

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 222.634 du 26 février 2013

G./A.207.760/VI-19.881

En cause : **la société anonyme AEG Belgium,**

ayant élu domicile chez
Mes Vincent OST et
Maxime VANDERSTRAETEN, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 120,
1000 Bruxelles,

contre :

**le service d'incendie et d'aide médicale urgente de
la Région de Bruxelles-Capitale, en abrégé SIAMU,**

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

**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 23 janvier 2013, la société anonyme AEG Belgium sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision du SIAMU, de date inconnue, d'attribuer le marché SIB 2012-074 relatif à l'achat d'un nouveau système de communication pour le centre d'appel 100/112 des pompiers bruxellois à la société NEWTEL ESSENCE (ci-après «Newtel»), et de la décision corrélative de ne pas attribuer le marché à la partie requérante".

"Pour autant que de besoin", la requérante poursuit également, "conformément à l'article 65/13 de la loi du 24 décembre 1993, la suspension de l'exécution du marché qui aurait éventuellement été conclu par la partie adverse et serait en cours d'exécution en violation de l'article 65/11 de ladite loi".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 24 janvier 2013, notifiée par télécopieur aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 22 février 2013 à 10 heures 30.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Mes Vincent OST et Maxime VANDERSTRAETEN, avocats, comparaissant pour la partie requérante et Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, 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

III. 1. La requérante énonce que dans le courant de l'année 2011, le service d'incendie et d'aide médicale urgente de la Région de Bruxelles-Capitale a attribué à la société NEWTEL, selon la procédure négociée sans publicité, un marché dont l'objet était, en réalisant un "Proof of Concept", ou "PoC", de démontrer la faisabilité d'un nouveau système de communication pour le centre d'appel/dispatch 100/112 des pompiers bruxellois.

Le cahier spécial des charges relatif à ce "PoC" décrivait en ces termes l'objet de ce marché :

" Le présent marché vise l'acquisition d'un «Proof of Concept» (PoC) après validation, qui doit correspondre en grande partie à la solution qui sera ultérieurement utilisée dans le centre d'appel. Ce PoC doit donc servir d'outil de formation de la solution qui sera finalement utilisée dans le centre d'appel/dispatch 100/112.
[...]"

Ce cahier des charges, par son article 7, invitait la ou les personnes consultées, dont la requérante ne faisait pas partie, à remettre une offre pour le 22 juin 2011.

III. 2. Par un courrier électronique du 9 juillet 2012, le SIAMU a communiqué à la requérante le cahier des charges précité, qui avait été envoyé à la société NEWTEL un an auparavant et sur la base duquel cette société avait pu développer le "concept" en question.

III. 3. Par un avis de marché publié le 29 octobre 2012 au Bulletin des adjudications et le 6 novembre 2012 au Journal officiel de l'Union européenne, le SIAMU a entamé une procédure ouverte d'appel d'offres en vue de l'attribution d'un marché de fournitures ayant pour objet un "nouveau système de communication pour le centre d'appel/dispatch 100/112 des pompiers bruxellois".

La valeur de ce marché est supérieure aux seuils européens.

III. 4. Le marché est régi par un cahier spécial des charges portant la référence "CSC-SIB 2012-074 FR - CS112 Téléphonie et Enregistrement".

Outre la fourniture du matériel proprement dit (postes de travail des opérateurs téléphoniques, écrans, messagerie, système de back-up, système d'alimentation électrique de secours, etc.), il était demandé de proposer un contrat de maintenance, avec des obligations strictes en cas de dépassement des délais d'intervention (art. 3.9 du cahier spécial des charges).

Les critères d'attribution sont indiqués à l'article 9.2 du cahier spécial des charges, formulé en ces termes :

- " 30 % : Le prix forfaitaire. Pour le prix, l'offre la moins chère obtient 100 % des points. Pour les autres offres, 1 % des points est enlevé par % d'écart entre le prix de l'offre concernée et de l'offre la moins chère.
- 25 % : L'expérience probante acquise avec la solution proposée dans l'exécution de marchés similaires pour le compte d'autres Centres de Secours civils en termes d'année d'expérience ou de résultats qualitatifs.
- 25 % : La valeur et la qualité technique de la solution proposée. Les possibilités d'extension et de redondance de la solution.
- 5 % : Contrat de maintenance : description des mesures prises par le soumissionnaire pour garantir la qualité. Disponibilité et processus de montée de niveaux en cas de situations problématiques.
- 5 % : La formation et la manière de passation d'information aux utilisateurs et aux équipes ICT du SIAMU RBC.
- 5 % : Flexibilité et possibilité d'adaptation de la solution.
- 5 % : Sur le projet proposé et le plan d'installation, y compris les tests et validations."

L'avis de marché, point VI.4.1, indique que l'instance de recours est le SIAMU lui-même."

III. 5. Seules deux sociétés ont remis une offre: la société AEG requérante et la société NEWTEL.

Conformément à l'article 11 du cahier spécial des charges, l'ouverture des offres a eu lieu le jeudi 20 décembre 2012.

Compte tenu des équipements à mettre en place, les offres font plusieurs centaines de pages.

III. 6. Le 27 décembre 2012, soit, comme la requérante entend le souligner, environ trois jours ouvrables plus tard, compte tenu du week-end du 22-23 décembre et de la fête de Noël, la partie adverse a adopté un document intitulé "Lettre de motivation – CSC-SIB 2012-074" et qui tient lieu de rapport d'attribution, dont il résulte que le marché devait être attribué à la société NEWTEL.

Selon ce rapport, la société NEWTEL obtient le maximum des points sur tous les critères, à l'exception du prix.

La requérante obtient la moitié des points en ce qui concerne la qualité technique :

Indice		AEG	NT
30 %	Prix	30	29
25%	Expérience	25	25
25 %	Q Technique	12,5	25
5%	Maintenance	4	5
5%	Formation	5	5
5%	Flexibilité	4	5
5 %	Plan d'installation	5	5
		85,5	99

III. 7. Selon la requérante, la manière dont elle a été informée de l'existence et du contenu de la décision a été, par ordre chronologique, la suivante :

" i. Par un courrier recommandé daté du 3 janvier 2013, posté le 7 janvier (cf. cachet sur l'enveloppe) et reçu le 8 janvier 2013, le SIAMU a informé la requérante de ce que son offre n'avait pas été retenue :

«Par la présente, je suis au regret de vous informer que votre offre relative à un Système de communication pour la centrale 100 n'a pas été sélectionnée.

En effet, une meilleure offre a été remise par la concurrence.

En vertu de la loi sur les marchés publics et des arrêtés d'exécution, vos moyens de recours sont :

- la demande expresse de motivation du Pouvoir adjudicateur;
- le recours devant le Conseil d'Etat endéans les 60 jours après la présente notification;
- la demande en référé devant le juge civil.

Je vous prie de croire...» [...]

Ce courrier porte le titre «notification». Il est signé par le Chef du département logistique et par l'Officier Chef de service. Il n'est pas accompagné de la décision motivée d'attribution.

ii. Dès réception de ce courrier, le matin du 8 janvier, la requérante a envoyé deux emails à la partie adverse sollicitant de lui faire parvenir la décision motivée d'attribution du marché [...].

iii. Le SIAMU a répondu par un email du lendemain 9 janvier : «vous trouverez en annexe la motivation de la décision que le SIAMU RBC a adoptée (...)» [...].

En annexe à cet email du 9 janvier figure le rapport d'attribution du 27 décembre précité [...]. Outre le tableau des cotations reproduit ci-dessus, la motivation tient en une demi-page. Ce document mentionne que le dossier doit encore «être soumis à l'accord de l'IF» et «faire l'objet d'une Décision du Cabinet».

iv. Le lendemain, 10 janvier, compte tenu du caractère de toute évidence insatisfaisant de cette «motivation», la requérante a renouvelé sa demande d'obtenir la décision motivée [...].

v. Compte tenu de l'absence de réponse, la requérante a envoyé des rappels les 11 et 14 janvier, en s'enquérant par la même occasion du respect par la partie adverse du délai de temporisation de l'article 65/11 de la loi de 1993 [...].

vi. Le 14 janvier, par email et par courrier recommandé, la partie adverse a répondu que, en substance, l'offre de Newtel avait été préférée pour la raison essentielle que ce candidat a fait état de 5 références en matière d'installation de la solution proposée, tandis que la solution d'AEG devrait (prétendument) encore être développée ([...] ce point est développé ci-dessous à propos du troisième moyen, à propos de la confusion entre critères d'attribution et de sélection).

En annexe à ce courrier figurait la «lettre de motivation» déjà envoyée précédemment.

Ce courrier ne répondait pas à la question posée par la partie requérante de savoir si le SIAMU entendait respecter un délai de standstill.

vii. Le 18 janvier, les conseils de la partie requérante ont alors mis le SIAMU en demeure de communiquer la décision motivée d'attribution du marché. Dès lors que le délai de temporisation de quinze jours n'est mentionné dans aucun des documents précités, faisant ainsi craindre que le marché ait été conclu en méconnaissance de l'article 65/11 de la loi, les obligations de la partie adverse à cet égard ont également été rappelées [...].

viii. Dans sa réponse du 18 janvier également, le SIAMU indique ce qui suit :

«Nous vous confirmons, par la présente, que l'attribution de ce marché n'a pas encore fait l'objet d'une décision définitive formalisée.

En conséquence, aucune décision d'attribution n'a encore été notifiée au soumissionnaire sélectionné à l'issue de la comparaison des offres.

Bien que le résultat de cette comparaison ait déjà été porté à votre connaissance, le rapport d'analyse des offres et la décision d'attribution motivée ne vous seront officiellement notifiés que dans les prochains jours.

Nous vous prions, dès lors, de bien vouloir considérer que le délai de 15 jours visé à l'article 65/11, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 n'a pas encore commencé à courir» [...].

III. 8. La requérante a conclu "de ces informations contradictoires" qu'une décision d'attribuer le marché à la société NEWTEL avait été adoptée, sur la base des motifs indiqués dans la "Lettre de Motivation" du 27 décembre 2012 et dans les explications complémentaires du 14 janvier, mais que cette décision n'avait pas encore été "formalisée" officiellement.

Elle a décidé d'introduire le présent recours dans un délai de quinze jours à compter du lendemain de la communication des motifs qui a eu lieu le 9 janvier 2013.

IV. CARACTERE CONFIDENTIEL DE L'OFFRE DE LA S.A. AEG BELGIUM

Sur la base de l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la requérante demande que soit préservée la confidentialité de son offre, qui figure dans la partie confidentielle de son dossier de pièces.

Elle affirme que cette offre contient des données techniques couvertes par le secret des affaires.

Il y a lieu d'avoir égard à cette demande, et parallèlement de veiller à la confidentialité de l'offre de la société NEWTEL.

V. RECEVABILITE

V. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante affirme que, compte tenu de la manière particulièrement chaotique dont elle a été informée de son éviction, l'existence d'un acte attaquant pourrait être mise en question.

Selon elle cependant, une décision d'attribution du marché, qu'elle qualifie de "negotium", a été adoptée, ainsi qu'il ressort de la "notification" par courrier recommandé du 3 janvier 2013, qui indique "sans ambiguïté" que l'offre d'AEG BELGIUM "n'a pas été sélectionnée" et qu'une "meilleure offre a été remise par la concurrence", tout en mentionnant une série de "moyens de recours", ainsi que du courrier électronique du 9 janvier 2013, qui renvoie à la "lettre de motivation" du 27 décembre 2012 en ces termes :

" In de bijlage vindt u de motivering van de beslissing die de DBDMH BHG heeft genomen".

La requérante fait encore état d'une lettre du 14 janvier 2012 [lire sans doute 2013], dont il ressort notamment que "nous n'avons pas retenu votre offre" et que "je suis au regret de vous rappeler que votre offre n'est pas concurrentielle et donc n'a pas été choisie pour des raisons objectives".

La requérante relève que le courrier du 18 janvier 2013 mentionne que "le résultat de cette comparaison [des offres] a déjà été porté à votre connaissance", porte encore que "l'attribution de ce marché n'a pas encore fait l'objet d'une décision définitive formalisée" et que "le délai de 15 jours visé à l'article 65/11, alinéa 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 n'a pas encore commencé à courir".

La requérante soutient qu'il n'appartient pas à la partie adverse de déterminer ce qui constitue ou non un acte attaquant, que la compétence du Conseil d'Etat est d'ordre public, que la partie adverse ne peut se soustraire à son contrôle en prétendant que l'objet du recours ne constitue pas un acte attaquant, que celui-ci se définit comme toute manifestation unilatérale de volonté destinée à produire des effets sur le plan du droit et que "le courrier du 18 janvier 2013 ne revient pas sur le fait que l'offre de la requérante a été écartée au profit de celle de Newtel. La circonstance que la décision n'ait pas encore été «formalisée» - comme l'indique ce courrier - n'empêche pas que cette décision existe. L'absence de formalisation peut certes justifier l'annulation de l'acte (par exemple pour défaut de motivation formelle - cf. 1^{er} moyen), mais n'empêche pas l'acte d'exister".

La requérante conclut "que la décision du SIAMU d'écarter [son] offre et d'attribuer le marché à une entreprise concurrente existe et est définitive, même si la «version finalisée» («instrumentum») de cette décision est encore, semble-t-il, en cours de préparation" et que "le présent recours est donc dirigé contre cette décision de date et d'auteur inconnus, et contre la «motivation», quant à elle bien connue (car exprimée dans la «lettre de motivation» et dans le courrier du 18 janvier 2013), qui sous-tend cette décision".

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir qu'au moment de l'introduction de la requête, la requérante n'avait pas reçu communication de l'acte attaqué, de sorte qu'elle ne l'identifie pas nettement.

La partie adverse précise que l'acte attaqué est l'arrêté du 28 décembre 2012 du secrétaire d'Etat adjoint à la ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale chargée de l'Environnement, de l'Energie et de la Politique de l'Eau, de la Rénovation urbaine, de la Lutte contre l'Incendie et l'Aide médicale urgente et du Logement, décidant "d'autoriser le SIAMURBC à procéder à l'achat d'un nouveau système de communication pour le centre d'appel dispatch 100/112".

Elle affirme que si la requérante n'a pas reçu communication de cette décision du 28 décembre 2012 dans les formes prévues par les articles 65/8 et 65/11 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, cette décision n'a pas non plus été notifiée à la société NEWTEL, "de sorte que le délai d'attente n'a pas été violé".

La partie adverse affirme encore qu'en son second objet, formulé "pour autant que de besoin", visant à la suspension de l'exécution du marché, la requête doit être rejetée.

Elle soutient que cette demande ne relève pas, en tout état de cause, de la compétence du Conseil d'Etat, l'article 65/13 de la loi du 24 décembre 1993 précitée prévoyant que la suspension de l'exécution du marché a lieu de plein droit si l'instance de recours suspend l'exécution de la décision d'attribution et que le délai d'attente visé à l'article 65/11 de la loi n'a pas été respecté.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Prima facie, c'est à juste titre que la requérante reproche à la partie adverse de l'avoir informée "de façon chaotique" de la décision prise à la suite du dépôt des offres relatives au marché litigieux.

La partie adverse apporte néanmoins, aux points 6 et 7 de sa note d'observations, des informations par lesquelles elle s'efforce de dissiper la confusion en affirmant qu'une décision a été prise le 28 décembre 2012 par le secrétaire d'Etat de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé du Logement et de la Lutte contre l'Incendie et de l'Aide médicale urgente.

Par cette décision, que la partie adverse joint aux pièces de la procédure, celui-ci déclare "autoriser le SIAMURBC à procéder à l'achat d'un nouveau système de communication pour le centre d'appel/dispatch 100/112, auprès de la firme : Newtel [...] suivant l'offre du 20.12.2012".

Selon la partie adverse "Il s'agit de l'acte visé par la requête en suspension".

La partie adverse admet qu'au moment de l'introduction du recours, la requérante n'en avait pas reçu communication, ce qui explique qu'elle ne l'identifie pas nettement.

Dans ces circonstances, la requérante a pu raisonnablement déduire des informations dont elle disposait à la date de l'introduction de la requête que le marché avait été attribué à la société NEWTEL et que sa propre offre n'avait pas été retenue.

Prima facie, elle se trouvait donc bien en présence d'une décision de nature à lui faire grief.

La requête paraît dès lors recevable quant à son premier objet.

Par contre, en ce qu'en son second objet, la requête tend à la suspension de l'exécution du marché qui aurait éventuellement été conclu par la partie adverse et serait en cours d'exécution, c'est à juste titre que la partie adverse oppose que, selon l'article 65/13 de la loi du 24 décembre 1993, cette suspension a lieu de plein droit si l'instance de recours suspend l'exécution de la décision d'attribution et que le délai d'attente visé à l'article 65/11 de la même loi n'a pas été respecté.

La requérante paraît dès lors sans intérêt à poursuivre distinctement la suspension de l'exécution du marché.

Prima facie, la requête est irrecevable quant à son second objet.

En ce que la requérante poursuit encore la suspension de l'exécution "de la décision corrélative de ne pas [lui] attribuer le marché", il n'apparaît pas qu'en l'espèce, s'agissant d'un marché à conclure sur procédure ouverte d'appel d'offres et compte tenu du moyen jugé sérieux infra, que la requérante puisse avoir intérêt à poursuivre distinctement la suspension de l'exécution de la décision de ne pas lui attribuer le marché.

VI. EXTREME URGENCE

Il apparaît que, compte tenu des informations qui étaient les siennes au sujet de la décision attaquée, la requérante ne peut se voir reprocher de ne pas avoir agi dans le délai de quinze jours prévu par l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993.

Dans ces conditions, l'extrême urgence paraît suffisamment établie.

VII. DEUXIEME MOYEN

VII. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante prend un moyen, le deuxième de la requête, "de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe d'égalité entre les soumissionnaires, de l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux de bonne administration, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir".

Elle fait valoir que la partie adverse a, dans un premier temps, attribué à la société NEWTEL ESSENCE, par procédure négociée sans publicité et sans la consulter, contrairement à l'article 17, § 2, de la loi du 24 janvier 1993, un marché de services ayant pour objet de démontrer la faisabilité et de développer la solution qui sera finalement utilisée, que la réalisation de ce marché a, de manière évidente, apporté à cette société un avantage de nature à fausser la concurrence, puisque la société NEWTEL a pu se familiariser avec le "concept" qui faisait l'objet du "proof of concept" que la société NEWTEL a contribué à développer, que, réciproquement, le pouvoir adjudicateur s'est familiarisé avec la solution proposée par cette société, notamment au cours d'une visite, avant même la remise des offres, d'un centre d'appel installé par NEWTEL aux Pays-Bas, que cette visite semble avoir été déterminante dans la décision du pouvoir adjudicateur relative au marché litigieux, que seule cette pré-connaissance, voire cette pré-décision, explique que la décision ait pu être prise à peine trois ou quatre jours ouvrables après la remise des offres, alors que celles-ci font des centaines de pages et qu'il s'agit d'un marché important et complexe, qu'il a été décidé sans aucun examen sérieux de l'offre de la requérante et que l'article 78, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 impose d'écarter l'offre introduite par un soumissionnaire qui a été chargé de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement d'un marché lorsque ce soumissionnaire bénéficie du fait de ces prestations d'un avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

Dans le développement du moyen, la requérante soutient que la société NEWTEL ESSENCE s'est déjà vu attribuer par la partie adverse un marché

"SIB2011-100-VoIP PoC" passé selon la procédure négociée sans publicité, que malgré sa demande expresse, elle n'a, à l'époque, pas été consultée, en contrariété au principe d'égalité et à l'article 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993, qui oblige le pouvoir adjudicateur qui recourt à la procédure négociée sans publicité à consulter, si possible, plusieurs fournisseurs, ce qui était d'autant plus le cas en l'espèce que la requérante a livré la solution actuellement utilisée par le SIAMU, qu'elle a tout au plus obtenu a posteriori, un an après la date limite indiquée pour remettre offre pour ce "PoC", une copie du cahier spécial des charges relatif à ce "PoC", mais sans être invitée à remettre offre, que ce marché préalable constituait la préparation du présent marché, comme en atteste le titre de son cahier spécial des charges :

" achat d'un «Proof of Concept» pour une nouveau système de communication pour le centre d'appel/dispatch 100/112 des pompiers bruxellois",

que le marché litigieux est quant à lui intitulé :

" achat d'un nouveau système de communication pour le centre d'appel/dispatch 100/112 des pompiers bruxellois",

que c'est également sans ambiguïté que le cahier des charges pour la réalisation de ce "PoC" indique, sous le titre "Nature du marché" ("Aard van de opdracht") :

" Le présent marché vise l'acquisition d'un «Proof of Concept» (PoC) après validation, qui doit correspondre en grande partie à la solution qui sera ultérieurement utilisée dans le centre d'appel. Ce PoC doit donc servir d'outil de formation de la solution qui sera finalement utilisée dans le centre d'appel/dispatch 100/112",

que la lecture comparée des deux cahiers des charges fait apparaître de manière évidente que le premier marché vise à préparer le second, que dans son courrier électronique et son courrier du 14 janvier 2013 qui constitue la réponse à sa demande répétée d'obtenir les motifs de la décision d'attribution, la partie adverse justifie le choix de la société NEWTEL, en substance, par le fait que celle-ci dispose de plus d'expérience en matière d'installation de centres d'appels pour des services de secours, ce courrier indiquant que :

" pour information, l'offre concurrente a fourni 5 endroits où son infrastructure proposée fonctionne déjà et dont une a été visitée",

que la solution installée par la société NEWTEL qui a été visitée est celle mise en place aux Pays-Bas pour certains services de police, qu'il est également fait allusion à cette référence dans la "Lettre de Motivation" du 27 décembre 2012, qui indique que la société NEWTEL "a installé les Meldkamer en Hollande (...) avec du VoIP", et qu'il semble matériellement impossible que ces installations invoquées par la société NEWTEL à titre de référence aient pu être visitées par le pouvoir adjudicateur aux Pays-Bas entre la date de remise des offres, 20 décembre 2012, et la date à laquelle la motivation a été établie.

La requérante conclut que la société NEWTEL a pu, avant même la remise des offres, présenter in situ sa solution et convaincre le pouvoir adjudicateur que cette solution était optimale, qu'elle a bénéficié d'un avantage qui a manifestement faussé l'égalité entre les soumissionnaires, qu'à l'occasion de ce second marché, NEWTEL n'a obtenu rien moins que le maximum des points pour tous les critères, à l'exception du prix, qu'en particulier NEWTEL a obtenu le maximum des points pour le critère de la qualité technique tandis qu'elle-même s'est vu attribuer, de manière arbitraire, la moitié des points (12,5 sur 25), que les motifs invoqués, particulièrement peu convaincants comme elle l'établit par son quatrième moyen, témoignent à l'évidence d'un parti pris en faveur de la solution de NEWTEL, que, par exemple, la Lettre de motivation du 27 décembre 2012 justifie la notation technique par le fait que les modules de la requérante sont intégrés, tandis que les modules de NEWTEL "fonctionnent indépendamment", alors que le fait de proposer une solution intégrée est clairement un avantage.

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse commence par rappeler l'article 78, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

Elle fait valoir que cette disposition doit s'interpréter en ce sens qu'elle est applicable à l'auteur d'une prestation de services antérieure à une nouvelle prestation de services, lorsque la seconde apparaît comme le développement de la première.

Elle admet que l'étude de faisabilité confiée à la société NEWTEL est à l'origine du cahier spécial des charges relatif au présent marché, que le régime de l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité est susceptible de s'appliquer, que cependant, le seul fait qu'un soumissionnaire ait contribué à la réalisation d'un cahier spécial des charges rendu applicable à un marché litigieux n'implique pas en soi qu'il aurait bénéficié d'un avantage concurrentiel, que l'existence d'un tel avantage dans le chef d'un soumissionnaire ayant participé à l'étude du marché doit être démontrée concrètement par celui qui l'invoque, qu'en l'espèce la requérante n'indique pas de manière précise quel serait l'avantage concurrentiel que la société NEWTEL aurait obtenu en participant à la confection du cahier spécial des charges, qu'elle ne démontre par exemple pas que la société NEWTEL aurait intégré, dans le cahier spécial des charges, des techniques ou des solutions qu'elle serait seule capable d'appliquer et que le fait que des représentants de la partie adverse ont visité, dans le cadre du marché relatif à l'étude de faisabilité, un centre d'appel faisant usage de la

solution technique proposée par la société NEWTEL n'implique concrètement aucun avantage concurrentiel dans le chef de cette société.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 78, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics prévoit que :

- " Doit être écartée, la demande de participation ou l'offre introduite pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services, par toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, si du fait de ces prestations, cette personne bénéficie d'un avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

Toutefois, avant d'écarter pour ce motif la demande de participation ou l'offre de cette personne, le pouvoir adjudicateur invite cette dernière, par lettre recommandée, à fournir, par écrit, les justifications pertinentes qui lui permettraient d'établir que cette personne ne bénéficie pas d'un tel avantage. Cette formalité ne s'impose pas si ces justifications ont été jointes à la demande de participation ou à l'offre.

Pour être recevables, les justifications doivent être transmises au pouvoir adjudicateur dans les douze jours de calendrier à compter à partir du lendemain de l'envoi de la lettre recommandée, à moins que celle-ci prévoie un délai plus long.

La preuve de l'envoi de ces justifications incombe à la personne concernée".

La partie adverse admet, au point 24 de sa note d'observations, que "l'étude de faisabilité confiée à la société NEWTEL est bien à l'origine du cahier spécial des charges du présent marché. Il ne fait donc pas de doute que le régime de l'article 78 précité est susceptible de s'appliquer".

La mise en regard du cahier spécial des charges SIB 2011-100-VoIP PoC et de celui référencé CSC-SIB 2012 074FR-CS112 qui régit le marché dont l'attribution est l'objet de la présente requête fait apparaître l'analogie des leurs dispositions respectives visant notamment la description technique (article 2 du premier et article 3 du second) ainsi que les conditions générales (article 2.2 du premier et 3.2 du second).

Dans un premier temps, en élaborant le "Proof of concept", la société NEWTEL s'est fondée sur son expérience et ses points forts, ce qui, dans le cadre du premier marché, ne pouvait lui être reproché.

Il apparaît cependant que ces éléments ont influencé la rédaction des dispositions correspondantes du cahier spécial des charges applicable au présent marché.

Prima facie, la partie adverse aurait dû se montrer plus circonspecte qu'elle ne paraît l'avoir été devant l'offre de la société NEWTEL.

Elle ne paraît pas pouvoir être suivie en ce qu'elle affirme que l'existence d'un avantage concurrentiel dans le chef d'un soumissionnaire ayant participé à l'étude du marché doit être démontrée concrètement par celui qui l'invoque et en ce qu'elle reproche à la requérante de ne pas indiquer de manière précise quel serait l'avantage concurrentiel que la société NEWTEL aurait obtenu en participant à la confection du cahier spécial des charges.

La partie adverse paraît se fonder ainsi, de manière indue, à un renversement de la charge de la preuve.

En l'espèce, elle ne pouvait ignorer l'avantage dont pouvait bénéficier la société NEWTEL du fait de l'attribution du premier marché ayant pour objet la réalisation du "Proof of concept".

Elle reconnaît que l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, était "susceptible de s'appliquer".

Prima facie, c'était dès lors à elle et non à la requérante de rechercher la présence ou l'absence dans le chef de la société NEWTEL d'un avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

Dans le respect de l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, avant d'accepter la demande de participation ou l'offre de la société NEWTEL alors que celle-ci pouvait bénéficier d'un tel avantage, la partie adverse devait l'inviter, par lettre recommandée, à fournir par écrit les justifications pertinentes.

La partie adverse reste en défaut d'établir et les pièces de la procédure ne font pas apparaître qu'elle a demandé et obtenu une telle justification.

Dans ces conditions, le deuxième moyen paraît sérieux.

VIII. QUANT A LA BALANCE DES INTERETS

Il n'apparaît pas en l'espèce que les conséquences négatives de la suspension de l'exécution de la décision du 28 décembre 2012 pourraient l'emporter sur ses avantages, au sens de l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993, la partie adverse n'ayant apporté aucun argument à cet égard.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 28 décembre 2012 par le secrétaire d'Etat de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé du Logement et de la Lutte contre l'Incendie et de l'Aide médicale urgente par laquelle celui-ci déclare "autoriser le SIAMURBC à procéder à l'achat d'un nouveau système de communication pour le centre d'appel/dispatch 100/112, auprès de la firme : Newtel [...] suivant l'offre du 20.12.2012".

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les offres des sociétés anonymes AEG BELGIUM et NEWTEL demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

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

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt-six février deux mille treize par :

M. Paul LEWALLE,
M^{me} Caroline HUGÉ,

Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Paul LEWALLE.