

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 220.896 du 5 octobre 2012

G./A.206.330/VI-19.697

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

ayant élu domicile chez
Me Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco, n° 7,
1160 Bruxelles,

contre :

la société wallonne des eaux, en abrégé S.W.D.E.,

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

Partie intervenante :

la société anonyme TRASYS,

ayant élu domicile chez
Mes Philippe COENRAETS et
Yves SCHNEIDER, avocats,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 14 septembre 2012, la société anonyme CEGELEC sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la décision prise par la société wallonne des eaux, en abrégé S.W.D.E., le 6 juillet 2012, d'attribuer le marché de services pour l'acquisition d'une solution de supervision de télégestion et des services de maintenance et de support associés à la société anonyme TRASYS et de ne pas retenir l'offre de la société anonyme CEGELEC.

La requérante affirme qu'elle a pris connaissance de cette décision par sa notification, par courrier électronique et par courrier recommandé, datés du 31 août 2012 et réceptionnés respectivement le 31 août et le 3 septembre 2012.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 17 septembre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 24 septembre 2012 à 14 heures.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

La société anonyme TRASYS a, par une requête déposée à l'audience du 24 septembre 2012, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Marie VASTMANS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Mes Bruno LOMBAERT et Michèle BELMESSIERI, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Yves SCHNEIDER, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen du recours, tels qu'ils ressortent de la requête, sont les suivants :

III. 1. Afin de doter la S.W.D.E. d'un système centralisé offrant une vue consolidée des installations sur l'ensemble du territoire et permettant le pilotage de la production et une organisation efficace des services de garde, le Conseil d'administration de la partie adverse a décidé le 28 mai 2010 d'acquérir un nouveau système de supervision de télégestion (niveau 2) en remplacement de l'application CIMVIEW.

III. 2. A l'expiration du délai de dépôt des candidatures, soit le 8 juillet 2010, les sociétés ATOS ORIGIN, ABB, COLLIGNON ENG, LABS, FERRANTI, GILLAM-FEI, BALTEAU, SCHNEIDER ELECTRIC, IBM, FABRICOM GDF SUEZ, MPI, SPIE, TEI, DALKIA, EVOLUSYS, TRASYS, SIEMENS et CEGELEC ont déposé leur candidature.

III. 3. Le 19 août 2010, le comité de direction de la S.W.D.E. a décidé de sélectionner les sociétés ATOS ORIGIN, ABB, COLLIGNON ENG, LABS, FERRANTI, GILLAM-FEI, BALTEAU, SCHNEIDER ELECTRIC, IBM, FABRICOM GDF SUEZ, MPI, SPIE, TEI, DALKIA, EVOLUSYS, TRASYS, SIEMENS et CEGELEC.

III. 4. Le 19 août 2010, le comité de direction de la S.W.D.E. a décidé d'approuver le cahier spécial des charges n° infor 10-02/Supervision Télégestion.

III. 5. Le 24 novembre 2010, huit candidats ont déposé une offre : FERRANTI, SIEMENS, EVOLUSYS, CEGELEC, FABRICOM, TRASYS, BALTEAU-SHNEIDER-COLLIGNON ENG et ABB.

III. 6. Dans le cadre d'une première phase de négociations, les soumissionnaires ont été invités, par un courrier recommandé du 11 mars 2011, à présenter leur proposition lors d'un exposé devant se dérouler les 29 et 30 mars 2011.

III. 7. Par un courrier recommandé du 5 avril 2011, les soumissionnaires ont été invités à déposer une nouvelle offre basée sur un nouvel inventaire pour le 2 mai 2011 à 16 heures au plus tard.

III. 8. Par un nouveau courrier recommandé du 26 avril 2011, les soumissionnaires ont reçu un CD de données et des réponses aux questions posées.

Par ce même courrier, la S.W.D.E. a reporté la date de dépôt des offres au 6 mai 2011 à 16 heures au plus tard.

III. 9. Dans le cadre d'une seconde phase de négociations, les soumissionnaires ont été invités, par un courrier recommandé du 29 juin 2011, à présenter la proposition défendue et à l'illustrer par une visite de référence auprès d'une société où le système de télégestion a été installé.

Ces visites ont eu lieu dans le courant du mois de septembre 2011.

III. 10. Dans le cadre d'une troisième phase de négociations, les soumissionnaires ont été invités, par un courrier recommandé du 21 octobre 2011, à organiser une visite de référence complémentaire dans le courant du mois de novembre 2011.

III. 11. Une réunion de finalisation des offres s'est tenue à la mi-décembre 2011 à laquelle les soumissionnaires ont été conviés par un courrier recommandé du 8 décembre 2011.

III. 12. Par un courrier recommandé du 6 janvier 2012, les soumissionnaires ont été invités à réaliser les derniers tests de bande passante dans le courant du mois de janvier 2012.

III. 13. Les soumissionnaires ont été invités à déposer leur offre définitive par un courrier recommandé du 12 janvier 2012 et ce pour le 20 janvier 2012 à 16 heures au plus tard.

III. 14. Par un courrier daté du 6 mars 2012 et intitulé "Marché de service - Acquisition d'une solution de supervision de télégestion et des services de maintenance et support associés - Information", envoyé par recommandé et par courrier électronique, la S.W.D.E. a informé la requérante en ces termes :

" Suite à l'examen des soumissions remises pour le marché mentionné sous rubrique, vous trouverez en annexe une copie du rapport d'attribution et un tableau comparatif des offres. Ceux-ci font état du classement des offres et résument la procédure et les motivations des cotations.
Vous trouverez également un tableau détaillé reprenant les motivations spécifiques à votre offre.
En application de l'article 65 /11 de la Loi du 24 décembre 1993, il vous est possible «d'introduire un recours en suspension 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, soit 15 jours à dater de la présente, la procédure sera poursuivie".

En annexe de ce courrier figurait un document intitulé "Rapport d'attribution", qui n'était ni daté, ni signé, ainsi qu'un tableau comparatif des offres.

Selon la S.W.D.E., ces documents faisaient état du classement des offres et résumaient la procédure ainsi que les motivations des notations.

Aux termes du "Rapport d'attribution", il était indiqué ce qui suit :

" Décision d'attribution prévue le ... par
Motivation de la décision :

Il est proposé d'approuver l'offre conforme la plus intéressante au regard des critères d'attribution déposée par la firme TRASYS, avec contrat de maintenance 7j/7, 24h/24, pour un montant estimé à 6.482.361 € hors TVA pour les dix années du marché.

Notification prévue pour le ...".

III. 15. Cette "décision d'attribution" de date inconnue a fait l'objet d'une requête en suspension de son exécution, selon la procédure d'extrême urgence, à l'initiative de la société CEGELEC le 21 mars 2012.

III. 16. Par un arrêt n° 218.826 du 5 avril 2012, il a été décidé notamment ce qui suit :

" La seule pièce communiquée par la partie adverse, qu'elle présente comme un extrait du procès-verbal d'une délibération du conseil d'administration du 2 mars 2012, est un document signé par un membre du comité de direction qui n'apparaît pas habilité, en vertu des statuts de la partie adverse, à signer un extrait de procès-verbal d'une délibération du conseil d'administration.

Cette pièce n'atteste donc pas l'existence d'une décision d'attribution à la société anonyme TRASYS d'un marché public relatif à l'acquisition d'une solution de supervision de télégestion et des services de maintenance ainsi que de support associés.

Dès lors qu'il n'est pas établi que la décision entreprise ait été adoptée et étant donné que la partie adverse n'a donc pas notifié, à ce stade, à la requérante une telle décision comme le prescrit l'article 65/8, § 1^{er}, 3°, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, le recours apparaît prématuré et en conséquence irrecevable".

Il faut constater que la partie adverse présente par erreur l'arrêt précité comme décidant la suspension de l'exécution de la décision attaquée, aux numéros 41, 42 et 84 de sa note d'observations.

III. 17. A la suite de cet arrêt, la S.W.D.E. a retiré, pour autant que de besoin, sa décision du 2 mars 2012 et a adopté une nouvelle décision en ces termes :

" - approuve le rapport d'attribution proposé par le Comité de direction et fait siennes les conclusions y comprises;
- écarte les offres des firmes FERRANTI, EVOLUSYS et ABB, au motif que leur proposition ne respecte pas des critères essentiels du cahier spécial des charges;
- prend acte que l'offre la plus intéressante au regard des critères d'attribution est déposée par la firme TRASYS, proposant, en variante, un contrat de maintenance 5 jours/semaine, 8 heures par jour, au montant total de 6.182.361 hors TVA pour dix ans;
- favorise l'offre de base avec contrat de maintenance 7 jours sur 7, 24 heures sur 24 à la variante avec contrat de maintenance 5 jours/semaine, 8 heures par jour;
- attribue, sur base du rapport d'évaluation et du tableau comparatif des offres annexés à la présente décision, le marché de service pour l'acquisition d'une solution de supervision de télégestion et des services de maintenance et de support associés à la firme TRASYS remettant l'offre de base avec un contrat de maintenance 7 jours sur 7, 24 heures sur 24 au montant de 6.482.361 € HTVA pour dix ans".

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

La société anonyme TRASYs a, par une requête introduite le 24 septembre 2012, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. EXTREME URGENCE

La requérante affirme que l'acte attaqué lui a été notifié par un courrier recommandé daté du 31 août 2012 et par un courrier électronique de la même date, réceptionnés respectivement le 31 août et le 3 septembre 2012.

La présente procédure a été introduite le 14 septembre 2012, soit dans le délai de quinze jours prévu par l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

On peut admettre que, dans ces conditions, l'extrême urgence est suffisamment établie.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un premier moyen :

- " - de la violation des articles 98, §§ 1^{er} et 2, et 77 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux;
- de la violation des articles 65/4, 65/5 et 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services;
- de la violation du cahier spécial des charges;
- de la violation des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe «Patere legem quam ipse fecisti» et du principe d'égalité entre soumissionnaires, du principe de libre concurrence et du principe de transparence;
- de l'erreur manifeste d'appréciation;
- de la foi due aux actes administratifs et de l'excès de pouvoir".

La requérante fait valoir qu'il ressort du rapport d'attribution que l'offre de la société TRASYYS respecte les critères essentiels du cahier spécial des charges et, partant, est régulière, alors que cette offre est entachée d'une irrégularité substantielle entraînant sa nullité absolue de sorte que la S.W.D.E. ne pouvait légalement lui attribuer le marché.

S'appuyant sur l'article 98 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, ainsi que sur l'article 77 du même arrêté royal, la requérante soutient que doivent être considérées comme nulles, de nullité absolue, les offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions essentielles du cahier spécial de charges, que doivent être considérées comme telles les prescriptions relatives au prix, aux délais et aux spécifications techniques ou celles qui sont expressément reconnues comme telles par le cahier spécial des charges, que, dans ces deux cas de figure, le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et qu'il est dès lors contraint, s'il constate un tel manquement, d'écarter l'offre concernée.

Elle soutient qu'en l'espèce, le cahier spécial des charges prévoit, en son point 2.1.8. :

" Tout manquement à une des conditions suivantes entrainera également la nullité de l'offre :
- la conformité aux prescriptions techniques telles que décrites au point 3;
[...]".

Elle rappelle que le point 3.2.3. "Spécifications techniques", chapitre "3.2.3.2. Architecture", du même cahier spécial des charges prévoit que :

" L'architecture devra s'appuyer sur un serveur central et une base de données unique, incluant les données du référentiel et les données d'exploitation",

qu'ainsi, la partie adverse impose, sous peine de nullité, dans son cahier spécial des charges, que la solution proposée par les soumissionnaires repose sur une base de données unique, qui inclut les données de référentiel et les données d'exploitation, que les termes utilisés par le cahier spécial des charges sont clairs, que le non-respect de cette exigence relative à l'architecture de la solution proposée modifierait la physionomie de la solution technique, en manière telle qu'il serait alors impossible pour le pouvoir adjudicateur de comparer effectivement les offres entre elles, et que chaque soumissionnaire a veillé à choisir une solution qui soit conforme aux exigences du cahier spécial des charges.

La requérante fait valoir que le rapport d'attribution, et plus particulièrement le tableau qui y est annexé concernant l'offre de la société TRASY, fait apparaître que celle-ci n'a pas respecté l'exigence d'une base de données unique, que les évaluateurs ont constaté qu'elle proposait une architecture impliquant deux bases de données distinctes puisqu'ils ont relevé que " les données acquises sont archivées dans une base de données SQL Server 2008" et "le référentiel (modèle de l'application) est sauvegardé sur un serveur dans une base de données SQL, server 2008 (Galaxy Repository)", qu'ainsi, la société TRASY a proposé deux bases de données distinctes, respectivement pour les données du référentiel, d'une part, et pour les données d'exploitation, qui sont les données acquises archivées, d'autre part, alors que le cahier spécial des charges exige une base de données unique pour le référentiel et l'historique et alors que la requérante a proposé une base de données unique, ce qui est expressément mentionné dans le tableau annexé au rapport d'attribution.

Elle conclut que l'offre de la société TRASY contrevient manifestement à une condition essentielle du cahier spécial des charges et que, dans ces circonstances, la partie adverse ne pouvait légalement et sans méconnaître les dispositions et principes visés au moyen attribuer le marché à un soumissionnaire ayant déposé une offre qui n'était pas conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges.

Elle énonce que la partie adverse n'a pas manqué d'écarter les offres de ABB, FERRANTI et EVOLUSYS pour non-conformité technique en raison du non-respect d'exigences du cahier spécial des charges afférentes à la base de données.

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse rappelle que les exigences techniques sont formulées dans le cahier spécial des charges du présent marché, en ce qui concerne le système d'exploitation et la base de données, dans les termes suivants :

- " - Article 3.2.3.1 Système d'exploitation et base de données.
Le système d'exploitation sera un standard du marché. Les bases de données de la nouvelle télégestion seront des bases de données standard ouvertes. Une fonction d'exportation dans un format ouvert permettra le transfert complet de la base de données vers un autre système de télégestion.

[...]

- Article 3.2.3.2 Architecture.
L'architecture devra s'appuyer sur un serveur central et une base de données unique, incluant les données du référentiel et les données d'exploitation.

Le logiciel devra comporter les éléments nécessaires afin de garantir la sécurité et la disponibilité du service.

[...]

La version du logiciel proposé est une version existante; elle n'est pas en cours de développement ou à développer".

Elle affirme que ces spécifications techniques doivent se lire à la lumière de l'article 1.2.4.1 du cahier spécial des charges, décrivant, en termes d'objectifs, le système futur que la partie adverse entend commander, que la S.W.D.E. souhaite disposer d'un système central accessible sur tout le territoire par ses différents services de production et mettant à leur disposition une base de données qui comprend une version unique et centrale de chacune de ses données de télégestion à savoir les données du référentiel, c'est-à-dire la description des unités de production télégérées (stations de pompage, stations de traitement, etc.) et de leurs équipements (pompes, vannes, capteurs, etc.) et les données d'exploitation, c'est-à-dire les informations horodatées des mesures prises par les équipements (pressions, volumes, débits, etc.), que l'offre de la société TRASYS notamment en ses sections 1.3.4, 1.3.5, 1.3.6, et 1.5.8. propose bien une base de données unique, permettant aux utilisateurs de voir et gérer sur l'ensemble du territoire, les données regroupant le référentiel et les données d'exploitation, qu'elle est par conséquent entièrement conforme aux exigences du cahier des charges, que la critique du moyen repose sur une confusion, opérée par la requérante, entre gestionnaire de base de données (SQL server 2008, Oracle) et base de données, que la phrase figurant dans le rapport d'attribution au sujet de l'offre de la société TRASYS et que la requérante interprète mal, à dessein, signifie seulement que la même technologie (SQL Server 2008) est utilisée pour gérer à la fois les données de référence et les données d'exploitation.

C. Requête en intervention

La société TRASYS, partie intervenante, soutient qu'elle n'a pas proposé une solution informatique qui serait composée de deux mais d'une seule et unique base de données, laquelle s'appuie sur un seul serveur (SQL serveur 2008) ou logiciel, que "le point 1.5.8 de [son] offre aborde la question du système d'exploitation proposé et de l'unique base de données qu'il comprend", que "le point 1.5.9 de [son] offre le confirme", qu'il y est précisé que toute la configuration est archivée dans une base de données centrale, que sous le point 1.3.5 de son offre, TRASYS précise encore que son système permet à la S.W.D.E. de "bénéficier d'une base de donnée «Process» complète et fiable" et qu'ainsi l'offre de la société TRASYS est conforme aux cahier spécial des charges.

L'intervenante entend souligner que la partie adverse ne précise nullement, dans son rapport d'attribution, que la solution de TRASYs comporterait deux bases de données, qu'elle n'y a précisé que ce qui suit :

" [...]

Historique : Les données acquises sont archivées dans une base de données SQL server 2008.

Référentiel : Le référentiel (modèle d'application) est sauvegardé sur un serveur dans une base de données SQL server 2008 (Galaxy Repository)".

qu'ainsi, la partie adverse relève que les "données acquises" sont sauvegardées sur une base de données qui peut être gérée sous "SQL server 2008", et qu'il en est strictement de même pour les données dites de "référence", que le rapport précise seulement que la même technologie (SQL Server 2008) est utilisée pour gérer à la fois les données de référence et les données d'exploitation mais ne dit pas, par contre, s'il s'agit d'une seule base de données ou de deux bases de données distinctes, cette question n'étant pas abordée dans le rapport d'attribution.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

C'est à juste titre que la requérante fait valoir que le point 3.2.3. "Spécifications techniques", "3.2.3.2. Architecture" du cahier spécial des charges exige que l'architecture s'appuie "sur un serveur central et une base de données unique incluant les données du référentiel et les données d'exploitation".

Il faut constater toutefois que, pour affirmer que l'architecture proposée par la société TRASYs implique deux bases de données distinctes, la requérante met en cause le passage du rapport d'attribution portant ce qui suit :

" (...)

Historique : Les données acquises sont archivées dans une base de données SQL server 2008.

Référentiel : Le référentiel (modèle d'application) est sauvegardé sur un serveur dans une base de données SQL server 2008 (Galaxy Repository)".

On doit observer que dans ce passage du rapport d'attribution, les évaluateurs ne se prononcent pas sur les données d'exploitation.

La partie adverse a expliqué à l'audience que les termes du cahier spécial des charges ne s'opposaient pas à ce que soit offerte une base de données à archiver, accessoire de la base de données unique requise pour ce qui concerne l'"Architecture", en sorte que le moyen procédait d'une confusion.

Compte tenu des pièces de la procédure et des arguments longuement échangés à l'audience sur le point considéré par la requérante, la partie adverse et la partie intervenante, il n'apparaît pas, prima facie, en tout cas la requérante n'établit pas à suffisance, que l'offre de TRASYS ne serait pas conforme au point 3.2.3. "Spécifications techniques", "3.2.3.2. Architecture" du cahier spécial des charges.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VII. DEUXIEME MOYEN

VII. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un deuxième moyen :

- " - de la violation des articles 1^{er} et 39 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- de la violation de l'article 110bis, alinéa 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux;
- de la violation du cahier spécial des charges;
- de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution;
- de la violation des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe «Patere legem quam ipse fecisti» et du principe d'égalité entre soumissionnaires, du principe de libre concurrence et du principe de transparence;
- de l'erreur manifeste d'appréciation;
- de la violation de la foi due aux actes administratifs et de l'excès de pouvoir".

Elle soutient que la comparaison des offres réalisée par la partie adverse se fonde sur des critères d'attribution, des méthodes d'évaluation et des modalités qui ne sont pas annoncés dans les documents du marché, qu'à la lecture du rapport d'analyse des offres, il apparaît que la partie adverse n'a pas respecté les critères d'attribution qu'elle avait préalablement fixés dans le cahier spécial des charges mais qu'elle a, d'une part, appliqué de nouveaux critères d'attribution et, d'autre part, imposé des modalités de négociation non annoncées par le cahier spécial des charges.

La requérante affirme que, dans le cadre d'une procédure négociée avec publicité, le pouvoir adjudicateur doit attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus intéressante ou économiquement la plus avantageuse au regard des critères d'attribution énoncés dans le cahier spécial des charges et après négociation, que les obligations de transparence et d'égalité qui pèsent sur le pouvoir adjudicateur concernant le choix et la fixation des critères d'attribution et de leur pondération valent tant dans les secteurs classiques que dans les secteurs spéciaux,

que dès lors qu'ils sont fixés et publiés dans les documents du marché, les critères d'attribution doivent être respectés par le pouvoir adjudicateur tout au long de la procédure d'attribution du marché et que le pouvoir adjudicateur ne peut modifier ou adapter l'un ou l'autre de ces éléments après le dépôt des offres, encore moins après l'ouverture de celles-ci.

La requérante rappelle que la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que "tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative [doivent être] connus des soumissionnaires 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" et que "partant, un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer des règles de pondération ou des sous-critères pour les critères d'attribution qu'il n'a pas préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires" (arrêt du 24 janvier 2008, C-532/06, Lianakis).

La requérante en infère qu'il est interdit au pouvoir adjudicateur d'appliquer, lors de la comparaison des offres, des critères ou sous-critères d'attribution, des pondérations ou sous-pondérations qui n'étaient pas expressément annoncés dans les documents du marchés.

Elle soutient que, par un même raisonnement, le déroulement de la négociation doit être prévu dans les documents du marché, que si le pouvoir adjudicateur entend organiser les négociations en phases successives de manière à réduire, à chaque phase, le nombre d'offres à négocier en application des critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges, il doit expressément se réserver cette possibilité dans lesdits documents, ces différentes phases ne pouvant en aucun cas permettre aux soumissionnaires d'améliorer leur offre précédente sur le plan technique

Elle affirme encore que le pouvoir adjudicateur peut ériger un ou plusieurs critères d'attribution en critères d'exclusion en prévoyant qu'à défaut d'obtenir un minimum de points pour ce ou ces critères, le soumissionnaire est éliminé, mais que les documents du marché doivent avoir prévu cette possibilité, qu'en l'espèce, la partie adverse a, en évaluant les offres comme elle l'a fait, méconnu les principes rappelés au moyen, que :

- " La partie adverse a, en effet, procédé à l'évaluation des offres déposées par les soumissionnaires sur la base, d'une part, de critères ou de méthodes d'évaluation qui n'étaient pas annoncés dans le cahier spécial des charges et, d'autre part, sur la base de modalités organisant des phases de négociations éliminatoires et prévoyant

une cote minimale d'exclusion qui n'étaient pas davantage prévus par le Cahier spécial des charges".

Elle fait valoir que les critères d'attribution mentionnés dans les documents du marché sont les suivants : prix : 40 %, solution technique préconisée : 40 %, "moyens dédiés à l'exécution du marché" : 20 %.

Elle soutient que la partie adverse s'est fondée sur ces trois critères d'attribution mais également sur d'autres critères non prévus dans les documents du marché pour examiner les offres en cours de négociations et pour leur attribuer une note.

Elle affirme qu'au cours de la seconde phase de négociations, la partie adverse a invité les soumissionnaires à présenter, en leurs locaux, la proposition défendue et à illustrer cette solution par une visite de référence d'une société où le système de télégestion a été "implémenté", qu'elle a ensuite noté les offres des soumissionnaires sur la base de cette visite et des critères d'attribution énumérés dans le cahier spécial des charges alors qu'il n'est nulle part indiqué dans les documents du marché que les offres seront appréciées sur la base d'une visite de référence.

Elle affirme encore que, lors de la troisième phase de négociations, la partie adverse a imposé aux soumissionnaires d'organiser une nouvelle visite de référence complémentaire dans le courant du mois de novembre 2011, qu'elle leur a également imposé de réaliser des tests de bandes passantes répondant à des exigences techniques strictes non précisées dans les documents du marché, ces tests se faisant l'écho des discussions techniques intervenues en cours de négociations entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires.

Elle affirme que la partie adverse a mis en évidence un certain nombre de paramètres sur lesquels elle s'est fondée pour apprécier les offres et qu'elle a sanctionné la requérante sur cette base alors que le spécialiste de la partie adverse, seule personne capable d'assister aux tests et d'en apprécier les résultats, était absent.

Elle poursuit en énonçant qu'à l'issue d'une troisième phase et tenant compte de la prise en considération des résultats obtenus lors de la visite de référence et des tests, la partie adverse a invité les soumissionnaires à lui remettre leur dernière offre, que, par un courrier du 23 janvier 2012, la partie adverse a imposé à chaque soumissionnaire de disposer du "contrat SLA «20111221 Contrat SLA.doc»" alors que cette exigence technique n'apparaissait nulle part dans le cahier spécial des charges, que, malgré cela, la requérante a répondu à cette exigence telle quelle dans son offre, qu'elle a ensuite été sanctionnée sur ce point par la partie adverse alors que

cette exigence n'est pas en principe de nature à différencier les soumissionnaires si une égalité parfaite a été respectée vis à vis de ceux-ci par le pouvoir adjudicateur, que, toujours dans ce cadre particulier, la partie adverse s'est écartée d'une disposition de son cahier spécial des charges (point 3.2.3.2.) aux termes de laquelle la version logicielle proposée devait être existante et non en développement ou à développer, que, le 23 janvier 2012, elle a mis à néant cette exigence en prévoyant que le coût du marché comprenait également les coûts de développement et, partant, autorisait expressément le développement du logiciel proposé.

La requérante affirme encore que la partie adverse a prévu, en cours d'examen des offres, une méthode d'évaluation des critères techniques qu'elle n'avait pas précisée au préalable.

Elle relève que le rapport d'évaluation des offres prévoit que :

- " les critères qualitatifs sont établis selon le principe suivant :
 - la cote maximale est donnée à l'offre ou aux offres qui présente(nt), pour le critère considéré, la concordance avec les exigences du Pouvoir adjudicateur et offrant le plus de possibilités et de fonctions complémentaires.
 - les autres offres sont cotées de manières dégressives en fonction des critères présentés et des possibilités et fonctions complémentaires éventuellement proposées".

Elle soutient que cette méthode d'évaluation n'était pas annoncée par la partie adverse dans le cahier spécial des charges et qu'elle n'aurait de surcroît pas été correctement appliquée, qu'ainsi, pour le critère technique "Communications : standards supportés (4 %)", tant la requérante que le "soumissionnaire pressenti" ont obtenu le maximum des points, ce qui va manifestement à l'encontre de la méthode selon laquelle seule la meilleure offre reçoit la note maximale, et qu'il est illusoire qu'une offre obtienne le maximum de points pour chaque critère et sous-critère dans la mesure où toute solution technique présente nécessairement des points forts et des points faibles.

Elle fait valoir que si la partie adverse avait appliqué scrupuleusement les critères d'attribution tels qu'ils sont mentionnés dans le cahier spécial des charges, elle aurait dû classer les offres en tenant compte uniquement des dossiers déposés par les soumissionnaires, alors que la requérante a manifestement été sanctionnée en raison des tests et présentations de référence demandées en cours de négociation et ce alors même que la personne apte à vérifier la qualité de ces tests et présentations n'était pas présente et alors que l'attributaire pressenti du marché a manifestement été avantagé en obtenant le maximum des points pour chaque critère d'attribution bien que son offre n'était pas nécessairement la meilleure.

La requérante énonce encore que, selon le rapport d'évaluation des offres, la partie adverse a organisé les négociations par phases successives éliminatoires et a appliqué des seuils d'exclusion aux différents critères d'attribution, que le rapport fait apparaître que chaque phase visait à éliminer les soumissionnaires qui ne satisfaisaient pas aux exigences initiales du marché mais également aux exigences nouvelles précisées par le pouvoir adjudicateur, qu'à l'issue de chaque phase, la partie adverse a précisé et détaillé davantage ses attentes et a organisé des présentations de référence ou des tests en souhaitant que les offres initiales soient complétées et développées sur le plan technique.

La requérante admet que dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur est autorisé à négocier, mais qu'il est tenu d'annoncer les contours de cette négociation et qu'il ne peut exiger des soumissionnaires qu'ils améliorent leur offre précédente sur le plan technique ni sanctionner les offres au regard de ces nouvelles exigences

La requérante affirme qu'en l'espèce, le pouvoir adjudicateur a sans cesse augmenté son seuil d'exigence et, parallèlement, a écarté au fur et à mesure du processus les soumissionnaires dont les offres ne lui paraissaient pas probantes sur la base de ces nouveaux critères pour n'en retenir que trois et noter celles-ci sur la base de ces nouveaux critères alors que la négociation est limitée au contenu des offres de sorte que le pouvoir adjudicateur ne peut négocier que pour adapter les offres reçues aux exigences indiquées dans les documents du marché.

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse oppose à la requérante qu'elle fait une présentation partielle des critères d'attribution prévus et appliqués dans le cadre du marché qu'elle n'évoque dans son moyen que les trois critères d'attribution principaux, à savoir le prix (40 %), la solution technique préconisée (40 %) et les moyens "dédicacés" à l'exécution du marché (20 %) alors que le cahier spécial des charges prévoit en réalité les critères suivants:

- " • Le prix : 40 %;
- La solution technique préconisée : 40 % :

Technique : 12 % :

- Système d'exploitation, base de données, architecture, disponibilité : 4 %;
- Communications: standards supportés : 4 %;
- Ouverture, interfaces systèmes externes : 4% :

Fonctionnel : 20 %;

- Couverture des besoins de télégestion : 8 %;
- Couverture des besoins de télérelève : 8 %;
- Couverture des besoins de gestion des gardes : 4 %;

Plan de déploiement et migration : 8 %;

- Les moyens dédiés à l'exécution du marché : 20 %;

Equipe de réalisation : 10 %;

Organisation des services de support et de maintenance, SLA : 10 %.",

en sorte que le moyen manque en fait, le rapport d'attribution et le tableau comparatif y annexé ne reprenant que les critères énumérés par le cahier spécial des charges.

La partie adverse soutient, en particulier, que la visite de référence ainsi que les tests et présentations qu'elle a organisés au cours des négociations n'ont pas servi de critères supplémentaires, que la visite de référence, les présentations et tests visaient à permettre aux différents soumissionnaires d'expliquer et d'illustrer le contenu de leur offre, afin de permettre à la partie adverse d'évaluer et de comparer celles-ci en pleine connaissance de cause au regard des critères d'attribution annoncés par le cahier des charges.

Selon la partie adverse, la possibilité d'organiser de telles rencontres avec les soumissionnaires relève de la grande liberté dont dispose le pouvoir adjudicateur dans l'organisation de la procédure négociée, dès lors qu'il respecte le principe d'égalité de traitement des différents soumissionnaires, cette liberté étant plus importante encore dans le cadre des secteurs spéciaux.

La partie adverse se défend d'avoir augmenté le niveau d'exigences techniques auxquelles les offres des soumissionnaires devaient pouvoir répondre et affirme n'avoir procédé qu'à des clarifications très limitées du cahier spécial des charges, à la suite du constat de la "mécompréhension" des soumissionnaires sur les attentes du pouvoir adjudicateur.

Elle ajoute qu'à supposer qu'elle ait modifié les exigences, quod non, celles-ci l'auraient été dans la même mesure à l'égard de tous les soumissionnaires, sans violation du principe d'égalité.

En ce qui concerne les conditions dans lesquelles se serait déroulé le test de bande passante demandé à la requérante, elle soutient qu'aucun test relatif, à proprement parler, à la télérelève, n'a été demandé mais que, à l'initiative du service informatique, ont été demandés les tests de bande passante estimés nécessaires par le pouvoir adjudicateur afin de comparer efficacement les offres, qu'au minimum cinq représentants de la partie adverse étaient présents lors de chaque test et présentation, pour tous les soumissionnaires, sans que l'on aperçoive en quoi ils n'auraient pas été aptes à assister à la présentation en cause et à porter, collectivement et par la

combinaison de leurs compétences respectives une appréciation valable sur le contenu de celle-ci.

Quant à la prétendue modification des exigences "SLA et Architecture" en cours de négociations, la partie adverse expose que l'argumentation de la requérante lui semble procéder d'une confusion entre "exigence technique" et "modalité de présentation des offres", qu'elle a dû constater, après ouverture des offres, que les différents soumissionnaires n'avaient pas retenu une présentation univoque des services de support et de maintenance applicative repris dans leurs offres, qu'il lui était impossible de procéder à une comparaison effective et équitable des différentes offres sur ce point et, partant, de faire application du sous-critère d'attribution prévu par son cahier spécial des charges, que, dans le cadre des négociations, elle a attiré l'attention des soumissionnaires sur cet aspect, qu'afin de garantir l'égalité de traitement des soumissionnaires au regard de ce sous-critère d'attribution, elle a finalement proposé, par son courrier du 23 décembre 2011, un canevas uniforme pour la formulation des engagements SLA de chaque soumissionnaire sans que ce document ait pour objet d'imposer un niveau d'engagement SLA uniforme à tous les soumissionnaires.

La partie adverse se défend encore d'avoir modifié ses exigences en matière d'architecture, point 3.2.3.2 du cahier spécial des charges.

Elle soutient avoir exigé dès l'origine que le logiciel principal destiné à assurer l'exécution du marché soit déjà développé, que, cependant, dans le cadre de l'examen des premières offres, elle a constaté que certains soumissionnaires n'intégraient pas les coûts du paramétrage nécessaire et des pilotes requis à cet effet dans le prix de leur offre, et qu'afin de rétablir la comparabilité entre les différentes offres et de garantir la S.W.D.E. d'éventuels suppléments en cours d'exécution du marché, elle a demandé à tous les soumissionnaires d'inclure l'éventuel coût de développement de ces programmes complémentaires dans le prix de leur offre.

Elle conclut que cette demande n'a pas eu pour objet de déroger aux exigences posées par le cahier spécial des charges, mais bien de faire une stricte application du principe d'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires, le grief émis par la requérante, sur ce point, manquant tant en droit qu'en fait.

Quant à l'obligation d'annoncer dans les documents de marché la méthode de calcul des points afférents à chaque critère d'attribution, la partie adverse soutient que l'indication dans le cahier spécial des charges de ces éléments n'est nullement prescrite par la réglementation actuellement en vigueur de même qu'aucune disposition de la réglementation actuelle n'impose au pouvoir adjudicateur

de prévoir et d'énoncer cette méthode de notation avant l'ouverture des offres, qu'il ne peut donc être fait référence aux obligations contenues à l'article 110bis de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 et que la requérante ne démontre pas en quoi la méthode d'attribution des points aurait été de nature à fausser l'application des critères d'attribution à son détriment ou à modifier la pondération et le poids relatif de chacun des critères d'attribution ou serait déraisonnable.

Quant à l'interdiction d'organiser les négociations en phases successives éliminatoires, à titre principal, la partie adverse soutient que la requérante ne démontre pas son intérêt à formuler pareil grief alors qu'elle a participé à chacune des phases de la procédure négociée et qu'elle a été invitée, au terme de celle-ci, à déposer une offre finale, à l'instar des deux autres soumissionnaires encore en lice à ce stade de la procédure.

A titre subsidiaire, la partie adverse entend rappeler que le présent marché est soumis à la réglementation propre aux marchés publics passés dans les secteurs spéciaux, soit au titre IV du Livre I^{er} de la loi du 24 décembre 1993 et à l'arrêté royal du 10 janvier 1996 en vertu desquels la liberté de négociation est la règle, qu'on ne trouve dans les secteurs spéciaux, par ailleurs, aucune disposition analogue à l'article 122ter de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, limitant le cadre des négociations au contenu des offres, à l'exclusion des exigences formulées dans les documents de marché et que le principe d'égalité n'interdit nullement qu'il soit permis aux soumissionnaires de remettre une offre améliorée ("BAFO") au cours ou au terme des négociations, un tel processus relevant de l'essence même de la procédure négociée pourvu que tous les soumissionnaires participant aux négociations se voient offrir cette possibilité d'amélioration de manière identique.

Au sujet des phases "éliminatoires" critiquées par la requérante, la partie adverse expose qu'elle a tout d'abord écarté, comme l'annonçait le cahier spécial des charges, trois offres jugées non conformes, qu'ensuite, au terme de la première phase de négociations, elle a décidé de ne pas inviter à négocier les deux offres les plus faibles, comparativement, au regard de l'ensemble des critères d'attribution, sans faire application de prétendus seuils d'exclusion attachés à certains critères qui n'auraient pas été préalablement annoncés par le cahier spécial des charges mais qu'elle a, au contraire, établi le constat, en fait, que ces deux offres étaient particulièrement faibles sur le plan technique, au point de ne pas recevoir la moitié des points correspondant aux critères techniques et de recevoir plusieurs notes nulles, qu'elle a, en outre, justifié sa décision de ne pas poursuivre les négociations avec les deux soumissionnaires concernés par le fait que, eu égard à l'écart entre leurs offres et celles des autres soumissionnaires, il apparaissait impossible pour ces soumissionnaires de rattraper leur retard par rapport à leurs concurrents, qu'il ne

s'agit aucunement d'une application mathématique et rigide de prétendus seuils d'exclusion qui n'auraient pas été communiqués préalablement aux soumissionnaires mais de la conduite raisonnable de la procédure négociée, en considération de circonstances que la partie adverse ne pouvait en outre anticiper dans le cahier spécial des charges.

C. Requête en intervention

La partie intervenante oppose au deuxième moyen que la requérante n'expose pas en quoi la décision attaquée violerait les articles 1^{er} et 39 de la loi du 24 décembre 1993, qu'il n'est nullement prétendu que la partie adverse ne pouvait pas recourir à la procédure négociée pour attribuer le marché en cause et que la requérante ne précise pas quelles dispositions du cahier spécial des charges auraient été violées, ni en quoi la partie adverse les auraient méconnues, ce qui rend le moyen irrecevable sur ces deux points.

L'intervenante entend souligner que ce qui caractérise la procédure négociée, c'est la faculté dont dispose le pouvoir adjudicateur de négocier librement avec les soumissionnaires de son choix après le dépôt des offres, que l'autorité adjudicatrice reste tenue, durant les négociations, de respecter les principes d'égalité et de transparence dont la violation est invoquée au moyen mais qu'elle n'a nullement l'obligation d'énoncer la méthode d'évaluation ou d'attribution des points afférente à chaque critère d'attribution dans les documents du marché.

Elle affirme que les principes d'égalité et de transparence n'ont pu être violés, que la requérante ne soutient nullement que son offre eût pu être différente si la partie adverse avait annoncé, dans les documents du marché, le déroulement précis et détaillé du déroulement des négociations, que l'examen de la requête fait apparaître que la requérante reproche seulement au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir annoncé, dans le cahier spécial des charges, la méthode d'évaluation ou d'attribution des points, que la requérante invoque, indûment, la violation de l'article 110bis de l'arrêté du 10 janvier 1996, cette disposition n'imposant pas au pouvoir adjudicateur d'énoncer la méthode d'attribution des points dans le cahier spécial des charges et que la jurisprudence de la Cour de justice et du Conseil d'Etat citée par la requérante n'impose pas non plus que de telles précisions soient énoncées dans les documents du marché.

Quant à l'affirmation selon laquelle la partie adverse aurait évalué les offres sur la base de critères qui n'étaient pas mentionnés dans le cahier spécial des charges, l'intervenante fait valoir qu'il ressort du rapport d'analyse des offres, sans

contestation possible, que la partie adverse a bien examiné et évalué les offres au regard de ces seuls critères et sous-critères d'attribution.

Quant à l'affirmation selon laquelle la partie adverse aurait injustement sanctionné la requérante pour avoir intégré dans son offre une exigence technique pourtant demandée, l'intervenante affirme que le rapport d'analyse des offres fait apparaître que la requérante n'a pas été "sanctionnée" pour avoir intégré dans son offre l'exigence technique précitée mais qu'il ressort de la motivation de l'acte attaqué que l'offre de CEGELEC a obtenu une cote de 8/10 pour les motifs suivants :

- " Attribution de 8,00 points pour les raisons suivantes :
 - + le service de support et de maintenance est existant, éprouvé, mutualisé et est conforme à la norme ITIL
 - contrat SLA correct mais moins bon que Trasys du point de vue indicateurs et engagement de disponibilité
 - + un groupe de 8 à 10 techniciens sont affecté au helpdesk
 - + la base installée est solide".

L'intervenante affirme encore que dans un courrier électronique du 23 janvier 2012, la partie adverse a informé les soumissionnaires de ce qu'ils devaient porter dans le prix de leur offre tous les coûts de développement et que c'est inexactement que la requérante en déduit que "la partie adverse serait revenue sur une disposition de son cahier spécial des charges aux termes de laquelle la version du logiciel proposée doit être existante et non en développement ou à développer".

Quant à l'affirmation selon laquelle la partie adverse aurait recouru à une méthode d'évaluation des critères techniques qui n'avait pas été annoncée dans les documents du marché, l'intervenante affirme que la méthode d'évaluation des offres, soit l'échelle de notation utilisée par le pouvoir adjudicateur pour calculer la note devant être attribuée à chaque offre, ne doit pas être énoncée dans les documents du marché, que la requérante ne soutient pas qu'elle aurait pu préparer son offre différemment si la méthode d'attribution des points lui avait été communiquée avant le dépôt de son offre et qu'elle n'a pas demandé de précision sur la méthode d'évaluation des offres.

Aux affirmations selon lesquelles la partie adverse aurait organisé les négociations par phases successives éliminatoires et aurait appliqué des seuils d'exclusions aux différents critères d'attribution, l'intervenante oppose que la requérante n'a aucun intérêt à invoquer ce grief, qu'elle a participé à toutes les phases de la négociation, qu'elle n'a pas été éliminée au terme de l'une de ces phases et que son offre n'a pas non plus été exclue au motif qu'elle aurait reçu une note trop faible au regard d'un des critères d'attribution du marché.

Elle soutient que les phases de la négociation se sont déroulées dans le strict respect des principes de transparence et d'égalité avec pour seuls objectifs de clarifier les exigences exprimées dans le cahier spécial des charges et de vérifier que les propositions formulées par les soumissionnaires rencontraient les attentes du pouvoir adjudicateur.

Quant à l'affirmation selon laquelle la partie adverse n'aurait pas respecté les règles qu'elle s'est fixé pour évaluer les offres en ce qu'elle a attribué une note maximale de quatre points à l'offre de la requérante et, en même temps, à celle de la société TRASYS au regard du sous-critère d'attribution "communications – standard supportés", l'intervenante énonce que la requérante ne justifie pas d'un intérêt au moyen, que, dans l'hypothèse la plus favorable, l'offre de la requérante aurait pu obtenir 4/4 points et celle de la société TRASYS 0/4 point au regard de ce sous-critère et qu'une telle différence de 4 points n'aurait pas eu pour conséquence de modifier le classement des offres.

Elle fait valoir qu'en tout état de cause la motivation de l'acte attaqué permet de constater que les offres des sociétés TRASYS et CEGELEC ont été jugées équivalentes sur ce point, les justifications des notes attribuées par la partie adverse étant strictement identiques, et que c'est à bon droit que la partie adverse a décidé d'attribuer un même nombre de quatre points à l'offre de la société CEGELEC et à l'offre de la société TRASYS.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

En substance, la requérante entend dénoncer par son deuxième moyen les critères d'attribution appliqués et les méthodes de négociation suivies par la partie adverse pour attribuer le marché sur procédure négociée avec publicité.

La requérante part de l'affirmation suivant laquelle les critères ainsi que les éventuels sous-critères et le déroulement de la négociation devaient être prévus dans les documents du marché.

Elle soutient, toujours en substance, dans la même ligne, que la partie adverse ne pouvait, ainsi qu'elle l'a fait, organiser les négociations en phases successives éliminatoires ou exclure des offres n'obtenant pas un minimum de points alors que les documents du marché ne le prévoyaient pas.

La requérante ne peut être suivie sur ces différents plans.

Ses affirmations ne paraissent trouver de fondement dans aucune disposition ni de la loi du 24 décembre 1993 ni de ses arrêtés d'exécution.

Dans son argumentation, la requérante paraît rapprocher indûment, sinon confondre, la procédure d'appel d'offres et la procédure négociée avec publicité, à laquelle elle ne conteste pas que la partie adverse a pu recourir en application de l'article 39 de la loi du 24 décembre 1993 et de l'article 110bis de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, s'agissant du secteur de l'eau.

La requérante n'établit pas à suffisance le bien fondé des restrictions qu'elle entend apporter au pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur lorsque, comme en l'espèce, il peut recourir à la procédure négociée avec publicité.

Elle reste en défaut d'établir que le pouvoir adjudicateur serait tenu d'annoncer dans les documents du marché la méthode d'évaluation ou d'attribution des points afférents à chaque critère ainsi que les contours de la négociation et les différentes phases de celles-ci.

Elle reste tout autant en défaut d'établir qu'il n'appartenait pas au pouvoir adjudicateur d'augmenter le seuil d'exigences en cours de négociation.

Elle ne fait pas ressortir qu'elle aurait été l'objet d'une inégalité de traitement.

Compte tenu des arguments opposés, point par point, par la partie adverse dans sa note d'observations et par la partie intervenante dans sa requête en intervention, aux reproches de méconnaissances des exigences du cahier spécial des charges et des principes de la procédure négociée avec publicité dans un marché relevant des secteurs spéciaux, la requérante ne paraît pas pouvoir être suivie dans aucun des très amples développements qu'elle a cru devoir donner à son deuxième moyen.

Celui-ci n'est pas sérieux.

VIII. TROISIEME MOYEN

VIII. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un troisième moyen :

- " - de la violation des articles 1^{er} et 39 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- de la violation de l'article 110bis, alinéa 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux;
- de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs
- de la violation du cahier spécial des charges;
- de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution;
- de la violation des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe «Patere legem quam ipse fecisti», du principe d'égalité entre soumissionnaires et du principe de libre concurrence et du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit (ou de motivation matérielle);
- de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'appréciation subjective;
- de la violation de la foi due aux actes administratifs et de l'excès de pouvoir".

Elle fait valoir qu'après examen des offres, la partie adverse a décidé de classer la sienne en deuxième position et de lui attribuer une note globale de 86,62 % tandis que l'offre de la société TRASYS arrive en première position avec une note 94,93 %, alors que, première branche, ce classement ne correspond pas à la valeur réelle des offres, et plus particulièrement de celle de la requérante, la partie adverse ayant mis en exergue des éléments identiques qui sont tantôt appréciés positivement au profit de la société TRASYS, tantôt négativement aux dépens de la requérante, d'autres encore étant passés sous silence dans le chef de la requérante alors qu'ils sont relevés au profit de la société TRASYS, d'autres enfin étant relevés positivement au profit de la société TRASYS alors qu'ils sont contraires au contenu de son offre et alors que, seconde branche, il ressort des différents éléments du dossier que la partie adverse a successivement fait une appréciation objectivement différente des offres déposées par les soumissionnaires et, plus particulièrement, par la société TRASYS et par la requérante, alors que ces offres n'ont nécessairement pu être modifiées dans l'intervalle.

Première branche

Dans le développement de la première branche du troisième moyen, la requérante affirme que son offre est classée deuxième alors qu'elle aurait en réalité dû se voir attribuer davantage de points et, partant, arriver en première position, que le rapport d'attribution fait apparaître que la partie adverse a commis de très nombreuses erreurs manifestes d'appréciation alors qu'elle aurait dû valoriser ou sanctionner de la même manière les éléments identiques et apprécier différemment les éléments différents dans chacune des offres, que la partie adverse n'a pas procédé à un examen correct, équitable, complet et minutieux des offres et qu'elle s'est rendue coupable de très importantes erreurs manifestes d'appréciation et d'un manque d'objectivité évident.

La requérante procède ensuite à une récapitulation des critères d'attributions qui, selon elle, auraient fait l'objet d'erreurs d'appréciation qu'elle prétend manifestes.

Pour autant qu'il soit possible d'en rendre compte dans le cadre d'un examen en extrême urgence, la requérante argumente successivement dans le sens qui suit :

"a. Critère d'attribution relatif à la «solution technique préconisée» - «système d'exploitation, base de données, architecture et disponibilité»".

a. 1. - "Affirmation selon laquelle «les standards de la SWDE sont respectés par TRASYS concernant le choix des logiciels»".

La requérante rappelle le point 3.2.3.1, "Système d'exploitation et base de données" du cahier spécial des charges (page 18) qui prévoit notamment que "Les standards informatiques de la SWDE privilégient un système d'exploitation Windows Server et une base de données Oracle".

Elle soutient que dans son offre, la société TRASYS propose d'utiliser le logiciel SQL SERVER 2008 et non Oracle, alors que la partie adverse relève dans le rapport d'attribution à propos de l'offre de la société TRASYS que "les standards de la SWDE sont respectés par TRASYS concernant le choix des logiciels".

Elle conclut que pareille affirmation est manifestement inexacte et contraire à l'offre de la société TRASYS, que "sans devoir prendre de sanction radicale par rapport à ladite offre, la partie adverse aurait à tout le moins dû constater que le logiciel proposé ne correspond pas à ses standards et expliciter en quoi ce logiciel devait malgré tout être accepté", et que, contrairement à la société TRASYS, elle respecte le cahier spécial des charges à la lettre et propose Oracle alors qu'elle reçoit pourtant la même appréciation que la société TRASYS sur ce point.

a. 2 - "Affirmation selon laquelle «la virtualisation des serveurs sous VMWare, standard à la SWDE, est préconisée par TRASYS»".

La requérante soutient que ce point est mis en exergue dans l'offre de la société TRASYS et non dans la sienne alors qu'elle propose une solution identique.

a. 3 - "Affirmation selon laquelle TRASYS propose Windows Vista et Windows XP".

La requérante soutient que la société TRASYs propose des systèmes d'exploitation obsolètes ou qui, à tout le moins, le seront peu de temps après l'attribution du marché en cause alors que la partie adverse ne le souligne pas et lui attribue la note maximale.

a. 4 - "Affirmation selon laquelle «le logiciel serait partiellement orienté objet»".

Selon la requérante, cette affirmation est en contradiction avec le point 2.1.7.1 du "Management Summary" déposé par elle en annexe 1 de son offre et qu'elle est encore en contradiction avec le descriptif "PcVuel0", joint au dossier d'offre et qui détaille les objets, modèles, héritage, agrégation, ...

Elle conclut que l'affirmation selon laquelle la solution proposée ne serait que partiellement orientée objet est inexacte et contraire aux documents déposés par elle dans le cadre de son offre et que si la partie adverse avait fait une lecture correcte et objective de celle-ci sur ce point, elle ne l'aurait pas pénalisée par rapport à l'offre de TRASYs.

a. 5 - "Affirmation selon laquelle l'«ajout de nouveaux ouvrages se fait sans interruption du fonctionnement des serveurs mais (...) nécessite l'interruption temporaire de la redondance»".

Selon la requérante, cette affirmation est en contradiction avec les points 2.4.2.1 et 2.1.8.2 du "Management Summary" déposé dans le cadre de son offre, que, contrairement à ce qu'indique la partie adverse, lors de la migration, le système continue à fonctionner de façon transparente pour l'opérateur tout en gardant la possibilité d'un retour immédiat sur la dernière configuration validée en cas de besoin, que ce mode de fonctionnement du système en phase de migration d'une nouvelle zone est un choix technique privilégiant l'aspect disponibilité et sécurité de l'installation, permettant à tout moment une solution de repli immédiat, ce qui n'est pas le cas pour une migration directe et totale du système.

Elle conclut que l'analyse effectuée par la partie adverse "relègue donc un atout majeur de la solution proposée par la requérante en un point de critique et la sanctionne sur ce point. Ce faisant, la requérante [sic] commet dès lors une erreur manifeste d'appréciation".

"b. Critère d'attribution relatif à la «solution technique préconisée» - «Communication - standards supportés»".

Selon la requérante, la partie adverse ne donne aucune justification de la note attribuée à la société TRASYS alors que celle-ci se voit créditée du maximum de points.

Elle affirme que, dans le cadre du précédent recours, la partie adverse avait indiqué dans sa note d'observations que la société TRASYS avait intégré des coûts de développement en termes de pilotes et de drivers, tout comme la requérante, alors que pareille affirmation est inexacte puisque la requérante n'a inclus aucun coût de développement dans ce poste.

Elle conclut que, pour ce sous-critère, la requérante a obtenu le maximum des points, soit 4 %, et la société TRASYS également, alors que la société TRASYS aurait dû être pénalisée et, partant, obtenir une note inférieure à celle de la requérante.

"c. Critère d'attribution relatif à la «solution technique préconisée» - «Couverture des besoins de télégestion»".

- c. 1 Selon la requérante, le rapport d'attribution fait ressortir que la solution préconisée par la société TRASYS, contrairement à celle proposée par elle, implique des développements spécifiques alors que le cahier spécial des charges, point 3.2.3.2. prévoit que "la version du logiciel est une version existante et non en cours de développement ou à développer".

Elle reproche à la partie adverse de ne pas sanctionner cet élément et d'octroyer malgré tout le maximum de points à la société TRASYS.

- c.2 - "Affirmation selon laquelle le chiffre des intégrateurs proposés par la requérante est «ample» mais «moindre que celui proposé par TRASYS»".

Selon la requérante, le rapport d'attribution relève que la liste des intégrateurs proposée par la société TRASYS serait "très fournie" puisqu'elle comporterait vingt-trois entreprises alors que la partie adverse souhaitait que les soumissionnaires proposent, pour le logiciel de supervision/télégestion, une "liste des intégrateurs certifiés belges".

Elle soutient que la liste des intégrateurs fournie par la société TRASYS, comme cela résulte de la note d'observations de la partie adverse dans le cadre du précédent recours, mentionne tous les intégrateurs "enregistrés" au BENELUX et non les seuls intégrateurs certifiés belges et qu'en outre, la société TRASYS ne figurait pas, au moment du dépôt de l'offre, parmi les intégrateurs certifiés alors

que la requérante, au contraire, se limitait à donner le nom des intégrateurs certifiés belges.

Elle affirme que, se fondant sur la liste erronée fournie par la société TRASYs, ou à tout le moins contraire aux exigences des documents du marché, "la partie adverse crédite l'offre de TRASYs du maximum de points tandis qu'elle sanctionne celle de la requérante qui n'obtient que 6,8 % au motif précisément que le nombre d'entreprises proposées est certes «ample» mais «moindre que celui proposé par TRASYs»".

- c. 3 - "Affirmation selon laquelle «le mode de développement réclame un poste de travail spécifique protégé par une clé USB (dongle)»".

Selon la requérante :

"Pareille affirmation est inexacte comme démontré par les tests réalisés par la requérante à la demande de la partie adverse.

Un serveur de licences flottantes est installé quelque part sur le réseau et rend le licencing transparent de l'utilisateur sans ajout de Dongle local!

En outre, «PcVue» permet à l'opérateur d'effectuer des modifications des échelles de courbes en exploitation, sans devoir recourir au mode développement. Un tel recours n'est nécessaire que si, l'on souhaite apporter une modification définitive à la référence de configuration. Ceci va dans le sens de la sécurité et du maintien des références applicatives".

- c. 4 - "Affirmation selon laquelle «le test de communication T-Box est réalisé. Lors du test on constate un problème d'importation des données en BD et la phase de polling n'est pas opérationnelle»".

Selon la requérante, le test de communication T-Box a été réalisé avec succès à Stembert, comme la partie adverse l'a attesté par un courrier daté du 5 août 2011, la phase d'importation des données en base de données a été réalisée au siège de la requérante et lors de cette phase, le polling aurait été opérationnel à 100 %, en contradiction avec les allégations du rapport d'attribution.

La requérante conclut son analyse de la prise en compte du critère considéré en ces termes :

"Certains points négatifs de l'offre de TRASYs n'ont pas été relevés par la partie adverse et, a fortiori, elle n'en a pas tenu compte dans sa cotation puisqu'elle

octroie malgré cela la cote maximum à TRASYS, soit 8 %. Il en va ainsi de la nécessité du développement spécifique du logiciel et de l'erreur dans la liste des intégrateurs. Parallèlement à cela, certains points négatifs ont été relevés à tort dans l'offre de la requérante, laquelle a été pénalisée pour cette raison.

Une comparaison correcte et objective des offres aurait dû conduire la partie adverse à attribuer une cote moindre à TRASYS et plus élevée à la requérante".

"d. Critère d'attribution relatif à la «solution technique préconisée» - «Couverture des besoins de télérelève»".

d.1 - La requérante soutient que "la partie adverse relève dans l'offre de TRASYS que «les drivers pour la communication avec les dataloggers sont existants»".

Elle oppose que, "contrairement à la solution proposée par la requérante, la personnalisation n'est pas nécessaire dans le cadre de la solution de TRASYS de sorte que cela ne saurait constituer un point positif".

d.2 - La requérante soutient encore que "la partie adverse affirme, concernant [son] offre que «la reconfiguration et le recalcul du bilan de la cellule est géré via l'adaptation de la formule. La garantie d'intégrité du modèle est donc moindre»".

Elle oppose "que cette affirmation est fausse, il est impossible pour la partie adverse de pouvoir apprécier les tests réalisés puisque la seule personne compétente pour ce faire n'était pas présente lors des tests".

Elle conclut son analyse de la prise en compte du critère considéré en ces termes :

"La partie adverse met en exergue des points prétendument positifs dans l'offre de TRASYS, alors qu'ils n'en sont pas, tandis qu'elle pénalise erronément celle de la requérante. Le différentiel de points obtenus pour ce critère est dès lors inexact et en tout cas exagéré".

"e. Critère d'attribution relatif à la «solution technique préconisée» - «Couverture des besoins de gestion de garde»".

Selon la requérante, la partie adverse affirme qu'il y aurait deux éditeurs de logiciels différents pour la supervision et la gestion des astreintes.

Elle oppose que les sociétés PcVue et Micromédia sont constituées en partenariat, ce qui garantit une intégration totale des deux produits dans la suite

"PcVue Solutions" et renvoie au § 2.1.2 du Management Summary et à la réunion du 16 novembre 2011.

Elle en infère que "l'affirmation de la partie adverse sur la base de laquelle est apprécié négativement l'offre de la requérante est dès lors manifestement fausse et résulte d'un manquement flagrant d'objectivité au niveau, de l'analyse des offres".

Elle conclut son analyse de la prise en compte du critère considéré en ces termes :

"Le seul critère négatif relevé dans l'offre de la requérante résulte d'une erreur manifeste d'appréciation et, partant, elle aurait dû se voir créditer au moins du même nombre de points que celle de TRASYS".

"f. Critère d'attribution relatif à la «solution technique préconisée» - «Plan de déploiement et migration»".

Selon la requérante, la "validation site" lors des mises en service se fait aussi bien chez TRASYS que chez CEGELEC alors que cet élément est apprécié favorablement chez TRASYS et défavorablement chez la requérante.

Elle soutient que, lors de la période transitoire, la société TRASYS et la requérante proposent chacune de mettre en oeuvre une interface intégrée assurant à l'utilisateur une transparence quant à l'état de migration ou non d'un site distant mais que cet élément est apprécié favorablement chez TRASYS et défavorablement chez la requérante.

Elle conclut son analyse de la prise en compte du critère considéré en ces termes :

"L'offre de la requérante aurait dès lors dû se voir attribuer le même nombre de points que celle de TRASYS".

"g. Critère d'attribution relatif aux «Moyens dédicacés à l'exécution du marché» - «Equipe de réalisation»".

La requérante affirme qu'elle a fourni un document de présentation de l'équipe lors de la réunion du 15 décembre formulant précisément les besoins en termes de ressources du pouvoir adjudicateur, que ce document mentionne tous les postes nécessaires afin de mener le projet à terme avec une démarche rigoureuse et conforme au degré d'exigence réclamé par les documents du marché.

Elle conclut son analyse de la prise en compte du critère considéré en ces termes :

"Sur la base de ce document de présentation, la partie adverse pouvait raisonnablement évaluer les coûts de personnel qu'elle devrait supporter sur dix ans. Cela étant, elle aurait dû obtenir une cote au moins équivalente à celle de TRASYs".

"h. Critère d'attribution relatif aux «Moyens dédicacés à l'exécution du marché» - «Organisation des services de support et de maintenance SLA»".

Selon la requérante, la partie adverse a imposé, par un courrier daté du 23 février 2012, que les soumissionnaires disposent du contrat SLA "20111221 Contrat SLA.doc" alors que cette exigence ne laisse aucune place à l'appréciation des offres et à leur comparaison.

La requérante conclut le développement de la première branche de son troisième moyen en ces termes :

" Il appert, au vu de ce qui précède, que chacune des critiques formulées par la partie adverse dans le cadre de son Rapport d'attribution est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, démontrant le manque flagrant d'objectivité dans l'analyse qui a été faite des offres, et est directement contredite par l'offre de la requérante et les pièces y annexées.

Au vu de la méthode d'évaluation proposée par la partie adverse, l'offre de la requérante aurait dû être créditée de davantage de points tandis que l'offre de l'attributaire pressenti du marché en cause aurait dû obtenir des cotes moindres en due proportion.

Le classement des offres et la motivation qui le sous-tend reposent sur une appréciation manifestement erronée des offres, emprunte d'inexactitudes et d'inégalités".

Seconde branche

Passant au développement de la seconde branche de son troisième moyen, la requérante soutient qu'"il ressort des deux rapports d'attribution successifs, complétés par les affirmations contenues dans la note d'observations déposée par la partie adverse dans le cadre du précédent recours, qu'elle a fait une appréciation objectivement différente des offres déposées par les soumissionnaires et, plus particulièrement par TRASYs et par la requérante, alors que ces offres n'ont nécessairement pu être modifiées ou complétées dans l'intervalle de ces deux rapports".

Elle en veut pour preuve les éléments suivants :

a. "Critère relatif à la «Couverture des besoins de la télégestion»".

La requérante relève que dans son rapport d'attribution de juillet 2012, la partie adverse indique ce qui suit :

"La liste des entreprises possédant les ressources nécessaires pour assurer l'intégration du système est très fournie, à savoir 23 entreprises enregistrées (c'est-à-dire comprenant au minimum 2 agents certifiés, autrement dit ayant reçu une formation certifiante de Wonderware)".

Elle affirme qu'ainsi, la partie adverse justifie a posteriori la note de la société TRASYs au moyen d'une définition erronée des intégrateurs certifiés et d'une liste BENELUX non limitée à la Belgique comme exigé.

b. "Critère relatif à la «Couverture des besoins de Gestion de garde»".

La requérante fait valoir que, dans sa note d'observations déposée en mars 2012, la partie adverse indiquait à propos de l'offre de la société TRASYs ce qui suit :

"Interface utilisateur pendant la migration : Pendant la migration, l'utilisateur dispose d'un écran d'accueil qui l'oriente vers la nouvelle application ou vers Cimview en fonction du site souhaité et d'une table des sites migrés manuellement.

Pendant la migration, il est prévu de mettre une interface utilisateur en oeuvre".

Elle relève que, dans son rapport d'attribution de juillet 2012, la partie adverse indique désormais ce qui suit :

"Pendant la migration, la vue générale de l'utilisateur sera unique et l'accès à tous les sites se fera via le nouveau système, que les sites soient déjà migrés ou non".

Elle en infère que, "sans la moindre modification des offres - ce qui ne se pourrait d'ailleurs au regard de la réglementation applicable - et de manière pour le moins curieuse, la partie adverse constate successivement qu'une interface utilisateur était mise en oeuvre pour rediriger l'utilisateur du NOUVEAU vers l'ancien système (CIMVIEW) puis qu'aucune interface spécifique n'était plus mise en oeuvre puisque l'utilisateur est directement redirigé dans le nouveau système. Elle fait donc une lecture contradictoire de l'offre de la requérante à deux moments différents".

Elle ajoute que, dans son rapport d'attribution de juillet 2012, la partie adverse précise par ailleurs ce qui suit :

"Connecteurs avec ordonnanceurs du marché (MS Outlook en particulier) non spécifiés. Fonction interne complète de gestion de planning intégré dans Alert".

Elle soutient que ce critère technique ne figure pas dans le cahier spécial des charges.

c. "Ressources SWDE nécessaires au projet".

La requérante relève que, dans sa note d'observations déposée en mars 2012, la partie adverse indiquait ce qui suit :

"Les ressources SWDE nécessaires pour le suivi du projet sont estimées par TRASYS à 2 ETP. (Equivalents temps plein)",

alors que, dans son rapport d'attribution de juillet 2012, elle indique désormais ce qui suit :

"TRASYS indique que les ressources SWDE nécessaires pour le suivi du projet sont de 2,5 ETP (email du 14/11/2011)".

Elle en infère que :

"sans que les offres aient été modifiées d'aucune manière, la partie adverse modifie le nombre de ressources nécessaires pour la revoir à la hausse ... Force est toutefois de constater que cette charge demeure néanmoins toujours supérieure à celle qui découle de l'offre de la requérante. La cote attribuée à TRASYS n'a toutefois pas été modifiée".

d. "Equipe de réalisation".

La requérante relève que, dans le rapport d'attribution de mars 2012, la partie adverse indiquait à propos de l'offre de la requérante ce qui suit :

"Les ressources SWDE nécessaires pour le suivi du projet sont estimées par Cegelec à 6 ETP",

alors que, dans son rapport d'attribution de juillet 2012, elle indique désormais ce qui suit :

"Les ressources SWDE nécessaires pour le suivi du projet ne sont pas clairement précisées par Cegelec. Les ressources SWDE nécessaires pour le suivi du projet sont estimées par Cegelec dans un tableau présenté lors de la réunion du 15/12/2011 qui comporte 8 éléments indéterminés. Malgré les demandes de précisions de la SWDE, Cegelec n'a pas pu déterminer de manière claire et précise le nombre exact de membres du personnel nécessaires pour le suivi du projet. [...] Ces imprécisions ne permettent pas à la SWDE d'apprécier clairement les coûts du personnel sur 10 ans qui seront à sa charge".

Elle en infère que la partie adverse lui a, dans un premier temps, reproché de faire peser sur elle une charge trop importante (6 ETP) alors qu'elle lui reproche ensuite, de manière tout aussi incompréhensible, de ne pas préciser cette même charge, la partie adverse ayant estimé d'autorité la charge à 1 ETP.

e. "Migration des sites".

La requérante relève que, dans le rapport d'attribution de mars 2012, la partie adverse indique ce qui suit :

"La migration des sites se fait avec interruption de la redondance et interventions multiples de l'informatique",

alors que, dans son rapport d'attribution de juillet 2012, elle indique ce qui suit :

"L'ajout de nouveaux ouvrages se fait sans interruptions du fonctionnement des serveurs, mais la solution proposée par Cegelec nécessite l'interruption temporaire de la redondance, ce qui restreint la disponibilité du système. Cette façon de procéder est transparente pour l'opérateur mais pas pour l'informatique qui devra assurer les interventions sur les serveurs".

Elle affirme qu'il n'y a matière à aucune intervention multiple de l'informatique, et certainement pas à une charge supérieure à celle induite pour tout autre soumissionnaire.

Elle constate avec satisfaction que l'analyse de son offre ne conclut plus à un arrêt du système en cas de migration, mais regrette qu'il n'en soit pas tenu compte dans la note qui lui est attribuée.

La requérante conclut les développements de la seconde branche de son troisième moyen en soutenant que la méthode d'analyse des offres de la partie adverse

comporte manifestement des lacunes et des erreurs, qu'elle démontre, pour autant que de besoin, le peu de sérieux, d'objectivité et de minutie avec lesquels l'analyse comparative a été faite, que la motivation de l'acte attaqué est entachée d'erreurs manifestes d'appréciation, d'imprécisions et de contradictions, en particulier concernant l'offre de la requérante, qu'elle tend à favoriser systématiquement l'offre de la société TRASYS, qu'elle ne permet pas de comprendre les notes attribuées à chacune des offres et, partant, pourquoi l'offre de la société TRASYS est classée première, avec 100 % des points techniques, si ce n'est pour compenser la mauvaise notation financière qui n'est pas sujette à interprétation.

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse commence par opposer à la requérante que celle-ci ne lui reproche pas des erreurs manifestes d'appréciation dont il apparaîtrait à l'évidence qu'elles auraient eu une influence déterminante sur le classement des offres, que les comparaisons purement techniques effectuées par la requérante entre son offre et celle de l'adjudicataire sont inopportunes et qu'elles invitent le Conseil d'Etat à dépasser les limites d'un contrôle marginal des appréciations effectuées par la partie adverse.

La partie adverse soutient qu'à supposer qu'il faille suivre – quod non – la requérante dans cette argumentation, il serait nécessaire de désigner un expert en vue de "départager" les technologies ainsi mises en concurrence, mais qu'une telle désignation n'est pas compatible avec le cadre d'un examen selon la procédure de suspension d'extrême urgence.

Première branche

Prenant en compte la première branche du moyen, la partie adverse fait observer que l'offre de la requérante a été appréciée par comparaison aux offres déposées par les autres soumissionnaires, que si elle présentait des éléments favorables, ce qui ressort du tableau comparatif des offres, elle ne constituait pas, à plusieurs égards, la meilleure offre dès lors que sur certains points elle était inférieure aux autres offres et qu'en conséquence elle n'a pas obtenu le maximum des points pour chaque critère.

La partie adverse rappelle la méthode de notation utilisée pour évaluer les offres au regard des critères d'attribution qualitatifs, méthode qu'elle affirme non critiquable.

Elle s'attache ensuite à répondre aux griefs avancés par la requérante au regard des critères ou sous-critères d'attribution auxquels ils se rapportent, en reprochant à la requérante de les présenter de manière isolée, ce qui ne permet pas rendre compte de l'appréciation globale qu'a portée la partie adverse sur les critères et sous-critères d'attribution.

"A. Quant au sous-sous-critère «système d'exploitation, base de données, architecture et disponibilité» (quatre points)";

- a. 1 - la partie adverse rappelle, au numéro 65 de sa note d'observations, qu'en ce qui concerne ce sous-critère, la société TRASYs a obtenu quatre points et la requérante deux points, qu'il n'est pas contesté que les propositions faites tant par la société TRASYs que par la requérante sont conformes aux exigences techniques du cahier des charges dont elle cite l'intégralité de la disposition pertinente et qu'elles respectent les standards de la S.W.D.E., exprimés par cette disposition, que la circonstance que la requérante a proposé Oracle a été notée par la partie adverse dans le tableau d'analyse de son offre, dans la colonne descriptive des appréciations, qu'elle a été évaluée positivement et que la société TRASYs n'a pas été évaluée négativement au motif qu'elle a proposé le logiciel SQL Server 2008, qui est aussi un standard du marché de la S.W.D.E. puisque celle-ci utilise aussi ce logiciel pour d'autres applications;
- a. 2 - la partie adverse soutient, au numéro 66 de sa note d'observations, que la "virtualisation des serveurs sous VMWar" est mentionnée dans la description de l'offre de la requérante comme dans celle de la société TRASYs mais que ces constatations n'ont pas justifié l'octroi de points différenciés aux deux soumissionnaires précités, ce qui rend la critique sans pertinence;
- a. 3 - quant aux logiciels Windows proposés par la société TRASYs, la partie adverse affirme, en substance, au numéro 67 de sa note d'observations, qu'il s'agissait de la génération de logiciels qui étaient "standard" au moment du dépôt et de l'examen des offres et que ce grief manque de toute pertinence;
- a. 4 - la partie adverse indique, en substance, au numéro 68 de sa note d'observations, que l'affirmation de la requérante selon laquelle le logiciel qu'elle propose est partiellement orienté objet est en contradiction avec son offre, que, contrairement à ce qu'indique la requérante, la version du logiciel proposée dans son offre n'est pas la "version 10", mais la version précédente et seule disponible au moment du dépôt de sa première offre tandis que "l'orientation objet" telle que décrite par la société CEGELEC dans sa requête était annoncée mais n'était pas disponible dans la version du logiciel "PcVue

Solutions" proposée par la requérante pour le présent marché, qu'il ne ressort pas du point 2.1.7.1. du "Management Summary" déposé par la société CEGELEC en annexe à son offre que la version qu'elle propose du logiciel "PcVue Solutions" serait la "version 10", alors que "la société TRASYS a réalisé une démonstration explicitement orientée objet et a commencé l'atelier pratique par l'importation, dans un environnement vierge, d'une bibliothèque d'objets préconfigurés pour le métier de l'eau";

- a. 5 - la partie adverse ajoute, au point 69 de sa note d'observations, que les solutions présentées par l'ensemble des soumissionnaires étaient basées sur des serveurs redondants permettant le retour en arrière en cas de problème de migration d'un site, en sorte que ce qui est présenté par la requérante comme un atout déterminant de son offre constitue le minimum proposé par l'ensemble des soumissionnaires et que la façon de procéder proposée par la requérante est transparente pour l'opérateur sur le terrain mais ne l'est certainement pas pour l'équipe d'exploitation informatique des serveurs à la S.W.D.E;
- b - la partie adverse énonce encore, sur les sous-sous-critère "Communication – Standards supportés", qu'elle ne comprend pas la pertinence de l'affirmation selon laquelle la société TRASYS aurait intégré des coûts de développement en termes de pilotes et de drivers et qu'elle ne voit pas quelle critique pourrait être déduite de cette affirmation, qu'il ressort des tableaux d'évaluation joints au rapport d'attribution que les offres de la société TRASYS et de la requérante comportent, sur ce point, les mêmes caractéristiques, qu'elles ont été notées de la même manière, que c'est à cause d'une erreur de manipulation informatique que les justifications de la note de la société TRASYS sont manquantes dans le tableau concernant son offre mais qu'il ressort clairement de l'énoncé de la colonne "Appréciation" des tableaux que les deux offres sont équivalentes sur ce point;
- la partie adverse soutient enfin que l'offre de la requérante a obtenu pour le sous-sous-critère "système d'exploitation, base de données, architecture et disponibilité" une note de deux points sur quatre tandis que celle de la société TRASYS a obtenu une note de quatre points sur quatre, en sorte que la revalorisation éventuelle de l'offre de CEGELEC, de l'ordre de maximum deux points pour ce sous-sous-critère, n'aurait en toute hypothèse pas pour résultat d'inverser le classement des offres, dès lors que l'écart global est de 9,33 points/100 en faveur de la société TRASYS.

"B. Quant au sous-critère «fonctionnel» (20 points)

- a) Quant au sous-sous-critère «couverture des besoins de télégestion» (huit points)",
- c. 1 - la partie adverse affirme, en substance, au point 73 de sa note d'observations, que l'offre de la société TRASYS propose un logiciel existant, qui n'est pas en cours de développement ou à développer, que la comparaison des logiciels Wonderware (TRASYS) et PcVue (CEGELEC) lors de l'analyse des offres, des présentations de ces offres par les soumissionnaires et des visites de référence a amené la partie adverse à considérer que la mise en œuvre du superviseur Wonderware sera très aisée, que l'intégration du logiciel dans une architecture existante implique une opération de paramétrage mais non des développements réels du programme existant, que le tableau d'analyse de l'offre de la société TRASYS indique que "toutes les fonctionnalités nécessaires pour la télégestion sont couvertes", que "le logiciel est très paramétrable" et "ne nécessitera que peu de développements spécifiques" et que le constat critiqué par le grief n'a pas justifié de différence de points entre les offres;
- c. 2 - elle affirme, au numéro 74 de sa note d'observations, n'avoir commis aucune erreur manifeste d'appréciation en indiquant, dans la comparaison des offres, que la liste des intégrateurs de la société TRASYS est "très fournie" tandis que la liste des intégrateurs de la société CEGELEC est "ample mais moindre que celle proposée par TRASYS";
- c. 3 - elle soutient, au numéro 75 de sa note d'observations, qu'il est toujours apparu lors de l'analyse des offres et de la présentation de son système, ainsi que des explications de ses représentants, que le mode de développement réclame un poste de travail spécifique protégé par une clé USB de type "dongle";
- c. 4 - s'agissant du "test de communication T-Box", la partie adverse précise, au numéro 76 de sa note d'observations, que, pour la société requérante, il s'est déroulé en deux phases, la phase 1 du test ayant consisté à vérifier la communication T-Box-superviseur par le biais d'une ligne téléphonique numérique, la seconde phase qui s'est déroulée dans les locaux de Charleroi en utilisant une ligne téléphonique analogique (PSTN) devant démontrer la capacité de la requérante à rapatrier les données présentes dans les tables d'échantillonnages du T-Box, la communication n'étant pas permanente dans le logiciel de supervision, d'animer le synoptique, de visualiser les courbes et d'exporter les données rapatriées dans un fichier Excel.

La partie adverse livre le commentaire suivant :

"Lors de cette présentation il s'est avéré que les courbes visualisées dans PcVue, le superviseur proposé par la partie requérante, présentaient des anomalies. Concrètement, l'allure de la courbe affichée à l'écran du superviseur présentait des anomalies par rapport à l'allure attendue. Ceci peut être qualifié de problème d'importation en base de données. Pendant la séance de présentation, les techniciens de la partie requérante et de d'Arc Informatique ont, en direct, partiellement corrigé le problème d'affichage des courbes. Par contre, le polling, la scrutation de l'évolution de variables dans le T-Box, n'était pas opérationnel. Ces constatations, qui ont été faites lors des différentes présentations et séances de discussions, ont justifié l'évaluation partiellement négative de l'offre de la partie requérante".

b) "Quant au sous-sous-critère «couverture des besoins de télérelève» (8 points)",

- d. 1 - la partie adverse fait observer, au numéro 77 de sa note, que tant pour la requérante que pour la société TRASYS, elle a jugé positif le fait que "les drivers pour la communication avec les data loggers sont existants" et qu'elle ne comprend pas, pour le surplus, la critique qui est formulée de manière pour le moins obscure.
- d. 2 - la partie adverse affirme, au numéro 78 de sa note, que le tableau d'examen de l'offre de la requérante joint au rapport d'attribution comporte une autre justification de la note attribuée et que la critique est donc sans pertinence.

c) "Quant au sous-sous-critère «couverture des besoins de gestion de garde» (4 points)",

- e. - la partie adverse soutient, en substance, au numéro 79 de sa note, que le logiciel de gestion des astreintes proposé par la requérante, qui est distinct du logiciel de télégestion, est moins bon que le logiciel proposé par la société TRASYS, qui est intégré dans le même produit et qui est développé par le même éditeur de logiciel, l'existence de deux logiciels étant moins avantageuse pour la partie adverse qu'une solution intégrée qui évite la redondance des systèmes et dispense du besoin d'intégration des deux par un "import".

Elle conclut que l'écart de 0,40 point/4 en faveur de la société TRASYS est raisonnablement justifié.

"C. Quant au sous-critère «plan de déploiement et migration» (8 points)",

- f. - la partie adverse fait observer, au numéro 80 de sa note, que les offres ne se distinguent que par un point, que la requérante reçoit sept points sur huit alors que la société TRASYs mérite huit points sur huit selon la méthode de notation utilisée, que cette différence tient à ce que, chez la requérante, la validation se fait par comparaison entre une machine redondante et le système existant, alors que dans l'offre de la société TRASYs, la validation se fait par comparaison avec le système existant et à ce que, chez la requérante, il est prévu, pendant la migration, de mettre une interface utilisateur en œuvre, mais cette interface (portail) est moins intégrée que le système mis en place par la société TRASYs, et qu'en outre, la vue synthétique globale n'est pas disponible comme dans l'offre de la société TRASYs.

Elle conclut que "ces deux petites différences en faveur de la société TRASYs, que la partie requérante ne conteste pas, justifient raisonnablement la petite différence de points sur ce sous-sous-critère".

"D. Quant au sous-critère «équipe de réalisation» (10 points)",

- g. - la partie adverse affirme, au numéro 81 de sa note, qu'elle ne pouvait évaluer les coûts de personnel qu'elle devrait supporter pendant dix ans à l'aide des informations lacunaires qui lui ont été fournies et que l'écart de deux points entre les offres est justifié adéquatement sur cette base, en ce qui concerne ce sous-critère.

"E. Quant au sous-critère «organisation des services de support et de la maintenance» (10 points)"

- h. - la partie adverse rappelle, au numéro 82 de sa note, que le cahier spécial des charges prévoyait, dès l'origine, un sous-critère d'attribution portant sur l'"organisation des services de support et de maintenance, SLA", que les exigences minimales étaient formulées notamment au point 3.3.4, tel que clarifié par le courrier du 5 avril 2011, qu'il est faux d'affirmer qu'elle aurait, en l'espèce, "imposé son propre contrat" SLA et qu'elle aurait entendu, ensuite, pénaliser les soumissionnaires n'ayant pas émis de meilleure proposition, qu'elle a uniquement fourni un document de base, synthétisant ses exigences minimales en la matière, non modifiées par rapport au cahier spécial des charges, et devant être complété par chaque soumissionnaire quant au niveau de service effectivement fourni, qu'elle a ensuite départagé les différentes offres au regard du sous-sous-critère d'attribution précité, en fonction des engagements respectivement pris par chacun en termes de SLA, que c'est le soumissionnaire

TRASYS qui a formulé les meilleures propositions et a reçu, partant, la meilleure notation.

Elle conclut que l'écart de deux points sur dix en faveur de l'offre de la société TRASYS est parfaitement justifié.

Sur la première branche du moyen, la partie adverse conclut ses observations en ces termes :

" Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation dans le cadre de la comparaison des offres au regard des critères d'attribution qu'elle avait fixés dans son cahier spécial des charges.

Les écarts de cotation entre l'offre de la partie requérante et celle de l'adjudicataire TRASYS sont, dès lors, parfaitement justifiés; rien ne permettant, parmi les griefs émis par la partie requérante, de considérer que le classement des offres aurait pu être inversé.

Le troisième moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux".

Seconde branche

A la seconde branche du troisième moyen, la partie adverse oppose que la requérante lui reproche à tort d'avoir adopté, en juillet 2012, un rapport d'attribution qui n'est pas en tous points identique au rapport d'attribution rédigé en mars 2012 pour le même marché sans que les offres déposées par les soumissionnaires aient été modifiées, que si elle a rédigé un rapport d'attribution en mars 2012 en vue de l'attribution du présent marché, elle a attribué ce marché par une délibération de son conseil d'administration notifiée à la requérante le 6 mars 2012, que, sur recours de celle-ci, le Conseil d'Etat a suspendu, le 5 avril 2012, cette décision d'attribution, qu'elle a décidé, par l'acte attaqué adopté le 6 juillet 2012, de retirer la décision notifiée le 6 mars 2012 et d'adopter une nouvelle décision d'attribution, que l'acte retiré ayant disparu de l'ordonnancement juridique, elle se devait de préparer une nouvelle décision d'attribution, accompagnée d'un nouveau rapport d'attribution sans être obligée de reprendre l'ancien rapport d'attribution pour fonder sa nouvelle décision d'attribution, ce qui n'aurait pas été dans l'intérêt de la requérante puisque le rapport d'attribution de mars 2012 concluait précisément à l'attribution du marché à un de ses concurrents.

A la suite du retrait de la décision suspendue, la partie adverse pouvait réexaminer le dossier et apporter des modifications et des précisions au rapport d'attribution, notamment dans le souci d'améliorer ledit rapport et, partant, la

motivation de la nouvelle décision d'attribution, attitude qui témoigne du souci de l'administration de préparer avec le soin nécessaire ses décisions.

Elle soutient que la critique formulée par la requérante ne démontre en soi aucune irrégularité de l'acte attaqué, que le rapport d'attribution de juillet 2012 motive correctement la décision d'attribution attaquée dans le cadre du présent recours, ce que démontre la réponse à la première branche du moyen.

Elle affirme que la seconde branche du troisième moyen manque totalement de sérieux.

Elle fait valoir encore, "si besoin en est", que la liste des intégrateurs présentée par la société TRASYs n'est pas erronée et est totalement admissible, comme le démontre la réponse à la première branche du moyen, que les passages de la note d'observations de mars 2012 et du rapport d'attribution ayant précédé l'acte attaqué ont une signification identique et ne se contredisent pas, qu'une interface utilisateur est bien mise en œuvre pendant la migration comme le précisait la note d'observations de mars 2012, que la société TRASYs a proposé, en ce qui concerne la couverture des besoins de gestion de garde, des connecteurs avec les principaux ordonnanceurs du marché et des calendriers partagés MS Outlook en standard, ce qui ne se retrouvait pas dans l'offre de la requérante, que cette proposition a été jugée avantageuse dans l'offre de la société TRASYs, ce qui lui a valu un point positif auquel correspond un point négatif pour l'offre de la requérante, que la partie adverse a réévalué, lors de la réfection de la décision d'attribution, les besoins en personnel propre pour suivre le projet selon l'offre de la société TRASYs, de deux équivalents temps plein à deux et demi, que la requérante ne soutient pas que cette nouvelle évaluation serait déraisonnable ou critiquable, que, s'agissant du personnel de la S.W.D.E. qui serait nécessaire pour suivre le projet selon l'offre de la requérante, elle avait fait un essai de projection, lors de l'adoption de la première décision d'attribution, menant à six équivalents temps plein mais que, dès lors que cette projection a été critiquée par la requérante et qu'elle reposait sur des informations lacunaires, elle a jugé plus opportun de décider que la requérante ne la mettait pas en mesure d'évaluer le personnel nécessaire pour suivre le projet, qu'une telle appréciation n'est pas déraisonnable compte tenu des éléments du dossier, que les phrases citées par la requérante, figurant respectivement dans les rapports d'attribution de mars et de juillet 2012 au sujet de la migration des sites ne sont pas contradictoires, que le rapport de juillet 2012 contient des explications plus précises et plus détaillées, que la requérante ne démontre pas que les appréciations ainsi portées seraient inexacts ou déraisonnables, qu'elle postule, à tort, que la partie adverse aurait invoqué un arrêt des systèmes, ce dont il n'a jamais été question, une interruption de la redondance ne signifiant pas un arrêt des systèmes.

La partie adverse conclut que l'évaluation des offres est exempte des lacunes et des erreurs reprochées, qu'elle a été sérieuse, objective et très précisément motivée et que, dès lors, le moyen manque de sérieux en ses deux branches.

C. Requête en intervention

La partie intervenante oppose au troisième moyen que la partie requérante y énonce et développe pas moins de vingt-un griefs ou sous-branches, et ce au regard d'une multitude de critères et sous-critères d'attribution, ce qui rend son examen incompatible avec une procédure en extrême urgence.

Elle affirme que ces vingt et un griefs concernent, sans exception, des caractéristiques techniques que présenterait – ou non – le système proposé par la société CEGELEC dans son offre et que leur examen, par le détail, requerrait que le Conseil d'Etat substitue son appréciation à celle de la partie adverse, ce qu'il ne peut faire.

Elle fait valoir qu'il n'est jamais aisé pour un pouvoir adjudicateur d'apprécier les solutions techniques proposées par les soumissionnaires sur la base, uniquement, d'une offre "papier", raison pour laquelle la partie adverse a organisé, à raison, des phases de tests, que seule une phase de tests permet de vérifier, en situation réelle, si l'offre répond bien aux exigences techniques et aux attentes du pouvoir adjudicateur.

L'intervenante soutient que le fait qu'il existe une contradiction entre l'offre de la société CEGELEC et le rapport d'analyse des offres ne signifie pas, ipso facto, que la partie adverse a commis une erreur d'appréciation.

Elle examine, afin d'apporter un éclairage sur les points techniques, chacun des vingt et un griefs soulevés par la requérante :

Première branche

- a. 1 1 - "Sur les standards respectés, ou non, par TRASY (Oracle/Windows server)", l'intervenante affirme notamment, au point 2.2. de sa requête, que la base de données proposée par la société TRASY correspond parfaitement aux standards de la S.W.D.E. et qu'il n'était pas exigé des soumissionnaires qu'ils fonctionnent sous Oracle;

- a. 2 2 - "Sur la virtualisation des serveurs VMWare", elle reproche à la requérante de ne disposer d'aucun intérêt à contester l'appréciation du point correspondant de son offre et de celle de la société TRASYS, en ce qu'elle n'a pas été sanctionnée sur par la partie adverse.
- a. 3 3 - "Sur Windows Vista et Windows XP", elle affirme notamment que TRASYS ne propose pas Windows Vista et/ou Windows XP mais une solution qui supporte les versions existantes de Windows (Vista, XP et Windows 7) alors que la solution de la société CEGELEC ne supporte que Windows 7, ce qui, dans une phase de transition, est potentiellement pénalisant pour la S.W.D.E. qui dispose aujourd'hui de certains postes tournant sous des versions de Windows antérieures à Windows 7.

Elle fait valoir qu'un ordinateur qui tourne sous Windows XP ou Vista ne va pas cesser de fonctionner le 8 avril 2014 en sorte que l'argument de la requérante n'a aucun sens et n'est appuyé, en tout état de cause, par aucune pièce de son dossier.

- a. 4 4 - "Sur le fait que le logiciel de la requérante qui serait partiellement orienté objet", elle affirme notamment, au point 2.5. de sa requête, que la requérante n'a pas pu proposer "PcVue10" dans son offre initiale puisque "PcVue10" est une application qui n'est disponible sur le marché que depuis 2011 et que, si la requérante a bien proposé "PcVue10" dans son offre, comme elle le soutient dans sa requête, cela signifie qu'elle a proposé à la partie adverse un logiciel qui était encore en cours de développement, en violation de l'article 3.2.3.2 du cahier spécial des charges.

Elle reproche encore à la requérante de soutenir inexactement que "l'orientation objet existe depuis la version 8 de «PcVue»".

- a. 5 5 - "Sur l'interruption de la redondance", elle soutient que la partie adverse a constaté une interruption temporaire de la redondance en ce qui concerne le logiciel proposé par la société CEGELEC et que le Conseil d'Etat ne peut pas substituer son appréciation à celle de la partie adverse.
- b. 6 - "Sur la communication et les standards supportés", elle reproche à la requérante d'affirmer que la partie adverse ne donne aucune justification de la note attribuée à la société TRASYS alors qu'elle a émis, sur ce point, la même appréciation sur les deux offres, que la requérante et la société TRASYS ont obtenu une note maximale de 4,00 %, qu'il semblerait cependant qu'une erreur matérielle se soit glissée dans le rapport d'attribution puisque l'une des deux colonnes n'a pas été complétée en ce qui concerne l'offre de la société TRASYS

ce qui est sans incidence sur la légalité de la décision attaquée puisque le contenu de la première colonne mentionnant l'appréciation est identique pour les deux offres et que si la seconde colonne du tableau mentionnant les justifications a été complétée uniquement pour CELEGEC, les éléments qui y sont énoncés sont identiques à ceux qui figurent dans la colonne des "appréciations".

Elle conclut qu'"Il est donc déplacé de soutenir, comme le fait la requérante, que «TRASYS aurait dû être pénalisée et, partant, obtenir une cote inférieure à celle de la requérante»".

Elle ajoute que la requérante se fonde pour le surplus sur une erreur qui ne figure que dans la précédente note d'observations de la partie adverse, qui ne constitue ni une pièce du dossier administratif, ni même, dans le cadre du présent recours, un acte de procédure.

c. 1 7 - "Sur le prétendu «développement» de la solution de TRASYS",

L'intervenante soutient que si la solution de la société TRASYS est jugée comme étant "complète", c'est nécessairement qu'elle ne nécessite pas, comme le soutient la requérante, d'être développée.

La précision qui figure dans le rapport d'attribution signifie seulement que certains paramètres du logiciel proposé par la société TRASYS devront être réglés, et non que le logiciel devra encore être développé.

c. 2 8 - "Sur le nombre d'intégrateurs mentionnés par TRASYS", selon l'intervenante, la requérante reproche à tort à la société TRASYS d'avoir fourni une liste d'intégrateurs erronée parce qu'elle inclut les intégrateurs certifiés au Benelux.

Elle soutient, au point 2.9. de sa requête, que dès lors qu'un intégrateur est certifié au Benelux, celui-ci est nécessairement certifié en Belgique.

c. 3 9 - "Sur le poste de travail protégé par une clé usb «Dongle»",

c. 4 10 - "Sur le test de communication de la T-Box de CEGELEC",

d. 1 11 - "Sur les dataloggers", l'intervenante oppose, aux points 2.10 à 2.12 de sa requête, l'exception obsecuri libelli.

- d. 2 12 - "Sur la reconfiguration et le recalcul du bilan de la cellule", l'intervenante déclare, au point 2.13. de sa requête, n'avoir d'autre choix que de soulever l'exception obscuri libelli.
- e. 13 - "Sur la couverture des besoins de gestion de garde", selon l'intervenante, la partie adverse n'a pas commis d'erreur en précisant, dans son rapport d'attribution, que la société CEGELEC propose deux éditeurs de logiciels différents et c'est en vain que la requérante soutient qu'il existerait un partenariat entre les sociétés PcVue et Micromédia, ce qui garantirait une intégration totale des deux produits, ces accords ne pouvant garantir la S.W.D.E. contre d'éventuels problèmes de compatibilité entre les deux.
- f. 14 - "Sur le plan de déploiement et migration", selon l'intervenante, l'offre de la requérante a reçu une note de sept sur huit pour cent, alors que la société TRASYS a obtenu la note maximale, ce que critique la requérante, mais il est impossible, "pour votre Conseil, de savoir si les propos tenus par la requérante sont exacts et [...] de savoir si l'affirmation de la requérante a quelque chose à voir avec «le plan de déploiement et de migration», dont il est question ici [...]. C'est pourtant ce que demande, ici, la requérante".
- g. 15 - "Sur l'équipe de réalisation", l'intervenante affirme que la requérante n'apporte aucun élément permettant de considérer que la partie adverse a commis, sur cette question, une erreur.
- h. 16 - "Sur l'organisation des services de support et de maintenance SLA", selon l'intervenante, la demande de proposition du SLA est mentionnée dans le cahier des charges, section 2.1.13 et l'exigence du contrat SLA est érigée en critère d'attribution dans le cahier spécial des charges, section 2.1.10, en même temps que l'organisation des services de support et de maintenance, en sorte que cette exigence du cahier spécial des charges était soumise à évaluation et que tous les soumissionnaires en avaient été informés dans les documents du marchés.

Seconde branche

- 17 - "Sur la couverture des besoins de télégestion", l'intervenante estime avoir répondu en visant la liste des intégrateurs.
- 18 - "Sur la couverture des besoins de gestion de garde", l'intervenante soutient que la requérante se fonde sur un document qui ne constitue par un acte de procédure, le nouveau rapport d'attribution ne précisant pas qu'aucune interface spécifique ne doit être mise en œuvre.

- 19 - "Sur les ressources SWDE nécessaires au projet", l'intervenante affirme que la requérante fonde son argument sur un document qui ne constitue ni un acte de procédure dans le cadre du présent recours ni une pièce du dossier administratif.
- 20 - "Sur l'équipe de réalisation", selon l'intervenante, la partie adverse était en droit de réexaminer le dossier dans son ensemble et la requérante ne soutient pas que la nouvelle motivation du rapport d'attribution serait inexacte.
- 21 - "Sur la migration des sites", selon l'intervenante, en mars 2012, la partie adverse a précisé que la migration des sites se fait avec interruption de la redondance et en juillet 2012, elle a ajouté, par souci de clarté, qu'il n'y pas d'interruption des serveurs, mais seulement de la redondance, et que cette dernière interruption n'est que temporaire, en sorte qu'il n'y a aucune contradiction entre les deux rapports précités.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Ainsi qu'il l'a été mentionné, la requérante conclut la liste des multiples griefs qu'elle répertorie et explicite dans le développement de la première branche de son troisième moyen en affirmant, que "chacune des critiques formulées par la partie adverse dans le cadre de son rapport d'attribution est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation".

Elle affirme de même, à la fin du développement de la seconde branche du même moyen, que "la méthode d'analyse des offres de la partie adverse comporte manifestement des lacunes et des erreurs et démontre, pour autant que de besoin, le peu de sérieux, d'objectivité et de minutie avec lesquels l'analyse comparative a été faite. La motivation de l'acte attaqué est entachée d'erreurs manifestes d'appréciation, d'imprécisions et de contradictions [...]".

La requérante amène dès lors le Conseil d'Etat à rechercher et à vérifier, autant qu'il est possible dans le cours de la procédure de suspension en extrême urgence, si, parmi les appréciations dont elle dresse la liste en quelque treize pages de sa requête, toutes ou certaines d'entre elles sont entachées d'erreur manifeste, ou, à tout le moins, si l'une d'elles est entachée d'une telle erreur.

Il faut rappeler qu'"est manifeste ce qui est clairement, manifestement tel".

Seul ce qui relève de l'évidence peut être qualifié de manifeste.

La procédure en extrême urgence, aussi contraignante soit-elle, ne permet pas d'ignorer une élémentaire logique.

Elle ne permet pas davantage d'éluder le contrôle de la légalité des décisions attaquées lorsque, comme en l'espèce, elles reposent sur des données de caractère technique.

L'argumentation que la requérante a cru devoir développer a amené, ainsi qu'il l'a été rapporté plus haut, la partie adverse et la partie intervenante à en rechercher la contradiction, point par point.

Force est de rechercher si, *prima facie*, au terme de la prise en considération de cet ensemble, l'une ou l'autre erreur manifeste d'appréciation peut être retenue à la charge de la partie adverse.

Ainsi, au regard de la première branche du moyen.

Quant au point "a. Critère d'attribution relatif à la «solution technique préconisée» - «système d'exploitation, base de données, architecture et disponibilité»", les arguments qu'opposent la partie adverse aux numéros 65 et 68 de sa note d'observations et l'intervenante aux points 1 et 4 à la première et à la quatrième affirmation critiquées ne permettent pas, *prima facie*, d'y déceler une erreur manifeste d'appréciation. (points a.1 et a.4 de la requête)

Pour le surplus, la requérante reste en défaut d'établir l'incidence des erreurs qu'elle dénonce dans la deuxième, la troisième et la cinquième affirmation critiquée. (points a.2, a.3 et a.5 de la requête)

C'est, *prima facie*, à juste titre que la partie adverse leur oppose un manque de pertinence aux points 66, 67 et 69 de sa note d'observations.

Quant au point "b. Critère d'attribution relatif à la «solution technique préconisée» - «Communication - standards supportés»", on ne perçoit pas, *prima facie*, quel peut être l'intérêt de la requérante à en contester l'appréciation, alors qu'elle a obtenu pour celle-ci le maximum des points et alors qu'elle se fonde, de surcroît, pour affirmer que l'offre de la société TRASYS aurait dû être pénalisée, sur les termes de la note d'observations déposée dans le cadre du précédent recours dont la partie adverse conteste, à juste titre, la pertinence persistante. (point b de la requête)

Quant au point "c. Critère d'attribution relatif à la «solution technique préconisée» - «Couverture des besoins de télégestion»", prima facie, la requérante reste en défaut d'établir en quoi la solution préconisée par la société TRASYs serait contraire, comme elle le prétend, au point 3.2.3.2. du cahier spécial des charges, alors que, comme l'a fait observer la partie adverse au numéro 73 de sa note, le tableau d'analyse de l'offre de la société TRASYs indique que "toutes les fonctionnalités nécessaires pour la télégestion sont couvertes" et que "le logiciel est très paramétrable et ne nécessitera que peu de développements spécifiques". (point c.1 de la requête)

Compte tenu des arguments opposés par la partie adverse aux numéros 74, 75 et 76 de sa note d'observations, et par l'intervenante aux point 8, 9 et 10, la deuxième, la troisième et la quatrième affirmation critiquées ne font pas apparaître d'erreur d'appréciation qui puisse être qualifiée de manifeste. (points c.2, c.3 et c.4 de la requête)

Il en est de même quant au point "d. Critère d'attribution relatif à la «solution technique préconisée» - «Couverture des besoins de télérelève»".

La partie adverse relève à juste titre, aux numéros 77 et 78 de sa note, que, tant pour la requérante que pour la société TRASYs, a été jugé positif le fait que "les drivers pour la communication avec les data loggers sont existants", mais que le tableau d'examen de l'offre de la requérante comporte une autre justification de la notation attribuée, ce qui prive de pertinence la critique de la requérante. (point d.1 et d. 2 de la requête)

Quant aux critères d'attribution relatifs à la "solution technique préconisée" – "Couverture des besoins de gestion de garde", à la "solution technique préconisée" – "Plan de déploiement et migration", aux "Moyens dédiés à l'exécution du marché" – "Equipe de réalisation" et aux "Moyens dédiés à l'exécution du marché" – "Organisation des services de support et de maintenance SLA", les arguments opposés par la partie adverse dans sa note d'observations, aux numéros 79 à 82, et par l'intervenante dans sa requête aux critiques élevées par la requérante au sujet des appréciations dont ils ont fait l'objet conduisent à exclure, prima facie, une erreur manifeste d'appréciation de la part de la partie adverse. (points e., f., g. et h. de la requête)

Le moyen ne peut dès lors être déclaré sérieux en sa première branche.

Ainsi encore, au regard de la seconde branche du moyen.

Quant au point a - "Critère relatif à la «Couverture des besoins de la télégestion»", la requérante extrait de l'appréciation de l'offre de la société TRASYS figurant dans le rapport d'attribution de juillet 2012 la phrase :

" La liste des entreprises possédant les ressources nécessaires pour assurer l'intégration du système est très fournie, à savoir 23 entreprises enregistrées (c'est-à-dire comprenant au minimum 2 agents certifiés, autrement dit ayant reçu une formation certifiante de Wonderware)".

Il s'avère que, comparée à l'appréciation émise sur le point considéré dans l'offre de la société TRASYS dans le rapport du 2 mars 2012, celle qui est exprimée dans le rapport d'attribution du 6 juillet 2012 est nettement plus ample.

On n'aperçoit cependant pas ce qui empêchait la partie adverse, après retrait de sa décision du 2 mars 2012, de réexaminer chaque offre et de formuler une appréciation distincte de chacune d'elles.

Prima facie, la requérante reste en défaut d'établir que, sur le point considéré, la partie adverse justifierait a posteriori la note de la société TRASYS au moyen d'une définition erronée des intégrateurs certifiés et d'une liste BENELUX non limitée à la Belgique comme exigé.

Quant au point b - "Critère relatif à la «Couverture des besoins de Gestion de garde»", la requérante compare les termes de la note d'observations déposée en mars 2012 selon lesquels : "Pendant la migration, il est permis de mettre une interface utilisateur en oeuvre" à ceux du rapport d'attribution de juillet 2012 : "Pendant la migration, la vue générale de l'utilisateur sera unique et l'accès à tous les sites se fera via le nouveau système, que les sites soient déjà migrés ou non".

La requérante fait valoir encore que, dans son rapport d'attribution de juillet 2012, la partie adverse précise par ailleurs ce qui suit :

" Connecteurs avec ordonnanceurs du marché (MS Outlook en particulier) non spécifiés. Fonction interne complète de gestion de planning intégré dans Alert".

Elle soutient que ce critère technique ne figure pas dans le cahier spécial des charges.

Prima facie, la requérante reste en défaut d'établir, en des termes accessibles en extrême urgence, et de surcroît en précisant l'incidence, que, sans modification des offres, la partie adverse aurait ainsi constaté "successivement qu'une interface utilisateur était mise en oeuvre pour rediriger l'utilisateur du nouveau vers l'ancien système (CIMVIEW) puis qu'aucune interface spécifique n'était plus mise en

oeuvre puisque l'utilisateur est directement redirigé dans le nouveau système", alors que la partie adverse soutient, qu'une interface utilisateur est mise en oeuvre pendant la migration comme le précisait la note d'observations de mars 2012.

Quant au point c - "Ressources SWDE nécessaires au projet", la requérante fait état d'une différence entre les termes de la note d'observations déposée en mars 2012 par la partie adverse dans laquelle celle-ci mentionnait que les ressources S.W.D.E. nécessaires pour le suivi du projet sont estimées par TRASYS à 2 ETP (équivalents temps plein) et ceux du rapport d'attribution de juillet 2012, dans laquelle elle indiquerait que "les ressources SWDE nécessaires pour le suivi du projet sont de 2,5 ETP (email du 14/11/2011)".

Il s'avère que le rapport d'attribution du 6 juillet 2012 porte exactement ce qui suit, dans la colonne "justification des cotes attribuées" :

" TRASYS indique que les ressources SWDE nécessaires pour le suivi du projet sont de 2,5 ETP. Trasys s'engage de manière claire, précise et par écrit. Cet engagement permet à la SWDE d'apprécier les coûts du personnel sur 10 ans qui seront à sa charge".

Faute de se fonder sur les termes exacts, pris dans leur intégralité, du rapport d'évaluation du 6 juillet 2012, le reproche formulé par la requérante manque en fait.

Quant au point d - "Equipe de réalisation", la requérante fait état de ce que dans le rapport d'attribution de mars 2012, la partie adverse indiquait à propos de l'offre de la requérante que les ressources S.W.D.E. nécessaires pour le suivi du projet étaient estimées à 6 ETP, alors que, dans le rapport d'attribution du 6 juillet 2012, elle indique que les ressources S.W.D.E. nécessaires pour le suivi du projet ne sont pas clairement précisées, malgré les demandes d'informations de la S.W.D.E., ce qui ne permet pas à celle-ci d'apprécier clairement les coûts du personnel sur dix ans qui seront à sa charge.

Elle en infère que la partie adverse lui a, dans un premier temps, reproché de faire peser sur elle une charge trop importante (six équivalents temps plein) alors qu'elle lui reproche ensuite, de manière tout incompréhensible, de ne pas préciser cette même charge, la partie adverse ayant estimé d'autorité la charge à un équivalent temps plein.

La différence entre les deux rapports d'évaluation peut s'expliquer, prima facie, par le fait que les évaluateurs ont approfondi leur analyse et qu'ils ont conclu que les ressources nécessaires n'étaient pas clairement précisées par la requérante.

Prima facie, la requérante reste en défaut de faire ressortir une erreur sur la matérialité des faits ou une erreur manifeste d'appréciation.

Quant au point e - "Migration des sites", la requérante mentionne que, dans le rapport d'attribution de mars 2012, la partie adverse indique que la migration des sites se fait avec interruption de la redondance et interventions multiples de l'informatique, alors que, dans son rapport d'attribution de juillet 2012, elle indique que l'arrêt de nouveaux ouvrages se fait sans interruption du fonctionnement des serveurs, mais que la solution proposée par CEGELEC nécessite l'interruption temporaire de la redondance, ce qui restreint la disponibilité du système.

La requérante affirme qu'il n'y a matière à aucune intervention multiple de l'informatique, et certainement pas à une charge supérieure à celle induite pour tout autre soumissionnaire.

Elle déclare constater avec satisfaction que l'analyse de son offre ne conclut plus à un arrêt du système en cas de migration, mais regrette qu'il n'en soit pas tenu compte dans la note qui lui est attribuée.

Prima facie, on n'aperçoit pas, à tout le moins la requérante ne fait-elle pas suffisamment ressortir, que la partie adverse aurait commis en cela une erreur manifeste d'appréciation.

Le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa seconde branche.

Aucun des moyens de la requête n'apparaissant sérieux, il n'est pas nécessaire d'examiner si les conséquences négatives de l'éventuelle suspension pourraient l'emporter sur ses avantages.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

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

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

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

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le cinq octobre deux mille douze par :

M.	Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Paul LEWALLE.