CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

n^o^ 254.318 du 9 août 2022

A. 236.865/VI-22.391

En cause : **la société de droit autrichien PROCOMCURE BIOTECH**,
ayant élu domicile chez
M^es^ Gregory LEBRUN et
Nastassja WALSCHOT, avocats,
avenue du Boulevard 21 boite 1
1210 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté
par le ministre des Affaires sociales et
de la Santé publique,
ayant élu domicile chez
M^es^ Jérôme SOHIER et
Margot CELLI, avocats,
chaussée de la Hulpe 181/24
1170 Bruxelles.

Requérante en intervention :

la société de droit néerlandais LIFE TECHNOLOGIES EUROPE,
ayant élu domicile chez
M^es^ Kris WAUTERS et
Peter PAREZ, avocats,
chaussée de la Hulpe 187
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 20 juillet 2022, la société de droit autrichien Procomcure Biotech demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du SPF Santé Publique prise à une date inconnue, déclarant que l'offre de Procomcure dans le cadre du marché de fournitures identifié par l'avis de marché identifié sous les n° BDA 2022-505206/TED 2022/S 032-081491 (référence FOD VVVL-COVID19-100122_01_F02) ne remplit pas les conditions de sélection ni les critères techniques, partant, la rejetant, et attribuant ce marché à une ou plusieurs sociétés indéterminées ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 25 juillet 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 5 août 2022.

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

Par une requête datée du 4 août 2022 et déposée à l'audience, la société de droit néerlandais Life Technologies Europe demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

M. Frédéric Gosselin, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M[es] Gregory Lebrun et Nastassja Walschot, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M[e] Margot Celli, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M[e] Kris Wauters, avocat, comparaissant pour la requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M[me] Marie Lambert de Rouvroit, auditeur adjoint au Conseil d'État, a été entendue en son avis contraire.

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 en extrême urgence

1. Une note au Conseil des ministres du 27 janvier 2022 ayant pour objet une « demande de lancement des marchés publics pour l'acquisition de consommables IVD dans le cadre de la stratégie de *testing* de la COVID-19 », est libellée en ces termes :

« 1. INTRODUCTION ET/OU RETROACTES

Considérant l'Arrêté royal du 3 avril 2013 relatif à l'intervention du Conseil des ministres, aux délégations de pouvoir et aux habilitations en matière de passation

et d'exécution des marchés publics, des concours et des concessions au niveau fédéral, conformément à l'article 3, § 1, 1°, (b), de l'Arrêté royal susmentionné, ce dossier doit être soumis au Conseil des ministres pour approbation.

2. EXPOSÉ DU DOSSIER

Le présent dossier porte sur la demande de lancement de cinq marchés publics pour l'acquisition de composants IVD ('*in vitro* diagnostics') qui sont nécessaires au fonctionnement des centres de testing, des collectivités et des huit laboratoires universitaires de la Plateforme Fédérale de testing COVID-19.
Les nouveaux marchés publics sont lancés par procédure ouverte :
o Tubes de prélèvement incluant le milieu d'inactivation virale
o Kits de plaques à 96 et 384 puits & films PCR ;
o Combined Swabs.
o Kits d'analyse RT-q-PCR ;
o Kits d'analyse d'extraction ARN ;

Dans le cadre de la stratégie de testing de la COVID-19, l'approvisionnement en consommables et réactifs IVD permettant ultimement la réalisation des tests PCR par les laboratoires de la Plateforme Fédérale a été régi par différents marchés publics (selon des procédures négociées sans publication préalable) réalisés entre le troisième trimestre de l'année 2020 et le second semestre de l'année 2021. Précisément, ces marchés publics ont été attribués à différents fournisseurs et incluaient un engagement initial (sur un volume permettant de réaliser un million de tests PCR) et trois ou quatre options de volumes (selon le produit IVD d'intérêt) d'une hauteur chacune d'un million à décider par le SPF Santé Publique à des dates précises durant l'année 2021 selon les besoins (pas d'engagement ferme). Cela a permis de n'acheter que les composants IVD qui étaient réellement nécessaires à la réalisation du testing par les centres de testing et les collectivités d'intérêt et à la réalisation des tests PCR par les laboratoires de la Plateforme Fédérale, et de garder un stock de composants IVD exploitable jusque fin 2021/début 2022. L'ensemble des fournisseurs actuels donnent entièrement satisfaction, tant au niveau de la qualité et de la quantité, que du service fourni. Ils connaissent en outre très bien les besoins fluctuants de la Plateforme Fédérale et s'adaptent facilement, rapidement et efficacement aux demandes du SPF Santé Publique, ce qui est important dans le contexte actuel. A ce jour, les dernières options de volumes ont été levées et les commandes s'y référant ont été émises.

Par la présente Note, le SPF Santé Publique souhaite faire appel audit article 36 de la Loi du 17 juin 2016 afin de lancer les cinq marchés publics d'intérêt en vue d'ultimement garantir la continuité optimale dans l'acquisition des composants IVD nécessaires au fonctionnement des centres de testing, des collectivités et des huit laboratoires universitaires de la Plateforme Fédérale de testing COVID-19. Cette demande devrait couvrir les besoins sur une période d'un an. Nous utiliserions un engagement initial (commande) ferme puis des options de volume à valider tous les deux mois par le SPF Santé si besoin est.

L'impact budgétaire du lancement des cinq marchés publics d'intérêt est estimé à 97.605.000,00 EUR HTVA. Le tableau suivant précise les quantités de composants IVD et les demandes budgétaires qui s'y réfèrent.

				Extension (17/12/2021)		Nouveaux marchés publics (11 22)					
Référence MP précédent	Type d'IVD/ Consommable	Fournisseurs actuel	Prix unitaire actuel (HTVA)	Volume extension	Budget Extension	Engagement initial	Option 1	Option 2	Option 3	Option 4	Option finale
COVID19-122_02 (fev21)	Tubes de test	Fertipro	€ 1,40	2.000.000	€ 2.800.000	€ 1.400.000	€ 2.800.000	€ 2.800.000	€ 2.800.000	€ 2.800.000	€ 4.200.000
COVID19-0112_08 (dec20)	Kits Rt-q-PCR	Life Technologies	€ 5,30	2.250.000	€ 11.925.000	€ 5.300.000	€ 10.600.000	€ 10.600.000	€ 10.600.000	€ 10.600.000	€ 15.900.000
COVID19-1604_01 (mai21)	Kits RNA extraction	Life Technologies	€ 0,90	1.750.000	€ 1.579.375	€ 902.500	€ 1.805.000	€ 1.805.000	€ 1.805.000	€ 1.805.000	€ 2.707.500
COVID19-2903_01 (avr21)	PCR Plates & foils	Life Technologies	€ 30,00	6.000	€ 120.000	€ 60.000	€ 120.000	€ 120.000	€ 120.000	€ 120.000	€ 180.000
COVID19-0118_01 (jan21)	Ecouvillons nasaux	Belscan	€ 0,25	2.000.000	€ 500.000	€ 250.000	€ 500.000	€ 500.000	€ 500.000	€ 500.000	€ 750.000
-	Tecantips	Nest Wuxi Con-Rem	€ 0,10	-	-	€ 100.000	€ 200.000	€ 200.000	€ 200.000	€ 200.000	€ 300.000
COVID19-0977_03 (sep20)	Aluminium foils	VWR	€ 80,00	-	-	€ 28.000	€ 28.000	€ 28.000	€ 28.000	€ 28.000	€ 40.000
COVID19-0977_03 (sep20)	Ethanol	Life Technologies/ Acros	€ 15,00	-	-	€ 7.500	€ 7.500	€ 7.500	€ 7.500	€ 7.500	€ 7.500
COVID19-0977_03 (sep20)	Iso-propanol	VWR	€ 20,00	-	-	€ 5.000	€ 5.000	€ 5.000	€ 5.000	€ 5.000	€ 5.000
COVID19-0911_16 (sep20)	Pipeting cones	Mettler Toledo	€ 0,10	-	-	€ 100.000	€ 200.000	€ 200.000	€ 200.000	€ 200.000	€ 300.000
					TOTAL	€ 8.153.000	€ 16.265.500	€ 16.265.500	€ 16.265.500	€ 16.265.500	€ 24.390.000
					INITIAL	€ 8.153.000				OPTIONS	€ 89.452.000

Sur base de la consommation actuelle (environ 150,000 tests PCR réalisés par semaine par les laboratoires de la Plateforme Fédérale), qu'il y aurait lieu de maintenir jusqu'à la fin de l'hiver (*i.e.* fin mars 2022), ces volumes supplémentaires permettraient de continuer l'approvisionnement en consommables et réactifs IVD, nécessaires au fonctionnement des centres de testing, des collectivités et des huit laboratoires universitaires de la Plateforme Fédérale, jusqu'en avril 2023 au moins, et de sécuriser les volumes nécessaires d'intérêt.

Nous souhaitons, dès lors utiliser la même méthode que pour les marchés publics réalisés fin 2020/début 2021, à savoir n'achetez que quand nous aurons besoin des IVD. Nous procéderons donc comme suit :

- un engagement initial pour chaque IVD sur un volume permettant de réaliser 1 (un) million de tests RT-q-PCR (6 à 7 semaines de stock au rythme actuel) (engagement en 2022) ;
- Différentes options de volumes permettant chacune de réaliser entre deux (2) et trois (3) millions de tests PCR. Ces options seraient à décider par le SPF Santé Publique (engagement en 2022 et 2023).

L'impact budgétaire total est estimé à 56.949.500,00 euros hors TVA pour l'année 2022 et 40.655.500,00 euros hors TVA pour l'année 2023. En 2022, les dépenses seront financées par la provision "Corona", inscrite au budget 2022 du SPF Santé publique (BA 25/52.23.01.00.01). Pour 2023 les crédits nécessaires devront être inscrits dans le budget 2023, soit via une nouvelle provision "corona", soit directement dans le budget du SPF SPSCAE ».

2. Le Bulletin des Adjudications et le Journal officiel de l'Union européenne du 10 février 2022 publient un avis de marché public de fournitures relatif au quatrième marché public ainsi identifié, soit l'achat de kits de tests RT-q-PCR « pour détections quantitatives et qualitatives contre COVID-19 pour l'exécution des tests PCR » (référence FOD VVVL-COVID19-100122_01_F02), la date limite de réception des offres étant fixée au 28 février 2022 à midi.

Selon les dispositions générales du cahier spécial des charges, la sélection qualitative (prescription 11.1.2) est opérée, d'une part, sur la base de critères relatifs aux moyens financiers du soumissionnaire, qui « doit avoir réalisé au cours des trois derniers exercices un chiffre d'affaires total au moins égal à cent millions (100.000.000) euros » (prescription 11.1.2.1), et, d'autre part, sur la base de

quatre critères de sélection se rapportant à sa compétence technique, exposés comme suit (prescription 11.1.2.2) :

« Premier critère relatif à la compétence technique des soumissionnaires.

Le soumissionnaire doit disposer ou pouvoir disposer des techniciens ou des organismes techniques suffisants, en particulier les personnes ou les organismes qui sont responsables pour le contrôle de la qualité. Lors de l'évaluation de la compétence technique, seuls les techniciens ou les organismes techniques qui constitueront une plus-value dans le cadre du marché qui fait l'objet du présent cahier spécial des charges, seront pris en compte.

Le soumissionnaire joint à titre de document justificatif un relevé reprenant les techniciens ou les organismes techniques qui appartiennent ou non à l'entreprise, en particulier ceux qui sont responsables pour le contrôle de la qualité.

Deuxième critère relatif à la compétence technique des soumissionnaires.

Le soumissionnaire doit disposer des références suivantes en matière de livraisons exécutées et qui ont été effectuées au cours des trois dernières années.

Produits, consommables ou IVD similaires vendus dans le cadre du testing contre le COVID-19.

Le soumissionnaire joint à titre de document justificatif une liste reprenant les livraisons les plus importantes qui ont été effectuées au cours des trois dernières années, avec mention du montant, de la date ainsi que les destinataires publics ou privés. Les livraisons sont prouvées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente ou, lorsque le destinataire était un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou à défaut, par une simple déclaration de l'adjudicataire.

Troisième critère relatif à la compétence technique des soumissionnaires.

Le soumissionnaire doit disposer de l'équipement technique pour pouvoir réaliser le marché convenablement. Il doit donc justifier une capacité de production/livraison de maximum 1 million de feuilles d'aluminium/mois réservée pour le SPF pendant la période du contrat si le SPF le demande au travers des options de volume à valider lors de ce contrat.

Il joint à titre de documents justificatifs :

- une description de l'équipement technique dont il dispose et qui sera utilisé lors de l'exécution du marché ;
- une description des mesures qu'il utilisera pour s'assurer de la qualité ;
- une description des moyens d'étude et de recherche dont il dispose.

Quatrième critère relatif à la compétence technique des soumissionnaires.

Le soumissionnaire doit être titulaire du certificat/des certificats suivant(s) :

1. Le dispositif doit être conforme à la directive 98/79/CE transposée dans l'arrêté royal du 14 novembre 2001 relatif aux dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*.

2. Le kit doit pouvoir détecter au moins deux gènes cibles différents du SARS-CoV-2. Les kits ne détectant qu'un seul gène ou plusieurs cibles d'un même gène sont exclus. Le kit doit être capable de détecter uniquement le SARS-CoV-2, les kits multiplex ciblant également d'autres virus respiratoires sont exclus.

3. Le kit doit être compatible avec le flux, l'équipement et le logiciel actuellement utilisés sur les plateformes de test fédérales pour réaliser une PCR SARS-CoV-2 (thermocycleurs et robots d'extraction de Thermofisher et FastFinder UgenTec respectivement). Nous demandons au fournisseur de présenter la preuve de cette compatibilité dans un rapport de validation.

4. Le fournisseur doit pouvoir soumettre assez d'échantillons (IVD) pour réaliser environ 600 tests et pour validation par nos laboratoires. Ces échantillons devront être livrés le plus rapidement possible après soumission de l'offre de ce marché public à la demande du SPF.

5. Certificat CE pour le kit
Il joint à titre de document justificatif une photocopie du certificat/des certificats ».

Pour ce qui concerne les critères d'attribution, le cahier spécial des charges indique ce qui suit (prescription 11.3) :

« Le pouvoir adjudicateur choisira, pour attribuer le présent marché public, l'offre économiquement la plus avantageuse. Les offres régulières seront confrontées aux critères d'attribution ci-après.

Ces critères seront pondérés afin d'obtenir un classement final.

Les critères d'attribution sont les suivants :
1. Prix (60%)
2. Délai/Disponibilité (10%)
3. Critères technique (30%)

Les cotations pour les trois (3) critères d'attribution seront additionnées. Le marché sera attribué au soumissionnaire qui obtient la cotation finale la plus élevée, après que le pouvoir adjudicateur ait vérifié, à l'égard de ce soumissionnaire, l'exactitude de la déclaration faite dans le cadre du document unique de marché européen.

L'évaluation des critères d'attribution se fera comme suit :

- le critère d'attribution 1 sera évalué sur base de prix, sur base de la formule suivant :

  Score = Px / Po x 60 points
  Où Px est le prix de l'offre le moins cher et Po est le prix de l'offre évalué

- le critère d'attribution 2 sera évalué sur base de Délai/Disponibilité :

  - Délai de livraison (commande initiale)

Délai de livraison pour la totalité de la commande initiale (nombre de kits pour réalisation d'un million d'extraction ARN) (uniquement valable pour calcul des points)* 1	Points reçus
<2 semaines après décision et émission de la commande	10 points
2 < < 3 semaines après décision et émission de la commande	5 points
> 3 semaines après décision et émission de la	0 points

commande	

*1 cette description n'est valable que pour le critère d'attribution et ne peut être invoquée par le fournisseur comme un engagement d'unités de livraison à définir ultérieurement

- le critère d'attribution 3 (critères techniques) sera évalué sur la base suivante :

  Extraction d'ARN pour diagnostique PCR des tubes d'échantillonnage, pour séquençage sur tubes d'échantillonnage utilisés dans les laboratoires de la Plateforme *bis* et selon leur sensibilité :

  1. Nombre de gênes "target" analysés par le kit : 10 points
  2. Sensibilité du kit RT-q-PCR : 10 points
  3. Performance du kit (plusieurs critères) : 10 points

Pour plus de détails, veuillez-vous référer à l'Annexe 2 du présent document.

La sélection des fournisseurs et des produits (IVD et/ou consommables) est sous réserve d'approbation de qualité et de spécifications ainsi que de compatibilité (entre autres vitesse de la ligne) avec les autres instruments et consommables sélectionnés ».

L'annexe 2 à laquelle il est fait référence, intitulée « *Annex 2 : Technical specifications* : ''COVID19-1022 01'' », est libellée comme suit :

« *Requested specifications :*

As part of the development of "High Troughput qPCR" test lines for the detection of COVID-19 from tubes containing a swab, this contract is for the purchase of

- *RT-q-PCR tests kits for qualitative & quantitative detection of COVID-19 nucleïd acids*
  With the following and/or equivalent/similar technical specifications
- *Start of delivery only once validation by Belgian testing platform bis laboratory has been completed (specific lab validation authorized)*

Base specification

Specifications for the RT-q-PCR monovalent kits for a second Public Tender:

1. *The SARS-CoV-2 real-time (RT) PCR kit should allow a semi-quantitative detection and reporting of SARS-CoV-2 nucleic acids in the upper and lower respiratory tract. The kit must be able to detect only SARS-CoV-2, multiplex kits also targeting other respiratory viruses are excluded. To control for each step of the analytical procedure, an internal control should be included during the entire reaction. We ask the supplier to provide information regarding the type of internal control (e.g. endogenous (Housekeeping genes,..) VS exogenous (plasmid, RNA-transcript, virion,...))*
2. *The kit should be compatible with all current standard specimen types (such as nasopharyngeal and oropharyngeal swabs, tracheal aspirates, bronchoalveolar lavage and saliva) that health care professionals use to sample persons suspected with COVID-19.*
3. *The presence of SARS-CoV-2 needs to be evaluated by the detection of a specific target in the SARS-CoV-2 genome (to be specified by the supplier). The kit must be able to detect two or more different SARS-CoV-2 target genes, kits detecting only one gene or multiple targets of*

one gene are excluded. A combination of genes encoding non-structural and structural proteins is considered to be a benefit.

4. *The kit and device should be compatible with lysis tubes pre-filled with nucleic acid preservation reagent (InActiv Blue and potentially equivalent virus inactivation liquids) to allow safe handling of the samples and a high turnover of tests.*
5. *The kit should be compatible with the flow, equipment and software currently used at the federal testing platforms to perform a SARS-CoV-2 PCR (thermocyclers and extraction robots of Thermofisher and Quantstudio and FastFinder UgenTec respectively). We ask the supplier to present proof of this compatibility in a validation report. In case additional plug-ins are required to meet the functionality of the FastFinder software, the associated costs will be charged to the supplier.*
6. *The supplier should be able to guarantee a constant flow of the manufacturing process to deliver a large number of kits on a regular basis, including all reagents and accessories during the entire period of the contract.*
7. *The product must comply with Directive 98/79/ EC transposed into the Royal Decree of November 14, 2001 on in vitro diagnostic medical devices. Therefore, documents such as the declaration of conformity, copy of packaging and user manual must meet the essential requirements of Annex I of the above legislation. The product must be CE marked. If the appliance does not comply, a deviation must be requested from the FAHMP, which will assess the application.*
8. *The supplier should be able to present a detailed report of all validation experiments that have been performed for the respective SARS-CoV-2 RT PCR kit. Supplier must provide the exact protocol used in these validation experiments, as this will be used in the validation experiments to evaluate the RT-q-PCR kit.*
9. *The kit should allow a high throughput of samples with ready-to-use reagents that minimize hands-on-time and reduce the chance to introduce technical errors.*
10. *The supplier will be asked to ship 3 individual shipments of RT-q-PCR kits (including controls) to the National Reference Center at UZ Leuven, with at least the number of reactions indicated below:*

    1. *Federal testing lab 1: kit for at least 200 reactions*
    2. *Federal testing lab 2: kit for at least 200 reactions*
    3. *Federal testing lab 3: kit for at least 200 reactions*

    As these kits will be distributed to three different federal testing platforms that participate in the evaluation process, it is crucial to deliver three individual shipments. An extensive validation panel will be used to thoroughly validate the performance of the RT-q-PCR kit of the supplier.

<u>Technical validation criteria</u> : 30% of all criteria

a. Number of different SARS-CoV-2 genes analysed by RT-q-PCR kits : (10 points)

i. 2 target genes: 5 points

ii.3 or more target genes: 10 points

b. RT-q-PCR kits test specificity : (go/ no-go)

i. Specificity of the kit will be verified by testing SARS-CoV-2 negative samples, which tested positive for other coronaviruses and/or other respiratory pathogens:

o If any sample described above tests positive (confirmation by at least 2 labs) : exclusion

c. RT-q-PCR kits test sensitivity : (10 points)

i. Based on limit of detection (LOD)

ii.Proposed cut-off for weak positive samples is 1000 copies/ml

iii. Quantified sample with 110 copies/ml should be positive :

- *If negative: 0 points*
- *If positive: 5 points*
- *If also positive for 11 copies/ml: 10 points*

d. Overall performance: (10 points)

RT-q-PCR kits are preferred if, compared to other participants, they :

i. *Have high user-friendliness*
ii. *Have a low amount of components to be mixed*
iii. *Have a shorter length of PCR program*
iv. *Have a high reproducibility*
v. *Have a low amount of inhibition*
vi. *Have a long shelf life*
vii. *If the number of invalid results for an RT-q-PCR kit is more than 2SD compared to the total group of samples tested with all participating RT- q-PCR kits tested ➔ exclusion* ».

3. La requérante introduit son offre par voie électronique le 28 février 2022.

4. Selon le procès-verbal d'ouverture des offres, huit autres soumissionnaires en déposent également une.

5. Il ressort du dossier administratif et de la note d'observations qu'un rapport d'attribution est établi le 21 juin 2022. Selon celui-ci, l'offre de la requérante n'a pas été retenue et il propose d'attribuer le marché « selon le principe de cascade à 1) Life Technologies Europe BV [et] 2) A. ».

Il n'est pas contesté que ce rapport d'attribution n'a pas été communiqué à la requérante.

6. Par un courrier daté du 4 juillet 2022, que la requérante indique - sans être contredite par la partie adverse - avoir reçu le 19 juillet suivant uniquement par voie postale et pas par voie électronique, la partie adverse l'informe que son offre a

été soumise à un examen approfondi et qu'elle « ne remplit pas les conditions de sélection ». Elle joint en annexe « les motifs de la non-sélection sous forme d'un extrait de la décision motivée », qui se présentent comme suit :

« Critère de sélection relatif aux moyens financiers du soumissionnaire.

Le soumissionnaire ou son représentant légal doit avoir réalisé au cours des trois derniers exercices un chiffre d'affaires total au moins égal à cent millions (100.000.000) euros. Il joindra à titre de document justificatif une déclaration relative au chiffre d'affaires total réalisé pendant les trois derniers exercices, à moins que le chiffre d'affaires total soit mentionné dans les comptes annuels approuvés qui peuvent être consultés via le guichet électronique (il s'agit des comptes annuels déposés auprès de la Banque Nationale de Belgique, libellés selon le schéma comptable complet, ou selon le schéma comptable raccourci dans lequel la mention facultative du chiffre d'affaires total réalisé a été complétée).

Procomcure Biotech GmbH
2022 (plan) : 25.000 euros
2021 : 28.270.103 euros
2020 : 24.071.890 euros

➔ Procomcure Biotech GmbH n'a pas réalisé un chiffre d'affaires total de 100.000.000 EUR au cours des trois derniers exercices

Critères techniques

L'échantillon de Procomcure a aussi été testés [sic], même s'il ne répondait pas au critère de sélection financier.
Procomcure ne passe pas le critère technique pour les raisons suivantes : *Invalid positive control* (se référant au point vii de la spécification technique : "*If the number of invalid results for an RT-q-PCR kit is more than 2SD compared to the total group of samples tested with all participating RT-q-PCR kits tested → exclusion*"), taux de reproductibilité le plus bas des candidats représentés et manque de références sur performance historique du kit ».

Il s'agit du premier acte attaqué.

7. Le 7 juillet 2022, la partie adverse considère que « la justification et la décision prises dans le rapport d'attribution susmentionné sont pleinement approuvées », et attribue le marché litigieux à Life Technologies Europe BV et à A..

Cette décision constitue le second acte attaqué.

IV. Intervention

Par une requête datée du 4 août 2022 et déposée à l'audience, la société de droit néerlandais Life Technologies Europe demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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. Recevabilité

V.1.Thèse des parties

La requérante explique qu'elle a déposé une offre pour le marché litigieux, que celle-ci a tout d'abord été écartée parce qu'elle ne satisfaisait pas au critère de sélection relatif à ses moyens financiers - qu'elle indique contester à l'appui du quatrième moyen -, et que c'est « pour tenter probablement de se prémunir d'un recours » (requête, §35) que l'acte attaqué précise que son échantillon « a aussi été testé même s'il ne répondait pas audit critère de sélection ». Elle fait valoir qu'elle a été indûment privée de la chance de concourir dans le cadre dudit marché en vertu d'une décision irrégulière à plusieurs titres au regard de moyens qu'elle développe. Elle en conclut qu'elle dispose assurément d'un intérêt à contester la régularité de l'acte attaqué et que son intérêt est d'autant plus évident que, dès lors qu'elle a, selon elle, vraisemblablement remis le prix le plus bas, elle aurait nécessairement été classée en ordre utile pour remporter le marché ou, à tout le moins, bénéficier du contrat en cascade.

La partie adverse ne conteste pas la recevabilité de la requête. L'intervenante indique quant à elle que la requérante n'a pas intérêt au recours « dans la mesure où votre Conseil considère qu'uniquement le deuxième moyen est sérieux ».

V.2. Appréciation

La recevabilité du recours touchant à l'ordre public, elle doit être examinée d'office.

Les articles 14 et 15 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' (ci-après : « la loi recours »), disposent comme suit :

« Art. 14. À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession 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 de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;

2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;

3° les documents du marché ou de la concession.

Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'Etat, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;

2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 24, la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites devant le Conseil d'Etat, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé.

L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1er ou, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation visée à l'article 14 ou séparément ».

Ces dispositions correspondent aux article 65/14 et 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services', tel qu'ils ont été insérés par l'article 2 de la loi du 23 décembre 2009 'introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services', laquelle « est à l'origine » (C. const., 26 novembre 2020, n° 157/2020, B.4.2) de la loi recours qui « reprend, en les adaptant techniquement sans autre modification de fond, les dispositions du livre II*bis* de la loi du 24 décembre 1993 » (*Doc. parl*. Ch., session 2012-2013, Développements, n° 53-2752/001, p. 3). Dès lors que l'article 14 de la loi recours reprend, sans le modifier, l'article 65/14 de la loi du 24 décembre 1993 tel qu'il a été inséré par la loi du 23 décembre 2009 (*Doc. parl*. Ch., session 2012-2013, Commentaire des articles, n° 53-2752/001, p. 14), les travaux préparatoires de celle-ci peuvent être examinés pour appréhender la *ratio legis* de cette disposition. Selon ceux-ci :

« Cette disposition est destinée à conférer à l'instance de recours une compétence générale afin d'annuler des actes violant un certain nombre de normes. La notion de "personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée" se veut suffisamment étendue, à l'instar de l'article 1er, § 3, des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE, afin de parer aux difficultés qui pourraient résulter de l'application stricte de la notion d'intérêt au sens des articles 17 du Code judiciaire et 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. En effet, ces dispositions pourraient être interprétées comme ne permettant pas l'accès à l'instance de recours de personnes qui n'auraient pas été contactées ou informées de l'existence d'une procédure de passation. […] » (*Doc. parl.*, Chambre, sess. 2009-2010, commentaire des articles, n° 52-2276/001, p. 28).

Si les travaux préparatoires proscrivent ainsi une « application stricte » de la notion d'intérêt au sens de l'article 19 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 (ci-après : les lois coordonnées) qui aurait pour effet d'empêcher des personnes qui n'auraient pas été contactées ou informées de l'existence d'une procédure de passation de saisir le Conseil d'État, il ne peut *prima facie* être raisonnablement considéré, et il n'est pas ailleurs pas soutenu en l'espèce, que les articles 14 et 15 de la loi recours, leurs travaux préparatoires ou les directives qu'ils transposent consacreraient, d'une quelconque manière, la recevabilité de l'action populaire que, selon la Cour constitutionnelle, l'article 19 des lois coordonnées a précisément pour objet de ne pas permettre (C. const., 9 juillet 2020, n° 105/2020, B.9.2 ; C. const., 30 septembre 2010, n° 109/2010, B.4). *Prima facie*, le législateur du 23 décembre 2009 ne semble pas davantage exclure automatiquement du contentieux des marchés publics toute application de l'article 19 des lois coordonnées. Les travaux préparatoires précisent en effet, par exemple lorsque l'adjudicateur n'a pas communiqué les motifs de sa non-sélection à un candidat avant que la décision d'attribution ne soit communiquée au soumissionnaire retenu (loi recours, art. 2, 3°), hypothèse - non rencontrée en l'espèce - précisément visée par les notions d'« intérêt » et de « lésion » reprises à l'article 14 (*Doc. parl.*, Chambre, sess. 2009-2010, commentaire des articles, n° 52-2276/001, p. 9), que ce candidat concerné « répond à la définition 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" […]. Il pourra donc se prévaloir d'un intérêt (au sens de l'article 17 du Code judiciaire et de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État) et pourra diriger un recours contre cet acte et contre la décision d'attribution » (*ibid.*).

La loi ne définit pas l'« intérêt » au sens de l'article 19 des lois coordonnées, le législateur ayant laissé au Conseil d'État le soin de préciser le contenu de cette notion (*Doc. parl.*, Chambre, 1936-1937, n° 211, p. 34, et n° 299, p. 18). Selon l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État, et la jurisprudence constante, l'exigence d'un intérêt à agir vise à

assurer la sécurité juridique et une bonne administration de la justice, et une partie requérante dispose de l'intérêt requis en droit si deux conditions sont remplies : tout d'abord, l'acte administratif attaqué doit lui causer un préjudice personnel, direct, certain, actuel et lésant un intérêt légitime. Ensuite, l'annulation de cet acte qui interviendrait éventuellement doit lui procurer un avantage direct et personnel, si minime fût-il (C.E. (A.G.), arrêts n° 243.406 du 15 janvier 2019 (§9) et n° 244.015 du 22 mars 2019 (§§ 7 et 8)). Selon la même assemblée générale, « l'intérêt d'un requérant à attaquer devant le Conseil d'État une décision d'attribution d'un marché public consiste idéalement à retrouver au moins une chance de se le voir attribuer et de l'exécuter lui-même » (C.E. (A.G.), 2 décembre 2005, n^{os} 152.172 et 152.174).

En l'espèce, il ressort du premier acte attaqué que la partie adverse a d'abord considéré, dans un premier motif, que la requérante ne remplissait pas la condition de sélection relative à ses moyens financiers dans la mesure où elle « n'a pas réalisé un chiffre d'affaires total de 100.000.000 EUR au cours des trois derniers exercices », et qu'elle a, néanmoins mais subsidiairement, précisé dans un second motif que l'un des « critères techniques » n'était pas davantage rencontré. Elle a ainsi indiqué, dans un *instumentum* unique, d'abord que la requérante n'était pas sélectionnée et, ensuite, qu'elle ne remplissait pas les « critères techniques ». Le caractère subsidiaire, voire surabondant, de ce second motif ressort clairement :

- de la notification du premier acte attaqué qui confirme sans ambiguïté que l'offre de la requérante ne remplit pas « les conditions de sélection » et lui communique « les motifs de la non-sélection sous forme d'un extrait de la décision motivée »,
- dudit premier acte attaqué qui précise que l'échantillon de l'offre de la requérante a aussi été testé « même s'il ne répondait pas au critère de sélection financier »,
- et du rapport d'attribution qui relève que « seuls [l'intervenante] & A. (au travers de D.) répondent [au] critère de sélection relatif aux moyens financiers du soumissionnaire » et « N.B. : les échantillons de P. E. & [l'intervenante] ont aussi été testés même s'ils ne passaient pas finalement les critères de sélection (financiers) » (pages 5 et 9).

À l'appui de sa requête, la requérante reconnaît ainsi que son offre « a tout d'abord été écartée » parce qu'elle ne satisfaisait pas au critère de sélection relatif aux moyens financiers (requête, §33), mais que son échantillon a aussi été testé même s'il ne répondait pas au critère de sélection financier, comme l'indique « la notification de la décision de non-sélection » (§35).

Nonobstant la dualité de ses motifs, le premier acte attaqué consacre donc d'abord la non-sélection de la requérante au regard de ses moyens financiers et, ensuite et subsidiairement, le fait qu'elle ne répond pas aux « critères techniques ». Si cette façon de procéder paraît peu orthodoxe au regard de l'article 8, §1er, 1° à 3°,

de la loi recours - qui impose à la partie adverse, dès qu'elle a pris sa décision d'attribution motivée, de communiquer les motifs de sa non-sélection à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de son éviction à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière ou non conforme, et ladite décision motivée à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie -, le Conseil d'État n'aperçoit pas, dans le cadre d'un examen en extrême urgence, et il n'est au demeurant nullement soutenu, en quoi cette dualité de motifs portant sur des opérations distinctes dans un *instrumentum* unique serait irrégulière.

Quoi qu'il en soit, et comme le relève pertinemment l'auditeur rapporteur à l'audience, cette disposition renvoie aux différentes étapes et à l'ordre chronologique, et éliminatoire, dans lequel l'examen des offres doit se dérouler. La loi du 17 juin 2016 'sur les marchés publics' stipule en effet clairement que les marchés publics sont attribués pour autant que le pouvoir adjudicateur ait vérifié que l'offre est conforme aux critères énoncés dans les documents du marché et provient d'un soumissionnaire qui répond aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur (art. 66, §1er, 1° et 2°). L'autorité est donc tenue de vérifier, d'abord, des critères de sélection qualitative, ensuite la régularité des offres et, enfin, de comparer les offres sur base des critères d'attribution.

En l'espèce, le cahier spécial des charges confirme dès lors expressément que le marché litigieux ne peut être attribué « que lorsque l'offre provient d'un soumissionnaire […] qui répond aux critères de sélection établis dans ces documents du marché » (prescription 11.1, alinéa 1er). Il s'ensuit que le prix le plus bas dont excipe la requérante pour justifier son intérêt (requête, §40) ne pourrait pas lui permettre d'avoir une chance d'obtenir ce marché si elle ne respecte pas avant tout les deux critères de sélection qualitative imposés par le cahier spécial des charges, et plus spécifiquement celui relatif aux moyens financiers (prescription 11.1.2.1) dénoncé par le premier motif du premier acte attaqué dès lors qu'il ressort du rapport d'attribution du 21 juin 2022 qu'à l'instar de la plupart des autres soumissionnaires, la requérante remplit les quatre critères de sélection se rapportant à la compétence technique (prescription 11.1.2.2).

Dans un tel contexte, il apparaît que la requérante ne retirerait aucun avantage de la suspension des actes attaqués si l'irrégularité alléguée du seuil de 100 millions d'euros qui fonde le premier motif de sa non-sélection n'est pas préalablement établie. À défaut d'une telle démonstration, elle n'aurait pas intérêt au recours dès lors qu'elle n'aurait aucune chance d'obtenir le marché litigieux.

Compte tenu de l'examen nécessairement sommaire qui s'impose au Conseil d'État dans le cadre d'une procédure en extrême urgence, cette conclusion

ne paraît pas, *prima facie*, cristalliser l'« application stricte » de l'article 19 des lois coordonnées que le législateur entendait éviter en adoptant l'article 14 de la loi recours.

Il ressort de ce qui précède que la recevabilité du recours est liée au fond, et plus particulièrement à l'examen du quatrième moyen qui, comme le précise la requête (§§34 et 72), dénonce précisément la régularité du seuil financier ainsi retenu par le premier motif du premier acte attaqué. Il ressort en revanche du troisième moyen que celui-ci ne critique pas la motivation formelle dudit motif, que la requérante estime « raisonnablement compréhensible » (§72).

VI. Quatrième moyen

VI.1. Thèse des parties

Le moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics, de l'article 67 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, et « des principes d'égalité, de non-discrimination, de transparence, de proportionnalité et de sécurité juridique ».

La requérante rappelle la portée des principes d'égalité et de non-discrimination et la jurisprudence y afférente, cite l'article 67, §3, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et le rapport au Roi qui le précède, et indique qu'elle est recevable à critiquer la légalité du cahier spécial des charges sur lequel se fonde les actes attaqués. Elle cite le critère de sélection retenu par ce dernier pour les moyens financiers exigés dans le chef des soumissionnaires au cours des trois derniers exercices (chiffre d'affaires de 100 millions d'euros) et en conclut que, pour simplement pouvoir participer au marché, ceux-ci doivent avoir un chiffre d'affaires annuel moyen de 33 millions d'euros. Elle considère que la valeur estimée du marché peut être déduite de sa propre offre en tenant compte, conformément à l'article 7 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, des quantités fermes sollicitées par le pouvoir adjudicateur (1 million de tests) et des options (11 millions de tests). Dès lors qu'elle a proposé 850.272 euros pour 1 million de tests, elle multiplie ce montant par 12 pour aboutir à 10.203.264 euros et conclut que le chiffre d'affaires annuel moyen imposé par le cahier spécial des charges correspond à plus du triple de la valeur totale du marché alors qu'aucune justification ne figure dans les documents du marché. Elle ajoute que le seuil de 100 millions est en tout état de cause contraire à l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 « en ce qu'il est manifestement disproportionné eu égard tant à l'objet du marché (fourniture de maximum 12

millions de tests) qu'à sa durée (8 mois) ». Elle estime que ce seuil n'a pas pour but de permettre à la partie adverse de s'assurer de la bonne exécution du marché mais tend ou à tout le moins conduit « de toute évidence à restreindre indûment la concurrence en favorisant les entreprises bien établies du secteur, ce aux dépens des PME européennes ». Selon elle, ce seuil de sélection est d'autant plus prohibitif et irrégulier qu'il s'écarte de l'attitude adoptée par la partie adverse dans des marchés récents. Elle se réfère à un marché récent portant sur la fourniture de kits consommables d'extraction ARN dans le cadre de la pandémie Covid-19 pour une quantité de produits identique (maximum 12 millions de kits), une durée équivalente (8 mois) et une valeur estimée similaire (8.282.649,2 euros) et pour lequel le seuil de sélection relatif à la capacité financière n'était que de 20 millions d'euros. Elle observe que la partie adverse « ne s'explique nullement sur la raison de ce changement d'attitude » et que rien ne justifie cette différence de traitement. Elle en conclut que les illégalités du seuil de sélection relatifs aux moyens financiers repris dans le cahier spécial des charges affectent de la même manière les actes attaqués.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Il résulte du moyen que la requérante ne conteste pas le calcul effectué par la partie adverse pour considérer qu'elle se trouve en-dessous de ce seuil de 100 millions d'euros, mais uniquement le montant de ce dernier.

En vertu de l'article 2, § 1er, 3°, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, la requête contient « un exposé […] des moyens ». Selon la jurisprudence constante, le moyen, au sens de cette disposition, consiste en l'indication d'une irrégularité qui doit, selon la partie requérante, entraîner l'annulation de l'acte attaqué, ce qui implique que le moyen expose non seulement la règle de droit dont la violation est invoquée mais aussi, de façon claire et sans ambiguïté, la manière dont elle aurait été concrètement enfreinte. En l'espèce, la requérante, s'abstient d'expliquer - et le Conseil d'Etat n'aperçoit *prima facie* pas - en quoi consisteraient le principe de « transparence » et sa violation alléguée, et elle reste également en défaut d'exposer, et *a fortiori* d'établir, dans quelle mesure le principe de sécurité juridique aurait été méconnu par les actes attaqués. Le moyen est, partant, irrecevable en ce qu'il invoque la violation desdits principes.

L'article 4, alinéa 1er, de la loi précitée du 17 juin 2016 stipule que « les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée […] ».

L’article 71 de la même loi prescrit :

« Art. 71. Le ou les critères de sélection peuvent avoir trait :
1° à l’aptitude à exercer l’activité professionnelle ; et/ou
2° à la capacité économique et financière ; et/ou
3° aux capacités techniques et professionnelles.
Le pouvoir adjudicateur ne peut imposer d’autres critères que ceux susvisés comme conditions de participation aux candidats et aux soumissionnaires. Ils limitent ces conditions à celles qui sont propres à garantir qu’un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Toutes les conditions sont liées et proportionnées à l’objet du marché.
Le Roi précise les modalités relatives à la fixation de ces conditions ».

L’article 67 de l’arrêté royal du 18 avril 2017 ‘relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques’ est libellé comme suit :

« Art. 67. § 1er. En ce qui concerne la capacité économique et financière, le pouvoir adjudicateur peut imposer aux opérateurs économiques des conditions garantissant que ceux-ci possèdent la capacité économique et financière nécessaire pour exécuter le marché.
La preuve de la capacité économique et financière de l’opérateur économique peut, en règle générale, être apportée par un ou plusieurs des éléments de références suivants :
1° la présentation d’états financiers ou d’extraits d’états financiers, dans les cas où la publication d’états financiers est prescrite par la législation du pays dans lequel l’opérateur économique est établi ;
2° la déclaration concernant le chiffre d’affaires global de l’entreprise et, le cas échéant, le chiffre d’affaires du domaine d’activités faisant l’objet du marché, portant au maximum sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l’entreprise ou du début d’activités de l’opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d’affaires sont disponibles ;
3° la preuve d’une assurance des risques professionnels ou, le cas échéant, une déclaration bancaire.
Toutefois, si pour une raison justifiée, l’opérateur économique n’est pas en mesure de produire les éléments de référence demandés par le pouvoir adjudicateur, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document. Il appartient au pouvoir adjudicateur d’apprécier le caractère approprié ou non du document présenté.
§ 2. Pour ce qui concerne la présentation d’états financiers ou d’extraits d’états financiers visée au paragraphe 1er, alinéa 2, 1°, le pouvoir adjudicateur peut exiger que les opérateurs économiques fournissent des informations sur leurs comptes annuels indiquant le rapport, notamment entre les éléments d’actif et de passif. Le ratio, entre les éléments d’actif et de passif peut être pris en compte lorsque le pouvoir adjudicateur précise les méthodes et les critères à cet effet dans les documents du marché. Ces méthodes et critères sont transparents, objectifs et non discriminatoires.
§ 3. Pour ce qui concerne la déclaration relative au chiffre d’affaires visée au paragraphe 1er, alinéa 2, 2°, le pouvoir adjudicateur peut exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d’affaires annuel minimal donné, notamment dans le domaine concerné par le marché.
Le chiffre d’affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser ne dépasse pas le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures. Le pouvoir adjudicateur indique les principales raisons justifiant une telle exigence dans les documents du marché ou les informations à conserver visées à l’article 164, § 1er, de la loi.

Lorsque des marchés fondés sur un accord-cadre sont attribués totalement ou partiellement à la suite d'une remise en concurrence conformément à l'article 43, § 5, 2° ou 3°, de la loi, l'exigence minimale en termes de chiffre d'affaires annuel est calculée sur la base de la taille maximale prévue des marchés spécifiques qui seront exécutés en même temps ou, si cette dernière n'est pas connue, sur la base de la valeur estimée de l'accord-cadre.
Dans le cas des systèmes d'acquisition dynamiques, l'exigence maximale en termes de chiffre d'affaires annuel est calculée sur la base de la taille maximale prévue des marchés spécifiques devant être attribués dans le cadre desdits systèmes.
§ 4. Pour ce qui concerne la preuve d'une assurance des risques professionnels visée au paragraphe 1er, alinéa 2, 3°, le pouvoir adjudicateur peut exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels.
Lorsqu'il est recouru à la déclaration bancaire visée au paragraphe 1er, alinéa 2, 3°, le modèle prévu à l'annexe 11 doit être utilisé.
§ 5. Lorsqu'un marché est divisé en lots, le présent article s'applique à chacun des lots. Cependant, le pouvoir adjudicateur peut fixer le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser pour des groupes de lots, dans l'éventualité où le soumissionnaire choisi se verrait attribuer plusieurs lots à exécuter en même temps ».

En l'espèce, le critère de sélection 11.1.2.1 relatif aux « moyens financiers du soumissionnaire » est libellé en ces termes :

« Le soumissionnaire ou son représentant légal doit avoir réalisé au cours des trois derniers exercices un chiffre d'affaires total au moins égal à cent millions (100.000.000) euros. Il joindra à titre de document justificatif une déclaration relative au chiffre d'affaires total réalisé pendant les trois derniers exercices, à moins que le chiffre d'affaires total soit mentionné dans les comptes annuels approuvés qui peuvent être consultés *via* le guichet électronique (il s'agit des comptes annuels déposés auprès de la Banque Nationale de Belgique, libellés selon le schéma comptable complet, ou selon le schéma comptable raccourci dans lequel la mention facultative du chiffre d'affaires total réalisé a été complétée) ».

L'exigence d'un critère de sélection fondé sur la capacité économique et financière du soumissionnaire est expressément autorisée par l'article 71, 2°, de la loi du 17 juin 2016. Il ressort du dossier administratif, et en particulier de la note au Conseil des ministres du 27 janvier 2022, que le marché litigieux s'intègre dans le « lancement de cinq marchés publics pour l'acquisition de composants IVD (‘*in vitro diagnostics*') », dont l'impact budgétaire est estimé à 95.605.000 euros. Parmi ces différents marchés, le marché litigieux est estimé à un montant, options comprises et hors « budget extension », de 63.600.000 euros, non contesté par la requérante. Conformément à l'article 67, §3, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le seuil imposé pour déterminer la capacité financière des soumissionnaires au regard de leur chiffre d'affaires annuel ne peut dépasser le double de la valeur estimée du marché, soit en l'espèce 127.200.000 euros. En imposant aux soumissionnaires, comme critère de sélection relatif aux moyens financiers, d'avoir réalisé « au cours des trois derniers exercices un chiffre d'affaires total au moins égal à 100.000.000 euros », la partie adverse n'a donc pas méconnu cette disposition. La requérante reste par ailleurs en défaut d'exposer, et *a fortiori*

d'établir, en quoi ce montant estimé par la partie adverse serait manifestement disproportionné ou déraisonnable. La comparaison qu'elle suggère avec l'autre des cinq marchés précités ne peut davantage être retenue dès lors qu'il a un objet spécifique tout à fait différent du marché litigieux et ne peut, partant, y être comparé sur la base des articles 10 et 11 de la Constitution. Enfin, il n'y a pas lieu d'avoir égard aux arguments nouvellement développés à l'audience dès lors qu'ils ne figurent pas dans la requête et s'avèrent, partant, tardifs et irrecevables.

Le quatrième moyen n'est, *prima facie*, pas sérieux.

L'irrégularité du critère de sélection 11.1.2.1 qui impose un chiffre d'affaires de 100 millions d'euros au cours des trois derniers exercices n'est, partant, pas établie et, à défaut pour la requérante de respecter ledit critère de sélection, le marché litigieux ne peut, en vertu de la prescription 11.1, alinéa 1er, du cahier spécial des charges, pas lui être attribué.

Le recours est, *prima facie*, irrecevable à défaut d'intérêt.

VII. Confidentialité

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.

Par ailleurs, la partie adverse dépose en outre l'offre de la requérante en pièce 5 du dossier administratif sans toutefois solliciter qu'elle demeure confidentielle.

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 convient également d'ordonner la confidentialité de cette pièce 5 du dossier administratif.

VIII. Dépens

La partie adverse demande que les dépens soient mis « à charge de la partie requérante, en ce compris une indemnité de procédure au taux de base (770,00€) ».

En raison du rejet de la demande de suspension d'extrême urgence, il y a lieu d'accorder à la partie adverse une indemnité de procédure de 770 euros.

Pour la même raison, il convient de mette les autres dépens à la charge de la partie requérante, à l'exception de ceux relatifs à l'intervention qui sont laissés à la charge de l'intervenante.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société de droit néerlandais Life Technologies Europe est accueillie.

Article 2.

La requête est rejetée.

Article 3.

Les pièces 3.1 à 3.6 et 6 du dossier de la requérante et les pièces 5, 9 et 10 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties adverse et intervenante qui n'ont pas choisi la procédure électronique.

Article 6.

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

La partie requérante supporte les autres dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 22 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^{e} chambre des vacations siégeant en référé, le 9 août 2022 par :

Frédéric Gosselin,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
Vincent Durieux	Frédéric Gosselin