

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 229.404 du 1^{er} décembre 2014

G./A.214.176/VI-20.305

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

ayant élu domicile chez
Me Anthony VERHEGGEN, avocats,
Etikhovestraat, n° 6,
9680 Maarkedal,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée VIVALIA,

ayant élu domicile chez
Mes Olivier LOUPPE et
Jean LAURENT, avocats,
rue Defacqz, n° 78,
1060 Bruxelles,

Partie intervenante :

**la société anonyme INTERNATIONAL
MEDICAL PRODUCTS,**

ayant élu domicile chez
Mes France MAUSSION et
Irène MATHY, avocats,
Central Plaza,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 7 novembre 2014, la société anonyme VANAS ENGINEERING demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du Conseil d'Administration de la société coopérative à responsabilité limitée VIVALIA d'attribuer le marché public «Fourniture et installation de 6 armoires informatisées pour les besoins des pharmacies du CHA, des CSL et de l'IFAC» à la société anonyme INTERNATIONAL MEDICAL PRODUCTS, et alors pas à la Partie Requérante".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société anonyme INTERNATIONAL MEDICAL PRODUCTS a, par une requête introduite le 27 novembre 2014, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 12 novembre 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 28 novembre 2014 à 10 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Anthony VERHEGGEN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Jean LAURENT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Irène MATHY, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue 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

III.1. En date du 11 septembre 2012, le Conseil d'Administration de la partie adverse a pris la décision de lancer via un appel d'offre général soumis à la publicité européenne un marché portant sur la fourniture et l'installation de six armoires informatisées pour les pharmacies de trois hôpitaux, à concurrence de deux armoires par hôpital.

III.2. L'ouverture des soumissions pour ce marché a été opérée en date du 27 décembre 2012. Deux offres ont été déposées, respectivement par la requérante et par la société anonyme International Medical Products, qui ont été jugées irrégulières car portant sur la proposition de fourniture de trois armoires au lieu de six.

III.3. Le 10 septembre 2013, le Conseil d'Administration a décidé d'arrêter le marché initial et de lancer une procédure négociée sans publicité portant sur le même objet.

III.4. Les deux mêmes sociétés ont remis offre.

III.5. La partie adverse a informé la partie requérante par un courriel et une lettre recommandée, datée du 23 octobre 2014, que son offre n'avait pas été retenue. La décision du Conseil d'administration de la partie adverse était annexée à la lettre du 23 octobre 2014. Il s'agit de l'acte attaqué.

III.6. Il ressort de la motivation de la décision d'attribution que le marché a été attribué à une variante libre déposée par la partie intervenante. Le rapport d'évaluation des critères d'attribution fait apparaître les résultats suivants pour l'offre de la requérante, l'offre de la société INTERNATIONAL MEDICAL PRODUCTS (IM) et la variante proposée par cette même société (IM2) :

	Vanas	IM	IM 2
Technique / 45 pts	22,50	42,75	42,75
Prix / 40 pts	40,00	18,27	27,15
Entretien / 10 pts	10,00	10,00	10,00
Garantie / 5 pts	5,00	5,00	5,00
Total	77,50	76,02	84,90

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 27 novembre 2014, la société anonyme INTERNATIONAL MEDICAL PRODUCTS demande à intervenir dans la procédure en référé. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. DEUXIEME MOYEN

V.1 Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un deuxième moyen de la violation des articles 9 et 107 de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011, relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006, relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et du principe "*patere legem quam ipse fecisti*".

Elle reproche, en substance, à la partie adverse d'avoir attribué le marché à la variante libre de la société INTERNATIONAL MEDICAL PRODUCTS alors que cette offre ne correspond pas aux exigences minimales du cahier spécial des charges. Elle relève, en effet, que le rapport d'analyse des offres d'attribution indique ceci : "La société IM a proposé une variante (IM2) : 3 jours de stock au niveau des SI au lieu d'une semaine. Avec réapprovisionnement hebdomadaire. (moins d'armoires)". Or, si l'article 3 du cahier spécial des charges autorisait les soumissionnaires à déposer des variantes libres, l'objet de celles-ci devait se limiter à "équiper les armoires avec des tiroirs ou des modules autres que ceux annoncés dans le cahier des charges (partie technique)". La partie requérante estime que "cela doit être considéré comme la description des «exigences minimales» dans le sens de l'article 9, § 1, 3°, de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011". Il s'ensuit, selon elle, que "les variantes libres peuvent uniquement dévier du cahier des charges en ce qui concerne les tiroirs et les modules prévus. Les autres conditions du cahier des charges doivent être considérées comme exigences minimales et, par conséquent, ne peuvent pas être altérées par les soumissionnaires". Tel ne serait pas le cas, selon la partie requérante, de la variante "IM 2" de la partie intervenante, qui "n'est pas limitée à la composition des tiroirs et des modules de l'armoire, mais nuit aux autres conditions du Marché, à savoir en ce qui concerne le stock et le nombre d'armoires".

La partie requérante considère donc que "cette variante n'était pas admissible et devait être écartée de la procédure".

La partie requérante considère, en outre, que "l'égalité des soumissionnaires et la comparabilité des offres ne sont pas respectées, quand le pouvoir adjudicateur permet à un des soumissionnaires de déposer une variante qui est composée de moins d'armoires et qui ne permet pas le niveau de stock exigé par le cahier des charges". Elle rappelle à cet égard, en se référant à l'arrêt n° C-243/89, du 22 juin 1993, de la Cour de justice des Communautés européennes que "même en procédure négociée, l'entité adjudicatrice ne peut accepter une variante qui s'écarterait d'une prescription essentielle du cahier des charges. Le respect du principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires exige, afin de garantir une comparaison objective,

que toutes les offres soient conformes aux prescriptions fondamentales du cahier des charges".

B. Note d'observations

La partie adverse observe que la variante qui a remporté le marché "porte uniquement sur une adaptation des quantités maximales". Elle fait valoir qu'"une quantité maximale est par définition le maximum à stocker" et qu'"en aucun cas cela n'impose cette quantité". Elle ajoute que "le fait de demander le prix des «modules» montre bien l'intention d'adapter la composition de l'armoire aux besoins spécifiques des hôpitaux".

Concernant le nombre d'armoires, elle explique ceci :

" Dans le jargon pharmaceutique, une «armoire» correspond à la notion de «dotation».

Une dotation est un ensemble de médicaments décrits en référence et en nombre qui correspondent au fonctionnement d'un service pour une période donnée.

Dans l'appel d'offres de Vivalia, il est question de 6 armoires, qui correspondent en fait à 6 dotations pour les 6 services que Vivalia souhaite équiper."

Elle précise qu'"il y a donc bien 6 «armoires/dotations» proposées par les soumissionnaires", y compris dans la variante de la partie intervenante. Le nombre de meubles, ou d'armoires physiques, par dotation est cependant plus élevé que six pour chacun des soumissionnaires.

La partie adverse expose encore que dans la variante libre qu'elle a retenue "le nombre de références reste parfaitement identique" à sa première option mais les quantités stockées sont inférieures. Elle expose, en effet, que la technologie utilisée par la société INTERNATIONAL MEDICAL PRODUCTS "permet un contrôle plus fin du stock". Elle estime que ce n'est pas incompatible avec les clauses du cahier des charges, dès lors que celui-ci "n'imposait aucune quantité minimale mais bien une quantité maximale". Elle en tire comme conclusion que "la quantité nécessaire n'était pas fixée et dépend notamment des solutions techniques mises en œuvre".

C. Intervention

La partie intervenante relève en premier lieu que bien que "le cahier spécial des charges utilise le terme de variante «libre» [...], la volonté du pouvoir adjudicateur a manifestement été d'autoriser une variante facultative, et non de définir "par la négative" les exigences minimales d'une variante libre, comme le soutient la partie requérante".

Elle fait valoir, pour le surplus, "que l'obligation de définir les exigences minimales auxquelles doivent répondre les variantes libres n'est prescrite, par l'article 9, § 1^{er}, 3^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qu'en ce qui concerne les marchés pour lesquels une publicité européenne préalable est obligatoire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce".

Elle estime donc que le deuxième moyen manque en droit.

La partie intervenante expose ensuite que ce moyen manque également en fait "dès lors que la variante – qu'elle soit qualifiée de facultative ou de libre d'ailleurs – introduite par l'intervenante est, en toute hypothèse conforme aux conditions d'admissibilité de celle-ci, telles que prescrites par le cahier spécial des charges". Elle expose à cet égard "qu'au contraire de ce que soutient la requérante [...], le cahier spécial des charges n'imposait pas d'exigences minimales en termes de stock des spécialités pharmaceutiques à reprendre dans chaque dotation, mais définissait au contraire, expressément, des quantités maximales pour chaque référence". La partie intervenante en déduit que dans la mesure où sa variante reprenait effectivement toutes les références demandées par l'adjudicataire, "d'éventuelles «dérogations», en termes de quantités, aux occurrences maximales prévues par le cahier spécial des charges étaient manifestement permises".

La partie intervenante reprend, par ailleurs, l'explication déjà donnée par la partie adverse concernant le nombre d'armoires et la signification qu'il convient de donner à ce terme en l'occurrence.

Elle conclut que le moyen n'est pas sérieux.

II.2 Décision du Conseil d'Etat

L'article 5 de la loi du 15 juin 2006, relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services se lit comme suit :

- " Les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.

Les marchés publics sont attribués avec concurrence, après vérification du droit d'accès, sélection qualitative et examen des offres des participants, conformément à une des procédures de passation déterminées au chapitre IV".

Cette disposition pose comme principe de base s'imposant aux pouvoirs adjudicateurs, le respect de l'égalité et de la transparence entre les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services, quel que soit le mode de passation du marché auquel il est recouru. Il s'applique donc également à la procédure négociée sans publicité. L'article 26 de la loi du 15 juin 2006 précitée, qui énumère les hypothèses dans lesquelles un pouvoir adjudicateur peut recourir à cette procédure particulière, précise d'ailleurs ceci dans son paragraphe trois :

- " Au cours de la négociation, le pouvoir adjudicateur assure l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. [...]".

En l'espèce, la question qui se pose est de savoir si, en attribuant le marché à la "variante libre" proposée par l'intervenante, la partie adverse a exempté celle-ci, et elle seule, du respect des conditions fixées par le cahier des charges. Il importe peu, sous cet angle, que la variante soit qualifiée de "facultative" ou de "libre", l'essentiel étant de déterminer si les soumissionnaires ont été soumis au respect des mêmes conditions.

Les conditions fixées par le cahier des charges disposaient comme suit :

- " Article 3. Variantes

Les soumissionnaires doivent présenter une variante obligatoire :

Le soumissionnaire détaillera également le prix de chaque type de module ou tiroir afin que Vivalia puisse composer un autre type d'armoire si nécessaire.

Les soumissionnaires sont autorisés à présenter des variantes à l'offre de base.

Ces variantes sont accompagnées de tous les renseignements techniques nécessaires et des prix unitaires. Un échantillon est présenté pour chaque variante à la demande du pouvoir Adjudicateur».

Objet de la variante : Il s'agit d'équiper les armoires avec des tiroirs ou des modules autres que ceux annoncés dans le cahier des charges (partie technique)".

Dans ce qui est présenté comme une "variante obligatoire", le pouvoir adjudicateur indique clairement qu'il souhaite disposer d'offres détaillées par module ou par tiroir afin, le cas échéant, de pouvoir décider d'une autre composition des armoires. En page treize du cahier des charges, il est précisé que l'offre devra porter sur "une armoire type" et qu'en variante obligatoire, le soumissionnaire "détaillera également le prix de chaque module ou tiroir afin que VIVALIA puisse composer un

autre type d'armoire si nécessaire". En d'autres termes, la partie adverse demandait aux soumissionnaires de lui proposer pour chaque site un modèle d'armoire, ou de "dotation" répondant à des conditions définies, notamment en termes de références à stocker et de quantité maximale à stocker, mais se réservait la faculté de ne retenir, le cas échéant, qu'une partie des modules ou de composer autrement l'armoire à partir des modules proposés. Les armoires types de la "variante obligatoire" pouvaient de la sorte servir de base de comparaison entre des offres répondant, par ailleurs, aux spécifications techniques du cahier des charges, sans lier l'adjudicateur quant à la quantité à commander. Bien que la terminologie utilisée par le cahier des charges ("variante obligatoire") prête à confusion, la partie adverse semble en réalité, avoir opté pour une forme de marché à bordereau de prix, dans lequel les postes sont portés en compte sur la base des quantités effectivement commandées. Ce choix lui permettait d'adapter la quantité de modules commandés en fonction de ses besoins réels au moment de la commande. Il était cependant nécessaire pour pouvoir comparer les offres et, partant, respecter l'égalité entre les soumissionnaires, qu'elle dispose d'offres comparables quant au nombre de références et aux quantités stockées.

A côté de cette possibilité que se réservait l'adjudicateur, le cahier des charges autorise les soumissionnaires à présenter des variantes, tout en précisant qu'elles ont pour objet "d'équiper les armoires avec des tiroirs ou des modules autres que ceux annoncés dans le cahier des charges". Il ne s'agit donc pas dans ce cas de jouer sur la quantité stockée ou sur le nombre de modules et de tiroirs, mais bien de proposer d'autres solutions techniques que celles prévues par le cahier spécial des charges. A nouveau, il est, à ce stade de l'examen, sans incidence de déterminer si ces variantes doivent être qualifiées de «libres» ou de «facultatives», dès lors qu'il n'est pas contesté que le cahier des charges les autorisait et qu'il délimitait leur objet, fût-ce de manière très peu encadrée.

Il ne ressort ni des explications des parties adverse et intervenante, ni des pièces du dossier, que la "variante libre" proposée par la partie intervenante présente des spécifications techniques différentes de sa "variante obligatoire". Le rapport d'analyse des offres constate d'ailleurs que "l'analyse technique est valable quelque [sic] soit la composition finale de l'armoire". Les parties adverse et intervenante se limitent à cet égard à expliquer que la technologie offerte par l'intervenante permet une gestion plus souple des stocks, ce qui rend possible la réduction des quantités maximales à prévoir par référence dans les armoires (ou ensemble d'armoirs). Rien n'indique cependant que cette technologie serait différente dans les variantes "obligatoire" et "libre". Il apparaît donc que la seule différence entre les deux variantes

de la partie intervenante réside dans la quantité de produits pouvant être stockés dans une partie des "dotations" (*in concreto*, celles des soins intensifs).

La partie intervenante a, en réalité, proposé dans sa variante "libre" ou "facultative" un autre type d'armoire avec les mêmes modules que dans la "variante obligatoire", mais d'une moindre capacité. Elle a ainsi, en quelque sorte, anticipé sur la décision que se réservait de prendre la partie adverse au stade de la commande. A en juger par les explications fournies et par les pièces du dossier, il ne s'agit donc pas d'une "variante" technique, mais d'une modification strictement quantitative des données de la "variante obligatoire".

En acceptant cette variante, la partie adverse a admis une offre ne répondant pas aux conditions du cahier des charges. En effet, outre qu'il ne s'agit pas d'une variante visant à "équiper les armoires avec des tiroirs ou des modules autres que ceux annoncés dans le cahier des charges", cette offre ne permet pas de prendre en charge les quantités maximales définies par l'adjudicataire. Les parties adverse et intervenante ne peuvent de ce point de vue être suivies lorsqu'elles expliquent que puisque le cahier des charges ne prévoit que des quantités maximales, les soumissionnaires n'étaient tenus par aucune obligation quant à la quantité minimale pouvant être stockée. En effet, l'imposition de quantités maximales à stocker n'a de sens que si elle signifie que l'adjudicateur définit par là les quantités que doivent pouvoir contenir les armoires au maximum de leur capacité, c'est-à-dire lorsqu'elles sont réapprovisionnées et que le stock est complet. Les soumissionnaires étaient d'ailleurs invités à prévoir une marge de sécurité de quinze pour cent, ce qui n'aurait aucun sens si la norme ainsi définie pouvait être revue à la baisse au bon vouloir des soumissionnaires. Une telle acception du critère aboutirait en réalité à rendre impossible toute comparaison de prix, chaque soumissionnaire pouvant à sa guise faire fluctuer le prix de son offre en revoyant à la baisse les quantités stockables.

Il découle de ce qui précède que l'offre de la requérante, conforme aux conditions du cahier des charges, et la variante "libre" de l'adjudicataire n'étaient pas comparables. En acceptant qu'un soumissionnaire dépose une variante non conforme aux conditions du cahier spécial des charges, alors que ni la requérante, ni d'ailleurs d'autres soumissionnaires potentiels n'ont disposé de la même faculté, la partie adverse a clairement avantagé ce soumissionnaire. L'égalité entre les soumissionnaires n'a donc pas été respectée.

Le moyen est sérieux.

VI. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne fait pas état, et le Conseil d'Etat n'aperçoit pas, d'élément imposant de constater que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision d'attribution attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

VII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse demande que la confidentialité des offres soit préservée, dès lors qu'elles contiennent des données commerciales ou techniques.

La divulgation de ces candidatures n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige. Il y a lieu, par conséquent, d'en maintenir provisoirement la confidentialité de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à respecter les conditions d'une concurrence loyale entre les entreprises.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme INTERNATIONAL MEDICAL PRODUCTS est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision du Conseil d'Administration du 9 septembre 2014 prise par la société coopérative à responsabilité limitée VIVALIA d'attribuer le marché public Fourniture et installation de 6 armoires informatisées pour les besoins des pharmacies du CHA, des CSL et de l'IFAC à la société anonyme INTERNATIONAL MEDICAL PRODUCTS.

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 pièces contenues dans le dossier administratif sous les références A et B, sont –à ce stade de la procédure – tenues pour confidentielles.

Article 6.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le premier décembre deux mille quatorze par :

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

Serge BODART.