

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n°134.986 du 16 septembre 2004

A.155.551/VI-16.769

En cause : **la Société coopérative COMPUTER SCIENCES**
(en abrégé S.C. C.S.C.),

ayant élu domicile chez
Me Patrick THIEL, avocat,
boulevard Brand Whitlock, n° 30,
1200 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par
le Ministre de l'Intérieur.

Partie intervenante :

**la Société anonyme ELECTRONIC DATA
SYSTEMS BELGIUM** (en abrégé E.D.S. Belgium S.A.),
Blarenberglaan, n° 2,
2800 Mechelen.

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

Vu la demande introduite le 14 septembre 2004 par la Société coopérative C.S.C. COMPUTER SCIENCES, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision prise le 31 août 2004 par le Ministre de l'Intérieur "de retirer la décision motivée pour le lot 1 et d'attribuer le marché n° DMA 2004 R3 002 à la firme EDS pour le lot 1 pour un montant maximal en 2004, TVA comprise, de 956.345,99 EUR";

Vu la requête distincte introduite le même jour par la même requérante qui demande, à titre de mesure urgente et provisoire d'extrême urgence, "qu'il soit fait

interdiction à l'Etat belge de procéder à la notification de la décision du Ministre de l'Intérieur du 31 août 2004 attribuant le marché à E.D.S., attaquée dans la procédure en suspension d'extrême urgence introduite ce jour par un acte distinct, tant que le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé sur la requête en suspension d'extrême urgence";

Vu l'ordonnance du 15 septembre 2004, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 16 septembre 2004 à 14.30 heures;

Vu la requête en intervention introduite par télécopie du 15 septembre 2004 par la S.A. Electronic Data Systems Belgium (en abrégé E.D.S.);

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

Entendu, en leurs observations, Me P. THIEL, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Mes D. D'HOOGE et R. HEIJSE, I. VOS et F. VLASSENBOECK, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et Me C. DE WOLF, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis contraire, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen des requêtes se présentent comme suit :

1. Le marché en jeu concerne la gestion, au sens large, des services informatiques destinés aux zones de police. Depuis plusieurs années, en vertu d'un marché précédemment attribué, la requérante assure cette gestion. Ce marché venant à échéance, la partie adverse a décidé de lancer une nouvelle procédure d'attribution.

2. Une première procédure aurait été lancée, à laquelle la requérante aurait pris part, mais aurait été abandonnée avant d'aboutir en raison de certaines obscurités du cahier spécial des charges.

3. Un nouveau cahier spécial des charges n° DMA 2004 R3 002/39, "relatif à la réalisation d'un marché «ISLP» au profit de la police fédérale" fut établi le 13 février 2004 par les services de la partie adverse.

Son objet était la "réalisation d'un marché ouvert pluriannuel de services (2004-2010) permettant la conception, le développement, la maintenance, l'exploitation et l'implémentation d'une solution informatique intégrée et évolutive couvrant l'ensemble des fonctionnalités nécessaires à un corps de police locale pour assurer les missions de police qui lui sont imposées par la loi".

Le marché est constitué de trois lots.

La décision attaquée ne porte que sur l'attribution que du lot n° 1, "développement applicatif", à attribuer selon le mode de l'appel d'offres général.

4. L'article 10 "Critères d'attribution du marché" prévoit ce qui suit :

" 10.1 En application de l'article 16 de la loi et des articles 110 et 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, les facteurs mentionnés ci-après constitueront, dans l'ordre décroissant d'importance qui leur sera accordée, les critères d'attribution pour le choix de l'adjudicataire :

10.1.1 Les critères techniques et opérationnels (55%).

10.1.2 Le prix (35%) (selon le tableau d'évaluation en annexe 5).

10.1.3 Les critères administratifs (10%).

Remarque

Les services présentés ne sont pris en considération pour l'attribution du marché que pour autant qu'ils répondent aux spécifications essentielles du présent cahier spécial des charges.

Si l'évaluation montre que le service n'obtient pas la moitié des points pour les critères de rang 1 repris ci-dessus, le pouvoir adjudicateur n'examinera pas davantage le service considéré.

10.2 Méthode d'attribution

Pour l'attribution du présent marché, il sera fait usage de la méthodologie d'aide à la décision «DECISION LAB 2000» commercialisée par VISUAL DECISION Inc - 401, Saint-Claude - MONTREAL - QUEBEC - CANADA - Téléphone: (514)396-7878."

L'annexe 1 au cahier spécial des charges précise, quant au lot 1, que :

" Le présent marché consiste en un contrat cadre pour les prestations en régie du personnel de l'adjudicataire. Le nombre d'heures à prester par profil sera mentionné lors de la commande. Ces heures sont à prester sans interruption, sauf congé ou maladie, à partir de la mise à disposition du profil souhaité et ce à raison de 38 heures/semaine.

Au cas où il appert que l'exécutant ne convient pas à l'administration, le service dirigeant, sur demande du fonctionnaire dirigeant, en informera l'adjudicataire par lettre recommandée.

L'adjudicataire s'engage à remplacer le profil immédiatement."

5. Le 11 août 2004, le directeur du service d'achats de la Police fédérale établit un rapport d'attribution du lot 1. Ce rapport énonce notamment ce qui suit :
" (...)

2.3 Antécédents

Ce marché a été attribué par Monsieur le Ministre de l'Intérieur le 23 juin 2004. Initialement, le lot 1 avait été attribué à la firme CSC.

En vertu du principe du «standstill» instauré par la circulaire du 10 décembre 2003 (confirmé par l'article 302 de la loi-programme du 9 juillet 2004 modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics), les firmes non-retenues en ont été informées dans les moindres délais.

Le pouvoir adjudicateur leur a laissé un délai raisonnable après communication de la décision motivée les concernant afin que ces soumissionnaires non-retenus puissent faire valoir leur droit de recours.

La firme EDS a introduit un recours devant le Conseil d'Etat par une procédure d'extrême urgence.

Entre autres motifs, la firme EDS attaquait la décision du lot 1 parce que le pouvoir adjudicateur n'avait pas fait de différence au niveau de la quotation (70/100), entre EDS qui avait donné un délai de mise à disposition du personnel de 15 jours et Getronics qui avait donné un délai de mise à disposition du personnel de 1 mois.

Le pouvoir adjudicateur n'avait pas fait de différence entre EDS, Getronics et Aubay (qui avait donné un délai de mise à disposition du personnel de 1 jour) estimant par expérience avec d'autres marchés similaires, qu'une mise à disposition du personnel inférieure à 1 mois était irréaliste dans la pratique tout en étant impossible à mettre en doute au travers du contenu de l'offre.

Nous sommes ici dans une catégorie de marchés de service dans laquelle l'évaluation de la capacité des firmes, ainsi que du contenu de leur offre, est très difficile et ne peut se vérifier qu'à posteriori.

Le Conseil d'Etat a retenu les arguments de la firme EDS (pour ce seul motif) et a suspendu la notification du lot 1.

2.4 Retrait de la décision motivée et attribution du lot 1

Faisant suite à la décision du Conseil d'Etat et aux recommandations du cabinet d'avocats STIBBE qui nous représentait dans cette affaire, nous décidons de recommencer l'attribution du lot 1 sur base des données d'évaluation de l'attribution initiale (prix et critère technique) et sur base d'une nouvelle évaluation du critère logistique.

2.5 analyse des offres

2.5.1 Nombre d'offres reçues

- CSC
- UNISYS CONSULTING
- EDS BELGIUM

- GETRONICS
- AUBAY

2.5.2

Aspect technique (/55)

Du rapport n° DST/DTSP/Adm Bu-3976 du 7 juin 2004, il s'avère que :

Lot 1 (Voir annexe 1)

Les offres sont classées comme suit :

1. CSC :	70,308/100
2. EDS :	65,568/100
3. GETRONIC	54,554/100
4. AUBAY	51,336/100
5. UNISYS CONSULTING	49,938/100

Conformément à la remarque du point 10 du cahier spécial des charges et étant donné que UNISYS CONSULTING n'obtient pas la moitié des points pour le critère technique, l'offre n'est plus examinée pour les autres critères.

2.5.3. Aspect logistique (/10)

2.5.4 Extrait de l'arrêt

« Overwegende dat het in het licht van het voorgaande geen steek lijkt te houden dat een termijn van terbeschikkingstelling van twee weken niet beter wordt beoordeeld dan een termijn die dubbel zolang is; dat het voorts evenmin binnen de grenzen van de redelijkheid lijkt te liggen om enerzijds voor het gunningscriterium maximaal 70 punten op 100 te geven, ingeval een «redelijke» termijn van een maand of minder wordt voorgesteld, en anderzijds een termijn die drie keer langer is en beweerdelijk dienovereenkomstig ("en conséquence") gequoteerd zal worden, toch nog 50 op 100 te geven.

Overwegende dat in de huidige stand van de procedure met verzoekster wordt aangenomen dat de beoordeling van het besproken gunningscriterium, in strijd met de in het middel geschonden geachte voorschriften, onzorgvuldig is gebeurd».

Vu ce qui précède, le pouvoir adjudicateur a redistribué des points pour l'aspect logistique en faisant une interpolation linéaire entre deux (2) valeurs avec un minimum de 50 (délais de livraison : trois (3) mois) et un maximum de 100 (délais de livraison : un (1) jour).

Les offres retenues sont classées comme suit :

1. AUBAY :	100,00/100
2. EDS (2 semaines)	92,13/100
3. GETRONICS (1 mois)	83,71/100
4. CSC (3 mois)	50,00/100

2.5.5. Aspect prix (/35) - (voir annexe 2)

Les offres retenues se classent comme suit :

1. AUBAY :	10.328.500,00 EUR
------------	-------------------

2. GETRONICS :	11.266.000,00 EUR
3. EDS :	12.099.660.00 EUR
4. CSC :	12.685.250.00 EUR

3. Conclusion générale

Après application de la pondération PROMETHEE sur les offres conformes, le classement suivant est obtenu :

1. EDS
2. CSC
3. AUBAY
4. GETRONICS

4. Proposition de DMA

Aux termes de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 et en vertu de l'arrêt de suspension du Conseil d'Etat, je propose de recommencer l'attribution du lot 1 du marché n° DMA 2004 R3 OO2 et de l'attribuer à la firme EDS pour un montant maximal en 2004, TVA comprise, de 956.345,99 EUR."

Au bas de ce rapport d'attribution figure, datée du 31 août 2004, la "décision de Monsieur le Ministre de l'Intérieur", énonçant ce qui suit:

" En vertu de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 et en vertu de l'arrêt de suspension du Conseil d'Etat, je décide de recommencer l'attribution du lot 1 du marché N° DMA 2004 R3 002 et de l'attribuer à la firme EDS pour un montant maximal en 2004, TVA comprise, de 956.345,99 EUR."

6. Le 1^{er} septembre 2004, la partie adverse informe la requérante de ce que son offre n'a pas été retenue.

La décision motivée, datée du 31 août 2004, est libellée comme suit :

" OBJET :DECISION MOTIVEE :

Dossier marché public N°DMA 2004 R3 002 relatif à la réalisation de travaux de fournitures et de services;

EN VERTU:

- de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;
- de l'avis de marché n° 2004/S30-026716 publié le 12 février 2004 au Journal officiel des Communautés européennes et le 13 février 2004 au Bulletin des Adjudications;

- du cahier spécial des charges n° DMA 2004 R3 002/39 relatif à la réalisation d'un marché«ISLP»;
- des offres régulièrement introduites;
- de la décision motivée n° SAT/OPS/JF/4369/2004/D-51 du 23 juin 2004 du Ministre de l'Intérieur;
- de l'arrêt N° 133.808 du 12 juillet 2004 du Conseil d'Etat;
- des points obtenus par les soumissionnaires pour les critères d'attribution repris dans le cahier spécial des charges;
- du classement repris en annexe, opéré entre les soumissionnaires par l'utilisation du logiciel Decision Lab mentionné dans le cahier spécial des charges;

Je décide:

de retirer la décision motivée pour le lot 1 et d'attribuer le marché N°DMA 2004 R3 002 à la firme EDS pour le lot 1, pour un montant maximal en 2004, TVA comprise, de 956 345,99 EUR."

Il s'agit de l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée.

Considérant qu'il y a lieu d'accueillir l'intervention volontaire dans la présente procédure de suspension de la S.A. ELECTRONIC DATA SYSTEMS BELGIUM (en abrégé E.D.S.);

Considérant que l'extrême urgence dont la requérante invoque le bénéfice est justifiée par l'imminence possible de la notification par la partie adverse de la décision d'attribution attaquée à l'attributaire, ce qui aurait pour effet de nouer le contrat entre parties et de rendre vaine toute demande de suspension; qu'aucun retard dans la saisine du Conseil d'Etat ne saurait être reproché à la requérante;

Considérant que, selon l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable";

Considérant que la requérante invoque un moyen, le premier de sa demande de suspension, pris de "la méconnaissance de la Constitution en ses articles 10 et 11, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment en son article 16, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en ses articles 2 et 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et

de services et aux concessions de travaux publics, notamment en ses articles 80, 110, 114 et 115, du cahier spécial des charges, en ses articles 8 et 10, des principes généraux du droit, et notamment du principe de bonne administration et du principe d'égalité, et de l'erreur manifeste d'appréciation"; que, dans sa première branche, elle reproche en substance à la partie adverse d'avoir créé, dans le cahier spécial des charges, une ambiguïté quant à ce que représentait concrètement la notion de "critère administratif", prévu parmi les critères d'attribution du marché, en ne précisant pas s'il fallait l'entendre comme "délai de livraison", "délai d'exécution" ou "délai de mise à disposition du personnel"; qu'elle-même l'interpréta comme le délai de livraison et indiqua un délai de trois mois, alors que son délai de mise à disposition du personnel était, pour elle, réduit à rien, puisqu'elle avait déjà du personnel sur place et qui travaillait dans le cadre du précédent marché; qu'elle reproche à la partie adverse de n'y avoir vu que le délai de mise à disposition du personnel sans en avertir les soumissionnaires, et, en tenant le délai de trois mois indiqué par la requérante pour un délai de mise à disposition du personnel, d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation;

Considérant que la partie adverse répond qu'"il était clair et net pour tous les soumissionnaires que la notion de «critère administratif» portait sur le délai de mise à disposition du personnel"; qu'elle en veut pour preuve que le cahier spécial des charges prévoit en son annexe 4 un formulaire standard "Offre administrative et de prix" à remplir par les soumissionnaires, et que, sous le numéro 4 de ce formulaire, il est demandé de spécifier la "date de livraison", c'est-à-dire, selon elle, le délai nécessaire pour mettre à disposition les profils demandés; qu'elle se prévaut encore du procès-verbal d'une réunion d'information du 19 juin 2003, envoyé à tous les intéressés, et qui aurait précisé la notion critiquée;

Considérant que la partie intervenant volontairement fait observer que la requérante n'a pas usé de la faculté, que lui offrait l'article 98 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, de signaler au pouvoir adjudicateur une omission rendant impossible l'établissement de son prix ou inopérante la comparaison des offres, et que, en toute hypothèse, la requérante, après avoir clairement indiqué comme délai de livraison trois mois, ne pouvait pas ultérieurement modifier son offre;

Considérant, dans le trop bref délai dont dispose le Conseil d'Etat pour étudier suffisamment le présent dossier, qu'il apparaît, *prima facie*, qu'effectivement le "critère administratif" dont question au cahier spécial des charges est ambigu, que le cahier spécial des charges n'apporte à son sujet aucune précision; que, si la partie adverse comprend que la "date de livraison" à spécifier sous le n° 4 du formulaire "Offre

administrative et de prix" doit s'entendre comme le délai nécessaire pour mettre à disposition les profils demandés, ce n'est que par l'effet d'un abus manifeste de langage, une "livraison" ne pouvant avoir pour objet qu'un bien ou, à la rigueur, un service, mais nullement une personne; que cet abus caractérise tout à la fois l'imprécision du jargon informatique utilisé et la réification des personnes réduites au rang de "profil"; que, pour le surplus, il est sans pertinence de se référer à la réunion d'information du 19 juin 2003 qui concernait une autre procédure fondée sur un autre cahier spécial des charges, mais que, même en s'y référant, l'ambiguïté dénoncée y apparaît puisque le retard d'exécution y signifie à la fois un retard dans la mise à disposition du "profil" demandé et un retard dans la livraison d'un "délivrable"; que la requérante a ainsi pu se méprendre sur la signification de ce "critère administratif" et que cette méprise, imputable à la partie adverse, a manifestement conduit à une comparaison faussée des offres en présence; que le moyen est sérieux dans cette première branche;

Considérant, très surabondamment, que le Conseil d'Etat ne peut que s'interroger sur la légalité d'une motivation formelle qui se réfère à un document à caractère nettement ésotérique, rédigé en un jargon anglicisant, mettant en avant des notions étrangères à tout honnête homme, telles que des "types de courbe : III (V-SHAPE) ou V (linéar)" ou que des seuils d'indifférence "q" et des seuils de préférence strict "p", pour se réfugier plus sûrement derrière l'utilisation du logiciel DECISION LAB ou l'application de la pondération PROMETHEE;

Considérant, quant au préjudice que risque de lui causer l'exécution immédiate de l'acte attaqué, que la requérante en justifie par l'illégalité manifeste dont il est affecté, parce qu'il s'agirait d'un marché très important et de référence, par l'incidence que l'attribution à un tiers aurait sur son personnel, incidence à la fois sociale et morale;

Considérant que la circonstance qu'un acte est entaché d'une illégalité manifeste, est indifférente quant à la gravité du préjudice qu'il peut entraîner; que le fait qu'il s'agit d'un marché financièrement important, n'est pas davantage pertinent, dès lors que la requérante n'allègue pas que sa survie s'en trouverait menacée et laisse ignorer quelle part le marché convoité représenterait dans l'ensemble de son activité; que l'incidence sur le personnel, tout honorable que soit son investissement personnel dans ce projet, n'est pas significative, dès lors que l'échéance du premier marché impliquait inéluctablement le risque d'une non-reconduction, et dès lors que c'est un aspect des choses dont peut se prévaloir tout soumissionnaire;

Considérant, en revanche, que ce marché peut apparaître comme un marché de référence, puisque des références comparables ont été demandées aux soumissionnaires dans le cadre de la sélection qualitative; qu'enfin, sans admettre l'argument d'autorité de chose jugée invoqué par la requérante, force est de considérer que, dans ce cas sans doute limite, il paraîtrait incompréhensible et certainement inéquitable de faire échec à la présente demande de suspension pour défaut de risque de préjudice grave difficilement réparable, alors qu'il y a deux mois, une décision s'inscrivant dans le même contexte, a admis la réalité d'un tel risque de préjudice;

Considérant que les conditions prévues par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat pour que soit accueillie une demande de suspension, sont remplies,

Considérant, quant à la demande de mesures provisoires, qu'en vertu de l'article 18 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, elles ne peuvent être ordonnées notamment que "dans les conditions prévues à l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}"; que, pour les ordonner, le Conseil d'Etat devait donc vérifier si un moyen sérieux était invoqué et si l'exécution immédiate de l'acte attaqué risquait de causer un préjudice grave difficilement réparable, ce qui ne se distinguait pas de la demande de suspension; que, dès lors que la suspension est ordonnée, les mesures provisoires sont sans objet, puisqu'il va de soi qu'en vertu de la suspension même, la partie adverse ne pourra plus procéder à la notification de la décision d'attribution attaquée; que la demande de mesures provisoires est ainsi sans objet,

D E C I D E :

Article 1er .

L'intervention volontaire de la S.A. ELECTRONIC DATA SYSTEMS BELGIUM dans la présente cause de référé est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 31 août 2004 par le Ministre de l'Intérieur "de retirer la décision motivée pour le lot 1 et d'attribuer le marché n° DMA 2004 R3 002 à la firme EDS pour le lot 1 pour un montant maximal en 2004, TVA comprise, de 956.345,99 EUR".

Article 3

La demande de mesures provisoires est rejetée.

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.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 6

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le seize septembre deux mille quatre par :

M. HANSE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.
M. HARMEL,	Greffier.

Le Greffier,	Le Président f.f.,
--------------	--------------------

P. HARMEL.

Ph. HANSE.