

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 230.767 du 2 avril 2015

G./A.215.132/VI-20.371

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

ayant élu domicile chez
Mes Nicolas BECKER et
Alain DELFOSSE, avocats,
avenue Louise, n° 106,
1050 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée de droit public
ASSOCIATION INTERCOMMUNALE DE SOINS ET
D'HOSPITALISATION, en abrégé A.I.S.H.,**

ayant élu domicile chez
Mes Véronique VANDEN ACKER et
François VISEUR, avocats,
square de Meeûs, n° 35,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme de droit français MEDASYS,

ayant élu domicile chez
Mes Jean BOURTEMBOURG et
Cyrille DONY, avocats,
rue de Suisse, n° 24,
1060 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 26 février 2015, la société anonyme XPERTHIS demande l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution de:

- " la décision prise par la partie adverse apparemment le 2 février 2015 de déclarer irrégulières les offres qu'elles ont introduites dans le cadre du marché public fournitures ayant pour objet la «fourniture d'un dossier patient informatisé» (AOR-UE-DPI/14) et d'attribuer ce marché «à un autre soumissionnaire», qui serait :

- soit la société de droit français Medasys, société anonyme à directoire et conseil de surveillance, dont le siège social est établi 381, avenue du Général de Gaulle à F - 92140 Clamart (France), immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de Nanterre sous le numéro 319.557.237;
- soit sa filiale belge, la société anonyme Mexys, dont le siège social est établi chaussée de Binche, 101 D porte C à 7000 Mons, portant le numéro d'entreprise 872.775.316".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 2 mars 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 26 mars 2015 à 10 heures 30.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

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

La société anonyme de droit français MEDASYS a, par une requête introduite le 23 mars 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

Mes Alain DELFOSSE et Nicolas BECKER, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Mes Véronique VANDEN ACKER et François VISEUR, avocats, comparaissant pour la partie adverse et Me Cyrille DONY, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. l'Auditeur au Conseil d'Etat, Raphaël BORN, 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

III. 1. Dans les éditions du Bulletin des adjudications du 24 avril 2014 et du Journal officiel de l'Union européenne du 29 avril 2014, la partie adverse a publié un avis relatif à un marché public de fournitures portant sur "l'acquisition,

l'implémentation et la maintenance d'un logiciel de gestion des dossiers informatisés des patients".

Le marché porte la référence "AOR-UE-DPI/14 " et est passé par procédure d'appel d'offres restreint.

III. 2. La date limite d'envoi des demandes de participation est fixée au 5 juin 2014 à 16 heures.

Huit candidatures sont introduites, dont celle de la société CALYSTENE qui, par une décision du 23 juin 2014, est exclue par le pouvoir adjudicateur. La même décision sélectionne sept candidats.

III. 3. La date limite d'introduction des offres est fixée au 22 septembre 2014 à 16 heures et reportée au 2 octobre 2014 à la même heure.

Quatre offres sont déposées par la requérante, par la société anonyme CIGES, par la société anonyme MIMS et par la société anonyme de droit français MEDASYS.

III. 4. Le 22 janvier 2014, le service des marchés de la partie adverse dépose son rapport d'examen des offres dans lequel on peut lire entre autres ce qui suit, à propos de l'irrégularité de l'offre de la requérante:

" 6. Régularité matérielle des offres

[...]

6. 2. XPERTHIS

Prix et modalité de paiement.

Le montant de l'offre mentionné sur le formulaire d'engagement correspond au montant total de l'inventaire dûment complété et signé. En page 6 de son offre, XPERTHIS mentionne : «Les prestations chiffrées dans notre offre comprennent l'ensemble des prestations de gestion du projet, de paramétrage, d'installation, de formation (principe train the trainer) et d'accompagnement pour le périmètre décrit ci-dessus» (liste des différentes prestations).

Délai d'exécution et planning.

Le planning détaillé joint à l'offre de XPERTHIS précise le planning directeur et mentionne un délai total de 42 mois, soit identique au délai maximum global autorisé par le cahier spécial des charges.

Respect des exigences relatives aux spécifications techniques et fonctionnelles.

Dans le tableau joint à l'offre de XPERTHIS, quarante-quatre exigences essentielles ne sont pas disponibles et le soumissionnaire précise, (en page 8 de son offre) «qu'elles ne seront pas davantage disponibles en cas de démonstration» (prévue par le cahier spécial des charges) mais «qu'il s'engage à les réaliser dans les 42 mois, mais pas nécessairement en phase avec les étapes intermédiaires du planning». L'offre est dès lors entachée d'une irrégularité substantielle par sa non-conformité à quarante-quatre exigences essentielles, mais également du fait du

non-respect des exigences minimales du planning directeur en ce qui concerne les délais partiels applicables aux phases intermédiaires. En application de l'article 95 de l'AR du 15 juillet 2011, cette offre doit dès lors être écartée pour nulle. A titre indicatif, on notera par ailleurs que XPERTHIS ayant précisé que la démonstration (prévue par le cahier spécial des charges) ne serait en tout état de cause possible que pour les fonctionnalités en «statut disponible», il serait impossible pour le pouvoir adjudicateur de coter qualitativement l'offre au regard de ces fonctionnalités (essentielles ou non) (critère d'attribution n°2).

Infrastructure informatique proposée (hardware).

La plate-forme de production, de tests, de formation et de développement proposée repose sur une solution full HP, permettant ainsi de s'intégrer parfaitement dans l'infrastructure informatique actuelle de l'AISH, que le Service IT de l'Hôpital maîtrise totalement. L'infrastructure proposée est donc conforme aux exigences.

La maintenance.

En page 22 de son offre, le §6 intitulé «Description de la maintenance», XPERTHIS déclare se conformer aux exigences du cahier spécial des charges, mais ajoute «sauf sur un point : Dans le cadre des problèmes non bloquants : couverture de 8h-17h30, 5j/7 au lieu de 6j/7 02h00-22h00». Le logiciel objet du marché est voué à devenir l'épine dorsale du système d'informations liées aux patients. Un problème, même non bloquant, pourrait éventuellement mettre en péril le bon fonctionnement de l'hôpital, voire la sécurité même des patients. Il s'agit de la raison pour laquelle le pouvoir adjudicateur a souhaité imposer des plages et délais d'intervention précis. Il s'agit en conséquence, pour le pouvoir adjudicateur, d'exigences essentielles eu égard à l'objet du marché. En application de l'article 95 de l'AR du 15 juillet 2011, l'offre est dès lors entachée d'une irrégularité substantielle supplémentaire à celles mentionnées ci-avant (exigences techniques, planning directeur).

La formation.

Dans le cadre de la méthodologie du projet jointe à son offre, au §2.3.4., XPERTHIS aborde brièvement les formations comme suit : «XPERTHIS prévoit la formations des formateurs. Ces référents formeront à leur tour les utilisateurs finaux (principe «train to train»)). «Après les formations des utilisateurs finaux, ces utilisateurs remplissent au moins un dossier de test dans l'application. Cela leur permet d'essayer d'évaluer les formations reçues». Rien n'est par contre précisé quant aux réels moyens mis en oeuvre en dépit des exigences mentionnées au cahier spécial des charges dont question infra. L'offre de XPERTHIS n'est donc pas complète sur le point des formations et est, à ce titre, également irrégulière. Etant donné qu'elle est entachée des irrégularités substantielles précitées, et que la formation est visée par le critère d'attribution n°3, il n'a pas été demandé à XPERTHIS de compléter son offre sur ce point.

Conclusions

L'offre introduite par XPERTHIS étant affectée des irrégularités substantielles précitées, elle doit être rejetée pour nulle. Elle n'a par conséquent pas été examinée plus avant et XPERTHIS n'a pas été invité à faire une démonstration de son logiciel".

Le même rapport comprend également un paragraphe consacré à la vérification des prix proposés par la seule société qui a vu son offre déclarée régulière, soit la société MEDASYS, attributaire du marché. Il indique ce qui suit à ce sujet:

" 8. Vérification des prix

Conformément à l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, les prix de MEDASYS ont été vérifiés. En regard de l'estimation du marché (2.250.000€

(TVAC) soit 1.859.504€ hors TVA), l'offre de MEDASYS est peu élevée. Après analyse et recherches, ceci s'explique par le fait que le produit (DX Care) proposé par ce soumissionnaire est finalisé et ne nécessite plus aucun développement particulier. Il est également amorti sur les multiples références que compte ce fournisseur. Il s'agit d'une solution clé sur porte. En regard des chiffres d'affaires réalisés par MEDASYS pour des projets similaires, les prix offerts sont cohérents. S'ils sont légèrement inférieurs, ceci s'explique par le fait que ce fournisseur, leader sur le marché français, souhaite vivement s'implanter en Belgique afin d'y obtenir une référence.

Par ailleurs, nonobstant le fait que l'offre MEDASYS soit la seule offre régulière, nous ne pouvons pas nier que son montant total se situe nettement en-deçà de celui de ses concurrents belges. Ceci peut s'expliquer par une différence entre la configuration des marchés nationaux belge et français (loi de l'offre et la demande). En effet, sur base de l'examen des listes de références introduites dans le cadre de la sélection qualitative, les prix semblent sensiblement moins élevés en France qu'en Belgique. Par ailleurs, il convient de noter que les offres des concurrents se situent, quant à elles, nettement au-dessus de l'estimation initiale.

Lorsqu'on compare le prix par rubrique (voir annexe 7), on constate que le coût du matériel se situe dans la moyenne. Les différences se marquent sur les autres rubriques, ce qui corrobore les arguments développés au premier alinéa.

Eu égard à ces motifs, les prix de MEDASYS sont normaux et ne nécessitent pas de justifications complémentaires".

Le même rapport conclut en ces termes :

" 11. Conclusion et proposition d'attribution

Au terme de l'examen de la régularité formelle et matérielle des offres, seule l'offre de MEDASYS peut être retenue. Son prix, très peu élevé au regard du prix offert par les autres soumissionnaires, a été vérifié et ne peut être tenu pour (apparemment) anormalement bas. Il ne nécessite pas de justification par MEDASYS.

Par ailleurs, l'offre introduite par MEDASYS concerne une solution de qualité et adaptée aux desiderata de l'AISH et des différentes corporations concernées par ce logiciel et, qui au regard des critères d'attribution, présente a priori des performances très appréciables qui justifient que le marché lui soit attribué.

On notera à titre surabondant que, même si les offres concurrentes avaient été régulières, au vu des cotes obtenues par MEDASYS, principalement sur les critères «prix» et «contraintes fonctionnelles», les offres concurrentes n'auraient en tout état de cause pu être classées en ordre utiles en vue d'une attribution".

III. 5. Le 2 février 2015, la partie adverse décide, sur la base du rapport d'analyse précité qu'elle fait sien, de déclarer irrégulières les offres introduites par la requérante et par les sociétés CIGES et MIMS et d'attribuer le marché à la société MEDASYS pour un montant d'offre contrôlé de 1.692.065,37 euros, taxe sur la valeur ajoutée incluse.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 23 mars 2015, la société anonyme de droit français MEDASYS 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. RECEVABILITE DE LA REQUETE

V. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité tirée du défaut d'intérêt de la requérante.

D'une part, elle considère que la requérante ne justifie pas de l'intérêt direct requis à critiquer la décision d'attribution, dès lors que la partie adverse a déclaré à juste titre l'offre de la requérante irrégulière et celle de la société MEDASYS régulière, les deux moyens n'étant selon elle ni sérieux ni fondés.

D'autre part, la partie adverse dénonce une absence d'intérêt légitime dans le chef de la requérante, dans la mesure où elle fait actuellement partie du même groupe que les sociétés CIGES et MIMS et où "l'objectif recherché par la requérante consiste à fermer le marché belge (wallon) des services ICT aux hôpitaux et donc à entraver la concurrence sur ce marché".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 19, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose que les parties doivent justifier d'un intérêt. Cet intérêt doit être direct, personnel, actuel, certain et légitime.

Dans le cadre d'un appel d'offres, un soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière a intérêt à contester l'appréciation qui a abouti à déclarer son offre irrégulière et celles de ses concurrents régulières.

Par ailleurs, dès lors qu'une entreprise a participé à la procédure d'attribution d'un marché public, a été sélectionnée et a déposé une soumission, elle justifie d'un intérêt légitime à introduire un recours en annulation de la décision attribuant ce marché à un concurrent. Les supputations formulées par la partie adverse

quant à l'objectif monopolistique poursuivi, en réalité, par la requérante, outre qu'elles ne sont nullement étayées, n'énervent en rien ce constat.

L'exception d'irrecevabilité est rejetée.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèse de la requérante

La partie requérante prend un premier moyen "de la violation des articles 5, 20, §1^{er}, et 25, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; des articles 21 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; des principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence et du principe général *patere legem quam ipse fecisti*".

La requérante critique la décision attaquée en ce qu'elle a considéré son offre comme entachée d'irrégularités substantielles.

Dans une première branche, elle conteste la pertinence du motif de l'acte attaqué selon lequel quarante-quatre exigences fonctionnelles jugées essentielles n'étaient pas encore développées et ne pourraient l'être dans le respect du planning directeur en ce qui concerne les délais applicables aux phases intermédiaires. La requérante relève pour sa part que, à défaut de respecter les délais intermédiaires du projet, "quarante-deux fonctionnalités (sur six cent trente-deux) sont à développer et à livrer dans le délai global du planning" et que ces quarante-deux fonctionnalités ne représentent que six pourcents des fonctionnalités, tandis que les nonante-quatre autres pourcents d'entre elles se conforment strictement aux exigences du cahier spécial des charges. La requérante en conclut que "[l]'exigence du cahier spécial des charges paraît dès lors tout à fait exorbitante et la décision motivée contraire au principe de proportionnalité".

Dans une deuxième branche, la requérante critique le motif fondé sur le non-respect de l'exigence de proposer un service d'appel et d'intervention disponible six jours sur sept, de six heures à vingt-deux heures en cas de "problèmes non bloquants". Elle ne conteste pas que son offre ne propose un tel service que cinq jours sur sept de huit heures à dix-sept heures trente, mais elle estime que, selon la signification qu'elle donne de ces "problèmes bloquants" ou "non-bloquants", son offre était tout à fait suffisante. Elle estime, en revanche, que l'exigence du cahier spécial des charges était exorbitante et que la décision est contraire au principe de

proportionnalité. La requérante observe encore que le cahier spécial des charges précisait, dans sa deuxième partie relative à l'exécution du marché, que la définition d'erreur bloquante devait être décidée lors de la réception provisoire et lors de la signature du contrat, conjointement avec l'attributaire du marché, alors qu'en l'espèce, la décision litigieuse s'est fondée sur sa propre conception de la notion de "problème bloquant", non concertée, laquelle a permis de définir *a contrario* les "problèmes non bloquants".

Dans une troisième branche, la requérante critique le grief dirigé contre son offre quant à la "formation" qui relève de la "qualité d'accompagnement", troisième critère d'attribution coté sur quatre points. La requérante considère qu' "il est impossible de fournir tout le détail d'un plan de formations, avec un objet aussi complexe et sans qu'il ne soit possible d'avoir des informations complémentaires". Elle ajoute qu'elle a demandé à plusieurs reprises la tenue de réunions d'informations pour appréhender au mieux le plan de formation mais en vain.

En conclusion, la requérante estime que les conditions du marché et les exigences techniques fonctionnelles excessives de celui-ci "sont de nature à fausser le jeu normal de la concurrence, la liberté de commerce et d'industrie, la liberté d'accès, le principe de proportionnalité et l'égalité de traitement entre les candidats soumissionnaires concurrents dans un marché public". La requérante se prévaut des articles I.21 "Examen et régularité des offres – article 95 de l'AR" et I.23 "Démonstration – article additionnel" des dispositions administratives du cahier spécial des charges, ainsi que de l'article II.11 "Délai de livraison et d'exécution – article 116 du RGE" des dispositions contractuelles du cahier spécial des charges pour en déduire que "[l]a combinaison de ces différentes conditions cumulatives, à savoir (i) des spécifications fonctionnelles extrêmement détaillées et prescrites à peine de nullité, (ii) l'exigence d'une démonstration du/des logiciels devant porter sur l'ensemble des fonctionnalités exigées, au stade de l'offre et dans les vingt jours de la demande, et (iii) un planning de réalisation imposé prévoyant une installation des matériel hardware et logiciel dans les quatre mois de l'attribution, a pour effet, sinon pour objectif, de rendre impossible le dépôt d'une offre régulière, sauf à disposer d'une solution logicielle répondant d'emblée à l'ensemble des spécifications fonctionnelles exigées, ce qui apparaît peu vraisemblable". La requérante expose que ces conditions excessives du marché l'ont empêchée, ainsi que les deux autres sociétés dont les offres ont été jugées irrégulières, soit "trois des principaux acteurs du secteur", de rendre des offres matériellement régulières. Elle remet aussi en cause le mode de passation du marché (procédure restreinte), dont le choix lui paraît "regrettable", compte tenu de la durée jugée particulièrement longue du marché, de la complexité de son objet et des perspectives d'évolution des hard- et softwares exploités en cours d'exécution du marché.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

En ses paragraphes 3 et 4, l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, tel que modifié par l'arrêté royal du 7 février 2014, énonce ce qui suit :

" Art. 95

[...]

§ 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.

Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.

En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière".

Dans le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 7 février 2014 précité, il a été entre autres précisé ce qui suit à propos du paragraphe 4 de la disposition précitée :

" Si la nature essentielle de la disposition violée a été fixée par le pouvoir adjudicateur dans les documents du marché, il doit en tirer les conséquences en cas de violation sans ne plus pouvoir à nouveau exercer de pouvoir d'appréciation. Frappée d'une irrégularité substantielle, l'offre est nulle et devra être écartée".

En l'espèce, la partie requérante ne conteste pas que son offre ne satisfait pas aux critères visés dans le rapport d'examen des offres. Elle ne nie pas non plus que les documents du marché définissent clairement ces critères comme essentiels, mais estime que les exigences de la partie adverse sont exorbitantes et disproportionnées. Il ne revient pas au Conseil d'Etat de substituer à cet égard son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur. Il suffit de constater que la partie adverse a elle-même attaché une nature essentielle aux exigences litigieuses et qu'elle était liée par cette qualification. Dès lors qu'elle a constaté que l'offre de la requérante était entachée d'irrégularité substantielles, elle n'aurait pas pu déclarer celle-ci régulière sans violer l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité et son propre cahier spécial des charges

La critique de la requérante est, par ailleurs, contredite par les faits. En effet, non seulement l'adjudicataire a satisfait à ces exigences mais l'offre d'un autre

soumissionnaire, la société CIGES, a été jugée conforme aux spécifications techniques essentielles du cahier spécial des charges, celle d'un troisième candidat, la société MIMS, présentait un planning d'exécution et de formation globalement conforme aux exigences et ces deux offres proposaient un service de maintenance conforme aux critères du cahier spécial des charges. Il n'apparaît donc pas, *prima facie*, que les exigences auxquelles la requérante n'a pas satisfait étaient exorbitantes ou hors de portée de sociétés autres que l'attributaire du marché.

Les arguments de la partie requérante n'autorisent pas, non plus, à considérer, à première vue, que le cumul des exigences formulées par la partie adverse aurait eu pour effet de fausser le marché et, en particulier, de rompre l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. La critique de la partie requérante sur ce point s'apparente à une pétition de principe selon laquelle puisque trois candidats sur quatre n'ont pas pu remettre d'offre régulière, la libre concurrence n'a pas pleinement pu jouer. Un tel raisonnement ne peut être suivi. En effet, il n'est, en premier lieu, pas contesté que sept candidats ont été invités à remettre une offre et que quatre d'entre eux l'ont fait, en sorte que la concurrence a pu jouer à ce niveau. Ensuite, la circonstance qu'au moins un candidat sur quatre a pu satisfaire à l'ensemble des conditions du marché démontre que ce n'était pas impossible et que ces conditions, même prises dans leur ensemble, n'étaient pas disproportionnées. Enfin, il n'est pas soutenu que les conditions du marché ont de quelque manière favorisé l'un de ces candidats. La simple circonstance qu'une seule offre a été déclarée régulière ne suffit pas à établir une entrave au jeu normal de la concurrence, à la liberté de commerce et d'industrie, au principe de proportionnalité ou à l'égalité entre les candidats.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VII. SECOND MOYEN

VII.1. Thèse de la requérante

La requérante prend un second moyen "de la violation des articles 5, 20, §1^{er}, et 25, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; des articles 21 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; des principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence; du principe général *patere legem quam ipse fecisti*".

Ce moyen critique, en substance, la décision attaquée en ce qu'elle déclare l'offre de la partie intervenante régulière et attribue le marché public litigieux à celle-ci.

En une première branche, la requérante invoque le fait que l'offre de la partie intervenante aurait, en principe, dû être déposée par la société MEXYS, sa filiale belge, qui était en état de réorganisation judiciaire du 23 décembre 2013 au 22 décembre 2014. La requérante, estime que "la société A.I.S.H. aurait dû exclure la société MEXYS de l'accès au marché" et ajoute que "[c]'est sans doute la raison pour laquelle l'offre a été déposée par la société de droit français MEDASYS". La requérante considère que la partie intervenante n'ayant jamais exécuté en Belgique un marché ayant un objet similaire, il lui était impossible de répondre adéquatement à l'obligation de produire la référence requise d'"au moins une livraison similaire" pour être sélectionnée, dès lors qu'à la supposer produite, une telle référence "ne peut pas concerner une livraison en Belgique mais une livraison en France, où la législation est très différente". Il lui semble donc impossible que, dans ces conditions, la partie intervenante réponde à "tous les critères essentiels des contraintes fonctionnelles, en l'absence d'implémentation d'un Dossier Patient Informatisé (DPI) en production dans un hôpital belge". Elle considère qu'il en va particulièrement ainsi de dix-sept critères que la requérante cite et regroupe par thèmes qu'elle dit ne pas être rencontrés par la partie intervenante. Elle fait valoir que ces "dix-sept critères sont essentiels [...] et tout porte à croire qu'ils ne pouvaient être rencontrés par la société MEDASYS au stade du dépôt des offres, comme exigé [...] dans le cahier spécial des charges". Elle soutient, en substance, qu'il est impossible que la partie intervenante ait pu satisfaire à ces critères tandis que la requérante et les sociétés CIGES et MIMS ont été écartées en raison d'irrégularités substantielles de leurs offres respectives, alors qu'elles disposaient, de par leur implantation en Belgique, d'atouts dont ne disposait pas l'attributaire.

En termes de plaidoirie, la partie requérante développe une deuxième branche, qui complète la première branche du moyen. Cette nouvelle branche se base sur une information dont la requérante a pris connaissance à la lecture du dossier administratif. La partie requérante expose avoir constaté que la société MEXYS intervient en qualité de sous-traitant de l'adjudicataire pour la maintenance du logiciel et estime que la partie adverse aurait dû écarter l'offre de la partie intervenante dans la mesure où au moment où elle a déclaré régulière cette offre, ce sous-traitant était toujours sous le coup d'une réorganisation judiciaire. Elle soutient, en conséquence, que la décision attaquée viole l'article 61, § 2, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité.

Dans une troisième branche, la partie requérante critique la régularité de l'offre de la partie intervenante en ce que son prix serait anormalement bas. Elle mentionne ainsi les prix des sociétés évincées pour en conclure que le montant de l'offre de la partie intervenante devait avoisiner un montant ne représentant que 44,96 % de celui remis par CIGES, 31,33 % de celui proposé par M.I.M.S. et 33,82 % de celui remis par XPERTHIS. Un pareil prix devait selon elle susciter des soupçons d'anormalité, corroborés par le prix remis par cette même société dans le cadre d'un précédent marché analogue lancé par Iris-Achats en 2012, les prix de la partie intervenante présentant alors de faibles écarts par rapport aux concurrents. Elle considère qu'en présence de prix anormalement bas, la partie adverse aurait dû interroger la requérante et, le cas échéant, écarter son offre.

VII.2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la première branche

Il ressort des faits de la cause que l'offre qui a remporté le marché a été introduite par la partie intervenante et non par la société MEXYS, en sorte qu'il est sans intérêt de s'interroger sur l'attitude qu'aurait dû ou pu adopter la partie adverse face à une offre de cette dernière société.

Par ailleurs, le cahier spécial des charges n'impose pas qu'un marché public comparable au marché litigieux ait été exécuté en Belgique. Outre que l'on voit mal comment une telle exigence pourrait être rendue compatible avec le droit européen, aucun élément du cahier des charges ne permet de considérer que la partie adverse aurait voulu limiter la notion de livraison similaire à des marchés situés en Belgique. La seule existence d'une différence de législation entre la France et la Belgique ne peut pas davantage justifier la conclusion qu'il serait impossible pour une société de droit français n'ayant jamais obtenu de marché en Belgique de déposer une offre conforme à l'exigence de sélection qualitative relative à de telles livraisons similaires.

En ce qui concerne les critères essentiels des contraintes fonctionnelles, la requérante suppute à nouveau des irrégularités liées à la méconnaissance du marché en raison de la nationalité française de MEDASYS mais n'en apporte pas la démonstration. En revanche, le rapport d'examen des offres constate que le tableau joint à l'offre de la partie intervenante répond à l'ensemble des exigences fonctionnelles. Il souligne que si des interfaces devront être développées pour adapter les fonctionnalités aux spécificités belges, ces fonctionnalités existent, de telles interfaces ne se "confondant pas avec les fonctionnalités (essentielles ou non) exigées par le cahier spécial des charges". La partie requérante échoue à démontrer que

l'élaboration de ces interfaces équivaut au développement de fonctionnalités. Le raisonnement de la partie requérante ne peut, par ailleurs, être suivi en ce qu'il aboutit *de facto* à considérer qu'aucune société d'un autre Etat-membre de l'Union européenne n'ayant pas déjà exécuté un marché similaire en Belgique n'aurait pu soumissionner valablement pour ce marché, ce qui revient à poser un obstacle pratique insurmontable à l'exercice de la libre-concurrence au sein de l'Union européenne.

La première branche du moyen n'est pas sérieuse.

B. Quant à la deuxième branche

Le grief nouveau formulé à l'audience doit être reçu dès lors qu'il se fonde sur une constatation faite au plus tôt le 17 mars 2015, lors de la consultation du dossier administratif, soit postérieurement au délai imparti pour introduire la requête en suspension.

L'article 61, § 2, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité se lit comme suit :

- " § 2. Conformément à l'article 20 de la loi, peut être exclu de l'accès au marché, à quelque stade que ce soit de la procédure, le candidat ou le soumissionnaire :
 - 1° qui est en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de réorganisation judiciaire ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans d'autres réglementations nationales".

Il découle de la lecture de cette disposition qu'elle vise le candidat ou le soumissionnaire et non les sous-traitants de ceux-ci. Elle ne trouve donc pas à s'appliquer en l'espèce.

La deuxième branche du moyen n'est pas sérieuse.

C. Quant à la troisième branche

En ce qui concerne la troisième branche, les passages utiles à la cause de l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, se lisent comme suit :

- " Art. 21 :
 - § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites. A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure toutes indications permettant cette vérification.
[...]
 - § 3. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, ce paragraphe n'est pas applicable à la procédure négociée.

Lorsque le pouvoir adjudicateur constate, lors de la vérification des prix, qu'un prix paraissant anormalement bas ou élevé par rapport aux prestations à exécuter est remis, avant d'écarter pour cette raison l'offre en cause, il invite par lettre recommandée le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires sur la composition du prix concerné dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation ne prévoise un délai plus long.

La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.

Les justifications concernent notamment :

- 1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
- 2° les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
- 3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
- 4° le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
- 5° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement".

Cette disposition impose au pouvoir adjudicateur de procéder dans un premier temps à la vérification des prix des offres. Ce n'est qu'à l'issue de cette vérification et uniquement si celle-ci fait apparaître des prix semblant anormalement bas ou élevés qu'il doit inviter le soumissionnaire concerné à s'en expliquer, avant de pouvoir écarter l'offre en cause pour cette raison.

Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'estimation du caractère apparemment anormalement bas d'un prix. Le Conseil d'Etat ne peut substituer son appréciation à la sienne à cet égard, sous réserve de la sanction d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation.

En l'espèce, il ressort des faits de la cause que la partie adverse a procédé à la vérification des prix et qu'elle en a conclu qu'elle ne devait pas demander de justifications complémentaires.

Les motifs qui l'ont conduite à cette conclusion témoignent d'une vérification réelle de la normalité du prix de la partie intervenante et ne paraissent pas, à l'issue de l'examen mené dans le cadre de l'extrême urgence, entachés d'une erreur manifeste d'appréciation.

La troisième branche du moyen n'est pas sérieuse.

VIII. BALANCE DES INTERETS

La demande de la partie adverse de procéder à la balance des intérêts en cas d'annulation est sans objet, les moyens n'étant pas sérieux.

IX. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

La requérante a demandé que son offre soit tenue confidentielle.

La partie adverse dépose à titre confidentiel les pièces numérotées A à D qui correspondent aux offres des sociétés MEDASYS, XPERTHIS et MIMS, ainsi qu'à un tableau comparatif des prix avec une analyse comparative avec le marché IRIS.

La partie intervenante joint à sa requête une pièce numérotée 4, intitulée "tableau comparatif des prix entre le marché litigieux, le marché lancé par Iris-Achats et le marché lancé par l'ISoSL", qu'elle souhaite garder confidentielle.

Le conseil de la requérante a, par un courrier électronique du 16 mars 2015 à 14 heures 20, demandé que le montant de l'offre de la partie intervenante soit communiqué à sa cliente. La partie adverse s'y est opposée par un courrier électronique transmis le 17 mars 2015 à 11 heures 25.

Cette information figure toutefois dans le rapport d'examen des offres, à propos duquel aucune demande de confidentialité n'a été formulée par la partie adverse. S'agissant d'un élément constitutif de la motivation de l'acte attaqué, il aurait, en toute hypothèse, été contraire au droit à un procès équitable de ne pas communiquer ce rapport à la requérante.

La partie requérante a pu consulter au greffe du Conseil d'Etat le dossier administratif, en ce compris le susdit rapport, en sorte que sa demande est devenue sans objet.

Il y a lieu, pour le surplus, de maintenir la confidentialité de l'offre de la requérante et des sociétés concurrentes afin de respecter le secret des affaires, la communication de ces pièces ne s'imposant pas au regard des exigences d'une protection juridique effective ou du respect des droits de la défense des parties au litige.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme de droit français MEDASYS dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les offres des sociétés MEDASYS, XPERTHIS et MIMS ainsi que les tableaux comparatifs (pièces A à D du dossier administratif, pièce 7 des annexes à la requête et pièce 4 des annexes à la demande d'intervention) demeureront, à ce stade de la procédure, confidentiels.

Article 4.

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

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

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

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Serge BODART.