CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 207.981 du 7 octobre 2010

G./A.185.653/VI-17.550

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

ayant élu domicile chez
Me Jean-Emmanuel BARTHELEMY, avocat,
rue des Marcottes, n° 30,
7000 Mons,

contre :

le Centre Hospitalier Universitaire de Liège,
en abrégé C.H.U. de Liège.

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

Vu la requête introduite le 29 octobre 2007 par la société anonyme MEXYS qui demande l'annulation de "la décision prise en date du 18 octobre 2007 par l'administrateur délégué du Centre Hospitalier Universitaire de Liège d'attribuer le marché visé par le cahier spécial des charges n/ CHU/06.33 relatif à la fourniture, la mise en place, la mise en service et la maintenance, au C.H.U. de Liège, d'un système de gestion informatisée de la feuille d'anesthésie, ainsi que la formation à l'utilisation de ce système, à la firme MEDA, pour un montant total estimé à 564.883,06 €, TVAC.";

Vu l'arrêt n° 176.607 du 9 novembre 2007 rejetant la demande de suspension d'extrême urgence;

Vu la demande de poursuite de procédure introduite le 26 novembre 2007 par la partie requérante;

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. THIBAUT, Premier auditeur au Conseil d'Etat;

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

Vu l'ordonnance du 11 juin 2010, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 22 septembre 2010;

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

Entendu, en leurs observations, Me Pascal KESTEMAN, loco Me Jean-Emmanuel BARTHELEMY, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Véronique BERTRAND, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Premier 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 requête ont été exposés dans l'arrêt n° 176.607 du 9 novembre 2007 précité;

Considérant que la requérante soulève un premier moyen pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 1er, alinéa 1er, et de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 115 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, du principe de bonne administration, de l'article 1.2.11. du cahier spécial des charges, de l'erreur manifeste de droit ou de fait, du détournement de pouvoir et de l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; que, dans une première branche, la requérante expose que la partie adverse a relevé, de manière erronée et sans justification, son offre de 169.400 euros à l'occasion de l'évaluation du critère n/ 5 au niveau de l'investissement de base, que la motivation de l'acte attaqué est dès lors entachée d'une erreur manifeste en ce qui concerne la notation de 3,81 attribuée à l'adjudicataire MEDA, que, dans son offre, elle s'engageait pour un prix global, étant, pour le forfait de cinquante postes, de 474.977,60 euros T.V.A.C. et que l'ajout de 169.400 euros T.V.A.C. ne correspond à rien et n'est pas motivé, qu'il s'ensuit que la notation pour l'adjudicataire était dès lors de 2,86; que, dans une deuxième branche, la requérante indique que la partie adverse a relevé, de manière erronée et sans justification, son offre de 3.388 euros à l'occasion de

l'évaluation du critère n/ 5 au niveau des postes supplémentaires, que la motivation de l'acte attaqué est dès lors entachée d'une erreur manifeste en ce qui concerne la notation de 0,98 attribuée à l'adjudicataire MEDA, que, dans son offre, elle s'engageait pour un prix unitaire par poste supplémentaire de 5.950 euros, soit 7.199,50 euros T.V.A.C. et que l'ajout de 3.388,00 euros T.V.A.C. ne correspond à rien et n'est pas motivé, qu'il n'est pas repris dans son offre écrite et qu'il s'ensuit que la notation pour l'adjudicataire était dès lors de 0,67 et non de 0,98; que, dans une troisième branche, la requérante expose que la motivation de l'acte attaqué pour ce qui concerne le classement de son offre est entachée d'une erreur manifeste en ce qu'elle attribue une notation de 5,44 pour le critère n/ 5 à l'adjudicataire MEDA, que, sans cette erreur, la notation de MEDA aurait été, pour ce critère, de 4,18 et que la motivation de l'acte attaqué est entachée d'erreurs manifestes; que dans une quatrième branche, la requérante expose que la motivation de l'acte attaqué pour ce qui concerne le classement de son offre est dès lors entachée d'une erreur manifeste en ce qu'elle attribue une notation finale de 81,2 à l'adjudicataire MEDA, que, sans cette erreur, la notation finale de MEDA aurait été de 79,94 et que la motivation de l'acte attaqué est dès lors entachée d'une erreur manifeste d'appréciation; que, dans une cinquième branche, la partie requérante fait valoir que l'acte attaqué en ce qu'il attribue à l'adjudicataire MEDA la première place en fonction des critères sélectionnés et pondérés est entaché d'une erreur manifeste, que l'offre de MEDA devait se voir attribuer 79,94 points, que son offre avait obtenu 79,96 points et que le marché public devait lui être attribué; que, dans une sixième branche, la partie requérante expose que, en toutes hypothèses, le rehaussement de son offre pour la comparaison du coût d'investissement et des postes supplémentaires manque de toute motivation adéquate au sens de la loi du 29 juillet 1991 précitée, que le montant repris pour chaque soumissionnaire doit correspondre à l'offre écrite, qu'à défaut de prendre en considération le prix avancé dans l'offre écrite, le pouvoir adjudicateur viole le principe général d'égalité de traitement, se rend coupable de détournement de pouvoir et ne motive pas adéquatement sa décision en s'abstenant de toute explication sur les raisons ayant justifié le rehaussement du prix considéré pour la comparaison avec les autres offres; que, dans une septième branche, la requérante expose que, sans ce rehaussement irrégulier, son offre était la plus intéressante en tenant compte de tous les critères d'attribution mentionnés dans le cahier spécial des charges, que le marché public devait dès lors lui être attribué, qu'il ne lui a pas été attribué en violation du principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires, des dispositions du cahier spécial des charges et de la loi du 24 décembre 1993 précitée;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse fait valoir, au sujet de l'ensemble des branches, que le cahier spécial des charges obligeait les soumissionnaires à remettre un prix forfaitaire pour la fourniture de cinquante logiciels de gestion de la feuille d'anesthésie et un prix unitaire pour des postes supplémentaires éventuels à commander dans les deux ans, qu'il résulte de l'annexe 2 du cahier spécial des charges "structure de l'offre" que les soumissionnaires devaient remettre la liste complète des diverses options disponibles avec indication du prix, que, lors de l'examen de l'offre de la requérante, il est apparu qu'elle n'avait pas inclus dans le prix des logiciels le "boîtier Xpresso 4 entrées" pour la connexion des appareils médicaux et le "câble d'interface Xpresso - machine médicale" alors que ces éléments sont indispensables au fonctionnement des logiciels dans le cadre technique du C.H.U., mais qu'ils avaient été valorisés sous forme d'options, que la solution à déployer devant disposer des moyens de connexion aux appareils médicaux, ses services ont dû ajouter le prix de ces boîtiers au prix forfaitaire remis pour les cinquante logiciels demandé et au prix du logiciel complémentaire, que la même démarche a été effectuée pour les offres des entreprises concurrentes, que le montant des offres a dès lors été modifié dans le même ordre de grandeur, qu'en attribuant la notation de 5,44/7 à la firme MEDA pour le critère n° 5, aucune erreur manifeste d'appréciation n'a dès lors été commise, que ses services ont agi pour rendre les offres comparables, que le principe d'égalité a été respecté et que la décision est dès lors formellement motivée puisque la mention "matériel connexion appareils médicaux" et la mention du prix unitaire des éléments visés permettaient à la requérante de comprendre aisément à quoi se rapportaient les montants de 169.400 et 3.388 euros;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante indique qu'elle s'insurge contre l'affirmation gratuite de la non-prise en considération de tous les éléments nécessaires au fonctionnement du système de gestion de la feuille informatisée d'anesthésie pour répondre à la contrainte fonctionnelle obligatoire, qu'elle s'est engagée à exécuter le marché conformément aux clauses et conditions du cahier spécial des charges, que son offre forfaitaire comprenait l'ensemble des éléments nécessaires au fonctionnement du système, que le cahier spécial des charges prévoit que le marché public est à prix global, que cette disposition prévoit que le soumissionnaire inclut dans ses prix unitaires et globaux tous les frais pouvant grever le prix du logiciel proposé, que la partie adverse ne l'a pas interpellée afin d'avoir des explications complémentaires sur ce que recouvrait son prix global, que la partie adverse se réfère de manière erronée à son offre qui renseigne les prix à l'unité des boîtiers Xpresso dans la rubrique des diverses options disponibles, que cette liste comprend le prix à l'unité en cas de commande complémentaire en plus de l'offre prévue, qu'il n'y avait pas lieu

à modification unilatérale et sans information complémentaire du prix forfaitaire en contradiction avec les termes mêmes de celle-ci et que le fait d'ajouter purement et simplement le coût de ces options sans lui adresser de demande de renseignements ou lui signifier les motifs pour lesquels ces options étaient indispensables, démontre que les dispositions visées au moyen ont été violées;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la requérante précise que la partie adverse dans son mémoire et l'auditeur-rapporteur commettent une erreur de fait en limitant l'objet de l'appel d'offres à la fourniture de cinquante logiciels de la gestion de la feuille d'anesthésie et paradoxalement, dans le même temps, à la formation à l'utilisation de ce système; qu'elle estime s'être engagée dans son offre à exécuter conformément aux clauses et conditions du cahier spécial des charges le marché relatif à la fourniture d'un système de gestion de la feuille informatisée d'anesthésie à un prix global qui y était mentionné; que, selon la requérante, cette offre forfaitaire comprenait l'ensemble des éléments nécessaires au fonctionnement du système de gestion de la feuille informatisée d'anesthésie et répondait à toutes les contraintes fonctionnelles obligatoires; qu'elle fait valoir que si la partie adverse nourrissait un doute quelconque sur l'inclusion du système de connexion Xpresso dans le prix global, elle ne l'a cependant pas interrogée afin d'avoir des explications sur ce que recouvrait le prix global énoncé dans son offre; qu'elle ajoute que c'est erronément que la partie adverse fait référence à l'offre MEXYS qui renseigne les prix à l'unité des boîtiers Xpresso dans le cadre de la rubrique "liste complète des diverses options disponibles avec indication des prix" car cette liste concerne le prix à l'unité uniquement en cas de commande complémentaire en plus de l'offre; qu'elle indique que les options disponibles, qui figuraient dans son offre, ne devaient donc pas se cumuler avec l'offre de base à prix global et qu'il n'y avait donc pas lieu de modifier unilatéralement, sans information complémentaire, le prix forfaitaire qu'elle avait présenté;

Considérant que le marché litigieux a pour objet la fourniture, la mise en place, la mise en service et la maintenance, au Centre Hospitalier Universitaire de Liège, d'un système de gestion informatisée de la feuille d'anesthésie (GIFA) ainsi que la formation à l'utilisation de ce système; que, s'agissant du mode de détermination du prix, l'article 1.2.5. du cahier spécial des charges distingue deux parties; que la première concerne cinquante logiciels pour lesquels un prix forfaitaire devait être proposé par les soumissionnaires et la seconde partie porte sur des postes supplémentaires pour lesquels des prix unitaires devaient être présentés; que la requérante a soumis pour les cinquante logiciels une offre d'un montant de 474.977,60 euros et pour chaque poste supplémentaire une offre d'un montant de 7.199,50 euros; que bien que l'article

1.2.5. du cahier spécial des charges requérait que le prix global proposé pour les cinquante logiciels couvre l'ensemble des fournitures et prestations nécessaires à l'exécution du marché et que le prix unitaire pour les postes supplémentaires inclue tous les frais pouvant grever le prix du logiciel et des fournitures, il ressort de l'offre de la requérante qu'elle n'a pas inclus dans ses prix proposés celui du matériel nécessaire à la connexion des logiciels; qu'elle a présenté ce matériel comme constituant une option, susceptible d'être acquise en plus des logiciels, et a proposé un prix séparé pour ce matériel distinct des prix précités de 474.977,60 euros et de 7.199,50 euros; qu'en ajoutant le prix de ce matériel, proposé par la requérante, à ceux qu'elle avait présentés pour les cinquante logiciels et pour les postes supplémentaires, la partie adverse n'a pas méconnu les normes invoquées par la requérante; que, par ailleurs, la partie adverse n'était nullement tenue d'interroger la requérante sur la portée de son offre qu'elle a appréciée justement; que la requérante ne peut valablement soutenir qu'elle ne pouvait comprendre aisément le montant de 169.400 euros que la partie adverse a ajouté à celui de son offre relative aux cinquante logiciels et qui correspond au prix proposé par la requérante, incluant la taxe sur la valeur ajoutée, pour cinquante unités du matériel de connexion nécessaires pour les cinquante logiciels; que, de même, la requérante a pu comprendre aisément que le montant de 3.388 euros, ajouté par la partie adverse à celui de son offre relative aux postes supplémentaires, coïncidait au prix qu'elle avait proposé et incluant la taxe sur la valeur ajoutée, pour le matériel de connexion relatif à un poste supplémentaire; qu'enfin, la requérante n'établit nullement le détournement de pouvoir qu'elle dénonce;

Considérant que la requérante soulève un deuxième moyen pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des principes généraux de bonne administration, de l'excès de pouvoir, de l'article 1er, alinéa 1er, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'article 2.4.3.1. du cahier spécial des charges; qu'elle expose que les soumissionnaires s'étaient engagés, en déposant leur offre, à faire la démonstration du bon fonctionnement du ou des logiciels proposés dans un établissement hospitalier européen, de préférence francophone, de taille et d'activité similaires à celles du C.H.U., que l'adjudicataire MEDA a été autorisé à présenter un logiciel dans un établissement hospitalier de taille et d'activité non similaires à celles du C.H.U., que l'autre logiciel n'a pas été présenté en fonctionnement, que la mention du rapport d'analyse des offres relative à la présentation des logiciels est inexacte, que la partie adverse a ainsi manqué à son obligation de motivation adéquate, n'a pas respecté le prescrit du cahier spécial des charges et a manqué au respect du principe

d'égalité, que le C.H.U. comporte neuf cent cinquante-cinq lits agréés et plus de cent vingt salles d'opération, que les soumissionnaires devaient être en mesure de faire la preuve du fonctionnement des logiciels dans un établissement hospitalier de taille et d'activité similaires, que la vérification du fonctionnement in situ des logiciels devait être appréciée pour évaluer les offres en concurrence, qu'elle a présenté le logiciel eXacto aux représentants de la partie adverse aux Cliniques universitaires Saint-Luc le 23 janvier 2007, qu'il s'agit d'un établissement de taille et d'activité similaires à celui visé dans l'appel d'offres général, que la firme MEDA n'a pu présenter en fonctionnement le logiciel NAS dans un établissement de taille et d'activité similaires, que ce logiciel n'est actuellement pas exploité, que MEDA n'a procédé qu'à une présentation par un expert externe et directement auprès de la partie adverse, que l'autre logiciel a été présenté dans un établissement non comparable, que, malgré l'absence de présentation de bon fonctionnement des logiciels, la partie adverse a irrégulièrement considéré dans l'acte attaqué que la firme MEDA avait organisé une démonstration de bon fonctionnement conformément à l'article 2.4.3.1. du cahier spécial des charges et qu'elle a ainsi méconnu la portée du cahier spécial des charges et violé le principe de l'égalité de traitement;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse fait valoir que la feuille informatisée d'anesthésie concerne deux sites du C.H.U., soit trente-deux salles d'opération et dix-huit salles d'anesthésie, que le cahier spécial des charges ne mentionne pas le nombre de salles d'opération, que, comme les fonctions de post-anesthésie ne sont pas concernées par le cahier spécial des charges, le nombre de postes visés est de trente-huit au Sart-Tilman et de douze à Notre-Dame des Bruyères, que la consultation d'anesthésie-réanimation n'est pas non plus concernée, qu'il est vrai que MEDA a été autorisée à faire la démonstration d'un logiciel au C.H.R. de Huy qui comporte cinq salles d'opération, que cet hôpital était le seul établissement francophone où MEDA avait installé le système de gestion de la feuille d'anesthésie, les deux autres hôpitaux étant ceux de Stockholm et de San Gerardo, que la solution d'un déplacement vers ces lieux a paru déraisonnable et contraire au principe d'une bonne gestion en raison du temps et de l'organisation nécessaires, du problème de langue, de l'appréciation des capacités du logiciel possible au C.H.U. lors des tests qui devaient être réalisés et de la taille réduite de ces hôpitaux, qu'il en va de même du logiciel NAS qui n'est la propriété d'aucun hôpital francophone, qu'en procédant de la sorte, le cahier spécial des charges n'a pas été violé, pas plus que l'égalité de traitement, que rien ne permet de conclure que, si un autre soumissionnaire avait été dans une situation semblable, le C.H.U. n'aurait pas agi de la même façon, que la requérante n'a pas montré non plus son système d'aide à la conduite de l'anesthésie, pourtant signalé

comme existant dans l'offre, dans un hôpital sus-défini, ni lors d'une démonstration au C.H.U., que la seule ébauche d'aide montrée au C.H.U. a été un algorithme portant sur une diminution du CO2 établi par le C.H.U. lui-même et que la décision est correctement motivée en décrivant avec précision la façon et les conditions de démonstration;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante soutient que les explications ennuyées de la partie adverse ne sont pas de nature à contredire la violation des dispositions visées au moyen, que le cahier spécial des charges précise, en guise de principe, que, par le seul fait de déposer une offre, le soumissionnaire s'engage à faire la démonstration du logiciel proposé dans un établissement européen et de préférence francophone, de taille et d'activité similaires à celles du C.H.U. et que la permission donnée à MEDA viole le cahier spécial des charges et le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la requérante ajoute qu'au printemps 2010, le système de gestion de la firme MEDA n'est toujours pas opérationnel dans les services de la partie adverse, ce qui jette légitimement un doute certain sur le caractère correct de l'évaluation des capacités effectives du système de la firme MEDA, sur la base d'une présentation du fonctionnement de ce système dans des établissements non comparables et qu'il n'est donc pas raisonnablement contestable que la permission donnée par la partie adverse à la société MEDA viole à la fois le cahier spécial des charges, en ce qu'il organise une évaluation des qualités et capacités respectives des systèmes de gestion et le principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires;

Considérant que l'article 2.4.3.1. du cahier spécial des charges dispose que, par le seul fait du dépôt d'une offre, le soumissionnaire s'engage à faire la démonstration du bon fonctionnement du logiciel proposé dans un établissement hospitalier européen et de préférence francophone, de taille et d'activité similaires à celle du C.H.U.; qu'il ressort du cahier spécial des charges que l'exigence, énoncée par l'article précité, ne constitue ni une condition de régularité des offres, ni, contrairement aux obligations prescrites par les articles 2.4.3.2. et 2.4.3.3., une modalité d'évaluation des critères d'attribution; que, par ailleurs, il ne résulte pas du rapport d'analyse des offres que la démonstration du bon fonctionnement du logiciel, prévue par l'article 2.4.3.1. du cahier spécial des charges, a déterminé ou influencé l'adoption de la décision attaquée; qu'en conséquence, les illégalités dénoncées par la requérante, à les

supposer établies, n'ont pu l'affecter de sorte qu'elle n'a pas d'intérêt à se prévaloir du présent moyen qui est irrecevable;

Considérant que la requérante soulève un troisième moyen pris de la violation des principes généraux de bonne administration, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'absence d'examen concret et raisonnable du dossier, de l'excès de pouvoir et de l'article 1er de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; que, dans une première branche, la requérante expose que les points positifs relevés dans l'offre de l'adjudicataire MEDA pour justifier sa meilleure notation pour les critères nos 1, 2 et 3, sont soit inexacts, soit non distinctifs, soit non conformes au cahier spécial des charges, que, pour ce qui concerne le critère n/ 1 (richesse fonctionnelle), les éléments affichés comme distinctifs de l'offre de MEDA sont présents dans son offre mais sans être portés à son actif, qu'il en va ainsi de l'intégration des actes posés, des produits administrés et des événements survenus, du contrôle de conformité d'une feuille d'anesthésie aux exigences médico-légales, de l'assistance poussée du logiciel, de l'automatisation des calculs, du module existant complémentaire du mécanisme essentiel d'une FIA, qu'en présentant ces éléments comme permettant de distinguer l'offre de MEDA pour lui attribuer 36,83/40, soit sept points de plus que son offre, alors qu'ils ne sont pas distinctifs à l'égard de son offre, le rapport d'analyse des offres ne motive pas adéquatement la notation qui permet à la partie adverse de considérer l'offre de MEDA comme étant la plus intéressante, que, pour ce qui concerne le critère n/ 2 (intégration), la notation attribuant 6,67/9,5 à MEDA et reprenant comme point positif l'accès "single sign on" est fondée sur des éléments inexacts puisque cet élément n'est pas intégré à l'offre de base de MEDA, n'est pas disponible et est d'ailleurs proposé en option de développement pour un coût de 72.600 euros, que, dans son offre, la même fonctionnalité est proposée à 8.167,50 euros sans que cela soit repris à son crédit, que la prise en compte d'un élément non disponible pour justifier la notation de MEDA viole les dispositions visées au moyen, que, pour ce qui concerne le critère n/ 3 (capacité de mise en oeuvre), la notation de MEDA est justifiée par l'utilisation d'un outil ETL, que le cahier spécial des charges prévoit que le système proposé ne peut se limiter à une simple copie des données mais devait pouvoir générer les données pour les intégrer dans une nouvelle base de données, que la solution présentée comme élément positif dans l'offre concurrente est contraire au cahier spécial des charges, que la prise en compte d'un élément contraire au cahier spécial des charges viole les dispositions visées au moyen; que, dans une seconde branche, la requérante fait valoir que la notation de 2,28/3 pour ce qui concerne l'évolution de son logiciel ne peut pas

être justifiée par la circonstance qu'il serait nécessaire de libérer un E.T.P. médecin anesthésiste pendant un an ou deux dès lors que cette nécessité ne ressort aucunement de son offre, qu'il n'existe aucune motivation dans le rapport d'analyse des offres à ce propos, qu'aucune demande de précision ne lui a été faite et que cela ne permet pas de motiver adéquatement la notation;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse fait valoir, au sujet de la première branche, que, pour ce qui concerne le critère n/ 1, les offres ont été soumises à un comité de lecture dont les membres ont rempli une grille d'évaluation correspondant aux critères d'attribution, que les six éléments retenus concernant l'offre de MEDA ne sont pas des éléments qui ne se trouvaient que dans son offre à l'exclusion des autres offres mais des éléments sur lesquels l'offre de MEDA se distinguait de manière significative des autres offres en telle sorte qu'elle a reçu une notation de 20% supérieure, que la motivation du rapport d'analyse des offres est dès lors suffisante et adéquate en comportant les notations attribuées, les points forts et les points faibles, que la requérante peut comprendre les raisons concrètes de la décision du pouvoir adjudicateur, qu'exiger plus reviendrait à demander les motifs des motifs, que, pour ce qui concerne le critère n/ 2, la notation de la requérante est supérieure à celle de MEDA, que l'accès "single sign on" est un élément positif de l'offre MEDA, que ce n'est pas parce que cet élément faisait partie des développements sur demande qu'il ne pouvait pas être pris en considération pour apprécier la capacité d'intégration du système, que la qualité apportée par MEDA à cet élément, notamment en matière de délai d'exécution a permis de faire la distinction, que l'argumentation de notation est inopérante puisque la requérante bénéficie d'une notation supérieure, que, pour ce qui concerne le critère n/ 3, l'offre de la requérante est mieux notée que celle de MEDA, qu'il apparaît de l'offre de MEDA que l'utilisation de l'E.T.L. proposée permet le transfert des données et est conforme au cahier spécial des charges, que le membre de phrase entre parenthèses dans le rapport d'analyse des offres signifie que le système proposé par MEDA permettait en outre de conserver le support sur lequel se trouvait les données, ce qui constituait un avantage par rapport à ce qui était demandé par le cahier spécial des charges, que cette offre était dès lors conforme au cahier spécial des charges et que le rapport d'analyse des offres est adéquatement motivé; que, concernant la seconde branche, la partie adverse répond que le cahier spécial des charges exigeait que le logiciel permette une aide à la conduite de l'anesthésie, que la requérante a prétendu que son système présentait cette qualité, que, à l'occasion des essais, il est apparu que son système ne pourrait remplir cette fonction que si la requérante était épaulée par un médecin anesthésiste-réanimateur travaillant à temps plein pendant un à deux ans pour valider médicalement les informations à incorporer dans le logiciel, que

le pouvoir adjudicateur aurait pu écarter l'offre de la requérante comme non conforme mais s'est limité à considérer qu'il s'agissait d'un élément négatif, que la notation de son offre est dès lors justifiée et que le pouvoir adjudicateur n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation, ni violé les dispositions visées au moyen;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la requérante précise, au sujet de la première branche que la partie adverse ne pouvait retenir comme éléments distinctifs des éléments qui ne le sont pas du tout puisque repris également dans son offre; qu'elle estime que la partie adverse ne prouve d'aucune manière le fait que les mêmes éléments deviendraient distinctifs parce qu'ils mériteraient une notation supérieure de 20 % à celle de la requérante; qu'elle ajoute que la partie adverse n'établit pas non plus en quoi la différence de délai d'exécution, favorable à la firme MEDA, d'un développement sur demande, non présent dans l'offre de base mais proposé dans le chef des deux soumissionnaires, permet davantage de faire la distinction en sa faveur que la différence de prix favorable à la requérante;

Considérant que, concernant la première branche, la partie adverse a exposé, au sujet du premier critère d'attribution, quels étaient les éléments positifs et négatifs caractérisant les différentes offres; qu'il ressort du rapport d'analyse des offres que l'offre de la requérante présentait moins d'aspects positifs et plus d'aspects négatifs que celle de l'attributaire du marché contesté; qu'à supposer que, comme le soutient la requérante, son offre ait également comporté certaines qualités qui ont été reconnues par la partie adverse à sa concurrente, il ne s'en déduit pas que ces qualités aient été nécessairement d'une intensité équivalente; que la requérante n'établit pas que l'appréciation de la partie adverse quant à la qualité respective des offres a été manifestement erronée; qu'en exposant les différents points au regard desquels elle a préféré l'offre de l'attributaire du marché par rapport à celle de la requérante, la partie adverse a justifié suffisamment l'acte attaqué; qu'il ne lui appartenait pas d'indiquer en outre les motifs de ses motifs; que, concernant le deuxième critère d'attribution, la requérante n'établit pas la discrimination qu'elle dénonce; que l'élément litigieux que la partie adverse a pris en considération pour juger l'offre de l'attributaire du marché était, comme la requérante le précise, également présent dans son offre; que la partie adverse a donc comparé leurs offres au regard de ce même élément; que celui-ci présentait dans leurs offres respectives des qualités différentes; qu'il n'apparaît pas que la comparaison de leurs offres par la partie adverse ait été défavorable à la requérante dès lors que la cote qui lui fût conférée pour ce critère d'attribution, fût supérieure à celle accordée à l'attributaire du marché; que, concernant le troisième critère d'attribution, il ne ressort pas de l'article 2.6.2.4.1. du cahier spécial des charges,

comme le soutient la requérante, que la base de données devait générer de nouvelles informations; qu'il résulte seulement de cette disposition que la base de données devait "reprendre l'entièreté des informations contenues dans les bases de données de la feuille informatisée d'anesthésie actuelle"; que la requérante n'établit pas que l'offre de l'attributaire du marché n'était pas conforme à cette exigence; que, s'agissant de la seconde branche, la requérante ne présente aucun élément de nature à démontrer que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que le logiciel, proposé dans son offre, ne permettait pas de répondre au besoin exprimé dans le cahier spécial des charges concernant l'aide à la conduite de l'anesthésie et qu'un module d'aide devait être développé avec l'assistance d'un médecin anesthésiste; que le troisième moyen n'est fondé en aucune de ses deux branches;

Considérant que la requérante soulève un quatrième moyen pris de la violation des articles 1er et 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 115 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'article 1.2.11. du cahier spécial des charges, de l'erreur manifeste d'appréciation, du détournement de pouvoir, du principe général d'égalité de traitement des soumissionnaires et de l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; que, dans une première branche, la requérante expose que la partie adverse a retenu la variante n/ 2 de la société MEDA qui prévoit l'installation de la feuille informatisée d'anesthésie sur cinquante postes sans accès au module d'aide à la décision NAS pour quatorze d'entre eux alors que cette variante ne répond pas aux exigences fonctionnelles relatives à l'aide à la décision figurant au cahier spécial des charges et ne peut dès lors être comparée avec les offres répondant aux exigences du cahier spécial des charges, que ce cahier spécial des charges précise les objectifs fondamentaux du marché public qui doit accroître la sécurité pour le patient par l'apport d'outils d'aide à la décision, que la partie adverse l'admet implicitement en rejetant la variante libre n/ 1 de la société MEDA parce qu'elle ne comporte pas de logiciel NAS pour l'ensemble des postes, que si l'exigence fonctionnelle n'est pas atteinte lorsque l'ensemble des postes ne dispose pas du logiciel NAS, elle ne l'est pas non plus lorsque trente-six postes sur cinquante en sont équipés et que la partie adverse ne pouvait dès lors pas comparer cette variante libre n/ 2 avec des offres régulières; que, dans une deuxième branche, la requérante expose que la partie adverse a retenu la variante n/ 2 de la société MEDA qui prévoit l'installation de la feuille informatisée d'anesthésie sur cinquante postes sans accord au module d'aide à la décision NAS pour quatorze d'entre eux alors que cette variante ne répond pas aux contraintes imposées aux

soumissionnaires et précisées dans le cahier spécial des charges, que les soumissionnaires étaient tenus de fournir une garantie de deux ans couvrant les frais d'intervention et tous les frais de remplacement, que la variante libre n/ 2 retenue par la partie adverse viole cette disposition en fixant un coût de maintenance de 137.976,30 euros dès la deuxième année et contrairement à ce que la société MEDA prévoyait dans l'offre de base et qu'en prenant en compte la variante libre n/ 2 non conforme aux exigences du cahier spécial des charges qu'elle compare aux offres conformes, la partie adverse méconnaît les dispositions visées au moyen; que, dans une troisième branche, la partie requérante expose que la partie adverse a retenu la variante n/ 2 de la société MEDA en commettant les mêmes irrégularités que celles décrites dans les moyens précédents, que la partie adverse n'a pas procédé à de nouvelles évaluations des offres en concurrence mais s'est référée aux évaluations des offres de base en reproduisant les mêmes erreurs;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient que le cahier spécial des charges permettait les variantes libres, que la société MEDA a proposé une variante libre consistant à n'installer le logiciel NAS que sur trente-six postes aptes à le recevoir, qu'il est en effet apparu que, sur cinquante postes concernés, seuls trente-six étaient aptes à dialoguer avec le logiciel NAS, que la société MEDA proposait de limiter la garantie à un an, que, permettant de faire une économie substantielle, cette variante libre a été choisie, que le moyen est inopérant, que si la variante libre n/ 2 n'avait pas été prise en considération, le marché public aurait quand même été attribué à la société MEDA, son offre de base étant la plus intéressante également, que la requérante n'a dès lors pas intérêt au moyen, que les prétendues non-conformités ne sont que des spécificités de la variante libre et que les dispositions visées au moyen n'ont pas été violées;

Considérant que la requérante ne soutient pas que les exigences relatives aux variantes libres, prévues par l'article 1.2.2. du cahier spécial des charges, seraient contraires aux prévisions de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 précitée; que, concernant la première branche, le cahier spécial des charges n'imposait pas de conditions fonctionnelles minimales applicables aux variantes libres; que, dès lors, la variante libre n/ 2 de l'attributaire du marché pouvait ne prévoir que l'équipement de trente-six des cinquante postes sans méconnaître le cahier spécial des charges; que, s'agissant de la deuxième branche, le cahier spécial des charges ne prescrivait pas de conditions de garantie minimales applicables aux variantes libres; que, dès lors, la variante libre n/ 2 de l'attributaire du marché pouvait limiter la garantie à la première année sans méconnaître le cahier spécial des charges; que, dans la troisième branche,

la requérante réitère les critiques, émises dans ses premier, deuxième et troisième moyens; que celles-ci ne sont pas fondées pour les raisons exposées lors de l'examen de ces moyens; que le quatrième moyen n'est fondé en aucune de ses branches,

D E C I D E :

Article 1er.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le sept octobre deux mille dix par :

Mme	Odile DAURMONT,	Président de chambre,
MM.	Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
	Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat,
	Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX. Odile DAURMONT.