

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 201.467 du 2 mars 2010

G./A.161.218/VI-16.884

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

ayant élu domicile chez
Me Philippe COENRAETS, avocat,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par la Vice-Première
Ministre et Ministre des Affaires sociales et
de la Santé publique chargée de l'Intégration sociale,

ayant élu domicile chez
Mes Pierre LEGROS et
Jérôme SOHIER, avocats,
avenue Emile De Mot, n° 19,
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 25 mars 2005 par la société anonyme TRASYS qui demande l'annulation de "la décision par laquelle, le 24 janvier 2005, la partie adverse a attribué à la société ACCENTURE un marché public portant sur la mise en oeuvre informatique des résultats du re-engineering de la direction générale des médicaments du SPF Santé publique";

Vu l'arrêt n° 153.170 du 23 décembre 2005 renvoyant la cause à la procédure ordinaire;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M^{me} WILLEMART, Auditeur adjoint au Conseil d'Etat;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la partie adverse;

Vu l'ordonnance du 12 janvier 2010, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 10 février 2010;

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

Entendu, en ses observations, Me Jérôme SOHIER, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M^{me} WILLEMART, Auditeur;

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 de la cause sont les suivants :

1. Le 11 mars 2004, la partie adverse soumet à l'inspecteur des Finances un projet intitulé :

" Onderhandelingsprocedure in verband met de uitvoering van ICT projecten in het kader van het Business Process Re-engineering (BPR) project van het Directoraat Generaal Geneesmiddelen (DGG/M)".

La demande d'avis comporte, notamment, les éléments suivants :

" In de loop van 2002 werd in het kader van de hervorming van het DGG/M een BPR-project toegewezen aan de firma IBM-Business Consulting Services (IBM-BCS). De finale resultaten van deze studie, die alle business processen ondersteund door nieuwe ICT technologie van deze DG dekken, werden goedgekeurd op 8.12.2003, door de DGG/M BPR stuurgroep, [...]. De resultaten werden trouwens ook opgenomen in de algemene beleidsverklaring van de heer Demotte, Minister van Volksgezondheid dd. 22.10.2003.

Om zo vlug mogelijk van de resultaten dan deze projecten, een verbeterde werking van het Directoraat Generaal Geneesmiddelen, te kunnen genieten, werd er in de stuurgroep beslist te beginnen vanaf het derde kwartaal 2004 en trouwens het budget voor 2004 is reeds voorzien in de begroting.

Wegens deze verschillende redenen en de snelle evolutie in de ICT-sector kunnen de technische voorschriften niet met voldoende nauwkeurigheid worden beschreven in het bestek; er werd dan ook geopteerd voor een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking op basis van artikel 17, § 3, 4/ van de wet van 24 december 1993.

[...]

Aangezien het bestek slechts in de loop van het tweede kwartaal klaar zal zijn en teneinde een reële kans te maken op een tijdige gunning van de opdracht, wordt

voorgesteld om in eerste instantie enkel het publicatiebericht aan de Ministerraad (na het begrotingsakkoord te hebben bekomen vanwege de Minister van Begroting) voor te leggen. In tweede instantie zal dan ook het bestek zowel aan de Inspectie, de Minister van Begroting en de Ministerraad worden voorgelegd. [...]".

Le 16 mars 2004, l'inspecteur des Finances formule un avis favorable sur le projet et sur le recours à la procédure négociée avec publicité européenne en relevant, toutefois, qu' "il s'indiquerait sans doute de joindre en annexe à la note au Conseil des Ministres une synthèse des travaux à réaliser dans le cadre de ce projet d'investissement informatique".

2. Le 14 mai 2004, un second avis est demandé à l'inspecteur des Finances.

Cette demande d'avis contient les éléments nouveaux suivants :

" [...]

Hoewel de functionele analyse van de bedrijfsprocessen adequaat beschreven werden in het BPR rapport moeten nu de specifieke technische specificaties opgesteld worden. Dit laatste behoorde echter niet tot de opdracht van de BPR studie. Er werd dan ook geadviseerd voor een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking op basis van artikel 17, § 3, 4/ van de wet 24 december 1993.

[...]

De aankondiging van de opdracht en het bestek worden thans voor advies aan de inspectie van financiën voorgelegd. Nadien zal het dossier via de Minister (na het begrotingsakkoord te hebben vanwege de Minister van Begroting) aan de Ministerraad worden voorgelegd.

[...]".

Le 19 mai 2004, l'inspecteur des Finances indique :

" Vu les décisions de principe prises en ce dossier, l'I.F. ne formule pas d'objection sur la présente proposition, sur le contenu de laquelle un premier avis avait été rendu en date du 16 mars 2004".

3. Le 26 mai 2004, la même note, accompagnée du cahier des charges et de l'avis de l'Inspection des Finances, est présentée pour accord au Ministre de la Santé publique, lequel la soumet au conseil des ministres.

On y lit notamment que :

" 2. Contenu

Ce projet vise l'informatisation complète des principaux processus d'exploitation de la DGM, devant permettre une prestation de service plus rapide, plus performante et de qualité conforme aux directives Européennes. A fin de pouvoir profiter de ces résultats le plus rapidement possible, le groupe de pilotage a décidé d'entamer les travaux dès le troisième trimestre de 2004. Suite à la note politique générale du Ministre de la SPF, le budget a été divisé de 2004 à 2005 et a déjà été prévu dans le budget 2004. Bien que l'analyse fonctionnelle des processus d'exploitation a été décrite de manière appropriée dans l'étude BPR, les prescriptions techniques spécifiques n'ont pas été définies avec une précision suffisante parce que cela ne relevait pas des objectifs du projet BPR précédent. Voilà pourquoi on a choisi une procédure négociée avec publicité sur la base de l'article 17, § 3, 4/, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services."

4. Le 4 juin 2004, le président du comité de direction du service public fédéral Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement transmet au Ministre de la Santé publique une note rédigée notamment comme suit :

" Monsieur le Ministre,

En réponse à la note de Monsieur Giloteau demandant de justifier le choix de la procédure négociée pour l'adjudication du marché d'informatisation de la DG Médicament en vue du conseil des Ministres de ce vendredi, je vous prie de trouver ci-après les éléments justifiant que «La nature des services est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre son attribution selon la procédure d'adjudication ou d'appel d'offre» (art. 17, §3, 4/ de la loi du 24 décembre 1993)

Rappel du sujet du marché :

Il s'agit de proposer et de mettre en œuvre une infrastructure ICT permettant d'automatiser les processus de la DG Médicament, d'automatiser certains de ces processus et de construire la compétence interne au SPF pour poursuivre le travail d'automatisation au moyen de l'infrastructure livrée.

Le marché comporte les trois éléments de spécification suivants :

- Automatisation de processus (soit un travail de programmation & consultance).
- Systèmes ICT (hardware & software)
- Formation et transfert de connaissance

L'élément principal à retenir dans ce projet est que, sur base des évaluations classiques de mise en œuvre d'une telle solution (coût en homme jour (externe) et durée liée à la gestion du changement (durée de réalisation effective)), il est rigoureusement impossible d'automatiser TOUS les processus de la DG Médicament via le marché proposé et par conséquent l'option choisie par le SPF est celle de l'internalisation des compétences à court terme.

[...]

Ces éléments nous confortent dans l'option de choisir une procédure négociée vu notre impossibilité à définir un cahier des charges dont la précision permettrait à un soumissionnaire de formuler une réponse avec une marge de risque adéquate, vu les

divers éléments qui doivent être discutés en détail avec pour objectifs la réalisation du plus avantageux investissement pour l'administration et le succès du projet, et enfin vu que l'étendue exacte de la mission dépendra des prix pratiqués selon l'analyse des processus et des options de transfert de connaissance choisies."

5. Le 9 juin 2004, le conseil des ministres approuve la proposition contenue dans la note du Ministre de la Santé publique.

6. Par un avis publié dans le Bulletin des adjudications du 2 juillet 2004, la partie adverse lance un marché de services, à passer selon la procédure négociée avec publicité, pour "la mise en oeuvre informatique des résultats du re-engineering de la direction générale médicaments".

L'avis de marché décrit l'objet du marché comme suit :

" La mise en oeuvre informatique des résultats du re-engineering de la direction générale médicaments comprend les phases suivantes :
L'analyse, la conception et l'implémentation d'une architecture informatique intégrée de base composée d'une base de données relationnelle, d'un système de workflow et d'un système de gestion électronique des documents.
Mise en oeuvre par phase, sur cette architecture définie plus haut, de chacun des processus tels que redéfinis lors du re-engineering. Il s'agit principalement de processus d'évaluation, d'autorisation et de contrôle des dossiers administratifs et techniques.
Formation des ressources internes (IT & utilisateurs) en vue d'acquérir la gestion pleine et autonome de l'infrastructure technique."

Les conditions de sélection qualitative sont énoncées. Il est stipulé que le pouvoir adjudicateur envisage d'inviter quatre entreprises à présenter une offre et que le marché sera attribué, dans le cadre d'une procédure négociée, à "l'offre économiquement la plus avantageuse appréciée en fonction [...] des critères énoncés dans le cahier des charges".

7. Seize candidatures sont soumises au pouvoir adjudicateur, dont quatre sont retenues le 31 août 2004, à savoir celles des sociétés :

- SOFTWARE AG/STERIA;
- TRASYS;
- ACCENTURE;
- GETRONICS.

Les candidats sélectionnés en sont informés et sont invités à déposer une offre par un courrier du 31 août 2004 auquel est joint, en annexe, le cahier spécial des

charges intitulé "procédure négociée avec publicité préalable pour la mise en oeuvre des projets informatiques dans le cadre du projet BPR de la Direction générale : Médicaments (DG3)".

8. Le cahier spécial des charges présente l'objet et la nature du marché dans le "cadre général" de la modernisation du service public fédéral Santé publique et dans le "cadre spécifique" de la "Direction Générale (DG) : Médicaments (DG3)".

Après une description du rôle et des missions de la DG3, il est précisé ce qui suit (p. 7) :

- " En global, la mise en oeuvre informatique des résultats du re-engineering de la DG3 comprend les phases suivantes:
- L'analyse, la conception et l'implémentation d'une architecture Informatique Intégrée de base composée d'une base de données relationnelle, d'un système de workflow et d'un système de gestion électronique des documents;
 - mise en oeuvre par phase, sur cette architecture définie plus haut, de chacun des processus tels que redéfinis lors du re-engineering. Il s'agit principalement de processus d'évaluation, d'autorisation et de contrôle des dossiers administratifs et techniques;
 - formation des ressources internes (IT & utilisateurs) en vue d'acquérir la gestion pleine et autonome de l'infrastructure technique."

Sous le titre "cadre technique", le cahier spécial des charges (p. 7) énonce que :

- " Le SPF Santé Publique souhaite, dans un premier temps, mettre en oeuvre une infrastructure de base pour la DG3 pour ensuite automatiser certains de ses processus :
- Infrastructure de base (Phase I) : [...]
 - Processus globaux liés aux départements (Phases II, III) : [...]
- [...]
A plus long terme, le SPF Santé Publique envisage d'étendre la solution à d'autres processus du SPF, si la mise en oeuvre pour la DG3 s'avère être un succès.
[...]"

Le cahier spécial des charges fournit encore un "Aperçu du projet" (p. 9), lequel "est divisé en plusieurs phases faisant partie d'un même marché" :

- " 1. Phase 0 : définition et organisation du projet
2. Phase I :
- a. Mise en place de l'infrastructure de base consistant en : [...]
 - b. Dans cette phase, les résultats des différentes analyses seront validés : [...]
3. Phase II EDMS Enregistrement : [...]

4. Phase III : Roll out de la solution aux autres processus repris dans l'annexe B selon le même principe de validation et feu vert pour le processus suivant.

5. Phase IV Options : Les fonctionnalités complémentaires telles que l'intégration à un portail d'entreprise et la gestion des connaissances sont implémentées afin de compléter la solution pour répondre aux recommandations issues des résultats du BPR.

6. Phase V : Extension de la solution au reste des processus repris dans l'annexe B (3.2.3. Options) et au reste du SPF (mais ceci ne fait pas partie du périmètre de ce projet).

[...]"

Toujours sous le titre "objet et nature du marché", le cahier spécial des charges dispose encore que (p. 9) :

" La procédure choisie est celle de la procédure négociée avec publicité."

Les critères d'attribution et leur mise en oeuvre sont définis comme suit (pp. 16-17) :

" 1.13.1. Aperçu de la procédure.

Dans une première phase, les offres introduites seront examinées sur le plan de la régularité administrative. Les offres irrégulières seront rejetées. Dans une seconde phase, les offres régulières administrativement seront examinées sur le plan du fond par une commission d'évaluation. Cet examen a pour but de dresser une liste des soumissionnaires avec lesquels des négociations seront menées. Ensuite vient la phase des négociations. A la suite de ces négociations, les soumissionnaires peuvent introduire une offre modifiée ou ajouter des pièces supplémentaires à leur offre. Après la clôture des négociations, les versions définitives des offres seront confrontées aux critères d'attribution. Le soumissionnaire dont l'offre est la plus avantageuse économiquement (donc celui qui obtient le meilleur score sur la base des critères d'attribution mentionnés ci-après) sera désigné comme adjudicataire pour le présent marché.

1.13.2. Critères d'attribution

Pour le choix de l'offre la plus intéressante d'un point de vue économique, les offres après négociations seront confrontées à une série de critères d'attribution.

Ces critères seront pondérés afin d'obtenir un classement final.

1.13.3. Liste des critères d'attribution

Les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance sont les suivants :

1. coût

2. fonctionnalité : la capacité du système proposé de répondre aux exigences énoncées dans ce cahier spécial des charges.

3 pertinence de la solution proposée,

C l'évolution et son extensibilité,
C la flexibilité,
C la documentation
C la simplicité de sa mise en oeuvre et de son fonctionnement

3. architecture technique
C Qualité de l'architecture
C Modularité de l'architecture
C performance d'ensemble et convivialité pour l'utilisateur final
C Le degré d'intégration de la solution en elle-même et dans l'environnement du SPF

4. Services et aide proposés : qualité des services et l'aide proposés tels que mentionnés au point 1.1.3, notamment la gestion du projet

5. la qualité du personnel mise en oeuvre pour ce marché notamment son expertise et son expérience dans les domaines où il est assigné

6. Délai d'exécution en nombre de jours de travail

Le soumissionnaire joindra à son offre tous les renseignements utiles pour l'évaluation de son offre au regard des critères d'attribution

1.13.4. Cotation finale.

Les cotations pour les critères d'attribution seront additionnées. Le marché sera attribué au soumissionnaire qui obtient la cotation finale la plus élevée."

Les prescriptions techniques sont énoncées aux pages 24 à 45 du cahier spécial des charges. Elles prévoient notamment ce qui suit :

- Sous le point 2.1. "Généralités", il est indiqué que "Le système intégré de gestion des documents et la base de données associée, s'ils seront en premier lieu utilisés pour les activités critiques de la DG3, doivent être conçus pour couvrir progressivement la totalité de ses activités".

- Le point 2.3. détaille les "fonctionnalités requises". A cet égard, les réponses des soumissionnaires doivent respecter les "codes" définis par le pouvoir adjudicateur (p. 26 du cahier spécial des charges) :

" Chaque section sera précédée d'un code définissant l'importance des critères et la réponse requise du soumissionnaire. Ces codes sont :
(O) - Obligatoire. Cela désigne un besoin obligatoire. Les soumissionnaires doivent se conformer, sans exception, au besoin tel qu'il est décrit. Des méthodes alternatives ne seront pas acceptées. Les soumissionnaires doivent expliquer techniquement et en détail comment le système proposé répond à une exigence obligatoire, y compris tout traitement connexe qui a lieu. Si le soumissionnaire ne répond pas à un critère obligatoire son offre se verra rejetée.
(A) - Alternative. Cela désigne un besoin pour lequel une solution de substitution peut être proposée. La fonctionnalité décrite doit être soutenue, mais les soumissionnaires peuvent proposer une solution telle que décrite, ou fournir une autre solution

qui offre les mêmes résultats. Les soumissionnaires doivent expliquer en détail comment le système proposé répond techniquement aux exigences fonctionnelles, y compris tout le traitement connexe qui a lieu.

(O/A) - Obligatoire / alternative. Cela désigne un besoin auquel les soumissionnaires doivent se conformer tel qu'il est décrit (de la même manière que pour les besoins «obligatoires» décrits ci-dessus). Néanmoins, les soumissionnaires peuvent également proposer une solution de substitution qui offre les mêmes résultats (de la même manière qu'un besoin «alternatif»).

(R) - Réponse. Cela désigne une section ou une subdivision à laquelle les soumissionnaires doivent répondre avec une explication et une description détaillées.

(I) - Informationnel. Cela désigne une section ou une subdivision qui est fournie uniquement à des fins d'information.

Les soumissionnaires doivent clairement spécifier quelles sont les parties du futur système qui ne sont pas «out of the box» et qui exigent des développements et/ou une personnalisation. Si le développement ou la personnalisation est exigé, les soumissionnaires doivent indiquer quels outils seront utilisés, les ressources exigées, les délais et les coûts."

Des annexes sont jointes au cahier spécial des charges :

- L'annexe A donne un bref "aperçu de la phase pilote".
- L'annexe B, qui comporte 53 pages, détaille l'"organisation de la DG 3" et énumère les "processus mis en oeuvre actuellement au sein de la DG3".
- L'annexe C décrit les "bases de données et modèle des données au sein de la DG3".
- L'annexe D relatif à l'inventaire de prix qui se présente comme un tableau à utiliser pour la proposition des coûts.
- L'annexe E a trait à une fiche de renseignements relatifs à l'établissement de l'offre.
- L'annexe F constitue le formulaire d'offre dans lequel le soumissionnaire doit notamment indiquer qu'il "s'engage à exécuter, conformément aux conditions et dispositions du cahier spécial des charges DG3/ICT/BPMS, le service défini à cette fin formant le LOT UNIQUE du présent document à exécuter, au prix total mentionné ci-après, indiqué en lettres et en chiffres, libellés en EUROS, hors TVA, de [...]".

9. Des réunions d'informations (questions-réponses) sont organisées le 7 septembre 2004 et le 4 octobre 2004.

10. La partie requérante dépose une première offre, datée du 8 octobre 2004, et une seconde offre, datée du 23 décembre 2004.

11. Le 21 janvier 2005, les services de la partie adverse adressent le résultat de leur analyse des offres au Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique sous la forme d'un "rapport d'évaluation des versions définitives des offres".

Après avoir rappelé "l'objet de l'appel d'offre", le rapport précise la méthodologie d'évaluation suivie, en ce compris la pondération des critères et sous-critères d'évaluation et la motivation de cette pondération, en ces termes :

" Tout d'abord, sur base de la présence des documents administratifs demandés, toutes les offres reçues ont été jugée recevables.

Ensuite, une commission d'évaluation composée de cinq personnes [...] a évalué les différents critères d'attribution publiés par ordre d'importance dans l'appel d'offre :

[...]

□ Architecture technique

- Qualité de l'architecture
- Modularité de l'architecture
- Performance d'ensemble et convivialité pour l'utilisateur final
- Le degré d'intégration de la solution en elle-même et dans l'environnement du SPF

□ Services et aide proposée

□ La qualité du personnel, son expertise et son expérience dans les domaines assignés

□ Délai d'exécution

Note: Certains critères ont été subdivisés en sous-critères (voir ci-dessous).

Sur base d'une proposition soumise à l'approbation du comité de pilotage actuel du projet, chaque critère a reçu un poids fonction de l'importance qu'il représente dans le cadre de la bonne réalisation de ce projet.

Finalement, le marché a été attribué au soumissionnaire qui de manière unanime au sein du comité de pilotage a obtenu la cotation finale la plus élevée sur base de la grille de pondération suivante :

[...]"

Les résultats de l'évaluation prennent la forme d'un tableau reprenant les points attribués à chaque offre au regard de chaque critère et sous-critère. Pour l'essentiel, ce tableau contient les valeurs suivantes (de ce tableau sont soustraits les résultats des autres soumissionnaires, ainsi que les résultats aux sous-critères qui ne font pas l'objet de contestation dans le cadre du présent recours) :

	%	Valeurs possibles	ACCENTURE		TRASYS	
			Valeurs finales	Résultats pondérés	Valeurs finales	Résultats pondérés
Coûts	30 %			22,1 %		27,1 %
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Fonctionnalités	30 %			30,0 %		16,0 %
Flexibilité/extensibilité	14 %	0 - 10	10	14,0 %	0	0,0 %

Evolutivité	5 %	0 - 10	10	5,0 %	10	5,0 %
Pertinence de la solution proposée			10		10	
Gestion des documents	2 %	0 - 10	10	2,0 %	10	2,0 %
Recherche	2 %	0 - 10	10	2,0 %	10	2,0 %
Annotations	2 %	0 - 10	10	2,0 %	10	2,0 %
Comparaison de documents	2 %	0 - 10	10	2,0 %	10	2,0 %
Dashboard	1 %	0 - 10	10	1,0 %	10	1,0 %
Documentation	1 %	0 - 10	10	1,0 %	10	1,0 %
Simplicité de mise en oeuvre et fonctionnement	1 %	0 - 10	10	1,0 %	10	1,0 %
Architecture technique	20 %			20 %		20 %
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Services et aide proposées	10 %			10 %		10 %
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Qualité du personnel	8 %			8 %		8 %
Expertise et expérience	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Délai d'exécution	2 %			2 %		1,5 %
Nombre de jours entre la phase 2 et janvier 2005	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TOTAL	100%			92,1 %		82,6 %

Sous le point 4 "Explications plus détaillées", le rapport précise que :

" En analysant globalement les résultats de l'évaluation finale, il ressort que les trois éléments suivants font la différence entre les offres reçues :

Ç PRIX

Ç FLEXIBILITE / EXTENSIBILITE

Ç RISQUES.

[...]

En ce qui concerne la FLEXIBILITE / EXTENSIBILITE de la solution proposée, le SPF fait référence au fait que le projet BPR/DG3 doit permettre de mettre en place une solution qui à terme va être étendue à d'autres processus du SPF (par exemple la gestion des agréments des professions de soins de santé, le suivi des déclarations d'accident de travail, etc.).

A la différence des processus couverts dans le cadre du projet BPR/DG3 qui sont fortement basés sur la gestion de dossiers/documents d'enregistrement soumis par les sociétés pharmaceutiques pour l'agrément d'un produit nouveau ou d'une

variation sur un produit existant, les autres processus du SPF sont moins liés à la bonne gestion de documents (Entreprise Content Management - ECM) qu'au suivi du processus en lui-même (Business Process Management - BPM). De plus, à l'avenir, l'analyse des processus deviendra un élément essentiel de la gestion de notre organisation notamment via des outils de simulation (Business Process Analysis).

Lorsque l'on compare les possibilités des produits offerts par les différentes firmes, on constate que le produit EMC - Documentum proposé par Trasys est un produit offrant beaucoup de fonctionnalités afférentes à la gestion de documents mais se trouve limité au niveau de sa gestion des processus (workflow - BPM).

Par contre, le produit FileNet sélectionné par Accenture dispose quant à lui en standard de toutes les fonctionnalités nécessaires à la gestion d'une part des documents et d'autre part des processus (workflow - BPM).

[...]

Si l'on analyse de manière globale les différents métiers exercés au sein du SPF, il en résulte qu'à l'avenir l'accent se portera d'avantage sur l'amélioration de la gestion de nos processus que sur une gestion complexe de nos documents.

Il s'agit donc pour le SPF, au-delà du projet BPR/DG3, de se doter d'une solution offrant des fonctionnalités suffisamment étoffées du côté workflow/BPM tout en proposant suffisamment de possibilités pour la gestion documentaire afin de garantir une extension aux autres processus du SPF de manière simple.

C'est donc à ce titre que le produit EMC - Documentum (pour sa partie workflow/BPM limitée) se trouve fortement pénalisé dans l'évaluation, et donc que la proposition de Trasys se retrouve en retrait par rapport à Accenture et à Software AG."

Sous le point 5 intitulé "Prochaines étapes", le rapport indique notamment ce qui suit :

- " Suite à la sélection de la firme retenue sur base de sa meilleure offre, en l'occurrence Accenture, va s'ensuivre une négociation finale qui va tendre à encore faire baisser le coût de la solution offerte ainsi qu'à s'assurer en détail d'une bonne compréhension mutuelle du dossier. Un contrat sera établi sur cette dernière base en même temps que la mise à disposition des fonds de la réserve du fond des médicaments par le SPF budget.

[...]

Reste la problématique du budget global approuvé pour ce projet, c.-à-d. 3.3 M€ qui doit être comparé à l'offre globale d'Accenture représentant actuellement, sans la négociation finale, un montant de 3,9 M€ (conversion des dossiers jaunes incluse), soit un déficit de 600 K€ pour couvrir les besoins de la DG3.

Le SPF entend compenser cette différence en jouant sur plusieurs leviers. Tout d'abord via la négociation finale, ensuite en reprenant une partie des coûts de maintenance inclus dans les coûts projets dans les budgets récurrents du SPF, et enfin en mutualisant une partie des investissements hardware/software avec des projets prévus en 2005 pour le reste du SPF. Le SPF estime à ce jour que ces différentes mesures seront suffisantes pour assurer que le montant du contrat sera en ligne avec les 3,3 M€ actuellement approuvés."

En conclusion, le rapport prévoit ce qui suit :

" Finalement, le SPF a décidé de ne pas retenir Getronics vu son prix trop élevé, de ne pas considérer la solution de Trasys basée sur EMC - Documentum pour son manque d'extensibilité vers d'autres processus du SPF, et de ne pas prendre le risque global lié au manque d'expertise et d'expérience ainsi que le risque technologique de la solution proposée par Software AG. C'est donc sur cette base que, unanimement, la meilleure offre d'Accenture a été retenue.

Ce faisant, le SPF choisit FileNet, un des leaders du marché, produit solide, référencé au niveau international et déjà largement utilisé au sein de l'administration. FileNet permet d'avoir un produit dont l'extensibilité et les nombreuses fonctionnalités pourront être utilisées de manière optimale non seulement dans le cadre de la DG3, mais également dans l'ensemble du SPF.

La solidité et le professionnalisme de la société Accenture ne sont plus à démontrer et son choix permet au SPF d'assurer la réalisation d'un projet en temps, en qualité, à moindre risque et dans les budgets prédéfinis.

Enfin, en terme de délai, Accenture propose de livrer sa solution pour la phase 2 plus rapidement que les autres firmes (2 mois plus tôt), ce qui constitue également un avantage non négligeable."

12. le 24 janvier 2005, la partie adverse adresse le courrier recommandé suivant à la partie requérante :

" Madame, Monsieur

MOTIVATION DE L'ATTRIBUTION DU MARCHE

- Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, en particulier l'article 17, § 3, 4;
- Vu le cahier spécial des charges;
- Considérant que les offres des soumissionnaires Accenture, Getronics, Trasys et Software AG ont été reprises dans la shortlist; en conséquence des négociations, entre-temps terminées, ont été effectuées avec ces soumissionnaires.
- Considérant que les «best and final offers» ont été examinées dans le cadre des critères d'attribution repris dans le cahier spécial des charges.
- Considérant que lors de cet examen, il est apparu que la «best and final offer» d'Accenture a obtenu la cotation finale la plus élevée (voir rapport d'évaluation en annexe) et qu'elle vient, en conséquence, en considération pour l'attribution du marché;

J'ai décidé d'attribuer le marché à la société Accenture de Bruxelles."

Il s'agit de l'acte attaqué, lequel est notifié à l'adjudicataire par un courrier recommandé du même jour.

13. Le 2 février 2005, la partie adverse envoie à la requérante un nouveau courrier recommandé rédigé comme suit :

" Madame, Monsieur,

Votre offre pour le marché repris sous rubrique a été examinée de façon approfondie. Dans une première phase, votre offre a été examinée dans le cadre de la régularité administrative et technique. Il a été constaté que votre offre était administrativement et techniquement régulière. Puis, votre offre a été examinée dans le cadre de la shortlist de soumissionnaires avec lesquels des négociations seraient menées. De cet examen, il est apparu que votre société pouvait être reprise dans la shortlist. Par conséquent, des négociations ont été menées avec votre entreprise, négociations qui, entre temps, ont été clôturées. Finalement, votre offre (BAFO) a été examinée dans le cadre des critères d'attribution repris au cahier spécial des charges. De cet examen, il est apparu que l'offre de la société Accenture est l'offre régulière la plus avantageuse. En conséquence, j'ai décidé d'attribuer le marché à Accenture de Bruxelles.

Sur base de l'article 80 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, nous vous ferons parvenir, sur demande écrite, la décision motivée de l'attribution du marché.

Vous avez également la possibilité, toujours sur demande écrite, de consulter auprès du pouvoir adjudicateur les documents administratifs relatifs à ce dossier. Si vous le souhaitez, vous pourrez également obtenir des éclaircissements ainsi qu'une copie du dossier administratif, à l'exception cependant des documents administratifs qui contiennent des données confidentielles (article 4-6 de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration).

Si vous l'estimez nécessaire, une requête en suspension et/ou en annulation de cette décision de non-attribution du marché à votre entreprise peut être déposée auprès du Conseil d'Etat, rue de la Science, 33, à 1040 Bruxelles. Cette requête doit être introduite dans un délai de 60 jours calendrier à compter du jour calendrier qui suit la notification de la présente.[...]"

14. Le 18 février 2005, la partie requérante a saisi le Président du tribunal de première instance de Bruxelles siégeant en référé, lequel a, par une ordonnance du 13 mai 2005, jugé que "la décision d'attribution du marché n'apparaît, au vu des développements qui précèdent, pas manifestement irrégulière". La requérante a interjeté appel de cette ordonnance devant la Cour d'appel de Bruxelles, qui, par un arrêt du 6 septembre 2007, a rejeté cet appel pour défaut d'urgence.

15. Le 2 mars 2005, la partie adverse organise une réunion d'explications à l'attention des soumissionnaires évincés. En ce qui concerne la société TRASYS, le procès-verbal de cette réunion, qui est interne à la partie adverse, indique ce qui suit :

" Explication des résultats et de la raison principale de leur deuxième position liée au manque de flexibilité et d'extension du module Workflow de Documentum. Ils ont reconnu que leur offre était en effet orientée DG3. Ils admettent aussi que le workflow de Documentum est moins performant. Ils avaient en effet pensé à FileNet mais ils pensent que ce système est trop lourd, trop complexe à mettre en [oeuvre] et c'était le pourquoi de leur choix de Documentum plus approprié à la DG3.";

Considérant que la partie requérante prend un moyen, le deuxième de la requête, de "la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la

motivation formelle des actes administratifs, du principe général de motivation des actes administratifs, des prescriptions 1.13.1 et 1.13.3 du cahier spécial des charges n/ DG3/ICT/BPMS, de l'erreur ou de l'absence de motifs, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir"; que le moyen est divisé en quatre branches; que dans la troisième branche, la partie requérante soutient que "à supposer que la décision querellée se soit, sans le moindre doute, approprié le contenu du rapport d'évaluation, cette décision écarte l'offre de la requérante en raison de son «manque de flexibilité pour les extensions futures vers d'autres processus du SPF du produit EMC - Documentum» (page 8 du rapport), ce qui dénature le critère «fonctionnalité» qui ne visait pas la possibilité d'extensions du système proposé vers les autres services du SPF Santé publique", que "la partie adverse était tenue d'appliquer, sans les dénaturer, les critères d'attribution qu'elle avait elle-même définis dans le cahier spécial des charges, de sorte qu'elle ne pouvait analyser, sous le couvert du critère «fonctionnalité», les extensions futures du système proposé vers les autres services du SPF Santé publique puisque la possibilité d'utiliser le produit informatique dans d'autres directions générales du SPF n'avait pas été envisagée par le cahier spécial des charges";

Considérant que dans le mémoire en réponse et dans le dernier mémoire, la partie adverse soutient que "lors des nombreuses réunions d'information ou de négociations auxquelles a participé la requérante, il a toujours été clairement spécifié à l'ensemble des candidats que la solution proposée devait être extensible à l'ensemble du SPF, de telle manière que la requérante ne peut feindre à présent de l'ignorer", que l'exigence d'extensibilité "figure expressément dans le cahier spécial des charges, selon lequel le critère «fonctionnalité» doit s'entendre eu égard à la capacité du système proposé de répondre aux exigences énoncées dans le cahier spécial des charges, ainsi que «l'évolutivité et son extensibilité», que, "lors de la réunion d'explication des résultats du dossier d'évaluation du 3 février 2005, il a été exposé aux représentants de la requérante que la raison principale de leur deuxième position était liée au manque de flexibilité et d'extension du module work-flow du documentum, et qu'à cette occasion, ils ont reconnu que leur work-flow de documentum était moins performant", que cette exigence avait été rappelée lors de la réunion d'information du 7 septembre 2004 (questions n/ 23 et 26) et que le document "question-answer" du 4 octobre 2004 précise que "le système doit être capable d'être étendu à 600 utilisateurs, sans coût supplémentaire pour le SPF"; que la partie adverse estime encore que la requérante "se trompe dans l'énumération et l'explication des critères et leur cotation" et précise que :

" les critères sont :

1. Flexibilité/extensibilité : la requérante a reçu la note «relative» 0, car il a été jugé que les possibilités d'extensibilité de documentum sur l'ensemble des services du SPF étaient moindres que celles de FileNet. Cette note relative met en exergue que la flexibilité/extensibilité potentielle de Documentum est moindre que celle de FileNet. En ce qui concerne l'argumentation de la requérante selon laquelle «les fonctionnalités de documentum peuvent être utilisées pour des workflow», il convient de préciser que la partie adverse a bien lu cette fonctionnalité, mais a considéré qu'elle ne satisfait pas entièrement aux besoins spécifiques des autres DGS du SPF. Il s'agit là du pouvoir d'appréciation du pouvoir exécutif, auquel le pouvoir judiciaire ne peut se substituer, pas plus que la demanderesse en l'absence d'erreur manifeste.

2. Evolutivité : la requérante a reçu la note relative 10 pour ce poste.";

que la partie adverse indique, enfin, que le Président du Tribunal de première instance siégeant en référé a rejeté le même grief;

Considérant que la critique contenue dans la troisième branche concerne le deuxième critère d'attribution qui, dans le cahier spécial des charges, est intitulé "fonctionnalité : la capacité du système proposé de répondre aux exigences énoncées dans ce cahier spécial des charges" et comprend les sous-critères suivants : "pertinence de la solution proposée; l'évolution et son extensibilité; la flexibilité; la documentation; la simplicité de sa mise en oeuvre et de son fonctionnement"; que dans le rapport d'évaluation des offres, auquel la partie adverse s'est ralliée dans la décision attaquée, ce critère s'est vu attribuer la pondération suivante : 30 % dont 14 % pour la "flexibilité/extensibilité" et 5 % pour l'"évolutivité";

Considérant qu'il s'ensuit que le libellé de ces deux sous-critères n'est pas le même dans le cahier spécial des charges et dans le rapport d'évaluation des offres puisque l'extensibilité est couplée, dans le premier cas, à l'évolution du système et, dans le second cas, à la flexibilité du système;

Considérant, par ailleurs, qu'il ressort clairement du cahier spécial des charges que les offres devaient porter sur les projets informatiques dans le cadre du projet B.P.R. de la direction générale Médicaments (DG3), à l'exclusion des autres directions générales du service public fédéral Santé publique; qu'il y a lieu de se référer non seulement à l'intitulé explicite du marché, mais également :

- à la description du cadre spécifique du projet, dans laquelle seules les missions de la DG3 sont présentées (cahier spécial des charges, p. 6);
- à la description du cadre technique du projet, dans laquelle seules les infrastructures et les processus de la DG3 sont présentés (cahier spécial des charges, p.7);

- à la description des phases successives du projet, selon laquelle il est précisé que l'extension de la solution au reste du service public fédéral "ne fait pas partie du périmètre de ce projet" (cahier spécial des charges, p. 9);
- à l'observation générale précédant les prescriptions techniques, selon laquelle "le système intégré de gestion des documents et la base de données associée, s'ils seront en premier lieu utilisés pour les activités critiques de la DG3, doivent être conçus pour couvrir progressivement la totalité de ses activités" (cahier spécial des charges, p. 24);
- aux prescriptions techniques, qui portent sur la DG3 (cahier spécial des charges, pp. 24 - 43);
- à l'annexe B, dans laquelle sont longuement décrites l' "organisation de la DG3 et [la] liste des processus mis en oeuvre actuellement au sein de la DG3", à l'exclusion des autres directions générales du service public fédéral Santé publique;
- à l'annexe C consistant dans la liste indicative des "bases de données et modèles des données au sein de la DG3", à l'exclusion des autres directions générales du service public fédéral Santé publique;

qu'il s'ensuit que le marché ne portait pas sur les autres directions générales du service public fédéral Santé publique, et ce d'autant plus qu'aucune spécification technique n'était fournie quant aux besoins de ces autres directions générales du service public fédéral;

Considérant que les critères et sous-critères d'attribution définis par le cahier spécial des charges doivent être compris au regard de l'objet du marché ainsi défini; que, selon le cahier spécial des charges, le critère de "fonctionnalité" est d'ailleurs défini comme "la capacité du système proposé de répondre aux exigences énoncées dans ce cahier spécial des charges"; que ni le sous-critère "évolution et [...] extensibilité", ni le sous-critère "flexibilité" ne peuvent être compris comme étant destinés à mesurer la capacité du système proposé par les soumissionnaires à répondre aux exigences propres d'autres directions générales du service public fédéral que la direction générale faisant l'objet du marché; que l'évolution, l'extensibilité et la flexibilité du système ne peuvent s'entendre, eu égard à l'objet du marché et à la définition du critère "fonctionnalité", que par rapport aux besoins futurs de la direction générale des Médicaments ("upgrades" de la solution proposée, intégration d'autres banques de données, extension à d'autres processus de la DG3, extension à d'autres utilisateurs, etc...); qu'il n'y a pas lieu à cet égard de tenir compte d'autres documents que l'avis de marché et le cahier spécial des charges;

Considérant, toutefois, qu'en ce qui concerne le deuxième critère "Fonctionnalités", la partie adverse s'est principalement basée, lors de l'évaluation des offres, non plus sur la capacité du système proposé de répondre aux exigences propres de la DG3, mais sur sa capacité à être adapté aux exigences des autres directions générales du service public fédéral Santé publique; qu'ainsi, à propos de la pondération de ce critère, le rapport d'évaluation des offres indique ce qui suit :

" La possibilité de réutiliser la solution et de pouvoir l'étendre de manière flexible aux autres DGs du SPF est un des critères les plus importants de cette évaluation. Chaque nouvel investissement ICT au sein du SPF doit pouvoir s'inscrire dans une perspective de futur. Sachant que toutes les offres étaient pertinentes au niveau de la solution proposée, seuls les éléments discriminants ont été considérés pour ce critère.";

que dans les "explications plus détaillées", le rapport d'analyse indique que "les trois éléments suivants font la différence entre les offres reçues :

Ø PRIX;

Ø FLEXIBILITE/EXTENSIBILITE;

Ø RISQUES"

et qu'"en ce qui concerne la FLEXIBILITE / EXTENSIBILITE de la solution proposée, le SPF fait référence au fait que le projet BPR/DG3 doit permettre de mettre en place une solution qui à terme va être étendue à d'autres processus du SPF (par exemple la gestion des agréments des professions de soins de santé, le suivi des déclarations d'accident de travail, etc.)"; qu'en conclusion, le rapport d'analyse prévoit que "finalement, le SPF a décidé [...] de ne pas considérer la solution de Trasys basée sur EMC - Documentum pour son manque d'extensibilité vers d'autres processus du SPF" et que "ce faisant, le SFP choisit FileNet, [...] un produit dont l'extensibilité et les nombreuses fonctionnalités pourront être utilisées de manière optimale non seulement dans le cadre de la DG3, mais également dans l'ensemble du SPF";

Considérant qu'il s'ensuit que la partie adverse a donné au critère "Fonctionnalités" un sens qu'il n'avait pas dans le cahier spécial des charges et a de la sorte dénaturé celui-ci; que dans le cadre d'une procédure négociée avec publicité, le pouvoir adjudicateur, qui dispose d'une marge de manoeuvre plus large qu'en adjudication ou en appel d'offres quant au choix de l'adjudicataire, est néanmoins tenu de respecter les principes d'égalité et de transparence ainsi que les règles qu'il s'est lui-même fixées au travers de l'avis de marché et du cahier spécial des charges dont les critères d'attribution; qu'il ressort du tableau d'évaluation des offres que l'offre de la requérante a été fortement pénalisée au regard de ce critère d'attribution puisqu'elle se voit conférer une note de 0/14 pour le sous-critère "Flexibilité/extensibilité" alors que

l'attributaire a reçu une note de 14/14; qu'il s'agit en outre du seul écart défavorable à la requérante en-dehors de celui de 0,5/2 pour le délai d'exécution; que le moyen, dans sa troisième branche, est fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision par laquelle, le 24 janvier 2005, le ministre des Affaires sociales et de la Santé publique a attribué à la société ACCENTURE un marché public de services portant sur la mise en oeuvre informatique des résultats du re-engineering de la direction générale des Médicaments du service public fédéral Santé publique.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le deux mars deux mille dix par :

M^{me} DAURMONT,
MM. NIHOUL,
HOUYET,
M^{me} LAUVAU,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

K. LAUVAU.

O. DAURMONT.