CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 161.963 du 24 août 2006

A. 175.794/VI-17.205

En cause : **La société anonyme de droit français PROCONSULTANT INFORMATIQUE,**
ayant élu domicile chez
Mes D. LINDEMANS et A. LINDEN, avocats,
boulevard de l'Empereur 3
1000 Bruxelles,

contre :

La Radio-Télévision belge de la Communauté française,
ayant élu domicile chez
Mes D. LAGASSE et E. VAN NUFFEL, avocats,
chaussée de La Hulpe 187
1170 Bruxelles**,**

Partie intervenante :

La société anonyme MEDIAGENIX NEXT GENERATION,
ayant élu domicile chez
Mes P. TEERLINCK et J. SURMONT, avocats,
de Merodelei 112
2300 Turnhout,

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

Vu la demande introduite selon la procédure d'extrême urgence le 11 août 2006 par la société anonyme de droit français PROCONSULTANT INFORMATIQUE, qui tend à la suspension de l'exécution de la décision du 26 juillet 2006 par laquelle la Radio-Télévision belge de la Communauté française (RTBF) attribue par la procédure

négociée avec publicité européenne, le marché de services relatif à l'acquisition d'un logiciel de gestion d'antenne à la société Mediagenix;

Vu la requête introduite le 23 août 2006 par laquelle la société anonyme Mediagenix demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé;

Vu le dossier administratif;

Vu l'ordonnance du 16 août 2006 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 23 août 2006 à 10 heures;

Entendu, en son rapport, M. LEROY, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Mes J. STUYCK, V. VAN TROYEN et L. LEISER, loco Mes D. LINDEMANS et A. LINDEN, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me E. VAN NUFFEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Mes P. TEERLINCK et J.-L. SCHUERMANS, avocats, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, 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, par requête introduite le 23 août 2006, la société anonyme Mediagenix demande à intervenir dans la procédure en référé; qu'il y a lieu d'accueillir cette requête;

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

En décembre 2003, la RTBF a lancé un appel d'offres en vue de la passation d'un marché relatif à l'acquisition d'un «logiciel de gestion d'antenne»; elle y a ultérieurement renoncé, principalement au motif que le logiciel décrit dans le cahier des charges s'avérait inadéquat en raison de l'évolution de la politique menée. En octobre 2004, un nouvel appel d'offres est lancé; à nouveau la partie adverse y a renoncé, par une décision du 19 juillet 2005, motivée comme suit:

«A l'issue d'une analyse approfondie des soumissions en lice, effectuée par la Direction de la Production TV, il a été constaté (que) les offres déposées dans le cadre de cette seconde procédure d'appel d'offres général ne répondaient de nouveau pas de façon optimale aux desiderata et exigences du pouvoir adjudicateur.

Plusieurs considérations expliquent cet état de fait. Notamment:

– le caractère éminemment tentaculaire et complexe de l'objet même du présent marché, rendant extrêmement difficile une appréhension exhaustive et complète des besoins a priori, ainsi d'ailleurs que leur formalisation au sein d'un cahier spécial des charges par nature très cadenassé..)
– l'interdiction de toute négociation avec les soumissionnaires en lice, justifiée par l'essence même du mode de passation "ordinaire" choisi (appel d'offres), laissant bien peu de latitude au pouvoir adjudicateur pour aborder, de manière concertée, les questions qui le cas échéant n'auraient pas été évoquées dans les documents du marché.
– la circonstance que le présent marché se trouve intimement lié à d'autres projets ou chantiers actuellement menés de façon parallèle par la RTBF (entre autres, la numérisation de la production), dossiers qui eux-mêmes font l'objet d'évolutions, de mutations au cours de leur avancement, lesquelles n'ont pu être prises en considération lors du lancement de l'appel d'offres sous rubrique. La transversalité qui caractérise ce marché rend donc impérieuse l'inscription de cette acquisition de logiciel dans une stratégie globale et intégrée.

Eu égard à ce qui précède, la RTBF a décidé, et ce conformément à la faculté prévue à l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993, de ne pas donner suite au marché faisant l'objet de cet appel d'offres général, et de "*refaire la procédure, au besoin suivant un autre mode*".

En l'espèce, le mode de passation retenu pour cette relance serait la procédure négociée avec publicité, conformément à l'article 17, § 3, 4° de la loi précitée. Selon cette disposition en effet, "*il peut être traité par procédure négociée en respectant les règles de publicité (...) lorsque (..), dans le cas d'un marché public de services, la nature des services est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre son attribution selon la procédure d'adjudication ou d'appel d 'offres*".

Or, l' échec dans la finalisation des deux procédures passées atteste du fait que les modes de passation dits ordinaires ne s'avèrent pas des plus adéquats pour ce type de marché compliqué. Le recours à la procédure négociée avec publicité devrait permettre, tout en maintenant le sacro-saint principe de publicité (via la publication d'un avis de marché) de solutionner, par le biais de la négociation, les blocages qui étaient apparus suite à la trop grande rigidité de la procédure d'appel d'offres.

Cette consultation nouvelle sera effectuée sur base d'un nouveau cahier spécial des charges, lequel intégrera les adaptations requises.»

Par un avis publié le 29 juillet 2005, la RTBF a annoncé un marché en vue d'acquérir un «logiciel (ou progiciel) de gestion d'antenne», à passer par procédure négociée avec publicité. Ce marché est régi par un cahier spécial des charges qui a été établi en octobre 2005.

Une note établie par l'administrateur général le 26 juillet 2006 expose la procédure suivie et contient la décision d'attribution. Elle relate que huit candidatures ont été reçues, dont sept ont été jugées recevables, qu'au terme d'un premier examen, trois offres ont été retenues – dont celle de la requérante –, et que le processus de négociation a été poursuivi avec les firmes qui les avaient déposées. Elle examine les

offres sous l'angle des neuf critères fixés par le cahier général des charges; l'offre de la requérante et celle de Mediagenix sont classées comme suit pour chacun de ces critères:

n°	Critère objet	classement requérante	Classement Mediagenix	
1	spécifications fonctionnelles et techniques	1	2	
2	Convivialité et ergonomie	1	2	
3	Interfaçabilité	1	1	*ex-aequo*
4	Coût sur 5 ans	3	2	
5	Possibilités d'extension	3	1	
6	Importance, délai risques, travaux développement	2	1	
7	Garanties délai intervention	2	1	
8	Délai exécution	1	1	*ex-aequo*
9	Norme ISO	1	1	*ex-aequo*

La note indique ensuite que le comité de pilotage prévu par le cahier spécial des charges a mis en balance les différents critères et a conclu que l'offre de Mediagenix était la plus intéressante; c'est à cette société que, par la décision attaquée, contenue dans la même note, le marché est attribué.

Considérant qu'en application de l'article 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la partie adverse a informé les entreprises qui avaient présenté des offres de sa décision et leur a laissé un délai pour saisir la juridiction compétente, soit, en l'espèce le Conseil d'Etat; que le marché n'a en conséquence pas encore été conclu au jour où le présent arrêt est rendu;

Considérant que la requérante prend un premier moyen de la violation de l'article 6 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, de l'article 139 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 10 et 11 de la Constitution, du principe de la libre concurrence, et des principes de bonne administration,

en ce que la R.T.B.F a utilisé les solutions confidentielles proposées par la requérante dès le premier appel d'offre pour rédiger les clauses techniques du cahier spécial des charges du marché litigieux, et a «encouragé» les soumissionnaires – dont la société Mediagenix – à proposer des modules semblables – si pas identiques – à ceux développés par la requérante,

alors que l'article 6 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ce dernier interdit au pouvoir adjudicateur de divulguer les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel, que cette divulgation a favorisé la société Mediagenix, qui s'est ainsi vue illégalement attribuer le marché, qu'il s'agit, notamment, d'une application particulière des principes d'égalité consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution, et des principes de bonne administration;

Considérant que la critique formulée par le moyen concerne les modules que la requête présente comme relatifs à l'«habillage dynamique» et le «placement automatique des promotions»; qu'il s'agit apparemment des points L et K du cahier spécial des charges, rédigés comme suit:

«K. GESTION DES ECRANS PUBLICITAIRES

Les grilles de programme sont envoyées sur base régulière à la Régie Publicitaire RMB pour commercialisation.

RMB les insère dans ses outils d'information des clients et gère la réservation des espaces via une application particulière appelée MAYA.

En fin de processus de commercialisation, sur base régulière, RMB nous transmet les fichiers audio et vidéo, ainsi qu'une description de leur contenu, correspondant aux écrans publicitaires. Ces informations sont chargées automatiquement sur un serveur de diffusion dédicacé.

Le fichier joint est au format texte avec séparateurs et reprend les données essentielles.

En annexe 1 se trouve une liste des champs requis par l'ensemble des modules. Cette liste est non limitative et non exhaustive. (dans la phase d'analyse, un inventaire des champs requis pour chaque module sera effectué par le fournisseur)

Par ailleurs, il devra être possible d'accéder facilement aux données des autres modules. (en lecture, modification, création selon les autorisations de l'utilisateur)

La plupart des écrans sont fournis à la R.T.B.F. au plus tard la veille du jour de leur diffusion. Les informations y relatives doivent pouvoir être importées et consultées dans la grille, qui en tiendra compte automatiquement. Certains écrans peuvent être modifiés en dernière minute. Il est donc nécessaire, tant que la conduite n'a pas été exportée vers le logiciel d'automation, de pouvoir prendre en compte, automatiquement, les modifications transmises par la RMB.

Le soumissionnaire précisera dans son offre comment il gérera ce transfert d'informations.

Dans l'attente de disposer des informations précises sur les écrans publicitaires, il devra être possible d'insérer dans la grille up des écrans prévisionnels aux moments prévus pour leur diffusion et avec une durée approximative. Ces écrans prévisionnels

seront remplacées par les données reçues de la RMB dès que celles-ci nous seront communiquées.

La grille tiendra compte automatiquement des modifications qui interviendraient dans les écrans publicitaires si la version initiale devait être modifiée par la RMB.

Un échange de données régulier et dynamique entre l'application MAYA et le logiciel d'antenne permettra une meilleure intégration des workflows respectifs.

L. AUTOMATISATION DES FONCTIONS D'HABILLAGE

Le soumissionnaire citera les dispositions offertes pour faciliter l'habillage automatique d'une chaîne. Il devrait être ainsi possible:

- d'automatiser le placement des jingles de chaînes, du voice-over, de jingles audios et ainsi que de pages complètes disponibles sur serveur et pouvoir procéder à des ajustements différents par chaîne.
- d'automatiser des bandes-annonces simples en envoyant, par exemple, à un incrustateur, l'information relative à l'heure de démarrage d'un programme pour que l'incrustateur puisse modifier automatiquement en fonction du jour et de l'heure annoncée de début d'un programme en raison des modifications qui interviennent lors du déroulement du conducteur
- d'automatiser la gestion d'éléments d'informations apparaissant à l'antenne comme: nom de programme après écran de coupure, texte de bas d'écran, parrainages, promos graphiques ou vidéo de bas d'écran, génériques accélérés, résumés ou en split screen,...

Le soumissionnaire dira si son application offre d'autres facilités permettant de réduire et d'automatiser le travail d'habillage d'une chaîne. (par exemple: sous-titrage in vision/télétexte, DVB...)»;

Considérant que le cahier spécial des charges n'indique, dans ces passages, que des objectifs à atteindre et des renseignements à fournir quant aux possibilités du système proposé; il ne s'agit pas de «renseignements que les opérateurs économiques... ont communiqués à titre confidentiel», lesquels «comprennent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres», qui sont protégés par la directive visée au moyen; qu'à supposer que la partie adverse ait découvert l'existence de programmes réalisant ces opérations par la consultation des soumissions déposées par la requérante aux deux premiers appels d'offres – ce qui n'est nullement établi et paraît peu plausible dans le chef d'un opérateur de télévision qui se tient normalement informé des rapides développements de la technique afférente à son activité –, encore n'y aurait-il là aucune violation de l'obligation de confidentialité dès lors que le cahier des charges ne contient aucune spécification technique quant à la manière d'arriver au résultat demandé; que le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen de la violation de l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de l'article 8 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;

en ce que ni la décision attaquée, ni le cahier spécial des charges ne justifient pourquoi le marché litigieux a été passé sous la forme d'une procédure négociée sans

(lire «avec») publicité; que le recours à cette procédure a causé un préjudice à la requérante dans la mesure où il a permis à la RTBF d'«encourager» la société Mediagenix à adapter son offre aux solutions techniques proposées par la requérante, ce qui aurait été impossible ou extrêmement difficile si la RTBF avait procédé par appel d'offres; qu'en outre, la plus grande rigidité que présente l'appel d'offres aurait nécessairement conduit à l'attribution du marché à la requérante, son offre étant incontestablement la plus avantageuse;

alors que le recours à la procédure négociée doit se fonder sur certains motifs limitativement énumérés à l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; que l'article 16 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 pour tout marché passé, le pouvoir adjudicateur, en cas de recours à la procédure négociée avec ou sans publicité, doit justifier les circonstances visées à l'article 17, § 2 ou § 3 de la loi, propres à motiver le recours à cette procédure;

Considérant que marché litigieux a été attribué par procédure négociée après que deux appels ont été lancés en vue de l'attribuer par appel d'offres; qu'il résulte du dossier administratif que les procédures d'appel d'offres se sont révélées peu avantageuses notamment en raison de l'évolution rapide de la technologie dans le domaine considéré, cette procédure nécessitant des délais tels que la technologie retenue au terme de la procédure serait déjà obsolète ou peu s'en faut; qu'au terme du second appel d'offres, la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, s'estimer de ce fait en présence d'une situation où la nature des services à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre son attribution selon la procédure d'adjudication ou d'appel d'offre, ce qui justifie le recours à la procédure négociée en application de l'article 17, § 3, 4°, de la loi du 24 décembre 1993;

Considérant que l'article 16 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'est applicable qu'aux marchés de travaux et non à ceux de services; que le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que la requérante prend un troisième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 2 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, de l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains

marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, et des principes de bonne administration, notamment le principe du raisonnable et l'obligation de procéder à un examen sérieux du dossier;

en ce que la décision attaquée est empreinte d'une erreur manifeste d'appréciation des mérites des offres respectives et qu'elle n'est pas régulièrement motivée, tant d'un point de vue formel que matériel, par rapport aux critères d'attribution;

que, quant au premier critère – valeur technique de l'offre –, si l'offre de la requérante a été classée première, il convient de souligner que ce résultat est avant tout un choix des utilisateurs de la RTBF et des services techniques qui ont toujours vu, dans la solution de requérante, la solution tant recherchée; qu'au regard de ce critère, il est étonnant de relever, pour le commentaire de la solution de la société Mediagenix, que la RTBF tient pour important que la société soit sur le territoire belge; que cette considération est discriminatoire; qu'en toute hypothèse, l'offre de la requérante a donné de nombreuses garanties relatives à la maintenance et l'installation de la solution, notamment compte tenu de sa présence à Metz en France, soit seulement à près de 30 km (lire 70) de la frontière belge;

que, quant au second critère – la convivialité et l'ergonomie de la solution –, l'offre de la requérante a été classée première; qu'à nouveau, ce sont les utilisateurs qui ont plébiscité cette solution; qu'ainsi, la décision attaquée relève que «les utilisateurs pensent qu'elle sera simple à apprendre et conviendra également aux utilisateurs peu habitués au monde informatique»;

que, quant au troisième critère – l'«interfaçabilité» de la solution –, il est reconnu par la décision attaquée que la solution proposée par la requérante répond parfaitement à ce critère; que toutefois, la RTBF a estimé opportun d'évoquer, en italiques, un aspect étranger au critère technique de l'interfaçabilité, à savoir le «jalon décisionnel»; que la question du jalon décisionnel est purement financière et non technique; que bien que la notation finale soit favorable à la requérante, l'on peut toutefois s'interroger sur la raison pour laquelle la RTBF a mélangé les genres;

que quant au quatrième critère – le coût global sur cinq ans –, la requérante a été classée troisième; que les éléments avancés par la RTBF sur ce point sont erronés; qu'en effet, la décision attaquée indique à tort que l'offre de la requérante ne reprendrait pas le nombre de chaînes requis; qu'en effet les chaînes exploitées par la RTBF sont au nombre de trois actuellement et la proposition visait précisément trois chaînes de télévision avec option pour deux autres chaînes; que la décision attaquée indique également que l'offre de la requérante propose une logique de prix liée aux types de chaînes, au nombre de chaînes, au nombre d'utilisateurs et aux modules requis; qu'il s'agit d'une exigence qui figure expressément à l'annexe 3 du cahier spécial des charges; que

la décision d'attribution indique que le coût de la solution proposée par la requérante laisse moins de 7% de marge de manœuvre à la RTBF; que pour arriver à ce chiffre, la RTBF a pris pour base de calcul l'offre de la requérante pour cinq chaînes, alors que la RTBF a uniquement besoin de trois chaînes (les éventuelles chaînes supplémentaires ne sont pas confirmées); que le prix de la requérante est inférieur pour trois chaînes uniquement; qu'en outre, la décision attaquée ne permet nullement de vérifier la position des soumissionnaires en fonction de leurs offres financières respectives; qu'elle ne présente pas les prix proposés par les soumissionnaires; qu'elle tente de se soustraire ainsi au contrôle juridictionnel; que d'ailleurs, l'appréciation de la proposition de la société Mediagenix est hasardeuse; qu'en effet la décision attaquée souligne, à plusieurs reprises, que cette société n'a pas finalisé les développements demandés; que la décision attaquée souligne elle-même, pour ce qui concerne Mediagenix que «seuls les nouveaux modules ne sont pas prévus dans la maintenance et feront l'objet d'un investissement complémentaire»; que les éléments sur lesquels s'est appuyée la RTBF pour apprécier la proposition financière de la société Mediagenix sont incomplets; que la RTBF ne pouvait donc comparer, à périmètre (lire «paramètre» ?) égal, les offres entre soumissionnaires, violant ainsi le principe d'égalité entre les soumissionnaires; que la société Mediagenix a connu de sérieuses difficultés financières il y a peu et qu'elle a perdu un contentieux avec la requérante;

que quant au cinquième critère – les possibilités d'extension (en termes techniques et financiers) –, l'offre de la requérante a été classée troisième; que la décision attaquée indique que l'offre de la requérante «calcule le coût au nombre de chaînes, selon la complexité de la chaîne, ce qui est défavorable à un développement par multiplication de l'offre»; que cette répartition du prix en fonction du nombre de chaînes a été demandé par la RTBF; que la décision attaquée n'établit nullement «l'impact négatif» du coût, évitant ainsi le contrôle juridictionnel sur sa décision; que par ailleurs, seul l'élément financier a été pris en compte pour l'application de ce critère; que pourtant, il s'agissait aussi de prendre en compte les aspects techniques et fonctionnels; qu'il est particulièrement révélateur que le candidat «C» est placé en deuxième position alors qu'il est précisé «côté modules “nouveaux medias”, C doit encore développer le logiciel pour répondre aux besoins»; que quant à la remarque relative à «l'absence de club utilisateur», les personnes de la RTBF en charge de la procédure ont demandé – à la requérante uniquement – de visiter les installations techniques de ses clients, que celle-ci a accepté, bien que cette procédure soit extrêmement rare dans la profession et puisse créer des problèmes ultérieurs entre les clients concernés et l'éditeur; que la RTBF a donc obtenu des informations de premier ordre qui sont qualitativement bien supérieures à celles d'un «club utilisateur» qui consiste souvent simplement en un site Internet ou un forum sur

Internet entre utilisateurs d'un même logiciel; que la motivation de la décision sur ce point manque dès lors entièrement de pertinence;

que quant au sixième critère – l'importance, les délais et le risque de développements pour l'installation –, l'offre de la requérante est classée seconde; que la décision attaquée se base sur ce que la requérante ne peut communiquer le nom de la personne responsable; que le critère porte pourtant sur l'importance et le risque de développements, qui ne sont nullement fonction de la personne, mais d'éléments techniques objectifs (par exemple, l'environnement qui n'est techniquement pas compatible); que la RTBF a commis une erreur manifeste d'appréciation; que la motivation de la décision n'est pas pertinente sur ce point;

alors que si dans le cadre d'une procédure négociée, il est incontestable que l'autorité dispose d'une large marge de manœuvre, il n'en demeure pas moins que ce pouvoir ne peut s'exercer arbitrairement; que l'autorité est tenue de respecter les règles de bonne administration, telles le principe d'égalité entre les soumissionnaires et la comparaison effective des offres, ainsi que le principe de la libre concurrence; qu'elle est également tenue de respecter la législation relative à la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que les exigences de motivation matérielle; que cette motivation doit être fondée sur des éléments exacts en fait et admissibles en droit; qu'elle doit être pertinente, c'est-à-dire présenter un lien avec la décision;

Considérant que la requérante n'a pas intérêt à critiquer les appréciations portées par la partie adverse au sujet des trois premiers critères, pour lesquels son offre a été classée première, même si, pour le troisième, c'est *ex aequo* avec celle de Mediagenix;

Considérant, quant au quatrième critère, que les documents versés au dossier administratif établissent que la partie adverse ne s'est pas méprise sur le nombre de chaînes proposées; que l'élément qui a été déterminant en ce qui concerne le coût est l'augmentation de 50 % de l'offre de la requérante si la partie adverse se ménageait la possibilité d'arrêter la procédure à la fin de l'analyse et des développements; que cette possibilité, qualifiée de «jalon», avait été recommandée par un organe de la partie adverse (l'«AMO Numprod», identifié à l'audience comme l'«assistant du maître de l'ouvrage pour la numérisation de la production») pour l'hypothèse où l'offre retenue se révélerait inappropriée; qu'il n'est pas contesté que, dans ces conditions, l'offre de la requérante aurait excédé le budget que la partie adverse entendait consacrer à l'application en jeu; que les pièces du dossier n'établissent pas que la partie adverse aurait appliqué des critères différents à l'offre de la requérante et à celle de Mediagenix;

que les allégations de la requérante relatives à la santé financière de Mediagenix et à un contentieux qu'elle aurait avec elle sont dépourvues de pertinence;

Considérant, quant au cinquième critère, que la partie adverse n'a pas limité son examen de ce critère au coût des chaînes, mais en a tiré une conclusion quant au développement de l'offre; que la comparaison avec une offre où le nombre de chaînes était illimité pouvait la conduire, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, à estimer cette dernière plus intéressante; qu'en ce qui concerne l'intérêt d'un «club utilisateur», minimisé par la requérante, il relève du pouvoir d'appréciation de la partie adverse et il ne revient pas au Conseil d'Etat d'y substituer son appréciation, sauf à censurer une erreur manifeste d'appréciation, non alléguée en l'espèce;

Considérant, quant au sixième critère que, compte tenu de l'importance des relations personnelles dans le développement et la mise en œuvre d'une application telle que celle qui est en cause, la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, accorder la préférence à un offre qui identifiait la personne qui serait son interlocuteur au cours du développement du projet, plutôt qu'à une qui ne l'identifiait pas;

Considérant que la partie adverse n'a commis d'irrégularité dans l'appréciation d'aucun des critères où la requérante n'a pas été classée première; que le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que la requérante prend un quatrième moyen de la violation de l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 10 et 11 de la Constitution, des principes de bonne administration, notamment le principe du raisonnable et l'obligation de procéder à un examen sérieux du dossier et du principe «*patere legem quam ipse fecisti*»;

en ce que la décision attaquée attribue le marché public de services relatif à l'acquisition d'un logiciel de gestion d'antenne à la société Mediagenix; que ce faisant, elle n'a pas respecté la hiérarchie des critères d'attribution énoncée, tant dans l'avis de marché, que dans le cahier spécial des charges; qu'ainsi, bien que l'offre de la requérante ait été classée première pour les trois premiers critères – les plus importants selon la hiérarchie que la R.T.B.F, s'est fixée elle-même –, la décision attaquée attribue le marché à la société Mediagenix, alors qu'elle était manifestement moins bien classée que l'offre de la requérante; qu'une décision prise conformément aux critères préétablis aurait nécessairement eu pour effet de désigner l'offre de la requérante; que la décision attaquée

se fonde sur le critère du prix uniquement, alors qu'il ne s'agissait que du cinquième critère par ordre d'importance;

alors que si, dans le cadre d'une procédure négociée, il est incontestable que l'autorité dispose d'une large marge de manœuvre, il n'en demeure pas moins que ce pouvoir ne peut s'exercer arbitrairement; que l'autorité est tenue de respecter les règles de bonne administration, telles le principe d'égalité entre les soumissionnaires et la comparaison effective des offres; qu'elle est également tenue de respecter les règles qu'elle s'est imposées à elle-même par le biais des documents du marché;

Considérant que le cahier spécial des charges mentionnait neuf critères, «classés dans l'ordre décroissant de leur importance», sans que la pondération de chaque critère soit précisée, ce qui implique qu'elle est laissée à l'appréciation de l'autorité; qu'il ressort de la comparaison des offres que celles de la requérante et de Mediagenix étaient à égalité pour trois critères (le troisième, le huitième et le neuvième), que celle de la requérante a été jugée meilleure pour deux critères (les deux premiers) et que celle de Mediagenix a été jugée meilleure pour quatre critères (les quatrième, cinquième, sixième et septième); que la partie adverse a pu, sans méconnaître la hiérarchie des critères établie par le cahier spécial des charges, donner la préférence à l'offre qui l'emportait par quatre critères plutôt qu'à celle qui ne présentait que deux critères plus favorables, ceux-ci fussent-ils les deux premiers; que le moyen n'est pas sérieux;

Considérant qu'une des conditions requises pour que le Conseil d'Etat puisse suspendre l'exécution de l'acte attaqué n'est pas remplie; que la demande de suspension ne peut être accueillie,

D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la s. a Mediagenix dans la procédure en référé est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à charge de la partie requérante.

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

M.	LEROY,	président de chambre,
Mme	VAN HOVE,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
F. VAN HOVE.	M. LEROY.