

**CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.**

**A R R E T**

n° 224.612 du 12 septembre 2013

G./A.209.566/VI-20.023

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

ayant élu domicile chez  
Mes Yves TAVERNIER et  
Dominique BOGAERT, avocats,  
place du Champ de Mars, n° 2,  
1050 Bruxelles,

contre :

**le centre hospitalier régional de Huy,**

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

---

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI<sup>e</sup> CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,  
SIEGEANT EN REFERE,**

**I. OBJET DE LA REQUETE**

Par une requête introduite le 25 juillet 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 9 juillet 2013 relative au marché «Acquisition d'armoires de pharmacie informatisées», faisant l'objet du cahier spécial des charges référencé CSC88, et attribuant ledit marché à l'entreprise Mach4 Pharma Systems, dont le siège social est établi en France, rue de la Forêt à 67750 Vendenheim."

Par une requête introduite le 9 septembre 2013, la même requérante demande l'annulation du même acte.

**II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT**

Une ordonnance du 26 juillet 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 29 août 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., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Dominique BOGAERT, 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 de la demande peuvent être décrits comme suit :

III. 1. 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.

III. 2. L'ouverture des offres a eu lieu le 28 février 2013.

III. 3. Cinq offres ont été déposées, dont celles de la requérante et de la société MACH4 PHARMA SYSTEM.

III. 4. Un rapport d'examen des offres a été établi, le 30 avril 2013, par les services de la partie adverse.

III. 5. Le 3 mai 2013, la partie adverse a décidé d'attribuer le marché public concerné à la société MACH4 PHARMA SYSTEM.

III. 6. Par une requête introduite le 17 juin 2013, la requérante a sollicité, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de cette décision. Par un arrêt n° 224.229 du 3 juillet 2013, le Conseil d'Etat a ordonné la suspension ainsi demandée.

III. 7. Par une décision du 5 juillet 2013, le comité restreint de gestion de la partie adverse a retiré la décision du 3 mai 2013. Il a, par ailleurs, approuvé le rapport d'examen des offres tel que complété le 4 juillet 2013 et a attribué le marché à la société MACH4 PHARMA SYSTEM. Il s'agit de l'acte attaqué dans le cadre de la présente procédure.

#### IV. PREMIER MOYEN

##### IV. 1. Thèse de la partie requérante

La requérante soulève un premier moyen, formulé en ces termes :

" A titre principal – première branche

La première 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'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.1. 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.

En ce que, la partie adverse n'a pas écarté l'offre de Mach4 Pharma Systems pourtant entachée d'une irrégularité substantielle et lui a même attribué le marché et ce, tout en ayant connaissance du fait que l'offre de ladite entreprise ne contenait pas d'armoires avec un tiroir de «niveau intermédiaire»;

Alors que, comme le prévoit expressément le cahier spécial des charges dans le titre «3.B.1 Armoires», les armoires faisant l'objet du marché litigieux doivent disposer au minimum de trois niveaux de sécurité, dont le «niveau intermédiaire» en vertu duquel «le système de stockage n'autorise le prélèvement que du médicament demandé (...)». (p. 13 du csc);

Et alors que le non-respect des exigences requises par le cahier spécial des charges consiste en une dérogation aux prescriptions essentielles des spécifications techniques, entraînant sinon la nullité de l'offre, à tout le moins son irrégularité et nécessitant, par conséquent, son écartement par le pouvoir adjudicataire;

Et alors que, lorsque l'autorité administrative adopte une décision individuelle, elle ne peut déroger aux prescriptions qu'elle a elle-même décrétées (patere legem quam ipse fecisti);

Et alors enfin que chaque autorité administrative doit respecter les principes de bonne administration, ne peut pas commettre d'erreur manifeste d'appréciation ni

en droit, ni en fait et doit tenir compte de tous les éléments du dossier, y compris la non-conformité d'une des offres par rapport aux exigences requises par le cahier spécial des charges;

En sorte que la décision attaquée viole les dispositions légales et réglementaires et les principes généraux de bonne administration visés au moyen et est entachée d'excès de pouvoir.

Développements de la première branche du premier moyen

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

«§ 1<sup>er</sup>. 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 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 tentant 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'objet 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 sécurité 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.

Le contrôle d'accès aux médicaments requis en vertu des prescriptions du cahier spécial des charges suppose que l'utilisateur n'ait pas la possibilité physique de retirer un autre médicament que celui prescrit dans une quantité excédant ce qui est prescrit (niveau élevé) et un autre médicament que celui prescrit (niveau intermédiaire).

La sécurisation requise doit être assurée au moment du prélèvement du médicament.

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'armoires, présentant des niveaux de sécurité moindres. Son offre aurait notamment été moins couteuse 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 dès lors de soi que l'appréciation de cette spécificité technique a une incidence certaine sur le classement final des offres, sachant que 40 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 52.8 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 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, il ressort du rapport récapitulatif d'examen des offres joint à la décision du comité restreint de gestion de la partie adverse du 5 juillet 2013 que la société Mach4 Pharma Systems, qui s'est vu attribuer le marché, ne présente pas, dans son offre, des armoires disposant du niveau intermédiaire de sécurité tel que requis au titre de spécification technique par l'article 3.B.1. du cahier spécial des charges.

En effet, en p. 1 dudit rapport, il est mentionné que le système proposé par la société Mach4 Pharma Systems pour le niveau intermédiaire est constitué de lumière, de détecteur et d'un contrôle de quantité.

Il s'agit du système HSD (High Security Dispenser) Sextant Médical présenté par la société Mach4 Pharma Systems sur son site internet et décrit au point 12, p. 8 de la note d'observations déposée par la partie adverse dans le cadre de la procédure n° G./A.209.166/VI-19.992.

Ledit système ne dispose dès lors pas de clapets qui ne peuvent être ouverts que par un utilisateur habilité à prélever le médicament concerné. Il n'empêche nullement que l'utilisateur de l'armoire n'ait accès à des médicaments se trouvant dans le tiroir, autres que le médicament prescrit.

De sorte que l'offre présentée par la société Mach4 Pharma Systems eut du être déclarée sinon nulle, 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.

De 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 de la partie «III. Description des exigences techniques, titre 3.B.1. 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 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- Et de l'excès du pouvoir.

En ce que la partie adverse (dans l'hypothèse où l'irrégularité précitée devrait être considérée comme n'étant pas substantielle – quod non) n'a pas formellement motivé les raisons pour lesquelles elle a estimé ne pas devoir écarter l'offre de Mach4 Pharma Systems, pourtant entachée d'une irrégularité, mais l'a, au contraire, sélectionnée et a même attribué le marché à cette société. Le tout, en ayant parfaite connaissance du fait que l'offre de ladite entreprise ne répondait pas aux spécifications techniques minimales requises par le cahier spécial des charges;

Alors, comme le prévoit expressément le cahier spécial des charges dans le titre «3.B.1. Armoires», les armoires à présenter dans le cadre du marché litigieux

doivent disposer au minimum de trois niveaux de sécurité, dont le «niveau intermédiaire»;

Et alors que le non-respect des exigences requises par le cahier spécial des charges consiste en une dérogation aux prescriptions essentielles des spécifications techniques, devant entraîner la nullité et/ou l'irrégularité de l'offre, et par conséquent, l'écartement de ladite offre par le pouvoir adjudicataire, conformément à 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 et aux principes visés au moyen;

Et alors que, lorsque l'autorité administrative adopte une décision individuelle, elle ne peut déroger aux prescriptions qu'elle a elle-même décrétées (*patere legem quam ipse fecisti*);

Et alors que chaque autorité administrative doit respecter les principes de bonne administration, ne peut pas commettre d'erreur manifeste d'appréciation ni de droit, ni en fait et doit tenir compte de tous les éléments du dossier, y compris la non-conformité d'une des offres par rapport aux exigences requises par le cahier spécial des charges;

Et alors enfin que ces motifs doivent être adéquatement exprimés dans le corps même de la décision administrative;

En sorte que la décision attaquée viole les dispositions légales et réglementaires ainsi que les principes généraux du droit cités au moyen et est entachée d'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 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 la dite 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 CSC88 et ne comprend aucun motif permettant de déterminer les raisons pour lesquelles l'offre de ladite société a, nonobstant l'irrégularité pré-décrite, 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, 201, 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 aux exigences techniques du CSC en termes de minimum 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".

La requérante soulève un deuxième moyen, formulé en ces termes :

" A titre principal – première branche

La première branche du deuxième 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'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.1. 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.

En ce que, la partie adverse n'a pas écarté l'offre de Mach4 Pharma Systems pourtant entachée d'une irrégularité substantielle et lui a même attribué le marché et ce, tout en ayant connaissance du fait que l'offre de ladite entreprise ne contenait pas d'armoires avec un tiroir de «niveau élevé»;

Alors que, comme le prévoit expressément le cahier spécial des charges dans le titre «3.B.1 Armoires», les armoires faisant l'objet du marché litigieux doivent disposer au minimum de trois niveaux de sécurité, dont le «niveau élevé» en vertu duquel «le système de stockage n'autorise le prélèvement que du médicament et du nombre d'unités demandé (...)». (p. 13 du csc);

Et alors que le non-respect des exigences requises par le cahier spécial des charges consiste en une dérogation aux prescriptions essentielles des spécifications techniques, entraînant sinon la nullité de l'offre, à tout le moins son irrégularité et nécessitant, par conséquent, son écartement par le pouvoir adjudicataire;

Et alors que, lorsque l'autorité administrative adopte une décision individuelle, elle ne peut déroger aux prescriptions qu'elle a elle-même décrétées (patere legem quam ipse fecisti);

Et alors enfin que chaque autorité administrative doit respecter les principes de bonne administration, ne peut pas commettre d'erreur manifeste d'appréciation ni en droit, ni en fait et doit tenir compte de tous les éléments du dossier, y compris la non-conformité d'une des offres par rapport aux exigences requises par le cahier spécial des charges;

En sorte que la décision attaquée viole les dispositions légales et réglementaires et les principes généraux de bonne administration visés au moyen et est entachée d'excès de pouvoir.

Développements de la première branche du deuxième moyen

1. La requérante renvoie intégralement aux développements du premier moyen repris sous les points 1. à 3. (pages 6 à 8 de la présente requête) qui sont applicables mutatis mutandis à la première branche du deuxième moyen.

2. 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 du niveau élevé de sécurité tel que requis au titre de spécification technique par l'article 3.B.1. du cahier spécial des charges

(n'autorisant, pour rappel, que le prélèvement du médicament et de la quantité prescrits).

Au regard de la note d'observations déposée par la partie adverse dans le cadre de la procédure n° G./A.209.166/VI-19.992, il est mentionné:

[...]

«(...) 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 : (...)».

Par ailleurs, il ressort de la page 1 du rapport récapitulatif d'examen des offres joint à la décision du comité restreint de gestion de la partie adverse du 5 juillet 2013 que le système proposé par la société Mach4 Pharma Systems pour le niveau élevé est constitué de «lumière + détecteur + code à barre + clapet + mail + sms + ctrl. qté».

Aucune précision n'est fournie quant au nombre d'unités de médicaments contenue dans chaque clapet.

Il peut être déduit de la note d'observations précitée de la partie adverse selon laquelle la méthode de délivrance des médicaments proposée par la société Mach4 Pharma Systems ne constitue pas une méthode reposant sur la délivrance physique du nombre de médicaments prescrits, qu'un clapet contient plusieurs unités de médicaments :

«(...) 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, (...)».

Cette déduction semble également s'imposer tenant compte du prix des armoires proposées par Mach4 Pharma Systems qui seraient nécessairement plus coûteuses que celles de la requérante, si chaque clapet ne devait contenir qu'une unité de médicament à la fois.

Ledit système n'empêche dès lors nullement, comme c'est pourtant requis en tant que prescription substantielle par le cahier spécial des charges, que l'utilisateur de l'armoire n'ait accès qu'à la quantité prescrite d'une certaine marque de médicament.

De sorte que l'offre présentée par la société Mach4 Pharma Systems eut du être déclarée sinon nulle, 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.

De 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 de la partie «III. Description des exigences techniques, titre 3.B.1. 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 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- Et de l'excès du pouvoir.

En ce que la partie adverse (dans l'hypothèse où l'irrégularité précitée devrait être considérée comme n'étant pas substantielle – quod non) n'a pas formellement motivé les raisons pour lesquelles elle a estimé ne pas devoir écarter l'offre de Mach4 Pharma Systems, pourtant entachée d'une irrégularité, mais l'a, au contraire, sélectionnée et a même attribué le marché à cette société. Le tout, en ayant parfaite connaissance du fait que l'offre de ladite entreprise ne répondait pas aux spécifications techniques minimales requises par le cahier spécial des charges;

Alors, comme le prévoit expressément le cahier spécial des charges dans le titre «3.B.1. Armoires», les armoires à présenter dans le cadre du marché litigieux doivent disposer au minimum de trois niveaux de sécurité, dont le «niveau élevé»;

Et alors que le non-respect des exigences requises par le cahier spécial des charges consiste en une dérogation aux prescriptions essentielles des spécifications techniques, devant entraîner la nullité et/ou l'irrégularité de l'offre, et par conséquent, l'écartement de ladite offre par le pouvoir adjudicataire, conformément à 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 et aux principes visés au moyen;

Et alors que, lorsque l'autorité administrative adopte une décision individuelle, elle ne peut déroger aux prescriptions qu'elle a elle-même décrétées (patere legem quam ipse fecisti);

Et alors que chaque autorité administrative doit respecter les principes de bonne administration, ne peut pas commettre d'erreur manifeste d'appréciation ni de droit, ni en fait et doit tenir compte de tous les éléments du dossier, y compris la non-conformité d'une des offres par rapport aux exigences requises par le cahier spécial des charges;

Et alors enfin que ces motifs doivent être adéquatement exprimés dans le corps même de la décision administrative;

En sorte que la décision attaquée viole les dispositions légales et réglementaires ainsi que les principes généraux du droit cités au moyen et est entachée d'excès de pouvoir.

#### Développements de la deuxième branche du deuxième moyen

A titre subsidiaire et dans l'hypothèse où, par impossible, Votre Conseil devait estimer que l'offre retenue de Mach4 Pharma 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 la dite 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 CSC88 et ne comprend aucun motif permettant de déterminer les raisons pour lesquelles l'offre de ladite société a, nonobstant l'irrégularité pré-décrite, 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, 201, 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 aux exigences techniques du CSC en termes de minimum 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 deuxième moyen est manifestement sérieuse".

#### IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

En chacune de leurs branches, les deux moyens reviennent, en substance, à suggérer que les niveaux de sécurité requis ne peuvent être atteints que par des modalités particulières de délivrance physique des médicaments prescrits.

L'article 3.B.1. du cahier spécial des charges du marché litigieux est libellé comme suit :

- " Les armoires disposent au minimum des trois niveaux de sécurité tels que décrits ci-après :
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)".

"Prima facie", cette disposition ne paraît pas devoir être interprétée en ce sens que les niveaux de sécurité requis ne peuvent être atteints par d'autres moyens que ceux qui résultent des modalités de mise à disposition des médicaments prescrits. Elle n'exclut pas d'admettre que la sécurité peut être assurée par d'autres moyens, tel un système d'alerte en cas de mauvaise utilisation.

Au regard de l'interprétation que doit ainsi recevoir la clause précitée, il n'apparaît pas, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, que l'offre de la société MACH4 PHARMA SYSTEM devait être considérée comme dérogeant à l'une des conditions du marché, définies par le cahier spécial des charges.

Les premier et deuxième moyens ne peuvent être déclarés sérieux.

## V. TROISIEME MOYEN

### V. 1. Thèse de la partie requérante

La requérante soulève un troisième moyen, pris de l'excès de pouvoir, et de la violation des articles 10 et 11 de la constitution, des principes d'égalité et de non discrimination, des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de transparence.

Elle le formule dans les termes suivants :

" En ce que la partie adverse a, durant la procédure d'appel d'offres et plus précisément après la séance d'information qui s'est tenue le 7 février 2013, ayant fixé le rendez-vous à cette occasion, effectué une visite auprès du siège social de la société Mach4 Pharma Systems afin d'examiner les armoires faisant l'objet du marché. Elle n'a cependant effectué aucune visite auprès des établissements de la requérante;

Alors que le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et l'obligation de non-discrimination suppose que les soumissionnaires soient placés sur un pied d'égalité;

Et alors que chaque autorité administrative doit respecter les principes de bonne administration, ne peut pas commettre d'erreur manifeste d'appréciation ni de droit, ni en fait et doit tenir compte de tous les éléments du dossier, y compris la non-conformité d'une des offres par rapport aux exigences requises par le cahier spécial des charges;

Et alors enfin que ces motifs doivent être adéquatement exprimés dans le corps même de la décision administrative;

En sorte que la décision attaquée viole les dispositions légales et réglementaires ainsi que les principes généraux du droit cités au moyen et est entachée d'excès de pouvoir.

#### Développements du troisième moyen

Après la réunion d'information du 7 février 2013, la partie adverse s'est rendue auprès du siège social de la société Mach4 Pharma Systems afin d'examiner les armoires faisant l'objet de l'offre de ladite société en relation avec le CSC88;

La partie adverse avait manifestement l'intention de rendre visite à d'autres soumissionnaires comme cela ressort du tableau récapitulatif joint en annexe à la décision attaquée (cf. p. 3, en relation avec la société ARX) : «(...) attente un RDV pour voir les appareils et pas de RDV !!!»;

La partie adverse n'a par contre sollicité aucun rendez-vous pour effectuer une visite des appareils auprès de la requérante et, par conséquent, n'a pas examiné ceux-ci et reçu les explications relatives à leur fonctionnement aux seins des établissements de celle-ci;

La requérante a de ce fait été discriminée par rapport aux autres soumissionnaires.

Cette discrimination a nécessairement eu une incidence sur l'attribution du marché dès lors qu'il n'a pas été permis à la requérante, à l'instar de ceux-ci et dans les mêmes conditions, de faire la démonstration détaillée des performances de ses équipements.

Le troisième moyen est manifestement sérieux".

## V. 2. Décision du Conseil d'Etat

La requérante n'indique pas en quoi l'acte attaqué méconnaîtrait le principe de transparence. En tant qu'il invoque la violation de celui-ci, le moyen doit être déclaré irrecevable.

C'est essentiellement au regard du principe d'égalité entre les soumissionnaires qu'il convient d'examiner le grief formulé par la requérante.

La discrimination dont se plaint la requérante résulterait de ce que la partie adverse a effectué une visite au siège social de la société MACH4 PHARMA SYSTEM afin d'examiner les armoires faisant l'objet du marché, tandis qu'elle n'aurait pas organisé pareille visite dans les établissements de la requérante.

Pour retenir l'existence d'une discrimination, il s'impose d'établir que la différence de traitement évoquée a causé un désavantage concurrentiel au préjudice du soumissionnaire qui entend dénoncer l'atteinte au principe d'égalité entre les soumissionnaires.

En l'espèce, la requérante soutient que la différence de traitement dénoncée a eu une incidence sur l'attribution du marché, puisqu'elle n'a pas pu faire la démonstration détaillée des performances de ses équipements. Elle n'expose toutefois pas concrètement en quoi une telle démonstration aurait amené la partie adverse à apprécier différemment son offre. Elle ne fait pas davantage apparaître que la visite effectuée dans les locaux de la société MACH4 PHARMA SYSTEM a pu conférer un avantage à celle-ci; ainsi, n'est-il, par exemple, pas soutenu que l'offre de cette société aurait été modifiée après la visite. Enfin, il n'apparaît pas que la requérante aurait interpellé la partie adverse pour lui faire part de son étonnement à l'égard de ce qu'elle considérait être une différence de traitement préjudiciable.

Au regard de ces éléments, il apparaît, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, que le déroulement des opérations et l'attitude de la requérante au cours de celles-ci tendent à démontrer qu'elle n'a pas subi de désavantage concurrentiel. Il s'ensuit que, faute d'avoir causé un quelconque désavantage au préjudice de la requérante, la différence invoquée à l'appui du moyen ne fait, "prima

facie", pas figure de discrimination, de sorte que le moyen ne peut être tenu pour sérieux.

## **VI. CONFIDENTIALITE**

La partie adverse souhaite garder la confidentialité des offres qu'elle a déposées.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

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

#### **Article 1<sup>er</sup>.**

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

#### **Article 2.**

Les offres déposées par la partie adverse demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

#### **Article 3.**

Conformément à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, 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 4.**

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI<sup>e</sup> chambre  
siégeant en référé, le douze septembre deux mille treize par :

|                                     |                                    |
|-------------------------------------|------------------------------------|
| M. David DE ROY,                    | Conseiller d'Etat, Président f.f., |
| M <sup>me</sup> Valérie VANDERPERE, | Greffier.                          |

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Valérie VANDERPERE.

David DE ROY.