

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 185.195 du 7 juillet 2008

G./A.188.650/VI-17.876

En cause : **la société anonyme SOCIETE LIEGEOISE
DE MICRO-INFORMATIQUE**, dénommée
COMPUTER LAND,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX, Véronique BERTRAND et
Jean-François HENROTTE, avocats,
place des Nations Unies, n° 7,
4020 Liège,

contre :

la Région wallonne, représentée
par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT et
France MAUSSION, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme PRIMINFO,

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

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

Vu la demande introduite le 20 juin 2008 par la société anonyme SOCIETE LIEGEOISE DE MICRO-INFORMATIQUE, dénommée COMPUTER LAND, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision du 9 juin 2008 par laquelle le ministre de la Formation de la REGION WALLONNE a attribué à la société PRIMINFO le marché relatif au projet Cyberclasse";

Vu l'ordonnance du 23 juin 2008, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 1^{er} juillet 2008 à 09.30 heures;

Vu la demande introduite le 30 juin 2008, par laquelle la société anonyme PRIMINFO demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en suspension d'extrême urgence;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

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

Entendu, en leurs observations, Mes Véronique BERTRAND et Jean-François HENROTTE, avocats, comparaisant pour la partie requérante, Mes Bruno LOMBAERT et Irène MATHY, avocats, ainsi que M. Pascal BROCKMANS, attaché, comparaisant pour la partie adverse et Me Virginie DOR, avocat, comparaisant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis contraire, 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 antécédents de la cause ont été exposés dans les arrêts n/ 172.065 du 8 juin 2007 et n/ 173.987 à 173.989 du 14 août 2007; qu'à la suite de ces derniers arrêts, les faits utiles à l'examen de la cause se présentent comme suit :

1. Le 30 août 2007, la partie adverse a décidé de renoncer à attribuer le marché dans le cadre de la procédure d'appel d'offres au motif que les cinq offres déposées étaient irrégulières.

2. Le 20 décembre 2007, la partie adverse a "décidé de refaire la procédure d'attribution du marché «postes client et installation de l'équipement informatique» suivant la procédure négociée sans publicité lors du lancement de la procédure, telle que visée par l'article 17, § 2, 1/, d), de la loi du 24 décembre 1993".

3. Le 21 décembre 2007, la partie adverse a adressé le cahier spécial des charges D456/Cyber/PC/PNSP aux cinq soumissionnaires.

Ce cahier des charges est demeuré, pour les aspects techniques, quasi-inchangé par rapport à la procédure d'appel d'offres.

Comme dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, les offres sont évaluées en fonction des deux critères d'attribution suivants :

- " - 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
- le montant de l'offre : 40%.

Le montant de l'offre pris en compte est relatif à l'ensemble des postes repris à l'inventaire."

Il est ajouté un point D. PROCEDURE DE NEGOCIATIONS libellé comme suit :

- " Les négociations pourront se dérouler en plusieurs étapes.

A chaque étape, il pourra être décidé de poursuivre prioritairement les négociations avec le ou plusieurs soumissionnaire(s) provisoirement le(s) mieux classé(s) sur la base de l'ensemble des critères d'attribution précisés au point C ci-avant, étant entendu que la négociation avec chacun des soumissionnaires pourrait être reprise.

L'administration se fera assister par un comité de négociations [...].

Le marché sera attribué au soumissionnaire qui aura déposé, au terme des négociations, l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, sur la base des critères d'attribution énoncés au point C ci-avant."

4. Le 31 janvier 2008, les mêmes sociétés ont remis offre à l'exception de la société GETRONICS BELGIUM.

5. A la suite d'une demande de la partie adverse du 22 février 2008, les soumissionnaires ont mis à sa disposition un prototype de chaque configuration du poste client proposé ainsi que de ses périphériques.

6. Le 30 avril 2008, la partie adverse a adressé un courrier aux quatre soumissionnaires leur indiquant les points faibles de leur offre et leur proposant

d'introduire une amélioration de leur offre sur ces points ainsi que sur d'autres points, notamment sur le prix, s'ils l'estimaient opportun.

Ces améliorations devaient parvenir à la partie adverse par courrier pour le 9 mai au plus tard et être présentées au comité des négociations le 14 mai 2008.

A la suite de cette réunion de négociations, chaque soumissionnaire a confirmé les engagements pris devant le comité de négociations et a déposé une offre définitive en termes de prix.

7. Le 9 juin 2008, la partie adverse a décidé d'attribuer le marché à la société PRIMINFO pour un montant de 26.620.234,74 EUR TVAC. Il s'agit de l'acte attaqué.

Le 10 juin 2008, la décision motivée d'attribution a été communiquée aux autres soumissionnaires avec indication des mentions prévues par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services;

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

Considérant que la S.A. PRIMINFO 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 LA RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE DE SUSPENSION D'EXTRÊME URGENCE

Considérant que la partie adverse soulève l'irrecevabilité de la demande de suspension d'extrême urgence en raison du fait que l'information du 20 juin 2008 de la société demanderesse relative à l'introduction d'une telle demande lui a été communiquée non pas à l'adresse indiquée dans la lettre du 10 juin 2008 de notification de la décision attaquée, soit à "Monsieur Edmond Dimartinelli", mais à "Monsieur PLUMIER", inspecteur général a.i.;

Considérant que l'article 21bis, § 2, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993 dispose comme suit :

" § 2. [...]

Le pouvoir adjudicateur accorde aux candidats et soumissionnaires un délai qu'il précise et qui doit être d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de l'envoi des motifs, afin de leur permettre d'introduire éventuellement un recours auprès d'une juridiction, et ce exclusivement selon le cas dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire ou, devant le Conseil d'Etat, par une procédure d'extrême urgence. En l'absence d'une information écrite au pouvoir adjudicateur en ce sens, parvenue dans le délai accordé à l'adresse qu'il a indiquée, la procédure peut être poursuivie.";

Considérant que les demandes de suspension d'extrême urgence ne sont en principe pas soumises à un délai de prescription particulier; que, cependant, l'article 21bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 crée, dans l'hypothèse qu'il vise, un cas particulier de saisine d'extrême urgence du Conseil d'Etat; que lorsque l'article 21bis, § 2, est applicable, il convient dans ce cas d'appréhender la condition de l'extrême urgence au regard des critères énoncés dans cette disposition plutôt qu'en fonction des paramètres généraux qui ont été dégagés en la matière par la jurisprudence; que, plus particulièrement, il ressort du libellé de l'article 21bis, § 2, que l'effet temporisateur qu'il prévoit dans le délai précisé par la lettre de notification du pouvoir adjudicateur est lié non pas à l'introduction dans ce délai de la demande de suspension d'extrême urgence auprès du Conseil d'Etat, mais à "l'information écrite au pouvoir adjudicateur en ce sens, parvenue dans le délai accordé à l'adresse qu'il a indiquée"; qu'il s'ensuit qu'en négligeant de faire parvenir au pouvoir adjudicateur, dans le délai qu'il lui a accordé, qui doit être au moins de dix jours, et à l'adresse qu'il lui a indiquée, un courrier l'informant de l'introduction d'une demande de suspension d'extrême urgence, le demandeur en suspension rend possible la poursuite de la procédure et, dès lors, la conclusion du marché qu'il présente cependant comme le péril qu'il invite le Conseil d'Etat à écarter par un arrêt ordonnant la suspension de l'exécution de la décision attaquée; qu'il paraît dès lors inadmissible qu'un soumissionnaire évincé se prévale, à l'appui d'une demande de suspension en extrême urgence, de l'imminence d'un péril qu'il eût pu contribuer à éviter en tenant la partie adverse dûment informée de l'introduction d'une telle demande;

Considérant qu'en l'espèce, l'article 21bis, § 2, précité est applicable dès lors que le montant du marché litigieux est supérieur au seuil "fixé par le Roi pour la publicité européenne" en ce qui concerne les marchés de fournitures; que le délai de dix jours contenu dans la lettre du 10 juin 2008 de notification de la décision attaquée a commencé à courir le "lendemain du jour de l'envoi des motifs", soit le 11 juin 2008, et a expiré le 20 juin 2008; que l'information écrite émanant de la société demanderesse et relative à l'introduction d'une demande de suspension d'extrême urgence est

parvenue le 20 juin 2008 à la partie adverse, soit dans le délai accordé; que par ailleurs, cette information contient la mention de l'adresse indiquée dans la lettre du 10 juin 2008 précitée, soit :

" Ministère wallon de l'Équipement et des Transports
D.456 - Direction de l'Informatique et de la Télématique
Boulevard du Nord, 8
[...]
5000 Namur.";

que la seule divergence concerne le nom du fonctionnaire; que cette divergence doit toutefois être qualifiée de mineure eu égard au fait que le service administratif indiqué dans l'information du 20 juin 2008 correspond parfaitement à celui renseigné par la partie adverse et que ladite information reprend les références figurant dans la lettre de notification du 10 juin 2008 et est adressée au fonctionnaire signataire de la lettre de notification du 10 juin 2008; que l'exception doit être rejetée;

IV. QUANT A LA REQUÊTE AMPLIATIVE

Considérant que la société demanderesse a adressé au Conseil d'Etat, le 23 juin 2008, une requête ampliative qui modifie les dispositions de droit visées au premier moyen, la référence au principe de bonne administration ayant été omise, et aux quatrième et sixième moyens, la demande se référant erronément aux articles 16 de la loi du 24 décembre 1993 et 115 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;

Considérant que, comme le font observer à juste titre les parties adverse et intervenante, la requête ampliative n'est prévue ni par les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ni par l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat; qu'en outre, il résulte de l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et de l'article 16 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 que la demande en suspension d'extrême urgence doit être complète dès son introduction et ne peut être complétée par un écrit ultérieur; qu'une telle solution procède aussi du caractère exceptionnel de la procédure d'extrême urgence, laquelle réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause; que la requête ampliative doit donc être déclarée irrecevable et écartée des débats de sorte que les fondements nouveaux des premier, quatrième et sixième moyens, résultant de la requête ampliative, ne peuvent être pris en considération;

V. QUANT AUX MOYENS

Considérant 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;

A. Premier moyen

Considérant que la société demanderesse prend un premier moyen de "la violation de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 2006 [lire : 1996] et du cahier spécial des charges - non-conformité de l'offre de la société PRIMINFO et prix de l'installation anormalement bas"; que le moyen est subdivisé en deux branches;

Considérant que dans une première branche, la société demanderesse met en cause "l'absence d'une suite bureautique non libre dans l'offre de la société PRIMINFO"; qu'elle fait valoir que le cahier des charges exige à la page 11 "une suite bureautique professionnelle" et précise également que "la Communauté française a négocié un contrat concernant notamment l'utilisation d'une suite bureautique professionnelle à un tarif avantageux", ce contrat étant le MS-KIS de Microsoft, que l'application du cahier des charges conduit donc obligatoirement les soumissionnaires à fournir une suite bureautique onéreuse qui ne soit pas un logiciel libre gratuit, que toutefois, dans sa version finale, la société PRIMINFO n'offre qu'une suite bureautique libre de sorte que l'offre de cette société n'est pas conforme; qu'elle soutient également que la suite bureautique libre Open Office, proposée par la société PRIMINFO, n'est pas conforme à une autre exigence du cahier des charges, à savoir que "la durée de garantie du matériel et des logiciels est de 3 ans (...)" (p. 13), que cette garantie n'existe pas dans le cas du logiciel libre dès lors qu'il est gratuit et développé par la "Communauté", qu'il n'y a aucune société éditrice qui s'engage contractuellement à un

soutien ou même à la pérennité du logiciel, les versions de correction du logiciel dépendant de la bonne volonté des membres de la Communauté; qu'elle relève encore qu' "on peut par ailleurs se poser la question de savoir si la suite Open Office est bien «la même pour les deux configurations matérielles» comme le prévoit le cahier des charges en p. 11 dès lors que la version Mac OSX ne fonctionne pas sans l'environnement développeur X.11 et n'est donc pas dans le langage natif du poste Mac";

Considérant, quant à la première branche, que le cahier spécial des charges prévoit ce qui suit (p. 11) :

" - 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 décrit dans son offre un linux (système d'exploitation) simple à configurer avec une interface graphique intuitive. Sont également décrits 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 notamment 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 de l'Administration.

[...]

La durée de garantie du matériel et des logiciels est de 3 ans à dater de leur réception provisoire dans chaque implantation. En particulier, les versions de correction des logiciels qui seraient disponibles auprès de l'éditeur seront immédiatement mises à disposition, sans frais, du pouvoir adjudicateur.";

qu'il ressort d'un courriel du 22 janvier 2008 de la partie adverse 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 n'est plus contesté par les parties 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;

Considérant qu'il est patent que la société PRIMINFO a proposé dans son offre la suite bureautique libre Open Office; que, d'une part, les termes "suite bureautique professionnelle" doivent, à défaut de précisions dans le cahier spécial des charges, être compris dans leur sens usuel, soit une suite bureautique expérimentée, qui a déjà fait ses preuves; que contrairement à ce que soutient la demanderesse, une telle expression ne signifie pas, à première vue, que la suite bureautique devait être onéreuse et n'exclut pas les suites libres, c'est-à-dire gratuites; qu'une telle exclusion aurait dû être prévue expressément dans le cahier spécial des charges; qu'en outre, interprétée dans le sens de l'exclusion des logiciels libres, cette spécification technique pourrait *prima facie* se heurter à l'article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 en ce qu'elle aurait pour effet "de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises"; qu'il ressort des explications apportées par les parties adverse et intervenante que la suite Open Office présente les caractéristiques d'une suite largement répandue et utilisée et qui peut se revendiquer de nombreux avantages; qu'à ce stade de la procédure, l'argument ne paraît pas pouvoir être retenu; que, d'autre part, l'exigence d'une garantie de 3 ans sur le matériel et les logiciels est rédigée de manière générale et doit être appliquée en fonction du matériel et des logiciels retenus; que cette spécification tend à éviter à la partie adverse d'acquérir des logiciels dont les fonctionnalités seraient limitées dans le temps, ce qui n'est pas le cas d'un logiciel libre; que cette garantie ainsi que la disponibilité des versions de correction des logiciels incombent d'ailleurs, non pas à l'éditeur, mais au soumissionnaire retenu, lequel devra supporter les coûts éventuels de maintenance y afférent; qu'à ce stade de la procédure, l'argument ne paraît pas pouvoir être retenu; qu'enfin, l'argument relatif à l'absence d'identité de la suite Open Office dans les deux configurations matérielles retenues par le cahier spécial des charges n'est pas suffisamment étayée que pour être retenu en extrême urgence;

Considérant que la première branche n'est pas sérieuse;

Considérant que, dans une seconde branche intitulée "Anormalité du prix de la société PRIMINFO concernant l'installation", la société demanderesse fait valoir ce qui suit :

" La décision motivée d'attribution du marché, p. 6, indique qu'à l'issue de la négociation, la société PRIMINFO a corrigé son offre en matière d'installation, passant de 1.629.500,00 EUR à 589.500,00 EUR.

Ce dernier montant est anormalement bas. Il suffit pour s'en convaincre de constater que les trois autres soumissionnaires ont évalué ces prestations à une somme de l'ordre de 2.000.000 EUR (2.246.513 EUR, 2.772.656 EUR et 1.948.745 EUR – voir p. 6 de la décision motivée).

Un tel écart de prix est anormal, d'autant que ce coût d'installation comprend non seulement l'installation proprement dite mais également la formation du responsable informatique de chacune des 3.500 écoles.

A la page 5, le cahier spécial des charges prévoit qu'une équipe de minimum 14 personnes plus un chef de projet sera nécessaire durant toute la durée du projet. Cela correspond, pour les 90 semaines de prestations prévues pour le projet, à un prix de revient minimum estimé à $15 \times (90/4) \times 2.500 \times 13,85 \times 1,34/12 = 1.304.930$ EUR (1) sans compter la marge de l'entreprise, les frais de transport (évaluation de 630.000 km) et les équipes administratives et logistiques.

Il y a donc lieu de considérer qu'en attribuant le marché à la société PRIMINFO alors que le prix remis par cette société pour le poste «installation» était anormalement bas, la REGION WALLONNE a violé l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 2006 (lire: 1996).

(1) 15 représente le nombre de personnes devant travailler au projet ; 90/4 la durée du contrat en mois, 2500 le salaire mensuel brut moyen et 1,34 les charges administratives.";

Considérant que la seconde branche et l'argumentation qui y est développée invoquent et reposent sur l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996; que cette disposition figure dans le titre VI intitulé "Des offres et de l'attribution en adjudication et en appel d'offres"; qu'elle n'est pas reproduite ni réferenciée dans le titre VII "Dispositions particulières relatives à la procédure négociée"; qu'il s'ensuit que l'article 110 précité ne s'applique pas en tant que tel à la procédure négociée; que cette interprétation trouve son écho dans la loi du 24 décembre 1993 dont seuls les articles 15 (procédure d'adjudication) et 16 (procédure d'appel d'offres) parlent d' "offre régulière", ce qui n'est pas le cas de l'article 17 de cette même loi; que si l'article 122, alinéa 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 permet au pouvoir adjudicateur de rendre applicables à un marché déterminé d'autres dispositions du titre VI que celles qu'il cite, tel n'est pas le cas en l'espèce, la demanderesse n'en faisant pour sa part nullement état; que la seconde branche manque à première vue en droit;

Considérant que le premier moyen n'est sérieux en aucune de ses deux branches;

B. Deuxième moyen

Considérant que la société demanderesse prend un deuxième moyen "tiré de l'erreur manifeste d'appréciation et de la violation du principe de l'égalité de traitement dans l'appréciation des offres au regard des critères, sous-critères et sous-sous-critères d'attribution"; que le moyen est divisé en quatre branches;

Considérant que dans une première branche intitulée "Quant à la vitesse de déploiement", la demanderesse soutient que la partie adverse lui a octroyé deux points de moins (16) qu'à la société PRIMINFO (18) vu son engagement d'installer 125 postes par jour au lieu de 95 exigés par le cahier spécial de charges, ce qui s'est traduit par une différence de 5 points sur 2000, alors qu'à la page 32 de son offre, elle "s'engage à réduire de 3 à 2 ans la période d'installation des 3.350 écoles en renforçant les équipes prévues" et "à assurer les installations également le samedi et durant les périodes de congés scolaires" et qu' "en proposant l'installation en deux ans, soit en 60 semaines utiles, [elle] a offert d'installer : $40.000/60 \text{ semaines}/5 \text{ jours} = 133.5 \text{ postes par jour}$, soit plus que la société PRIMINFO et presque autant que la société SYSTEMAT qui a obtenu un total de 20 points avec un engagement de 135 postes par jour", de sorte que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et a violé le principe de l'égalité de traitement;

Considérant, quant à la première branche, que la demanderesse n'a précisé à aucun moment - ni dans son offre, ni dans les échanges de courriers en cours de procédure, ni lors de la réunion de négociation du 14 mai 2008 - l'augmentation réelle de la cadence d'installation par jour pendant les périodes d'ouverture scolaire en termes de nombre d'écoles ou de postes alors que la société PRIMINFO a, pour sa part, avancé un chiffre précis qui a permis à la partie adverse d'apprécier la cadence réelle envisagée et de valoriser celle-ci dans sa notation; que la première branche n'est pas sérieuse;

Considérant, quant à la deuxième branche intitulée "Quant à la procédure de démarrage", que la demanderesse fait valoir que la partie adverse a attribué 16 points à la société PRIMINFO au motif qu'elle s'est engagée à un démarrage de projets pilote en trois semaines et 12 points à la société COMPUTERLAND pour un démarrage en 1 mois, ce qui s'est traduit par une différence de 5 points sur 2000, alors que, dans le courrier qu'elle a envoyé à l'administration le 8 mai 2008, elle a indiqué : "ce délai

pourrait être réduit à un minimum de 3 semaines en postposant la réalisation de certaines procédures et matériels didactiques non indispensables pour l'installation de projets pilotes";

Considérant, quant à la deuxième branche, qu'alors que la proposition de réduction de délai à 3 semaines formulée par la demanderesse était conditionnelle et impliquait la postposition de "la réalisation de certaines procédures et matériels", la société PRIMINFO s'est engagée pour sa part sur le délai de trois semaines sans réserve ni restriction; que c'est à juste titre que la partie adverse a retenu, dans sa comparaison des offres sur ce point, le délai d'un mois proposé de manière inconditionnelle par la demanderesse et non le délai conditionnel de trois semaines; que la deuxième branche n'est pas sérieuse;

Considérant qu'à l'audience du 1^{er} juillet 2008, la demanderesse a renoncé expressément à la troisième branche du deuxième moyen;

Considérant que dans une quatrième branche intitulée "Quant à l'évolutivité du support de formation", la demanderesse expose que la partie adverse a accordé 3 points supplémentaires (7,5/2000) à la société PRIMINFO pour le nouveau sous-sous-critère "évolutivité de la formation" du fait des avantages suivants : "organisation de FAQ, adaptation du support très fréquemment, organisation de réunions tous les 6 mois, etc" alors qu'elle offre des avantages équivalents qui n'ont pas été pris en considération (voir son offre, pp. 115, 116 et 121 et son courrier du 8 mai 2008, p. 10);

Considérant qu'il ressort du dossier que si la demanderesse a effectivement, lors de la réunion de négociations du 14 mai 2008, offert in fine, en sus du principe décrit dans son offre, un mécanisme de mise à jour et de disponibilité du contenu de la formation via son site web et la livraison annuelle d'un DVD, ainsi que le relève la décision motivée (p. 31), la partie adverse a pu considérer, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation ni violer le principe de l'égalité entre les soumissionnaires, que l'offre de PRIMINFO sur ce point était de qualité "maximale", eu égard à l'absence d'ambiguïté dans la solution proposée et au fait que les écoles auraient, dans ce cas, toujours accès aux dernières informations, tandis que dans l'offre de la demanderesse, la mise à jour de la formation apparaissait résulter d'une multiplicité de moyens et présenter un caractère plus figé; que la quatrième branche n'est pas sérieuse;

Considérant que le deuxième moyen n'est pas sérieux;

C. Troisième moyen

Considérant que la société demanderesse prend un troisième moyen de "la violation du cahier spécial des charges ainsi que du principe de bonne administration et du principe *patere legem quam ipse fecisti* – non-présentation de l'écran proposé par la société PRIMINFO";

Considérant que sur le vu des explications fournies par les parties adverse et intervenante, la demanderesse a déclaré, à l'audience du 1^{er} juillet 2008, se désister du troisième moyen;

D. Quatrième moyen

Considérant que la demanderesse prend un quatrième moyen de "la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe de l'égalité entre les soumissionnaires du détournement de pouvoir et du principe de bonne administration – sur pondération systématique des critères défavorables à la société COMPUTERLAND et sous-pondération systématique des critères favorables à la société PRIMINFO"; qu'elle reproche à la partie adverse d'avoir systématiquement "sous-pondéré", voire omis de pondérer les critères pour lesquels son offre présentait un avantage tandis qu'elle a systématiquement pris en compte et parfois "surpondéré" ceux qui lui étaient défavorables et ce, dans les douze domaines suivants : "Absence de prise en compte de l'aspect énergétique", "Prise en considération exclusive de la robustesse et de la webcam", "Absence de valorisation du nombre de ports USB et de Firewire libres", "Absence de valorisation de la carte graphique", "Absence de valorisation de tous les composants de MS-Office", "Absence de valorisation de la mise à disposition des serveurs de la société COMPUTERLAND", "Absence de valorisation du nombre de décibels", "Double prise en considération du fait que la société PRIMINFO propose un câble en Y", "Sous-évaluation des avantages proposés par la société COMPUTERLAND en matière de formation", "Absence de valorisation du délai de réparation proposé par COMPUTERLAND", "Absence de valorisation des caractéristiques du marquage proposés par la société COMPUTERLAND", et "Sous-évaluation de la sélection de logiciels proposée par la société COMPUTERLAND";

Considérant que, d'une part, le moyen est pris de la violation de dispositions légale et réglementaire qui ont trait à la procédure d'appel d'offres et ne

sont pas applicables à la procédure litigieuse; que dans cette mesure, le moyen manque en droit;

Considérant, d'autre part, quant aux douze griefs invoqués, que dans une procédure négociée sans publicité, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour choisir l'offre la plus intéressante au regard des éventuels critères d'attribution définis par le cahier spécial des charges; que, dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence, le Conseil d'Etat ne peut censurer dans le chef du pouvoir adjudicateur que des erreurs manifestes d'appréciation ou des violations du principe d'égalité qui ressortissent à première vue du dossier et d'un examen par essence sommaire des arguments présentés de part et d'autre; qu'un tel examen est inhérent à la célérité requise par l'extrême urgence de la procédure;

Considérant qu'en l'espèce, le fait de passer en revue les douze griefs invoqués au regard des cinq sous critères d'évaluation constitutifs du second critère d'attribution n'apparaît pas compatible avec la procédure d'extrême urgence, et ce en raison de leur multiplicité et de l'étendue de leurs développements; qu'il suffit de constater à ce stade que le Conseil d'Etat n'aperçoit pas que la décision attaquée contienne des erreurs d'appréciation ou des violations du principe d'égalité décelables à première vue; que, dans cette mesure, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant, quant au détournement de pouvoir, que, dans le bref délai qu'autorise une procédure de référé d'extrême urgence et à défaut de toute démonstration argumentée sur ce point précis, il n'est pas permis de considérer comme établi que le seul but de la partie adverse aurait été d'avantager la société PRIMINFO au détriment de la demanderesse;

E. Cinquième moyen

Considérant que la demanderesse prend un cinquième moyen de "la violation des articles 1^{er} et 17 de la loi du 24 décembre 1993 et du principe de l'égalité entre les soumissionnaires dans le déroulement de la procédure négociée"; qu'elle soutient que dans leur offre initiale, les sociétés PRIMINFO et COMPUTERLAND ont proposé d'installer sur tous les postes la suite bureautique Microsoft Office (logiciel professionnel) en utilisant le contrat MS-KIS conclu entre la Communauté française, l'ETNIC et Microsoft, ainsi que la suite bureautique Open Office (logiciel libre) sur tous les postes livrés ainsi que sur tous les postes personnels des enseignants, que le 30 avril 2008, la partie adverse a adressé un courrier aux soumissionnaires leur indiquant

les points faibles de leur offre et leur proposant d'introduire une amélioration sur ces points ainsi que sur d'autres points, notamment sur le prix, s'ils l'estimaient opportun, ces améliorations devant parvenir à la partie adverse par courrier pour le 9 mai au plus tard et être présentées au comité des négociations le 14 mai 2008, qu' "il est revenu à la société COMPUTERLAND que, après envoi du courrier proposant certaines améliorations [...], la société PRIMINFO a, à l'instigation de la RÉGION WALLONNE, proposé de modifier son offre sur un nouveau point en supprimant le MS-Office, ce qui a eu pour effet de réduire son offre de 1.040.000 EUR", que "la décision motivée indique d'ailleurs à la p. 4/36 qu'un nouveau courrier a été adressé par la RÉGION WALLONNE à la seule société PRIMINFO le 13 mai 2008, soit la veille de la présentation des améliorations proposées par les soumissionnaires à la suite du courrier qui leur a été adressé le 30 avril 2008";

Considérant, d'une part, qu'il ressort du dossier et des débats que l'offre de la société PRIMINFO proposait, dès l'origine de la procédure litigieuse, la suite bureautique libre Open Office sans recourir désormais, contrairement à la procédure d'appel d'offres, au contrat MS-KIS, de sorte que cette offre n'a pas été modifiée sur ces points durant la phase de négociations;

Considérant, d'autre part, que le courrier électronique que la partie adverse a adressé à PRIMINFO le 13 mai 2008 portait sur l'absence de port USB libre sur le poste Mac Mini proposé par PRIMINFO pour la configuration 2 en vue de la présentation du 14 mai 2008, cette question ayant été oubliée dans le courrier de la partie adverse du 30 avril 2008 la concernant; que la même question a d'ailleurs été posée, dans le courrier du 30 avril 2008, à la demanderesse, laquelle y a répondu le 8 mai 2008;

Considérant qu'il s'ensuit que le moyen manque en fait et n'est pas sérieux;

F. Sixième moyen

Considérant que la demanderesse prend un sixième moyen de "la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, du cahier spécial des charges, du principe de transparence et du principe de l'égalité entre les soumissionnaires du fait de l'absence, dans le cahier des charges, de pondération des sous-critères et de mention et de pondération des sous-sous-critères"; que le moyen est divisé en deux branches;

Considérant que dans une première branche intitulée "absence de pondération des sous-critères dans le cahier spécial des charges", la demanderesse expose ce qui suit :

- " L'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, tel que modifié par l'arrêté royal du 12 janvier 2006, prévoit que, pour les marchés soumis à publicité européenne, les pouvoirs adjudicateurs doivent pondérer les critères d'attribution.

Vu l'objectif de cette disposition qui est de permettre aux soumissionnaires d'établir leur offre en connaissance de cause et d'éviter les manipulations de critères postérieurement à l'ouverture des offres, il doit en aller de la même façon des sous-critères.

Déjà dans l'arrêt du 24 janvier 2008, Lianakis, C-532/06, la Cour de justice des Communautés européennes, interprétant les directives antérieures à la directive 2004/18, qui, à la différence de celle-ci, n'obligeaient pas à pondérer les critères d'attribution, a considéré que le principe de transparence impose que «tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative soient connus aux soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres (...)» En effet, les soumissionnaires potentiels doivent être mis en mesure d'avoir connaissance, au moment de la préparation de leurs offres, de l'existence et de la portée de ces éléments (...)» (voir aussi arrêts du 12 décembre 2002, Universale Bau, C-470/99, point 98 et du 24 novembre 2005, ATI, C-331/04).

Il doit en aller d'autant plus ainsi aujourd'hui que le principe de transparence est inscrit en avant de la directive 2004/18 et que la pondération des critères d'attribution est devenue une obligation.

Ainsi en a décidé le Conseil d'Etat dans un arrêt du 5 juin 2008, 183.809.

Or, en l'espèce, les sous-critères de la valeur technique de l'offre mentionnés dans le cahier spécial des charges, à savoir la performance des machines, la qualité et la cohérence de l'offre logicielle, l'organisation du déploiement, l'ergonomie, la formation et les mesures de garantie, n'ont pas été pondérés dans le cahier des charges.

A noter que la pondération finalement donnée aux sous-critères, qui apparaît dans la décision motivée, est différente de celle qui avait été donné dans le cadre du marché précédent.

En effet, dans la première procédure, la pondération était :

- . performance des machines : 15 %
- . qualité et la cohérence de l'offre logicielle : 15%
- . organisation du déploiement : 10%
- . ergonomie : 10 %
- . formation : 5%
- . mesures de garantie : 5%.

Dans la présente procédure, elle est la suivante :

- . performance des machines : 25 %
- . qualité et la cohérence de l'offre logicielle : 15%
- . organisation du déploiement : 5 %
- . ergonomie : 5 %
- . formation : 5%

. mesures de garantie : 5%

Ce faisant, la REGION WALLONNE a trompé la confiance légitime de la société COMPUTERLAND qui pouvait raisonnablement penser que, en ne précisant pas de nouvelle pondération, elle avait conservé l'ancienne et pouvait ainsi axer son offre sur les critères les plus importants.

En ne pondérant pas les sous-critères dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur a violé l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ainsi que les principes de transparence et d'égalité.";

Considérant que dans une seconde branche intitulée "absence de mention et, par voie de conséquence, de pondération des sous-sous-critères d'attribution", la demanderesse fait valoir ce qui suit :

" Pour le critère de la valeur technique de l'offre, le cahier des charges énonçait cinq sous-critères, à savoir la performance des machines, la qualité et la cohérence de l'offre logicielle, l'organisation du déploiement, l'ergonomie, la formation et les mesures de garantie.

Lors de l'appréciation des offres, ces sous-critères ont à leur tour été décomposés en différents sous-sous-critères :

- performance des machines :

Unité centrale C1
Ecran C1
Unité centrale C2
Ecran C2
Casque
Webcam
UPS
Accessoires

- qualité et cohérence de l'offre logicielle :

Suite bureautique
Anti-virus
Sélection de logiciels libres
Mise à jour des logiciels

- organisation du déploiement :

Vitesse du déploiement
Personnel
Information
Procédure de démarrage

- ergonomie :

Unité centrale C1
Ecran C1
Unité centrale C2
Ecran C2
Périphériques C1
Périphériques C2
Fixation

- formation :

Qualité Evolution

Ces sous-sous-critères ont changé par rapport à la procédure précédente :

- performance des machines :
 - Benchmarks
 - Puissance de l'UPS
 - Carte graphique
 - Ecran
- qualité et cohérence de l'offre logicielle :
 - Suite bureautique
 - Anti-virus
 - Sélection de logiciels libres
- organisation du déploiement :
 - Installation du mobilier
 - Conformité des procédures d'installation/réception
 - Procédure de démarrage
- ergonomie
 - Poste client
 - Look coordonné
 - Encombrement
 - Bruit
 - écran
 - UPS
 - Fonctionnalités supplémentaires

Ces sous-sous-critères ont en outre été pondérés dans la décision motivée.

Pour les mêmes motifs que ceux invoqués au point ci-dessus, ces sous-sous-critères auraient dû figurer dans le cahier spécial des charges ; ils auraient dû en outre faire l'objet d'une pondération préalable.

Ainsi, les soumissionnaires auraient pu établir leur offre en connaissance de cause et l'égalité entre les soumissionnaires aurait été respectée.

La violation des principes d'égalité et de transparence est d'autant plus flagrante que de nombreux sous-sous-critères ont été changés par rapport à la procédure précédente et que la pondération est discriminatoire (voir quatrième moyen et arrêt ATI, précité).

En ne mentionnant pas et en ne pondérant pas dans le cahier spécial des charges les sous-sous-critères d'attribution, le pouvoir adjudicateur a violé l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le principe de la transparence et le principe de l'égalité entre les soumissionnaires.";

Considérant, sur les deux branches réunies, que, d'une part, le moyen est pris de la violation de dispositions légale et réglementaire qui ont trait à la procédure d'appel d'offres et ne sont pas applicables à la procédure litigieuse; que dans cette mesure, le moyen manque en droit;

Considérant, d'autre part, qu'en l'espèce, la partie adverse a fixé, dans le cahier spécial des charges, les critères d'attribution et leur pondération ainsi que six sous-critères pour le second critère d'attribution relatif à la valeur technique; que la pondération des six sous-critères a été décidée par le comité de négociations avant l'analyse des offres; que la demanderesse reproche à la partie adverse de ne pas avoir déterminé la pondération des six sous-critères dans le cahier spécial des charges et de ne pas y avoir mentionné les éléments d'appréciation de chacun de ces sous-critères ainsi que leur pondération respective;

Considérant qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes que les obligations de publicité prévues par les directives européennes applicables, lues à la lumière du principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques et de l'obligation de transparence qui en découle, s'opposent à ce que, dans le cadre d'une procédure de passation de marché, le pouvoir adjudicateur fixe ultérieurement des coefficients de pondération et des sous-critères pour les critères d'attribution mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché (C.J.C.E., 24 janvier 2008, C- 532/06); que tel n'est pas le cas en l'espèce, la partie adverse ayant déterminé au préalable et publié dans le cahier des charges tant les critères d'attribution et leurs coefficients de pondération que les sous-critères relatifs au second critère d'attribution;

Considérant qu'il ressort également des arrêts de la Cour de justice que lorsque, dans un tel cas de figure, le pouvoir adjudicateur détermine, après le cahier spécial des charges mais avant l'ouverture des offres, des coefficients de pondération pour les sous-critères d'attribution, les directives susvisées et les principes précités ne s'opposent pas à une telle façon de procéder pour autant que ces coefficients ne conduisent pas à une dénaturation des critères du cahier spécial des charges qui sont les seuls connus des soumissionnaires; qu'une telle décision ne peut ainsi modifier les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, ne peut contenir d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation, et ne peut être adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires (C.J.C.E., 24 nov. 2005, ATI EAC, C-331/04, pts 25 à 32); qu'en l'espèce, la demanderesse se contente d'invoquer l'absence de pondération des sous-critères d'attribution dans le cahier spécial des charges sans que ne soit même abordée la non-conformité de la décision attaquée à l'une ou l'autre des trois conditions précitées; qu'à défaut d'être suffisamment étayée, l'argumentation n'apparaît pas sérieuse au stade de l'extrême urgence; qu'il en va de même de la modification de la

pondération de trois des six sous-critères, la demanderesse n'indiquant pas en quoi cette modification a pu influencer le classement des offres;

Considérant qu'il ne ressort pas de la jurisprudence de la Cour de justice que les directives et principes susvisés imposent de déterminer au préalable et dans le cahier spécial des charges les éléments d'appréciation de chacun des sous-critères d'attribution ainsi que leurs coefficients de pondération; qu'à ce stade de la procédure, l'argumentation ne paraît pas pouvoir être retenue;

Considérant que le sixième moyen n'est pas sérieux;

Considérant qu'une des deux conditions requises par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 n'étant pas remplie, la demande de suspension n'est pas accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

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

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Le présent arrêt sera notifié par télécopie.

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,
siégeant en référé, le sept juillet deux mille huit par :

M. NIHOUL,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

K. LAUVAU.

P. NIHOUL.