

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 172.065 du 8 juin 2007

G./A.183.714/VI-17.445

En cause : **la société anonyme PRIMINFO,**

ayant élu domicile chez
Mes Eric GILLET et Virginie DOR, avocats,
chaussée de la Hulpe, n/ 178,
1170 Bruxelles,

contre :

la Région wallonne, représentée
par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Mes France MAUSSION et France VLASSEMBROUCK, avocats,
rue de Loxum, n/ 25,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante:

la société anonyme COMPUTERLAND,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et Véronique BERTRAND, avocats,
place des Nations Unies, n/ 7,
4020 Liège.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la demande introduite le 31 mai 2007 par la société anonyme PRIMINFO qui sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de la Région wallonne du 24 mai 2007 par laquelle celle-ci retire la décision motivée du 8 mai 2007 lui attribuant le marché relatif au projet Cyberclasse et décide de procéder sans délai à une analyse complémentaire de la régularité des offres, aux tests prévus par le C.S.C. sur les prototypes mis à disposition par les soumissionnaires ainsi qu'à une nouvelle appréciation des offres au regard des critères d'attribution sur la base d'un rapport d'analyse complémentaire des offres";

Vu l'ordonnance du 31 mai 2007, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 7 juin 2007 à 11.00 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu la demande en intervention de la société anonyme COMPUTERLAND;

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

Entendu, en leurs observations, Mes Eric GILLET et Virginie DOR, avocats, comparaisant pour la partie demanderesse, Mes France VLASSEMBROUCK et Benoît GORS, avocats, comparaisant pour la partie adverse et Mes André DELVAUX et Véronique BERTRAND, avocats, comparaisant 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;

I. QUANT AUX FAITS

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande sont les suivants :

1. Selon le cahier spécial des charges, le marché public en cause, qui est à passer selon la procédure d'appel d'offres général, a pour objet :

" La poursuite du projet cyberécoles, appelé projet cyberclasses a pour objectif de remplacer progressivement l'ancien matériel, d'augmenter le nombre d'ordinateurs et d'installer un réseau dans chaque implantation scolaire.

Le présent marché a pour but de conclure un marché pour la fourniture des postes client et l'installation de tout l'équipement informatique dans chaque implantation scolaire".

Les écoles concernées ressortissent aux niveaux primaire, secondaire et de promotion sociale et sont localisées en Région wallonne.

Les offres sont évaluées en fonction des deux critères d'attribution suivants :

- " C la valeur technique de l'offre : 60%
 - . Performance des machines
 - . Qualité et cohérence de l'offre logicielle
 - . Organisation du déploiement
 - . Ergonomie
 - . Formation
 - . Modalités de garantie
 - C le montant de l'offre : 40% des points.
- Le montant de l'offre pris en compte est relatif à l'ensemble des postes repris à l'inventaire."

Aucune variante n'est autorisée.

2. L'avis de marché est publié au Journal officiel des Communautés européennes le 10 août 2006 et au Bulletin des Adjudications le 4 août 2006.

La date limite de réception des offres est fixée au 16 octobre 2006.

3. Ce marché a fait l'objet d'avis rectificatifs S 199, S 26, S 27 et S 42 respectivement publiés au Journal officiel des Communautés européennes des 18 octobre 2006, 7 et 8 février 2007 et 8 mars 2007 et au Bulletin des Adjudications des 20 octobre 2006, 7 et 9 février 2007 et 1^{er} mars 2007.

Au terme de ces différents avis, la date d'ouverture des offres a été finalement reportée au 5 mars 2007.

4. Le 5 mars 2007, cinq sociétés ont remis offre :

- ECONOCOM PRODUCTS & SOLUTIONS S.A.
- GETRONICS BELGIUM S.A.
- SYSTEMAT S.A.
- PRIMINFO S.A.
- COMPUTERLAND S.A.

5. Par décision du 8 mai 2007, la partie adverse a considéré que l'offre de la demanderesse était l'offre régulière la plus intéressante et lui a, en conséquence, attribué le marché.

Il résulte du tableau contenu dans cette décision que les offres étaient classées comme suit :

- PRIMINFO :	1690,23/2000, soit 84,51/100;
- COMPUTERLAND :	1640,84/2000, soit 82,02/100;
- ECONOCOM :	1639,89/2000, soit 81,99/100;
- SYSTEMAT :	1553,30/2000, soit 77,67/100;
- GETRONICS :	964,91/2000, soit 48,25/100.

6. Le 9 mai 2007, cette décision est notifiée aux quatre autres soumissionnaires avec un délai d'attente de 10 jours calendrier en application de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993.

7. Le 19 mai 2007, la S.A. COMPUTERLAND a introduit devant le Conseil d'Etat une demande en suspension d'extrême urgence de l'exécution de la décision d'attribution du 8 mai 2007 (affaire G./A. 183.338/VI-17.435).

8. La veille de l'audience, soit le 24 mai 2007, la partie adverse a décidé de retirer la décision du 8 mai 2007 d'attribuer le marché à la demanderesse.

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, est libellée comme suit :

" (...) Vu la décision motivée du 8 mai 2007 d'attribuer le marché à la s.a. Priminfo, notifiée aux autres soumissionnaires le 9 mai 2007, avec une période de stand-still de 10 jours calendriers en application de l'article 21bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993;

Considérant que, durant la période de stand-still, l'un des soumissionnaires, à savoir la s.a. Computerland, a notamment introduit devant le Conseil d'Etat une requête en suspension d'extrême urgence dirigée contre la décision motivée du 8 mai 2007;

Que, par conséquent, la décision d'attribution n'a pas été notifiée au soumissionnaire retenu et que le contrat n'a pas été conclu;

Considérant que ce recours soulève à l'encontre de la décision d'attribution plusieurs griefs qui tiennent notamment à l'analyse des offres par rapport au critère d'attribution relatif à la valeur technique de celles-ci;

Que selon le requérant les constatations et vérifications opérées par le pouvoir adjudicateur méconnaîtraient le cahier spécial des charges et le principe d'égalité des soumissionnaires;

Considérant que la période de stand-still a été organisée par le législateur pour permettre aux soumissionnaires évincés d'introduire un recours juridictionnel efficace, préalablement à la conclusion du marché;

Que par ailleurs la période de stand-still a également été établie au profit du pouvoir adjudicateur afin de lui permettre, en cas de recours, de conforter ou de vérifier la régularité de la décision d'attribution qu'il a prise, éclairé notamment par les éventuels griefs invoqués par un soumissionnaire évincé;

Considérant que compte tenu du recours en suspension introduit par la s.a. Computerland, le pouvoir adjudicateur a été amené à examiner à nouveau les offres au regard notamment des critiques développées par le requérant;

Qu'à cette occasion, il est apparu que l'offre de la s.a. Priminfo est irrégulière en ce qu'elle contient des réserves concernant l'un de ses éléments essentiels, à savoir le prix;

Qu'en effet cette offre exige l'engagement de la Région d'acquérir 40.000 postes alors que le C.S.C. prévoit expressément une quantité présumée de 40.000 postes; que, par ailleurs, l'offre de prix est affectée d'une réserve expresse quant à sa durée de validité, qui est nettement inférieure à celle fixée par le C.S.C.;

Qu'il s'ensuit que l'offre de la s.a Priminfo est affectée d'irrégularités substantielles et que le marché ne pouvait, dès lors, pas lui être attribué;

Considérant qu'il est, par ailleurs, apparu dans le cadre du stand-still que, compte tenu du faible écart de points entre les autres offres, et dans un souci de bonne administration, il y a lieu de procéder, comme le C.S.C. le prévoit, à des tests sur les prototypes mis à disposition par les soumissionnaires;

Qu'il apparaît, en effet, que la réalisation de ces tests permettra au pouvoir adjudicateur de vérifier et d'affiner son appréciation en disposant d'éléments d'information supplémentaires susceptibles, le cas échéant, d'influer sur sa décision;

Considérant qu'il est, de manière générale, conforme aux principes généraux de bonne administration de procéder à un réexamen des offres tant sur le plan de leur régularité qu'au regard des critères d'attribution, et ce après avoir établi un rapport d'analyse complémentaire des offres;

Que la présente décision est prise également dans un souci de sécurité juridique afin de prévenir tout recours postérieur qui pourrait nuire aux finances publiques et exposer la Région à des coûts financiers supplémentaires et importants alors même qu'ils étaient évitables;

Considérant, au regard de l'ensemble de ces éléments, qu'il y a lieu de retirer la décision attaquée et de procéder, dans les meilleurs délais, à une analyse complémentaire de la régularité des offres ainsi qu'à une nouvelle appréciation de celles-ci au regard des critères d'attribution sur la base d'un rapport d'analyse complémentaire;

POUR CES MOTIFS,

Le Gouvernement wallon, représenté par Madame M. Arena, Ministre de la Formation:

- retire la décision du 8 mai 2007 d'attribuer le marché relatif au projet Cyberclasses à la s.a. Priminfo;
- décide de procéder, sans délai, à une analyse complémentaire de la régularité des offres, aux tests prévus par le CSC sur les prototypes mis à disposition par les soumissionnaires ainsi qu'à une nouvelle appréciation des offres au regard des critères d'attribution sur la base d'un rapport d'analyse complémentaire des offres;"

Cette décision a été notifiée le jour même aux cinq soumissionnaires.

9. Par arrêt n/ 171.632 du 26 juin 2007, le Conseil d'Etat a remis sine die l'affaire G./A.183.338/VI-17.435.

II. QUANT A L'INTERVENTION DE LA S.A. COMPUTERLAND

Considérant que la S.A. COMPUTERLAND demande d'intervenir dans la présente procédure; qu'en tant que soumissionnaire ayant déposé une offre dans le cadre du marché litigieux, cette société a intérêt à intervenir dans la présente cause; qu'il y a lieu de l'accueillir;

III. QUANT A L'EXTRÊME URGENCE

Considérant que la demanderesse justifie comme suit le recours à la procédure d'extrême urgence :

" Le courrier par lequel la partie adverse a effectué la notification du retrait d'acte est daté du 24 mai 2007. Il a été communiqué en vue de l'audience du 25 mai 2007, et le courrier officiel de notification a été réceptionné par la partie requérante le 29 mai 2007.

La présente requête est donc introduite avec une extrême diligence puisqu'elle est introduite 2 jours après la notification de l'acte attaqué.

Il y a par ailleurs extrême urgence à suspendre l'exécution de l'acte attaqué, dès lors que si la partie adverse exécute la décision, elle procédera aux tests et analyses complémentaires sur les autres offres. La requérante ayant été définitivement écartée pour cause d'irrégularité, la partie adverse ne procédera pas à ces tests et analyses sur les prototypes et l'offre de Priminfo. Il est donc impératif de suspendre la décision attaquée avant que la partie adverse ne procède à ces tests sur les autres offres et ne procède à l'attribution du marché.";

Considérant que la partie adverse conteste le recours à la procédure d'extrême urgence; qu'elle soutient tout d'abord que la justification donnée par la demanderesse "s'apparente, en réalité, à une clause de style, dénuée de pertinence et qui ne prouve, à tout le moins, pas en quoi, en l'espèce, la procédure - extraordinaire - de la suspension d'extrême urgence s'imposait"; qu'elle fait ensuite valoir que "ce que la demanderesse tente, en réalité, d'obtenir c'est d'imposer à la partie adverse de conclure le contrat avec elle, ce qui ne se peut", que, d'une part, la suspension de cette décision n'emporte pas ipso facto un droit pour la demanderesse d'obtenir la conclusion du marché, que, d'autre part, la suspension de la décision attaquée empêcherait en toute

hypothèse le pouvoir adjudicateur de conclure le marché avec la demanderesse, dès lors que cette suspension aurait pour effet de redonner vie au recours dirigé contre la décision d'attribution, en sorte qu'il faudrait d'abord vider ce contentieux avant de pouvoir imaginer attribuer le marché à un quelconque soumissionnaire;

Considérant que le recours à la procédure d'extrême urgence s'apprécie en fonction de la diligence mise par la demanderesse à saisir le Conseil d'Etat et en fonction de l'imminence du péril résultant de l'exécution immédiate de la décision attaquée; que la diligence dont a fait preuve la demanderesse en l'espèce n'est pas contestée et n'est pas contestable; que pour ce qui est de l'imminence du péril, il y a lieu de relever que la décision attaquée a pour effet, outre de retirer la décision d'attribution du marché et de procéder à un nouvel examen des offres, d'écarter définitivement la demanderesse de la suite de la procédure de passation du marché public querellé que la partie adverse compte mener "sans délai"; que cette circonstance aux effets immédiats pour la demanderesse suffit à justifier la présente procédure; que la demande est recevable sur ce point;

Considérant, par ailleurs, que le recours à la procédure d'extrême urgence, qui doit demeurer exceptionnel, réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause; que la procédure en référé d'extrême urgence ne peut pas être confondue avec la procédure en annulation ou avec la procédure en référé ordinaire qui donne lieu à l'établissement d'un rapport; que le choix d'une telle procédure a nécessairement un impact sur l'appréciation de la réunion des conditions requises pour qu'une demande de suspension puisse être accueillie; qu'en effet, dans le bref délai qu'autorise une procédure de référé d'extrême urgence, cette appréciation procède par essence d'un examen sommaire, et non d'une analyse approfondie, des arguments des parties; qu'il s'ensuit qu'une telle procédure, qui aboutit à une décision provisoire, ne peut se fonder, sous peine de ne pas atteindre le but d'efficacité qui lui est assigné, que sur ce qui se dégage à première vue et de manière évidente des écrits de procédure et du dossier administratif;

IV. QUANT AUX MOYENS

Considérant que la société demanderesse prend un moyen unique de "la violation 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, plus particulièrement en ses articles 98 et 110, du principe d'égalité entre les soumissionnaires et du principe de bonne administration"; qu'elle fait valoir ce qui suit :

- " En ce que, dans l'acte de retrait, le pouvoir adjudicateur affirme que l'offre de la requérante est affectée d'une cause d'irrégularité substantielle ;

Alors que, première branche, la partie requérante avait signalé une contradiction dans le cahier spécial des charges (durée de validité des offres >< ultime délai pour la commande des programmes MS-KIS de Microsoft fixé au 1^{er} juin) ; que le pouvoir adjudicateur a formulé une réponse peu claire ; qu'il ressort cependant de sa réponse qu'il privilégie la disposition qui impose Windows Enterprise ; que, dès lors, l'offre de la requérante qui intégrait les contraintes de l'offre de Microsoft pour pouvoir offrir Windows Enterprise au pouvoir adjudicateur n'était pas affectée d'une irrégularité substantielle ; qu'elle était en réalité parfaitement conforme aux exigences de la partie adverse ; que, partant, le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précitées ainsi que le principe de bonne administration ;

Alors que, seconde branche, MS-KIS étant le seul moyen d'offrir Windows Enterprise exigé par le pouvoir adjudicateur, tous les soumissionnaires ont proposé ce produit ; que ce produit allait nécessairement de pair avec les contraintes de délai et de nombre de licences ; que pourtant, les autres offres n'ont pas été jugées irrégulières, au contraire de celle de la requérante ; que, partant, le principe d'égalité entre les soumissionnaires est méconnu par le pouvoir adjudicateur";

qu'elle développe son moyen comme suit :

- " Première branche

1. La requérante a constaté une contradiction entre différentes dispositions du cahier spécial des charges. Elle a interrogé le pouvoir adjudicateur sur cette contradiction mettant en lumière que seul le contrat MS-KIS lui permettait d'offrir Windows Enterprise. Ce programme était cependant soumis à des contraintes qui allaient à l'encontre de certaines dispositions du cahier spécial des charges et notamment, du délai de validité des offres exigé par celui-ci.

Le pouvoir adjudicateur répondit : « Microsoft : Nous sommes conscients des contraintes. Libre à vous de fournir une autre suite bureautique. Par contre, nous maintenons la version entreprise comme stipulé dans le CSC ».

Pour rappel, MS-KIS permettait d'offrir :

- Windows Enterprise ;
- Une suite bureautique ;
- Une encyclopédie.

La suite bureautique ne posait pas de problème et pouvait même être obtenue en version libre. En revanche, MS-KIS était absolument indispensable pour fournir Windows Enterprise. La réponse de l'administration est peu claire. En cela, elle n'analyse pas la contradiction de manière conforme à l'article 98 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Le principe de bonne administration lui imposait pourtant de clarifier la situation.

Cette réponse indique cependant :

- que le pouvoir adjudicateur est conscient des contraintes de délai et de nombre de licences imposées par Microsoft ;
- que - malgré tout - il exige Windows Enterprise

La requérante a donc compris que le contrat MS-KIS, qui fait en réalité partie intégrante des contraintes du marché, complétait le cahier des charges et si nécessaire, devait avoir préséance sur certaines dispositions du cahier spécial des charges, comme celle portant sur la durée de validité des offres. Le pouvoir adjudicateur a en effet exprimé son exigence d'obtenir Windows Enterprise, tout en étant conscient des contraintes. Il a donc accepté que le cahier des charges et le contrat conclu entre Microsoft et la Communauté française formaient un tout indissociable.

La requérante a répondu à cette exigence - tout comme les autres soumissionnaires - en se fondant sur le contrat MS-KIS, ce qui était d'ailleurs expressément autorisé, voire encouragé par le cahier spécial des charges. Elle a néanmoins rappelé, dans son offre, les contraintes de ce contrat qui s'imposaient à elle. Il s'agit donc d'un rappel d'éléments dont l'administration avait déjà connaissance. De plus, la requérante écrit que la disposition litigieuse de son offre n'a lieu d'être qu'en l'absence de renégociation du contrat MS-KIS avec Microsoft.

A l'évidence, on ne se trouve donc pas en présence d'une irrégularité substantielle d'une offre mais, au contraire, d'une offre qui se conforme strictement aux exigences du pouvoir adjudicateur, tout en rappelant les contraintes que ce pouvoir adjudicateur a lui-même négociées avec un tiers.

2. A titre subsidiaire, rappelons que l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 permet - mais n'impose pas - au pouvoir adjudicateur d'écarter une offre qui présente une réserve.

Il n'est pas raisonnable d'écarter l'offre d'un soumissionnaire qui intègre une réserve qui, en réalité, lui est imposée par l'administration elle-même (de par le contrat qu'elle a conclu avec Microsoft). Réserve qui résulte d'une contradiction avec le C.S.C. dont le soumissionnaire avait informé le pouvoir adjudicateur et à laquelle ce dernier n'a pas cru bon de trouver une solution. Ecarter une offre pour ce fait dans ces circonstances est contraire à l'article 110 précité et au principe de bonne administration.

En écartant l'offre de la requérante en affirmant qu'elle est affectée d'une irrégularité substantielle, le pouvoir adjudicateur méconnaît donc les dispositions visées au moyen.

Seconde branche

3. Le programme MS-KIS était le seul moyen d'offrir au pouvoir adjudicateur Windows Enterprise. Ce programme était soumis aux contraintes rappelées ci-dessus - et dont le pouvoir adjudicateur avait connaissance puisque le contrat est mentionné dans le cahier des charges - pour tous les fournisseurs. Ainsi, pour rappel, ceci est explicitement stipulé par Microsoft :

«The payment for the first year licensing can be delayed up to 1 June 2007 (with no exceptions for a later reporting ... this is the absolute deadline to enter to the three first years subscription under the MS-KIS). This is a take it or leave it scenario ... meaning that there is no negotiation possible on this proposal and it is the same for all resellers!!».

Traduction libre:

«Le paiement pour la première année de licence peut être fait jusqu'au 1^{er} juin 2007 (sans possibilité de report ... il s'agit du délai absolu pour entrer dans l'abonnement de trois ans du système MS-KIS). Il s'agit d'un scénario à prendre ou à laisser ...

cela signifie qu'il n'y a pas de négociation possible de cette proposition et qu'elle est la même pour tous les revendeurs !!» (dans le texte de Microsoft, le paragraphe est en rouge, en gras et souligné).

Or, il ressort de la décision d'attribution du 8 mai 2007 que tous les soumissionnaires ont proposé le même programme MS-KIS, dans le cadre du contrat MS-KIS. En effet, cette décision constate que « tous les soumissionnaires ont décidé d'inclure le contrat MS-KIS2 de Microsoft afin de bénéficier de la suite bureautique relative ; qu'ils sont donc tous conformes de ce point de vue et ne peuvent être différenciés ; qu'ils proposent tous une suite bureautique libre pour la partition Linux ».

Ce passage de la décision d'attribution du 8 mai 2007 est évidemment conforme aux conditions, certes particulières, du marché. Il est évident qu'une offre qui répond aux conditions du produit MS-KIS est conforme. De plus, le pouvoir adjudicateur mentionne expressément que les offres ne peuvent pas être différenciées du point de vue du MS-KIS. Dès lors, le principe d'égalité impose que les offres des soumissionnaires soient toutes traitées de la même manière, quant à leur régularité sur ce point.

Toutes les offres sont, de facto soumises aux mêmes contraintes. Ainsi, si le pouvoir adjudicateur – hors renégociation du contrat entre lui-même et Microsoft – passe commande des postes et logiciels le 1er juin 2007 (ou, dans l'hypothèse d'une renégociation, un jour après le délai ultime), à n'importe lequel des soumissionnaires, son offre ne serait plus valide puisque le produit MS-KIS ne serait plus disponible.

La requérante a, il est vrai, de manière professionnelle, mentionné les contraintes imposées par Microsoft explicitement dans son offre, en rappelant qu'hors renégociation faite par la Région, elle était tenue de s'y conformer. Computerland a également rappelé ces contraintes en mentionnant que « il est essentiel pour l'Administration que la commande de la première année pour les 40.000 soit passée à Microsoft en mai 2007 ».

Cependant, peu importe que les soumissionnaires aient explicitement fait mention de cette « réserve » ou non, ils sont tous tenus, de facto, aux mêmes contraintes imposées par un acteur extérieur.

Dès lors, le principe d'égalité imposait que toutes les offres soient traitées de la même manière, ce qui n'a visiblement pas été le cas puisque seule l'offre de la requérante est qualifiée d'irrégulière par le pouvoir adjudicateur.";

Considérant que la partie adverse répond ce qui suit :

" Première branche

1. (...) (La demanderesse) estime que le pouvoir adjudicateur a fourni une réponse peu claire mais qu'il privilégie la disposition qui impose Windows Enterprise.

Une telle argumentation démontre déjà en soi que la réponse était claire.

En outre, cette réponse (...) est claire, en ce sens que la partie adverse a maintenu les dispositions du cahier spécial exigeant la version «Enterprise», qui peut être obtenue en dehors de MS-KIS 2, et qu'elle a indiqué connaître les contraintes, et donc les risques, liés aux conditions avantageuses du contrat MS-KIS 2.

2. Par ailleurs, il est complètement erroné de la part de la partie requérante de soutenir que le contrat MS-KIS 2 complétait le cahier des charges et, si nécessaire, devait avoir préséance sur certaines dispositions du cahier spécial des charges, comme celle portant sur la durée de validité des offres.

Pareille interprétation, totalement inexacte en droit, ne pouvait nullement être déduite des termes de la réponse de la partie adverse et est manifestement formulée ici pour les besoins de la cause.

Elle est d'ailleurs contredite par l'affirmation ultérieure de la partie requérante, selon laquelle elle a répondu à l'exigence d'obtenir Windows Enterprise «en se fondant sur le contrat MS KIS, ce qui était d'ailleurs expressément autorisé, voire encouragé par le cahier spécial des charges» (requête, p. 13, dernier al.). Il n'y avait donc aucune obligation d'appliquer les conditions du contrat MS-KIS 2 pour la partie requérante. Si elle les appliquait, c'était son propre choix - et non l'expression d'une obligation imposée par la partie adverse -. Elle devait, dès lors, en supporter les risques et ne pouvait les répercuter sur le pouvoir adjudicateur.

3. Dans ces circonstances, la partie adverse ne pouvait pas subordonner la validité de son offre à la notification du marché pour le 1^{er} juin 2007 au plus tard et la commande de 40.000 postes. Ce faisant, elle a assorti son offre de réserves sur des points fondamentaux.

En effet, ces réserves concernant la validité de l'offre, ainsi que les quantités commandées - fermes au lieu de présumées - affectent des éléments essentiels de l'offre.

En effet, il est généralement admis qu'une soumission mentionnant une durée de validité inférieure à celle expressément indiquée dans le cahier spécial des charges affecte celle-ci d'une nullité absolue (MA. Flamme e.a., Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 1996-1997, 6e éd., 1A, p. 1.102 ; C.E., n/ 83.785, 2 décembre 1999, Van Hecke n.v.).

Par ailleurs, la transformation de quantités présumées en quantités fermes a une incidence directe sur le prix, qui, en vertu de l'article 89 de l'arrêté du 8 janvier 1996, constitue un élément essentiel de l'offre.

La partie adverse a donc pu légalement décider que l'offre de la partie requérante était entachée d'irrégularités substantielles et que la décision de lui attribuer le marché devait, par conséquent, être retirée.

4. Enfin, c'est en vain que la partie requérante se prévaut du fait que la disposition litigieuse de son offre n'a lieu d'être qu'en l'absence de renégociation du contrat MS-KIS avec Microsoft. Il s'agit, en effet, d'une condition purement hypothétique et indéterminée dans le temps qui affecte nouveau un élément essentiel de l'offre qu'est sa validité. Ainsi qu'il a déjà été souligné, admettre une telle clause reviendrait à rompre l'égalité avec les autres soumissionnaires qui se sont engagés pour une durée ferme de validité de leur offre.

Seconde branche

1. (...) Cette branche repose toute entière sur le postulat selon lequel le contrat MS-KIS 2 était le seul moyen d'offrir Windows Enterprise. Or, ce postulat est inexact, dès lors que Windows Enterprise peut être obtenu, certes à des conditions moins avantageuses, en dehors du contrat MS-KIS 2.

2. En outre, le moyen, en cette branche, manque en fait, dès lors que, dans la décision de retrait attaquée, la partie requérante (lire : adverse) décide en termes exprès qu'il sera procédé à une analyse complémentaire de la régularité des offres des autres soumissionnaires.

S'il ressort de l'analyse des offres que l'une ou plusieurs d'entre elles contiennent des réserves affectant des éléments essentiels, elles seront écartées comme l'a été l'offre de la partie requérante.

En toute hypothèse, la clause contenue dans l'offre de Computerland selon laquelle «il est essentiel pour l'Administration que la commande de la première année pour les 40.000 soit passée à Microsoft en mai 2007», ne constitue nullement une réserve. Il n'y a donc pas lieu, comme l'y invite la requérante, de traiter de manière analogue l'offre de Computerland et l'offre de la requérante qui est entachée de deux réserves substantielles portant sur le délai de validité et le caractère présumé des quantités.";

Considérant que le cahier spécial des charges relatif au marché litigieux porte le délai de validité des offres de 60 à 180 jours; qu'il prévoit que l'objet du marché comprend les cinq postes suivants :

- Fourniture des postes clients ;
- Fourniture de licences pour les postes clients ;
- Installation des serveurs et des postes clients ;
- Fourniture et installation d'un UPS (alimentation sans coupure) ;
- Mise en exploitation.

que les deux premiers postes sont seuls concernés par le présent litige; que le cahier spécial des charges prévoit ce qui suit à leur propos :

" - Fourniture des postes clients

L'administration souhaite mettre à disposition des implantations scolaires les trois principaux environnements logiciels actuellement disponibles sur le marché : Linux, Microsoft et Apple.

Ces derniers sont installés en dualboot sur deux types de configurations matérielles (partitions Microsoft et Linux sur la configuration 1 et Apple et Linux sur la configuration 2).

. Configuration 1 : fourniture de postes clients avec le dernier système de Microsoft disponible au moment de la remise des offres dans sa déclinaison Enterprise, dont les caractéristiques minimales sont les suivantes : (...)

. Configuration 2 : fourniture de postes clients qui fonctionnent avec le dernier système d'exploitation d'Apple disponible au moment de la remise des offres, dont les caractéristiques minimales sont les suivantes : (...)

Remarques

1) La répartition des 40.000 postes clients prévues entre les deux configurations, décrites supra, est basée sur le choix des écoles.

(...)

- Fourniture de licences pour les postes clients

L'offre décrira un système pour la mise à jour des systèmes d'exploitation et des principaux logiciels installés compte tenu de la dimension limitée de la bande passante vers Internet disponible dans les implantations.

L'offre logicielle aura comme caractéristiques minimales suivantes :

- Pour la partition Linux :

Le soumissionnaire installe un linux simple à configurer avec une interface graphique intuitive. Sont également installés une suite bureautique et une sélection intéressante de logiciels libres.

- Pour la seconde partition :

Les postes de travail sont fournis avec les systèmes d'exploitation décrits dans le paragraphe relatif aux configurations matérielles.

Sont également installés :

. une suite bureautique professionnelle (la même pour les deux configurations matérielles)

. un anti-virus avec une licence comportant les mises à jour portant sur la durée de garantie du matériel.

Remarque : la Communauté française a négocié un contrat concernant l'utilisation d'une suite bureautique professionnelle à un tarif avantageux. Ce contrat peut être utilisé dans le cadre de ce présent marché. Des renseignements complémentaires peuvent être obtenus auprès du fonctionnaire dirigeant";

que le cahier spécial des charges précisait encore que les différentes quantités en termes de matériel (40.000) et d'implantations scolaires (3.350) à fournir étaient présumées;

Considérant que le contrat dont il est question dans la remarque figurant in fine du poste "Fourniture de licences pour les postes clients" est le contrat MS-KIS 2, ce qui signifie "Keep It Simple Schoolcontract version 2"; que ce contrat conclu entre la Communauté française et Microsoft BeLux permet aux écoles de la Communauté française d'utiliser les logiciels Microsoft à des conditions avantageuses dont une des caractéristiques est de prévoir trois modules intégrés, à savoir un upgrade de Windows XP Home permettant d'offrir la déclinaison Enterprise, une suite bureautique MS-Office Pro 2007 pour Windows et une encyclopédie Encarta 2007 premium; qu'il ressort du dossier ainsi que de la correspondance échangée entre la demanderesse et Microsoft que l'offre Microsoft faite à la Communauté française entraîne deux contraintes pour le fournisseur, à savoir une obligation de passer commande pour 40.000 licences avant le 1^{er} juin 2007; qu'après s'être renseignée le 20 février 2007 auprès de Microsoft sur le contenu de ce contrat et estimant que ces deux conditions sont contradictoires avec certaines dispositions du cahier des charges, la demanderesse s'est adressée le 26 février 2007 à la partie adverse en ces termes :

" Mais le MS-KIS entraîne d'autres contraintes, et nous ne sommes pas certains que la Région wallonne a été sensibilisée à celles-ci :

1. Obligation de passer commande au 1^{er} juin 2007.

Pour rentrer dans le contrat KIS, Microsoft impose la commande pour le 1^{er} juin 2007 au plus tard.

Cela met les soumissionnaires en porte à faux avec le point D de la page 12 du cahier des charges qui impose une validité de 180 jours, à dater du 5 mars 2007.

Microsoft nous informe cependant que le Met lui a confirmé que la notification de la décision aura été prise avant cette date.

Si cette affirmation est exacte, nous aimerions que le Met nous confirme cet engagement.

2. Obligation de passer commande pour 40.000 licences.

Microsoft impose que la commande des 40.000 licences KIS soit passée dès le 1^{er} juin.

Cela pose problème car le cahier des charges parle bien (voir p. 20) de quantités présumées.

Dans un souci de bonne gestion, Priminfo ne peut prendre le risque de commander des licences qui ne seraient pas commandées par le Met.

Le passé des Cyberécoles nous a montré que le Met pouvait renoncer à commander certaines quantités pourtant prévues au départ (une vingtaine de centres n'ont jamais été confirmés).

Microsoft nous écrit que le nombre de 40.000 licences a été convenu avec le Met. Si cette affirmation est exacte, nous aimerions que le Met confirme qu'il s'engage en effet à passer commande ferme de 40.000 licences dès le début du contrat.

Conclusion :

A la page 12 du cahier des charges, il est écrit qu'un contrat avantageux négocié par la Communauté française peut être utilisé dans le cadre du présent marché.

Lorsque nous avons pris des renseignements sur ce « contrat avantageux », le Met nous a confirmé qu'il s'agissait de MS-KIS.

Au vu de la remarque du cahier des charges, comme MS-KIS est en contradiction avec plusieurs points du cahier des charges, et que KIS est à notre connaissance le seul moyen d'acquérir Windows Enterprise, le marché s'en voit fragilisé.

Nous nous interrogeons. Le Met a-t-il bien été informé des contraintes du contrat MS-KIS ? S'engage-t-il à se conformer à celles-ci ?

Dans le cas contraire, le Met pourrait-il re-négocier les termes du contrat avec Microsoft ?";

que le même jour, la partie adverse a répondu ce qui suit :

" Microsoft : nous sommes conscients des contraintes. Libre à vous de fournir une autre suite bureautique. Par contre, nous maintenons la version Enterprise comme stipulée dans le C.S.C.";

Considérant que l'offre de la demanderesse comprend les éléments suivants :

" MS-KIS était, à notre connaissance, la seule possibilité d'accéder au Windows Enterprise exigé dans le cahier des charges.

Ce contrat comprend des contraintes que nous avons soulevées dans nos questions posées à l'administration :

- une notification du marché pour le 1^{er} juin 2007 au plus tard ;
- l'engagement de la Région wallonne d'acquérir 40.000 postes.

La validité de notre offre est donc liée au respect de ces contraintes, sauf si renégociation des termes du contrat entre la Région wallonne et Microsoft."

que, dans la décision attaquée, la partie adverse a considéré ces éléments de l'offre de la demanderesse comme des "réserves concernant l'un de ses éléments essentiels, à savoir le prix" et l'a écartée;

Considérant, quant à la première branche, que l'argumentation de la société demanderesse repose sur la prémisse selon laquelle "le programme MS-KIS est en réalité le seul moyen d'accéder à Windows, version Enterprise (qui est la version exigée par le C.S.C.)"; qu'il en va tout spécialement ainsi de l'upgrade de Windows Enterprise qui est proposé dans le contrat MS-KIS après trois ans pour un temps indéterminé, ce qui correspondrait aux exigences du cahier spécial des charges;

Considérant que la société demanderesse ne démontre pas à première vue le bien-fondé de ses affirmations; que les explications de la partie adverse selon lesquelles le contrat MS-KIS 2 "ne constitue nullement un contrat d'exclusivité quant à l'octroi des licences, en ce compris pour l'utilisation de Windows dans sa version Entreprise" apparaissent de prime abord plausibles; que plus particulièrement, le cahier spécial des charges ne paraît pas déterminer, à ce stade de la procédure, la durée des licences d'exploitation à fournir avec les postes clients et ne semble pas intégrer l'exigence de "licences perpétuelles" pour les logiciels à fournir, dimension prévue par le contrat MS-KIS 2; qu'en outre, il ressort du libellé du cahier spécial des charges que les soumissionnaires pouvaient, mais ne devaient pas, recourir au contrat MS-KIS 2 dans leur offre; qu'il s'ensuit que les termes du contrat MS-KIS 2 ne faisaient pas partie du cahier spécial des charges et n'étaient pas contradictoires avec les dispositions de ce dernier; que celles-ci ne peuvent non plus être réinterprétées à la lumière du contrat MS-KIS 2 comme l'a fait la société demanderesse dans son offre;

Considérant que c'est dès lors à bon droit que la partie adverse a considéré que l'offre de la demanderesse s'écartait sur deux points du cahier spécial des charges, étant, d'une part, "une notification du marché pour le 1^{er} juin 2007" au plus tard alors que la durée de validité des offres déposées le 5 mars 2007, qui est de 180 jours, courait jusqu'au 5 septembre 2007, et, d'autre part, "l'engagement de la Région wallonne d'acquérir 40.000 postes" alors que les quantités prévues par le cahier spécial des

charges étaient des quantités présumées et non des quantités forfaitaires; que la partie adverse a pu, sans méconnaître l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, estimer que ces deux dérogations au cahier spécial des charges portaient sur des points essentiels, étant la durée de validité des offres et le prix, et que, dès lors, l'offre de la requérante était affectée d'irrégularités substantielles; que la première branche n'est pas sérieuse;

Considérant, quant à la seconde branche, que par la décision attaquée, la partie adverse se prononce sur la seule régularité de l'offre de la société demanderesse et se réserve expressément le pouvoir d'examiner la régularité des autres offres en lice; qu'il ne saurait dès lors être question à ce stade d'invoquer la violation du principe d'égalité; qu'en outre, il ne résulte pas ipso facto du fait que tous les soumissionnaires ont décidé d'inclure le contrat MS-KIS 2 dans leur offre que toutes les offres sont frappées de la même irrégularité; que les irrégularités retenues par la partie adverse ont pour origine le libellé de l'offre de la demanderesse qui lui est propre; que la seconde branche n'est pas sérieuse;

Considérant que le moyen unique n'est pas sérieux;

Considérant qu'une des deux conditions prévues par l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat n'étant pas remplie, la demande de suspension ne peut être accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

L'intervention de la société anonyme COMPUTERLAND dans la présente procédure en référé est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la société demanderesse, à concurrence de 175 euros, et à la charge de la partie intervenante à concurrence de 125 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des référés, le huit juin deux mille sept par :

M. NIHOUL,	Conseiller d'Etat, Président f.f.
M. DUPONT,	Greffier assumé.

Le Greffier ass.,

Le Président f.f.,

X. DUPONT.

P. NIHOUL.