

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 162.775 du 27 septembre 2006

G./A.100.277/VI-15.850

En cause : **la société anonyme SYSTEMAT SUD,**

ayant élu domicile chez
Me Katelijne RONSE, avocat,
avenue Louise, n° 149, bte 20,
1050 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par
le Ministre de la Défense.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 9 février 2001 par la société anonyme SYSTEMAT SUD qui demande l'annulation de "la décision prise le 23 novembre 2000 d'attribuer à la société CORPORATE SOFTWARE & TECHNOLOGY, Inc., le marché n° SAIB 924313 relatif à l'acquisition et la maintenance de licences Microsoft via la conclusion d'un contrat de type «Microsoft Enterprise Agreement» au profit de l'ensemble des forces armées";

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 23 juin 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 9 août 2006, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 20 septembre 2006;

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

Entendu, en leurs observations, Me Katelijne RONSE, avocat, comparaisant pour la partie requérante et M. Marc OFFERMANS, conseiller, comparaisant 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. Le marché public en cause est un marché pluriannuel de fournitures relatif à l'acquisition et à la maintenance de licences Microsoft au profit de l'ensemble des Forces armées, conclu pour une période initiale de trois ans, avec possibilité d'une prolongation pour la quatrième année, et comportant deux lots : le lot 1 qui comprend la conclusion d'un "Microsoft Enterprise Agreement" pour un parc de 13.864 PC avec la réalisation d'un "True-up" sur la base de 400 PC par an et le lot 2 qui consiste en la conclusion d'un PSS ("Prime Support Service") Premier contrat + DTAM ("Dedicated Technical Account Manager") + 47 TechNet ("Technical Network").

2. Le 11 septembre 2000, le Ministre de la Défense renonce à une première procédure de marché public, à passer selon le mode de l'adjudication publique, en raison d'une difficulté d'interprétation du cahier spécial des charges portant sur la non-conformité administrative d'une offre d'un soumissionnaire. La requérante, qui participait à cette procédure, en est avertie le 14 septembre 2000 et est également informée de la décision du Ministre de relancer le même marché selon le mode de l'adjudication restreinte.

3. Les 20 et 22 septembre 2000, le Journal Officiel des Communautés européennes et le Bulletin des adjudications publient un appel aux candidatures en vue d'un marché public de fournitures portant sur le même objet, à passer selon la procédure de l'adjudication restreinte.

Les appels aux candidatures indiquent que la condition minimale de participation consiste à fournir une attestation selon laquelle le candidat est un "large account reseller" autorisé par la société Microsoft. En effet, du fait que Microsoft ne réalise pas lui-même ce type de marché, la conclusion de tels contrats est laissée aux firmes faisant partie du réseau de "dealers" accrédités par Microsoft. Si les prix de

référence sont discutés initialement avec Microsoft ("Business Relationship Proposal"), ce sont les "Large Account Resellers" (LAR) qui soumissionnent en proposant leurs propres prix sur la base de leur structure de coût.

4. Le 3 octobre 2000, le Ministre de la Défense sélectionne sept entreprises ayant déposé leur candidature, dont la requérante et CORPORATE SOFTWARE & TECHNOLOGY Inc.

5. Le 11 octobre 2000, les services de la partie adverse communiquent aux sept entreprises dont la candidature a été retenue le cahier spécial des charges N° 924313.

6. Le 30 octobre 2000, cinq offres sont reçues par les services de la partie adverse dont celle de la requérante pour 13.157.677,31 € (lot n°1) et 1.080.040 € (lot n°2) ainsi que celle de CORPORATE SOFTWARE TECHNOLOGY Inc. pour respectivement 10.967.881,6 € et 1.070.772 €.

7. Le 31 octobre 2000, les services de la partie adverse établissent le rapport d'attribution, lequel conclut à la conformité administrative et technique de l'ensemble des offres et, après rectification des erreurs dans les opérations arithmétiques, procède au classement des offres sur la base du prix, classement dont il résulte que l'offre de CORPORATE SOFTWARE & TECHNOLOGY Inc. est l'offre régulière la plus basse.

8. Le 13 novembre 2000, les inspecteurs des Finances émettent un avis favorable.

9. Le 23 novembre 2000, le Ministre de la Défense octroie le marché public à CORPORATE SOFTWARE & TECHNOLOGY Inc. Il s'agit de l'acte attaqué.

10. Informée le 11 décembre 2000 de ce que son offre n'a pas été choisie, la requérante sollicite le 13 décembre 2000 une copie de la décision motivée, laquelle lui est envoyée le 14 décembre 2000 par les services de la partie adverse. Cette décision est libellée comme suit :

" OBJET: Décision motivée relative au CAHIER SPECIAL DES CHARGES N°SAIB 924313 comprenant l'acquisition et la maintenance de licences Microsoft via la conclusion d'un contrat du type «Microsoft Enterprise Agreement » au profit de l'ensemble des Forces Armées.

(...)

1. Procédure

Adjudication restreinte.

2. Nom des soumissionnaires

- SYSTEMAT SUD S.A.
- CORPORATE SOFTWARE & TECHNOLOGY
- COMPAQ COMPUTER S.A.
- GETRONICS
- ECONOCOM

3. Soumissionnaire non sélectionné

NEANT.

4. Offres administrativement non conformes

NEANT

5. Critère d'attribution

Le prix total pour les deux lots pour une période de quatre ans.

6. Classement des offres pour le marché

FIRME	PRIX HTVA	Prix TVAC	Formule appliquée	Classement
Corporate Software	494.719.401 FB	598.610.475 FB	100,00%	1
SYSTEMAT	574.321.296 FB	694.928.768 FB	85,84%	2
ECONOCOM	577.137.142 FB	698.335.941 FB	85,34%	3
COMPAQ	581.303.135 FB	703.376.793 FB	84,60%	4
GETRONICS	583.924.099 FB	706.548.159 FB	84,14%	5
Prix minimum		598.610.475 FB		
Prix moyen		680.360.027 FB		

Formule appliquée: $1 - \frac{(\text{Prix} - \text{Prix minimum})}{\text{Prix moyen}} (\%)$

7. Décision

Sur base de l'Art 15 de la loi du 24 décembre 1993 (Moniteur belge du 22 janvier 1994) relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, modifié par l'AR du 10 janvier 1996, du 18 juin 1996 et du 10 janvier 1999 et sur base de l'Art 3 de l'arrêté ministériel 76406 du 30 avril 1997 portant délégations de pouvoir par le Ministre de la Défense nationale en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière de dépenses diverses, j'ai décidé d'attribuer les deux lots du marché à la firme suivante:

Corporate Software & Technology, Inc
Buro & Design Center
Heizel Esplanade
B - 1020 BRUSSEL

(...)"

Considérant que la société requérante prend un moyen unique de la "violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 110 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, et du principe général du droit relatif à la motivation interne des actes administratifs et à l'appréciation raisonnable"; qu'elle expose que, si le pouvoir adjudicateur peut mais ne doit pas considérer comme irrégulières les offres dont les éléments ne concordent pas avec la réalité, cette appréciation doit être effectuée de manière effective et raisonnable sans reposer sur une erreur manifeste, qu'il en va ainsi notamment de l'appréciation du prix, qu'en l'espèce, le prix des offres classées aux rangs 2 à 5 ne diffère guère alors qu'entre l'offre de la requérante et celle de l'adjudicataire, il existe une différence de 14%, que, dans cette circonstance, eu égard à la nature particulière du marché public qui ne permet pas aux soumissionnaires de pratiquer des prix variant de manière importante, l'attention de la partie adverse aurait dû être attirée sur cette différence qui ne permettait pas de considérer, sans justification, l'offre de l'adjudicataire comme régulière, que l'acte attaqué ne procède pas d'une appréciation ni effective ni raisonnable et repose sur une erreur manifeste d'appréciation;

Considérant qu'elle ajoute, dans son mémoire en réplique, que l'article 110 précité doit être rapproché de l'article 96, § 4, du même arrêté royal qui impose au soumissionnaire d'établir ses prix d'une manière qui correspond à la valeur relative de chacun de ses postes par rapport au montant total de la soumission, qu'aucun prix ne peut être de nature à fausser la comparaison des offres, que, dès lors qu'une soumission propose des prix manifestement différents des autres soumissionnaires, les principes de bonne administration obligent l'autorité administrative à poser des questions et à se poser des questions, que, par un contrôle marginal, la partie adverse aurait dû constater qu'il existait une différence de 100 millions BEF entre l'offre de l'adjudicataire et les autres, que le marché présente des particularités qui impliquent nécessairement que les prix offerts ne puissent varier de manière importante, que, non sans contradiction, la partie adverse affirme que les prix des licences sont fixés au niveau mondial, que le Conseil d'Etat peut vérifier la régularité des soumissions et que le fait que la nullité est relative ne modifie rien à l'obligation d'examiner une offre avec sérieux;

Considérant que, selon l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, précitée, lorsque, en adjudication, l'autorité compétente décide d'attribuer le marché, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse; que la régularité d'une offre doit être appréciée sur la base de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité; que le caractère normal des prix d'une offre constitue un des éléments de sa régularité, spécialement sous l'angle de la correspondance de ces prix avec la réalité;

Considérant que l'article 110, précité, prévoit, en ses §§ 3 et 4, des procédures différentes de contrôle du caractère apparemment anormal des prix d'une soumission, et ce en raison notamment de la nature du marché et du nombre d'offres déposées; que, contrairement à l'article 110, § 4, qui oblige le pouvoir adjudicateur à opérer la vérification du caractère éventuellement anormalement bas d'un prix dans l'hypothèse qu'il prévoit et qui est étrangère au cas d'espèce, l'article 110, § 3, qui ne s'écarte pas sur ce point du régime général prévu par l'article 110, § 2, en matière de régularité d'une offre, ne prévoit pas une telle obligation dans le chef du pouvoir adjudicateur; qu'il s'ensuit que dans le cadre de l'article 110, § 3, ce dernier dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider de mettre en oeuvre ou non la procédure de contrôle de prix unitaires apparemment anormaux; que si le Conseil d'Etat ne peut substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, il lui revient, toutefois, de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de ce pouvoir et de censurer dans le chef de ce dernier une appréciation manifestement déraisonnable;

Considérant qu'en l'espèce, il ressort du dossier qu'entre le prix de l'adjudicataire et celui des autres soumissionnaires, il existe une différence de 14% et que la prestation à fournir, spécialement pour le lot n°1, est très standardisée; que, toutefois, la requérante ne fournit pas d'éléments concrets de nature à démontrer qu'il était impossible d'octroyer sur le prix des licences Microsoft des réductions aussi fortes que celles proposées par l'adjudicataire; que, par ailleurs, les explications avancées par la partie adverse, à savoir que si Microsoft indique à la partie adverse, pour le lot n° 1, un prix unitaire maximum de 274,80 €, cette même entreprise mentionne à ses intermédiaires un prix de 226,26 €, le prix du lot n°1 proposé par l'adjudicataire étant de 187,60 € et celui proposé par la requérante de 226,65 €, que si les prix de référence sont discutés initialement avec Microsoft, ce sont les intermédiaires qui soumissionnent et proposent un prix définitif, la partie adverse ignorant la politique de ristournes et de remises de Microsoft à ses vendeurs agréés, que, dans le domaine informatique, on peut observer une très grande variation de la fourchette des prix, que le soumissionnaire

bénéficie d'une marge bénéficiaire initiale dans laquelle il peut opérer des coupes, selon son intérêt à obtenir le marché, et qu'en fonction de son chiffre d'affaires, il peut spéculer sur des ristournes complémentaires, ne sont pas manifestement déraisonnables et peuvent être retenues; que le moyen n'est pas 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 la charge de la partie requérante.

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

M^{me} WILLOT-THOMAS,
MM. LEWALLE,
NIHOUL,
M^{me} SCHMITZ,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

V. SCHMITZ.

M.-L. WILLOT-THOMAS.