudicateur doit justifier qu'il s'agit d'une irrégularité "de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues."

89. Dans le cas d'espèce, rien ne peut justifier que le retard (annoncé) à la séance d'informations puisse entrer dans l'une de ces catégories, ce que la Partie adverse confirme dans l'Acte attaqué :

"Attendu qu'en l'espèce, la présente irrégularité n'est pas de nature à donner un avantage discriminatoire à l'ASBL COHEZIO, ni à entraîner une distorsion de concurrence, ni à empêcher l'évaluation de son offre ou la comparaison de celle-ci aux autres offres;

Qu'en l'espèce, la présente irrégularité ne rend pas inexistant, incomplet ou incertain l'engagement de l'ASBL COHEZIO à exécuter le marché dans les conditions prévues [...]”.

4. Non-respect du cahier spécial des charges et violation du principe de bonne foi

90. Conformément aux développements qui précèdent, Cohezio estime que le retard à la séance d'information, ayant eu pour conséquence l'absence de remise de l'attestation, ne peut pas fonder une irrégularité, tant sur base des documents de marché que d'après le déroulé exact des événements et l'attitude de la Partie adverse.

91. Toutefois, à supposer qu'il faille considérer que le retard (ou même l'absence) à ce type de séance d'information puisse être considérée comme une irrégularité pouvant éventuellement mener au rejet de l'offre de Cohezio (via l'absence de remise du certificat), alors il y a lieu de considérer que le cahier spécial des charges, est entaché d'une illégalité et viole l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le principe de proportionnalité et l'article 71 de la loi du 16 juin 2017 [lire : du 17 juin 2016].

92. En effet, ériger en obligation (pouvant mener à une irrégularité), la présence à une réunion avant le dépôt des offres suppose que cette réunion (et la présence à cette réunion) présente une utilité essentielle et soit en rapport avec le marché. Or, cela n'est pas le cas puisque cette réunion n'avait en réalité pour seul objectif que d'énoncer les questions posées au préalable et de lire oralement les réponses qui seraient transmises par écrit 3 jours plus tard. En effet :

- Les questions pouvant être posées lors de cette réunion devaient être adressées au Pouvoir adjudicateur 5 jours ouvrables avant la réunion (cahier spécial des charges, p. 17, [...]) :

Les éventuelles **questions devront être envoyées 5 jours ouvrables avant la séance d'information** à l'adresse suivante : Sipp.secretariat@provincedeliege.be

- Les réponses données oralement lors de la séance d'information devaient être communiquées par écrit dans un procès-verbal transmis par écrit au plus tard dans un délai de 3 jours ouvrables (cahier spécial des charges, p. 17, Pièce n° 14):

Un **procès-verbal de la séance d'information**, reprenant les questions et les réponses, sera dressé et envoyé par e-mail à chaque participant, dans **un délai de 3 jours ouvrables** après la séance d'information. |

- Toute information donnée lors de cette séance d'information et non autrement donnée par écrit aurait de toute façon été illégale en vertu de l'article 14 de la loi du 17 juin 2016 qui prévoit que :

“En ce qui concerne la communication orale avec les soumissionnaires, susceptible d'avoir une incidence importante sur le contenu et l'évaluation des offres, l'obligation de garder une trace suffisante telle que visée à l'alinéa 1^{er} se fait à l'aide de notes écrites ou d'enregistrements audio, d'un résumé des principaux éléments de la communication ou d'un autre moyen adéquat.

L'alinéa 1^{er} n'empêche nullement que des sessions d'informations soient organisées, durant lesquelles la communication d'informations relatives aux documents du marché a lieu oralement, à condition de garder une trace suffisante du contenu de cette communication orale conformément à l'alinéa 2 et qu'aucune information qui ne se trouve pas déjà dans les documents de marché ne soit communiquée. Cette documentation est diffusée auprès de tous les intéressés.”

93. Il ressort des développements qui précèdent que la séance d'information ne contenait donc, et ne pouvait contenir, aucune information “exclusive” ou pertinente permettant de modifier le comportement des soumissionnaires.

94. À cet égard, la mention dans le cahier spécial des charges du fait que la séance d'information était organisée "Afin de pouvoir apprécier l'ampleur du marché, la disposition des lieux et les difficultés éventuelles d'exécution" (cahier spécial des charges, p. 17,[...]) est erronée et constitutive au mieux d'une erreur en fait, ou d'une violation du principe de bonne foi. Il est en effet patent que le seul objectif de la session, comme indiqué dans le PV de séance, était de lire les questions et d'y répondre oralement, tout en consignait ces réponses en vue de les adresser à tous les intéressés.

95. Or, un Pouvoir adjudicateur n'est pas autorisé à ériger des conditions abstraites et non liées à la bonne exécution du marché pour déterminer l'exclusion ou l'irrégularité des offres. La marge de manœuvre du Pouvoir adjudicateur est la suivante :

o Articles 66 et 71 de la loi du 17 juin 2016: le Pouvoir adjudicateur peut imposer des critères de sélection, étant entendu que ces critères de sélection ne peuvent avoir trait qu'à certaines vérifications:

"Le ou les critères de sélection peuvent avoir trait :

1° à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle; et/ou

2° à la capacité économique et financière; et/ou

3° aux capacités techniques et professionnelles.

Le pouvoir adjudicateur ne peut imposer d'autres critères que ceux susvisés comme conditions de participation aux candidats et aux soumissionnaires."

Dans le cas présent, la présence à la session d'information ne peut pas être un critère de sélection puisque cette session a pour seul objectif de répondre à des questions oralement dans l'attente de la réponse écrite dans les 3 jours ouvrables suivants.

Le Pouvoir adjudicateur n'a d'ailleurs pas fait mention du certificat de présence ni de la session d'information dans la section "critères de sélection du cahier des charges".

À supposer que le Pouvoir adjudicateur souhaite à présent en faire un critère de sélection, ceci constituerait une violation des articles 66 et 71 de la loi du 17 juin 2016.

o Article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 : un Pouvoir adjudicateur est en droit de considérer qu'une irrégularité non substantielle présentant les mêmes caractéristiques qu'une irrégularité substantielle emporte la nullité d'une offre. Tel n'est toutefois pas en l'espèce, ce qui est confirmé par la Partie adverse.

o Motifs d'exclusion (article 61 et suivants de l'arrêté royal du 18 avril 2017) : le Pouvoir adjudicateur peut rejeter une offre en raison d'un motif d'exclusion. Il ne peut en être question ici puisque (i) les motifs d'exclusion sont limitativement énumérés par la loi et (ii) le pouvoir adjudicateur a reconnu dans l'Acte attaqué qu'il ne s'agissait pas d'un motif d'exclusion [...].

o Critères d'attribution (article 81 de la loi du 17 juin 2016) : le Pouvoir adjudicateur doit établir des critères d'attribution afin de permettre de dégager l'offre économiquement la plus avantageuse parmi les soumissionnaires. À cet égard, l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 prévoit que les critères d'attribution doivent être liés à l'objet du marché public et que "les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur". En pratique, l'obligation de participer à une séance d'information ne peut en aucun cas être qualifiée de critère d'attribution dans la mesure où (i) cela ne permet pas de coter l'offre économiquement la plus avantageuse, (ii) la séance n'est pas reprise dans le cahier spécial des charges comme étant un critère d'attribution (Cahier spécial des charges, p. 20 et suivantes, [...]).

96. Il y a donc lieu de constater en pratique que le cahier spécial des charges est entaché d'une irrégularité en ce qu'il prévoit une session d'information obligatoire dont la non-participation (par le biais de l'absence de détention du certificat de présence) est constitutive d'une irrégularité.

97. Il y a donc lieu de conclure que la troisième branche du premier moyen est sérieuse et doit mener à la suspension de l'Acte attaqué ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

La décision attaquée déclare nulle l'offre de la requérante et l'écarte pour le motif qu'elle est affectée de deux irrégularités substantielles au sens de l'article 76, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ainsi que d'une irrégularité non substantielle au sens du même article.

À propos de la première irrégularité, la motivation de l'acte attaqué énonce ce qui suit :

Attendu que, concernant le critère d'attribution n°4 relatif aux délais et à la disponibilité, le cahier des charges définit au point II.16 ledit critère d'attribution de la manière suivante :

Ce délai est subdivisé en 13 sous-critères.
Les délais doivent être exprimés en heures ou jours ouvrables, sans fourchette.
Pour chaque sous-critère, l'offre proposant le délai le plus court obtiendra le maximum de points et pour les autres la formule suivante sera appliquée :
 $P = P_n \times (Y/Z)$
Explications :
Y = délai le plus court proposé par les soumissionnaires
Z = délai proposé par le soumissionnaire faisant l'objet de l'évaluation
 P_n = score maximum obtenu par le délai le plus court = nombre de points du sous-critère concerné
P = score obtenu par le délai de l'offre considérée
Les points sont arrondis à la 2^e décimale.

Attendu que l'offre de l'ASBL COHEZIO indique dans son annexe C (pages 22 et 23) les délais suivants :

1. Information vers le pouvoir adjudicateur quand un travailleur est absent à la convocation : <1 heure ouvrable – dans l'heure
2. Transmission de son formulaire d'évaluation de santé au membre du personnel concerné : <1 heure ouvrable – dans l'heure
3. Transmission de son formulaire d'évaluation de santé à l'établissement scolaire ou au stagiaire : <1 heure ouvrable – dans l'heure
4. Transmission au pouvoir adjudicateur des formulaires d'évaluation de santé (24 heures ouvrables maximum) : <1 heure ouvrable – dans l'heure
5. Mise à jour et à disposition sur l'interface informatique des listes des travailleurs (en particulier vaccinations et date des visites auprès du médecin du travail) après les prestations : <1 heure ouvrable – dans l'heure
6. Rapport de visite des lieux de travail : <1 jour ouvrable – le jour de la visite via Safetify

Attendu qu'en l'espèce, les indications « <1 heure ouvrable » et « <1 jour ouvrable » correspondent à des fourchettes comprises, dans le premier cas entre 0,1sec et 59min59sec, et dans le deuxième cas entre 0,1sec et 23h59min59sec ;

Attendu que le cahier des charges interdit expressément (en caractères gras et soulignés) l'utilisation de fourchettes pour l'indication des délais ;

Attendu que l'offre de l'ASBL COHEZIO contrevient aux dispositions du cahier des charges et est dès lors irrégulière ;

Attendu que l'article 76, §1^{er} de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit que « *constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues* » ;

Attendu que le fait pour l'ASBL COHEZIO de prévoir des fourchettes de temps endéans lesquelles elle transmet les différents éléments faisant l'objet du critère d'attribution rend impossible la détermination exacte du délai d'information et/ou de transmission proposé par l'ASBL COHEZIO et partant l'évaluation de son offre et la comparaison de celle-ci avec les autres offres ;

Que, si l'offre de l'ASBL COHEZIO devait tout de même être cotée sur la base de ce critère d'attribution, prendre le « best case scenario » à savoir un délai de transmission de 0,1sec donnerait un avantage discriminatoire en faveur de l'offre de l'ASBL COHEZIO et, à l'inverse, prendre le « worst case scenario » à savoir le délai de transmission de 59min59sec ou 23h59min59sec donnerait un avantage discriminatoire aux autres soumissionnaires et donc en défaveur de l'offre de l'ASBL COHEZIO ;

Qu'en toute hypothèse, il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur d'émettre des suppositions sur l'intention du soumissionnaire pour choisir entre la limite haute ou basse de la fourchette, ni même d'en déterminer la durée médiane ;

Qu'eu égard à ce qui précède, l'irrégularité est substantielle au sens de l'article 76, §1^{er} de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ;

La première branche du moyen conteste la première irrégularité. La requérante soutient qu'elle a exprimé ses délais d'intervention conformément à ce qu'imposait le cahier spécial des charges. Elle allègue en particulier que ces délais ne sont pas exprimés en fourchette.

Le cahier spécial des charges énonce, au point II.16, que le critère d'attribution n° 4 relatif aux délais et à la disponibilité est subdivisé en 13 sous-critères et que les délais « doivent être exprimés en heures ou jours ouvrables, sans fourchette ».

Il est exact que, comme le soutient la requérante, un délai peut, par définition, être interprété comme une fourchette de temps : une prestation devant être effectuée en une heure ne l'est pas nécessairement à la 59^e seconde de la 59^e minute. Ceci revient à dire que les délais annoncés sont en réalité des délais maximum : ainsi, pour reprendre l'exemple du délai d'une heure, la prestation doit être effectuée au plus tard une heure après le point de départ du délai. La partie adverse confirme cette interprétation à la page 17 de sa note et en termes de plaidoiries. Il ne peut toutefois être considéré que l'obligation d'exprimer les délais en heures ou jours ouvrables « sans fourchette » soit dépourvue de portée ou d'utilité. Ainsi que l'expose la partie adverse dans sa note d'observations, la

prescription en cause tend à obtenir des soumissionnaires qu'ils s'engagent à respecter un délai suffisamment précis au-delà duquel ils seront en défaut d'exécution. L'obligation d'exprimer les délais en heures et jours ouvrables, sans fourchette, permet également de s'assurer que les réponses des soumissionnaires seront comparables.

Contrairement à ce que soutient la requérante, il ne paraît pas pouvoir être considéré qu'en utilisant, dans son offre, le sigle « < », elle respectait la prescription en cause du cahier spécial des charges. En effet, il peut d'abord être relevé qu'en recourant à ce signe plutôt qu'au sigle « ≤ », elle n'exprime pas des délais en heures ou en jours ouvrables puisque la durée indiquée est alors inférieure à une heure ou un jour. Par ailleurs, la requérante ne peut pas raisonnablement prétendre que l'utilisation du sigle n'aurait aucune influence sur sa réponse puisque, pour les sous-critères 9 à 12, elle propose un délai d'un jour ouvrable, sans utiliser le sigle « < », ce qui, en toute logique, devrait indiquer un délai différent. On n'aperçoit pas, en effet, la raison pour laquelle le même sigle ne serait pas utilisé si le délai était identique. La différence entre les réponses selon qu'elles recourent ou non au sigle concerné paraît confirmée par le fait que, pour les sous-critères à propos desquels le sigle « < » est utilisé, la requérante fait figurer la mention « dans l'heure » ou « le jour de la visite », ce qui n'est pas le cas, lorsque l'offre mentionne « 1 jour ouvrable ».

Il semble, au terme d'un premier examen en extrême urgence, que la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, considérer que plusieurs mentions de l'offre relatives au délai d'intervention contrevenaient à la prescription du cahier spécial des charges imposant que les délais soient exprimés en heures ou jours ouvrables sans fourchette, et qualifier cette irrégularité de substantielle, dès lors qu'ainsi que l'indique la motivation de l'acte attaqué, ladite irrégularité rend impossible la détermination exacte du délai d'information ou de transmission proposé par la requérante et, partant, l'évaluation de l'offre concernée ainsi que la comparaison de celle-ci avec les autres offres.

La critique du cahier spécial des charges formulée aux points 44 et 45 de la requête s'avère difficilement compréhensible. En particulier, elle ne fait pas apparaître suffisamment clairement en quoi le cahier des charges violerait l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et le principe de proportionnalité. Elle doit, au stade actuel de la procédure, être déclarée irrecevable. Pour le surplus, il semble que cette critique repose sur la prémisse erronée que le sigle « inférieur à » n'a aucune influence sur la réponse de Cohezio, ce qui ne paraît pas exact.

La première branche n'est pas sérieuse.

Dès lors qu'il résulte de l'examen *prima facie* de la première branche que la partie adverse a pu considérer, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation ni violer les dispositions invoquées, que l'offre de la requérante était affectée d'une irrégularité substantielle, ladite offre devait être déclarée nulle en application de l'article 76, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Il s'ensuit qu'à supposer que la décision était illégale en ce qu'elle retient une ou deux autres irrégularités, cette circonstance aurait été sans effet sur le sens de la décision attaquée, de sorte que les illégalités dénoncées dans la deuxième et la troisième branches n'ont pu nuire à la requérante. Cette dernière ne semble donc pas avoir intérêt à ces deux branches.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des « principes d'égalité de traitement des soumissionnaires, de non-discrimination, de transparence, et d'absence d'erreur manifeste », ainsi que de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics,

en ce que « la Partie adverse a, par notification du 11 octobre 2022, retiré sa décision du 2 septembre 2022 »,

alors que « le Pouvoir adjudicateur n'a pas tiré les conséquences de sa décision de retrait en ce qu'elle n'a pas mis Cohezio dans une position comparable aux autres soumissionnaires et n'a pas transmis le procès-verbal de séance d'information, dont le contenu reste toujours inconnu de Cohezio ».

La requérante développe le moyen de la manière suivante :

« 98. Le 2 septembre 2022, la Province de Liège a notifié Cohezio par e-mail et par courrier recommandé que Cohezio était exclue de la procédure ouverte organisée par la Partie adverse dans la mesure où elle n'aurait pas participé à la séance d'information [...].

99. Le 8 septembre 2022, Cohezio a alors introduit une requête en annulation avec demande de suspension et de mesures provisoires selon la procédure d'extrême urgence à l'encontre de la décision du 2 septembre 2022 [...].

100. Le 28 septembre 2022, le Conseil d'État a rendu son arrêt n° 254.616 dans lequel il a déclaré la suspension de la décision de la Partie adverse par laquelle cette dernière décide de déclarer toute offre déposée par la Requirante irrégulière [...].

101. Le 11 octobre 2022, la Province de Liège a notifié par courrier recommandé à Cohezio la décision de retrait de la décision visée dans l'arrêt rendu le 28 septembre 2022 par le Conseil d'État. Elle indique dans ce même courrier, que l'analyse des offres déposées dans le cadre du marché relatif à la désignation d'un SEPPT est en cours d'instruction [...].

102. Toutefois, le Pouvoir adjudicateur n'a pas tiré les conséquences de l'arrêt du Conseil d'État, ni de la décision de retrait qu'elle a prise. En effet, le Pouvoir adjudicateur n'a pas transmis à COHEZIO le procès-verbal de séance, signifiant que Cohezio n'a pas été mise dans une position comparable à celle des autres soumissionnaires.

103. Cohezio n'a pas la possibilité de savoir si les informations contenues dans ce procès-verbal de séance étaient de nature à modifier son offre, ou même de répondre à certains éléments qui auraient pu être en lien avec les première et deuxième branche du premier moyen, à savoir les prétendues fourchettes (première branche du premier moyen) et la description de la plateforme (deuxième branche du premier moyen).

Le Pouvoir adjudicateur a donc traité de manière différente et discriminatoire Cohezio par rapport aux autres soumissionnaires alors même que le premier acte attaqué avait été retiré et que rien ne permettait donc de justifier que Cohezio ne se voit pas attribuer le PV de séance d'informations. Le Pouvoir adjudicateur n'a pas adopté de nouvel acte permettant de justifier et de motiver cette décision, d'où il suit que la discrimination n'est pas légitimement justifiée.

104. Il s'ensuit que le deuxième moyen est sérieux et doit mener à la suspension de l'Acte attaqué. »

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La requérante reproche à la partie adverse de ne pas lui avoir communiqué le procès-verbal de la séance d'information du 26 août 2022. Elle en déduit que la province n'a pas tiré les conséquences de l'arrêt du Conseil n° 254.616 qui a suspendu la décision du 2 septembre, qu'elle n'a pas tiré les conséquences du retrait de cette décision et qu'elle a violé le principe d'égalité et de non-discrimination et ses corollaires.

Dans sa note d'observations, la partie adverse écrit que la requérante n'a pas intérêt à son moyen dès lors qu'aucune réponse contenue dans le procès-verbal litigieux ne concernait les délais de transmission des rapports et formulaires d'évaluation (critère d'attribution n° 4) ou l'interface (critère d'attribution n° 2), soit les deux critères ayant donné lieu aux irrégularités substantielles entachant l'offre de la requérante, de sorte que si la requérante avait obtenu une copie de ce procès-verbal, son offre aurait été exactement la même et aurait présenté les mêmes irrégularités substantielles.

La lecture de ce document du dossier administratif confidentiel confirme l'analyse de la partie adverse. Quand bien même la partie requérante aurait eu accès

à ce document, il ne semble pas, *prima facie*, que cette circonstance eût pu avoir quelque incidence sur les mentions relatives aux délais de son offre, de sorte que celle-ci aurait, en toute hypothèse, été entachée d'au moins une irrégularité substantielle et aurait été déclarée nulle. À supposer que l'illégalité dénoncée par le deuxième moyen soit établie, elle n'aurait pu nuire à la requérante.

Le deuxième moyen paraît donc irrecevable.

VI. Moyen nouveau

VI.1. Thèse de la requérante

À l'audience, après avoir consulté des pièces transmises par la partie adverse à la demande de l'auditeur rapporteur, et dont cette dernière a renoncé à la confidentialité antérieurement sollicitée, la requérante soulève un moyen nouveau.

Elle constate d'abord que le procès-verbal de la réunion du 25 novembre 2022 ne contient aucun élément (ni ordre du jour, ni procès-verbal) en lien avec la présente affaire ni avec l'adoption de l'acte notifié le 25 novembre 2022.

Elle relève également que si le procès-verbal du 2 décembre 2022 comporte quatre pages relatives au marché litigieux, il n'y est pas indiqué que cette affaire a fait l'objet de discussions le 25 novembre 2022 et qu'il est seulement mentionné que le collège « prend connaissance du rapport émis par le service Marchés publics de la DGT [...] ».

Sur la base de ces constats, la requérante soulève un moyen pris :

- 1° de la violation du principe de publicité, de légalité et de l'article L 2212-46 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation en ce que l'acte attaqué ne repose pas sur un *instrumentum* et une décision valablement votée et adoptée le jour de sa notification et de son adoption, à savoir le 25 novembre 2022;
- 2° de la violation du principe de bonne administration en ce que l'acte attaqué est notifié et adopté avant que l'*instrumentum* sur lequel il repose ne soit adopté et voté.
- 3° de la violation de la loi du 29 juillet 1991 en ce que l'acte attaqué repose sur une motivation adoptée et votée lors du collège du 2 décembre 2022, soit postérieurement à l'adoption et à la notification de l'acte attaqué à la partie requérante.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

La partie adverse ne conteste pas la recevabilité du moyen en ce qu'il est soulevé à l'audience. Il n'apparaît pas que ce moyen aurait pu être formulé dans la requête. Il peut également être considéré qu'il a pu être débattu de tous ses aspects à l'audience. Ce moyen est donc recevable.

Fondamentalement, la requérante fait valoir qu'il n'est pas établi que l'acte attaqué aurait été adopté le 25 novembre 2022, soit avant sa notification. Le moyen dénonce plusieurs illégalités qui en découleraient.

Il existe en l'espèce un faisceau d'indices permettant apparemment de considérer que l'acte attaqué a bien été adopté le 25 novembre 2022 :

1° le processus d'élaboration de l'acte attaqué est conforme au règlement d'ordre intérieur du collège de la province, règlement d'ordre intérieur dont la légalité n'est pas remise en cause par la partie requérante;

2° la décision attaquée, produite à la pièce n° 13 du dossier administratif, a été signée par le directeur général provincial pour expédition le 25 novembre 2022, et notifiée le même jour à la partie requérante;

3° les conclusions de la décision du 25 novembre 2022 figurent dans le procès-verbal du 2 décembre 2022 comme ayant été prises le 25 novembre 2022; ce procès-verbal du 2 décembre 2022 a seulement pour objet d'approuver une décision déjà prise, et déjà exécutoire, celle du 25 novembre 2022.

Les éléments précités forment un tout et le fait qu'ils ressortent de documents distincts ne permet pas conclure, à l'issue d'un débat en extrême urgence et eu égard à la présomption de légalité attachée aux actes administratifs, que la décision attaquée n'aurait pas été adoptée le 25 novembre 2022, avant sa notification.

Il en résulte que, *prima facie*, l'acte attaqué n'a pas violé les dispositions visées au moyen.

VII. Confidentialité

La requérante demande que son offre, qu'elle annexe à sa requête, demeure confidentielle. Il s'agit de la pièce A annexée à la requête.

La partie adverse a déposé à titre confidentiel les offres de la requérante, de Mensura et de CESI, le procès-verbal de la réunion du 26 août 2022, des

échanges de courriels entre la requérante, Mensura et la partie adverse, deux courriers de la partie adverse du 17 octobre 2022, respectivement à CESI et à Mensura, un courrier du 28 octobre 2022 de CESI à la partie adverse, ainsi qu'un courrier du 24 octobre 2022 de Mensura à la partie adverse. Il s'agit des pièces 1 à 4, 5 à 5.2, et 6 à 9 du dossier administratif confidentiel.

Le 10 janvier 2023, la partie adverse a déposé à titre confidentiel les procès-verbaux des séances du collège provincial des 25 novembre 2022 et 2 décembre 2022, formant les pièces 10 et 11 du dossier administratif confidentiel. À l'audience du 11 janvier 2023, elle a toutefois renoncé partiellement à cette confidentialité, en soumettant à la contradiction certaines pages des pièces 10 et 11.

Les demandes n'étant plus contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 1 à 4, 5 à 5.2, 6 à 9, 10 (sauf les pages 4907 et 4932), 11 (sauf les pages 4965 à 4968 ainsi que le haut de la page 4969, 4979 et 5006) du dossier administratif confidentiel et A annexée à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et la contribution de 24 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 15 février 2023, par :

Imre Kovalovszky,
Nathalie Roba,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky