CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 221.338 du 12 novembre 2012

G./A.206.802/VI-19.751

En cause : **la société anonyme S.C.A. HYGIENE PRODUCTS,**

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT et
Michèle BELMESSIERI, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles,

contre :

l'association intercommunale sous forme de société coopérative à responsabilité limitée VIVALIA,

ayant élu domicile chez
Mes Olivier LOUPPE et
Jean LAURENT, avocats,
rue Defacqz, n° 78,
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société privée à responsabilité limitée ONTEX,

ayant élu domicile chez
Me Jan VAN DER SNICKT, avocat,
Leopoldlaan, n° 32 A, bte 1-2,
9300 Aalst.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e^ CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 26 octobre 2012, la société anonyme S.C.A. HYGIENE PRODUCTS sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision de l'association intercommunale Vivalia du 19 juin 2012, rejetant l'offre de la requérante et attribuant le marché public relatif à la fourniture de consommables d'incontinence pour adultes pour les différentes entités de Vivalia à la SPRL Ontex".

La requérante sollicite également "la suspension du marché éventuellement conclu".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société privée à responsabilité limitée ONTEX a, par une requête introduite le 6 novembre 2012, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 30 octobre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 7 novembre 2012 à 14 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Mes Bruno LOMBAERT et Michèle BELMESSIERI, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Jean LAURENT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Jan VAN DER SNICKT et Kristof SALLET, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

Les 24 et 26 mai 2011, la partie adverse a publié un avis relatif à la passation, par appel d'offres général, d'un marché public, comprenant deux lots, concernant la fourniture de consommables d'incontinence pour adultes pour les différentes entités de VIVALIA respectivement au Bulletin des adjudications et au supplément au Journal officiel de l'Union européenne.

Cinq offres ont été déposées.

Le 19 juin 2012, la partie adverse a décidé d'attribuer le marché public litigieux à la société ONTEX. Il s'agit de l'acte attaqué qui a été notifié à la requérante le 11 septembre 2012.

Les parties adverse et intervenante ont indiqué à l'audience que, contrairement à ce que la requérante soupçonnait, le contrat n'avait pas encore été conclu.

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 6 novembre 2012, la société privée à responsabilité limitée ONTEX demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire de l'acte attaqué, la société ONTEX dispose de l'intérêt requis pour intervenir dans la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN SUSPENSION

V. 1. Arguments de la partie intervenante

La partie intervenante soutient que :

" II. 1. Capacité d'agir

Conformément au Règlement de Procédure, la partie requérante a l'obligation de communiquer, en annexe de son recours, ses statuts, les actes démontrant la légalité de la composition de son organe décisionnel et une décision d'agir prise par ledit organe.

Comme l'a rappelé le Conseil d'Etat, aux termes de l'article 522 du Code des Sociétés, seul le Conseil d'Administration d'une société anonyme peut décider d'introduire un recours auprès du Conseil d'Etat sauf clause expresse reprise dans les statuts.

A supposer que l'une de ces pièces ne soit pas soumise au Conseil d'Etat par SCA, il y a lieu de constater l'irrecevabilité de la requête pour défaut de capacité d'agir.

[…]

1. La partie requérante soutient que le délai d'introduction du recours en suspension d'extrême urgence visé à l'art. 65/15 de la Loi du 24 décembre 1993, n'a pas encore pris cours, pour les raisons suivantes :

i. l'autorité adjudicatrice, dans sa lettre recommandée du 11 septembre 2012 par laquelle elle a notifié sa décision d'attribution aux soumissionnaires évincés, n'a pas repris l'indication des voies de recours contre la décision administrative notifiée ainsi que les délais de recours.

ii. cette notification a uniquement été faite par courrier recommandé, sans double communication par télécopieur ou par courrier électronique.

L'article 65/23 de la Loi du 24 décembre 1993 stipule que les recours sont, à peine d'irrecevabilité, introduits dans le délai de 15 jours à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.

En l'occurrence, la décision d'attribution a été notifiée à SCA par lettre recommandée du 11 septembre 2012.

SCA ne conteste pas avoir pris connaissance de ladite lettre recommandée.

SCA a déposé sa requête en suspension d'extrême urgence seulement le 26 octobre 2012, à savoir 45 jours après avoir pris connaissance de la décision d'attribution.

2. Du fait que la décision d'attribution n'a été communiquée que par voie recommandée sans double par télécopieur, courriel ou par une autre voie électronique, SCA conclut que le délai de recours n'a pas pris cours.

Cette thèse ne peut être acceptée.

Admettre une telle thèse aurait comme corolaire que, dans un pareil cas, il n'y aurait aucune limite dans le temps pour l'introduction d'une requête en suspension.

Une telle insécurité juridique aurait des conséquences inacceptables. L'envoi par lettre recommandée a été prévu à des fins de preuve juridique. Afin de veiller à ce que les demandeurs potentiels soient informés le plus rapidement possible, un envoi par télécopieur, par courrier électronique ou par un autre moyen électronique a été prévu. Les envois doivent en principe être effectués le même jour. Toutefois, la notification par lettre recommandée a été introduite, afin de donner une preuve juridique convaincante à l'autorité adjudicatrice de la date d'envoi de la notification.

Le délai de 15 jours n'est pas un délai minimal, mais un délai fixe duquel on ne peut dévier. Dans le cas où une autorité adjudicatrice accorderait un délai supérieur, le délai d'attente serait violé. Dans un pareil cas, seul un recours introduit dans les 15 jours, peut être recevable.

Il y a lieu d'en conclure que le délai de 15 jours est de rigueur.

Cette réglementation a été instaurée afin d'augmenter la sécurité juridique concernant les recours en suspension.

«cette disposition est prise afin de protéger les intérêts du destinataire, éventuel auteur du recours, sans léser exagérément les intérêts de l'autorité adjudicatrice.» […]

SCA estime que la seule absence de mentionner le délai et le fait d'envoyer la notification uniquement par lettre recommandée, lui octroie la possibilité d'introduire un recours en suspension à tout moment, notamment 45 jours après avoir pris connaissance de la décision d'adjudication.

Une telle hypothèse est totalement contraire aux objectifs du législateur.

Le délai de recours est connu et la notification est assurée par la lettre recommandée du 11 septembre 2012.

Il s'ensuit que l'objectif du législateur est atteint.

L'absence de communication explicite d'un délai généralement connu, ainsi que l'absence de double communication, n'autorise pas SCA à pouvoir attendre pas moins de 45 jours avant d'introduire un recours en suspension d'extrême urgence.

Une telle conséquence impliquerait une insécurité juridique inadmissible et ne correspond pas aux objectifs du législateur.

3. La requête en suspension d'extrême urgence doit être introduite au plus vite.

Il s'agit d'une procédure d'exception qui a des conséquences importantes quant à la procédure et quant aux conditions dans lesquelles les parties devront développer leurs arguments et défense.

Il s'ensuit que dans tous les cas SCA devra démontrer l'extrême urgence.

Le fait d'avoir attendu pendant pas moins de 45 jours avant d'introduire un recours, apporte déjà à suffisance la preuve qu'il n'y avait pas d'extrême urgence dans son chef.

La partie requérante n'apporte pas la preuve du fait qu'une procédure ordinaire en suspension serait indubitablement trop lente et que le dommage qu'elle subirait de la sorte aurait déjà eu lieu.

Lors de l'appréciation de l'extrême urgence, il y a lieu de tenir compte du comportement de la partie requérante.

En attendant 45 jours avant d'introduire un recours, il est démontré qu'il n'y a plus lieu d'urgence, condition sine qua non pour une «extrême urgence». La partie requérante a volontairement attendu pendant ce délai, ce qui a comme conséquence que l'écoulement du délai lui est seule imputable.

Le requérant doit démontrer qu'il n'a pas attendu déraisonnablement longtemps avant d'introduire son recours et dès lors qu'il n'a pas fait naître une disproportion entre d'une part le délai qu'il a eu pour formuler sa demande et d'autre part le délai imparti à la partie défenderesse et à une partie intervenante pour établir leur argumentation, ainsi qu'au délai octroyé au Conseil d'Etat pour rendre son arrêt.

En attendant, pendant ce délai, SCA s'est octroyé 45 jours pour formuler sa demande et préparer son dossier, alors que la partie défenderesse et la partie intervenante ne disposent que de 8 jours, dont quelques jours fériés et un week-end, pour préparer leurs arguments.

La partie requérante ne justifie pas cette disproportion.

Le recours n'est pas seulement tardif, SCA ne démontre pas l'extrême urgence et dès lors son recours est irrecevable.".

V. 2. <u>Décision du Conseil d'Etat</u>

A. Régularité de l'introduction du recours

La requérante a communiqué la décision d'agir prise par l'organe compétent ainsi qu'une copie de ses statuts et des actes de désignation des administrateurs ayant pris la décision de former le présent recours. Son recours est donc formé régulièrement.

B. Délai d'introduction du recours

L'article 65/23 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services est libellé comme suit :

" § 1er. Les recours sont, à peine d'irrecevabilité, introduits dans les délais visés aux §§ 2 à 4, 5, alinéa 1er, et 6, à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.
[…]
§ 3. La demande en suspension visée à l'article 65/15 est introduite dans un délai de quinze jours. En cas d'application de l'article 65/18, le délai est de dix jours.
[…].".

En vertu de l'article 65/8, paragraphe premier, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, spécialement en ses 1er et 3e alinéas, la communication de la décision motivée d'attribution du marché doit être effectuée par télécopieur, par courrier électronique ou par tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée.

L'article 65/11 de la même loi est libellé comme suit, en son premier alinéa :

" La conclusion du marché qui suit la décision d'attribution ne peut en aucun cas avoir lieu avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision motivée est envoyée aux candidats concernés et aux soumissionnaires concernés conformément à l'article 65/8, § 1er, alinéa 3. A défaut de simultanéité entre ces envois, le délai prend cours, pour le candidat concerné ou le soumissionnaire concerné, le lendemain du jour du dernier envoi."

La méconnaissance de la formalité de double communication imposée par cette dernière disposition a également pour conséquence que le délai d'introduction du recours, visé à l'article 65/23, § 3, ne pourrait avoir pris cours.

La communication de l'acte attaqué a été effectuée par une lettre recommandée le 11 septembre 2012, mais non par télécopieur, par courrier électronique ou par tout autre moyen électronique. Dans ces circonstances, le délai de quinze jours dans lequel une demande de suspension de l'exécution d'une décision d'attribution de marché peut être introduite devant l'instance de recours n'a pas débuté, de telle sorte que l'introduction de la présente demande ne peut être considérée comme tardive.

Enfin, la loi du 24 décembre 1993 n'impose pas à la requérante une obligation d'agir avec diligence autre que celle de former le recours en suspension

d'extrême urgence dans le délai de quinze jours précité. En l'espèce, la requérante a bien formé le présent recours dans ce délai.

Le retard, dénoncé par la partie adverse, apparaît en revanche dû au fait qu'elle n'a pas procédé à la double communication qui lui était imposée et n'a donc pas pris toutes les mesures requises pour que le délai d'attente puisse s'écouler.

L'exception ne peut dès lors être accueillie.

VI. SECOND MOYEN

VI. 1. Arguments des parties

La requérante soulève un second moyen pris de "la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et des principes généraux d'égalité et de concurrence dans les marchés publics, des articles 1er, 16, 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 «sur la motivation formelle des actes administratifs», des principes de bonne administration, du principe général selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit, du vice et de la contradiction des motifs, et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Dans une première et une deuxième branches, elle soutient que :

" Première branche

En ce que les annexes de la décision attaquée, qui vise un «avis technique au niveau des MRS» et des «tests effectués dans les services» en renvoyant à un «document en annexe», ne comprennent pourtant aucune motivation relative à l'examen du critère d'attribution relatif aux aspects techniques du marché, pour le lot 2 concernant les maisons de repos;

Alors qu'une décision d'attribution d'un marché public doit comprendre, en vertu des dispositions visées au moyen, une motivation formelle complète et adéquate, qui permet de comprendre les points attribués aux offres au regard de chacun des critères d'attribution.

Développement de la branche

27. En ce qui concerne le lot 2 relatif à la fourniture de produits d'incontinence pour les maisons de repos, le rapport d'attribution (page 4) se contente d'indiquer ce qui suit :

«a : aspect technique :
Voir rapport de Monsieur Binet en annexe
L'offre retenue techniquement est la proposition de la firme SCA.
Le personnel infirmier accepte également la proposition de la firme ONTEX.
Les différentes cotations générales sont les suivantes :

Ces cotations ont été calculées suites aux tests effectués en tenant compte de la cotation générale.

	Cotation/100 pts
Ontext	86,00
Lille	60,00
Hartman	64,00
SCA	91,00
WM	66,00

»

En page 9 du même document, il est indiqué ce qu'il suit :

«Avis technique au niveau des MRS

La cotation générale s'est basée sur les tests effectués dans les services :

Voir documents en annexe :

La cotation finale est la suivante :

	Cotation/100 pts
Ontext	86,00
Lille	60,00
Hartman	64,00
SCA	91,00
WM	66,00

Olivier Binet».

Or, contrairement à ce qui est annoncé dans les passages précités, aucun document relatif aux tests effectués dans les services des maisons de repos n'a été joint à la décision d'attribution du marché. Il n'existe, au surplus, aucun autre passage dans le rapport d'attribution du marché qui pourrait éclairer les soumissionnaires sur les cotations de l'aspect technique de leurs offres pour le lot 2.

A l'évidence, la décision attaquée est, dès lors, dépourvue de la moindre motivation formelle en ce qui concerne le critère d'attribution de l'aspect technique des offres pour le lot 2.

Le rapport d'attribution du marché litigieux ne permet donc pas aux soumissionnaires évincés de comprendre comment leur offre a été appréciée par le pouvoir adjudicateur.

Il en résulte que l'appréciation fait par la partie adverse de l'aspect technique des offres pour le lot 2 est parfaitement obscure, ce qui est d'autant plus grave qu'il s'agit du critère d'attribution ayant reçu la pondération la plus élevée, soit 45 %.

28. Si besoin il en est, il est précisé que la partie adverse ne pourrait invoquer utilement une prétendue motivation formelle «par référence». En effet, selon la jurisprudence constante, une motivation par référence suppose que le document auquel l'autorité renvoie a été porté préalablement à la connaissance du destinataire de la décision ou, à tout le moins concomitamment avec la communication de la décision qui opère le renvoi. Or, cela n'a manifestement pas été le cas en l'espèce.

29. Enfin, la circonstance que la requérante s'est vue attribuer la meilleure cote pour le critère «aspect technique» du lot 2 ne lui enlève pas son intérêt au moyen.

En effet, la requérante doit pouvoir vérifier, d'une part, la manière dont le pouvoir adjudicateur a évalué les offres de ses concurrents par rapport à la sienne et, d'autre

part, pourquoi la requérante s'est vu attribuer la cote la plus importante pour l'aspect technique du lot 2 (91 %) alors qu'elle s'est vu attribuer une cote nettement inférieure (71 %) pour le lot 1 alors qu'elle a fourni des produits identiques pour les deux lots.

30. La première branche est sérieuse.

Deuxième branche

En ce que la décision d'attribution attaquée fait apparaître que, dans l'évaluation des offres, la partie adverse n'a pas appliqué de manière systématique et complète les trois éléments de décomposition du critère d'attribution relatif à l'aspect technique, tel qu'il est défini par le cahier spécial des charges;

Alors que, selon la jurisprudence constante, le pouvoir adjudicateur doit appliquer, dans l'évaluation et la comparaison des offres, de manière complète et fidèle les critères d'attribution, avec leurs sous-critères ou leurs éléments de décomposition, tels que définis par les documents du marché;

Développement de la branche

31. Il résulte du cahier spécial des charges que le critère d'attribution «aspect technique», avec une pondération de 45 %, a été décomposé en trois éléments d'appréciation, à savoir :

- avis des utilisateurs;
- la qualité d'absorption; et
- la mise en place d'un plan «incontinence» (pièce 4, p. 7).

32. A la lecture de la décision d'attribution, ainsi que du rapport rédigé par Mesdames Thomez et Legros et de Monsieur Mulleneers, infirmiers en chef, auquel la décision attaquée se réfère pour le lot 1 (entités hospitalières), il apparaît toutefois que les offres ont été évaluées et comparées uniquement sur la base des avis des utilisateurs. En revanche, aucune évaluation systématique n'a eu lieu, selon la motivation de l'acte attaqué, au regard des éléments d'appréciation relatifs à la qualité d'absorption et de la mise en place d'un plan d'incontinence.

La circonstance que les avis des utilisateurs comportent certains jugements sur la qualité d'absorption des produits ne dispensait pas la partie adverse d'exercer une appréciation propre et objective sur cet aspect du critère d'attribution. Or, une telle appréciation n'apparaît pas dans la décision attaquée.

Et s'agissant du plan d'incontinence, le rapport rédigé par Mesdames Thomez et Legros et Monsieur Mulleneers ne comporte aucune considération. On y trouve bien un tableau reprenant les propositions de chaque offre, sous lequel figure en conclusion que : «le plan d'action est fort similaire dans toutes les firmes». Ce tableau, figurant sous un titre «formation», semble concerner plutôt (ou aussi ?) le critère d'attribution c) «suivi du marché, formation, délai de livraison» (voyez à ce sujet la cinquième branche du moyen). A supposer que le plan d'action visé dans ce tableau corresponde partiellement au plan d'incontinence, le rapport d'attribution en cause ne peut contenir, à l'évidence, une motivation adéquate qui attesterait d'un examen et d'une comparaison effective des offres au regard de cet aspect du critère technique. Cet élément du critère n'a pas été appliqué réellement et les offres n'ont pas été effectivement comparées à son égard.

33. Concernant le lot 2, la motivation de l'acte attaqué ne permet même pas de vérifier qu'une analyse des offres a été faite au regard du seul élément «avis des utilisateurs» (cf. la première branche du deuxième moyen). En effet, aucun passage desdits documents n'indique comment la partie adverse aurait évalué les offres sur cet aspect et, a fortiori, sur les autres éléments du critère.

En l'absence de la moindre indication dans la décision d'attribution et ses annexes quant à l'appréciation faite par la partie adverse sur ces éléments de décomposition du critère, la requérante se trouve dans l'incertitude totale quant à la manière dont son offre ainsi que celles de ses concurrents auraient été évaluées sur ces aspects. Elle ne peut que postuler qu'une telle évaluation n'a pas été faite de manière réelle et effective par la partie adverse et en déduire que le critère d'attribution en cause n'a pas été appliqué de manière complète et systématique.

La deuxième branche du deuxième moyen est sérieuse."

La partie adverse répond, au sujet des première et deuxième branches, que :

" 1. Première branche

1. La critique manque en fait dès lors que l'analyse opérée par Mesdames Thomez, Legros et Monsieur Mulleneers est jointe en annexe de la délibération attaquée.

Elle a été jointe à la notification.

L'obligation de motivation formelle est donc bien respectée. La motivation par référence à un rapport joint à la notification de l'acte attaqué et auquel il est spécialement renvoyé est en effet admise.

2. Cette analyse de plus de 10 pages, produits par produits était connue de la partie requérante dès lors que celle-ci en critique le contenu dans le premier moyen de sa requête.

En, effet, c'est dans ce rapport que les agents susmentionnés ont décidé de ne pas analyser les slips-filet élastiques.

La jurisprudence du Conseil d'Etat enseigne qu'un tableau de cotation avec une appréciation en regard de la note obtenue suffit. Cette exigence est plus que rencontrée dans le cas d'espèce.

2. Deuxième branche

La partie requérante tente de soutenir que le premier critère d'attribution « aspect technique» était décomposé en sous critères :

- Avis d'utilisateurs,
- Qualité d'absorption,
- Plan d'incontinence.

Elle tente une nouvelle fois de se substituer à l'analyse de la partie adverse alors que le critère est ainsi rédigé :

> «aspect technique (avis des utilisateurs, qualité d'absorption, mise en place d'un plan d'incontinence, ...)»

Il ne s'agit pas de sous-critères mais bien d'une explicitation non exhaustive («...») de la notion.

Force est de constater que les analyses sont conformes au critère dès lors que les qualités d'absorption sont examinés pour :

- Le change complet;

- Le change complet avec ceinture;
- Les protections anatomiques;

Le critère a bien été respecté, c'est bien l'aspect technique, par une utilisation de terrain qui a été évalué.

Le moyen manque en fait et en droit.".

La partie intervenante fait valoir, à propos des première et deuxième branches, que :

" V.1. Première branche

ONTEX renvoie à ce sujet à la Note d'observations de la partie intervenante VIVALIA, qu'elle reprend intégralement.

Concernant le Lot 2, SCA remet en question les évaluations techniques exécutées par Monsieur Binet de MR-MRS Val des Seniors, […].

Les différentes cotations générales sont les suivantes :

- Ontex : 86/100
- Lille : 60/100
- Hartmann : 64/100
- SCA : 91/100
- WM : 66/100

Ces cotations ont été calculées et basées suite aux tests effectués dans les services de MR-MRS et en tenant compte de la cotation générale.

Monsieur Binet est arrivé à la conclusion que l'offre retenue techniquement serait l'offre de SCA, alors qu'il accepte également l'offre d'Ontex.

Vu le résultat de l'évaluation technique, SCA ne peut démontrer aucun intérêt pour remettre en question cette évaluation technique.

Les produits de SCA ont obtenu le score technique maximale (91 %) et monsieur Binet a répondu favorablement à la question si le MR-MRS Val des Seniors souhaite utiliser les produits testés dans les quatre ans à venir.

Tenu compte de ce qui précède «le rapport d'adjudication – aspect technique» est suffisamment motivé et SCA ne dispose pas d'un intérêt à la critique.

La jurisprudence du Conseil d'état enseigne qu'un tableau de cotation avec une appréciation en regard de la note obtenue est suffisant (CE, SA Socatra, n°117.877 du 2 avril 2003).

Le rapport technique reprenant tous les produits testés pour le Lot 2, de tous les soumissionnaires a été joint au dossier administratif et peut dès lors être consulté par chaque partie ayant un intérêt.

Conclusion :

La première branche n'est pas sérieuse

V.2. Deuxième branche

ONTEX renvoie à ce sujet à la Note d'observations de la partie intervenante VIVALIA, qu'elle reprend intégralement.

En outre, dans son arrêt n° 183.809 du 5 juin 2008, rendu dans une procédure en suspension d'extrême urgence, le Conseil d'Etat a stipulé que l'autorité adjudicatrice ne peut utiliser des sous-critères qui n'ont pas été repris dans le cahier des charges ou dans l'annonce du marché.

Conclusion :
La deuxième branche n'est pas sérieuse.".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Première branche

Dans la première branche, la requérante conteste la légalité de la décision entreprise en ce qui concerne l'application du critère d'attribution "aspect technique "relatif au lot 2.

A ce sujet, il est indiqué dans l'acte attaqué que :

" a : aspect technique :
Voir rapport de Monsieur Binet en annexe
L'offre retenue techniquement est la proposition de la firme SCA.
Le personnel infirmier accepte également la proposition de la firme ONTEX.
Les différentes cotations générales sont les suivantes :
Ces cotations ont été calculées suites aux tests effectués en tenant compte de la cotation générale.

	Cotation/100 pts
Ontext	86,00
Lille	60,00
Hartman	64,00
SCA	91,00
WM	66,00

[…]

Avis technique au niveau des MRS

La cotation générale s'est basée sur les tests effectués dans les services :

Voir documents en annexe :

La cotation finale est la suivante :

	Cotation/100 pts
Ontext	86,00
Lille	60,00
Hartman	64,00
SCA	91,00
WM	66,00

Olivier Binet".

Ni cette motivation de la décision entreprise, ni le rapport de Olivier BINET, versé dans le dossier administratif et auquel l'acte attaqué fait référence, ne permettent de comprendre l'évaluation que la partie adverse a faite des fournitures proposées par les différents soumissionnaires pour le lot 2, ni en conséquence les notations qu'elle a effectuées.

La seule mention de ces notes, sans qu'elle soit accompagnée d'une explication suffisante, ne constitue pas la motivation prescrite par la loi.

La requérante dispose de l'intérêt requis pour soulever cette branche du moyen. En effet, le rétablissement de la légalité imposerait à la partie adverse d'expliquer valablement sa décision d'attribution du marché public et procurerait à la requérante l'avantage de la comprendre. Par ailleurs, même si une meilleure note a été accordée à la requérante qu'à l'intervenante pour ce critère, il ne peut être exclu que la requérante aurait pu bénéficier d'une note encore plus élevée et/ou que la note de l'intervenante aurait dû être inférieure à celle qui lui fut conférée.

La première branche du second moyen est recevable et sérieuse.

B. Deuxième branche

L'article 5 du cahier spécial des charges annonçait comme premier critère d'attribution :

" Aspect technique (avis des utilisateurs, qualité d'absorption, mise en place d'un plan d'«incontinence», ...)".

Dès lors que la partie adverse avait décidé d'apprécier l'aspect technique des offres au regard de ces différents éléments (avis des utilisateurs, qualité d'absorption, mise en place d'un plan d'"incontinence", ...) et que les soumissionnaires avaient préparé leurs offres en sachant qu'elles seraient notamment évaluées sur cette base, il appartenait à la partie adverse de procéder effectivement à cette évaluation. Elle devait également expliquer, dans la motivation de la décision entreprise, l'appréciation qu'elle avait portée ainsi que ses conclusions.

Or, contrairement à ce qu'indiquent les parties adverse et intervenante, ni l'acte attaqué, ni les rapports auxquels il se réfère, ne font apparaître que la partie adverse aurait apprécié les offres au regard de tous ces éléments précités.

Enfin, contrairement à ce que soutient l'intervenante, ces différents éléments (avis des utilisateurs, qualité d'absorption, mise en place d'un plan d'"incontinence", ...) étaient annoncés dans le cahier spécial des charges.

La deuxième branche du second moyen est donc sérieuse.

VII. BALANCE DES INTERETS

VII. 1. Arguments des parties

La partie adverse fait valoir que :

" Conformément à l'article 65/14 de la loi du 24 décembre 1993, le Conseil d'Etat doit tenir compte des conséquences probables d'une éventuelle suspension du marché et de l'intérêt public.

Le marché concerne la fourniture de matériel d'incontinence essentiel pour la santé et l'hygiène des patients des hôpitaux et des résidents des maisons de repos de la partie adverse.

Tout retard pris dans l'exécution du marché risque d'avoir des conséquences en terme de sécurité et de mobilité.

Il convient donc de ne pas le suspendre.".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse n'a fourni aucune information probante au sujet du contrat en cours en vertu duquel elle acquiert actuellement les fournitures concernées par le marché public litigieux.

Elle ne démontre donc nullement qu'en cas de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, elle ne pourrait continuer à les acheter en application de ce contrat pendant le temps nécessaire à l'attribution licite d'un nouveau marché public.

Il n'est donc pas avéré que d'éventuelles conséquences négatives de la suspension de l'exécution de la décision entreprise pourraient l'emporter sur ses avantages.

VIII. SUSPENSION DU CONTRAT

La requérante sollicite la suspension du contrat éventuellement conclu.

L'article 65/13 de la loi du 24 décembre 1993 prévoit que :

" La suspension de l'exécution de la décision d'attribution par l'instance de recours entraîne de plein droit la suspension de l'exécution du marché éventuellement conclu en violation de l'article 65/11.

L'autorité adjudicatrice informe l'adjudicataire sans délai de cette suspension et lui ordonne, selon le cas, de ne pas commencer ou d'arrêter l'exécution du marché.

Lorsqu'après la suspension de plein droit de l'exécution du marché, aucune demande d'annulation de la décision d'attribution ou de déclaration d'absence d'effets du marché n'est introduite dans les délais applicables prévus à l'article 65/23, la suspension de l'exécution de la décision d'attribution et du marché sont levées de plein droit.".

Il n'appartient donc pas au Conseil d'Etat de statuer, en application de l'article 65/13 précité, sur une demande suspension du contrat éventuellement conclu. Si le contrat avait été conclu en violation de l'article 65/11, la suspension de son exécution interviendrait par l'effet de la loi à la suite de la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché public contestée.

IX. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

Les offres des soumissionnaires, transmises à la partie adverse dans le cadre du marché public litigieux, peuvent être soustraites, à ce stade, à la consultation des parties, sans que ne soient affectées la régularité de la procédure ou les exigences du procès équitable, et ce sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat sur la nécessité éventuelle de les porter à la connaissance des parties à un autre stade de la procédure.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée ONTEX dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision du 19 juin 2012 par laquelle le conseil d'administration de l'association intercommunale S.C.R.L. VIVALIA a attribué à la S.P.R.L. ONTEX le marché public concernant la fourniture de consommables d'incontinence pour adultes pour les différentes entités de VIVALIA.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les offres des soumissionnaires, transmises à la partie adverse dans le cadre du marché public litigieux, sont soustraites, à ce stade, à la consultation des parties.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 6.

Les dépens, liquidés à la somme de 125 euros, sont mis à la charge de la partie intervenante.

Les dépens sont réservés pour le surplus.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le douze novembre deux mille douze par :

MM. Yves HOUYET, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Frédéric QUINTIN, Greffier assumé.

Le Greffier assumé, Le Président f.f.,

Frédéric QUINTIN. Yves HOUYET.