

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS
SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

À R R Ê T

n° 248.077 du 23 juillet 2020

A. 231.164/VI-21.795

En cause : **La société à responsabilité limitée
MSD BELGIUM,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Julien GAUL, Vera VAN THUYNE
et Kirian CLAEYÉ, avocats,
Avenue du Port, 86c, bte 414
1000 Bruxelles

contre :

Le Centre Hospitalier de la Citadelle,
en abrégé C.H.R. de la Citadelle,
ayant élu domicile chez
M^e Renaud SIMAR, avocat,
Place des Nations-Unies 7
4020 Liège.

Partie intervenante :

La société anonyme SANDOZ,
ayant élu domicile chez
M^{es} Stijn BUTENAERTS et
Simon LEFEBVRE, avocats,
Boulevard Léopold II, 180
1080 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 juillet 2020, la société à responsabilité limitée MSD BELGIUM demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 17 avril 2020 et de la décision motivée "sous réserve d'approbation" du 24 avril 2020 du bureau exécutif de la partie adverse ayant, entre autres, pour objet d'"Attribuer à la firme SANDOZ s.a. (Vilvoorde) le marché basé sur un accord-cadre relatif à la fourniture d'infliximab 100mg pendant 4 ans, pour un montant minimum de 450.000 euros HTVA et un

montant maximum de 800.000 euros HTVA, sachant que le prix unitaire s'élève à 64,99 euros HTVA"» ainsi que de « l'éventuelle décision subséquente (à date inconnue et non-notifiée) d'approbation qui aurait dû être prise ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 3 juillet 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 juillet 2020.

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

Par une requête introduite le 10 juillet 2020, la société anonyme SANDOZ demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Julien GAUL et Vera VAN THUYNE, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^e Renaud SIMAR, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Simon LEFEBVRE et Barbara SPELEERS, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

Mme Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles

1. Le 7 février 2020, le bureau exécutif de la partie adverse décide de lancer un marché ayant pour objet la fourniture d'Infliximab 100mg poudre pour solution à diluer pour perfusion. Vu que « les quantités ne peuvent être déterminées à ce stade », il est prévu de conclure un accord-cadre dont le montant estimé est de « minimum 450.000 euros HTVA et de maximum 800.000 euros HTVA pour toute

la durée du marché » fixée à quatre ans. Le marché est passé en procédure ouverte avec publicité européenne. Le seul critère d'attribution est le prix.

2. Les 10 et 13 février 2020, des avis de marché sont publiés au Bulletin des Adjudications et au Journal Officiel de l'Union européenne. Des avis rectificatifs sont publiés les 27 février et 2 mars 2020.

En cours de procédure, la partie adverse répond à diverses questions posées, dont l'une concerne le volume du marché (quantités).

Il y est répondu ce qui suit :

« Le marché est un accord-cadre et le pouvoir adjudicateur s'engage sur un montant et non des quantités [...] À titre purement indicatif, le CHR a commandé 1700 pièces en 2019. ».

Trois offres sont déposées. Les prix unitaires TVAC proposés sont les suivants :

- BIOGEN BELGIUM NV : 97,16 euros
- MSD BELGIUM BVBA : 405,22 euros
- SANDOZ SA : 68,89 euros

3. Le 18 mars 2020, la partie adverse demande à chacun des trois soumissionnaires une « justification [pour] prix anormal », « en application de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ».

Les soumissionnaires répondent succinctement à cette demande.

Dans le rapport d'examen des offres, il est, à ce propos, mentionné ce qui suit :

« Examen des prix unitaires et totaux anormaux

Les prix unitaires des offres étant très différents les uns des autres, il a été décidé d'interroger les 3 soumissionnaires quant à la normalité de leur[s] prix.

Les 3 ont justifié leur[s] prix (deux d'entre eux sont des produits génériques, le 3^{ème} est l'original).

Leurs justifications sont acceptées ».

Il est conclu que les trois offres sont régulières.

4. Le 24 avril 2020, le bureau exécutif de la partie adverse décide, sur la base du rapport d'examen des offres, d'attribuer à la partie intervenante « le marché

basé sur l'accord-cadre relatif à la fourniture d'infliximab 100mg pendant 4 ans, pour un montant minimum de 450.000 euros HTVA et un montant de 800.000 euros HTVA, sachant que le prix unitaire s'élève à 64,99 euros HTVA ».

Il s'agit du deuxième acte attaqué.

5. Par un courrier du 8 juin 2020, l'autorité de tutelle décide, dans le cadre de la tutelle générale d'annulation, que la délibération du 24 avril 2020 précitée « n'appelle aucune mesure de tutelle et qu'elle est donc devenue pleinement exécutoire ».

6. Par un courrier recommandé envoyé à une date indéterminée, la décision motivée du 24 avril 2020 et le rapport d'examen des offres sont notifiés à la requérante, qui déclare les avoir reçus le 17 juin 2020. Un courriel est envoyé le 15 juin 2020 à l'attention de la requérante, mais à une adresse e-mail erronée, en sorte qu'il n'atteint pas son destinataire.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 10 juillet 2020, la société anonyme SANDOZ demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Compétence du Conseil d'État

V.1. Thèses des parties

La partie intervenante conteste, dans sa requête, la compétence du Conseil d'État pour connaître du présent recours. Se référant à plusieurs arrêts rendus par la Cour de cassation, elle soutient que le C.R.H. de la Citadelle n'a pas agi, en tant qu'autorité administrative, dès lors qu'il est une société coopérative à responsabilité limitée qui ne dispose pas de l'*imperium* permettant de conférer à une personne morale de droit privé la qualité d'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Elle ajoute que le fait qu'une personne morale de droit privé compte parmi ses membres des personnes morales de droit public n'implique pas, par ce seul fait, qu'elle puisse être considérée comme une autorité administrative, alors que la requérante ne démontre pas que le C.H.R. de la Citadelle pourrait prendre des décisions contraignantes pour

des tiers et que l'attribution d'un marché public n'est pas une décision créant des obligations à l'égard de tiers.

En termes de plaidoiries, la requérante explique avoir reçu, une heure avant l'audience, la requête en intervention et pris connaissance de l'exception d'incompétence qui y est soulevée. Elle renvoie à l'arrêt n° 247.300 du 12 mars 2020, par lequel le Conseil d'État a ordonné la suspension de l'exécution d'une décision prise par le bureau exécutif du C.H.R. de la Citadelle, en matière de marché public, ce qui, selon elle, suffit à démontrer que le Conseil d'État est bien compétent pour connaître du présent recours. La partie adverse fait, quant à elle, valoir que le C.H.R. de la Citadelle est une intercommunale qui est composée de pouvoirs publics et contrôlée par des pouvoirs publics qui sont membres de son conseil d'administration. Selon elle, l'intercommunale remplit les critères organique et fonctionnel (missions de services publics) pour être qualifiée d'autorité administrative.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La présente de demande de suspension d'extrême urgence est introduite sur la base de l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marché public, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. L'article 24 de la même loi désigne la section du contentieux administratif du Conseil d'État comme « instance de recours » pour connaître des recours visés notamment à l'article 15, « lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État ». Cette disposition confère compétence à ce dernier pour statuer sur les recours en annulation à l'égard des actes et règlement « des diverses autorités administratives ».

Contrairement à ce qu'affirme la partie intervenante, le Centre hospitalier régional de la Citadelle n'est pas une personne morale de droit privé. Comme l'indique la partie adverse, elle est une intercommunale, ce qui n'est pas contesté et ressort des documents du marché (*cf.* avis de marché publiés dans le Bulletin des adjudications et le Journal officiel de l'Union européenne). En vertu de l'article L1512-6 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, les intercommunales sont, quel que soit leur objet, des « personnes morales de droit public », même si elles adoptent, conformément à l'article L1523-1 du même Code, la forme juridique de la société anonyme ou de la société coopérative à responsabilité limitée. La disposition précitée précise que « [l]es lois relatives aux sociétés commerciales sont applicables aux intercommunales pour autant que les statuts n'y dérogent pas en raison de la nature spéciale de l'association ». Les

intercommunales sont créées par les communes, dans les conditions fixées par le Code de la démocratie locale et de la décentralisation, dans un but d'utilité publique pour poursuivre des objets déterminés d'intérêt communal (article L1512-3). À cette fin, l'article L1512-6, §2, du Code habilite les intercommunales notamment à « poursuivre en leur nom des expropriations pour cause d'utilité publique », ce qui relève manifestement des prérogatives de la puissance publique et établit, à soi seul, qu'elles sont compétentes pour prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers.

Dès lors qu'il est une intercommunale, le C.H.R. de la Citadelle a la qualité d'autorité administrative et les actes unilatéraux de ses organes sont susceptibles de recours devant le Conseil d'État, quand bien même l'acte d'attribution d'un marché public n'est pas, lui-même, une décision créant des obligations à l'égard de tiers. En décider autrement reviendrait à vider de sa substance l'article 24 de la loi du 17 juin 2013 précitée, qui établit le partage de compétence entre la section du contentieux administratif du Conseil d'État et le juge judiciaire en se fondant précisément sur ce que l'autorité adjudicatrice est, ou non, en soi, une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Le Conseil d'Etat est *prima facie* compétent pour connaître du présent recours.

VI. Recevabilité de la demande de suspension

La partie adverse n'apporte pas la preuve qu'elle aurait communiqué à la requérante, par courriel et par lettre recommandée, la décision motivée d'attribution plus de quinze jours avant l'introduction du présent recours le 2 juillet 2020. Il ressort au contraire des explications données par la partie adverse qu'elle a, le 15 juin, transmis son courriel de notification à une adresse e-mail erronée, en sorte qu'il n'a pu atteindre la requérante. Quant au courrier recommandé, la partie adverse n'établit pas la date de son envoi, alors que la requérante reconnaît l'avoir reçu le 17 juin 2020. Dès lors que la communication de la décision n'a pas été effectuée correctement par courrier électronique, il y a, en toute hypothèse, lieu de considérer que la présente demande n'est pas tardive. Conformément à l'article 23, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, la méconnaissance de la formalité de double communication imposée par l'article 9/1, § 1^{er}, de la même loi a pour conséquence que le délai de quinze jours dans lequel une demande de suspension de l'exécution d'une décision d'attribution du marché peut être introduite devant l'instance de recours n'a pas encore pris cours.

Le recours est, dès lors, recevable *ratione temporis*.

Il semble, par contre, qu'il n'y ait pas lieu à statuer sur le recours en tant qu'il est dirigé contre « la décision du 17 avril 2020 » et « l'éventuelle décision subséquente (à date inconnue et non notifiée) d'approbation qui aurait dû être prise », ces deux actes apparaissant *prima facie* comme inexistants. La requérante ne précise pas, dans sa requête, quelle serait cette « décision du 17 avril 2020 », dont elle demande la suspension de l'exécution. Une telle décision n'apparaît nulle part au dossier administratif. Celui-ci ne comprend pas, non plus, de décision d'approbation. Conformément à l'article L3122-3, 4°, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, la décision d'attribution du 24 avril 2020 est soumise – non à une tutelle d'approbation – mais à la tutelle générale d'annulation avec transmis obligatoire. En l'occurrence, l'autorité de tutelle a, par un courrier du 8 juin 2020, fait savoir que la délibération du 24 avril 2020 n'appelait aucune mesure de tutelle. Interrogé à l'audience à ce sujet, le conseil de la requérante s'est contenté de répondre que, dans l'hypothèse où ces deux décisions seraient bien inexistantes, il appartiendrait au Conseil d'État de constater que le recours est, à leur égard, privé d'objet.

En revanche, la recevabilité du recours n'est pas contestée en tant qu'il est dirigé contre la décision du 24 avril 2020 par laquelle le bureau exécutif de la partie adverse attribue à la partie intervenante le marché litigieux.

VII. *Moyen unique*

VII.1. *Thèses des parties*

A. *Position de la requérante*

La requérante prend un moyen unique « de la violation de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 36 et 37 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4, 8°, et 5, 9°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marché public, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes de bonne administration et de l'obligation de motivation matérielle des actes administratifs au vu de l'absence ou, à tout le moins, la déficience de la motivation de la décision attaquée, la contradiction de cette dernière avec la réalité, l'erreur manifeste d'appréciation et l'inadéquation des motifs ». La

requérante soutient que la motivation de l'acte attaqué quant à la normalité des prix proposés dans les trois offres introduites est « totalement déficiente, erronée et inadéquate », dès lors qu'elle ne permet pas de vérifier :

- si la partie adverse a bel et bien demandé aux deux soumissionnaires de justifier leurs prix ;
- si les deux autres soumissionnaires ont bien répondu à l'éventuelle demande de justification des prix dans le délai imposé (12 jours) et selon les modalités (mail) prescrites ;
- quelles réponses ont été apportées par les deux autres soumissionnaires, si ces réponses permettent de justifier leurs prix et si la justification relative à la fourniture de médicaments génériques a été apportée par les soumissionnaires ou s'il s'agit d'une constatation personnelle – et erronée – de la partie adverse ;
- si la partie adverse a examiné et apprécié de manière consciencieuse les réponses apportées par les deux autres soumissionnaires, alors que, d'une part, les médicaments proposés par ces sociétés ne sont pas, comme l'indique le rapport d'examen des offres, des médicaments « génériques », mais des « biosimilaires » qui sont beaucoup plus coûteux à produire et à commercialiser que les « génériques », la confusion commise ayant un impact considérable sur l'appréciation de la normalité des prix proposés et que, d'autre part, le rapport d'examen des offres, qui mentionne que les « justifications [des soumissionnaires] sont acceptées », est daté du 18 mars 2020, soit à un moment où la partie adverse n'avait pas encore pu les recevoir, les courriels de demande de justifications ayant été adressés le jour même aux soumissionnaires ;
- si la partie adverse a valablement pu considérer que les justifications apportées par les deux autres soumissionnaires sont suffisantes pour expliquer les prix anormalement bas de leurs offres, alors qu'elle n'explique pas en quoi la qualification (erronée) de médicaments « génériques » permet, à elle seule, de considérer comme normaux des prix qui sont 4,18 et 5,8 fois moins élevés que le médicament « de référence » dans le cadre d'un marché public particulier (où la fixation des prix est libre, sous réserve des prix anormaux ou de la vente à perte), qu'elle n'explique pas non plus la différence de 30% entre les prix des sociétés SANDOZ et BIOGEN BELGIUM alors qu'elles proposeraient toutes les deux – à suivre la partie adverse – des « génériques » (en fait, des « biosimilaires »), que le prix catalogue (347,87 euros) et la base de remboursement (295,70 euros) sont les mêmes pour les produits des trois soumissionnaires et beaucoup plus élevés que les prix proposés par les sociétés SANDOZ et BIOGEN BELGIUM dans leurs

offres, que si l'on peut raisonnablement évaluer l'imposition globale sur les ventes à 10% ou 11% de la base de remboursement (soit 30 euros pour ce qui concerne la société SANDOZ), celle-ci ne disposerait plus que de 35 euros pour payer le coût de production, de distribution et l'ensemble des autres coûts, qu'il ne ressort pas de la décision attaquée que la partie adverse ait effectué la moindre analyse à cet égard et que la partie adverse n'explique pas le calcul effectué dans sa demande de justification du 18 mars 2020 (multiplication du prix unitaire proposé par un nombre inconnu, soit la quantité de produits), alors que l'ampleur du marché a un impact sur les prix proposés et donc sur les justifications apportées par les soumissionnaires ;

- si la partie adverse a bien respecté le prescrit des articles 36 et suivants de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité et a, par exemple, invité les soumissionnaires à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale ;
- si les prix proposés par les deux autres soumissionnaires ne constituent pas une vente à perte au sens de l'article VI.116 du Code de droit économique ;
- si les irrégularités relevées pouvaient être considérées comme non substantielles.

La requérante conclut que la motivation fournie par la partie adverse ne lui permet pas de comprendre la décision d'attribution, dès lors qu'elle n'explique aucunement en quoi les prix proposés – que la partie adverse considère comme anormaux – seraient *in fine* acceptables au sens de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, ni de vérifier si les offres des deux autres soumissionnaires sont bien régulières.

En termes de plaidoiries, la requérante indique qu'il paraît bien, à la lecture des écrits déposés, que les deux autres soumissionnaires ont remis leurs justifications de prix tardivement, en dehors du délai réglementaire de 12 jours, ce qui aurait dû conduire à exclure ces offres. Elle ajoute que les références faites par les parties adverse et intervenante à des prix appliqués dans le cadre d'autres marchés n'établissent pas que les prix proposés dans le cadre du présent marché seraient normaux. Elle souligne que la partie adverse ne donne aucune réponse aux questions posées dans la requête sur le risque de vente à perte et sur le respect des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, en précisant qu'un manquement à ces obligations constitue une irrégularité substantielle au sens de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Elle insiste

encore sur le fait que le rapport d'examen des offres fait bien état de prix potentiellement anormaux, que le moyen unique est tiré du défaut de motivation formelle – l'absence de motivation suffisante et adéquate ne lui permettant pas, en l'espèce, de vérifier s'il y a erreur manifeste d'appréciation – et que la comparaison faite avec d'autres marchés n'est pas pertinente.

B. Position de la partie adverse

La partie adverse répond qu'il faut nuancer l'affirmation selon laquelle elle aurait considéré tous les prix proposés comme anormaux. Elle soutient que sa décision d'interroger les soumissionnaires repose uniquement sur le constat d'une grande disparité entre les différents prix unitaires remis, que la seule base légale à sa disposition était la vérification de la normalité des prix et que le prix unitaire estimé est lui-même égal à 66,18 euros HTVA, soit 450.000 euros HTVA/(1700x4), cette estimation étant elle-même corroborée par la connaissance qu'elle a des prix rendus dans le cadre d'autres marchés dans les hôpitaux de la région. Elle ajoute que la date du 18 mars 2020, mentionnée en première page du rapport correspond à la date de début de rédaction de celui-ci, « laquelle est automatiquement générée par le logiciel 3P ». Elle affirme que le rapport a été finalisé le 3 avril, après avoir reçu les réponses des soumissionnaires. Elle explique encore que, pour rédiger les lettres de demande de justifications des prix, elle utilise le logiciel 3P qui impose un encodage des quantités (même si le marché ne comporte pas de quantités), mentionne erronément une moyenne de 15% et fait référence à un montant global alors que seuls des prix unitaires sont comparés. Elle souligne cependant que l'objet premier de ces courriers était de lui permettre de vérifier que les prix remis permettaient de répondre adéquatement et de manière raisonnable aux besoins du marché.

Quant aux justifications des prix remis, elle expose que si les informations reçues des soumissionnaires sont succinctes, elles permettent d'expliquer la disparité des prix, puisque deux soumissionnaires proposent des médicaments « biosimilaires » et la requérante des médicaments dans leur forme originale, que le rapport d'attribution répercute cette justification, quoiqu'imparfaitement dans la mesure où il évoque des produits « génériques » au lieu de « biosimilaires », que cette erreur matérielle n'impacte toutefois nullement la compréhension de ce rapport, que la requérante a elle-même corrigé « cette erreur grossière », qu'au demeurant, la différence entre « génériques » et « biosimilaires » est simplement scientifique et ne change rien au « raisonnement intellectuel qui sous-tend le rapport d'attribution », puisqu'il s'agit de comparer un produit « blanc » (biosimilaire ou générique) avec le produit original, alors que le moyen ne soutient pas que les produits proposés par les autres soumissionnaires ne pourraient pas rencontrer les besoins du Centre hospitalier. Elle en conclut que « la

motivation, certes succincte, contenue dans le rapport d'analyse des offres permet de comprendre la disparité des prix, dès lors que ces derniers portent sur des types de médicaments substantiellement différents (original ou biosimilaire) », que le Conseil d'État a déjà accepté qu' « un pouvoir adjudicateur adopte, en raison d'impératifs de confidentialité, une motivation en termes brefs, en demeurant allusif sur certaines raisons l'ayant amené à reconnaître la pertinence des justifications du prix » et qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, sauf le cas de l'erreur manifeste d'appréciation, *quod non* en l'espèce. Elle ajoute que la différence de prix entre le médicament original et les biosimilaires a été confirmée par la Commission européenne, que la procédure de passation (procédure concurrentielle) confirme qu'il n'y avait plus de monopole sur ce produit, que des alternatives existaient et que la motivation de la décision pouvait donc mettre en exergue que la différence de prix s'expliquait par le choix d'alternatives pour deux des trois soumissionnaires.

En termes de plaidoiries, la partie adverse soutient, pour la première fois, que la vérification des prix a été réalisée sur la base de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, pas sur le fondement de l'article 36 du même arrêté, relatif au contrôle des prix apparemment anormaux. Elle ajoute que la requérante ne démontre pas d'erreur manifeste d'appréciation dans la vérification des prix et précise que la partie intervenante a, le 18 mars 2020, répondu, dans le délai de douze jours, à la demande de justifications lui adressée et a ensuite envoyé un courriel le 2 avril 2020 en réponse à une demande d'information complémentaire.

C. Position de la partie intervenante

La partie intervenante expose qu'elle a bien justifié son prix, à l'instar des autres soumissionnaires, et que la partie adverse est arrivée à la conclusion que son prix n'était pas anormal, procédant, par là, à son devoir de vérification. Elle souligne que les disparités de prix entre le médicament original et les biosimilaires ont déjà été notées par la Commission européenne, « de sorte que cette différence n'est en rien un fait nouveau pour le secteur ». Elle rappelle que le pouvoir adjudicateur dispose d'une très grande marge d'appréciation dans la vérification des prix. Selon elle, si la motivation fournie par la partie adverse est succincte, elle permet néanmoins de comprendre pourquoi les justifications des soumissionnaires ont été admises, « le rapport d'examen des offres indiqu[ant] à cet égard clairement que deux soumissionnaires ont remis un prix basé sur des produits génériques (comprendre "biosimilaires"), le dernier étant basé sur la forme "originale" du médicament ». Elle fait valoir que le secret des affaires commande que le contenu des offres soit tenu confidentiel et, par conséquent, que la motivation de la décision

d'attribution se limite aux éléments non couverts par la confidentialité, ce qui implique qu'une motivation au caractère plus succinct soit admise. Pour démontrer que le prix de son offre n'est pas anormal, la partie intervenante produit les documents de précédents marchés lancés par d'autres pouvoirs adjudicateurs portant sur la fourniture du même médicament (Infliximab 100mg), pour lesquels des prix similaires ont été acceptés sans être considérés comme anormaux.

En termes de plaidoiries, la partie intervenante insiste sur le fait que le prix de son offre n'est pas anormal et qu'il n'a jamais été qualifié comme tel dans le cadre d'autres marchés, où d'autres sociétés ont proposé des prix encore plus compétitifs qu'elle. Selon elle, le présent marché pose un problème de disparité des prix, mais pas de prix potentiellement anormaux.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen unique de la requête critique essentiellement la motivation de la décision attaquée quant à l'existence et l'appréciation des justifications des prix apportées par les deux autres soumissionnaires, en soutenant que la motivation concernant les prix « anormaux » serait « totalement déficiente, erronée et inadéquate ».

Si la décision d'interroger les soumissionnaires repose sur le constat d'une grande disparité entre les différents prix unitaires remis, le pouvoir adjudicateur a, en l'occurrence, bien procédé à un contrôle de prix apparemment anormaux. Ceci ressort clairement des trois demandes du 18 mars 2020 de « justification [pour] prix anormal » adressées aux trois soumissionnaires « [e]n application de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques » et du rapport d'examen des offres qui fait référence à « l'examen des prix unitaires et totaux anormaux » et mentionne qu'« il a été décidé d'interroger les trois soumissionnaires quant à la normalité de leur[s] prix ».

L'obligation de motivation formelle, à laquelle l'autorité est tenue, doit notamment permettre aux destinataires d'une décision de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à l'adopter, vérifier que celle-ci s'est livrée à un examen complet et détaillé des circonstances de l'affaire et apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont ils peuvent disposer.

Lorsque le pouvoir adjudicateur juge nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier certains prix, la décision de ne pas considérer comme « anormal » le prix d'une offre doit faire l'objet d'une motivation précise, faisant

ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels le pouvoir adjudicateur s'est fondé pour décider que des prix apparemment anormaux ne le seraient en définitive pas. Il en va d'autant plus ainsi que le pouvoir adjudicateur dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation, dont le corollaire est une obligation de motivation étendue.

En l'espèce, le rapport d'examen des offres, auquel renvoie la décision d'attribution, justifie les prix « anormaux » des offres remises par les mentions suivantes : « [l]es 3 ont justifié leur[s] prix (deux d'entre eux sont des produits génériques, le 3^{ème} est l'original » et « [l]eurs justifications sont acceptées ».

Comme le reconnaît la partie adverse, cette motivation n'est pas conforme aux justifications données par les deux soumissionnaires concernés et contient une « erreur grossière », puisque les produits proposés par la société BIOGEN BELGIUM et la partie intervenante ne sont pas des médicaments « génériques », mais des « biosimilaires ». Il ressort des nombreuses pièces produites par la requérante que la différence entre ces deux types de produits peut se répercuter sur le prix des médicaments concernés, les coûts de production et de mise sur le marché des « biosimilaires » étant, à suivre ces explications, sensiblement plus importants que pour les médicaments « génériques ». Le potentiel d'économies des « biosimilaires » par rapport aux médicaments de référence serait, en conséquence, plus limité que dans le cas des « génériques », même si les écarts de prix entre biosimilaires, génériques et médicaments de référence paraissent également devoir dépendre de nombreux autres facteurs. Dans leurs écrits, les parties adverse et intervenante renvoient, elles-mêmes, à un « document consensuel d'information » publié par la Commission européenne sur « Ce qu'il faut savoir sur les médicaments biosimilaires », duquel il se confirme que si « [l]es médicaments biosimilaires peuvent constituer une alternative moins onéreuse que les médicaments biologiques existants dont les droits d'exclusivité [...] sont arrivés à échéance [...] les différences de prix [...] entre les médicaments biosimilaires et leurs médicaments de référence ne se sont pas avérées aussi substantielles que celles du marché des génériques de médicaments classiques à petites molécules ». Au vu de ces différents éléments, il ne peut être exclu que l'« erreur grossière » qui affecte le seul élément de justification repris dans le rapport d'examen des offres ait eu une incidence sur la vérification des prix réalisée par la partie adverse. En effet, il ne peut *prima facie* être exclu que la partie adverse ait finalement tenu pour normaux des prix qui présentent des disparités très importantes (écart de l'ordre de 80%), parce qu'elle croyait erronément avoir affaire, pour deux des offres remises, à des produits « génériques », sans faire la distinction entre ce type de produit et des médicaments « biosimilaires ».

Par ailleurs, le renvoi à ce type de justifications (produits « génériques » ou « biosimilaires » *versus* « médicament de référence »), sans apporter la moindre précision sur l'impact du recours à ces produits sur le prix de l'Infliximab 100mg, ne permet pas, à lui seul, de comprendre les raisons pour lesquelles les prix remis par les trois soumissionnaires sont finalement tenus pour normaux, ni ne permet de vérifier que les soumissionnaires respectent les obligations légales et réglementaires en vigueur, lesquelles imposent notamment, pour ce qui concerne le prix des offres remises, de couvrir les frais liés à la réalisation du marché.

Sans doute, ne pourrait-il être reproché à la motivation de ne pas rendre compte de toutes les précisions que contiendraient les explications données par les soumissionnaires, si certaines d'entre elles devaient relever du secret des affaires et bénéficier, à ce titre, de la confidentialité. Ceci étant, la partie adverse ne peut se borner à livrer une motivation à ce point laconique qu'elle ne permette pas de vérifier qu'elle a analysé avec soin les justifications reçues et de comprendre les raisons pour lesquelles elle a admis ces justifications.

À défaut de connaître plus précisément les raisons qui ont conduit à décider de la normalité des prix proposés, la requérante n'a, comme elle le soutient, pas été mise en mesure d'apprécier, dans la perspective de l'exercice d'un éventuel recours, si la partie adverse a pu méconnaître les principes et dispositions applicables en l'espèce.

Ce faisant, la partie adverse n'a pas satisfait à l'obligation de motivation formelle qui lui incombait en adoptant l'acte attaqué.

Les explications produites *a posteriori* par les parties adverse et intervenante pour justifier, dans le cadre de la présente procédure, la normalité des prix des offres sont tardives et ne peuvent suppléer le défaut de motivation qui affecte l'acte attaqué.

Le moyen unique est sérieux.

VIII. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporterait sur ses avantages.

IX. Confidentialité

La partie adverse indique, dans son inventaire, que les pièces 13, 14 et 15 du dossier administratif doivent être tenues pour « confidentielles ». Elle produit également les offres remises par les trois soumissionnaires qu'elle qualifie de « confidentielles ». En termes de plaidoiries, elle explique que les justifications adressées par les soumissionnaires doivent être tenues pour confidentielles, dès lors qu'elles touchent au prix du produit à fournir dans le cadre du marché litigieux.

La partie intervenante demande de garder confidentielles les pièces 2, 4, 5 et 6 de son dossier, à savoir son offre et les échanges de courriers entre elle et la partie adverse qui contiennent « des données concernant les (calculs des) prix,...de sorte que leur divulgation nuirait aux intérêts commerciaux légitimes de la partie intervenante et pourrait entraver la concurrence loyale entre entreprises ».

La requérante fait valoir, en termes de plaidoiries, qu'il est essentiel qu'elle puisse avoir accès aux justifications des prix remises par les autres soumissionnaires, alors que la partie adverse n'explique pas les raisons pour lesquelles ces pièces devraient être classées « confidentielles ».

À ce stade de la procédure, la communication des pièces déposées à titre confidentiel n'apparaît pas utile à la solution du litige. Il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées. Par ailleurs, conformément à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, il y a lieu d'ordonner la confidentialité des pièces 2 et 4, annexées à la requête, à savoir l'offre de la requérante et la réponse de cette dernière à la demande de justification de prix.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}

La requête en intervention introduite par la société anonyme SANDOZ est accueillie.

Article 2.

Il n'y a pas lieu à statuer sur le recours en tant qu'il est dirigé contre « la décision du 17 avril 2020 » (non autrement identifiée) et « l'éventuelle décision subséquente [...] d'approbation qui aurait dû être prise » (non autrement identifiée).

Article 3.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision 24 avril 2020 par laquelle le bureau exécutif du C.H.R. de la Citadelle décide d'attribuer à la société anonyme SANDOZ « le marché basé sur l'accord-cadre relatif à la fourniture d'Infliximab 100mg pendant 4 ans, pour un montant minimum de 450.000 euros HTVA et un montant maximum de 800.000 euros HTVA, sachant que le prix unitaire s'élève à 64,99 euros HTVA ».

Article 4.

Les pièces 13, 14, 15 du dossier administratif, les trois offres déposées à titre « confidentiel » par la partie adverse, les pièces 2 et 4 annexées à la requête et les pièces 2, 4, 5 et 6 annexées à la requête en intervention sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 6.

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

Ainsi prononcé en audience publique de la VI^e chambre des vacations siégeant en référé, le 23 juillet 2020 par :

Florence PIRET,
Vincent DURIEUX,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX

Florence PIRET