

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 231.991 du 24 juillet 2015

G./A.216.347/VI-20.496

En cause : **la société privée à responsabilité
limitée PRESTA SERVICES,**

ayant élu domicile chez
Me Gilles VANDERMEEREN, avocat,
place L'Ilon, n° 15,
5000 Namur,

contre :

la Région wallonne,
représentée par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me Jean-Marc WOLTER, avocat,
avenue de la Couronne, n° 340,
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

**la société de droit néerlandais
DEFIBRION,**

ayant élu domicile chez
Me Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco, n° 7,
1160 Bruxelles.

**LE PRESIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS,
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la requête introduite le 2 juillet 2015 par la S.P.R.L. PRESTA SERVICES qui tend, d'une part, à l'annulation de "la décision du 05 novembre 2014 [...] aux termes de laquelle la procédure d'appel d'offres ouvert pour le marché public pour la fourniture et l'installation de 600 packs défibrillateurs externes automatisés (DEA) est abandonnée et relancée selon la procédure négociée sans publicité au motif qu'aucune offre régulière n'aurait été déposée" et de "la décision du 17 juin 2015 au terme de laquelle le marché public pour la fourniture et l'installation de 600 packs défibrillateurs externes automatisés (DEA) qui avait été attribué à la requérante en date du 4 juin dernier, lui est retiré pour être attribué à la Société DEFIBRION" et,

d'autre part, à la suspension de l'exécution, selon la procédure d'extrême urgence, de la seconde de ces décisions;

Vu l'ordonnance du 6 juillet 2015, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 22 juillet 2015 à 9 heures 30;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu la requête introduite le 17 juillet 2015 par laquelle la société de droit néerlandais DEFIBRION a demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure;

Vu le paiement, dans le délai prescrit, des droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat;

Entendu, en son rapport, M. Jacques VANHAEVERBEEK, Président de chambre;

Entendu en leurs observations Me Gilles VANDERMEEREN, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me Jean-Marc WOLTER, avocat, comparaisant pour la partie adverse et Me Kevin POLET, *loco* Me Marie VASTMANS, avocat, comparaisant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. Eric THIBAUT, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours se présentent comme suit :

1. Par avis publié dans le Bulletin des adjudications et au Journal Officiel de l'Union européenne le 19 mai 2014, la partie adverse lance une procédure d'attribution d'un marché public par appel d'offres ayant pour objet la fourniture et l'installation de 600 packs défibrillateurs externes automatisés (DEA), la fourniture et l'installation de 600 armoires de protection intérieure dans lesquelles seront placés les packs DEA, ainsi que l'initiation à l'utilisation de l'appareil.

2. Par une décision du 5 novembre 2014, la partie adverse conclut, sur la base du rapport d'attribution, au caractère formellement régulier de quatre des six offres. Constatant qu'aucune de ces quatre offres ne répondait toutefois à l'ensemble des exigences essentielles du cahier spécial des charges, elle décide de ne pas attribuer le marché au terme de la procédure menée et de relancer ce marché par procédure négociée sans publicité conformément à l'article 26, § 1^{er}, 1^o, e), de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Il s'agit du premier acte attaqué dont seule l'annulation est demandée.

3. Les quatre soumissionnaires qui ont remis une offre formellement régulière sont ensuite consultés par la partie adverse et invités à remettre une nouvelle offre pour le 9 décembre 2014.

Ils donnent tous les quatre suite à cette demande.

4. Sur la base d'un nouvel examen des offres et des négociations entreprises avec les soumissionnaires, la partie adverse décide, le 4 juin 2015, d'attribuer le marché à la partie requérante.

5. Par courrier de son conseil du 10 juin 2015, la partie intervenante souligne l'erreur matérielle manifeste et purement arithmétique commise dans l'appréciation de son offre, dès lors que le prix TVAC offert, soit 834,90 euros additionné au montant annuel du contrat d'entretien, soit 151,25 euros x 600, correspond à un montant total de 591.690 euros et non de 652.190 euros comme retenu par la partie adverse.

6. Cette erreur de calcul ayant une incidence sur le classement des offres, la partie adverse décide, le 17 juin 2015, de retirer sa décision du 4 juin 2015 et d'adopter une nouvelle décision d'attribution du marché, cette fois à la partie intervenante.

Il s'agit de l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée selon la procédure d'extrême urgence.

Considérant que par une requête introduite le 17 juillet 2015, la société de droit néerlandais DEFIBRION a demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure; qu'en tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a intérêt à intervenir; qu'il y a lieu d'accueillir cette intervention dans la procédure en suspension d'extrême urgence;

Considérant que les parties adverse et intervenante relèvent l'absence de connexité entre les deux décisions dont l'annulation est demandée de sorte que la requête ne serait recevable qu'à l'égard du premier; qu'elles soutiennent ensuite que la requête en annulation, en ce qu'elle est dirigée contre le premier acte attaqué, est manifestement tardive; qu'elles en déduisent que la requête est irrecevable dans son ensemble;

Considérant qu'il ressort clairement de la requête que la requérante, "en sus de postuler l'annulation" des deux actes attaqués, sollicite "la suspension de l'exécution de la [seule] décision du 17 juin 2015 sous bénéfice de l'extrême urgence"; que la suspension de l'exécution de la décision du 5 novembre 2014, par laquelle la partie adverse a décidé de ne pas attribuer le marché initial et de lancer un nouveau marché en procédure négociée ayant un objet identique, n'ayant pas été demandée, les questions soulevées par les parties adverse et intervenante qui touchent à la recevabilité du recours ayant un double objet de même qu'à la recevabilité *ratione temporis* de la requête, en ce qu'elle vise la décision du 5 novembre 2014, ne devront être tranchées qu'au stade de l'examen de la requête en annulation;

Considérant que la requérante prend un premier moyen de la violation des articles 25 et 26 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et des articles 95 à 107 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe de l'égalité de traitement, du principe de transparence, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes de bonne administration, et en particulier, du devoir de minutie, de l'erreur de fait et de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe général de comparaison effective des offres, du principe général de motivation interne des actes administratifs selon lequel toute décision doit porter sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit, ainsi que de l'excès de pouvoir; qu'elle relève que le marché litigieux porte sur la fourniture de 600 défibrillateurs et de leur maintenance durant cinq ans; qu'elle fait valoir que puisque la partie adverse a fait choix, pour le critère du prix, de globaliser le coût de tous les aspects du marché (défibrillateurs + maintenance), le coût total des offres s'entendait de tout ce qui viendrait augmenter les débours, soit un contrat de maintenance de 5 ans, soit le coût de la maintenance annuelle multiplié par cinq; qu'elle soutient que la partie adverse a dès lors mal appliqué son critère en ne tenant compte que d'une année d'entretien; qu'elle estime qu'il en est de même en ce qu'elle a intégré, dans sa formule de comparaison, le prix d'une offre irrégulière, à savoir celle de la société THE LANDY CORP, laquelle était affectée d'une irrégularité substantielle; qu'elle en déduit qu'elle devait donc recueillir 60/60 contre 55,67/60 pour la partie intervenante et que pour les autres critères, elle totalise 32

points contre 31 points pour la partie intervenante de sorte qu'elle aurait dû être classée première avec 92 points et la partie intervenante, seconde, avec 86,67 points;

Considérant que dans la mesure où la procédure d'attribution suivie par le pouvoir adjudicateur est celle de la procédure négociée sans publicité, l'article 25 de la loi du 15 juin 2006 précitée, qui concerne le marché par appel d'offres, ne s'applique pas de sorte qu'en ce qu'il vise cette disposition, le moyen est irrecevable; qu'il en va de même des dispositions de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité qui ne visent pas la procédure négociée sans publicité ou auxquelles ne renvoient pas les dispositions pertinentes applicables à cette procédure; que la critique de la requérante est par contre recevable en ce qu'elle critique la mise en œuvre de l'article 107 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011; que cette disposition est ainsi rédigée :

- " Art.107. En procédure négociée, le marché est attribué soit au soumissionnaire qui a remis l'offre la plus basse, soit au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur en tenant compte des critères d'attribution liés à l'objet du marché et permettant une comparaison objective des offres sur la base d'un jugement de valeur. Dans ce dernier cas, lorsque le marché atteint le seuil fixé à l'article 32, le pouvoir adjudicateur précise dans les documents du marché la pondération relative de chaque critère d'attribution. Cette pondération peut éventuellement s'exprimer dans une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié. Si, pour des raisons démontrables, une telle pondération s'avère impossible, les critères sont mentionnés par ordre décroissant d'importance.
L'alinéa précédent n'est pas applicable :
1° aux marchés de services visés à l'annexe II, B, de la loi;
2° aux différents cas de procédure négociée sans publicité pour lesquels seul un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services peut être consulté;
3° les marchés passés par procédure négociée sans publicité en application de l'article 26, § 1, 1°, a), de la loi;
4° pour autant qu'ils n'atteignent pas le seuil applicable de l'article 32, les marchés passés par procédure négociée sans publicité en application de l'article 26, § 1, 1°, c), et 3°, d) et e), de la loi."

Considérant, en ce qui concerne la prise en considération de l'option obligatoire relative à la maintenance durant 5 ans des défibrillateurs dans la détermination du prix, que l'objet du marché est, selon les documents du marché, déterminé de la manière suivante :

- " Le marché a pour objet la fourniture et l'installation de 600 packs défibrillateurs externes automatisés (ci-après DEA), tels que décrits au point A.5., la fourniture et l'installation de 600 armoires de protection intérieures dans lesquelles seront placés les packs DEA, ainsi que l'initiation à l'utilisation de l'appareil."

que le point A.5. de la partie 1 du cahier spécial des charges est, dans ses éléments pertinents, rédigé comme suit :

- " 1. Chaque pack DEA est fourni et installé avec une armoire de protection intérieure dans laquelle le pack sera installé. L'installation des 600 packs DEA a lieu dans les clubs sportifs situés sur le territoire de la Région wallonne et de la Fédération Wallonie-Bruxelles.

2. [...].

3. L'offre doit comprendre une proposition chiffrée de contrat annuel d'entretien et de maintenance des packs DEA durant une période minimale de 5 ans. Ce contrat annuel d'entretien et de maintenance pourra, sans obligation, être souscrit par les clubs sportifs au sein desquels seront installés les packs DEA. Il appartiendra donc aux clubs qui le souhaitent de lever ou non l'option en cours d'exécution du marché. Par le dépôt de son offre, le soumissionnaire s'engage à pratiquer auprès de ces utilisateurs qui le souhaitent le prix offert dans le cadre de la présente procédure.";

que le marché se présente dès lors comme un marché qui a pour objet la fourniture de 600 packs DEA et qui comporte une option obligatoire, étant celle d'une proposition chiffrée de contrat annuel d'entretien et de maintenance des packs DEA durant une période minimale de 5 ans, ce contrat étant annuel et souscrit non par le pouvoir adjudicateur mais par les clubs sportifs dans les infrastructures desquels les packs seront installés; qu'il apparaît aussi clairement que le pouvoir adjudicateur a entendu que le prix présenté par les soumissionnaires soit le prix offert aux utilisateurs, libres de le souscrire; qu'il se déduit, de manière tout à fait transparente, des documents du marché que si le prix du contrat annuel d'entretien est un élément de calcul du critère d'attribution "prix", il ne constitue pas une dépense supportée par le pouvoir adjudicateur et ne présente aucun caractère certain dans la mesure où les clubs sportifs peuvent, ou non, décider de conclure ces contrats; que plusieurs situations peuvent dès lors se présenter, soit qu'aucun club ne souscrive de contrat annuel d'entretien, soit qu'un certain nombre le fasse et que, parmi ceux-ci, certains contractent pour une année et d'autres pour plus longtemps; qu'il était dès lors impossible, pour le pouvoir adjudicateur, de chiffrer de manière certaine l'élément "contrat annuel d'entretien"; que pour ce qui concerne la mise en œuvre du critère d'attribution "prix", les documents du marché sont également transparents et assurent de la sorte l'égalité des soumissionnaires; que ce critère d'attribution est ainsi défini :

" 1. Le prix : 60 points

Le prix est global et s'entend tous frais compris et comprend les éléments suivants (tels qu'ils sont décrits aux clauses techniques) :

- le pack DEA;
 - l'armoire de protection;
 - l'initiation;
 - le montant annuel du contrat d'entretien.
- [...].";

qu'il ressort de ces éléments que, contrairement à ce que soutient la requérante, le contrat d'entretien ne doit pas être conclu pour cinq ans une fois qu'un club aura décidé d'en conclure un et il n'appartenait pas au pouvoir adjudicateur d'intégrer l'option obligatoire, d'une durée de cinq ans, dans le calcul du critère d'attribution n° 1; que la requérante reste, par ailleurs, en défaut d'indiquer avec précision une disposition légale ou réglementaire ou encore un principe général s'opposant à cette manière d'évaluer une offre; qu'en ce qui concerne l'affirmation de la requérante selon laquelle l'offre du soumissionnaire THE LANDY CORP aurait dû être écartée par le

pouvoir adjudicateur en telle sorte que son prix ne pouvait servir d'élément de base pour la comparaison entre son offre et celle de la partie intervenante il convient de relever qu'il n'appartient ni à la requérante ni au Conseil d'État de se substituer au pouvoir adjudicateur afin de déterminer quelles offres sont ou non régulières; qu'à cet égard, l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, laisse au pouvoir adjudicateur une large marge d'appréciation de cette question et la requérante reste en défaut de citer une disposition du cahier spécial des charges qui aurait imposé au pouvoir adjudicateur de considérer l'offre de THE LANDY CORP comme atteinte d'une irrégularité substantielle d'une telle nature; qu'en tout état de cause, même en écartant l'offre THE LANDY CORP, l'offre de la partie intervenante (91) reste mieux classée que l'offre de la requérante (88,86) en telle sorte qu'elle ne justifie d'aucun intérêt à cette critique; qu'il se déduit de ces différents éléments que le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen de la violation des articles 25 et 26 de la loi du 15 juin 2006 précitée, des articles 101 et 107 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, du principe de l'égalité de traitement, du principe de transparence, de la loi du 29 juillet 1991 précitée, des principes de bonne administration, et en particulier du devoir de minutie, de l'erreur de fait et manifeste d'appréciation, de la violation du principe général de comparaison effective des offres et du principe général de motivation interne des actes administratifs au terme duquel toute décision doit porter sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit et de l'excès de pouvoir; qu'elle rappelle, dans une première branche, que le marché litigieux a notamment pour objet la maintenance des défibrillateurs durant cinq ans et que dès lors que la partie adverse a choisi de mettre les soumissionnaires en concurrence sur les prix, elle devait donc mettre en œuvre un critère permettant de comparer le coût de 5 années de maintenance; qu'elle soutient que la partie adverse aurait dû, soit intégrer dans sa formule le coût de 5 années de maintenance, soit procéder à une évaluation séparée des critères "coût d'acquisition" et "coût de maintenance"; qu'elle fait valoir que le système de notation mis en place doit évidemment permettre l'émergence d'une offre de meilleure qualité et moins chère que celle d'un concurrent, que tel n'est pas le cas en l'espèce puisque la formule critiquée a permis à la partie intervenante de prendre l'avantage en ce que le coût de la maintenance n'a pas été convenablement appréhendé et que si la partie adverse n'entendait pas prendre en considération le coût de la maintenance sur cinq ans, elle devait s'abstenir d'imposer une telle durée dans le cahier des charges et expliquer en quoi il était pertinent, en l'espèce, de comparer les offres sur la base de l'addition du coût d'acquisition et d'une seule année de maintenance; qu'elle estime que la partie adverse ne pouvait laisser penser aux soumissionnaires qu'elle évaluerait le coût global de l'opération (achat + maintenance) sur cinq ans, pour ensuite avantager le soumissionnaire remettant une offre moins chère à court terme, mais dont l'utilisation

à long terme lui permettrait de se "rattraper"; qu'elle fait valoir, dans une seconde branche, que la comparaison des offres, du point de vue du prix, est opérée en tenant compte d'éléments qui ne seront pas nécessairement commandés puisque les contrats de maintenance ne seront peut-être pas conclus par les cercles sportifs, de sorte que la partie adverse ne pouvait inclure dans son critère d'évaluation du prix le coût hypothétique de la maintenance; qu'elle estime, dans une troisième branche, que le système de notation mis en œuvre n'est pas régulier, en ce que plusieurs sous-critères (énergie de choc, délivrance du choc et batteries), bien que visant un aspect quantifiable des offres, utilisent un système de notation ne rendant pas exactement compte des différences entre les offres, de sorte que la partie adverse n'a pas convenablement apprécié la différence de qualité entre les offres des soumissionnaires;

Considérant qu'en tant qu'il invoque la violation de l'article 25 de la loi du 15 juin 2006 ainsi que de l'article 101 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le moyen est, pour les motifs indiqués dans le cadre de l'examen du premier moyen, irrecevable; que, sur la première branche, l'argumentation de la requérante, en ce qui concerne la non-appréhension du coût total de l'opération, n'est pas pertinente, ce coût devant être évalué dans le chef du pouvoir adjudicateur et non dans le chef de celui-ci et de l'utilisateur; qu'en effet, dans le présent marché où l'acquéreur ne sera pas l'utilisateur, il ressort clairement des documents du marché que l'acquéreur ne prend à sa charge que le coût d'acquisition des packs sans le contrat annuel d'entretien qui, comme déjà indiqué, ne présente aucun caractère de certitude ni quant à son nombre ni quant à ses durées; qu'il ne peut dès lors être raisonnablement demandé à la partie adverse d'intégrer des coûts qu'elle ne supportera pas et qui, de surcroît, sont indéterminables; que ce n'est que dans l'hypothèse où l'ensemble des clubs dans lesquels sont installés les 600 DEA souscrivent tous, pour 5 ans, un contrat "annuel" d'entretien que pourraient devoir être pris en compte les arguments de la partie requérante et pour autant que le cahier spécial des charges ait prévu cette hypothèse; que tel n'est pas le cas, en l'espèce, le cahier spécial des charges n'ayant pas pu ou voulu engager la partie adverse pour la conclusion de contrats de maintenance; qu'en ce qui concerne la formule utilisée, on n'aperçoit pas en quoi le prétendu amalgame réalisé par la partie adverse aurait porté préjudice à la requérante; que si le pouvoir adjudicateur pouvait scinder le critère d'attribution n° 1 en deux parties ou sortir le contrat annuel d'entretien du critère d'attribution n° 1 et en faire un critère d'attribution n° 4, il ne s'agit que de simples choix d'opportunité qui ne sont pas emprunts d'une erreur manifeste d'appréciation et dont il n'apparaît pas qu'ils auraient pu conduire à l'attribution du marché à la requérante; qu'en ce qui concerne le caractère prétendument trompeur du cahier spécial des charges, les documents du marché ne laissent planer aucune ambiguïté sur les obligations des soumissionnaires qui doivent garantir les packs au moins cinq ans et doivent proposer un contrat annuel

d'entretien d'une durée minimale de 5 ans; que ce n'est que par un raccourci d'analyse que la requérante déduit erronément des documents du marché qu'automatiquement tous les clubs équipés d'un pack souscriront un contrat annuel de cinq ans, ce qui n'a guère de sens pour un contrat annuel; qu'il est par ailleurs inexact d'affirmer que les documents du marché laissaient penser aux soumissionnaires que la partie adverse évaluerait le coût global de l'opération "achat + maintenance" sur cinq ans alors que cela ne ressort aucunement de ces documents; qu'à leur lecture, la requérante pouvait très exactement savoir comment configurer son offre pour la rendre économiquement intéressante au regard du critère d'attribution n° 1; que n'étant pas l'importateur du produit proposé, elle avait toute liberté pour choisir un appareil répondant aux conditions du cahier spécial des charges mais moins onéreux que celui proposé et pour lequel le contrat annuel d'entretien était éventuellement plus onéreux; qu'il apparaît de la deuxième branche du moyen, que la requérante était parfaitement consciente du mode de calcul du critère d'attribution n° 1 mais commet une erreur à propos de la manière dont le contrat annuel d'entretien aurait dû être intégré dans la détermination du montant total alors que le cahier spécial des charges ne laisse aucun doute raisonnable à propos de cette détermination; que sur la troisième branche, la partie requérante reste en défaut de citer une disposition légale, réglementaire ou inscrite parmi les documents du marché imposant au pouvoir adjudicateur d'utiliser la totalité d'une fourchette d'évaluation disponible; qu'à suivre le raisonnement de la requérante pour ce qui concerne le critère d'attribution n° 1, il aurait fallu attribuer 60 points à la partie intervenante et aucun point à son offre, ce qui ne correspond manifestement pas à l'écart réel entre les deux offres; que la méthode suivie par la partie adverse semble toutefois refléter, dans le cadre d'un examen en extrême urgence, l'écart entre les offres; qu'ainsi, pour un DEA délivrant un choc en moins de 10 secondes, la notation est fixée à 3 points et, si le délai est supérieur, à 0 point; qu'il en ressort que la totalité de la fourchette est utilisée et que l'écart reflète la différence entre les offres sans que la requérante soutienne que le choix des 10 secondes reflète une erreur manifeste d'appréciation; que la requérante ne démontre, par ailleurs, aucunement une telle erreur manifeste d'appréciation pour les sous-critères d'attribution 2.c. (énergie de choc) et 2.d. (délivrance du choc); que pour ce qui concerne le sous-critère d'attribution 2.f., l'on n'aperçoit pas en quoi, et la requérante ne cite à ce sujet aucune disposition pertinente, il s'imposait de classer les offres sur la base du plus grand nombre de chocs possibles et non d'étager l'attribution des notations selon les paliers retenus et annoncés par le pouvoir adjudicateur (> 300 ; $200 < N < 300$; < 200); qu'enfin, ce n'est pas parce qu'une autre méthode de notation est possible que celle suivie par le pouvoir adjudicateur est illégale, sauf à démontrer une erreur manifeste d'appréciation dans le choix de la méthode de notation, ce que la requérante n'établit pas; que le moyen n'est donc sérieux dans aucune de ses branches;

Considérant que la requérante prend un troisième moyen de la violation de l'article 26 de la loi du 15 juin 2006 précitée, des principes d'égalité de traitement et de transparence, de la loi du 29 juillet 1991 précitée, des principes de bonne administration, de la comparaison effective des offres, du principe général de motivation interne des actes administratifs au terme duquel toute décision doit porter sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit et de l'excès de pouvoir; qu'elle rappelle que la partie adverse, par une décision du 5 avril 2014, a renoncé à l'attribution du marché par appel d'offres "en raison d'offres irrégulières" et a décidé de "relancer le marché par procédure négociée sans publicité en consultant les soumissionnaires sélectionnés et formellement réguliers"; qu'elle estime que son offre étant parfaitement régulière, la partie adverse ne pouvait motiver la non attribution sur base de la prétendue irrégularité des offres, de sorte que la décision attaquée, censée clore la procédure négociée sans publicité, est irrégulière dans la mesure où la décision de recourir à ce mode de passation est elle-même entachée d'irrégularité;

Considérant que le moyen invite à se prononcer sur la régularité de la décision du 5 avril 2014 par laquelle la partie adverse décide d'abandonner l'appel d'offres ouvert pour le marché et de relancer celui-ci selon la procédure négociée, décision contre laquelle la requérante a expressément renoncé à demander la suspension de l'exécution; qu'il n'y a dès lors pas lieu, à ce stade de la procédure, de l'examiner;

Considérant que la requérante prend un quatrième moyen dans lequel elle fait valoir qu'elle n'a pu, avant d'introduire son recours, prendre connaissance des offres déposées par les autres soumissionnaires, ni du dossier administratif et qu'il n'est donc pas improbable que l'acte attaqué soit entaché d'autres irrégularités que celles déjà dénoncées dans la requête; qu'elle précise, à l'audience que ce moyen est pris de la violation de l'article 95, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, des dispositions du cahier spécial des charges relatives au contrat de maintenance ainsi que des principes généraux de bonne administration et de motivation; qu'elle soutient que l'offre de la partie intervenante est irrégulière en ce que, contrairement à ce que prévoit le cahier spécial des charges, le forfait qu'elle propose dans le cadre du contrat d'entretien et de service défibrillateur ne porte pas sur une intervention plus rapide (point D, c) de la partie 2 du cahier spécial des charges) et en ce que la fourniture des pièces, doit y être incluse (point D. b) de la partie 2 du même cahier);

Considérant que comme indiqué précédemment, l'article 95 de l'arrêté royal du 15 décembre 2011 précité n'est pas d'application en l'espèce; que, de surcroît, l'offre de l'intervenante contient bien une clause d'intervention rapide puisqu'elle "s'engage à prendre les mesures nécessaires dans les 24 heures à partir du premier contact téléphonique"; qu'il faut par ailleurs interpréter la clause selon laquelle "le

remplacement périodique, ou suite à une intervention, des consommables (batteries et électrodes) fera l'objet d'une facture additionnelle" en tenant compte des périodes de garantie fixées en l'espèce à quatre ans alors que le cahier spécial des charges prévoyait un minimum de deux ans; qu'il résulte de ces éléments que le moyen n'est dès lors pas sérieux;

Considérant que la partie intervenante souhaite que la confidentialité de son offre soit assurée;

Considérant que nonobstant la divulgation, avant l'audience, de cette offre par le conseil de la partie adverse au conseil de la partie requérante, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité; qu'il y a en outre lieu d'office de maintenir provisoirement la confidentialité des offres de l'ensemble des soumissionnaires dès lors que la divulgation de celles-ci n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige,

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société de droit néerlandais DEFIBRION est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 5, 6, 11, 12 et 26 à 31 du dossier administratif et la pièce A du dossier de pièces de la partie intervenante 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, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations, le vingt-quatre juillet deux mille quinze par :

MM. Jacques VANHAEVERBEEK,
Vincent DURIEUX,

Président de chambre,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Jacques VANHAEVERBEEK.