

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 162.776 du 27 septembre 2006

G./A.110.821/VI-16.122

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 26 septembre 2001 par la société anonyme SYSTEMAT SUD qui poursuit l'annulation de "la décision de la partie adverse du 12 juillet 2001 notifiée à la requérante le 27 juillet 2001 (...) qui attribue le marché à la société ECONOCOM Distribution s.a. et qui décide de façon implicite mais certaine de ne pas attribuer ce marché à la requérante";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

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

Vu l'ordonnance du 27 janvier 2006 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. DELVAX, 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. Au terme d'une procédure d'adjudication restreinte, la partie adverse attribue le 23 novembre 2000 ce marché à la société CORPORATE SOFTWARE & TECHNOLOGY, en abrégé CST. Cette décision a fait l'objet d'un recours en annulation par la requérante (réf. : G./A. 100.277/VI-15.850), lequel a été rejeté par l'arrêt n° 162.775 du 27 septembre 2006.

3. Le 12 décembre 2000, la lettre de commande est envoyée à la firme CST.

4. Par la suite, un litige ayant pour objet l'exécution de ce contrat oppose cette société CST au Ministère de la Défense.

Par des courriers des 8 et 19 janvier 2001, la partie adverse met la société CST en demeure d'exécuter le contrat, sous peine de se voir appliquer des mesures d'office, en l'occurrence, la conclusion d'un marché pour compte.

Le 14 février 2001, la société CST cite la partie adverse et la SPRL Microsoft à comparaître devant le Tribunal de première instance de Bruxelles aux fins de prononcer la résolution du contrat aux torts de la partie adverse et de condamner

cette dernière à des dommages et intérêts estimés à 4.515.245 BEF. Cette affaire est toujours pendante.

Le 21 juin 2001, devant le refus de la société CST d'exécuter le contrat, la partie adverse lui notifie sa décision de recourir aux mesures d'office et de conclure, sur la base du même cahier spécial des charges, un marché pour compte. Elle décide pour ce faire de recourir à la procédure négociée sous le bénéfice de l'urgence.

5. Par télécopie du 22 juin 2001, la partie adverse s'adresse aux quatre soumissionnaires qui avaient remis une offre lors de la procédure d'adjudication restreinte et leur demande, "dans le cadre d'une procédure de marché pour compte, (...) de donner confirmation ou réduction des prix que vous avez communiqués et ce pour le 29 juin 2001 à 12.00 heures au plus tard".

6. Par lettre du 25 juin 2001, la requérante répond ce qui suit :

" En vue de l'attribution d'un marché pour compte, il peut être admis que vous interrogiez les soumissionnaires qui avaient déposé offre dans le cadre de l'adjudication d'origine, pour savoir s'ils sont disposés à confirmer l'offre et le prix remis alors.

En revanche, il n'est pas concevable que sur la base des résultats de l'adjudication d'origine, dont les résultats sont connus de tous, vous discutiez avec ces soumissionnaires dans le but de leur faire baisser les prix annoncés lors de cette procédure.

Pareilles discussions méconnaîtraient le principe d'égalité entre les soumissionnaires puisque ceux-ci sont parfaitement au courant des prix remis par chacun d'entre eux, et la décision d'attribution qui s'en suivrait serait manifestement irrégulière.

Nous vous invitons donc à rectifier la lettre que vous nous avez envoyée, ainsi qu'aux trois autres soumissionnaires, en vous bornant à demander s'ils sont d'accord de maintenir leur offre et leurs prix, étant entendu que toute baisse de prix doit être écartée.

En ce qui concerne Systemat Sud, nous vous confirmons que nous maintenons notre offre au prix proposé lors de l'adjudication."

7. Par télécopie du 28 juin 2001, la partie adverse répond à la requérante que "dans le contexte des mesures d'office, dans le cadre d'une nouvelle procédure négociée sur base de l'urgence, ne méconnaissant pas le principe d'égalité des soumissionnaires, l'Administration estime pouvoir poursuivre la procédure en cours".

8. Le même jour, la requérante "confirme qu'elle ne remet pas en cause la possibilité de recourir à une procédure négociée sur la base de l'urgence, dans le

contexte des mesures d'office", mais réitère son argument selon lequel le principe d'égalité est violé par le fait que les soumissionnaires connaissent les différents prix proposés par chacun. Elle confirme, à nouveau, le prix antérieurement proposé.

9. Le 29 juin 2001, la S.A. ECONOCOM dépose auprès de la partie adverse son offre de prix, qui paraît s'élever à un montant de 14.189.785, 5195 € (HTVA), soit 572.414.529 BEF (HTVA).

10. Le 6 juillet 2001, la partie adverse adresse aux quatre soumissionnaires une dernière demande de prix "meilleure offre" en faisant état de ce que "le meilleur prix est de 14.189.784,7408 € (HTVA)", l'identité du soumissionnaire ayant remis ce prix n'étant toutefois pas dévoilée.

11. Le 9 juillet 2001, la requérante confirme son offre antérieure et conteste à nouveau la procédure suivie en l'espèce en indiquant que "la seule solution régulière qui s'offre à vous consiste à attribuer le marché pour compte au soumissionnaire qui, lors de la précédente procédure passée par adjudication, avait remis l'offre régulière classée en deuxième position, c'est-à-dire notre société".

12. Le 12 juillet 2001, le Ministre de la Défense marque son accord sur la proposition d'attribuer le marché pour compte à la S.A. ECONOCOM, pour un prix de 572.036.275 BEF (HTVA).

Il s'agit de l'acte attaqué.

13. Le 13 juillet 2001, la partie adverse adresse à la S.A. ECONOCOM la lettre de commande et informe la requérante que son offre n'a pas été retenue.

14. Le 17 juillet 2001, la requérante demande la communication de la décision motivée, qui lui est transmise par courrier du 27 juillet 2001.

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

Procédure négociée.

2. Nom des soumissionnaires

- SYSTEMAT SUD S.A.
- COMPAQ COMPUTER S.A.
- GETRONICS BELGIUM S.A.
- ECONOCOM DISTRIBUTION S.A.

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	Classement
ECONOCOM	572.036.275 FB	692.163.893 FB	1
SYSTEMAT	574.348.093 FB	694.961.192 FB	2
COMPAQ	583.924.099 FB	706.548.159 FB	3
GETRONICS	583.924.099 FB	706.548.159 FB	3

7. Décision

Sur base de l'Art 17. § 2.1.c. 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, j'ai décidé d'attribuer les deux lots du marché à la firme suivante:

ECONOCOM DISTRIBUTION S.A.
Clos du Parnasse, 13 AB
B - 1050 BRUXELLES

(...)"

Considérant que la partie adverse excipe de l'incompétence du Conseil d'Etat au motif que "l'acte attaqué constitue une décision prise au titre de mesure d'office - en l'occurrence, un marché pour compte - c'est-à-dire au stade de l'exécution d'un marché public", que "traditionnellement, les mesures d'office sont considérées

comme n'étant pas des actes détachables du contrat" et "relèvent de la sphère contractuelle et de l'exécution du contrat";

Considérant que l'acte attaqué, qui a pour objet l'attribution d'un marché public, est un acte administratif unilatéral détachable tant du contrat initial, qui a fait l'objet des mesures d'office, que de la convention qui a suivi l'acte attaqué; que la circonstance que la décision unilatérale d'attribution du marché ait été prise à la suite de mesures d'office prises contre la société CST dans le cadre du contrat initial n'a pas pour effet de soustraire l'acte attaqué à la compétence du Conseil d'Etat; qu'en effet, l'acte attaqué, qui fait certes suite aux manquements contractuels de cette société, ne concerne pas les rapports contractuels entre la partie adverse et la société CST; que le Conseil d'Etat a le pouvoir d'annuler les actes des autorités administratives lorsque ceux-ci peuvent faire l'objet d'un recours objectif, par opposition au recours dont l'objet véritable et direct est de faire consacrer l'existence d'un droit subjectif, civil ou politique, ou de faire assurer le respect d'un tel droit; que le recours en annulation de la requérante, tiers tant au contrat initial qu'à la convention qui a suivi l'acte attaqué, ne porte pas sur la méconnaissance d'un droit subjectif mais vise au respect de la légalité, en raison du grief que, selon elle, lui cause l'acte attaqué dans la mesure où il la prive de la possibilité d'obtenir le marché querellé; que le déclinatoire de juridiction ne peut être accueilli;

Considérant que la requérante prend un moyen unique de la "violation des principes de bonne administration, du respect de l'égalité des soumissionnaires en matière de marchés publics, 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 120, 121 et 122 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 de l'article 14 de l'Accord international sur les marchés publics du 15 avril 1994 conclu à Marrakech et approuvé par la loi du 23 décembre 1994 et de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs"; que, dans une première branche, elle soutient que les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 précitée ont été violés dès lors qu'il résulte de la lettre du 27 juillet 2001 qu'aucun motif n'a été donné quant au choix de l'attributaire; que, dans une seconde branche, elle fait valoir que l'article 14 de l'Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 dispose que les négociations servent principalement à déterminer les points forts et les points faibles des soumissions et que les entités traiteront les soumissions de manière confidentielle et qu'en particulier les autorités ne donneront pas d'informations destinées à aider des participants déterminés à porter leur soumission au niveau de celles d'autres participants, que la partie adverse a négocié avec quatre parties dont les prix étaient connus et qu'elle

les a informées du meilleur prix de 14.189.784,7408 €, donnant ainsi la possibilité aux soumissionnaires de porter le montant de leurs offres au niveau de celle d'au moins un autre soumissionnaire, de sorte que l'acte attaqué ne respecterait pas le caractère confidentiel des négociations;

Considérant que la requérante indique dans son mémoire en réplique que sa seconde branche repose avant tout sur la violation des principes de bonne administration, qui s'opposeraient à ce que les prix des différents soumissionnaires soient dévoilés à leurs concurrents, que le reproche porte sur la façon dont la partie adverse a cru pouvoir procéder aux négociations et que le caractère urgent du marché ne peut justifier l'absence de respect des principes de bonne administration;

Considérant, sur la première branche, que la lettre du 27 juillet 2001 ne contient pas en elle-même la décision d'attribution du marché, puisqu'elle la communique à la requérante en annexe, et ne doit donc pas être formellement motivée; que, pour sa part, la décision d'attribution du 12 juillet 2001, jointe à la lettre du 27 juillet 2001, expose à suffisance les motifs pour lesquels le marché a été attribué à la société ECONOCOM; que la première branche du moyen n'est pas fondée;

Considérant, sur la seconde branche, que l'Accord sur les marchés publics précité concerne l'accès aux marchés publics de l'Union européenne et de ses composantes par des entreprises de pays tiers à l'Union européenne; que tel n'est pas le cas en l'espèce, les soumissionnaires étant tous des sociétés de droit belge; que sur ce point, le moyen manque en droit;

Considérant, par ailleurs, que la critique contenue dans cette branche porte non pas sur le recours à la procédure négociée pour l'attribution du marché litigieux mais sur la manière, au regard du principe d'égalité entre les soumissionnaires, dont la partie adverse a mené les négociations; qu'il ressort du dossier que tous les soumissionnaires contactés ont été traités de manière identique, chacun disposant des mêmes informations et étant mis en mesure d'abaisser son offre en tenant compte du montant de la meilleure offre faite à la partie adverse et dont elle avait informé les soumissionnaires; que, plus particulièrement, la requérante n'a aucun intérêt à critiquer le fait que la partie adverse a informé les différents candidats du prix de la meilleure offre qu'elle avait reçue, dans la mesure où il ne s'agit pas du prix qu'elle avait proposé, mais du prix proposé par la société ECONOCOM; qu'en toute hypothèse, les prix des offres étaient bien connus de l'ensemble des soumissionnaires dès le début de la procédure négociée dès lors que, dans le cadre de la procédure d'adjudication restreinte, les prix offerts ont

été proclamés lors de l'ouverture des offres, conformément à l'article 106, alinéa 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996; que la seconde branche du moyen n'est pas fondée,

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.