CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 64.520 du 13 février 1997

A.59.700/III-19.114

En cause : **la Société anonyme PRIMINFO,**

ayant élu domicile chez
Me Paul HEGER, avocat,
rue du Séminaire 1
5000 Namur,

contre :

l'Etat belge, représenté par
le Ministre de la Défense nationale,

ayant élu domicile chez
Me Jean-Marie DEFOURNY et
Pierre DEFOURNY, avocats,
rue Louvrex 77/011
4000 Liège.

Partie intervenante :

la Société anonyme International Business Machines of Belgium,
en abrégé **"I.B.M.",**

ayant élu domicile chez
Me Lucien SIMONT, avocat à la Cour
de cassation, et
Me Nicole CAHEN, avocat,
rue Henri Wafelaerts 47/51
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, III^e^ CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 5 septembre 1994 par la S.A. PRIMINFO, qui demande l'annulation de la décision

qui lui a été notifiée le 1er août 1994 d'attribuer à la s.a. I.B.M. BELGIUM le marché pluriannuel SAIB 324.303 relatif à la fourniture et à l'entretien en quatre lots d'ordinateurs personnels et d'imprimantes au profit des organismes de la Défense nationale, ayant fait l'objet d'un appel d'offres général ouvert le 20 octobre 1993;

Vu l'arrêt nº 49.641 du 12 octobre 1994 rejetant la suspension de l'exécution de l'acte attaqué;

Vu la requête introduite le 28 octobre 1994 par laquelle la S.A. International Business Machines of Belgium demande à être reçue en qualité de partie intervenante;

Vu l'ordonnance du 23 novembre 1994 accueillant cette intervention;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. FORTPIED, premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 9 juin 1995 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 9 septembre 1996, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 22 novembre 1996;

Entendu, en son rapport, M. MESSINNE, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me HEGER, avocat, comparaissant pour la requérante, Me DEFOURNY avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me CAHEN, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis contraire, M. FORTPIED, premier auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que, le 20 août 1993, la partie adverse a lancé un appel d'offres général portant sur la fourniture et l'entretien en quatre lots d'environ 2.400 ordinateurs personnels et 1.200 imprimantes, régi par un cahier spécial des charges SAIB 324.303; que le 20 octobre 1993, l'ouverture des offres a recueilli notamment 8 soumissions pour le lot I, dont celie de la requérante qui n'a fait d'offre que pour ce seul lot; que ces offres ont fait l'objet, le 20 décembre 1993, d'un rapport d'évaluation technique de la commission d'évaluation technique, le 5 avril 1994, d'un rapport complémentaire de la même commission, et, le 19 avril 1994, d'un rapport d'attribution du service général des achats, sous-section d'achat informatique et bureautique;

Considérant qu'en ce qui concerne le lot I, ledit rapport conclut son analyse particulière des offres des firmes BULL, DIGITAL, I.B.M., PRIMINFO et TELINDUS en ces termes:

" En conclusion, pour le lot n° I, aux termes des critéres d'attribution de ce marché, sur base du rapport de la commission d'évaluation technique et du classement calculé, l'offre de IBM apparaît comme étant la plus intéressante, puisque pour un prix moyen par rapport aux deux autres offres acceptables, elle est de loin la mieux classée techniquement";

que l'inspection des Finances a marqué son accord sur ce rapport le 15 juin 1994;

Considérant que le 5 juillet 1994, la société I.B.M. Belgium a été désignée comme adjudicataire dudit lot I; que cette décision, notifiée à l'adjudicataire le 13 juillet 1994, reproduit les considérations du rapport précité du 19 avril 1994 et constitue l'acte attaqué; que le 1er août 1994, l'administration a fait savoir aux autres soumissionnaires évincés que leur offre n'avait pas été retenue;

Considérant que la requérante prend un premier moyen de la "violation du principe d'égalité de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, spécialement de l'article 14, et des dispositions de l'arrêté royal du 12 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, spécialement les articles 4 et 44"; que, dans une première branche, elle reproche à la partie adverse d'avoir "adjugé le marché à IBM sur base du critère d'attribution «acceptabilité de l'offre» qui n'était mentionné ni dans la loi ni dans le cahier spécial des charges"; que, dans une deuxième branche, elle soutient que "la partie adverse a adjugé le marché à IBM sur base d'un autre critère d'attribution, qui n'était mentionné ni dans la loi ni dans le cahier spécial des charges, ce critére étant la préférence donnée aux ordinateurs pourvus d'un processeur de type PENTIUM";

Considérant, sur les deux branches réunies, que, d'une part, la décision attaquée, loin d'avoir déclaré l'offre de la requérante inacceptable, l'a retenue et classée en deuxième ordre, et que, d'autre part, en décidant que "techniquement, l'offre d'IBM surpasse les autres offres par la qualité du PC de type 3 offert (PC de type PENTIUM), les PC de types 1 et 2 obtenant des notes

équivalentes. L'offre de TELINDUS (bien que le PC de type 3 soit également du type PENTIUM) prévoit toutefois des composantes de moindre qualité par rapport à l'offre de IBM", l'autorité n'a pas fait du "type PENTIUM" un critère d'attribution mais a seulement constaté que le matériel proposé par IBM présentait un avantage technique par rapport à celui présenté par la requérante; que cette constatation était légitime dès lors que, comme en l'espèce, le cahier spécial des charges ne mentionnait que des exigences minimales; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen de la violation des mêmes dispositions légales et réglementaires; qu'elle soutient que "la partie adverse a adjugé le marché à IBM après avoir analysé les offres sur base de critères qui ne sont pas objectifs"; qu'elle en voit la preuve dans un communiqué de presse du ministre de la Défense nationale commenté dans le journal "Le Soir" daté des 20 et 21 août 1994, selon lequel le ministre avait "suivi les propositions techniques du service d'achat ayant formulé 6 objections techniques sur le matériel PRIMINFO qui serait <<peu adapté à un environnement militaire»", et dans une lettre du 11 août 1994 qui relate les "remarques formulées par la Commission d'évaluation technique" en ces termes:

" 1. Les appareils livrés ne seront pas, selon toute vraisemblance, identiques durant toute la durée du contrat.

2. Les DRIVERS et autres SOFTWARE devront à tout bout de champ être adaptés en fonction de l'assemblage des machines.

3. Les modes d'emploi sont un assemblage de la documentation du fournisseur des différents éléments et changeront probablement plusieurs fois durant le contrat";

Considérant que ces observations, qui portent sur certaines spécificités de l'offre de la requérante, n'ont pas le caractére subjectif que celle-ci leur attribue; qu'en outre, elles figurent dans une note technique datée du 13 septembre 1994 qui reprend, dans des termes plus compréhensibles pour des non-techniciens, celles qui figuraient déjà dans le rapport de la commission d'évaluation technique du 20 décembre 1993; que le moyen ne peut être retenu;

Considérant que la requérante prend un troisième moyen de la violation des mêmes dispositions légales et réglementaires, "en ce que la partie adverse a adjugé le marché à IBM sur base d'une offre analysée notamment en fonction de critères définis dans le cahier des charges et exprimés en ordre décroissant d'importance, mais non pondérés, alors que les dispositions légales visées (...) imposent l'application de tous les critères et que l'article 4, § l^{er}, alinéa 3, stipule que le cahier des charges indiquera le cas échéant les coefficients d'ordre technique destinés à coter certaines qualités techniques des prestations offertes en vue de la comparaison des prix offerts";

Considérant que dans son mémoire en réplique, la requérante indique qu'elle "a appris, après l'intentement de la procédure, que la pondération retenue par la partie adverse avait été fixée au préalable" et que "les craintes qu'elle avait quant à une modification des résultats par une pondération a posteriori ne se justifi(aient) plus"; qu'il s'ensuit que le moyen manque en fait;

Considérant que la requérante prend un quatrième moyen de la violation "du principe général de droit de la motivation des actes administratifs, des articles 14 de la loi du 14 juillet 1976 et 44 de l'arrêté royal du 22 avril

1977"; qu'en réalité, la requérante y invoque une violation de l'annexe B.1 du cahier spécial des charges, aux termes de laquelle "le soumissionnaire présentera pour chaque type de configuration aussi bien DOS V4.0/MS-WINDOWS V3.1 (ou version plus récente) que OS/2 V2.1 (ou version plus récente).(I)", alors que l'offre de l'intervenante mentionnait, en ce qui concerne le système d'exploitation: "DOS V5.0/MS-WINDOWS V3.1 ou (off) OS/2 V2.1"; qu'elle ajoute que l'indication "(I)" à la fin de l'annexe du cahier spécial des charges signifiet en vertu des points 6C(1) et C.2 du même cahier des charges, qu'il s'agit d'un "critère indispensable" dont le non - respect par une offre doit entraîner la constatation que cette offre n'est pas conforme;

Considérant que l'annexe B.1 du cahier spécial des charges n'impose pas aux soumissionnaires, dans la disposition précitée, de faire coexister les deux systèmes pour chaque machine, mais exige seulement que chaque machine puisse être dotée de l'un ou de l'autre système; que cette interprétation de la disposition dont la violation est invoquée résulte du procès-verbal d'une réunion d'information tenue le 15 septembre 1993, c'est-a-dire avant le dépôt des soumissions, à laquelle la requérante, bien qu'invitée, ne s'est pas présentée; que le moyen ne peut être retenu;

Considérant que la requérante prend un cinquième moyen de la "violation du principe général de l'égalité des articles 10 et 11 de la Constitution, 14 de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, des articles 4 et 44 de l'arrêté royal du 12 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services"; qu'elle expose en substance qu'elle "a observé dix différences entre le cahier spécial des charges rédigé en langue française sur base duquel elle a remis son offre et

le cahier spécial des charges rédigé en langue néerlandaise sur base duquel la firme IBM a remis son offre", "qu'une de ces différences concernant le lot 1 pour lequel elle a soumissionné lui cause préjudice", que "dans la version francophone, la durée de validité de la soumission était précisée (1.4.1994) alors que dans la version néerlandaise du cahier spécial des charges, sur base de laquelle la soumission d'IBM a été rédigée, aucun délai n'est précisé", et "qu'il en résulte une différence entre la soumission d'IBM et celle de la requérante";

Considérant que la requérante n'établit pas que la différence qu'elle relève aurait influencé le choix qu'elle critique; que le moyen ne peut être retenu;

Considérant que la requérante prend un sixième moyen de la "violation du principe général de l'égalité, du principe général de bonne administration, des articles 14 de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, des articles 4 et 14 de l'arrêté royal du 12 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services", dans lequel elle soutient en substance "que la partie adverse a successivement comparé les offres à une grille établie par elle-même et que les offres n'ont pas été comparées entre elles";

Considérant qu'aucun des principes ni des dispositions légales et réglementaires invoqués n'interdit à l'autorité d'apprécier des offres par rapport à une échelle qu'elle détermine; que le moyen manque en droit;

Considérant que la requérante prend un septième moyen de la "violation du principe général de la motivation des actes administratifs"; que, dans une première

branche, elle soutient que "la partie adverse a manifestement pris sa décision sur base d'un motif inexact, l'examen du critère technique en ce qui concerne PRIMINFO comportant des erreurs nombreuses et substantielles en sa défaveur", ce que démontre, selon elle, "une étude réalisée par les Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur, sur base du cahier spécial des charges, de l'offre de PRIMINFO, de l'Offre d'IBM, de la décision motivée de l'administration, et des tests CHEK IT effectués par l'administration, (qui) contredit sur 14 cotes les résultats de la partie adverse"; que, dans une deuxième branche, elle fait valoir "que, de plus, au sein du lot 1, les résultats sur le plan technique n'ont pas été pondérés en fonction du nombre d'appareils de chaque type concerné par l'analyse"; que, dans une troisième branche, elle ajoute "que le rapport de la commission technique sur base duquel, au vu de la décision motivée et notifiée le l^{er} août 1994, a été prise la décision, contient des inexactitudes";

Considérant, sur les trois branches réunies, que s'il est vrai que selon un principe général du droit administratif, toute décision administrative doit être fondée sur des motifs légalement admissibles, il n'y a point de "principe général de la motivation des actes administratifs"; que la décision attaquée justifie comme suit le choix critiqué:

"d. Classement des offres retenues pour chaque critère d'attribution; ordre de grandeur des rapports vis-à-vis de l'offre la mieux notée, celle-ci étant indiquée par 1

(1) Valeur technique: IBM 1; TELINDUS 0,84; PRIMINFO 0,76

(2) Coût: PRIMINFO 1; IBM 0,88; TELINDUS 0,71

(3) Délai: IBM 2 sem; TELINDUS 3 sem;

Techniquement, l'offre d'IBM surpasse les autres par la qualité du PC de type 3 offert (PC de type PENTIUM), les PC de types 1 et 2 obtenant des notes équivalentes. L'offre de TELINDUS (bien Que le PC de type 3 soit également du type PENTIUM) prévoit toutefois des composantes de moindre qualité par rapport à l'offre de IBM.

Du point de vue prix elle se situe dans la moyenne par rapport aux deux autres offres.

e. Les critéres d'attribution sont pondérés de la manière suivante:

Valeur technique:	48%
Coût complet des solutions:	43%
Délai de livraison:	9%

Sur cette base, on obtient le classement suivant :
(1) IBM
(2) PRIMINFO
(3) TELINDUS";

que la requérante, sans mettre en cause la légalité de ces motifs, décrit les erreurs qui auraient été commises, selon elle, dans les tests effectués par l'administration et en voit la preuve dans un rapport d'expertise unllatéral qu'elle a demandé aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix:

Considérant que ni dans sa requête, ni dans son mémoire en réplique où elle expose longuement et de manière extrêmement détaillée les quatorze "erreurs de calcul commises par la partie adverse" dans l'appréciation faite par celle-ci des mérites des différentes offres, et spécialement dans celle de la requérante, par rapport aux exigences du cahier spécial des charges, cette dernière ne soutient que ces erreurs seraient manifestes; qu'au reste, il n'est pas contesté que les Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix n'ont pas eu à leur disposition, pour effectuer l'étude qui leur avait été demandée par la requérante, les appareils qui ont été testés par l'administration; qu'ainsi, la requérante n'établit pas que la

décision attaquée serait le fruit d'une appréciation manifestement inexacte; que le moyen ne peut être retenu,

D E C I D E :

Article 1er.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à 7.000 francs, sont mis à charge de la requérante à concurrence de 4.000 francs et à charge de la partie intervenante à concurrence de 3.000 francs.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le treize février 1900 nonante-sept par :

M.	GEUS,	président de chambre,
M.	MESSINNE,	conseiller d'Etat,
Mme	DAURMONT,	conseiller d'Etat,
Mme	HONDERMARCQ,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

M.-Cl. HONDERMARCQ. J.-Cl. GEUS.