

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 224.229 du 3 juillet 2013

G./A.209.166/VI-19.992

En cause : **la société anonyme VANAS ENGINEERING,**

ayant élu domicile chez
Mes Tanguy VANDENPUT et
Patrick DE MAEYER, avocats,
avenue Tedesco, n° 7,
1160 Bruxelles,

contre :

le centre hospitalier régional de Huy,

ayant élu domicile chez
Mes Renaud SIMAR et
André DELVAUX, avocats,
boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 17 juin 2013, la société anonyme VANAS ENGINEERING sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du Centre Hospitalier Régional de Huy du 3 mai 2013 relative au marché «Acquisition d'armoires de pharmacie informatisées», faisant l'objet du cahier spécial des charges n° csc 88, et attribuant ledit marché à l'entreprise Mach4 Pharma Systems, dont le siège social est établi en France, rue de la Forêt à 67550 Vendenheim".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 20 juin 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 1^{er} juillet 2013 à 10 heures 30.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Tangui VANDENPUT, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Renaud SIMAR, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

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

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

Le 5 janvier 2013, la partie adverse a initié une procédure de passation, par appel d'offres général, d'un marché public relatif à l'acquisition de huit armoires à pharmacie informatisées.

L'ouverture des offres a eu lieu le 28 février 2013.

Cinq offres ont été déposées, dont celles de la requérante et de la société MACH4 PHARMA SYSTEM.

Un rapport d'examen des offres a été établi, le 30 avril 2013, par les services de la partie adverse.

Le 3 mai 2013, la partie adverse a décidé d'attribuer le marché public concerné à la société MACH4 PHARMA SYSTEM. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. PREMIER MOYEN

IV.1. Arguments des parties

La requérante soulève un premier moyen pris :

- " - De la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et de la violation des principes d'égalité et de non discrimination,

- de la violation de l'article 110 § 2 de l'AR du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;
- de la violation du Cahier spécial des Charges portant la référence n° csc 88 relatif au marché de fournitures ayant pour objet «Acquisition d'armoires informatisées», et plus particulièrement de la partie «III. Description des exigences techniques, Titre 3.B.2. Armoires» ;
- de la violation du principe de droit «patere legem quam ipse fecisti»;
- de la violation des principes généraux du droit administratif et, plus particulièrement, de la violation de l'obligation de prendre des décisions avec soin (devoir de minutie);
- de l'erreur manifeste d'appréciation ;
- et de l'excès de pouvoir."

Elle soutient que :

" 1.
L'article 110 §§ 1 et 2 de l'AR du 8 janvier 1996 dispose dans les termes suivants :

«§ 1^{er}. L'attribution du marché s'opère sur la base du ou des critères d'attribution, après la vérification de l'aptitude des soumissionnaires ou des candidats non exclus, effectuée par le pouvoir adjudicateur conformément aux règles de sélection qualitative.

§ 2. Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité.»

2.
Indépendamment du régime de possible nullité des offres mis en place par l'article 110, § 2 précité, il est de doctrine et de jurisprudence constantes que l'autorité adjudicatrice se doit d'apprécier le caractère substantiel ou non de l'irrégularité constatée, au regard des objectifs de la législation relative aux marchés publics (P. THIEL, *Marchés publics et PPP*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 475).

C'est en ce sens qu'écrivent notamment C. DARDENNE, A. DELVAUX et A-L DURVIAUX :

«Quelle qu'en soit l'origine, seules les irrégularités substantielles peuvent entraîner l'éviction d'une offre déposée.

Le concept d'irrégularité substantielle n'est pas défini dans l'arrêté royal.

Pour déterminer si une irrégularité est ou non substantielle, on peut cependant se référer aux principes et critères suivants qui ont été déterminés tant par la doctrine que par la jurisprudence du Conseil d'Etat :

a) L'incidence de cette irrégularité sur le principe d'égalité des soumissionnaires : est-elle susceptible de créer une discrimination et d'avantager ou de désavantager un concurrent ?

b) Son incidence sur la décision finale, c'est-à-dire sur le classement des offres : modifie-t-elle ou non ce classement ?

c) Son incidence sur la comparaison des offres : rend-elle impossible ou non la comparaison effective des offres ?

d) Le caractère fondamental ou non de la prescription du cahier spécial des charges qui n'est pas respecté.

e) L'intention de l'auteur du cahier spécial des charges, en particulier lorsqu'il y a été mentionné une disposition instaurant explicitement une sanction de nullité.

Sous peine de tomber dans un formalisme outrancier, les auteurs de la réglementation ont préféré laisser au pouvoir adjudicateur, tant dans son intérêt que dans celui des soumissionnaires, le soin d'apprécier la gravité des irrégularités et leurs conséquences éventuelles, eu égard notamment au jeu de la concurrence et à la comparabilité des offres.

S'il dispose bien d'une faculté d'appréciation, le pouvoir adjudicateur doit néanmoins l'exercer en tenant compte du principe de proportionnalité.» (P. THIEL, o.c., p. 475).

La régularité de toute offre s'apprécie donc non seulement au regard des articles 110, § 2 et 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, mais aussi au regard des critères rappelés ci-dessus (lire en ce sens Mons, 5 octobre 2007, Juridat, ; C.E., n° 206.841 du 27 juillet 2010).

3.

En l'espèce, le point 3.B.1. «Armoires» dans la partie III relative aux exigences techniques du CSC (p. 13 du CSC) exige que les armoires faisant l'objet du marché litigieux disposent «au minimum» des trois niveaux de sécurités suivants :

«1. Niveau élevé : Le système de stockage n'autorise le prélèvement que du médicament et du nombre d'unités demandés (à titre informatif, ± 30 références différentes peuvent y être stockées)

2. Niveau intermédiaire: Le système de stockage n'autorise le prélèvement que du médicament demandé (à titre informatif, 130 à 150 références différentes peuvent y être stockées);

3. Niveau minimal: Le système autorise le prélèvement dans un tiroir, une étagère ou un réfrigérateur où figure le médicament parmi d'autres (à titre informatif, 100 à 130 références différentes, dont 20 à conserver au frais).

Dans le cas où le matériel proposé dispose d'autres niveaux de sécurité le soumissionnaire les décrit dans son offre.»

Il s'agit là et à l'évidence de prescriptions essentielles et substantielles, jouant un rôle déterminant dans l'évaluation et le classement des offres.

Prescription essentielle et substantielle par nature et au regard du cahier spécial des charges. L'objectif du cahier spécial des charges consiste à mettre à disposition de la partie adverse des armoires permettant, selon le niveau de sécurité programmé, un prélèvement limité, que ce soit par référence à tel ou tel médicament déterminé ou par référence à tel ou tel nombre d'unités de médicament à retirer.

A défaut pour une offre d'être relative à des «armoires» disposant du minimum constitutif de ces trois niveaux de sécurités requis, force est de constater que ladite offre ne satisfait pas aux spécificités techniques exigées par le cahier spécial des charges et doit, de ce seul fait, être considérée sinon comme étant nulle, à tout le moins comme étant irrégulière.

L'exigence technique relative aux différents niveaux de sécurité requis étant, à l'estime de la requérante, un élément essentiel et substantiel du marché litigieux.

Par nature, d'une part, sachant que le prélèvement des médicaments relève de la responsabilité du pharmacien de l'hôpital et engage la responsabilité de celui-ci ainsi que celle de son employeur. Comment, dans de telles circonstances, ne pas considérer que les niveaux de sécurité requis, qui participent à l'évidence de la sécurité sanitaire et médicamenteuse d'un hôpital, ne soient par ailleurs pas considérés au titre d'éléments essentiels et substantiels du marché.

Par référence au cahier spécial des charges, d'autre part, lequel fait expressément référence au «minimum» de sécurité requis. Un tel qualificatif démontrant à l'évidence le caractère indispensable et, partant, substantiel et essentiel, des trois niveaux de sécurité requis pour les armoires à fournir.

Prescription essentielle au regard des critères établis par la jurisprudence. Pour rappel, ces différents critères sont notamment les suivants :

«a) L'incidence de cette irrégularité sur le principe d'égalité des soumissionnaires: est-elle susceptible de créer une discrimination et d'avantager ou de désavantager un concurrent ?

b) Son incidence sur la décision finale, c'est-à-dire sur le classement des offres : modifie-t-elle ou non ce classement ?

c) Son incidence sur la comparaison des offres : rend-elle impossible ou non la comparaison effective des offres ?»

Par référence au critère d'égalité des soumissionnaires. Accepter une offre ne présentant pas les trois niveaux de sécurité minimum requis revient à permettre à un soumissionnaire de présenter, au pouvoir adjudicateur, des armoires d'un prix de revient et de gestion à l'évidence plus bas et, partant, de remettre une offre à moindre prix. La conception, la réalisation, la gestion ou encore l'entretien d'une armoire présentant les trois niveaux de sécurité requis étant, par nature et à l'évidence, plus onéreux que ceux relatifs à une armoire ne présentant pas ces trois niveaux de sécurité. De sorte que déclarer régulière une offre relative à des armoires ne présentant pas les trois niveaux de sécurité requis rompt la nécessaire égalité qui doit exister entre soumissionnaires, ce qui ne se peut. Si la requérante avait su que la partie adverse accepterait des armoires ne devant pas nécessairement présenter au minimum les trois niveaux de sécurité requis, alors aurait-elle présenté d'autres types d'armoirs, présentant des niveaux de sécurité moindres. Son offre aurait notamment été moins coûteuse pour la partie adverse et aurait, de ce fait et au regard également d'autres critères, sans doute subi une appréciation et une cotation différentes, en sa faveur.

Par référence au classement final des offres. Le seul critère du prix permet de se rendre compte de l'impact du minimum requis, en termes de niveaux de sécurité, sur le classement final des offres. Ce seul critère du prix correspond en effet à 160 points sur 790. Or, et ainsi qu'il fut déjà précisé ci-avant, le critère du prix est à l'évidence influencé par les niveaux de sécurité présentés par les armoires. Il va de soi que l'appréciation de cette spécificité technique a une incidence certaine sur le classement final des offres, sachant que 53 points séparent la requérante de Mach4 Pharma, relativement au seul critère du prix, et que la requérante n'est, in fine, séparée de Mach4 Pharma que de 61.8 points.

De sorte que les niveaux de sécurité présentés par les armoires ont, à l'évidence une incidence sur le classement final des offres.

Cela est d'autant plus vrai que ces niveaux de sécurité influencent à l'évidence d'autres critères et sous critères d'attribution.

Par référence à la comparaison effective des offres.

Il est enfin et à l'évidence difficile, sinon impossible, de comparer des armoires ne présentant pas les mêmes spécificités techniques, de sorte que présenter des armoires ne répondant pas au minimum requis en termes de niveaux de sécurité rend illusoire la comparaison effective des offres, ce qui ne se peut.

4. Or, à la meilleure connaissance de la requérante, la société Mach4 Pharma Systems, qui s'est vu attribuer le marché, ne présente pas, dans son offre, des armoires disposant de ce minimum requis, constitutif des trois niveaux de sécurité décrits au titre de spécification technique.

De sorte que l'offre présentée par la société Mach4 Pharma Systems eut dû être déclarée sinon nulle, à tout le moins irrégulière.

En s'abstenant d'agir de la sorte, la partie adverse viole les dispositions et principes visés au moyen, ce qui ne se peut.
Du tout, la première branche du moyen sera déclarée sérieuse.

A titre subsidiaire – deuxième branche

La deuxième branche du premier moyen est prise:

- de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et de la violation des principes d'égalité et de non discrimination;
- de la violation de l'article 110 § 2 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 la violation du Cahier spécial des charges portant la référence csc n° 88 relatif au marché, et plus particulièrement du de la partie «III. Description des exigences techniques, Titre 3.B.2. Armoires»;
- de la violation du principe de droit «patere legem quam ipse fecisti»;
- de la violation des principes généraux du droit administratif, et plus particulièrement de la violation de l'obligation de prendre des décisions avec soin (devoir de minutie) et de l'obligation de motivation matérielle;
- de l'erreur manifeste d'appréciation;
- de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- et de l'excès de pouvoir.

[...]

Développements de la deuxième branche du premier moyen

A titre subsidiaire et dans l'hypothèse où, par impossible, votre Conseil devait estimer que l'offre retenue de Mach4 Pharma Systems n'était pas entachée d'une irrégularité substantielle -quod non-, force est de constater que la partie adverse, qui ne pouvait que constater que l'offre de ladite société était, au moins, entachée d'une irrégularité non substantielle, a omis de formellement motiver les raisons pour lesquelles ladite offre a malgré tout été prise en considération lors de la comparaison opérée entre les diverses offres déposées.

L'acte attaqué ne fait aucunement état de la non-conformité de l'offre de Mach4 Pharma Systems au CSC n°88 et ne comprend aucun motif permettant de déterminer les raisons pour lesquelles l'offre de ladite société a, nonobstant l'irrégularité prédécrite, malgré tout été prise en considération et a, par ailleurs, été retenue.

Or, tout pouvoir adjudicateur doit motiver sa décision de ne pas considérer au titre de dérogation substantielle, une dérogation constatée, au sein d'une offre, aux spécifications du CSC. (P. THIEL, *Marchés Publics et PPP*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 478).

Dès lors qu'en l'espèce, et à la meilleure connaissance de la requérante, l'offre de Mach4 Pharma Systems ne répondait pas à aux exigences techniques du CSC – et qu'elle méconnaissait donc les conditions essentielles du CSC en termes de minimum de niveaux de sécurité – la partie adverse, qui a estimé que cette dérogation au CSC ne devait pas entraîner l'écartement de ladite offre, aurait dû indiquer les motifs l'ayant conduit à cette conclusion.
A défaut de ce faire, la deuxième branche du premier moyen est manifestement sérieuse."

A l'audience, la requérante a soulevé des critiques nouvelles. Elle soutient que la partie adverse aurait apprécié illégalement les offres en ce qui concerne un système de réserve et un mécanisme de ristourne.

La partie adverse répond que :

" a) L'offre de la SA MACH4 est a priori régulière.

9. La SA VANAS ne peut se fonder sur des présuppositions concernant les armoires fournies par la SA MACH4 pour affirmer que l'offre de celle-ci n'est pas conforme aux exigences techniques du cahier spécial des charges.

En effet, en tout état de cause, le marché devra être exécuté conformément au cahier spécial des charges, comme s'y engage la SA MACH4 par le dépôt de son offre et comme le rappelle la décision d'attribution du 3 mai 2013:

[...]

L'offre de la SA MACH4 doit donc a priori être considéré comme régulière.

b) La SA VANAS ne démontre pas en quoi l'offre de la SA MACH4 est irrégulière.

10. La SA VANAS se contente de soutenir qu'à sa « meilleure connaissance (...), la société Mach4 Pharma System, qui s'est vue attribuer le marché, ne présente pas, dans son offre, des armoires disposant de ce minimum requis, constitutif des trois niveaux de sécurité décrits au titre de spécification technique» (p. 13 de sa requête).

Elle ne démontre – ni même n'explique- en quoi les armoires fournies par la SA MACH4 ne répondent pas à ces prescriptions techniques.

Le moyen n'est donc pas sérieux.

c) L'offre de la SA MACH4 est conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges, et partant régulière.

11. En tout état de cause, l'offre de la SA MACH4, et plus précisément les armoires qu'elle propose, est conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges.

L'article 3.B.1 du cahier spécial des charges prévoit que :

[...]

Une armoire peut ainsi comporter des tiroirs avec des niveaux de sécurité différents, en fonction des médicaments qu'ils contiennent.

12. Les armoires proposées par la SA MACH4 disposent de ces trois niveaux de sécurité, comme mentionné en pages 18 et 19 de la présentation technique de l'armoire HSD / MACH4 jointe à l'offre :

[...]

Les armoires disposent ainsi d'un système de détection de prise de telle sorte qu'un contrôle des quantités retirées est effectué.

Les cases des tiroirs servant à stocker les médicaments à risques seront par ailleurs équipées de clapets, comme expliqué à la page 45 de la présentation technique de l'armoire HSD / MACH4 jointe à l'offre :

[...]

13. L'offre de MACH4 est donc conforme au cahier spécial des charges:

[...]

A la lecture de ce tableau, il peut être constaté que l'offre de la SA MACH4 est conforme au cahier spécial des charges.

Le simple fait de proposer une autre méthode de délivrance, moins coûteuse que la méthode de la SA VANAS qui repose sur la délivrance physique du nombre de médicaments prescrits, ne peut en aucun cas constituer une irrégularité.

14. La méthode proposée par la SA MACH4 offre en outre une plus grande flexibilité. Elle permet, au contraire de la méthode proposée par la SA VANAS, de contrôler et de vérifier que le médicament est placé dans la bonne case au remplissage. Ceci constitue une plus-value car beaucoup d'erreurs résultent en réalité du remplissage des armoires.

En conséquence, l'offre de MACH4 est non seulement conforme, mais elle apporte une plus-value par rapport à ce qui est demandé.

Elle n'est donc affectée d'aucune irrégularité, qu'elle soit substantielle ou non substantielle.

Le premier moyen, tant en sa première qu'en sa deuxième branche n'est donc pas sérieux."

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

A. Recevabilité des critiques nouvelles

Prima facie, la procédure de suspension d'extrême urgence, prévue par l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, inséré par l'article 2 de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, présente un caractère spécifique.

En effet, le législateur a justifié sa volonté d'imposer le recours à une telle procédure d'extrême urgence et d'exclure celui à une procédure de suspension ordinaire en précisant que "le maintien d'un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service public ont conduit à se limiter à trouver une issue pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et ne souffrent pas de délais de procédure plus longs" (Doc. Parl. Ch., sess. 2009-2010, n° 52, 2276/01, p. 31).

Eu égard à cette volonté du législateur de prescrire une telle procédure, à mener dans des délais réduits et limitée à des irrégularités manifestes, un grief nouveau ne peut être soulevé qu'à la condition que l'illégalité alléguée apparaisse évidente de sorte qu'il puisse être débattu de tous ses aspects à l'audience. En l'espèce, tel n'est pas le cas.

La partie adverse n'a effectivement pas été mise en mesure de répondre utilement aux griefs nouveaux à l'audience non seulement en raison du fait que les illégalités invoquées ne sont nullement évidentes mais également parce que la requérante n'a pas informé la partie adverse, avant l'audience, de ces nouvelles critiques alors qu'elle n'établit nullement qu'elle en ait été empêché.

Les critiques nouvelles, soulevées à l'audience, sont donc irrecevables.

B. Sérieux des deux branches du premier moyen

Le cahier spécial des charges imposait respectivement, concernant deux des niveaux de sécurité requis, un système de stockage qui "n'autorise le prélèvement que du médicament demandé" et un système de stockage qui "n'autorise le prélèvement que du médicament et du nombre d'unités demandés".

Prima facie, le système, proposé par la société MACH4 PHARMA SYSTEM, répond à ces exigences techniques. En effet, il dispose de clapets qui ne peuvent être ouverts que par un utilisateur habilité à prélever le médicament concerné ainsi que d'un logiciel de recomptage des médicaments. Ce système n'autorise donc que les prélèvements nécessaires. En outre, en cas de mauvaise utilisation, un système permet d'alerter les instances hospitalières à ce sujet. Le premier moyen n'est donc pas sérieux.

V. SECOND MOYEN

V.1. Arguments des parties

La requérante soulève un second moyen pris de :

- " - de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- de la violation des principes de bonne administration, et, en particulier de la violation de l'obligation de prendre ses décisions avec soin (devoir de minutie) et de l'interdiction de l'arbitraire;
- de l'erreur manifeste d'appréciation
- du détournement de pouvoir;
- et de l'excès de pouvoir;

[...]"

Elle soutient que :

- " 1. Une évaluation des offres sur la base de critères pondérés ne peut se limiter à un classement par le simple moyen d'attribution de points. Ainsi, Votre Conseil dit pour droit que lorsque le pouvoir adjudicateur attribue des cotations pour les réponses apportées par les soumissionnaires aux critères énoncés dans les conditions du marché et ce, sans autre motivation, il en découle non seulement une impossibilité – mise à part pour l'évaluateur lui-même – de vérifier en quoi telle offre a davantage de mérite que telle autre, mais encore une impossibilité d'examiner si les cotations ainsi attribuées s'appuient sur des motifs recevables et fondés, tant en fait qu'en droit. Une telle méthode rend possible l'arbitraire dans le chef du pouvoir adjudicateur qui évalue et n'est, de ce fait, pas acceptable (C.E., n° 86.905 du 25 avril 2000, CVBA Formanova contre commune de Gooik ; C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL ; O. VAN KERKHOVE, Chroniques des marchés publics 2007-2008, p. 256).

La doctrine rappelle ce principe dans les termes suivants: «Prise sous l'application des dispositions de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, cette question parfois controversée – nous paraît évidente. Partant du principe que toute cote est la concrétisation d'une appréciation reposant sur l'analyse de l'offre, il y a lieu de faire figurer dans la motivation de la décision – en sus des cotes elles-mêmes – les éléments d'appréciation ayant présidé à cette décision. Cette motivation peut avoir place soit dans la décision proprement dite soit dans un rapport technique établi par les services compétents et annexés à la décision. Le défaut de motivation formelle constitue dans tous les cas un vice de forme relevant des moyens sérieux au sens de l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.» (P. FLAMEY, P. THIEL ; O. VAN KERKHOVE, o.c., p. 73 ; cf. C.E. arrêt n° 94.151 du 20 mars 2001, NV MEWAF INTERNATIONAL)

2. En l'espèce, après examen de la décision querellée, force est de constater :

- que l'évaluation des offres a été limitée à un classement par simple moyen d'attribution des points;
- que l'acte attaqué ne contient aucune motivation permettant de déterminer les raisons pour lesquelles la partie adverse a attribué plus de points à Mach4 Pharma Systems et moins de points à la requérante;
- qu'il est de la sorte impossible pour la requérante de vérifier si les cotations attribuées s'appuient sur des motifs recevables et fondés, tant en fait qu'en droit;

- que dans l'acte attaqué ne figurent pas les éléments d'appréciation qui ont mené à l'attribution des cotations;
- et qu'aucun rapport technique n'est annexé à la décision litigieuse, qui permettrait de comprendre le raisonnement adopté par la partie adverse.
La motivation formelle de l'acte attaqué est dès lors insuffisante et inadéquate, de sorte que la décision litigieuse a, à l'évidence, été adoptée en méconnaissance des dispositions et principes invoqués au moyen.
Il résulte de l'ensemble de ces éléments que le deuxième moyen est sérieux."

La partie adverse répond que :

" a) Irrecevabilité du moyen en ce qu'il est pris de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs

16. Depuis l'entrée en vigueur de son livre IIbis, la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics organise un régime spécifique de motivation formelle, tel que l'autorise l'article 6 de la loi du 29 juillet 1991.
Ce régime spécifique prévoit un champ d'application différent et, en vertu des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993, des exigences plus spécifiques et contraignantes de celles prévues par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle.

En conséquence, compte tenu du caractère plus contraignant et plus précis de l'obligation de motivation prévus par les articles 65/4 et 65/5 précités, la loi du 29 juillet 1991 ne trouve plus à s'appliquer (C.E., n°211.865 du 9 mars 2011, S.A. de droit luxembourgeois AUBAY).

Le moyen doit donc être déclaré irrecevable en ce qu'il vise la loi du 29 juillet 1991, à l'exception des dispositions spécifiques des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993.

b) Non fondement du moyen

17. Dans le cadre de l'appel d'offres, les soumissionnaires ont obtenu une cotation globale pour leur offre, au terme de l'analyse détaillée des offres déposées. Cette cotation a permis de déterminer quelle était l'offre économiquement la plus avantageuse. Au-delà de cette cotation globale, la décision d'attribution est motivée au moyen du rapport d'examen des offres qui détaille les points obtenus par chaque soumissionnaire et pour chaque critère et sous-critère d'attribution.
Selon une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, «la décision d'attribution du marché qui, après avoir rappelé les critères de choix de l'offre la plus intéressante, indique les cotations auxquelles a conduit l'analyse détaillée des offres des différents soumissionnaires, et conclut que l'offre retenue est conforme aux exigences du cahier spécial des charges et est la plus intéressante, permet au soumissionnaire évincé de connaître les raisons de son éviction et est par conséquent adéquatement motivée; il en va particulièrement ainsi lorsqu'un tableau détaillé des cotations au regard de chacun des critères d'attribution permet au soumissionnaire évincé de connaître quels étaient les points forts et faibles de son offre». (P. THIEL, Mémento des marchés publics et des PPP 2013, Kluwer, Waterloo, 2012, p. 645; C.E. n° 152.843 du 16 décembre 2005; voy. également C.E. 180.337 du 3 mars 2008).

Il est néanmoins admis qu'un tableau reprenant le total des points obtenus par les soumissionnaires pour l'ensemble des critères d'attribution ne constitue pas une motivation suffisante.

Ce n'est pas le cas en l'espèce : la décision n'est pas motivée au moyen de la cotation totale obtenue par chaque offre déposée. Elle reproduit le rapport

d'examen des offres du 30 avril 2013 qui contient les appréciations des offres pour chaque critère et sous critère.

18. Ce rapport d'examen des offres motive à suffisance la décision d'attribution. En effet, les cotations attribuées pour chaque critère et chaque sous-critères, qui sont particulièrement détaillés, permettent aux soumissionnaires de comprendre ce qui a été apprécié ou pas dans son offre.

Ainsi, la division des critères (11) et des sous-critères (plus de 70 sous-critères) est telle, pour ce type de marché de fournitures, qu'elle permet au soumissionnaire, en fonction de la cotation reçue, de comprendre les points forts et les points faibles de son offre ainsi que les points forts et les points faibles des offres de ses concurrents.

Par ailleurs, le critère prix, dont l'évaluation résulte d'une règle de trois, ne pouvait être évalué qu'au moyen d'une cotation. Exiger une motivation formelle qui ne résulte pas d'une cotation pour ce critère n'a pas de sens.

19. Au demeurant, exiger une motivation plus étendue de la décision d'attribution du 3 mai 2013 revient en réalité à exiger l'indication des motifs des motifs, ce qui n'est pas prévu par la loi du 24 décembre 1993 et par la législation relative la motivation formelle des actes administratifs (voy. C.E. n° 180.337 du 3 mars 2008).

Le moyen n'est dès lors pas sérieux.

En conséquence, la demande en suspension, si recevable, n'est, en toute hypothèse, pas fondée."

V.2.Décision du Conseil d'Etat

A) Recevabilité du moyen

Prima facie, il n'apparaît pas que les articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 imposeraient des obligations plus contraignantes que celles prescrites par la loi du 29 juillet 1991. Ainsi, ces articles précités ne prévoient pas l'obligation de motiver adéquatement l'acte administratif qui est énoncée par l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991.

L'application de la loi du 29 juillet 1991 ne paraît donc pas exclue en vertu de son article 6.

L'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

B) Sérieux du moyen

La partie adverse ne démontre pas qu'elle ait joint le rapport d'examen des offres à l'acte attaqué lorsqu'elle a notifié celui-ci à la requérante. Or, la décision entreprise, qui a été notifiée à la requérante, ne mentionne que les notes attribuées à chaque soumissionnaire pour les critères d'attribution.

La seule mention de ces notes, qui n'est pas accompagnée d'une explication suffisante permettant de comprendre pourquoi elles ont été retenues par la partie adverse dans le cadre de l'attribution d'un marché public, ne constitue pas la motivation prescrite par la loi du 29 juillet 1991.

Le second moyen est sérieux.

VI. BALANCE DES INTERETS

VI.1. Arguments de la partie adverse

La partie adverse fait valoir que :

- " 5. La partie adverse constate que la SA VANAS ne démontre pas que la balance des intérêts ne s'oppose pas à la suspension de la décision attaquée.

En vertu de l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993, le Conseil d'Etat peut décider de ne pas suspendre une décision d'attribution d'un marché public lorsque les conséquences négatives de la suspension l'emportent sur ses avantages.

6. Au demeurant, si la décision d'attribution du 3 mai 2013 est suspendue, le CHR de HUY sera contraint de retirer sa décision, de recommencer, le cas échéant, la procédure d'attribution et de reprendre une nouvelle décision d'attribution.

Il lui serait alors impossible de disposer des armoires à pharmacie informatisées pour le début de ce mois de septembre 2013, durant lequel a été prévu le déménagement des services vers le nouvel hôpital (pièce n°9).

Ceci d'autant plus qu'il faut compter dans le planning du déménagement la formation de l'ensemble du personnel (infirmiers, médecins et pharmaciens) à l'utilisation des armoires informatisées préalablement à leur mise en service.

L'absence des armoires à pharmacie compromettrait le déménagement, dans les nouveaux locaux, des services hospitaliers (6 services et 180 lits), du service de réanimation et du service des urgences, dont le fonctionnement est subordonné à l'installation des armoires à pharmacie.

Les conséquences négatives pour le CHR de HUY seraient très importantes en terme de surcoûts résultant de l'impossibilité du déménagement, en terme de qualité des soins pour les patients et vis-à-vis du personnel médical.

En conséquence, en l'espèce, les conséquences négatives de la suspension de la décision d'attribution l'emportent sur l'avantage que pourrait obtenir la SA VANAS. "

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse n'établit pas que d'éventuelles conséquences négatives de la suspension de l'exécution de la décision entreprise pourraient l'emporter sur ses avantages.

Elle ne démontre en effet nullement que le déménagement vers les nouveaux locaux ne pourrait être opéré sans qu'elle ait acquis préalablement les nouvelles armoires à pharmacie, ni qu'elle ne pourrait utiliser dans ces nouveaux locaux les armoires dont elle dispose actuellement pendant le temps nécessaire à l'attribution légale du présent marché public.

VII.CONFIDENTIALITE

VII.1.Arguments de la partie adverse

La partie adverse fait valoir que :

" 20. Le CHR de HUY dépose l'offre de la SA MACH4 et de la SA VANAS à titre confidentiel et à l'attention unique de votre Conseil, conformément aux articles 65/10 et 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat.

Ces offres doivent être déclarées confidentielles de manière à ne pas nuire au secret d'affaires et à maintenir une concurrence loyale entre les entreprises.

En effet, à ce stade de la procédure, si Votre Conseil devait suspendre l'acte attaqué et que le CHR de HUY devait, le cas échéant, recommencer une procédure d'attribution, une concurrence effective entre les différents soumissionnaires doit être garantie.

Il convient donc d'éviter que les offres des concurrents soient accessibles à l'un ou l'autre soumissionnaire, ce qui aurait pour conséquence de porter atteinte à la concurrence dans le cadre de ce marché et de futurs marchés dans ce secteur d'activités."

VII.2.Décision du Conseil d'Etat

Sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat, à un autre stade de la procédure, sur la nécessité éventuelle de porter les offres, reçues par la partie adverse dans le cadre du marché public litigieux, à la connaissance des parties, il convient d'office de les soustraire, à ce stade, à leur consultation afin de préserver le secret des affaires.

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

Article 1^{er}.

Les offres, reçues par la partie adverse dans le cadre du marché public litigieux, sont soustraites, à ce stade de la procédure, à la connaissance des parties.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision, prise le 3 mai 2013, par le Comité restreint de gestion du Centre Hospitalier Régional de Huy, d'attribuer à la société MACH4 PHARMA SYSTEM le marché public relatif à l'acquisition d'armoires de pharmacie informatisées.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations, le trois juillet deux mille treize par :

M. Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} Vanessa WIAME,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vanessa WIAME.

Yves HOUYET.