

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 173.988 du 14 août 2007

G./A.184.676/VI-17.484

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 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 6 août 2007 par la société anonyme PRIMINFO, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de la décision de la partie adverse du 26 juillet 2007 par laquelle celle-ci attribue le marché relatif au projet Cyberclasse à la société Systemat;

Vu l'ordonnance du 8 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 Virginie DOR, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me France VLASSEMBROUCK, 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.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"; qu'en date du 26 juillet 2007, une nouvelle décision motivée d'attribution de marché a été prise pour le projet Cyberclasse; qu'il s'agit de l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée;

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 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 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Considérant que la partie adverse soutient que la demande est irrecevable, dès lors que le recours en suspension introduit par la requérante contre la décision du 24 mai 2007 déclarant son offre irrégulière a été rejeté et qu'aucun recours en annulation n'a été introduit; qu'elle estime que la requérante a perdu vocation au marché litigieux et soutient que "L'intérêt qu'elle revendique et qui consisterait à pouvoir participer à une nouvelle procédure d'attribution n'est pas né et actuel, mais purement hypothétique", de sorte que le présent recours est irrecevable;

Considérant que la requérante n'a pas attaqué en annulation la décision du 24 mai 2007 par laquelle la partie adverse a retiré la décision de lui attribuer le marché litigieux; qu'il résulte du rejet de la demande de suspension de l'exécution de la décision de retrait qu'il y a lieu, au stade actuel de la procédure, de considérer l'offre de la requérante comme irrégulière; qu'en principe, le soumissionnaire qui n'a pas remis une offre régulière n'a pas intérêt à contester la légalité de la décision d'attribution du marché; qu'il est fait exception à ce principe lorsqu'il est démontré que l'offre de l'adjudicataire est, elle aussi, irrégulière; que, par les moyens qu'elle invoque, la requérante tend à faire cette démonstration; que l'exception est par conséquent liée au fond;

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 que, sous le titre "l'attributaire ne propose aucun logiciel libre pour la partition Linux", la requérante prend un moyen, le troisième de la requête, de la méconnaissance 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, du point B, page 20, du cahier spécial des charges et du principe d'égalité entre les soumissionnaires; qu'elle expose que "Systemat ne propose aucun logiciel libre pour la partition Linux", "Alors que le cahier spécial des charges exigeait que les soumissionnaires proposent une sélection intéressante de logiciels libres pour la partition Linux; que l'offre de Systemat est donc non conforme et devait par conséquent être écartée"; que la circonstance que SYSTEMAT n'a pas proposé de logiciel libre pour la partition Linux est déduite du texte de la décision motivée d'attribution du marché du 8 mai 2007; que, selon la requérante, le caractère essentiel de l'exigence, en tant que condition minimale pour la partition Linux, d'une interface graphique intuitive,

d'une suite bureautique et d'une sélection intéressante de logiciels libres ressort des trois éléments suivants :

- " - la disposition décrit les caractéristiques «minimales» (qualifiées comme telles) et donc, «essentielles», «auxquelles on ne peut déroger»;
- la même disposition du cahier spécial des charges a - en ce qui concerne l'interface graphique - déjà été qualifiée de substantielle par le pouvoir adjudicateur s'agissant de l'offre de Computerland (p. 4 de la décision d'attribution du 26 juillet 2007);
- il convient d'avoir égard à la rigueur avec laquelle le pouvoir adjudicateur a examiné la régularité des autres offres, le principe d'égalité entre les soumissionnaires impose dans ce contexte de traiter tous les soumissionnaires de manière identique.";

Considérant que la partie adverse soutient que le moyen est irrecevable à défaut d'intérêt parce que la requérante invoque, à l'égard de l'offre de l'adjudicataire, une irrégularité autre que celle dont son offre était entachée; qu'elle invoque à l'appui de sa thèse, l'arrêt n/ 170.055 du 16 avril 2007;

Considérant qu'au stade actuel de la procédure, il n'apparaît pas qu'en l'espèce la requérante devrait démontrer, pour justifier son intérêt au moyen, que l'irrégularité qu'elle dénonce est la même que celle qui avait été constatée à propos de son offre; qu'à première vue, la requérante a intérêt à invoquer un moyen dont il ressortirait que l'offre de l'adjudicataire serait, elle-même, entachée d'une irrégularité substantielle, en manière telle que plus aucune offre régulière ne subsisterait et que l'ensemble des soumissionnaires, en ce compris la requérante, retrouverait une chance de se voir attribuer le marché; qu'il peut être fait référence à la jurisprudence selon laquelle, en matière de fonction publique, un candidat évincé d'une promotion, qui ne remplit pas une des conditions pour être promu, a intérêt à l'annulation de la promotion d'un concurrent si celui-ci ne remplit pas non plus une condition, fut-elle autre, pour être lui-même promu;

Considérant, quant au moyen lui-même, que la partie adverse l'estime non sérieux et explique sa position en ces termes :

- " Systemat propose dans son offre (...) d'établir la sélection des logiciels libres "en collaboration avec vous, la Communauté française et les personnes ressources sur base des différents projets pédagogiques et en fonction du choix de leur environnement. Veuillez également vous référer au point 4.3.2.1. relatif à notre proposition d'image personnalisée"

Ainsi, l'exigence d'une «sélection intéressante de logiciels libres» sera nécessairement rencontrée, puisque ce choix se fera en collaboration avec le pouvoir adjudicateur, la Communauté française et les personnes ressources. L'objectif poursuivi par le cahier spécial des charges sera ainsi atteint. Il ne peut, dans ces circonstances, nullement être question d'une irrégularité substantielle.";

Considérant que la partie intervenante fait valoir ce qui suit :

- " Le C.S.C. prévoit en page 20 que le soumissionnaire installe un linux simple. Il doit également installer une suite bureautique et une sélection intéressante de logiciels libres.

L'offre de la S.A. SYSTEMAT est conforme à cette exigence puisqu'elle propose une suite bureautique OPEN OFFICE pour la partition LINUX. Cette suite comprend déjà des logiciels libres à usages variés qui dépassent la notion stricte de bureautique (en ce compris banque de données, module de dessin).

Par ailleurs SYSTEMAT s'engage au terme de son offre «à sélectionner en collaboration avec les personnes ressources les logiciels libres en fonction du choix de leur environnement». De la sorte l'offre de la S.A. SYSTEMAT présente l'avantage qu'elle permettra l'installation de logiciels libres non pas de manière standardisée pour tous les postes mais de manière sélective suivant les desideratas des établissements scolaires et groupes d'utilisateurs.

L'on rappellera, pour le surplus, que les logiciels libres sont gratuits et leur utilisation s'opère sans licence préalable.";

Considérant que sous le titre "Objet du marché", sous-titre "Fourniture de licences pour les postes client", le cahier spécial des charges prévoit ce qui suit :

- " 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.

(...)"

Considérant que le cahier spécial des charges qualifie de "caractéristiques minimales" l'interface graphique intuitive, la suite bureautique et la sélection de logiciels libres; qu'il résulte ainsi des termes utilisés d'une part, que ces caractéristiques ont un caractère substantiel et, d'autre part, que la fourniture d'un des éléments cités ne dispense pas de la fourniture des autres; que l'argument de la partie intervenante selon lequel la suite bureautique qu'elle propose comporte déjà des logiciels libres ne peut dès lors être retenu; que cette constatation est confirmée par ce qui a été décidé par la partie adverse au sujet d'une autre offre qui ne comportait pas d'interface graphique intuitive;

Considérant qu'il apparaît de l'offre de SYSTEMAT, telle qu'elle est décrite par la partie adverse et par la partie intervenante, que cette offre ne comporte pas de "sélection intéressante de logiciels libres" et que les explications fournies à ce

propos démontrent que c'est dans la phase d'exécution du marché que cette sélection sera faite; qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de se prononcer sur l'opportunité d'un tel choix et, donc sur l'avantage que présenterait ou ne présenterait pas le fait d'impliquer les utilisateurs dans le choix des logiciels libres; qu'au terme d'un examen sommaire, le seul que permet la procédure d'extrême urgence, il apparaît, *prima facie*, que l'offre de SYSTEMAT comprend un élément aléatoire et est incomplète dès lors qu'elle ne propose pas elle-même une suite de logiciels libres mais en subordonne la sélection à un élément inconnu et qui ne pourra être déterminé qu'au stade de l'exécution du marché; qu'au stade actuel de la procédure, le moyen paraît sérieux;

Considérant qu'au stade actuel de la procédure, il est superflu d'examiner les deux autres moyens de la requête;

Considérant, quant au risque de préjudice grave difficilement réparable, que la requérante expose que le marché litigieux doit être considéré comme un marché de référence dans le secteur des marchés informatiques en raison de son ampleur, de sa rareté et de sa spécificité; qu'elle en rappelle l'objet et le montant et souligne qu'il n'y aura pas de nouveau marché pour l'équipement informatique et pédagogique des écoles de la Communauté française avant l'expiration de la durée de vie des PC fournis, c'est-à-dire huit ou dix ans; qu'elle fait également valoir que, dans un secteur aussi mouvant et innovant que celui de l'informatique, il est indispensable de renouveler sans cesse ses références; qu'elle estime dès lors la perte de la possibilité d'exécuter un tel marché constitue pour elle un risque de préjudice grave difficilement réparable;

Considérant que la partie adverse estime que la requérante n'établit ni l'existence ni a fortiori la gravité de son préjudice; qu'elle expose que la requérante, à qui incombe la charge de la preuve, ne démontre pas, à l'aide d'éléments concrets et précis, que le préjudice financier qu'elle invoque serait tel qu'il pourrait compromettre sa survie et mettre ses activités en péril; qu'elle rappelle qu'un préjudice financier est en principe réparable; qu'elle fait valoir que la requérante ne démontre pas concrètement que le marché litigieux serait un marché de référence et souligne à ce propos que la seule valeur monétaire du marché ne suffit pas pour le qualifier de marché de référence; qu'elle conteste la rareté du marché en faisant état d'un marché de même nature attribué à la requérante en 1998; qu'elle estime que la requête n'indique pas en quoi le marché serait à ce point complexe qu'il constituerait un marché de référence et souligne qu'il s'agit uniquement de l'installation de postes informatiques dans les écoles de la Communauté française; qu'elle fait valoir que la requérante n'explique pas en quoi le marché dont il s'agit justifierait la mise en oeuvre

de techniques particulières ou nouvelles susceptibles de fournir à l'adjudicataire une réputation particulière; qu'elle ajoute que la requérante a obtenu en 1998 le marché "CybersEcoles" qui était déjà un marché informatique d'envergure susceptible de conférer à l'adjudicataire une réputation particulière;

Considérant que le marché de référence a été défini comme celui dont la rareté, l'ampleur, la complexité de conception ou d'exécution, la mise en oeuvre de techniques particulières ou nouvelles sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation particulière; que la requérante en démontre l'ampleur qui n'est ni sérieusement contestée ni contestable, dès lors qu'il s'agit de la fourniture de 40.000 ordinateurs à répartir dans 3.350 écoles de la Communauté française; que la requérante démontre l'impact de ce marché sur son chiffre d'affaire; qu'elle en établit la rareté lorsqu'elle précise, sans être contredite, que le dernier marché comparable a été attribué en 1998, soit il y a neuf ans; qu'il n'est pas allégué qu'un marché semblable se présentera dans les prochaines années; qu'en matière d'informatique, secteur particulièrement évolutif, un marché tel que le marché litigieux peut être qualifié de rare; que la requérante précise aussi qu'il s'agit d'un marché spécifique, en ce qu'il vise l'équipement informatique et pédagogique des écoles; qu'une plus ample démonstration n'est pas nécessaire pour établir la complexité du marché, laquelle résulte à la fois de son ampleur et de sa spécificité; qu'en outre, malgré l'enjeu financier très élevé, cinq offres seulement ont été faites, ce qui, en soi, donne à penser que des techniques particulières qui ne sont pas à la portée de tous devaient être mises en oeuvre; qu'enfin la circonstance que la requérante a obtenu un marché du même type en 1998 n'enlève pas au marché litigieux sa qualité de marché de référence, dès lors que, dans le secteur de l'informatique, le caractère récent des références a une importance capitale; que le risque de préjudice grave difficilement réparable imputable à l'exécution immédiate de l'acte critiqué est établi;

Considérant que les deux conditions requises par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat pour que la suspension de l'exécution de l'acte attaqué puisse être ordonnée sont réunies;

Considérant qu'à titre subsidiaire, la partie adverse invite le Conseil d'Etat à procéder à une balance des intérêts; que cette demande doit être rejetée conformément à la jurisprudence majoritaire et la plus récente du Conseil d'Etat; qu'au demeurant la partie adverse n'établit nullement qu'en l'absence de suspension de l'exécution de l'acte critiqué, les écoliers de la Communauté française pourraient bénéficier, à la rentrée scolaire 2007-2008, des ordinateurs neufs,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

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

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision de la Région wallonne du 26 juillet 2007 par laquelle celle-ci attribue le marché relatif au projet Cyberclasse à la société Systemat.

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.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Les dépens relatifs à la requête en intervention, liquidés à la somme de 125 euros, sont mis à la charge de la partie intervenante.

Les dépens sont réservés pour le surplus.

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.