

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

**LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS
SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ**

n° 251.329 du 30 juillet 2021

A. 234.017/VI-22.090

En cause : **la société anonyme JOHNSON & JOHNSON MEDICAL**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR et
Mathilde VILAIN XIII, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles,

contre :

le Centre hospitalier régional de La Citadelle,
ayant élu domicile chez
M^e Renaud SIMAR, avocat,
place des Nations-Unies 7
4020 Liège,

Partie requérante en intervention :

la société anonyme DUO-MED,
ayant élu domicile chez
M^{es} Peter TEERLINCK, Louise GALOT et
Ludovic PANEPINTO, avocats,
avenue de l'Yser 19
1040 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite par la voie électronique le 2 juillet 2021, la société anonyme (SA) Johnson & Johnson Medical demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision d'attribution du 28 avril 2021 [...] relative au marché public ayant pour objet la “fourniture de dispositifs d'hémostase, générateurs et consommables endoscopiques ainsi que la maintenance pour les générateurs pour une durée de 4 ans”, par laquelle la partie adverse a décidé d'attribuer :

- le lot 1 “Générateur de bistouri électrique - bloc opératoire général”, le lot 2 “Générateurs de bistouri électrique - bloc opératoire One-Day”, le lot 5 “Kits bariatriques, BYPASS, avec hémostase énergétique”, le lot 9 “Agrafage linéaire coupante endoscopique et recharges”, le lot 10 “Agrafage linéaire coupante pour

chirurgie ouverte et recharges”, le lot 13 “Agrafage circulaire”, le lot 14 “Aiguilles endoscopique de Veress”, et le lot 15 “Clips titane automatiques endoscopiques pour trocard de 5 mm” à la société MEDTRONIC BELGIUM NV;

- le lot 6 “Kits bariatriques, BYPASS, sans hémostase énergétique” et le lot 8 “kits bariatriques, Sleeve réversible” à la société DUO-MED NV;
- le lot 16 “Clips titane automatiques endoscopiques pour trocard de 10 mm” à la société APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION EUROPE BUIV ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 5 juillet 2021, l’affaire a été fixée à l’audience du 20 juillet 2021.

Par une requête introduite le 14 juillet 2021, la société anonyme DUO-MED demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M. Marc Joassart, conseiller d’État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Mathilde Vilain XIII, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Renaud Simar, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Ludovic Panepinto, avocat, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} 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. Faits utiles à l’examen de la demande

1. Le 26 juin 2020, le bureau exécutif du Centre hospitalier régional (CHR) de La Citadelle adopte un cahier spécial des charges portant sur un marché public de fourniture relatif à des dispositifs d'hémostase, des générateurs et consommables endoscopiques, ainsi que la maintenance pour ces générateurs.

Le marché régi par ce cahier spécial des charges, portant la référence SLU20001 est divisé en seize lots :

- Lot 1 Générateurs de bistouri électrique – bloc opératoire général;
- Lot 2 Générateurs de bistouri électrique – bloc opératoire One-day;
- Lot 3 Dispositif d'hémostase énergétique, bipolaire avancée;
- Lot 4 Dispositif d'hémostase énergétique, Ultrason;
- Lot 5 Kits bariatriques, BYPASS, avec hémostase énergétique;
- Lot 6 Kits bariatriques, BYPASS, sans hémostase énergétique;
- Lot 7 Kits bariatriques, Sleeve gastrectomie;
- Lot 8 Kits bariatriques, Sleeve réversible;
- Lot 9 Agrafage linéaire coupante endoscopique et recharges;
- Lot 10 Agrafage linéaire coupante pour chirurgie ouverte et recharges;
- Lot 11 Agrafage linéaire droite pour chirurgie ouverte et recharges;
- Lot 12 Agrafage courbe coupante pour chirurgie ouverte;
- Lot 13 Agrafage circulaire;
- Lot 14 Aiguilles endoscopiques de Veress;
- Lot 15 Clips titane automatiques endoscopiques pour trocart de 5mm;
- Lot 16 Clips titane automatique endoscopiques pour trocart de 10 mm.

Ce marché public est passé sous la forme d'un accord-cadre selon une procédure ouverte.

2. Les 1^{er} et 6 juillet 2020, un avis de marché est publié au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne. Le 13 et 18 août 2020, un avis rectificatif est publié au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne.

3. L'ouverture des offres a lieu le 1^{er} septembre 2020.

4. Le 23 mars 2021, le CHR de La Citadelle décide d'interroger la société DUOMED pour le lot n^{os} 6 et 8 ainsi que la société MEDTRONIC pour le lot n^o 15 au sujet des prix qu'elles proposent dans leurs offres, compte tenu du caractère, potentiellement, anormalement bas de ceux-ci. Les soumissionnaires répondent à cette demande par courriers respectifs du 25 et 31 mars 2021.

5. Le 7 mai 2021, sur la base d'un rapport d'examen des offres établi le 16 avril 2021, le bureau exécutif du CHR de La Citadelle décide d'attribuer les lots du marché litigieux aux sociétés suivantes :

- « Firme MEDTRONIC BELGIUM Nv (1090 Bruxelles) pour les lots :
 - Lot 1 “Générateur de bistouri électrique – bloc opératoire général” pour un montant minimum de 125.000,00 euros TVAC et de maximum 250.000,00 euros TVAC, sachant que les prix unitaires sont de :
 - ☐ Générateur de bistouri électrique pour le bloc opératoire général : 6.500,00 euros HTVA
 - ☐ Maintenance préventive pour un générateur par an : 240,00 euros HTVA
 - Lot 2 “Générateur de bistouri électrique – bloc opératoire One-Day” pour un montant minimum de 50.000,00 euros TVAC et de maximum 100.000,00 euros TVAC, sachant que les prix unitaires sont de :
 - ☐ Générateur de bistouri électrique - bloc opératoire One-Day : 6.500,00 euros HTVA
 - ☐ Maintenance préventive pour un générateur par an : 240,00 euros HTVA
 - Lot 3 “Dispositif d'hémostase énergétique, bipolaire avancée” pour un montant minimum de 240.000,00 euros TVAC et de maximum 481.000,00 euros TVAC, sachant que les prix unitaires sont de :
 - ☐ Pinces courtes mors fin : 160,00 euros HTVA
 - ☐ Pinces incurvées gros mors : 260,00 euros HTVA
 - ☐ Pinces normales courbes (36 à 38 cm) : 320,00 euros HTVA
 - ☐ Pinces longues courbes (42 à 46 cm) : 320,00 euros HTVA
 - ☐ Pinces normales droites (36 à 38 cm) : 270,00 euros HTVA
 - ☐ Pinces longues droites (42 à 46 cm) : 320,00 euros HTVA
 - Lot 5 “Kits bariatriques, BYPASS, avec hémostase énergétique” pour un montant minimum de 620.000,00 euros TVAC et de maximum 1.242.000,00 euros TVAC, sachant que le prix unitaire est de 1.530,00 euros HTVA;
 - Lot 7 “Kits bariatriques, Sleeve gastrectomie” pour un montant minimum de 498.000,00 euros TVAC et de maximum 994.000,00 euros TVAC, sachant que le prix unitaire est de 1.480,00 euros HTVA;
 - Lot 9 “Agrafage linéaire coupante endoscopique et recharges” pour un montant minimum de 780.000,00 euros TVAC et de maximum 1.563.000,00 euros TVAC, sachant que les prix unitaires sont de :
 - ☐ Agrafeuse courte avec une longueur totale de travail de min. 200mm/max.290mm : 185,00 euros HTVA
 - ☐ Agrafeuse classique/universel avec axe de travail d'une L : min 300mm/max. 390mm : 185,00 euros HTVA

- □ Agrafeuse longue avec axe de travail d'une L : min 400mm/max. 450mm : 185,00 euros HTVA
- □ Recharges pour agrafeuse courte : L : min.30mm/max.39mm – H petite : min. 2,0mm/max. 3,0mm : 150 euros HTVA
- □ Recharges pour agrafeuse classique : L : min.40mm/max.49mm – H petite : min. 2,0mm/max. 3,0mm : 150 euros HTVA
- □ Recharges pour agrafeuse classique : L : min.40mm/max.49mm – H classique : min. 3,0mm/max. 4,0mm : 150 euros HTVA
- □ Recharges pour agrafeuse classique : L : min.40mm/max.49mm – H grande : min. 4,0mm/max. 5,0mm : 150 euros HTVA
- □ Recharges pour agrafeuse longue : L : min.55mm/max.65mm – H petite : min. 2,0mm/max. 3,0mm : 175 euros HTVA
- □ Recharges pour agrafeuse longue : L : min.55mm/max.65mm – H classique : min. 3,0mm/max. 4,0mm : 175 euros HTVA
- □ Recharges pour agrafeuse longue : L : min.55mm/max.65mm – H grande : min. 4,0mm/max. 5,0mm : 175 euros HTVA
- Lot 10 “Agrafage linéaire coupante pour chirurgie ouverte et recharges” pour un montant minimum de 58.000,00 euros TVAC et de maximum 116.000,00 euros TVAC, sachant que les prix unitaires sont de :
 - □ Agrafages linéaires coupantes pour chirurgie ouverte munies d'une recharge : 140,00 euros HTVA
 - □ Recharges : 55,00 euros HTVA
- Lot 11 “Agrafage linéaire droite pour chirurgie ouverte et recharges” pour un montant minimum de 19.000,00 euros TVAC et de maximum 40.000,00 euros TVAC, sachant que les prix unitaires sont de :
 - □ Types d'agrafages : L courte : min. 25mm/max. 35mm – H thoracique : min. 2,4mm/max 2,6mm : 105,00 euros HTVA
 - □ Types d'agrafages : L courte : min. 25mm/max. 35mm – H classique : min. 3,0mm/max 3,9mm : 105,00 euros HTVA
 - □ Types d'agrafages : L courte : min. 25mm/max. 35mm – H grande : min. 4,0mm/max 4,9mm : 105,00 euros HTVA
 - □ Types d'agrafages : L classique : min. 40mm/max. 65mm – H classique : min. 3,0mm/max 3,9mm : 105,00 euros HTVA
 - □ Types d'agrafages : L classique : min. 40mm/max. 65mm – H grande : min. 4,0mm/max 4,9mm : 105,00 euros HTVA
 - □ Types d'agrafages : L longue : min. 85mm/max. 95mm – H classique : min. 3,0mm/max 3,9mm : 125,00 euros HTVA
 - □ Types d'agrafages : L longue : min. 85mm/max. 95mm – H grande : min. 4,0mm/max 4,9mm : 125,00 euros HTVA

- Lot 13 “Agrafage circulaire” pour un montant minimum de 78.000,00 euros TVAC et de maximum 159.000,00 euros TVAC, sachant que les prix unitaires sont de :
 - □Agrafeuse circulaire coupante pour chirurgie ouverte et endochirurgie non rechargeable : diam. min. 20mm/max. 22mm : 290,00 euros HTVA
 - □Agrafeuse circulaire coupante pour chirurgie ouverte et endochirurgie non rechargeable : diam. min. 24mm/max. 26mm : 280,00 euros HTVA
 - □Agrafeuse circulaire coupante pour chirurgie ouverte et endochirurgie non rechargeable : diam. min. 28mm/max. 30mm : 309,00 euros HTVA
 - □Agrafeuse circulaire coupante pour chirurgie ouverte et endochirurgie non rechargeable : diam. min. 31mm/max. 33mm : 309,00 euros HTVA
 - □Agrafeuse circulaire coupante pour chirurgie hémorroïdaire : diam. min. 32mm/max. 34mm : 309,00 euros HTVA
- Lot 14 “Aiguilles endoscopiques de Veress” pour un montant minimum de 43.000,00 euros TVAC et de maximum 86.000,00 euros TVAC, sachant que les prix unitaires sont de :
 - □Aiguilles endoscopiques de Veress 115 mm à 125 mm : 5,00 euros HTVA
 - □Aiguilles endoscopiques de Veress 145 mm à 155 mm : 6,00 euros HTVA
- Lot 15 “Clips titane automatiques endoscopiques pour trocart de 5mm” pour un montant minimum de 178.000,00 euros TVAC et de maximum 355.000,00 euros TVAC, sachant que le prix unitaire est de 59,00 euros HTVA
- □Firme JOHNSON & JOHNSON MEDICAL Nv (1831 Diegem) pour les lots :
 - Lot 4 “Dispositif d’hémostase énergétique, ultrason” pour un montant minimum de 48.000,00 euros TVAC et de maximum 97.000,00 euros TVAC, sachant que les prix unitaires sont de :
 - □Pince pour la chirurgie digestive complexe : 540,00 euros HTVA
 - □Pince courte pour la chirurgie thoracique complexe : 351,17 euros HTVA
 - □Pince standard pour la chirurgie thoracique complexe : 351,17 euros HTVA
 - Lot 12 “Agrafage linéaire coupante courbe pour chirurgie ouverte” pour un montant minimum de 16.000,00 euros TVAC et de maximum 32.000,00 euros TVAC, sachant que les prix unitaires sont de :
 - □Type d’agrafages : L d’agrafe avant fermeture : 3 à 4mm – H classique : min. 3,0mm/max. 3,9mm : 350,00 euros HTVA
 - □Type d’agrafages : L d’agrafe avant fermeture : 3 à 4mm – H grande : min. 4,0mm/max. 4,9mm : 350,00 euros HTVA

- □Firme DUOMED nv (1840 Londerzeel) pour les lots :
 - Lot 6 “Kits bariatriques, bypass, sans hémostase énergétique” pour un montant minimum de 290.000,00 euros TVAC et de maximum 578.000,00 euros TVAC, sachant que le prix unitaire est de 638,50 euros HTVA
 - Lot 8 “Kits bariatriques, Sleeve réversible” pour un montant minimum de 158.000,00 euros TVAC et de maximum 318.000,00 euros TVAC, sachant que le prix unitaire est de 806,00 euros HTVA
- □Firme APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION EUROPE BUIV (1000 Bruxelles) pour le lot :
 - Lot 16 “Clips titane automatiques endoscopiques pour trocart de 10 mm” pour un montant minimum de 32.000,00 euros TVAC et de maximum 63.000,00 euros TVAC, sachant que le prix unitaire est de 60,00 euros HTVA ».

Il s’agit de l’acte attaqué.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 14 juillet 2021, la société anonyme DUOMED demande à intervenir dans la procédure en référé d’extrême urgence.

En tant que bénéficiaire des lots 6 et 8 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. Recevabilité

V.1. Thèses des parties

La partie requérante relève que l’acte attaqué attribue certains lots du marché à des entreprises tierces. Elle considère qu’en tant qu’il attribue ces lots, l’acte attaqué lui cause définitivement grief. Elle estime avoir un intérêt à l’attaquer et à en obtenir la suspension afin que le marché ne soit pas conclu avec des concurrents, et obtenir ainsi une chance de l’exécuter elle-même. Elle soutient qu’il ressort des moyens développés dans sa requête que la décision d’attribution attaquée contient certaines irrégularités de sorte que si un seul de ces moyens était retenu par le Conseil d’État, la partie adverse devrait recommencer l’analyse des offres pour les lots litigieux, ce qui donnerait nécessairement à la partie requérante une nouvelle chance de se voir attribuer lesdits lots. Elle fait valoir que si le premier moyen devait

être jugé sérieux, il emporterait à lui seul la nécessité pour la partie adverse de recommencer l'analyse des offres pour tous les lots visés par la requête.

Dans sa note d'observations, la partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité au sujet de l'absence d'intérêt au recours. Elle estime que la partie requérante ne démontre pas que les irrégularités qu'elle dénonce lui ont fait perdre une chance d'obtenir le marché. Elle considère que cette dernière n'aurait pas pu se voir attribuer le marché litigieux pour les lots n^{os} 6, 8, 9, 14, 15 et 16 parce que, pour ces lots, son offre n'a pas été retenue, essentiellement, en raison des prix qu'elle a proposés. Elle observe que même dans l'hypothèse où la partie requérante aurait obtenu les mêmes points au niveau du critère d'attribution « valeur technique » que le soumissionnaire ayant finalement obtenu le marché, elle n'aurait pas pu être désignée pour ces lots, en raison de l'écart de points trop important pour le critère d'attribution « prix ». Elle rappelle que, selon le cahier spécial des charges, ce dernier critère représente 250 points sur 520 pour les lots 6 et 8, 85 points sur 175 pour le lot 9, 50 points sur 95 pour le lot 14 et 50 points sur 100 pour les lots 15 et 16. Elle souligne que pour les lots 6, 8 et 9, la partie requérante est classée troisième et que cette dernière est même classée quatrième pour les lots 14 et 16, ce qui démontre, selon elle, une différence notable par rapport à ses concurrents, qui ne pourrait être résorbée par une éventuelle nouvelle analyse du critère du prix.

Faisant référence au tableau de comparaison des offres, elle indique que même en octroyant la cote maximale à l'offre de la partie requérante pour le critère d'attribution « valeur technique », cette dernière ne serait pas classée en ordre utile pour obtenir les lots n^{os} 6, 8, 9, 14, 15 et 16, selon les calculs suivants :

«

- Lot n° 6 : 307 points pour la requérante (162 points pour le critère “prix” + 120 points pour le critère “valeur technique” soit 245 - 125 points en raison de l'absence de dispositif d'hémostase énergétique + 25 points pour le critère “livraison”) contre 385 points pour le soumissionnaire pressenti;
- Lot n°8 : 300 points pour la requérante (150 points pour le critère “prix” + 120 points pour le critère “valeur technique” soit 245 - 125 points en raison de l'absence de dispositif d'hémostase énergétique + 25 points pour le critère “livraison”) contre 385 points pour le soumissionnaire pressenti;
- Lot n°9 : 140,11 points pour la requérante (50,11 points pour le critère “prix” + 80 points pour le critère “valeur technique” + 10 points pour le critère “livraison”) contre 141,65 points pour le soumissionnaire pressenti;
- Lot n°14 : 62,5 points pour la requérante (17,50 points pour le critère “prix” + 40 points pour le critère “valeur technique” + 5 points pour le critère “livraison”) contre 90 points pour le soumissionnaire pressenti;
- Lot n° 15 : 76,82 points pour la requérante (26,82 points pour le critère “prix” + 45 points pour le critère “valeur technique” + 5 points pour le critère “livraison”) contre 94,20 points pour le soumissionnaire pressenti;
- Lot n° 16 : 65 points pour la requérante (25 points pour le critère “prix” + 45 pour le critère “valeur technique” + 5 points pour le critère “livraison”) contre 82,50 points pour le soumissionnaire pressenti.

Elle en déduit que la requérante n'a pas intérêt au recours et que, pour les mêmes motifs, elle ne dispose pas d'un intérêt spécifique aux premier, deuxième et troisième moyens.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 14 de 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 est libellé comme suit :

- « À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
- 1° le droit communautaire en matière de marchés publics applicable au marché concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché concerné;
 - 3° les documents du marché ».

La notion d'« intérêt au recours », au sens de l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 précitée est plus large que la même notion au sens de l'article 19 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973. Au sens de cet article 14 précité, et comme cela ressort des termes ci-dessus reproduits, le recours est en effet ouvert à « toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée ». L'article 15 de cette loi précise que la suspension peut intervenir « dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 ». S'agissant d'une contestation portant sur une décision d'attribution d'un marché public, la suspension comme l'annulation suppose donc que la partie requérante ait été ou risque d'être lésée par la violation alléguée.

Le soumissionnaire évincé ne sera lésé, ou ne risquera de l'être, que si la violation alléguée a entaché l'ensemble de la procédure de sélection ou si elle concerne la régularité ou le classement de toutes les offres mieux classées que la sienne, en manière telle qu'en l'absence de cette violation, le marché aurait pu lui être attribué.

Dès lors que les deux premiers moyens concernent l'appréciation de l'un des principaux critères, à savoir la valeur technique, pour certains lots et que le troisième critique le contrôle des prix également pour certains lots, ce n'est qu'en

examinant le caractère sérieux des moyens, qui sont développés de manière différentes pour les différents lots, qu'il est possible de déterminer si les violations alléguées sont de nature à rendre une chance à la partie requérante de se voir attribuer le marché. L'exception est par conséquent liée au fond.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèses des parties

La partie requérante prend un premier moyen de la violation de l'article 2, 43°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, des principes généraux d'égalité et de transparence et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle relève que le cahier spécial des charges apporte des précisions sur la manière dont les échantillons doivent être analysés par des tests en vue de l'évaluation du critère d'attribution de la « valeur technique ». Elle rappelle que le déroulement de ces tests est décrit de la manière suivante :

- pour les lots 1 et 2 :

« Test 2- Évaluation de la qualité

Durée totale : 13 semaines à titre indicatif

- Durée par soumissionnaires : 13 semaines / nombre de soumissionnaires
- Test en situation réelle au sein du bloc opératoire.
- Tous les utilisateurs du bloc opératoire seront susceptibles de tester le produit.
- Ce test sert à évaluer les critères d'attribution énumérés dans la “valeur technique” des lots.
- Présence d'un représentant de la firme acceptée uniquement durant la période de test de SES produits ».

- pour les lots 3 à 16 :

« Test 2- Évaluation de la qualité

Durée totale : 13 semaines à titre indicatif

- Durée par soumissionnaires : 13 semaines / nombre de soumissionnaires
- Test en situation réelle au sein du bloc opératoire.
- Évaluation par les chirurgiens du comité de test (infirmier en chef, 3 chirurgiens abdo, 2 chirurgiens uro, 2 chirurgiens gynéco, 1 chirurgien thoracique, 1 chirurgien plastique, le gestionnaire des QOP).
- Ce test sert à évaluer les critères d'attribution énumérés dans la “valeur technique : conditions particulières” des lots.
- Présence du délégué autorisée au bloc opératoire uniquement pour de l'assistance technique durant la période de test de SES produits.

La convocation du délégué se fera par écrit.
Carte UNAMEC, respect de la tenue professionnelle, etc ».

Elle fait également référence à un tableau qui résume les opérations comme il suit :

Lots	15 SEMAINES							
	Phase 1				Phase 2			
	Semaines 35 et 36				Semaines 37 à 49			
	Durée par soumissionnaire	Quoi	Qui	Représentant des firmes	Durée par soumissionnaire	Quoi	Qui	Représentant des firmes
Lots 1 et 2							Utilisateurs du QOP	
Lots 3 à 16	1 jour parmi les 2 semaines	Vérification de la régularité des offres et les valeurs technique : GENERALITES (stockage, sécurité d'emballage, conditionnement, etc.)	Comité de test	NON	13 semaines / nbre de soumissionnaires	Les valeurs technique : CONDITIONS PARTICULIERES (utilisations, manipulations, raccords, etc.)	Chirurgiens du comité de test	OUI, uniquement durant la période de test de SES produits.

Elle soutient que la partie adverse n'a pas respecté cette méthode d'évaluation. Selon elle, les onze personnes censées composer le « comité test » pour le matériel concernant les lots 3 à 16, à savoir l'infirmier en chef, trois chirurgiens abdominaux, deux chirurgiens urologiques, deux chirurgiens gynécologiques, un chirurgien thoracique, un chirurgien plastique et le gestionnaire des quartiers opératoires (QOP), n'ont pas tous été amenés à tester les échantillons fournis par les soumissionnaires. Elle critique également le délai dans lequel les tests se sont déroulés en indiquant que ses échantillons ont été testés en octobre alors que ceux des sociétés Duo-Med et Medtronic Belgium ne l'auraient été qu'au mois d'avril. Elle fait valoir que l'absence de certaines personnes a pu influencer l'appréciation de la valeur technique et que le fait que les tests des échantillons des différents soumissionnaires n'ont pas tous été exécutés par les mêmes personnes peut affecter la comparaison objective des offres. Elle ajoute qu'en laissant s'écouler une période de plusieurs mois entre les tests des différents soumissionnaires, la comparaison est d'autant moins évidente, le souvenir de l'appréciation des premières fournitures testées étant plus lointain et de ce fait potentiellement biaisé.

Elle fait également référence à la critique formulée dans le deuxième moyen au sujet de plusieurs évaluations qui sont identiques, à la virgule et aux coquilles près, alors qu'elles portent sur des produits différents, ce qui laisse transparaître, selon elle, que plusieurs sous-critères d'attribution n'ont en réalité pas été évalués sur la base des tests annoncés. Elle soutient que des tests effectués par onze spécialistes sur des produits différents, de producteurs différents, ne pouvaient

donner lieu à des évaluations en tous points identiques, spécialement celles qui sont critiquées dans le deuxième moyen comme étant de simples assumptions.

Dans sa note d'observations, la partie adverse conteste la recevabilité du moyen à défaut d'intérêt. Selon elle, il importe peu que la durée des tests aient pris plus de temps ou que l'ensemble des membres du comité de test n'ait pas analysé l'offre de la partie requérante pour certains lots. En admettant même que les délais devaient être plus courts et que l'analyse aurait dû être faite par d'autres personnes que les chirurgiens qui l'ont effectivement réalisée, la décision d'attribution serait demeurée inchangée, dès lors que seule l'appréciation du matériel en situation réelle entre en jeu pour l'évaluation des critères relatifs à la valeur technique. Elle en déduit que le grief formulé dans le moyen n'est pas susceptible d'avoir une influence sur le sens de la décision prise. Elle ajoute que la partie requérante ne démontre pas en quoi son interprétation de la méthodologie prévue dans le cahier spécial des charges lui aurait permis d'obtenir plus de points ou de modifier le classement des offres.

A titre subsidiaire, elle conteste l'application du principe *patere legem quam ipse fecisti* aux dispositions du cahier des charges relatives à la procédure de test en raison de leur portée indicative, qui est précisée expressément en ce qui concerne les délais. Elle indique que ce cahier des charges a été rédigé à un moment où la deuxième vague de COVID-19 n'était pas encore prévisible et que le démarrage de la phase 1B du plan d'urgence hospitalière a conduit à un arrêt complet des services de chirurgie entre le 12 octobre et le 14 décembre 2020. Elle voit dans ces événements une cause de force majeure qui justifie que le timing indicatif n'a pas pu être respecté et que les échantillons de la partie requérante ont été analysés aux mois de septembre et octobre 2020 tandis que ceux des autres soumissionnaires ne l'ont été qu'aux mois de janvier et février 2021. Elle conteste l'affirmation de la partie requérante selon laquelle certains tests auraient encore été effectués au mois d'avril. Elle estime que ce laps de temps n'est pas de nature à entraîner une déperdition de qualité, dans la mesure où les échantillons fournis par les soumissionnaires ne s'altèrent pas avec le temps et la comparaison de la qualité des offres repose non pas sur une simple appréciation des chirurgiens en charge des tests, mais sur des éléments factuels de « process » recensés. Elle en veut pour preuve le fait que le lot 4 a été attribué à la partie requérante dans le cadre du même processus. Elle souligne que le cahier spécial des charges n'indique pas que l'ensemble des membres du comité de test participeront à une analyse de tous les échantillons. Elle met en exergue le fait qu'un chirurgien gynécologique, par exemple, ne dispose pas de toutes les connaissances nécessaires pour analyser le matériel prévu pour une chirurgie thoracique et que l'analyse des équipements

réservés à la chirurgie bariatrique par des chirurgiens d'autres spécialités n'aurait, du reste, que très peu d'utilité, ce qu'une société spécialisée comme la partie requérante ne peut ignorer. Elle ajoute que tous les échantillons de même catégorie ont été testés par les mêmes personnes et le comité de test ne peut être assimilé à un jury au sens de l'article 119 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le cahier spécial des charges du marché litigieux indique expressément que les délais ne sont donnés qu'à titre indicatif. La circonstance que ces délais n'aient pu être respectés, en raison des circonstances exceptionnelles décrites par la partie adverse, à savoir la deuxième vague de l'épidémie de Covid-19 qui a entraîné un report des opérations non urgentes, n'est pas de nature à causer grief à la partie requérante. Le délai entre la première période de test et les suivantes n'est pas d'une longueur telle qu'elle aurait pu engendrer une perte d'information qui soit susceptible d'avoir désavantagé la partie requérante.

Par ailleurs, il n'est pas prévu dans ce cahier spécial des charges que la seconde phase des test soit réalisées par tous les membres du comité de test mais bien, pour les lots n^{os} 1 et 2, par les utilisateurs du quartier opératoire et, pour les autres lots, par les chirurgiens du comité de test. Conformément aux dispositions du cahier spécial des charges, un délégué de la partie requérante pouvait assister aux tests afin d'apporter une assistance technique et il n'est pas démontré que les échantillons de la partie requérante auraient été utilisés d'une manière inadéquate qui pourrait expliquer l'appréciation plus défavorable qui leur réservée pour certains lots.

Le simple fait que les résultats de ces tests soient présentés sous la forme d'une appréciation collégiale, parfois standardisée, et non comme une compilation d'opinions individuelles n'implique pas que la procédure de test prévue par le cahier spécial des charges n'a pas été respectée.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèse de la partie requérante

La partie requérante prend un deuxième moyen de la violation des articles 4, 66, § 1^{er}, et 81, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4 et 5, 9^o, 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, des principes généraux d'égalité, de concurrence et de transparence, de défaut de motifs pertinents, adéquats et légalement admissibles et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle estime que les motifs relatifs à l'évaluation des sous-critères d'attribution concernant la « valeur technique » ne sont pas fondés sur un examen concret des produits proposés dans les offres, de sorte que la motivation de l'acte attaqué n'est pas de nature à lui permettre de comprendre l'évaluation qui a été faite de ses produits. Elle soutient que de nombreuses évaluations reprises dans le rapport d'examen des offres, quant à la valeur technique de son offre, ne constituent que des assomptions qui ne reposent sur aucune donnée factuelle.

À titre d'exemple, elle relève que le rapport d'examen des offres pour le lot n° 5 mentionne « une qualité d'agrafage inférieure à celle des dispositifs Medtronic » sans précision sur les données utilisées pour porter cette appréciation. Pour le lot n° 10, elle critique le fait que, dans ce rapport, à propos de l'absence d'une recharge dans l'emballage, il est question d'un « risque que l'instrumentiste place mal la première recharge » et ainsi que d'un temps de préparation plus long qui « entraîne des allongements de la durée d'anesthésie néfastes pour les patients ». Elle se réfère également à une appréciation négative de la mécanique de section qui est jugée « plus réfractaire » entraînant un « risque de fatigue articulaire du chirurgien et [de] perte de fluidité du geste » ainsi qu'à des phénomènes de glissement risquant de porter atteinte à l'intégrité des tissus qui sont jugés « très problématiques » et comme pouvant provoquer des perforations avec un risque de saignement élevé. Il en va de même pour le lot n° 13 où le rapport d'examen des offres fait état de la présence de deux lignes d'agrafes qui « augmente le risque de fistules post-opératoires » et par conséquent « de complications, de reprises et de ré-hospitalisation pour le patient ». Elle conteste également les appréciations portées à propos du lot n° 16 au sujet des pinces à clips dont « l'axe est trop court et les mors sont trop gros » ce qui risque d'abimer les structures sur leur passage entraînant des saignements et des complications.

Elle fait valoir que les produits concernés sont utilisés par la partie adverse depuis des années, sans qu'aucun des risques mentionnés ci-dessus n'ait jamais été porté à son attention, ni qu'une plainte ou une demande de rappel des

produits ne lui ait été adressée. Elle conteste par conséquent l'existence de ces risques graves qui ne sont pas confirmés par des études indépendantes ou par la pratique de la partie adverse. Selon elle, non seulement ces affirmations ne sont pas fondées, mais certaines d'entre elles sont particulièrement graves. Elle indique que la propagation de documents soulevant des prétendus dangers importants vis-à-vis des patients et risques pour les praticiens, peut porter gravement atteinte à sa réputation.

Elle met également en exergue le fait que le rapport d'examen des offres reprend, pour plusieurs sous-critères, des motivations en tous points identiques pour l'évaluation d'offres différentes. Pour les lot n^{os} 9 et 13, des citations identiques sont reprises pour les sous-critères « agrafage » et « section » pour son offre et celle de la société Medtronic Belgium et pour le lot n° 16, des citations identiques sont reprises pour l'évaluation des offres de tous les soumissionnaires, à la seule exception du gagnant de ce lot, ce qui ne peut, selon elle, être admis dans le cadre d'une analyse poussée sur la base de tests de produits provenant de différents producteurs. Elle en déduit que non seulement une telle motivation est lacunaire et témoigne d'une analyse non sérieuse et approfondie, mais que, par ailleurs, les sous-critères en question sont, de la sorte, neutralisés.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

La décision d'attribution d'un marché public doit, pour être régulière quant à ses motifs, reposer sur une comparaison des offres. Elle peut se fonder sur un rapport d'analyse qui évalue les offres concurrentes et qui, pour chaque élément de chacune d'elles correspondant aux critères d'attribution, en expose les points forts et les points faibles en soulignant leurs différences ou leurs similitudes. Pour être régulièrement motivée, la décision d'attribution doit faire apparaître ces motifs et ceux-ci doivent être adéquats.

Dans l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'il choisit l'offre la plus intéressante au regard des critères d'attribution définis par les documents du marché. Le Conseil d'État ne peut substituer son appréciation des offres à celle du pouvoir adjudicateur au regard des critères prévus. Il ne peut censurer les éventuelles erreurs d'appréciation commises par le pouvoir adjudicateur que si celles-ci sont manifestes.

Ce très vaste pouvoir d'appréciation dans la comparaison des offres au regard de chacun de ces critères et l'attribution de points en fonction de la

pondération prédéfinie a pour corollaire une obligation de motivation étendue. La simple attribution de points ou une affirmation de portée générale, non étayée, ne constituent pas de ce point de vue une motivation suffisante. Des motifs doivent fonder l'attribution de points et ceux-ci doivent être exprimés sous la forme d'une évaluation descriptive s'appuyant sur des références concrètes au contenu de l'offre. Dans l'hypothèse où toutes les offres se voient attribuer une note identique pour l'un ou plusieurs des critères ou sous-critères d'attribution, la motivation doit permettre à chaque soumissionnaire et au juge chargé de contrôler la légalité de la décision, de comprendre pourquoi cette note identique a été attribuée et pourquoi il n'a pas été possible de départager les offres.

Une opération chirurgicale comporte, par nature, des risques et dans le cadre de l'examen de fournitures médicales destinées à cette fin, il est normal que la partie adverse cherche à les minimiser au maximum en utilisant le matériel le plus performant. Le rapport d'examen des offres n'indique pas que le matériel proposé par la partie requérante serait défectueux, ce qui aurait pu provoquer des plaintes ou des rappels de produits, mais uniquement que, pour certains lots, il présente des caractéristiques objectives qui sont, d'après les professionnels qui les ont testés, moins aptes à prévenir les risques inhérents aux opérations dans lesquelles ils sont utilisés.

Pour le lot n°5, l'agrafage est jugé comme étant de qualité inférieure parce que l'équipement proposé par la partie requérante présente trois lignes d'agrafes à la même hauteur tandis que celui qui lui est préféré est pourvu de trois lignes d'agrafes à hauteur croissante. Pour le lot n° 10, c'est l'absence de recharge dans l'emballage, la section plus réfractaire et des phénomènes de glissement observés lors des tests qui fait la différence avec l'offre qui est préférée. En ce qui concerne le lot n° 13, un dispositif présentant trois lignes d'agrafes est préféré à celui de la requérante qui n'en présente que deux. Quant au lot n° 16, ce sont les caractéristiques de la pince proposée par la partie requérante qui sont critiquées puisqu'elle est jugée à la fois trop courte et trop grosse, l'axe étant trop court et les mors trop gros, par rapport à la pince plus fine proposée dans l'offre qui a été choisie. Il existe dès lors bien une évaluation descriptive s'appuyant sur des références concrètes au contenu des offres et la partie requérante est en mesure de comprendre les raisons pour lesquelles une autre offre a été préférée à la sienne. Elle ne démontre pas qu'une erreur manifeste d'appréciation aurait été commise à ce sujet.

S'il est exact que pour certains sous-critères des lots n^{os} 9, 13 et 16, certaines offres se voient attribuer une note identique sur la base de la même

appréciation, la motivation, quoique succincte, permet de comprendre les raisons pour cette note identique a été attribuée et pourquoi il n'a pas été possible de départager les offres. Le marché litigieux porte en effet sur des fournitures médicales qui sont en grande partie standardisées et qui doivent remplir une fonction précise. Ainsi, il est admissible que les soumissionnaires se voient reconnaître une note identique pour leurs fournitures respectives si elles correspondent aux standards de la chirurgie sur des points précis tels que la vitesse d'agrafage, la préhension, l'ergonomie ou leur capacité d'assurer l'obstruction des vaisseaux. La partie requérante n'allègue pas que, sur ces différents points, les fournitures qu'elle présente présentent des particularités telles que l'attribution d'une note identique à celles des autres concurrents ne pourrait constituer qu'une erreur manifeste d'appréciation.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VIII. Troisième moyen

VIII.1. Thèses des parties

La partie requérante prend un troisième moyen des articles 4 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 5, 9°, 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, des articles 33 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des principes généraux d'égalité et de transparence, du défaut de motifs pertinents, adéquats et légalement admissibles et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle souligne que pour les lots n^{os} 1 et 2, l'offre de la société Olympus Belgium a été jugée anormalement haute et qu'il en va de même pour son offre pour le lot n° 14. Elle relève également que pour les lots n^{os} 6 et 15 respectivement, les sociétés Duo-Med et Medtronic Belgium ont été interrogées au sujet de prix anormalement bas parce qu'inférieur de plus de 15% à la moyenne des offres reçues et que la motivation formelle indique que leur justificatif « semble cohérent et peut être accepté ». Selon elle, il ressort de cette motivation particulièrement succincte qu'en réalité, le CHR n'a pas respecté les obligations qui s'imposent à lui en matière d'examen de prix anormaux, conformément aux dispositions citées dans le moyen ainsi qu'à la jurisprudence du Conseil d'État, notamment dans ses arrêts n° 248.920 du 13 novembre 2020 et n° 250.312 du 8 avril 2021.

Elle critique le fait qu'elle n'a pas été interrogée au sujet du prix considéré comme anormalement haut pour le lot n° 14, pas plus que la société Olympus Belgium pour les lots n° 1 et 2. Elle estime qu'en ne les interrogeant pas, la partie adverse n'a pas respecté une obligation légale et a violé le principe d'égalité des soumissionnaires, dès lors que deux autres soumissionnaires dont les prix semblaient anormaux ont quant à eux bien été interrogés.

Pour les lots n° 6 et 15, elle rappelle que, selon la jurisprudence précitée, le pouvoir adjudicateur qui demande des justifications de prix ne peut pas se contenter de constater que les soumissionnaires concernés ont transmis de telles justifications, mais doit procéder à une véritable appréciation propre sur la base d'un examen concret et effectif des éléments avancés à cet égard. Elle soutient que la décision d'attribution ne permet en aucun cas de vérifier si cet examen concret a bien eu lieu, et si les conclusions du rapport d'examen des offres sont pertinentes à cet égard. Elle souligne que le résultat de cette examen a pourtant un impact important sur la décision d'attribution dans la mesure où, si les prix apparemment anormaux n'ont en réalité pas été adéquatement justifiés par les soumissionnaires concernés, les offres de ces soumissionnaires n'auraient pas pu être prises en considération dans le cadre de l'évaluation au regard des critères d'attribution, ce qui aurait nécessairement eu un impact sur le classement final des offres pour les lots n° 6 et 15.

Enfin, pour le lot n° 9, elle indique qu'il ressort du rapport d'examen des offres qu'il y a un écart d'à peu près 20% entre le montant de l'offre de la société Duo-Med et la moyenne des offres reçues. Elle estime que, dans le respect du critère de 15 % qu'elle a elle-même défini pour juger du caractère apparemment anormal d'un prix, la partie adverse aurait donc également dû interroger cette société quant à la justification de ses prix pour le lot n° 9. A défaut de l'avoir fait, elle estime que la partie adverse a porté atteinte au principe d'égalité des soumissionnaires, dès lors qu'elle traite des soumissionnaires qui se trouvent dans une même situation, de manière totalement différentes puisqu'en ce qui concerne les soumissionnaires dont le prix s'écarte de plus de 15% de la moyenne, certains sont interrogés, d'autres ne le sont pas, et enfin, pour les derniers l'écart de prix n'est même pas soulevé.

Dans sa note d'observations, la partie adverse conteste l'intérêt au moyen dès lors qu'aucune offre n'a été écartée pour un prix anormalement haut ou bas, et ce pour tous les lots. Elle fait valoir que toutes les offres ont été analysées au regard des critères d'attribution, de sorte qu'une éventuelle méconnaissance des articles 33 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques n'a pas lésé la partie requérante. Elle estime que

cette dernière n'indique pas que l'irrégularité alléguée aurait conduit à attribuer le marché à un autre soumissionnaire. Selon elle, une éventuelle méconnaissance de la vérification des prix anormaux n'a eu aucune incidence sur le résultat final pour les lots n^{os} 1 et 2 et 9, dans la mesure où le soumissionnaire ayant un prix prétendument anormal est classé en dernière position pour les lots n^{os} 1 et 2 et en deuxième position pour le lot n^o 9.

A titre subsidiaire, elle soutient qu'elle a bien procédé à une vérification pour toutes les offres et que c'est au terme de cet examen qu'elle a jugé que l'ensemble des prix proposés ne pouvaient justifier l'écartement des offres pour un prix potentiellement anormal. Elle considère que l'absence d'écartement de l'offre de la société Olympus n'a pu avoir d'impact sur le classement de la partie requérante pour les lots n^{os} 1 et 2. Pour les lots n^{os} 6 et 15, elle souligne avoir bien demandé aux sociétés concernées de lui envoyer des informations complémentaires afin de procéder à l'examen de leurs prix potentiellement anormaux, conformément à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité. Elle relève que, par leurs envois respectifs du 25 et 31 mars 2021, dans le délai qui leur avait été imposé, les sociétés Medtronic Belgium et Duo-Med ont fourni les justifications nécessaires à la compréhension de leurs prix, de sorte que c'est à juste titre qu'elle a estimé qu'ils ne présentent pas un caractère anormal. Elle met en exergue le fait que ces sociétés justifient leurs prix par la volonté d'obtenir des parts de marché dans un secteur compétitif, par une politique de prix différente de leurs concurrents et par une baisse des prix de certaines fournitures au cours de ces dernières années. Quant au caractère succinct de la motivation, elle estime qu'il se justifie par le fait que les informations communiquées par ces sociétés ne peuvent être divulguées au regard du secret des affaires.

Dans sa requête en intervention, la partie requérante conteste préalablement la recevabilité du moyen. Elle soutient que le moyen ne porte que sur la motivation formelle relative au contrôle des prix mais qu'il ne formule aucune critique, en ce qui concerne le lot n^o 6, quant à l'offre de la société Medtronic Belgium ni, *a fortiori*, quant au caractère normal des prix proposés par cette société pour ce lot. Elle souligne que même si, dans la décision attaquée, la partie adverse avait pu reproduire l'ensemble des justifications strictement confidentielles qu'elle a fournies au sujet de la normalité de ses prix, cela aurait uniquement permis à la partie requérante de développer, le cas échéant, une argumentation visant à contester la pertinence de ces justifications et, partant, la régularité de son offre. Elle fait valoir que même si son offre devrait être déclarée irrégulière c'est celle de Medtronic Belgium qui aurait été préférée à celle de la partie requérante puisqu'elle est plus avantageuse non seulement en ce qui concerne le prix mais également les

autres critères d'attribution. Elle en déduit que l'irrégularité dénoncée n'aurait pas permis à la partie requérante de retrouver une chance d'obtenir le lot n° 6 et que le moyen est irrecevable en ce qui concerne ce lot.

Pour le surplus, elle estime que la procédure prévue par l'arrêté royal du 18 avril 2017 a été respectée et que la partie adverse a procédé à l'ensemble des vérifications qui s'imposaient. Elle fait valoir qu'elle a notamment fourni les justifications circonstanciées et complètes (mais strictement confidentielles) qui ont légitimement permis à la partie adverse de conclure au caractère normal des prix proposés pour le lot n° 6. Elle considère que la partie adverse n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation puisque la justification fournie écartait toute anomalie potentielle des prix proposés pour le lot n° 6.

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

Conformément à l'article 84 de loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics le pouvoir adjudicateur doit procéder à la vérification des prix et des coûts. Le but de la vérification est de rechercher d'éventuels prix anormaux. L'objectif est double : d'une part, protéger l'adjudicateur en lui donnant le moyen de s'assurer que le prix offert par les soumissionnaires permet réellement d'exécuter les obligations qui découlent du cahier spécial des charges; d'autre part, protéger les exigences d'une saine concurrence.

Lorsque, face à des prix apparemment anormalement bas, le pouvoir adjudicateur examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, il dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de l'autorité, et de censurer dans le chef de cette dernière une appréciation manifestement erronée.

S'il est exact que pour les lots n^{os} 1 et 2, l'offre de la société Olympus a été qualifiée d'anormalement haute et qu'il en va de même pour l'offre de la partie requérante pour le lot n° 14, aucune de ces offres n'a toutefois été écartée. L'offre de la société Olympus ayant été classée en dernière position pour les deux lots concernée, une éventuelle interrogation de cette société, voire un écartement de son offre n'aurait pas profité à la partie requérante qui n'a pas intérêt au moyen sur ce point. Il en va de même pour l'absence d'interrogation au sujet du lot n° 14 dès lors

que son offre n'a pas été écartée et qu'elle n'établit pas en quoi le fait d'avoir été interrogée aurait pu avoir une influence sur son classement.

Pour les lots n^{os} 6 et 15, la partie adverse a interrogé les sociétés Duo-Med et Medtronic Belgium au sujet de leurs prix et ces sociétés ont répondu dans le délai requis. Il apparaît donc, au terme d'un examen en extrême urgence, que c'est sans méconnaître les dispositions et principes visés au moyen que la partie adverse a procédé à un contrôle des prix pour ces lots. Si la motivation figurant dans le rapport d'examen des offres est effectivement extrêmement succincte puisqu'elle se limite à constater que les justificatifs sont cohérents et peuvent être acceptés, les justifications apportées par ces sociétés sont relatives à leur politique des prix et peuvent à ce titre être considérées comme couvertes par le secret des affaires, ce qui a pu conduire la partie adverse à ne pas donner d'éléments de motivation plus explicites à ce sujet.

En ce qui concerne le lot n° 9, ni le dossier administratif ni le rapport d'examen des offres ne permettent de comprendre les motifs pour lesquels l'autorité n'a pas estimé le prix de la société Duo-Med comme anormalement bas à la différence du critère qu'elle a utilisé pour les lots 6 et 15. Toutefois, il convient d'observer que le lot n° 9 n'a pas été attribué à la société Duo-Med mais bien à la société Medtronic Belgium sur la base d'un prix dont la partie requérante ne prétend pas qu'il aurait également dû être considéré comme anormalement bas. Partant, à supposer établie l'illégalité alléguée par la partie requérante, celle-ci n'a pu avoir aucune incidence sur le classement final des offres pour ce lot. Il s'ensuit que l'illégalité alléguée ne lui a, en toute hypothèse, pas causé grief.

Le troisième moyen n'est pas sérieux.

IX. Confidentialité et complétude du dossier administratif

IX.1. Thèses des parties

En annexe à sa requête, la partie requérante dépose son offre de manière confidentielle afin, selon elle, de ne pas nuire au secret d'affaires et d'assurer une concurrence loyale entre les entreprises.

La partie adverse a déposé le 12 juillet 2021, en annexe à sa note d'observations, à titre de pièces confidentielles, les justifications apportées par les sociétés interrogées au sujet de la normalité de leurs prix. Elle a complété le dossier

administratif le 16 juillet 2021, à titre également confidentiel, par les offres des sociétés Olympus, Duo-Med et Medtronic Belgium.

La partie intervenante demande que le courrier qu'elle a envoyé à la partie adverse le 31 mars 2021 au sujet de la normalité des prix proposés ainsi que son offre et ses annexes soient maintenus confidentiels.

Le 19 juillet 2021, la partie requérante a écrit qu'il ressort de l'inventaire du dossier administratif de la partie adverse, que ce dossier n'a pas été déposé dans son intégralité. Elle relève qu'il n'est fait état d'aucune fiche de test, de rapport détaillé, ou de note interne quelconque qui reprendrait les résultats concrets des tests ayant dû être effectués afin d'évaluer les offres sur base du critère d'attribution « valeur technique ». Elle considère que les conclusions générales qui sont tirées dans le rapport d'attribution doivent en principe être fondées sur des résultats de tests concrets, conformément à la méthode d'évaluation annoncée dans le cahier spécial des charges. Elle ajoute qu'il ne ressort pas davantage de cet inventaire que la partie adverse aurait déposé un document quelconque contenant l'appréciation du pouvoir adjudicateur des justifications de prix envoyées par les soumissionnaires. Elle estime qu'il convient par conséquent d'exiger de la partie adverse qu'elle dépose un dossier administratif complet et qu'à défaut d'un tel dépôt, il convient de faire application de l'article 21, alinéa 3, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

IX.2. Appréciation du Conseil d'État

Le cahier spécial des charges n'impose ni la rédaction de « fiches de test » ni que l'appréciation du caractère normal des prix soit effectuée dans un document distinct du rapport d'examen des offres. Il n'y a pas lieu d'ordonner le dossier administratif soit complété par des documents qui n'étaient pas imposés par les documents du marché et dont, au surplus, l'existence n'est pas établie. Le dossier administratif ne pouvant être considéré comme incomplet, il n'y a pas lieu non plus, à ce stade de la procédure, de faire application de l'article 21, alinéa 3, précité.

Pour le surplus, les demandes de confidentialité n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

X. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme DUO-MED est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension, introduite selon la procédure d'extrême, urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 4 du dossier de la requérante, 8, 9, 15, 16 et 17 du dossier administratif et 3 du dossier de la partie intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations siégeant en référé, le 30 juillet 2021 par :

Marc Joassart,
Vanessa Wiame,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier,

Le Greffier,

Le Président,

Vanessa Wiame

Marc Joassart