

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 225.796 du 12 décembre 2013

G./A.210.784/VI-20.089

En cause : **la société privée à responsabilité limitée S.H.S. COMPUTER,**

ayant élu domicile chez
Me Jean-Marc RIGAUX, avocat,
boulevard d'Avroy, n° 270,
4000 Liège,

contre :

l'Université de Liège, en abrégé ULg,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
place des Nations-Unies, n° 7,
4020 Liège.

Partie intervenante :

la société anonyme PRIMINFO,

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

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête unique introduite le 19 novembre 2013, la société privée à responsabilité limitée S.H.S. COMPUTER sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution "des décisions prises par la partie adverse, notifiées à la requérante par courrier du 06/11/2013, par lesquelles :

- d'une part, elle attribue, en date du 30/10/2013, le marché public de fournitures ayant pour objet la fourniture d'ordinateurs de gamme professionnelle en deux lots, à un autre soumissionnaire;
- d'autre part, en date du 6/11/2013 elle déclare l'offre de la requérante non recevable sur le plan de la sélection qualitative".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 20 novembre 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 5 décembre 2013 à 11 heures 30.

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

La société anonyme PRIMINFO a, par une requête introduite le 29 novembre 2013, 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., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Jean-Marc RIGAUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Renaud SIMAR, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Virginie DOR, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, a été entendu 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

Tels que les relate la requérante, les faits utiles à la demande peuvent être décrits comme suit :

- " En date des 10 et 13 juillet 2013, est publié un avis de marché relatif à la fourniture d'ordinateur de gamme professionnelle en deux lots;
Le premier lot concerne la fourniture d'ordinateurs fixes;
Le second lot concerna la fourniture d'ordinateurs portables;
La requérante ne soumissionnera que pour le lot n° 1;
Le cahier spécial des charges précise que la fourniture d'ordinateurs (entité PC, écran, clavier, souris et O/S) et les services s'y rapportant constitue une quantité présumée annuelle totale de 700 unités, soit 350 unités pour l'ULg et 350 unités pour le C.H.U. de Liège;
On notera dans le cahier spécial des charges une seule et unique condition comme critère de sélection :
«Une liste des principales livraisons effectuées au cours des trois dernières années, indiquent le montant, la date et le destinataire public ou privé.»;

Il est ajouté à cette condition le point suivant :

« Niveau exigé :

Trois références en rapport direct avec l'objet du marché notamment : la nature (à savoir, la fourniture de P.C.), le volume (à savoir, pour le lot 1, une fourchette entre 600 PC et 850 PC par an, et pour le lot 2 une quantité de 150 portables par an) et la durée similaire (à savoir, deux ans minimum). Ces trois références doivent être détaillées dans une note reprenant les informations accompagnées des certificats de satisfaction, datant de 2013, établis et signés par les autorités compétentes représentant l'acheteur.»;

La requérante va déposer, en date du 23 août 2013, une offre qui s'avère être financièrement meilleure pour le lot 1 que celles déposées par les deux autres soumissionnaires, soit PRIMINFO et SYSTEMAT BELGIUM;

La requérante va déposer une note explicatives et quatre attestations relatives à ses références;

L'attestation n° 1 a trait à la fourniture régulière d'ordinateurs à la Haute Ecole de Namur-Liège-Luxembourg soit l'ASBL HENALLUX ASBL;

Celle-ci atteste que 420 ordinateurs pour 172.268,16 € ont été livrés sur une période de 11 mois;

Cependant, l'examen de la facturation suite aux livraisons effectuées démontre que celles-ci ont eu lieu sur une période de 3 mois, du 27/09/2012 au 31/12/2012;

L'attestation n° 2 a trait à la fourniture régulière d'ordinateurs au CHR de la Citadelle;

Celle-ci atteste que 550 ordinateurs ont été fournis sur une période de 8 mois pour un montant de 304.281,71 €;

L'attestation n° 3 a trait à la fourniture régulière d'ordinateurs au CPAS de Charleroi;

Celle-ci atteste que 190 ordinateurs ont été fournis sur une période de 5 mois pour un montant de 48.744,61 € mais l'examen de la facturation démontre que les livraisons ont eu lieu du 14/03/2013 au 26/07/2013 soit sur une période de quatre mois et demi;

L'attestation n° 4 est fournie par la S.A. GIMS et SAVEGAS, société privée;

Celle-ci atteste que 428 ordinateurs ont été fournis sur une période de 13 mois pour un montant de 193.549,48 € mais l'examen de la facturation démontre que les livraisons on eu lieu du 6/07/2012 au 11/02/2013 soit sur une période de 8 mois;

La requérante, dans la conclusion relative à sa capacité technique, donne certains commentaires complémentaires :

«En Belgique, des marchés tels que le vôtre (fourniture de 700 PC par an) sont peu nombreux, tout au plus 4 à 5 maximum sur l'année. Nous remportons chaque semaine des marchés dont les quantités à livrer se situent entre 20 et 100 ordinateurs.

[suit une liste des écoles livrées]

(...)

Dans la liste de nos principales livraisons reprise au point 4, nous avons livré 1.588 machines sur 13 mois de temps, quantité réalisée auprès de 4 clients.

Notre production annuelle avoisine les 15.000 ordinateurs.

Nous sommes particulièrement fiers de la fiabilité de nos machines.

Sur 550 ordinateurs fournis à La Citadelle, la fiabilité est telle que nous n'avons pas eu une intervention par mois.

La réglementation en matière de marchés publics vise à garantir l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques. Les critères qui sont requis doivent être objectifs et non discriminatoires.

A la lecture de notre dossier, nous espérons vous avoir démontré que nous sommes tout à fait habilités à répondre à votre appel d'offres.»;

Il est encore à noter que le chiffre d'affaires de la requérante était déposé et est d'un montant pour l'année 2012 de 5.818.000 € alors que les 4 livraisons citées par les attestations représentent seulement une somme de 720.000 €, soit 12 % du chiffre d'affaires de la requérante;

Le rapport d'analyse des offres va indiquer relativement à la sélection qualitative de la requérante :

«Le soumissionnaire ne fournit pas les références correspondant au niveau requis pour la capacité technique de la sélection qualitative. Le nombre de PC fournis présenté pour chaque référence ne correspond pas aux exigences du cahier spécial des charges (fourchette pour chaque lot) et aucune distinction du nombre de PC n'est faite entre ceux du lot 1 et ceux du lot 2.

La durée des marchés de référence ne correspond pas à celle du présent marché et aucune indication ne mentionne la durée des contrats en cours alors qu'une durée de deux ans est exigée.»;

L'acte attaqué précisera dans sa motivation :

«Considérant que le soumissionnaire SHS COMPUTER ne fournit pas les références correspondant au niveau requis pour la capacité technique de la sélection qualitative, il ne satisfait pas à la sélection qualitative et son offre est refusée.

Considérant que les deux autres soumissionnaires satisfont à la sélection qualitative et leurs offres sont déclarées régulières tant du point de vue matériel que formel.»;

Le point «2)» de cette décision du 30 octobre 2013 :

«DECIDE (...)

2) De ne pas sélectionner qualitativement le soumissionnaire SHS COMPUTER»;

La décision du 6 novembre 2013, notifiée à la requérante est ainsi rédigée :

«Veuillez trouver ci-dessous les motifs de votre non-sélection :

- Votre firme ne satisfait pas aux exigences techniques minimales.
- Le soumissionnaire ne fournit pas les références correspondant au niveau requis pour la capacité technique de la sélection qualitative.
- Le nombre de PC fournis présenté pour chaque référence, ne correspond pas aux exigences du cahier spécial des charges (fourchettes pour chaque lot) et aucune distinction du nombre de PC n'est faite entre ceux du lot 1 et ceux du lot 2.
- La durée des marchés de référence ne correspond pas à celle du présent marché et aucune indication ne mentionne la durée des contrats en cours alors qu'une durée de deux ans était exigée.»;

Il s'agit des actes attaqués".

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 29 novembre 2013, la société anonyme PRIMINFO demande à intervenir dans la présente procédure en référé d'extrême urgence.

Cette société étant l'attributaire du marché contesté, elle a un intérêt suffisant à se porter partie intervenante. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

V. DELIMITATION DE L'OBJET DE LA DEMANDE

A l'audience du 5 décembre 2013, la requérante a déclaré renoncer au deuxième objet de sa demande, étant l'annulation et la suspension de l'exécution de la décision par laquelle la partie adverse, " en date du 6/11/2013 [...] déclare l'offre de la requérante non recevable sur le plan de la sélection qualitative".

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen, pris de la "violation des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et au recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et services, des articles 2 et 3 de la loi sur la motivation formelle des actes administratifs individuels du 29 juillet 1991, de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 imposant le respect des principes généraux en matière d'égalité, de non discrimination et de transparence et de l'article I.5 du cahier spécial des charges". Elle le formule comme suit :

" L'acte attaqué est fondé sur des motifs inexacts ou insuffisants

Première inexactitude : Le nombre de PC fournis présenté pour chaque référence ne correspond pas aux exigences du cahier spécial des charges (fourchettes pour chaque lot)

La requérante estime les exigences formulées dans le cahier spécial des charges sont inhabituelles et en tous cas plus sévères que celles prévues par l'article 71.3° de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui précise que la preuve de la capacité technique peut être réalisée «par la présentation d'une liste des principales livraisons effectuées au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les livraisons sont prouvées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente ou, lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du fournisseur.»;

En l'espèce, le cahier spécial des charges impose :

1°. Trois références

2°. Un volume de 600 à 850 PC par an

3°. Une durée similaire à celle du marché, soit 2 ans minimum

Les références devant avoir été effectuées au cours des trois dernières années, conformément à l'article 71.3° précité;

Ce qui est exigé n'est pas la preuve de la fourniture de 600 à 850 PC mais de la capacité de pouvoir le faire, les attestations fournies devant le démontrer puisque c'est l'objet même du marché (quantités présumées);

Le Conseil d'Etat a toujours estimé que le pouvoir adjudicateur disposait d'un certain pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des qualifications techniques des soumissionnaires et qu'il lui revient d'apprécier le caractère satisfaisant des références de marché produites par les soumissionnaires (arrêt du 24/06/2009, n° 194.625 – GENETEC/R.W.) (pièce 12.a);

Or, comme indiqué dans l'exposé des faits, trois attestations sur les quatre fournies démontrent cette capacité :

1°. HAUTE ECOLE HENNALUX ASBL :

Sur une période de 5 mois et demi et non de 11 mois comme erronément indiqué dans l'attestation, 420 ordinateurs ont été livrés pour 172.268,16 €;

A rapporter aux livraisons d'une année, cela correspond à 916 PC;

2°. CHR CITADELLE :

Il en est de même pour cette attestation, 550 ordinateurs ont été livrés en 8 mois pour un montant de 304.281,71 €, soit rapportés sur une année à 825 PC;

3°. SOCIETE PRIVEE GIMS ET SAVEGAS

Cette attestation démontre que 428 ordinateurs ont été livrés sur une période de 8 mois (erronément indiqué sur 13 mois) pour 193.549,48 €, soit sur une année 642 PC;

Ces trois références démontrent que la requérante est non seulement capable de livrer le nombre d'ordinateurs requis mais qu'elle l'a fait, conformément aux conditions du cahier spécial des charges qui ne donne aucune précision sur l'arbitraire de la livraison des 600 à 800 PC, de date à date;

Cela est d'autant plus vrai que dans le cas du CHR CITADELLE, la requérante dépose le cahier spécial des charges ayant trait à cet appel d'offres et il s'agit d'un marché tout à fait similaire puisqu'il s'agit d'un marché sur une durée de trois ans avec des estimations de 1200 PC;

On remarquera dès-à-présent que tant pour le cahier spécial des charges du CHR CITADELLE (pièce 9) que pour celui de l'ULg, il s'agit d'estimation;

On remarquera également qu'au niveau des clauses relatives à la capacité technique du soumissionnaire, aucune condition supplémentaire n'avait été imposée par le CHR;

On remarquera encore que l'ULg qui, un an auparavant avait fait le même marché, n'avait pas davantage imposé la moindre condition de nombre d'ordinateurs déjà livrés au cours d'une année ou deux années (pièce 8);

On ignore d'ailleurs pourquoi ce marché a été interrompu alors qu'il a été attribué au soumissionnaire qui est à nouveau désigné par le présent marché;

En conclusion, l'interprétation faite par la partie adverse de la clause imposée par le CSC, d'ailleurs non motivée, n'est pas pertinente;

Lorsque le CSC indique que l'on doit être capable de fournir une référence de 600 à 850 PC sur une année, cela implique que l'on doit être capable de répondre à une demande sur des quantités équivalentes pendant des périodes données;

L'analyse de l'offre, de manière plus détaillée, aurait dû conduire à une motivation démontrant que l'interprétation de cette clause du cahier spécial des charges était respectée en l'espèce dans le chef de SHS puisqu'elle présentait trois références équivalentes en termes de livraison;

Il aurait pu être également relevé que sur les 4 références fournies, qui couvraient une période de 13 mois, 1.588 ordinateurs ont été livrés;

En outre, le chiffre total de ces commandes représente un montant de 720.000 € qui, lui-même, ne représente environ que 12 % du chiffre d'affaires total de SHS (5.818.000 € tel que démontré par les documents déposés en termes de conditions de sélection qualitative économique et financière);

A supposer que l'on s'en soit tenu strictement à la production de documents vérifiant la livraison de 600 à 850 PC sur une durée annuelle, l'auteur de l'acte attaqué aurait dû au moins donner des explications par rapport aux exigences des attestations à fournir et ne pas se borner à un écartement sans le moindre commentaire relativement aux quantités fournies par SHS pendant les périodes indiquées et démontrées;

En effet, la décision ne précise pas si elle estime qu'il s'agit de l'exécution d'un marché de quantité présumée de 600 à 850 PC ou s'il s'agit d'attestations démontrant la livraison de PC;

Cette nuance est d'importance;

Elle n'apparaît pas dans le cahier spécial des charges qui ne parle que de références en volume sans dire s'il s'agit de quantités présumées ou de livraisons;

La requérante a pris comme critère la notion de livraison mais rapportée à des périodes plus courtes qui correspondent à la réalité des livraisons dans ce type de marché, à savoir une commande d'une quantité importante sur un laps de temps très court et non une répartition sur des espaces de temps plus importants (un an ou deux);

Dans ce type de marché, il faut être capable de livrer beaucoup en peu de temps alors que pendant de longues périodes il est tout à fait possible qu'il n'y ait pas de commandes;

L'interprétation de la clause du cahier spécial des charges tel que le fait l'administration est sujette à caution;
Subsidiairement, à défaut d'être inexacte, cette motivation est en tous cas insuffisante;

Deuxième inexactitude : Aucune distinction du nombre de PC n'est faite entre ceux du lot 1 et ceux du lot 2

Cette assertion est tout à fait inexacte puisque la requérante n'a soumissionné, comme l'adjudicataire retenu, que pour le lot 1;

Il n'y avait donc pas de distinction à opérer;

Troisième inexactitude : La durée des marchés de référence ne correspond pas à celle du présent marché et aucune indication ne mentionne la durée des contrats en cours alors qu'une durée de deux ans était exigée

Une fois de plus, la clause du CSC est fort mal rédigée, comme cela sera indiqué ci-après;

En effet, qu'entend-t-on par une durée de deux ans exigée ? s'agit-il de la durée du contrat prévue initialement ou de la durée de l'exécution du contrat ?

L'ULg prouve par elle-même que ce sont deux notions différentes puisqu'elle a attribué un marché il y a un an pour une durée de trois ans et qu'elle le recommence cette année-ci;

Comme pour la question relative au nombre de PC (les 700 PC ne sont qu'indicatif) on peut se poser la question de savoir quelle durée doit être retenue;

Si c'est la durée du contrat telle que prévue initialement, à tout le moins en ce qui concerne le CHR CITADELLE, la requérante disposait indiscutablement d'une référence valable puisque le marché était prévu pour une durée de trois ans;

Les pouvoirs publics ou personnes privées qui ont dû rédiger l'attestation se sont bornés à mentionner les périodes durant lesquelles il y a eu exécution du contrat mais il est clair qu'un client peut très bien avoir un contrat d'une durée de trois ans pour obtenir la fourniture d'ordinateurs pendant cette période et commander des appareils uniquement pendant une période très restreinte au sein de ces trois années de contrat;

La requérante, comme ses clients antérieurs, se sont bornés à donner les durées d'exécution mais qui n'excluaient évidemment pas que les contrats pouvaient avoir une durée d'au moins deux ans;

Il semblait important, au niveau de la capacité technique, de démontrer la force de frappe en importance de livraison d'ordinateurs, sur une période donnée;

La mention des 1.588 ordinateurs livrés dans le cadre de ces 4 contrats, sur une période d'un an et des 15.000 ordinateurs livrés par an, apparaissaient être les éléments majeurs de la sélection qualitative et non pas le fait qu'un contrat peut durer deux ou trois ans alors que la majeure partie du temps il ne se passe rien jusqu'au moment où survient une commande sur les quantités présumées indiquées dans le marché initial;

A nouveau, non seulement le CSC est mal rédigé, mais en outre la requérante estime que les conditions du CSC étaient respectées par rapport aux références qu'elle a mentionné;

Rien n'empêchait d'ailleurs le pouvoir public d'interroger la requérante pour lui demander si les périodes indiquées étaient des périodes d'exécution du contrat ou la période totale du contrat, levant ainsi l'ambiguïté de son cahier spécial des charges;

Pour ces trois raisons, la décision attaquée est insuffisamment motivée et viole les dispositions invoquées au moyen;

Le premier moyen est fondé".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les articles 58, § 1^{er}, et 71, 3^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques sont libellés comme suit:

- " Art. 58. § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :
- 1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 61 à 66;
- 2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir".
- " Art. 71. Dans le cas d'un marché de fournitures, la capacité technique ou professionnelle du candidat ou du soumissionnaire peut être justifiée d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité ou l'importance et l'utilisation des fournitures :
- [...]
- 3° par la présentation d'une liste des principales livraisons effectuées au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les livraisons sont prouvées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente ou, lorsque le destinataire a été un acheteur privé par une attestation de l'acheteur ou à défaut simplement par une déclaration du fournisseur".

En application de ces dispositions, la partie adverse a précisé le critère sur la base duquel elle entendait apprécier la capacité technique des candidats, et a fixé le niveau minimum de capacité requis au regard de ce critère. Ces critères et niveau ont été annoncés comme suit, sous le titre "I.5 Droits d'accès et sélection qualitative" du cahier spécial des charges:

- " Capacité technique du soumissionnaire – références requises (critères de sélection)
- Une liste des principales livraisons effectuées au cours des trois dernières années, indiquent le montant, la date et le destinataire public ou privé.
Niveau exigé:
Trois références en rapport direct avec l'objet du marché notamment: la nature (à savoir la fourniture de PC), le volume (à savoir, pour le lot 1, une fourchette entre 600 PC et 850 PC par an, et pour le lot 2 une quantité de 150 portables par an) et la durée similaire (à savoir deux ans minimum). Ces trois références doivent être détaillées dans une note reprenant les informations accompagnées des certificats de satisfaction, datant de 2013, établis et signés par les autorités compétentes représentant l'acheteur".

Cette clause paraît, "prima facie", pouvoir raisonnablement s'interpréter en ce sens que les références requises devaient, pour chaque contrat sur lequel elles

portaient et dont la durée minimale devait être de deux ans, faire état de livraisons annuelles effectives d'un nombre d'ordinateurs fixes se situant entre 600 et 850.

Compte tenu de cette exigence de livraisons effectives, la capacité technique des candidats ne pouvait être établie sur la base d'extrapolations telles que celles dont la requérante tente de tirer profit pour pallier l'absence des références requises en vertu de la clause précitée du cahier spécial des charges.

Au regard, précisément, de cette clause ainsi entendue, il ne paraît pas inexact d'avoir fait reposer la décision de ne pas sélectionner la requérante sur le motif que "le nombre de PC fournis présenté pour chaque référence ne correspond pas aux exigences du cahier spécial des charges".

Ce motif suffisant à justifier l'acte attaqué, en tant qu'il porte sur ce chef de décision, il n'y a pas lieu d'examiner les griefs que formule le moyen à l'égard des autres motifs.

Le moyen ne peut, en conséquence, être déclaré sérieux.

VII. DEUXIEME MOYEN

VII. 1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un deuxième moyen, pris de la "violation de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 contenant les principes généraux d'égalité, de non-discrimination et de transparence et de la ligne directrice de l'administration et de l'article I.5 du cahier spécial des charges". Elle le formule comme suit :

" La requérante s'interroge sur la manière dont les critères relatifs à la capacité technique ont été appliqués aux autres soumissionnaires, tout d'abord dans le cadre du présent marché et ensuite dans le cadre d'un précédent marché de l'ULg relatif au même objet, il y a un an;
Dans le cadre du présent marché, il apparaît de la pièce 10 du dossier de la requérante, que l'entreprise SYSTEMAT a été créée en 2011, qu'elle n'a commencé à fonctionner réellement qu'en 2011 et que les références exigées en vertu de l'article 71.3° de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité vise des références sur une période de trois ans et qu'enfin, il n'y a pas plus de 4 ou 5 marchés de références de ce type par an en Wallonie;
Par ailleurs, la requérante dépose également en pièce 10 les éléments relatifs à la capacité financière de SYSTEMAT;
Cette société est en perte de 313.251,00 € et cependant tant sa capacité financière que sa capacité technique ont été retenues;
On pourrait répondre que la requérante n'aurait pas intérêt au moyen si l'offre de SYSTEMAT avait été considérée comme irrégulière;
Ce n'est pas le cas dans la mesure où si une seule offre avait été considérée comme régulière, il n'est pas impossible que le marché ait été remis en jeu et les conditions éventuelle modifiées;

Si l'on tient compte des références probablement produite par PRIMINFO, on peut se poser la question de la manière dont ont été interprétés les critères de sélection qualitative, à tout le moins à l'égard de SYSTEMAT qui a vu son offre déclarée recevable de ce point de vue;

La requérante réserve également son opinion quant à l'application des critères flous du cahier spécial des charges sur les capacités techniques, tel que rappelé dans le cadre du premier moyen, à PRIMINFO;

Il est clair que si les critères de capacités techniques n'étaient pas appliqués de la même manière aux différents soumissionnaires, la partie adverse violerait non seulement le cahier spécial des charges mais également l'article 5 de la loi précitée et s'écarterait de sa ligne directrice;

La requérante dépose également en pièce 8 le cahier spécial des charges déposé il y a exactement un an, ayant le même objet de fourniture et maintenance de PC assemblés à usage bureautique pour l'ensemble des services de l'Université de Liège;

Le cahier spécial des charges indiquait au titre de la capacité technique :

«Une liste des principaux marchés de fournitures exécutés pendant les trois dernières années, indiquant leur montant, leur date et les destinataires publics ou privés.

Niveau exigé :

Trois références en rapport direct (nature et volume) avec l'objet du présent marché, présentées par une note de maximum 1 page A4 et accompagnées du certificat de bonne exécution établi et signé par le pouvoir adjudicateur.»;

On remarquera que les nouvelles exigences imposées dans le présent cahier spécial des charges ne figuraient pas dans le précédent CSC d'il y a un an;

Il y a un an, la requérante disposait, à l'estime même du pouvoir adjudicateur, de la capacité technique;

Elle n'en disposerait plus aujourd'hui;

Lorsqu'un changement de ligne directrice tel que celui-là est imposé aux soumissionnaires, celui-ci doit être justifié, que ce soit dans la décision motivée de non attribution ou dans la modification du cahier spécial des charges lui-même;

A défaut de ce faire, l'acte attaqué ou le cahier spécial des charges déroge à la ligne directrice que l'administration avait adoptée l'an dernier, d'une part au niveau de l'appréciation de la capacité technique de tous les soumissionnaires dans le CSC ou de la capacité technique de la requérante pour exécuter le marché;

Le deuxième moyen est fondé".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Pour l'essentiel, les développements exposés par la requérante reposent sur l'énoncé d'hypothèses particulièrement fragiles, ne permettant pas d'établir quelque illégalité manifeste dont serait entaché l'acte attaqué et qui autoriserait, sur la base d'un examen effectué en extrême urgence, à considérer le moyen comme étant sérieux.

En tout état de cause, on n'aperçoit pas l'intérêt de la requérante à ce moyen, en tant qu'il entretient un doute à propos de la régularité de l'offre de la société anonyme SYSTEMAT BELGIUM, dès lors que, à supposer qu'une irrégularité eût dû être constatée, il n'en découlerait aucune conséquence quant au sort réservé à la requérante.

Au surplus, la comparaison suggérée par la requérante entre le niveau d'exigence requis, au titre de la capacité technique, dans le cadre du marché litigieux, et celui qui l'avait été en vue de l'attribution d'une précédente commande n'est pas pertinente, dès lors que les objets respectifs des deux marchés paraissent, à la lumière des indications fournies par la partie adverse dans sa note d'observations, et non contestées, suffisamment différents que pour justifier, dans chaque cas, des exigences spécifiques.

Dans ces conditions, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

VIII. TROISIEME MOYEN

VIII. 1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un troisième moyen, pris de "l'illégalité de l'article I.5 du cahier spécial des charges, [de la violation] de l'article 71.3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, [de la violation] de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 intégrant les principes généraux d'égalité, de non-discrimination et de transparence, et de l'erreur manifeste d'appréciation". Elle le formule comme suit :

- " Comme rappelé, l'article 71.3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 impose toute une série de preuves possibles relatives à la capacité technique;
En l'espèce, le pouvoir adjudicateur n'en a choisi qu'une seule mais il a ajouté au texte de l'article 71.3 des conditions plus sévères qui ne figurent pas dans la législation;
Lorsque tel est le cas, il faut que ces conditions – pour respecter les dispositions visées au moyen – ne soient pas des conditions disproportionnées par rapport à l'objectif du marché, ne soient pas destinées à favoriser l'un des candidats et soient rédigées de manière suffisamment précises;
Ces exigences sont d'ailleurs reprises dans trois circulaires des 10 février 1998 du Premier Ministre et des 21 mai 2001 et 23 avril 2007 de la Région wallonne;
Il ne s'agit bien sûr pas de textes réglementaires mais ces textes font une stricte application des principes repris dans l'article 5 de la loi visée au moyen;
Dans le cas présent il faut rappeler que les quantités sont présumées et que l'ULg peut très bien, sur deux ans, ne commander qu'un seul PC ou jusqu'à 1.400 sur deux ans et jusqu'à 700 par an;
Cette notion de quantité présumée est évidemment importante pour estimer l'exigence relative aux références demandées si elles devaient être interprétées strictement;
On rappellera également que le nombre de marchés sur des quantités présumées aussi élevées est très restreint;
Dès lors, exiger trois références de ce type revient pratiquement à fermer le marché;
La preuve en est, sous réserves des remarques au premier et au deuxième moyen, que seules deux sociétés ont été sélectionnées qualitativement;
On remarquera enfin à la lecture du cahier spécial des charges du CHR CITADELLE (pièce 9) que celui-ci se borne à se référer à l'article 71.3 de l'arrêté royal précité (à l'époque arrêté royal du 8 janvier 1996) :
«Capacité technique du soumissionnaire – références requises
* La liste des principales livraisons effectuées pendant les trois dernières années, leurs montants, leurs dates et leurs destinataires publics ou privés;

- s'il s'agit de fournitures à une autorité publique, les livraisons sont prouvées par des certificats établis ou visés par l'autorité compétente;
- s'il s'agit de fournitures à des personnes privées, les certificats sont établis par l'acheteur ; à défaut, une simple déclaration du fournisseur est admise.»;

Il est à noter que deux autres conditions, plus techniques, précisant l'indication des techniciens ou des services techniques et des échantillons, étaient demandées dans le cadre de cette condition de sélection qualitative;

Plus fort encore, lors du marché prévu pour trois ans à partir du 1^{er} juillet 2012, lancé par l'ULg, qui a donné lieu à l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 août 2012, n° 220.460, les critères de capacités techniques étaient les suivants :

«Une liste des principaux marchés de fournitures exécutés pendant les trois dernières années, indiquant leurs montants, leurs dates et leurs destinataires publics ou privés;

Niveau exigé : trois références en rapport direct (nature et volume) avec l'objet du présent marché, présentées par une note de maximum une page A4 et accompagnées du certificat de bonne exécution établi et signé par le pouvoir adjudicateur.»;

Il s'agissait donc du même marché et, sans qu'il soit donné d'explication, celui-ci est relancé;

Aucune exigence équivalente à celle du présent marché n'était mentionnée;

Il apparaît donc que les exigences du CSC, si elles devaient être interprétées strictement, permettent de fermer le marché et pratiquement de ne plus avoir qu'un seul adjudicataire capable de soumissionner, en l'espèce PRIMINFO;

Il n'y a aucune motivation particulière dans le CSC, sur la proportionnalité des exigences à l'importance du marché, que ce soit sur le nombre des PC ou sur la durée;

Par ailleurs, comme indiqué dans le cadre du premier moyen, les dispositions du CSC ne sont pas claires ni précises;

En ce qui concerne l'exigence de 600 à 850 PC sur une année, on ignore s'il s'agit de faculté de livrer ou de livraison effective;

De la même manière, pour la durée de deux ans, les conditions ne sont pas davantage claires;

S'agit-il de la durée d'exécution du marché même si aucun ordinateur n'a été commandé ou, au contraire, s'agit-il du nombre d'ordinateurs délivrés pendant cette période ?

On peut alors se poser la question de savoir si cette condition est pertinente dans la mesure où ce qui compte est la capacité de livrer beaucoup d'ordinateurs en peu de temps;

La condition telle que rédigée ne cherche pas à démontrer la capacité technique des soumissionnaires au niveau de leur réactivité par rapport à l'importance des machines à livrer sur une certaine période ou à certains moments;

Le Conseil d'Etat a toujours considéré qu'un cahier spécial des charges qui n'est pas conforme aux dispositions visées au moyen est illégal;

Le troisième moyen est fondé".

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Avant tout, il y a lieu de relever que la requérante ne démontre pas en quoi le fait, pour la partie adverse, d'avoir "ajouté au texte de l'article 71.3 [de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques] des conditions plus sévères qui ne figurent pas dans la législation" affecterait le cahier spécial des charges d'une illégalité manifeste, alors qu'elle était précisément tenue, en vertu de l'article 58, §1^{er}, 2°, de cet arrêté royal, de déterminer le niveau minimal d'exigence requis, au regard du critère de capacité technique choisi. Pour le surplus, et toujours au regard de ce premier grief, il n'apparaît pas que le

niveau fixé en l'espèce, particulièrement en ce qu'il impose d'attester la fourniture annuelle effective de 650 à 800 ordinateurs fixes, présenterait un caractère disproportionné, au regard des caractéristiques du marché litigieux, et plus particulièrement de la fourniture d'une quantité annuelle présumée de 700 ordinateurs fixes.

Par ailleurs, le fait que la définition d'un niveau d'exigence requis au regard d'un critère de capacité technique ait pour effet de limiter le nombre de soumissionnaires dont les offres seront comparées procède de la finalité de la sélection qualitative organisée dans le cadre d'une procédure ouverte. Il ne suffit pas à révéler une atteinte aux principes d'égalité et de non-discrimination, pas plus qu'une violation manifeste d'un des autres principes ou dispositions visés au moyen.

Enfin, la circonstance que la requérante entende donner de la clause du cahier spécial des charges, reproduite en réponse au premier moyen et qui définit le niveau d'exigence requis, une interprétation différente de celle qu'imposent les termes en lesquels elle est libellée, n'autorise pas à soutenir que cette clause n'est pas claire et que, pour cette raison, elle ne serait pas conforme aux dispositions et principes dont la violation est invoquée par le moyen. Dès lors que les développements du moyen sont essentiellement fondés sur cette divergence d'interprétation qui ne paraît pas, "prima facie", pouvoir être tranchée en faveur de la thèse défendue par la requérante, ils ne permettent pas de déceler une illégalité manifeste dont serait entaché l'acte attaqué.

Pour l'ensemble de ces motifs, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

IX. CONFIDENTIALITE

La partie adverse souhaite garder la confidentialité des offres de la société anonyme PRIMINFO et de la société anonyme SYSTEMAT BELGIUM, pièces 5 et 6 du dossier administratif.

L'intervenante demande que la pièce 9, produite à l'appui de sa requête et contenant des extraits de son offre, soit également déclarée confidentielle.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

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

Article 1^{er}.

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

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les offres des sociétés anonymes PRIMINFO, SYSTEMAT BELGIUM, pièces 5 et 6 du dossier administratif, ainsi que la pièce 9 du dossier de la partie intervenante demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

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 5.

Les dépens sont réservés.

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

M. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.