

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 181.487 du 26 mars 2008

G./A.187.506/VI-17.719

En cause : **la société anonyme WIN,**
ayant élu domicile chez
Me Jean-Marc RIGAUX, avocat,
boulevard d'Avroy, n° 270,
4000 Liège,

contre :

la Région wallonne, représentée
par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me Philippe COENRAETS, avocat,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

**la société anonyme société liégeoise de micro-informatique,
dénommée "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 requête unique introduite le 17 mars 2008 par la société anonyme WIN qui demande, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution et l'annulation de la décision prise en date du 7 mars 2008, par laquelle le Gouvernement de la Région wallonne attribue "un marché de fourniture et de configuration du matériel actif nécessaire à la réalisation d'un réseau dans chaque implémentation scolaire (primaire, secondaire, de promotion sociale) concerné par le projet CYBERCLASSES (Cahier Spécial des Charges D456-07A12), par voie d'appel d'offres restreint avec publicité européenne à la S.A. COMPUTERLAND et déclarant

l'offre de la requérante irrégulière substantiellement et communiquée à la partie requérante en date du 10 mars 2008";

Vu l'ordonnance du 18 mars 2008, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 21 mars 2008 à 10 heures;

Vu le dossier administratif;

Vu la demande introduite par la société anonyme SOCIETE LIEGEOISE DE MICRO-INFORMATIQUE, dénommée COMPUTERLAND, tendant à être admise en qualité de partie intervenante;

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

Entendu, en leurs observations, Me Jean-Marc RIGAUX, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me Philippe COENRAETS, avocat, comparaisant pour la partie adverse et Me Véronique BERTRAND, avocat, 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;

Considérant que le marché dont l'attribution est contestée a été confié à la société anonyme SOCIETE LIEGEOISE DE MICRO-INFORMATIQUE COMPUTERLAND; que celle-ci a un intérêt certain à intervenir dans la présente procédure en vue d'établir la régularité de la décision attaquée; que sa demande peut dès lors être accueillie;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête, tels qu'exposés par la requérante et la partie intervenante sont les suivants :

1. En date du 23 mai 2006, a été publié un appel d'offres pour la fourniture et la configuration du matériel actif nécessaire à la réalisation d'un réseau dans chaque implémentation scolaire (primaire, secondaire, de promotion sociale) de la Région

wallonne, intitulé projet CYBERCLASSES, en ce qui concerne les commutateurs (switch).

Le matériel actif désignait des éléments placés entre les ordinateurs d'un réseau afin de leur permettre de communiquer entre eux.

La société COMPUTERLAND a déposé une offre le 25 mars 2006. Elle proposait du matériel de la marque HP PROCURVE. Lors des essais qui ont eu lieu au MET, il est apparu que le logiciel "Interface Web", proposé pour la gestion locale, ne permettait pas de "visualiser la topologie du réseau" et que le logiciel "ProCurve Manager Plus 2.1.", proposé pour la gestion centrale et devant être placés sur des serveurs Windows, n'assurait pas cette fonction, en particulier sur les ordinateurs Mac installés dans les écoles.

2. Le 29 novembre 2006, la Région wallonne a, en application de l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993, renoncé à passer le marché en raison des imprécisions du cahier spécial des charges.

3. Le 3 janvier et le 11 janvier 2007, la Région wallonne a fait publier au Journal Officiel un avis de marché suivi d'un rectificatif relativement à la passation d'un marché de fournitures de même objet, suivant une procédure d'appel d'offres restreint.

Le 5 mars 2007, la société COMPUTERLAND a été invitée à déposer une offre sur la base du cahier spécial des charges n/ 456-07A12, quasi identique au premier.

Le cahier spécial des charges n/ 456-07A12 exigeait, aux pages 9 et 10, que les commutateurs fussent configurés de manière à pouvoir faire l'objet d'une administration locale et d'une administration centralisée. Pour l'administration locale, il était spécifié, à la page 10 :

" La personne ressource effectuera les tâches d'administration à partir d'un poste de travail fourni par l'administration dans le cadre d'un autre marché.

(...)

Le système d'exploitation retenu par l'Administration pour ce poste de travail est le dernier système d'exploitation d'Apple ou de Microsoft (...)"

La société COMPUTERLAND a proposé, pour l'administration locale, un "Interface Web +", c'est-à-dire la solution standard livrée par le fournisseur HP, complétée d'une fonctionnalité développée par la société COMPUTERLAND.

4. Une première décision motivée intervenant le 6 février 2007 a permis de sélectionner 7 candidats dont la requérante et l'adjudicataire soit la S.A.COMPUTERLAND;

5. En date du 26 mars 2007, les offres déposées ont été ouvertes et il est apparu que la S.A. COMPUTERLAND avait déposé une offre à concurrence de 3.399.456,65 € TVAC alors que la requérante déposait une offre de 3.110.352,62 € TVAC ;

6. En date du 7 mars 2008, la décision a été prise par la partie adverse, d'une part, d'attribuer le marché à la S.A. COMPUTERLAND et, d'autre part, de déclarer irrecevable pour irrégularité substantielle, notamment l'offre de la requérante, la S.A. WIN ;

Concernant l'offre de la requérante, la décision attaquée est motivée comme suit :

" Considérant qu'au regard des exigences du CSC rappelées au point 2.1, l'offre de WIN doit être écartée pour irrégularité substantielle.
Qu'en effet, pour le monitoring et l'administration locale, l'offre de WIN propose une interface de type « command line » (pas adaptée aux utilisateurs finaux), l'interface Web des commutateurs et le logiciel ProCurve Manager.
Que ce dernier, ne fonctionnant que sous Windows, est de nature à compromettre la bonne exécution du marché.
Qu'une fois le regroupement des commutateurs concernés sous un seul commutateur virtuel effectué, toutes les fonctions disponibles dans l'interface web ou de type «command line » sont accessibles en même temps sur tous les commutateurs.
Que, par contre, il n'est pas possible de visualiser la topologie du réseau avec les interfaces disponibles sous Mac OS X."

En ce qui concerne l'offre COMPUTERLAND, la partie adverse a motivé sa décision dans les termes suivants :

" Considérant que l'offre de COMPUTERLAND propose les mêmes interfaces que celle de WIN.
Que cette offre n'est pas pour autant irrégulière car on peut lire (p.24) à propos de l'interface web : « opérationnel sur toutes les plate-formes (PC et Apple) avec un add-on spécifique pour la topologie à installer via le serveur ».

Que de ce point de vue, l'offre de COMPUTERLAND est donc régulière et l'analyse peut être poursuivie.";

Dans la notification de la décision, la partie adverse a informé la requérante que celle-ci disposait d'un délai de 10 jours calendrier à partir du lendemain de l'envoi pour introduire un recours contre cette décision, exclusivement dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire ou dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat.

Considérant, quant à l'extrême urgence, que la requérante a attaqué la décision précitée du 7 mars 2008 par une requête en référé du 17 mars 2008 et qu'elle en a averti la partie adverse le même jour; qu'elle a fait toute diligence nécessaire pour éviter le péril dont elle se dit menacée et qui consistait dans la passation imminente du marché avec la partie intervenante; que l'extrême urgence peut, dans ces conditions, être tenue pour établie;

Considérant qu'aux termes de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973, "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 la requérante prend un moyen unique "de la violation de l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de service, de l'article 110 § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fourniture et de service et aux concessions de travaux publics, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs individuels, du principe de bonne administration et du principe d'égalité"; qu'en une première branche, elle invoque la violation de l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993, précitée, et de l'article 110, §2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité; qu'elle affirme que les produits proposés par COMPUTERLAND et par elle-même sont strictement identiques, que cependant, l'offre de COMPUTERLAND a été considérée comme régulière à l'inverse de la sienne, qualifiée de substantiellement irrégulière; que les logiciels, dont l'interface Web proposée par la requérante et également proposée par COMPUTERLAND, sont intégrés au commutateur lorsque celui-ci est livré, que le logiciel add-on évoqué par COMPUTERLAND dans son offre ne fait pas partie de la notion de produit telle que définie dans le cahier spécial des charges, qu'en effet, cet add-on n'est pas intégré au

produit fourni, comme par exemple le logiciel interface Web, qu'il peut cependant y être ajouté aisément et gratuitement, que ce soit sous forme de CD ou de téléchargement sur Internet, que le add-on n'est pas un élément intrinsèque faisant partie du produit qui est l'objet du marché, que l'acte attaqué est illégal dans la mesure où la partie adverse y décide que son offre n'est pas conforme au cahier spécial des charges "à propos d'un élément qui ne fait pas partie du produit faisant l'objet du marché" et qu'il viole l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, dans la mesure où la partie adverse y tient pour une irrégularité substantielle le fait de ne pas mentionner que le produit proposé assure la fonctionnalité de la visualisation de topologie moyennant l'ajout d'un add-on, d'autant plus que l'examen du métré qui fait référence aux interfaces Web et autres logiciels coûte 0 € ; qu'en une deuxième branche, la requérante fait état de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs individuels en ce que la motivation de l'acte attaqué, en son point 2.3. concernant l'offre de la S.A. WIN est inexacte sur plusieurs éléments, que le logiciel ProCureManager permet de réaliser toutes les fonctionnalités, en ce compris la topologie, que, s'il est limité à Windows et n'est pas compatible avec Apple, cependant, il n'est pas de nature à compromettre la bonne exécution du marché puisque, si l'administration le souhaite, elle peut utiliser des commutateurs dans lesquels sont intégrés le logiciel PCM pour les écoles travaillant sous Windows, sans exclure la possibilité d'utiliser des commutateurs pourvus de l'interface Web avec éventuellement le téléchargement d'un add-on pour les écoles équipées d'ordinateurs Mac (Apple), que si le ProCureManager avait été le seul logiciel proposé par la S.A. WIN, celui-ci aurait été de nature à compromettre la bonne exécution du marché mais que tel n'est pas le cas puisqu'elle propose deux autres logiciels (command line et interface Web) permettant d'être opérationnel sur toutes les plate-formes (PC et Apple) ; que la partie adverse n'a donc pu affirmer, ainsi qu'elle l'a fait, que :

" (...) une fois le regroupement des commutateurs concernés sous un seul commutateur virtuel effectué, toutes les fonctions disponibles dans l'interface web ou de type «command line » sont accessibles en même temps sur tous les commutateurs. Que, par contre, il n'est pas possible de visualiser la topologie du réseau avec les interfaces disponibles sous Mac OS X.",

que ce point de la motivation est inexact, dans la mesure où au paragraphe suivant, à propos de la même interface, le pouvoir adjudicateur admet comme régulière l'offre de COMPUTERLAND, qu'il est donc possible de visualiser la topologie du réseau avec les interfaces disponibles sous Mac OS X, que le fait de ne pas énoncer, comme l'a fait WIN dans son offre, qu'il suffit d'ajouter un add-on pour réaliser la dernière fonctionnalité concernant la topologie, ne rend pas impossible la réalisation de ses fonctionnalités par le matériel fourni par la requérante, en sorte que l'acte attaqué est affecté d'une

motivation inexacte; qu'en une troisième branche, prise de la violation du principe de bonne administration et du principe d'égalité, la requérante soutient que le pouvoir adjudicateur avait la possibilité de lui demander des renseignements complémentaires, que l'article 51 de la nouvelle directive 2004/18 permet au pouvoir adjudicateur d'inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter leurs certificats et documents présentés, ce qui ne fait que confirmer la législation déjà en vigueur en Belgique et plus particulièrement l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996;

Considérant, quant à la première et à la deuxième branche du moyen, que, dans son intitulé même, le cahier spécial des charges n/ 456-07A12 qui régit le marché considéré précise qu'il s'agit de "Fourniture et configuration du matériel actif nécessaire à la réalisation d'un réseau dans chaque implantation scolaire (primaire, secondaire, de promotion sociale) concernée par le projet"; qu'il s'agit de la poursuite du projet "Cyberclasses"; que le matériel visé est composé de "commutateurs" ou "switchs", lesquels sont des éléments placés entre les ordinateurs d'un réseau, afin de leur permettre de communiquer entre eux; qu'en ce qui concerne les fonctionnalités minimales, il est précisé, au point B. "OBJET DU MARCHE", 1.2., du cahier spécial des charges que le matériel proposé devra être compatible avec le plus grand nombre de standards actuels; qu'en ce qui concerne l'administration locale, le point 2.1. dispose qu'il y a au minimum trois niveaux de compétence, étant la personne ressource de base, la personne douée d'une expertise plus étendue et le personnel qualifié et certifié du helpdesk, qu'en fonction du niveau de compétence, l'interface d'administration doit présenter un panel de tâches adapté et que l'ergonomie de cette interface doit être maximale pour la personne ressource de base, que le logiciel permettant l'administration du matériel actif doit pouvoir assurer, notamment, la visualisation "de la topologie du réseau et en ce compris les éléments frontaux", que la personne ressource effectuera les tâches d'administration à partir d'un poste de travail fourni par l'administration dans le cadre d'un autre marché et que le système d'exploitation retenu par l'Administration pour ce poste de travail est le dernier système d'exploitation d'Apple ou de Microsoft; qu'il ressort des pièces de la procédure qu'au point 3.2.4.2. de son offre – Administration locale – la requérante précise :

- " En fonction du niveau de compétence de l'opérateur, l'administration locale des commutateurs proposés se fait par l'intermédiaire :
- d'une interface de type « Command Line » (en console ou via SSH).
 - d'une interface web.
 - d'un progiciel gratuit d'administration locale : ProCurve Manager (PCM).

Les deux premiers modes d'accès peuvent attribuer des droits différents en fonction du niveau de compétence de l'opérateur réseau (Read, Read/Write). Ces modes d'accès sont indépendants de la nature de la station de travail.

Le troisième mode est essentiellement dédié pour la personne ressource de base. En outre, cet outil permet de visualiser la topologie du réseau, en ce compris les éléments frontaux.";

que, dans sa requête, elle écrit que :

" A ce stade, il y a lieu de souligner que la requérante propose de fournir les commutateurs qui supportent trois types de méthodes de gestion locale des commutateurs : une interface Command Line, une interface Web et un progiciel gratuit d'administration locale (PCM) ;

La difficulté, en ce qui concerne la première méthode, est qu'elle n'est accessible qu'à des personnes très compétentes et qu'elle ne remplit pas toutes les fonctionnalités requises;

La seconde méthode permet de travailler autant sur Mac (Apple) que sur PC et propose toutes les fonctionnalités possibles sous la seule réserve qu'il y a lieu pour visualiser la topologie d'y ajouter un logiciel (add-on ou plug-in) qui permet sans difficulté d'assurer la fonctionnalité ;

Quant à la troisième méthode, soit le progiciel gratuit d'administration locale, celui-ci permet d'assumer toutes les fonctionnalités y compris la topologie du réseau mais uniquement sur des PC et non sur Apple";

qu'ainsi, la requérante admet que les commutateurs qu'elle offre doivent être adjoints à un logiciel complémentaire, dont elle affirme qu'il peut être ajouté aisément et gratuitement; que, pour autant qu'il puisse en être jugé au terme d'un examen en extrême urgence, c'est à juste titre que l'intervenante oppose à ces arguments que son offre diffère de celle de la requérante en ce qu'elle propose trois logiciels pour réaliser la gestion des commutateurs, soit un "Interface Web +", devant servir à l'administration locale, un "ProCurve Manager Plus 2.1", devant servir à la gestion centralisée, et un "ProCurve Manager 2.1", destiné au personnel qualifié devant intervenir sur site, par exemple dans le cas d'une panne, de manière à ce que l'"Interface Web" permette, conformément au cahier spécial des charges, de visualiser la topologie du réseau, et qu'elle a proposé d'intégrer dans l'"Interface Web" standard fournie par la société HP non pas, comme l'énonce la requérante un add-on disponible gratuitement sur Internet, mais une fonctionnalité additionnelle conçue par son équipe de développement selon une conception qui lui propre;

qu'ainsi, prima facie, il apparaît que, contrairement à ce que soutient la requérante, les offres respectives de celle-ci et de l'intervenante ne sont pas identiques, mais qu'elles se dissocient au contraire quant à l'une des exigences de fonctionnalité à laquelle ne répond pas l'offre de la requérante;

que la partie adverse a pu conclure et mentionner dans la motivation de sa décision qu'en offrant un matériel qui n'assurait pas la visualisation de la topologie du réseau sur les appareils MAC, sans que la requérante eût proposé le complément nécessaire et adéquat à cet égard, celle-ci méconnaissait l'une des exigences déterminantes du cahier spécial des charges et qu'elle présentait de ce fait une offre irrégulière; que le moyen n'apparaît sérieux ni dans sa première branche ni dans sa deuxième branche;

Considérant quant à la troisième branche du moyen, que, puisque les offres de la requérante et celle de l'intervenante n'apparaissent pas identiques, la partie adverse n'a pas violé le principe d'égalité en les traitant différemment; que, *prima facie*, c'est à juste titre que la partie intervenante fait valoir que, dès lors qu'elle ne proposait pas l'utilisation d'un add-on libre, la partie adverse ne pouvait estimer, à la lecture de cette offre, qu'une telle possibilité existait également pour la requérante et que, si elle avait interrogé celle-ci sur la question de savoir si elle comptait ajouter un tel add-on à son offre, elle lui aurait permis de modifier son offre après le dépôt de celle-ci et qu'elle aurait donc violé le principe de l'égalité entre les soumissionnaires; que c'est en vain que la requérante fait état de l'article 51 de la directive 2004/18 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, cette disposition ne permettant au pouvoir adjudicateur que d'inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats et documents présentés en application des articles 45 à 50, lesquels sont sans rapport avec la correction même de l'offre; que c'est encore en vain que la requérante soutient que l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, contraint le pouvoir adjudicateur à solliciter les renseignements complémentaires concernant les prix anormalement bas et qu'il permet d'agir de même en ce qui concerne les autres irrégularités; que cette disposition ne permet pas de rompre la règle de traitement égal des soumissionnaires en permettant au pouvoir adjudicateur de négocier avec l'un d'eux postérieurement à l'ouverture des offres; que le moyen n'apparaît pas sérieux dans sa troisième branche;

Considérant que faute de satisfaire à l'une des deux conditions requises par l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la demande ne peut être accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande en intervention introduite par la société anonyme société liégeoise de micro-informatique dénommée COMPUTERLAND 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 sont réservés.

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

M. LEWALLE,	Conseiller d'Etat, président f.f.,
M ^{me} LAUVAU,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président f.f.,

K. LAUVAU.

P. LEWALLE.