

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 230.768 du 2 avril 2015

G./A.215.133/VI-20.372

En cause : **la société anonyme M.I.M.S.,**

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, société anonyme M.I.M.S. 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 XPERTHIS 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
[...]
6.4. M.I.M.S.

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.

Toutefois, dans son annexe 5 intitulée «plan tarifaire», MIMS joint deux documents complémentaires. Le premier, intitulé «Planning de facturation» dresse une projection des échéances de facturation. Il en ressort qu'il ne correspond pas aux dispositions du cahier spécial des charges. Citons par exemple la facturation de maintenance annuelle et de coûts de licences récurrentes dès le premier mois (donc avant même la livraison du matériel). Ceci est en contradiction complète avec le § II.9 du cahier spécial des charges qui précise notamment que la maintenance prendra cours à l'expiration du délai de garantie, ce dernier prenant cours à la réception provisoire, mais aussi en regard du principe légal qui veut que des paiements ne peuvent être exécutés que pour des services faits et acceptés. La progressivité des coûts de maintenance est également explicitée dans le même paragraphe. Outre cet exemple, le planning de facturation joint à l'offre n'est pas en phase avec les dispositions du cahier spécial des charges. Le planning de facturation joint à l'offre précise «qu'il a été dressé sur base des informations précisées dans le cahier des charges et qu'il n'engage pas contractuellement l'AISH et MIMS et fera l'objet d'une négociation entre les deux parties». Cette phrase démontre que ce soumissionnaire n'adhère manifestement pas aux dispositions du § II.9 du cahier spécial des charges qui précisent sans ambiguïté les modalités de

facturation et de paiements, conditions essentielles de l'exécution du marché, qui ne peuvent être négociées dans le cadre d'un appel d'offres.
A tout le moins, l'offre de MIMS est dès lors assortie d'une réserve relative aux modalités de paiement du prix du marché et à ce titre, frappée d'une irrégularité qui peut être qualifiée de substantielle.

Délai d'exécution et planning.

Le planning détaillé joint à l'offre de MIMS précise le planning directeur. Les contraintes fixées par le cahier des charges en matière de délais total et partiels semblent respectées, nonobstant certaines imprécisions.

Respect des exigences relatives aux spécifications techniques et fonctionnelles.

Du tableau joint à l'offre de MIMS, il apparaît que douze exigences/fonctionnalités essentielles ne sont pas disponibles (statut «à développer»). En application de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, l'offre de MIMS est dès lors entachée d'irrégularité substantielle et doit être rejetée pour nulle.

Infrastructure informatique proposée (hardware).

La plate-forme de production proposée par MIMS est adaptée à la solution que ce soumissionnaire propose. Toutefois, elle est d'une technologie différente de celle existante dans l'hôpital, ce qui peut impliquer plus de difficultés en termes d'intégration. Elle répond toutefois aux exigences de l'AISH en la matière.

La maintenance.

A priori, ce soumissionnaire propose dans son offre une maintenance conforme aux exigences du cahier des charges.

La formation.

En page 19 de son offre, MIMS précise la manière dont les formations seront organisées. Cela répond globalement aux exigences de l'AISH en la matière. Au travers de l'inventaire récapitulatif joint à l'offre, nonobstant le caractère forfaitaire du poste 33 dédié à la formation, ce soumissionnaire a précisé qu'il prévoyait 109 jours à 700,00 € hors TVA. Toutefois, dans un document intitulé «options de l'offre» dans lequel MIMS renseigne le coût relatif à des formations complémentaires, se trouve une proposition de formation à DRAGON (reconnaissance vocale), pour un prix de 950,00 € hors TVA par utilisateur. Toutefois, ces formations doivent être incluses dans le prix du marché. Le caractère optionnel de ces formations (et leur prix additionnel) semble non-conforme aux exigences du marché et entachent dès lors l'offre de MIMS d'une irrégularité supplémentaire.

Conclusions

L'offre introduite par MIMS étant affectée des irrégularités (notamment substantielles) précitées, elle doit être rejetée pour nulle. Elle n'a par conséquent pas été examinée plus avant. MIMS 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 pas 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 XPERTTHIS 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 présente cause.

Cette société étant l'attributaire du marché, elle justifie de l'intérêt requis pour intervenir dans la cause. 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 critique le motif de l'acte attaqué relatif au prix et aux modalités de paiement proposés. Elle estime qu'elle a bien respecté le plan de paiement figurant dans le cahier spécial des charges, même si certaines licences et maintenances étaient "à payer dès le début du projet", la requérante comme tout autre éditeur ne pouvant "modifier les conditions de facturation de ces produits et services fournis par des tiers, en particulier pour les services fournis par Oracle". Elle expose que la phrase de son offre selon laquelle le planning de facturation proposé "n'engage pas contractuellement l'A.I.S.H. et MIMS et fera l'objet d'une négociation entre les deux parties" ne visait pas à décharger la requérante de ses responsabilités "mais de permettre à la société A.I.S.H. de réfléchir avec la société M.I.M.S. au planning le plus adéquat à mettre en œuvre en fonction de contraintes du projet qui auraient échappé à la société M.I.M.S. au moment de la remise de l'offre".

Dans une deuxième branche, la requérante critique le motif de la décision attaquée selon lequel douze exigences fonctionnelles jugées essentielles n'étaient pas encore disponibles ou développées au moment du dépôt de l'offre. La requérante commence par indiquer que "contrairement à ce qui est mentionné dans l'analyse des offres, les exigences fonctionnelles ne portaient pas le statut: «à développer», mais le statut «oui, dvl»". Elle précise ensuite que: "Le lecteur objectif pourra directement détecter que le statut «oui, dvl» avait été affecté par la société M.I.M.S. dans un souci d'honnêteté et que les développements qui sont à réaliser sont : - ou bien très minimes

et donc insignifiants par rapport à l'ampleur du projet (lignes ci-dessus : 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 12); - ou bien en lien avec la configuration spécifique de la société A.I.S.H. et ne peuvent être fonctionnels au moment de la remise de l'offre d'aucun autre soumissionnaire et ne peuvent donc constituer un critère d'irrégularité de l'offre, sous peine que toutes les offres soient irrégulières (lignes ci-dessus : 9, 11); - ou bien en lien avec des services eHealth, pas encore disponibles au moment de la remise de l'offre et ne peuvent être fonctionnels au moment de la remise de l'offre d'aucun autre soumissionnaire et ne peuvent donc constituer un critère d'irrégularité de l'offre, sous peine que toutes les offres soient irrégulières (ligne ci-dessus : 12)". Elle ajoute que les développements précités seraient "achevés dans un timing compatible avec le plan d'implémentation défini par la société A.I.S.H.". Enfin, la requérante fait valoir que l'offre de la société M.I.M.S. comportait 386 critères essentiels déjà fonctionnels sur 398, en sorte 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 troisième branche, la requérante s'oppose au motif de la décision litigieuse lui faisant le grief de ne pas avoir inclus dans son prix les formations au logiciel de reconnaissance vocale DRAGON. La requérante considère que, conformément aux points I.5 et I.9 du cahier spécial des charges, les options libres sont admises et que "ni les documents du marché ni l'acte attaqué ne précisent si la «formation Dragon» est un élément accessoire et non strictement nécessaire à l'exécution du marché ou si elle est indispensable à la «formation du personnel» prévue par le cahier spécial des charges, laquelle fait partie intégrante de la mise en place du dossier patient informatisé". Elle relève que le rapport d'analyse des offres a admis que son offre répondait globalement aux exigences de la partie adverse en la matière, que si tel est le cas, elle a jugé "intéressant de proposer une formation complémentaire optionnelle consistant dans l'accompagnement individualisé pointu des médecins par une linguiste aux mécanismes de reconnaissance vocale", qu'elle n'a pas voulu imposer ce type de formation, qu'elle ne voit donc pas en quoi cette option constitue une cause d'irrégularité de son offre, ce que la formulation de la cause d'exclusion semble confirmer.

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 des 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, la complexité de son objet et les perspectives d'évolution des hard- et softwares exploités en cours d'exécution du marché.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la première branche

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, le cahier spécial des charges prévoit ce qui suit, en son point II.9. intitulé "Facturation et paiement – articles 66 et 127 des RGE":

" Facturation
[...]
Une facture est établie pour chaque réception provisoire partielle accordée à l'adjudicataire.
Pour être valables, les factures comporteront au moins les informations suivantes:
- [...];
- [...];
- l'indication détaillée des fournitures livrées et réceptionnées et notamment des prix unitaires, des prix totaux ainsi que les quantités exécutées pour chacun des postes;
- [...]".

Suit ensuite, sous le même paragraphe, un alinéa consacré à l' "implémentation du projet", pour lequel un tableau précise la manière dont chaque réception provisoire doit faire l'objet d'une facture. Ce tableau précise entre autres les différentes phases du marché (ou "réceptions provisoires partielles"), les échéances auxquelles ces phases doivent être exécutées, ainsi que les modalités de facturation.

L'alinéa qui suit précise encore ce qui a trait au "Contrat de maintenance", à savoir :

" Le contrat de maintenance prendra cours à l'expiration du délai de garantie. Ce délai court à dater de la réception provisoire.
La maintenance sera facturée progressivement et au prorata des pourcentages de facturation liés aux «licences coût unique» mentionnés dans le tableau".

Enfin, ce même point II. 9 du cahier spécial des charges précise ce qui suit :

" Paiement
[...]
Les paiements ne peuvent porter que sur des fournitures et services faits et acceptés. Aucun acompte n'est prévu. Toute offre qui dérogerait à ce principe sera frappée de nullité absolue".

Dès lors que la partie adverse a elle-même attaché une nature essentielle aux exigences litigieuses, elle était liée par cette qualification. De telles modalités de facturation et de paiement, sont d'ailleurs conformes au principe formulé par l'article 7

de la loi du 15 juin 2006 précitée, selon lequel un paiement ne peut être effectué que pour un service fait et accepté.

La partie requérante ne conteste pas que dans son offre, certaines licences et maintenances étaient à payer dès le début du projet. Elle ne conteste pas non plus que son offre ne se conforme pas, en cela, aux dispositions précitées du cahier spécial des charges. Elle soutient toutefois que cela résulte des conditions de facturation de produits et de services fournis par des tiers, notamment la société ORACLE. Ces explications ne peuvent délier le pouvoir adjudicateur de l'obligation qu'il s'est lui-même fixée. La partie adverse ne pouvait, par conséquent, que constater que l'offre de la requérante était entachée d'une irrégularité substantielle. Elle n'aurait, par conséquent, 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

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 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.

B. Quant aux deuxième et troisième branches

Le motif critiqué dans la première branche du moyen suffit à justifier le constat de l'irrégularité de l'offre de la requérante.

Il est, dès lors, sans intérêt d'examiner les critiques formulées par la requérante à l'encontre des autres motifs de l'acte attaqué.

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 alors 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 quant à ce 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 partie intervenante répond à l'ensemble des exigences fonctionnelles. Il souligne que si des interfaces devront être développés pour adapter les fonctionnalités aux spécificités belges, ces fonctionnalités existent, de telles interfaces ne se "confondant pas avec les fonctionnalités (essentiels 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 déposer la demande de 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'ISO SL", 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.