

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 173.987 du 14 août 2007

G./A.184.653/VI-17.481

En cause : **la société anonyme ECONOCOM PRODUCTS
& SOLUTIONS BELUX,**

ayant élu domicile chez
Me Antoine de le Court, avocat,
rue Jourdan, n° 31,
1060 Bruxelles,

contre :

LA REGION 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 SYSTEMAT,

ayant élu domicile chez
Mes Benoît et Luc CAMBIER, avocats,
avenue Winston Churchill, n° 253,
1180 Bruxelles.

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

Vu la demande introduite par télécopie le 3 août 2007 par la société anonyme ECONOM PRODUCTS & SOLUTIONS BELUX, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision de la Région wallonne du 26 juillet 2007 par laquelle celle-ci décide «d'écarter l'offre de la partie requérante pour irrégularités substantielles et d'attribuer le marché à la société SYSTEMAT, pour le montant de 33.151.407, 58 euros TVAC»;

Vu l'ordonnance du 6 août 2007, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 10 août 2007 à 14.00 heures;

Vu le dossier administratif et la note d'observations de la partie adverse;

Vu la requête déposée à l'audience du 10 août 2007 par laquelle la société anonyme SYSTEMAT demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé;

Entendu, en son rapport, M^{me} GEHLEN, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me Natacha DUGARDIN, loco Me Antoine de le COURT, avocat, Me Marie VASTMANS, loco Me Xavier LEURQUIN, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me France VLASSEMBROECK, avocat, Me Benoît GORS, loco Me France MAUSSION, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Mes Benoît et Luc CAMBIER, avocats, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. BOSQUET, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les antécédents de la cause ont été exposés dans l'arrêt n/ 172.065 du 8 juin 2007 rejetant la demande de suspension de l'exécution de la décision de la Région wallonne du 24 mai 2007 par laquelle celle-ci retire sa décision du 8 mai 2007 d'attribuer à la s.a. Priminfo 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.P. sur les prototypes mis à disposition par les soumissionnaires ainsi qu'à une nouvelle appréciation des offres"; qu'en date du 26 juillet 2007, une nouvelle décision motivée d'attribution du marché a été prise pour le projet Cyberclasse; qu'il s'agit de l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée; qu'il est motivé en ces termes quant à l'écartement de l'offre de la requérante :

" Offre d'Econocom

Considérant que l'offre d'Econocom est entachée d'irrégularités substantielles pour les motifs suivants:

Que le cahier spécial des charges (p. 19, dernier alinéa) prévoit que «les écoles auront la possibilité de commander, pendant toute la durée du marché, sur leurs fonds propres des postes client en quantité supplémentaire (...). Ce matériel devra être fourni aux établissements qui en font la commande aux mêmes prix que ceux de la présente offre (voir annexe 4)»;

Que l'annexe 4 intitulée «formulaire d'engagement de fourniture de matériel aux établissements scolaires, qui en font la demande, au même prix que ceux de la présente offre, pendant la durée du marché», précise que le soumissionnaire «s'engage à fournir, pendant toute la durée de validité du marché, aux établissements scolaires qui en auront fait la commande, sur leurs fonds propres, des postes client en quantité supplémentaire, aux mêmes prix que ceux de la présente offre»;

Qu'or, l'annexe reprise dans l'offre d'Econocom précise que cette dernière «s'engage à fournir, pendant toute la durée de validité du marché, aux établissements scolaires qui en auront fait la commande, sur leurs fonds propres, des postes client (hors licences Microsoft en raison des modalités imposées par le contrat MS-KIS2) en quantité supplémentaire, aux mêmes prix que ceux de la présente offre»;

Que cette indication ainsi apportée, en ce qu'elle prévoit qu'Econocom exclut les licences Microsoft de la fourniture des postes client aux mêmes prix que ceux de son offre pour les commandes passées par les établissements scolaires pendant toute la durée de validité du marché, constitue une réserve qui affecte un élément essentiel du cahier spécial des charges; qu'en effet, il est absolument indispensable que les écoles puissent acquérir le poste client y compris les licences, au même prix que celui de l'offre (poste 1.1. de l'inventaire) afin de bénéficier des conditions financières optimales liées à une commande globale importante et que les écoles puissent donc, puisque le prix est avantageux, faire librement choix entre la configuration Microsoft et la configuration Appel dans un but purement pédagogique;

Que l'offre d'Econocom est, par conséquent, entachée d'une irrégularité substantielle et doit donc être écartée pour cette raison;

Considérant que, de plus, il s'avère que l'offre de Econocom est entachée de la même irrégularité substantielle que celle de Computerland ;

Qu'en effet, l'offre d'Econocom décrit, pour la configuration 1, un poste client dont la mémoire graphique est puisée dans la mémoire système; que, dans ce cas, si l'on consacre 250Mb de la mémoire du système à la carte graphique, il ne reste plus que 768Mb pour le système, ce qui est insuffisant pour assurer l'utilisation de Microsoft Enterprise dans toutes ses fonctionnalités et affecte donc un élément essentiel du cahier spécial des charges ;

Qu'en outre, le fait que les 256 Mb ne viennent pas se surajouter au 1 Gb de RAM (soit 1.024 Mb) a un impact important sur le montant du poste client, soit près de 10 % de celui-ci, de sorte que la comparaison effective des offres quant au prix s'en trouve rendue impossible;

Que l'offre d'Econocom est, par conséquent, entachée d'irrégularités substantielles et doit, pour chacune de ces irrégularités, être écartée.";

Considérant que la S.A. SYSTEMAT a introduit une requête en intervention; qu'en tant qu'attributaire du marché litigieux, elle a intérêt à intervenir dans les débats; que sa demande d'intervention est accueillie;

Considérant que l'extrême urgence n'est pas contestée et est établie à suffisance par l'imminence de la notification d'attribution du marché eu égard au délai de dix jours prévu par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Considérant qu'en vertu de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable";

Considérant qu'à l'appui de sa demande, la société requérante prend un moyen unique de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment en son 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, notamment en ses articles 110, 114 et 115, du cahier spécial des charges, de la méconnaissance des principes généraux de droit, notamment du principe d'égalité entre les soumissionnaires, du principe de bonne administration et de la motivation matérielle des actes administratifs, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation;

Considérant que dans le développement du moyen, la requérante fait tout d'abord observer que dans le cadre du premier examen comparatif des offres ayant donné lieu à la première décision d'attribution du marché litigieux datée du 8 mai 2007, la partie adverse avait longuement analysé et comparé les cinq offres qui lui avaient été remises, en ce compris celle de la requérante, sans mettre en cause la régularité de son offre; qu'elle estime qu'il «est pour le moins curieux que la partie adverse découvre subitement deux irrégularités substantielles» alors qu'elle avait procédé à un examen minutieux et complet de la même offre dans le courant du mois de mai 2007;

Considérant que la requérante expose ensuite, au sujet du grief qui lui est fait d'avoir émis une réserve affectant un élément essentiel du cahier spécial des charges, à savoir la fourniture aux écoles qui en font la commande sur leurs fonds propres de postes client en quantité supplémentaire et aux mêmes prix que ceux de l'offre pendant toute la durée du marché, que la partie adverse fait une lecture erronée de l'annexe 4 du cahier des charges intitulée «Formulaire d'engagement de fourniture de matériel aux établissements scolaires, qui en font la demande, aux mêmes prix que

ceux de l'offre, pendant la durée du marché»; qu'elle souligne que le cahier spécial des charges précise, en sa page 19, que «les écoles auront la possibilité de commander, pendant toute la durée du marché, sur leurs fonds propres, des serveurs et/ou des postes client en quantité supplémentaire. Il n'est pas tenu compte de ces éventuelles commandes de matériel dans le tableau d'inventaire. Ce matériel devra être fourni aux établissements qui en font la commande aux mêmes prix que ceux de la présente offre, voir annexe 4» ; qu'elle souligne également que ce paragraphe figure dans la partie «fourniture des postes client» et non dans la partie «fourniture de licences pour les postes client» et en déduit que «l'engagement de fourniture de matériel aux établissements scolaires, qui en font la demande, aux mêmes prix que ceux de l'offre, pendant la durée du marché» porte sur la fourniture des postes client et non sur la fourniture de licences pour les postes client; qu'elle conclut que la précision apportée dans l'annexe 4 de son offre «ne constitue nullement une réserve mais ne tend qu'à préciser de manière sans doute inutile vu que l'annexe 4 ne concerne que le matériel (hardware) et non les licences (software) -qu'en ce qui concerne le software, la partie requérante s'engage à fournir, aux écoles qui en feraient la demande, le matériel aux mêmes conditions que celles figurant dans son offre pour peu que le contrat MS-KIS 2 qui prévoit les conditions d'acquisition des licences soit toujours en vigueur au moment de cette demande»; que la requérante fait encore observer que tous les soumissionnaires ont fait référence au contrat MS-KIS 2 conclu par la Communauté française et MICROSOFT aux termes duquel la première nommée peut, à certaines conditions, acquérir des licences à un prix préférentiel, et reproche à la partie adverse d'avoir considéré que la référence faite par SYSTEMAT au même contrat MS-KIS 2 dans son offre ne constituait pas une réserve; que la requérante estime, contrairement à ce qu'indique l'acte critiqué, que SYSTEMAT lie son offre aux conditions du contrat MS-KIS 2 et, partant, lie les prix qu'elle contient audit contrat; qu'elle conclut qu'en appréciant différemment les références faites au contrat MS-KIS 2, la partie adverse a manifestement violé le principe d'égalité entre soumissionnaires et a commis une erreur manifeste d'appréciation;

Considérant qu'au sujet du second grief retenu par l'acte critiqué et tenant à la méconnaissance du cahier spécial des charges en rapport avec la mémoire du système et de la carte graphique, la requérante fait valoir que la partie adverse se trompe manifestement en affirmant qu'elle n'aurait pas respecté les conditions imposées par le cahier spécial des charges en ce qui concerne la configuration 1, laquelle exigerait 1 Gb de RAM de mémoire pour le système et 256 Mb pour la carte graphique; que la requérante fait tout d'abord observer que les termes du cahier spécial des charges ne sont pas aussi clairs que le prétend la partie adverse, étant donné qu'il

évoque «une carte graphique accélératrice 3D compatible direct X9 muni de 256Mb de mémoire vidéo dédiée intégrée ou non à la carte mère», en sorte que l'utilisation du terme «dédiée» à propos de la carte graphique signifie qu'il faut au moins 256 Mb pour cette carte mais non qu'il faut une carte graphique additionnelle; qu'en effet, souligne la requérante, si tel avait été le cas, le pouvoir adjudicateur aurait veillé à préciser expressément que la carte graphique munie de 256 Mb de mémoire dédiée ne pouvait pas être intégrée à la carte mère; qu'elle ajoute que le pouvoir adjudicateur n'a nulle part précisé qu'il devait nécessairement rester 1 Gb de RAM sur la carte mère, après déduction des 256 Mb «dédiés» à la carte graphique, pour permettre l'utilisation de Microsoft Enterprise «dans toutes ses fonctionnalités»; que la requérante fait également observer que deux autres parmi les cinq soumissionnaires, ont interprété la clause technique comme elle et que seuls deux d'entre eux ont proposé une carte additionnelle; qu'elle en déduit que le cahier spécial des charges laisse le choix de la solution au soumissionnaire, pourvu qu'il y ait au moins 256 Mb pour la carte graphique, ce qui est bien le cas en l'espèce; que la requérante conclut qu'elle n'a nullement méconnu le prescrit ni les spécifications techniques du cahier spécial des charges, de sorte que l'irrégularité alléguée n'est pas établie;

Considérant que la décision d'attribution du marché du 8 mai 2007 a été retirée par une décision du 24 mai 2007 et que cette dernière décision est définitive faute d'avoir été entreprise en annulation; qu'aucune conclusion ne peut donc être tirée de la décision du 8 mai 2007 en ce qui concerne la régularité ou l'irrégularité de l'offre de la requérante; que la décision du 24 mai 2007 se prononce uniquement sur la régularité de l'offre de PRIMINFO et qu'il ne peut non plus en être tiré une quelconque conclusion en ce qui concerne la régularité ou l'irrégularité des offres des autres soumissionnaires;

Considérant, quant à la seconde irrégularité retenue par l'acte critiqué et relative à la mémoire graphique et à la mémoire système, que sous le titre "Objet du marché" et le sous-titre "Fourniture des postes clients", le cahier spécial des charges prévoit la possibilité de deux types de configurations matérielles et précise à ce propos notamment ce qui suit :

- " Configuration 1 : fourniture de postes client 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 :
 - (...)
 - 1 Gb de RAM;
 - (...)
 - carte graphique accélératrice 3D compatible directX9 muni de 256 Mb de mémoire vidéo dédiée, intégrée ou non à la carte mère;

- (...)

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

- (...)

- 1 Gb de RAM,

- (...)

- carte graphique accélératrice 3D compatible DirectX9 muni de 64 Mb de mémoire, intégrée ou non à la carte mère;

- (...)"

Que le terme "dédiée" n'est utilisé que pour la première configuration, retenue par la requérante; qu'il paraît à première vue évident que cet adjectif se rapporte à la mémoire et non à la carte graphique; que les termes "mémoire dédiée" doivent se comprendre par opposition aux termes "mémoire partagée", de sorte que l'exigence relative à la configuration 1 signifie, prima facie, que la carte graphique, qu'elle soit ou non intégrée à la carte mère, doit comprendre une mémoire propre de 256 Mb qui s'ajoute à 1 Gb de RAM et qui ne vient pas en déduction de celui-ci; qu'il ressort d'ailleurs des explications fournies par la partie adverse sur la base des indications fournies par MICROSOFT que 1 Gb de RAM est nécessaire pour l'utilisation de Windows Vista Enterprise, dernier système de MICROSOFT disponible au moment de la remise des offres dans sa déclinaison ENTERPRISE; qu'il est établi que la requérante a prévu 1 Gb de RAM, en ce compris les 256 Mb à consacrer à la carte graphique; qu'au terme de l'examen sommaire auquel il est possible de procéder dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence et au stade actuel de la procédure, il apparaît que l'offre de la requérante n'était pas régulière sur ce point qui est à considérer comme essentiel en raison de son impact sur les capacités de la mémoire des postes proposés et sur le prix de ceux-ci; que la circonstance que d'autres soumissionnaires, également évincés, ont interprété la clause litigieuse de la même manière que la requérante n'est pas de nature à légitimer cette interprétation;

Considérant que, dès l'instant où l'offre de la requérante a pu être qualifiée d'irrégulière sur le point précité, il est superflu d'examiner si la seconde cause d'irrégularité retenue par la décision critiquée est fondée ou non; qu'il suffit de constater à ce propos que SYSTEMAT a, comme la requérante, choisi d'utiliser le contrat MS-KIS 2 mais n'a apparemment, en effectuant ce choix, émis aucune réserve en ce qui concerne la fourniture de postes complémentaires avec les licences nécessaires;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le moyen unique invoqué par la requérante ne peut être qualifié de sérieux, de sorte qu'une des conditions requises pour que le Conseil d'Etat puisse ordonner la suspension de l'exécution de la décision critiquée fait défaut,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme SYSTEMAT dans la procédure en référé est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension 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 partie requérante 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
vacations, le quatorze août deux mille sept par :

M ^{me} GEHLEN,	conseiller d'Etat, président f.f.,
M DJERBOU,	greffier assumé.

Le Greffier ass.,

Le Président f.f.,

S. DJERBOU.

S. GEHLEN.