

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 153.035 du 21 décembre 2005

G./A.99.308/VI-15.770

En cause : **la société anonyme "NOUVELLES SOLUTIONS INFORMATIQUES", en abrégé "N.S.I.",**

ayant élu domicile chez
Me Jean-Pol DOUNY, avocat,
rue Louvrex, n° 28,
4000 Liège,

contre :

**l'OFFICE RÉGIONAL DE PROMOTION
DE L'AGRICULTURE ET DE L'HORTICULTURE,
en abrégé, l'O.R.P.A.H.,
actuellement, AGENCE WALLONNE POUR LA PROMO-
TION D'UNE AGRICULTURE DE QUALITÉ, en abrégé
A.P.A.Q.-W.**

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 11 janvier 2001 par la société anonyme "NOUVELLES SOLUTIONS INFORMATIQUES", en abrégé "N.S.I.", qui demande l'annulation de "la décision de ne pas retenir son offre pour le marché, passé selon la procédure négociée avec publicité, concernant l'achat et l'installation d'un module de comptabilité économique générale, analytique et budgétaire";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. THIBAUT, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 3 mai 2005 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 18 novembre 2005, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 14 décembre 2005;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Alexandre NGUYEN DINH, loco Me Jean-Pol DOUNY, avocat, comparaissant pour la requérante et M^{me} Sophie TONG, attaché, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Auditeur;

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 de la requête sont les suivants :

1. Depuis 1994, les parties adverse et requérante sont en relation commerciale, la partie adverse ayant procédé à divers achats informatiques auprès de la société requérante.

2. Le 7 mai 1999, le Bulletin des adjudications publie un avis de la partie adverse relatif à un marché, à passer selon la procédure de l'appel d'offres restreint, en vue d'acquérir et d'installer un module de comptabilité.

La requérante, informée le 26 mai 1999 qu'elle est sélectionnée, dépose une offre. Le 16 août 1999, elle est avisée par la partie adverse que le marché public est annulé "vu le nombre extrêmement restreint d'offres rentrées dans les délais impartis", à savoir deux.

3. Un deuxième appel d'offres restreint portant sur des services similaires est lancé par la partie adverse. Le cahier spécial des charges relatif à ce marché mentionne 8 critères d'attribution d'une valeur de 10 points chacun, à savoir : le prix du logiciel; le prix de la maintenance; "l'interfaçage"; la convivialité; la conformité à la législation applicable à la comptabilité; la qualité de la présentation; la qualité du logiciel; la formation du personnel. Il fixe l'ouverture des offres au 24 septembre 1999.

Le 22 septembre 1999, la requérante, qui a satisfait aux conditions de la sélection qualitative, dépose une offre. Informée le 31 janvier 2000 de son classement

en deuxième position, la requérante s'enquiert des motifs de ce classement et obtient le 11 février 2000 une copie du rapport d'attribution et un extrait du procès-verbal du conseil d'administration de la partie adverse du 14 décembre 1999 attribuant le marché à la société ORDIGES.

A la suite d'une lettre du 6 mars 2000 de la société requérante relevant des irrégularités dans l'attribution de ce marché, la partie adverse décide, le 23 mars 2000, de renoncer à cette deuxième procédure de marché public.

4. Le 28 avril 2000, le Bulletin des adjudications publie un avis de la partie adverse relatif à un marché public de services comprenant les "devoirs suivants: Conception, réalisation et mise en service d'un module de comptabilité économique générale, analytique et budgétaire adapté à la comptabilité des institutions publiques. Formation des utilisateurs. Assistance sur site, maintenance technique et fonctionnelle".

Selon la partie adverse, six firmes introduisent une demande de participation dont cinq, parmi lesquelles la requérante, sont sélectionnées par décision du 13 juin 2000 de son conseil d'administration.

5. Le cahier spécial des charges relatif à ce nouveau marché indique que le mode de passation du marché est la procédure négociée avec publicité fondée sur l'article 17, § 3, 4°, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et que "le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de modifier, si nécessaire, les dispositions du présent cahier spécial des charges dans le cadre des négociations qui seront menées avec les soumissionnaires".

Il précise, à propos des critères d'attribution, que :

" 1. L'O.R.P.A.H. choisira, parmi les offres régulières, éventuellement adaptées après négociation, celle qu'il jugera la plus intéressante en fonction des critères d'attribution repris ci-après.

A cet effet, les soumissionnaires qui auront participé à la négociation seront invités à tenir compte des conclusions de celle-ci et, sur cette base, à faire connaître leur dernière offre, à l'effet de permettre au pouvoir adjudicateur d'opérer le choix précité.

2. Les critères d'attribution sont :

2.1 le prix global de la prestation de services;

Sont inclus et clairement identifiables dans ce prix :

- le prix des licences d'exploitation;

- le prix du logiciel;
- le coût de la reprise de données.

2.2. Le coût annuel du contrat de maintenance proposé;

2.3. Le coût, exprimé par personne et par jour, du programme de formation des utilisateurs proposés;

2.4. La qualité du logiciel proposé;

2.5. La qualité de la garantie offerte, pendant la période de garantie prévue au point A.XI.;

2.6. La qualité de la maintenance proposée, au-delà de la période de garantie;

2.7. La qualité du programme de formation des utilisateurs proposé.

3. Les critères d'attribution précités sont affectés d'un coefficient d'importance fixé comme suit :

Critères	Points
2.1	25
2.2	5
2.3	5
2.4	45
2.5	5
2.6	10
2.7	5

4. Pour l'application de chacun des critères basés sur le prix, les soumissionnaires joindront à leur offre la justification du montant de celle-ci, compte tenu de ses divers éléments, le pouvoir adjudicateur se réservant le droit de requérir, avant l'attribution du marché, toutes les indications permettant de vérifier les justifications présentées."

Les critères 2.4. à 2.7. font l'objet de précisions quant à leurs éléments constitutifs.

6. Le 21 août 2000, lors de l'ouverture des offres, seules la S.A. ORDIGES et la requérante déposent une offre.

Dans sa lettre accompagnant son offre, la requérante fait valoir ce qui suit :

" Nous nous permettons par ailleurs de vous faire part de notre étonnement quant à la nature de certaines modifications apportées dans votre dernier cahier des charges (version bulletin des adjudications du 28 avril 2000) en particulier sur les clauses techniques (par opposition à la description fonctionnelle de la solution qui elle n'a pas changé) sur la pondération des critères d'attribution et leur subjectivité ainsi que sur l'absence de demande d'engagement clair et précis de la part du fournisseur pour la reprise des données du système actuel.

Nous considérons par conséquent que le nouveau cahier des charges est rédigé de manière à réduire l'importance des avantages que présente notre offre et à mettre par contre en valeur des critères probablement présents chez certains de nos concurrents mais irrelevants par rapport aux nécessités du marché".

7. Le 7 septembre 2000, les services de la partie adverse interrogent, "avant d'entamer les négociations proprement dites", la requérante et la S.A. ORDIGES sur certains éléments de leur offre.

8. Le 18 septembre 2000, la requérante et la S.A. ORDIGES répondent à la demande des services de la partie adverse en apportant les précisions requises.

9. Le 21 septembre 2000, se tient, dans les locaux de la partie adverse, une réunion au cours de laquelle chacun des soumissionnaires présente son offre. À la suite de cette réunion, la société requérante confirme, par courrier du 26 septembre 2000, son offre moyennant des précisions portant sur les différents points abordés lors de cette réunion.

10. Des démonstrations ont lieu, à la demande de la partie adverse, dans les locaux de chacun des soumissionnaires, respectivement le 26 septembre 2000 chez la S.A. ORDIGES et le 2 octobre 2000 chez la requérante.

11. Le 27 septembre 2000, la S.A. ORDIGES apporte des précisions à son offre à la suite de la réunion du 21 septembre et de la démonstration en ses locaux du 26 septembre 2000.

12. Le 2 octobre 2000, la requérante confirme notamment que "le délai d'intervention dans le cadre du contrat de maintenance CONTRACTOR est de 4 heures (maximum) après la communication de la demande par l'ORPAH".

13. Le 3 octobre 2000, les services de la partie adverse demandent aux deux soumissionnaires de confirmer, "de manière ferme et définitive", différents éléments et informations communiqués lors des courriers échangés et des réunions qui ont eu lieu ainsi que leur offre éventuellement adaptée à la suite de ces courriers et réunions, pour le 6 octobre au plus tard, ce qui est fait les 5 et 6 octobre 2000.

14. A une date inconnue, les services de la partie adverse établissent un tableau comparatif, au regard des sept critères d'attribution, des offres des deux soumissionnaires. L'offre de la société requérante obtient 74/100 tandis que l'offre de la

S.A. ORDIGES obtient 74,39 ou 73,66/100, une option étant possible entre le prix global avec ou sans le module "amortissements".

Ce tableau se présente comme suit :

"

SOCIETE NSI

CRITERES	COTATIONS	MOTIVATIONS
1. prix global de la prestation de services (Licences, logiciels, programmation, reprise des données, consultance)	25/25	Offre la plus basse, à savoir 3.164.000 FB HTVA ou 3.249.000 FB HTVA avec le module amortissements
2. coût annuel de la maintenance	4/5	Offre la plus basse, à savoir 143.915 FB HTVA Pénalisation d'un point pour justification insuffisante du prix
3. coût de la formation (par jour pour 8 personnes formées)	5/5	Offre la plus basse, à savoir 24.000 FB HTVA
4. qualité du logiciel - compta budgétaire - compta analytique - compta générale - gestion du contentieux - intégration - interopérabilité, convivialité...	5/10 7/10 8/10 2/5 1/5 4/5 27/45	Encore inexistante concrètement dans contractor R3, projet "papier" uniquement. Peu visualisable dans l'état actuel des choses. Partie du produit proposé ayant déjà atteint une degré d'élaboration avancé. Le produit proposé ne comprend pas une gestion du contentieux à proprement parler (recouvrement judiciaire) mais seulement des rappels. Rien n'assure une intégration effective de la compta budgétaire, intégration qui était définie comme l'élément prioritaire par le cahier spécial des charges. Adéquation par rapport aux exigences du cahier spécial des charges et aux attentes des futurs utilisateurs.
5. qualité de la garantie	3/5	Caractère qualitatif excluant une cote maximale Qualité des services proposés jugée adéquate Pénalisation d'un point pour la lenteur relative d'intervention (dans les 8 heures)

6. qualité de la maintenance	7/10	Caractère qualitatif excluant une cote maximale Qualité des services proposés jugée adéquate Pénalisation d'un point vu la limitation de l'éventuelle utilisation de la hotline à 3 heures par mois.
7. qualité de programme de formation	3/5	Caractère qualitatif excluant une cote maximale. Contenu de la formation peu explicite (1 jour par module) 6 jours de formation prévus
TOTAL	74/100	

SOCIETE ORDIGES

CRITERES	COTATIONS	MOTIVATIONS
1. prix global de la prestation de services (Licences, logiciels, programmation, reprise des données, consultance)	18,63/25 ou 17,9/25	Proportion par rapport à l'offre la plus basse, à savoir : - pourcentage de dépassement = 25,5 % - application de la formule = $25 - (25 \times 25,5 / 100) = 25 - 6,375 = 18,63$ ou - pourcentage de dépassement = 28,4 % - application de la formule = $25 - (25 \times 28,4 / 100) = 25 - 7,1 = 17,9$ avec module immobilisés
2. coût annuel de la maintenance	0,3/5	Proportion par rapport à l'Offre la plus basse, à savoir : - pourcentage de dépassement = 94 % - application de la formule = $5 - (5 \times 94 / 100) = 5 - 4,7 = 0,3$
3. coût de la formation (par jour pour 8 personnes formées)	3,46/5	Proportion par rapport à l'Offre la plus basse, à savoir : - pourcentage de dépassement = 30,8 % - application de la formule = $5 - (5 \times 30,8 / 100) = 5 - 1,54 = 3,46$

4. qualité du logiciel - compta budgétaire - compta analytique - compta générale - gestion du contentieux - intégration - interopérabilité, convivialité...	8/10	Produit existant ayant fait ses preuves dans d'autres contextes que l'O.R.P.A.H.
	7/10	Peu visualisable dans l'état actuel des choses.
	8/10	Partie du produit proposé ayant déjà atteint un degré d'élaboration avancé.
	4/5	Gestion du contentieux à proprement parler (recouvrement judiciaire) très complète et très élaborée
	5/5	Tous les éléments sont parfaitement intégrés.
	4/5	Adéquation par rapport aux exigences du cahier spécial des charges et aux attentes des futurs utilisateurs.
	36/45	
5. qualité de la garantie	4/5	Caractère qualitatif excluant une cote maximale Qualité des services proposés jugée adéquate
6. qualité de la maintenance	8/10	Caractère qualitatif excluant une cote maximale Qualité des services proposés jugée adéquate l'éventuelle utilisation de la hotline est illimitée
7. qualité de programme de formation	4/5	Caractère qualitatif excluant une cote maximale. Contenu de la formation très précisément exposée 14 jours de formation prévus
TOTAL	74,39/100 ou 73,66/100	

".

15. Le 16 octobre 2000, les services de la partie adverse, estimant que "les deux offres doivent être considérées comme équivalentes" et que "le marché ne peut donc être attribué sur cette base", invitent les deux soumissionnaires en lice à leur faire parvenir, pour le 23 octobre 2000, "une nouvelle amélioration de votre offre, relativement aux trois critères «prix» (global, maintenance et formation)", qui comprendra, pour

la requérante, le module amortissements et, pour la S.A. ORDIGES, le module gestion des immobilisés.

16. Le 19 octobre 2000, la S.A. ORDIGES dépose une proposition améliorée, laquelle "porte essentiellement sur le prix de la maintenance annuelle réduit considérablement (un effort de 155.750 BEF est consenti, par année d'utilisation, hors TVA et hors indexation) et sur le prix de la formation des utilisateurs réduit de 236.880 BEF hors TVA en plus d'une réduction de 84.500 BEF hors TVA sur le poste relatif au déplacement".

Le 23 octobre 2000, la société requérante consent une réduction du montant total de son offre (le coût forfaitaire est maintenu à 3.164.000 BEF HTVA, en ce compris le module amortissements) et des coûts de maintenance annuelle "à 100.000 BEF HTVA par an, frais de déplacement inclus", le coût de la formation étant maintenu à 144.000 BEF HTVA pour six jours de formation à huit personnes.

17. Les services de la partie adverse établissent un nouveau tableau comparatif des offres ainsi amendées au terme duquel la requérante obtient 71,9/100 et la S.A. ORDIGES, 74,9/100. Ce tableau se présente comme suit :

"

SOCIETE NSI

CRITERES	COTATIONS	MOTIVATIONS
1. prix global de la prestation de services (Licences, logiciels, programmation, reprise des données consultance)	25/25	Offre la plus basse, à savoir 3.164.000 FB HTVA avec le module amortissements
2. coût annuel de la maintenance	4/5	Offre la plus basse, à savoir 100.000 FB HTVA Pénalisation d'un point pour justification insuffisante du prix
3. coût de la formation (par jour pour 8 personnes formées) (24.000 FB/jour)	2,9/5	Proportion par rapport à l'Offre la plus basse, à savoir : - pourcentage de dépassement = 42 % - application de la formule = $5 - (5 \times 42 / 100) =$ $5 - 2,1 = 2,9$

4. qualité du logiciel	27/45	<p>Exclusion de la cote maximale pour les critères qualitatifs (-9)</p> <p>Compta budgétaire encore inexistante concrètement dans contractor R3, projet "papier" uniquement.(-3)</p> <p>Compta analytique peu visualisable dans l'état actuel des choses. (-1)</p> <p>Compta générale est une partie du produit proposé ayant déjà atteint un degré d'élaboration avancé.</p> <p>Le produit proposé ne comprend pas une gestion du contentieux à proprement parler (recouvrement judiciaire) mais seulement des rappels. (-2)</p> <p>Rien n'assure une intégration effective de la compta budgétaire, intégration qui était définie comme l'élément prioritaire par le cahier spécial des charges.(-3)</p> <p>En ce qui concerne l'interopérabilité, la convivialité ... : adéquation par rapport aux exigences du cahier spécial des charges et aux attentes des futurs utilisateurs.</p>
5. qualité de la garantie	3/5	<p>Caractère qualitatif excluant une cote maximale (-1)</p> <p>Qualité des services proposés jugée adéquate</p> <p>Pénalisation d'un point pour la lenteur relative d'intervention (dans les 8 heures)</p>
6. qualité de la maintenance	7/10	<p>Caractère qualitatif excluant une cote maximale (-2)</p> <p>Qualité des services proposés jugée adéquate</p> <p>Pénalisation d'un point vu la limitation de l'éventuelle utilisation de la hotline à 3 heures par mois.</p>
7. qualité de programme de formation	3/5	<p>Caractère qualitatif excluant une cote maximale.</p> <p>Contenu de la formation peu explicite (1 jour par module)</p> <p>6 jours de formation prévus</p>
TOTAL	71,9/100	

SOCIETE ORDIGES

CRITERES	COTATIONS	MOTIVATIONS
1. prix global de la prestation de services (Licences, logiciels, programmation, reprise des données consultance) 4 070 490 FB	17,85/25	Proportion par rapport à l'Offre la plus basse, à savoir : - pourcentage de dépassement = 28,6 % - application de la formule = $25 - (25 \times 28,6 / 100) =$ - $25 - 7,15 = 17,85$ avec module immobilisés
2. coût annuel de la maintenance 199 125 FB	0,05/5	Proportion par rapport à l'Offre la plus basse, à savoir : - pourcentage de dépassement = 99 % - application de la formule = $5 - (5 \times 99 / 100) =$ - $5 - 4,95 = 0,05$
3. coût de la formation (par jour pour 8 personnes formées)	5/5	Offre la plus basse, à savoir 16 920 FB HTVA
4. qualité du logiciel	36/45	Exclusion de la cote maximale pour les critères qualitatifs (-9) Compta budgétaire : produit existant ayant fait ses preuves dans d'autres contextes que l'ORPAH. Compta analytique peu visualisable dans l'état actuel des choses mais présentée avec nombreuses potentialités. Compta générale : partie du produit proposé ayant déjà atteint un degré d'élaboration avancé. Gestion du contentieux à proprement parler (recouvrement judiciaire) très complète et très élaborée. Tous les éléments sont parfaitement intégrés. En ce qui concerne l'interopérabilité, la convivialité ... : adéquation par rapport aux exigences du cahier spécial des charges et aux attentes des futurs utilisateurs.
5. qualité de la garantie	4/5	Caractère qualitatif excluant une cote maximale (-1) Qualité des services proposés jugée adéquate

6. qualité de la maintenance	8/10	Caractère qualitatif excluant une cote maximale (-2) Qualité des services proposés jugée adéquate l'éventuelle utilisation de la hotline est illimitée.
7. qualité de programme de formation	4/5	Caractère qualitatif excluant une cote maximale.(-1) Contenu de la formation très précisément exposé 14 jours de formation prévus
TOTAL	74,9/100	

".

18. Le 14 novembre 2000, le conseil d'administration de la partie adverse décide d'attribuer le marché litigieux à la S.A. ORDIGES.

Le procès-verbal de cette réunion est approuvé le 12 décembre 2000 moyennant l'ajout du texte suivant :

" La décision d'attribution repose sur les cotations et leurs motivations respectives présentées ci-dessous et établies en fonction des critères d'attribution énumérés dans le cahier spécial des charges et de leur pondération ainsi que des différents éléments dégagés en cours de discussion avec les deux soumissionnaires.
Pour l'appréciation des différents critères les lignes directrices suivantes ont été appliquées :

- 1) En ce qui concerne les critères de prix (1 à 3), la cote maximale a été attribuée à l'offre la moins chère et la cote de la seconde a été réduite proportionnellement selon la formule
Cote attribuée = cote maximale - (cote maximale x pourcentage de dépassement)
- 2) En ce qui concerne le coût de la formation (3), le montant pris en considération a été celui par jour de formation pour un groupe de 8 personnes suite aux précisions apportées par les deux sociétés par réponses écrites des 14 et 15 septembre 2000.
- 3) En ce qui concerne le critère «qualité du logiciel» (4), les 45 points prévus par le cahier spécial des charges ont été attribués en tenant compte des éléments suivants :
 - qualité de la compta budgétaire;
 - qualité de la compta analytique;
 - qualité de la compta générale;
 - qualité de la gestion du contentieux;
 - intégration;
 - interopérabilité, convivialité, fonctionnalité, opérationnabilité, transposabilité vers autres DB, multiplateformes

- 4) Les autres critères ont fait l'objet d'une appréciation en fonction des prescriptions du cahier spécial des charges et des précisions éventuellement apportées en cours de discussion, étant entendu que vu leur caractère qualitatif l'attribution d'une cote maximale a été exclue et une «décote» de 1 point par tranche de cinq points a été appliquée.

Le détail des cotations et de leur motivation respective figure dans les tableaux en annexe."

Cette décision constitue l'acte attaqué.

19. Le 17 novembre 2000, les services de la partie adverse informent la S.A. ORDIGES de sa désignation comme attributaire et la requérante de son éviction.

A la demande de la requérante, les services de la partie adverse lui communiquent, le 13 décembre 2000, la décision motivée d'attribution, étant le tableau comparatif ainsi que l'extrait du procès-verbal de la réunion du conseil d'administration.

Considérant que l'O.R.P.A.H. est devenu l'A.P.A.Q.-W. par l'effet du décret du 19 décembre 2002 relatif à la promotion de l'agriculture et au développement des produits agricoles de qualité différenciée (Moniteur belge du 28 janvier 2003), qui est entré en vigueur le 1^{er} mars 2003 par l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 février 2003 portant certaines dispositions d'exécution du décret du 19 décembre 2002 précité (Moniteur belge du 3 mars 2003);

Considérant que la requérante prend un premier moyen de la violation des "règles de bonne administration plus particulièrement le principe d'égalité"; qu'elle expose que "c'est par trois fois que la partie adverse a publié au Bulletin des adjudications le marché" querellé, que "dans sa lettre du 18 août, elle a signalé à la partie adverse son étonnement concernant les modifications apportées dans le cadre du dernier cahier des charges et plus particulièrement les clauses techniques (par opposition à la description fonctionnelle de la solution qui, elle, n'a pas changé), la pondération des critères d'attribution et leur subjectivité ainsi que l'absence de demande d'engagement clair et précis de la part du fournisseur pour la reprise des données du système actuel", et que "le dernier cahier des charges a été rédigé de manière à réduire l'importance des avantages que présentait son offre et à mettre par contre en valeur les critères probablement présents chez certains de ses concurrents mais irrelevants par rapport aux nécessités du marché";

Considérant que la partie adverse répond que, pour les deux précédentes procédures, les décisions de renoncer au marché engagé ont été prises dans les conditions prévues par l'article 18, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 et ont été dûment motivées, que la requérante ne les a pas contestées, et que le délai de recours à l'égard de ces décisions est prescrit depuis de nombreux mois; qu'elle relève ensuite, dans ce qu'elle qualifie de deuxième moyen, que les prétendues clauses discriminatoires du dernier cahier spécial des charges sont évoquées "de façon vague, sans citer aucune des dispositions en cause, sinon en évoquant, de façon générale, la pondération des critères d'attribution et sans, dès lors, administrer la moindre preuve de ce qu'elle allègue", que, pour les critères d'attribution, elle a revu la pondération des critères en estimant qu'ils avaient été, par erreur, mis sur un pied d'égalité dans le cahier spécial des charges précédent, qu'il "convenait, par une pondération adéquate et différenciée, d'accentuer l'importance relative à accorder aux différents critères basés sur le prix ainsi que, et surtout, sur la qualité du logiciel proposé, tout en précisant, dans le (nouveau) cahier spécial des charges, les modalités d'application de chacun des critères d'attribution d'ordre qualitatif", et qu'il s'agissait d'objectiver les critères d'attribution; qu'elle fait encore valoir que la critique à propos de la reprise des données du système actuel n'est guère fondée dans la mesure où "le cahier spécial des charges précisait clairement, en son article A.VII.2., que le coût de la reprise des données devait être inclus et clairement identifiable dans le prix global", qu'après la sélection qualitative des cinq firmes candidates, le pouvoir adjudicateur ignorait quelles firmes déposeraient une offre en telle sorte qu'il n'a pu orienter le cahier spécial des charges et qu'il s'agit d'un procès d'intention;

Considérant que la requérante réplique que la preuve du fondement de la violation du principe d'égalité se trouve dans les démarches antérieures de la partie adverse ainsi que dans les modifications du cahier spécial des charges destinées à réduire les avantages de son offre et à mettre en valeur les critères présents chez les concurrents, que la partie adverse avait une connaissance parfaite des offres de la requérante et d'ORDIGES, que la partie adverse a renoncé au deuxième marché public uniquement à la suite de la plainte de la requérante, et qu'elle "ne peut s'empêcher de voir dans les différents rétroactes d'attribution dudit marché à ORDIGES l'intention de l'O.R.P.A.H. de vouloir attribuer à tout prix ledit marché à ladite société"; qu'elle détaille les nouveaux éléments techniques apparus, à savoir, tout d'abord, "la transposabilité vers d'autres systèmes de base de données relationnels", le logiciel de la requérante tournant sous ORACLE, système équipant la partie adverse, et le logiciel d'ORDIGES pouvant utiliser ORACLE ou un autre système mais de manière inutile puisque le choix de la partie adverse fut quand même celui d'un système sous ORACLE, et, ensuite, "la possibilité de

tourner sur plusieurs plates-formes", son logiciel ne tournant que sur une plate-forme unique alors que le logiciel ORDIGES tourne sur plusieurs plates-formes; qu'elle souligne que la partie adverse a attribué 35/100 des points à des critères objectivables contre 65/100 à des critères d'appréciation de la qualité évidemment subjectifs, que si l'article A.VII.2. du cahier spécial des charges mentionnait le coût de reprise des données, aucune information précise n'était donnée à ce propos dans les clauses techniques, et que la firme ORDIGES ayant été une première fois attributaire, il était évident qu'elle réitérerait son offre;

Considérant que, selon l'article 2, § 1^{er}, 2°, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 portant le règlement général de procédure devant la Section d'administration du Conseil d'Etat, la requête doit contenir notamment un exposé des moyens; qu'un moyen de droit consiste en une description suffisamment claire de la règle de droit qui a été transgressée ainsi que de la manière dont cette règle a été méconnue par l'acte attaqué;

Considérant qu'en l'espèce, la requérante prend son premier moyen de la violation du principe d'égalité; que ce moyen n'étant pas d'ordre public, il appartenait à la requérante, qui par ailleurs avait connaissance des procédures antérieures et des cahiers spéciaux de charge y relatifs, d'exposer, dans la requête, in concreto et de manière suffisamment explicite la manière dont ce principe aurait été violé; qu'en ce qui concerne "les démarches antérieures de la partie adverse", la requérante se contente d'indiquer qu'elle y voit "l'intention de l'O.R.P.A.H. de vouloir attribuer à tout prix ledit marché à la société ORDIGES" sans apporter le moindre élément de preuve; que le seul fait de recommencer une procédure de passation de marché n'implique pas par lui-même l'expression, dans le chef du pouvoir adjudicateur, de la volonté de rompre l'égalité entre soumissionnaires dès lors que cette possibilité est expressément prévue par l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 précitée et que la décision de renoncer à la deuxième procédure a été prise par la partie adverse à la suite des observations de la société requérante; que, pour ce qui est des "modifications apportées dans le cadre du dernier cahier des charges", la requête se contente d'énoncer les trois points que la requérante estime litigieux sans préciser en quoi ils violeraient le principe d'égalité, ces allégations ne recevant qu'un début d'explication à l'occasion du mémoire en réplique; qu'il s'ensuit que le premier moyen est irrecevable;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen de "l'absence de comparaison objective des offres et d'examen minutieux de leurs mérites respectifs"; qu'elle expose de manière générale que, le 16 octobre 2000, la partie adverse considérait les offres comme équivalentes, en telle sorte que le marché public ne pouvait être

attribué, et a dès lors demandé une amélioration aux deux soumissionnaires encore en lice sur les trois critères "prix", qu'à ce moment-là, elle avait un meilleur résultat que la S.A. ORDIGES pour ce qui concerne la cotation des trois critères "prix", à savoir 31,9/35 pour 22,9/35 à la S.A. ORDIGES, qu'il n'y a donc pas eu entre le 16 octobre et le 17 novembre de comparaison objective des offres ni un examen minutieux de leurs mérites respectifs, que, sur la base de la lettre du 16 octobre, elle devait en effet obtenir le marché public puisque ses cotations au niveau des prix sont meilleures que celles de sa concurrente et que pour les autres postes, il y avait soi-disant une équivalence; qu'elle indique, pour la formation, qu'il n'y avait aucune raison de faire la comparaison du coût journalier puisque son offre était une offre globale alors que l'offre de la S.A. ORDIGES, sur la base du nombre de jours de formation prévus, est plus chère; qu'elle souligne, pour la qualité du logiciel, que l'appréciation de son offre postérieure à la demande d'amélioration est manifestement inexacte; qu'elle relève, pour la comptabilité publique, que si l'offre de la S.A. ORDIGES est considérée comme présentant de nombreuses potentialités sur ce point, aucune remarque n'a été faite au cours des réunions, son logiciel en cette matière étant un des fleurons de sa gamme, qu'en l'absence de gestion du contentieux dans son offre, deux points lui ont été retirés alors que le cahier spécial des charges ne traite que de rappels, et qu'une double pénalisation est faite pour le module budgétaire, trois points étant retirés pour l'inexistence de la comptabilité budgétaire et encore trois points pour sa non-intégration effective; qu'elle fait valoir, pour la qualité de la garantie, que son offre perd un point car elle a eu l'honnêteté de signaler qu'elle interviendrait dans un délai de maximum huit heures alors que la partie adverse, cliente de longue date, sait que ses interventions sont réalisées dans un délai plus court; qu'elle ajoute, pour ce qui concerne le programme de formation, que son offre est pénalisée deux fois alors que son programme est moins cher que celui de la S.A. ORDIGES;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse signale que, en présence de deux offres et eu égard à la pondération des critères, elle "a été confrontée à l'obligation de définir les modalités d'application des critères basés sur le prix" en adoptant "une méthode rationnelle et objective, à savoir attribuer le maximum de points prévus à l'offre la moins disante" et intégrer le pourcentage du dépassement du prix de l'offre plus élevée sur la notation, que, pour les critères d'ordre qualitatif, il a été entendu qu'aucun soumissionnaire ne pouvant, a priori, répondre parfaitement à ses exigences, un point est d'office retiré à chacun, qu'elle a calculé le coût du programme de formation par jour pour un groupe forfaitaire de huit personnes de sorte qu'un coût global a été ramené à un coût journalier "conçu comme un prix unitaire sans référence à une quelconque quantité et devant servir de base uniforme pour la comparaison des

offres pour ce critère", et que les propositions d'amélioration se répercutent fatalement sur l'attribution des points prévus, ce qui est le cas de l'offre de la requérante, celle-ci restant la moins-disante pour les deux premiers critères "prix" mais ne l'étant plus pour le troisième critère pour lequel elle s'est vu attribuer 2,9/5 points au lieu de 5/5 alors que l'offre de la S.A. ORDIGES a reçu 5/5 points au lieu de 3,46/5; qu'elle expose que les termes "gestion du contentieux" étaient définis à la page 14 du cahier spécial des charges en sa partie B, que, pour la qualité de la garantie, c'est le délai proposé dans l'offre qui compte et non un délai supposé et que, pour la qualité du logiciel, une pondération intermédiaire a été établie pour tenir compte des divers éléments de ce critère mentionné au point A.VII.5.1. du cahier spécial des charges afin de faciliter la prise de décision et la justification des points attribués;

Considérant que la requérante réplique que le mémoire en réponse lui a appris que les deux offres considérées comme équivalentes "étaient toutefois sensiblement différentes" et que son offre était la meilleure, 74/100 étant supérieur à 73,66/100, que la partie adverse ne justifie pas pourquoi elle a retiré un point pour le coût de la maintenance, que, pour la qualité du logiciel, la partie adverse n'explique pas la double pénalisation en ce qui concerne le module budgétaire ni pourquoi une mention identique aboutit à une pénalité d'un point dans son chef et à aucune pénalité pour la S.A. ORDIGES, que le délai d'intervention intégré sous l'aspect garantie n'était pas de huit heures mais de quatre heures comme précisé au courrier du 23 octobre, ce qui la pénalise de un point, et que, pour ce qui concerne le coût de la formation, le présent marché public est un marché de services à prix global de sorte que la partie adverse ne pouvait retenir le coût par personne et par jour de formation et que son prix global était plus bas que celui de la S.A. ORDIGES;

Considérant qu'à défaut de dispositions en sens contraire dans la réglementation applicable et dans le cahier spécial des charges relatif au marché en cause, le pouvoir adjudicateur peut, dans une procédure négociée, considérer comme équivalentes des soumissions dont la notation finale ne varie que de quelques centièmes de point sans que l'équivalence entre les soumissions doive être recherchée au regard de chacun des critères d'attribution; qu'en outre, le pouvoir adjudicateur peut ne demander des améliorations des soumissions que pour certains éléments ou certains critères d'attribution pour autant que le principe d'égalité entre soumissionnaires ne soit pas violé;

Considérant que c'est erronément que la requérante interprète la demande du 16 octobre 2000 d'amélioration des offres sur les trois critères "prix" comme établissant une équivalence des soumissions sur la base des quatre autres critères; qu'il

ressort en effet du premier tableau comparatif établi par les services de la partie adverse après négociations mais préalablement à la demande du 16 octobre 2000 précitée que les soumissions étaient équivalentes du point de vue de leur notation finale mais qu'elles ne l'étaient ni au regard de l'ensemble des trois critères "prix", la requérante obtenant 34/35 et la S.A. ORDIGES 21,66/35, ni au regard de l'ensemble des quatre autres critères dits "qualitatifs" pour lesquels la requérante obtient 40/65 et la S.A. ORDIGES 52/65; que par la suite, l'appréciation de la partie adverse est restée la même pour les quatre critères dits "qualitatifs", les offres ne pouvant plus être modifiées sur ces points, et a par contre varié pour les trois critères "prix" sur lesquels portait la demande d'amélioration précitée; qu'il s'ensuit que l'appréciation de la qualité du logiciel offert par la requérante n'a pas varié, contrairement à ce qu'elle soutient, avant ou après le 16 octobre, la comparaison des offres au regard de ce critère ayant eu lieu antérieurement;

Considérant par ailleurs que la requérante critique l'évaluation des offres opérée par la partie adverse pour quatre des sept critères d'attribution;

Considérant, en ce qui concerne le critère 4 intitulé "Qualité du logiciel", que la requérante met en cause la pénalisation à des degrés divers de son offre au regard de trois des six éléments de comparaison utilisés par la partie adverse pour apprécier ce critère, étant la "gestion du contentieux", la "comptabilité analytique" et la "comptabilité budgétaire"; que, tout d'abord, la pénalité de deux points ayant trait à l'élément "gestion du contentieux" est justifiée à suffisance de droit et de fait dès lors qu'il ressort du dossier que, pour l'offre de la requérante, "le produit proposé ne comprend pas une gestion du contentieux à proprement parler (recouvrement judiciaire) mais seulement des rappels", contrairement à l'offre de la S.A. ORDIGES qui présente une "gestion du contentieux à proprement parler (recouvrement judiciaire) très complète et très élaborée"; qu'ensuite, la pénalité d'un point à propos de l'élément "comptabilité analytique" ne repose pas sur la même appréciation des offres en lice, l'observation de "compta analytique peu visualisable dans l'état actuel des choses" valable pour les deux offres étant assortie en outre d'une remarque positive ("mais présentée avec de nombreuses potentialités") pour la seule offre de la S.A. ORDIGES; qu'enfin, en retenant une double pénalité de trois points relative à la comptabilité budgétaire, la partie adverse n'a pas excédé son large pouvoir d'appréciation dès lors que ce module n'existait que "sur papier" dans l'offre de la requérante, cette absence étant sanctionnée en ce qui concerne tant l'existence de ce module que son intégration; que cet argument n'est pas fondé;

Considérant, en ce qui concerne le critère 5 intitulé "Qualité de la garantie", que la requérante critique la pénalisation d'un point affectant son offre, laquelle est motivée par "la lenteur relative d'intervention (dans les 8 heures)"; que, sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur la recevabilité ou le fondement de cet argument, il échet en tout cas d'observer que l'erreur éventuelle d'un point dans l'évaluation de l'offre de la requérante est impuissante à elle seule à remettre en question le classement des offres, celles-ci étant séparées de trois points; que cet argument est, en tout état de cause, inopérant;

Considérant, quant au critère 3 intitulé "coût de la formation", qu'après amélioration, la requérante offrait six jours de formation de huit personnes pour 144.000 BEF et la S.A. ORDIGES quatorze jours de formation de huit personnes pour 236.880 BEF; que, s'agissant de comparer deux offres présentant des propositions différentes pour un même poste, la partie adverse n'a pas violé les principes visés au moyen en recherchant une base de comparaison commune et en retenant à cet effet le coût journalier de formation de huit personnes, soit, pour la requérante, 24.000 BEF et, pour la S.A. ORDIGES, 16.920 BEF; qu'il en va d'autant plus ainsi que le cahier spécial des charges retenait comme critère "le coût, exprimé par personne et par jour, du programme de formation des utilisateurs proposés"; que cet argument n'est pas fondé;

Considérant, quant au critère 2 intitulé "coût de la maintenance", que la requérante estime la pénalisation d'un point injustifiée; que cet argument soulevé pour la première fois dans le mémoire en réplique, alors que la requérante était en possession du tableau comparatif des offres avant l'introduction de son recours, est tardif et, partant, irrecevable;

Considérant que le deuxième moyen est pour partie irrecevable et pour partie non fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 173,53 euros, sont mis à charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt et un décembre deux mille cinq par :

MM.	ANDERSEN,	Premier Président du Conseil d'Etat,
	LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
	NIHOUL,	Conseiller d'Etat,
	HARMEL,	Greffier.

Le Greffier,

Le Premier Président,

P. HARMEL.

R. ANDERSEN.