

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 255.182 du 5 décembre 2022

A. 237.591/VI-22.443

En cause : **la société anonyme OCTAPHARMA BENELUX**,
ayant élu domicile chez
M^e Sarah BEN MESSAOUD, avocat,
boulevard Louis Schmidt 56
1040 Bruxelles,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée
CENTRE HOSPITALIER RÉGIONAL DE VERVIERS,
ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR et Flore VERHOEVEN, avocats,
chaussée de la Hulpe 178
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 novembre 2022, la SA Octapharma Benelux demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la “décision motivée” du Centre hospitalier régional de Verviers du 6 septembre 2022 d'attribuer le lot n° 2 du marché public de fourniture ayant pour objet la “fourniture de concentré de complexe prothrombinique et de fibrinogène humain” (réf. : PO/CHRV2022/Pharma/004) à la société CSL Behring NV» ainsi que de « la décision de ne pas attribuer le marché susvisé à la partie requérante ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 3 novembre 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 23 novembre 2022.

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

M^e Sarah Ben Messaoud, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Flore Verhoeven, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M^{me} Esther Rombaux, auditeur adjoint 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

Selon la relation qu'en donne la partie requérante, les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme il suit :

« I. EXPOSÉ DES FAITS

A. La partie requérante

1. La partie requérante, Octapharma, est une entreprise dont la maison-mère est située à Lachen, en Suisse, qui se concentre sur trois domaines thérapeutiques : l'hématologie, l'immunothérapie et les soins intensifs. Dans ces domaines, la requérante fournit des médicaments à des hôpitaux, y compris dans le cadre de marchés publics.

B. Faits pertinents

2. Dans ce contexte, la requérante a pris part à la procédure de passation du marché lancé par le Centre hospitalier de Verviers ("CHR"), lequel a publié, le 30 mai 2022, un avis de marché concernant la fourniture de concentré de complexe prothrombinique et de fibrinogène humain, lequel portait la référence "PO/CHRV2022/Pharma/004" (le "Marché") pour un montant global de 854.250,00 euros hors TVA à attribuer selon la procédure ouverte.
3. Le Marché était divisé en deux lots : le premier concernait la fourniture de complexe prothrombinique (lot n°1) tandis que le deuxième concernait la fourniture de fibrinogène humain (lot n°2).
4. Le 30 mai 2022, le CHR a publié un premier cahier des charges ("CDC1", [...]) dans lequel il a listé, sous un point II.10, trois critères d'attribution relatifs au lot n°2 : (1) le prix, (2) la qualité et (3) le service.

5. Sous le critère 2, "qualité", le CHR a listé deux sous-critères :

- Le premier (2.1) concernait la “durée de stabilité physico-chimique après reconstitution”;
- Le deuxième (2.2) concernait la “facilité d’utilisation pour l’administration [du produit]”.

Sous le critère 3, “service”, le CHR a listé deux sous-critères :

- Le premier (3.1) concernait le “crédit des périmés”;
- Le deuxième (3.2) concernait la “passation des commandes urgentes”.

6. Comme tous les critères et sous-critères du CDC1, ces critères et leurs sous-critères étaient chacun sujets d’une cotation dont l’ensemble totalisait, apparemment, cent points.

7. À cet égard, dans un encadré qui jouxtait l’intitulé de chaque critère, le CHR a détaillé les cotes respectives de ceux-ci :

- À côté du critère 2 “qualité” était indiquée une cotation de vingt ;
- À côté du critère 3 “service” était indiquée une cotation de dix.

8. De la même manière :

- À côté du sous-critère 2.1 était indiquée une cotation de dix ;
- À côté du sous-critère 2.2 était indiqué une cotation de dix.
- À côté du sous-critère 3.1 était indiquée une cotation de cinq ;
- À côté du sous-critère 3.2 était indiquée une cotation de cinq.

9. Cependant, dans chaque rubrique explicative de chacun des sous-critères était fait mention de cotations différentes :

- Sous le sous-critère 2.1 était indiquée une cotation de cinq, de même que sous le sous-critère 2.2, ce qui aurait donné une cotation de dix pour le critère 2 ;
- Sous le sous-critère 3.1 était indiquée une cotation de dix, de même que sous le sous-critère 3.2 où était indiquée une cotation de deux fois cinq, soit dix, ce qui aurait donné une cotation de vingt pour le critère 3.

10. La cotation figurant dans les quatre rubriques explicatives susvisées était reflétée dans la formule devant servir à calculer les points devant être attribués aux soumissionnaires n’ayant pas remis la meilleure offre quant au sous-critère en question.

11. Pour plus de clarté, l’extrait du CDC1 est reproduit ci-dessous (à cheval sur les pages 11 et 12 du CDC1).

2	Qualité	20
2.1	Durée de stabilité physico-chimique après reconstitution	10
	<i>Durée de stabilité physico-chimique, en heures, entre 15 et 25°C après reconstitution, 5 points seront attribués au soumissionnaire qui propose la durée la plus élevée. Le score des autres soumissionnaires sera calculé comme suit : 5 * (durée de l'offre/durée la plus élevée) Des ex-aequo sont possibles.</i>	
2.2	Facilité d'utilisation pour l'administration	10
	<i>Dans les situations d'urgences où le taux de fibrinogène n'est pas connu et pour un patient de 70 kg, quelle est la quantité recommandée (en milligrammes) à administrer ?</i>	
	<i>Le soumissionnaire qui propose un produit qui permet l'administration la plus faible (en milligrammes) obtient 5 points</i>	

P. 11

CHR VERVIERS

PROVINCE DE LIÈGE

Réf.: PO/CHRV2022/Pharma/004

	<i>Le score des autres soumissionnaires sera calculé comme suit : 5 * (quantité la plus faible/quantité de l'offre) Des ex-aequo sont possibles.</i>	
3	Service	10
3.1	Crédit des périmés	5
	<i>Pour les conditionnements qui seraient à péremption chez les PAB pendant l'exécution du marché, chaque soumissionnaire propose le pourcentage de la valeur de vente du conditionnement qui serait crédité. Le score des soumissionnaires sera calculé comme suit : 10 * (Pourcentage de l'offre/100) Des ex-aequo sont possibles.</i>	
3.2	Passation des commandes urgentes	5
	<i>A) : 5 points seront attribués au soumissionnaire qui permet les livraisons urgentes sans supplément de coûts, y compris les jours non-ouvrables (Week-end et jours fériés). B) 5 points seront attribués au soumissionnaire qui permet les livraisons urgentes sans supplément de coûts, et ce uniquement les jours non-ouvrables. C) Aucun point ne sera attribué au soumissionnaire qui ne permet pas les options A ou B Des ex-aequo sont possibles. Rem : Une commande urgente est une commande dont la livraison est assurée dans les 6 heures après l'exécution de la commande.</i>	

12. Le 6 juin 2022, le CHR a publié un second cahier des charges (“CDC2”,[...]) dans lequel il a conservé les mêmes critères d’attribution mais en modifiant leurs cotations respectives, apparemment dans un but de corriger des erreurs.
13. Ainsi, alors que le sous-critère 2.1 apparaissait être coté pour dix points, la rubrique explicative de ce sous-critère a été modifiée afin de refléter cette cotation sur dix.
14. De même, les rubriques explicatives des sous-critères 3.1 et 3.2 ont été modifiées afin d’indiquer, respectivement, cinq et deux fois deux points et demi.
15. Le sous-critère 2.2, quant à lui, a été modifié comme suit : la formule devant calculer le score des soumissionnaires n’ayant pas présenté la meilleure offre indique que “le score des autres soumissionnaires sera calculé comme suit : 10* (quantité la plus faible/quantité de l’offre)” [...].
16. Le reste de la rubrique explicative n’a pas été modifié, si bien que le sous-critère 2.2 indiquait, apparemment, une cotation de dix points tandis que sa rubrique explicative indiquait que “le soumissionnaire qui propose un produit qui permet l’administration la plus faible (en milligrammes) obtient 5 points” [...].
17. Pour plus de clarté, l’extrait du CDC2 est reproduit ci-dessous (à cheval sur les pages 11 et 12 du CDC2).

2	Qualité	20
2.1	Durée de stabilité physico-chimique après reconstitution	10
	<i>Durée de stabilité physico-chimique, en heures, entre 15 et 25°C après reconstitution, 10 points seront attribués au soumissionnaire qui propose la durée la plus élevée. Le score des autres soumissionnaires sera calculé comme suit : $10 * (\text{durée de l'offre} / \text{durée la plus élevée})$ Des ex-aequo sont possibles.</i>	
2.2	Facilité d'utilisation pour l'administration	10
	<i>Dans les situations d'urgences où le taux de fibrinogène n'est pas connu et pour un patient de 70 kg, quelle est la quantité recommandée (en milligrammes) à administrer ?</i>	
	<i>Le soumissionnaire qui propose un produit qui permet l'administration la plus faible (en milligrammes) obtient 5 points</i>	

P. 11

CHR VERVIERS

PROVINCE DE LIÈGE

Réf.: PO/CHRV2022/Pharma/004

	<i>Le score des autres soumissionnaires sera calculé comme suit : 10 * (quantité la plus faible/quantité de l'offre) Des ex-aequo sont possibles.</i>	
3	Service	10
3.1	Crédit des périmés	5
	<i>Pour les conditionnements qui seraient à péremption chez les PAB pendant l'exécution du marché, chaque soumissionnaire propose le pourcentage de la valeur de vente du conditionnement qui serait crédité. Le score des soumissionnaires sera calculé comme suit : 5 * (Pourcentage de l'offre/100) Des ex-aequo sont possibles.</i>	
3.2	Passation des commandes urgentes	5
	<i>A) : 2,5 points seront attribués au soumissionnaire qui permet les livraisons urgentes sans supplément de coûts, y compris les jours non-ouvrables (Week-end et jours fériés). B) 2,5 points seront attribués au soumissionnaire qui permet les livraisons urgentes sans supplément de coûts, et ce uniquement les jours non-ouvrables. C) Aucun point ne sera attribué au soumissionnaire qui ne permet pas les options A ou B Des ex-aequo sont possibles. Rem : Une commande urgente est une commande dont la livraison est assurée dans les 6 heures après l'exécution de la commande.</i>	

18. Outre sa cotation, le sous-critère 2.2 aborde le déficit en fibrinogène d'une manière générale et ne distingue pas :

- D'une part, le déficit acquis de fibrinogène ; et
- D'autre part, le déficit congénital de fibrinogène.

Or, selon l'Institut national d'assurance maladie-invalidité ("INAMI"), le premier compte pour 91% des cas de déficits et le second pour moins de 9%.

19. Au-delà de sa cotation et de son aspect scientifique, le sous-critère 2.2 "facilité d'utilisation pour l'administration [du produit]" indiquait : "dans les situations d'urgences où le taux de fibrinogène n'est pas connu et pour un patient de 70 kg, quelle est la quantité recommandée (en milligrammes) à administrer ?".

20. Le 27 juin 2022,4 la requérante a déposé une offre relative au lot n°2 ("l'Offre",[...]). Cette offre a été déposée sur base du CDC2.

21. Au sujet du sous-critère 2.2, la requérante a indiqué ce qui suit :

“La dose et la durée du traitement de substitution dépendent de la sévérité du trouble, de l'emplacement et de l'étendue du saignement, et de l'état clinique du patient. Le taux de fibrinogène (fonctionnel) doit être déterminé afin de calculer la dose individuelle ; le nombre et la fréquence des administrations

doivent être déterminées sur une base individuelle pour chaque patient en fonction du dosage régulier du taux de fibrinogène plasmatique et du suivi continu de l'état clinique du patient, ainsi que des autres traitements de remplacement utilisés.

En cas de traitement d'un épisode de saignement, la dose doit être calculée comme suit : dose (mg/kg de poids corporel) = [Concentration cible (g/L) – concentration mesurée (g/L)] ; 0,018 (g/L par mg/kg de poids corporel).

La posologie ultérieure (dose et fréquence des injections) doit être adaptée en fonction de l'état clinique du patient et des résultats des tests de laboratoire.

La demi-vie biologique du fibrinogène est de 3 à 4 jours. Ainsi, en l'absence de consommation, un traitement répété avec le fibrinogène humain n'est habituellement pas nécessaire. Compte tenu de l'accumulation survenant en cas d'administration répétée dans un but prophylactique, la dose et la fréquence doivent être déterminées en fonction des objectifs thérapeutiques du médecin pour chaque patient particulier.

Saignements chez des patients présentant une hypo- ou afibrinogénémie congénitale : les épisodes de saignements doivent être traités en utilisant, selon qu'il convient, la formule pour les adultes/adolescents, de manière à atteindre le taux cible recommandé de fibrinogène plasmatique de 1 g/l. Ce taux doit être maintenu jusqu'à ce qu'une hémostase durable ait été obtenue.

Saignements chez des patients présentant un déficit acquis en fibrinogène : adultes : une dose de 1-2 g est généralement administrée initialement suivie de perfusions autant que nécessaire. En cas d'hémorragie sévère, par exemple au cours d'une intervention chirurgicale majeure, de grandes quantités (4-8g) de fibrinogène peuvent être nécessaires”.

22. Suite au dépôt de l'Offre par la requérante, le CHR, en la personne de M. Steve Vitoux, par un coup de téléphone du 18 août 2022, a posé à la requérante une question concernant le sous-critère 2.2 en demandant, en substance, de préciser la recommandation telle que demandée dans le sous-critère.
23. Par un email du 18 août 2022[...], la requérante a répondu que “toute recommandation de dose doit obligatoirement être conforme [aux] recommandations du [résumé des caractéristiques du produit, ‘RCP’] [...]”, ajoutant que le RCP de Fibryga indique que “La dose et la durée du traitement de substitution dépendent de la sévérité du trouble (déficit en fibrinogène), de l'emplacement et de l'étendue du saignement, et de l'état clinique du patient. Le taux de fibrinogène (fonctionnel) doit être déterminé afin de calculer la dose individuelle ; le nombre et la fréquence des administrations doivent être déterminés sur une base individuelle pour chaque patient en fonction du dosage régulier du taux de fibrinogène plasmatique et du suivi continu de l'état clinique du patient, ainsi que des autres traitements et remplacements utilisés”.
24. Considérant le RCP de Fibryga, la requérante a poursuivi en expliquant qu'il lui était donc “impossible et légalement interdit” de donner au CHR “des recommandations dans la situation dans lequel le déficit en fibrinogène n'est pas objectivé, dans des situations d'urgence non définies et donc éventuellement sans saignement”, dans le cadre de la passation du Marché. La requérante a, par ailleurs, ajouté que “dans la situation décrite, il n'y a pas d'indication d'administration de fibrinogène [...], la quantité de fibrinogène administré est donc de 0 [gramme]”. Sur base du RCP de Fibryga, la requérante a par ailleurs répondu que “pour un patient de 70kg, la quantité

minimale initiale recommandée à administrer est de 1000mg (1g – 1flacon)”, précisant que cette réponse ne vaut que pour des patients adultes présentant un déficit acquis en fibrinogène.

25. Le même jour, soit le 18 août 2022, le CHR a procédé à l’examen des offres : le Rapport d’examen des offres (le “Rapport”, [...]) est daté de ce jour-là.
26. Le lendemain, soit le 19 août 2022, le CHR, en la personne de M. Steve Vitoux, a accusé réception de la réponse de la requérante à la question du CHR [...].
27. Le Rapport, quant au lot n°2, analyse les offres qui ont été déposées par trois soumissionnaires : (i) CSL Behring NV ; (ii) CAF-DCF bvba-sprl ; et (iii) la requérante.
28. Le Rapport, quant à la cotation du sous-critère 2.2, différait encore du CDC1 et du CDC2 en ce qu’il cotait ledit sous-critère pour dix points, comprenait une rubrique explicative mentionnant une cotation de dix points ainsi qu’une formule basée sur une même cote de dix points. Comme il a été exposé plus haut, les CDC1 et CDC2 comprenaient chacun des cotes différentes.
29. La situation relative à la cotation du sous-critère 2.2 peut être résumée comme suit :

Version du critère	Cadre en haut, à droite	Rubrique explicative	Formule servant à calculer les points des autres soumissionnaires
CDC1 (30/05/22)	10 points	5 points	5 points
CDC2 (06/06/22)	10 points	5 points	10 points
Rapport (18/08/22)	10 points	10 points	10 points

30. Hormis le sous-critère 2.2, la cotation du sous-critère 2.1 et du critère 3, en ce compris ses sous-critères, correspond à la cotation telle qu’indiquée dans le CDC2, laquelle, pourtant, ne correspond pas à ce qui était indiqué dans le CDC1.
31. Outre la cotation du sous-critère 2.2, le CHR indique, dans son Rapport, pour ce même critère, que la requérante n’aurait pas fourni d’information à cet égard et lui octroie la note de 0. Par souci de clarté, le cadre relatif au sous-critère 2.2 se présente comme suit :

Critère d’attribution N° 2.2 : Facilité d’utilisation pour l’administration Appréciation sur 10 points Dans les situations d’urgences où le taux de fibrinogène n’est pas connu et pour un patient de 70 kg, quelle est la quantité recommandée (en milligrammes) à administrer ? Le soumissionnaire qui propose un produit qui permet l’administration la plus faible (en milligrammes) obtient 10 points. Le score des autres soumissionnaires sera calculé comme suit : $10 \cdot \frac{\text{quantité la plus faible}}{\text{quantité de l’offre}}$. Des ex-aequo sont possibles.			
2	CAF – DCF bvba-sprl	3500 mg	10
3	CSL BEHRING NV	$= 10 \cdot \frac{(3500/4900)}$ 4900mg	7,14
1	OCTAPHARMA Benelux SA	information non disponible	0

32. Le 6 septembre 2022, le CHR a adopté une “décision motivée” visant à attribuer le lot n°2 à une société concurrente, CSL Behring NV[...].

Il s’agit de l’acte attaqué (“Acte attaqué”).

33. À cet égard :

- Quant au sous-critère 2.2 du lot n°2, le score de 10 a été alloué à CAF-DCF bvba-sprl ; le score de 7,14 a été alloué à CSL Behring ; le score de 0 a été alloué à la requérante.
- Quant au critère 2 du lot n°2 du Marché, le score de 10,47 a été alloué à CSL Behring ; le score de 10 a été alloué à CAF-DCF bvba-sprl ; le score de 10 a été alloué à la requérante.
- Quant au lot n°2 du Marché, le score de 90,47/100 a été alloué à CSL Behring ; le score de 85,83/100 a été alloué à CAF-DCF bvba-sprl ; le score de 88,35 a été alloué à la requérante.

34. Le 14 octobre 2022, l'existence de l'Acte attaqué a été communiqué à la requérante par un courrier [...], reçu par celle-ci par email le 18 octobre 2022 [...] et par courrier recommandé le 20 octobre 2022 [...].

35. L'Acte attaqué, en tant que tel, n'a pas été communiquée à la requérante en annexe à ces notifications.

36. Le 25 octobre 2022, la requérante a contesté la validité de l'Acte Attaqué – dont elle ne disposait pas – sur la base du Rapport et des CDC1 et CDC2 au moyen d'un courrier envoyé par email et par courrier recommandé [...].

37. Le même jour, soit le 25 octobre 2022, elle a demandé, par email au CHR [...], la communication de l'Acte attaqué.

38. Le 27 octobre, l'Acte attaqué a été transmis à la requérante [...] ».

IV. Irrecevabilité du recours en tant qu'il est dirigé contre la décision implicite de ne pas attribuer le lot 2 du marché à la requérante

IV.1. Thèses des parties

La requérante sollicite notamment la suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché litigieux (deuxième acte attaqué). Elle justifie, dans sa requête, son intérêt au recours « dans la mesure où, sans les irrégularités invoquées dans le cadre du présent recours et compte tenu du faible écart dans la cotation relative au lot n° 2 du marché, elle aurait pu obtenir l'attribution dudit lot n° 2 ». Elle ajoute que « le présent recours en extrême urgence permettra d'empêcher la conclusion du contrat relatif au lot n° 2 du marché avec le soumissionnaire ayant remporté ledit lot n° 2 et [...] à la partie adverse d'abandonner le marché et de recommencer la procédure de passation de sorte que la partie requérante retrouvera une chance d'obtenir le marché ».

La partie adverse conteste la recevabilité du recours en tant qu'il est dirigé contre la décision implicite de ne pas attribuer le lot 2 du marché à la requérante, celle-ci ne démontrant d'aucune manière qu'elle devait obligatoirement se voir attribuer ce lot du marché.

À l'audience, la requérante déclare que la recevabilité de cette demande est liée à l'examen au fond du premier moyen de la requête dans lequel elle déclare soutenir que la partie adverse aurait dû coter le sous-critère d'attribution 2.2. sur 5 points (et non sur 10 points), ce qui aurait permis à son offre d'occuper la première place du classement, en sorte que le lot 2 du marché devait lui être attribué. La partie adverse renvoie à sa réponse au premier moyen de la requête, dans laquelle elle fait valoir que le sous-critère d'attribution 2.2. devait bien être coté sur 10 points.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître *ipso facto* que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite – résultant de l'attribution – de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, la requérante n'invoque pas les éléments concrets qui, eu égard à tous ceux dont il faut tenir compte dans le cadre du présent recours, permettraient d'aboutir à la constatation que l'autorité devait la désigner comme attributaire du lot 2 du marché, si les violations qu'elle dénonce – pour autant qu'elles soient établies – n'avaient pas été commises. Dans le premier moyen de la requête, elle dénonce des « erreurs et incohérences » dans la rédaction des deux versions successives du cahier des charges et le rapport d'analyse des offres, concernant notamment la cotation du sous-critère d'attribution 2.2 du lot 2 du marché. Elle explique, en substance, que ces « erreurs et incohérences » l'auraient empêchée de préparer son offre en pleine connaissance de cause, auraient faussé la comparaison des offres et violé les principes de transparence, de minutie, et d'égalité entre les soumissionnaires ainsi que le principe *patere legem quam ipse fecisti*. Elle précise que si une « erreur » est commise dans la cotation d'un critère ou sous-critère d'attribution, « la seule solution admissible semble être celle consistant à renoncer au marché public et à lancer une nouvelle procédure » et ajoute que, sans les irrégularités susvisées, « elle aurait pu se faire attribuer le marché, particulièrement eu égard au faible écart entre le score de l'attributaire et le sien ». Elle dénonce également un défaut de motivation, la partie adverse n'expliquant pas la raison des changements de cotation des critères et sous-critères d'attribution, tout en affirmant que les incohérences et erreurs susvisées affectent le caractère adéquat

de la motivation de la décision d'attribution attaquée. Contrairement à ce qu'elle déclare à l'audience, la requérante ne soutient pas, dans sa requête, que la partie adverse n'avait d'autre option que de coter le sous-critère d'attribution 2.2 du lot 2 du marché sur 5 points (et non sur 10 points), en sorte que son offre devait être classée première et que lot 2 du marché devait donc lui être attribué. Il s'agit d'un argument nouveau qui, invoqué tardivement en termes de plaidoirie, est irrecevable. Dans le deuxième moyen de la requête, la requérante met en cause la légalité et la pertinence du sous-critère d'attribution 2.2. et dénonce un défaut de motivation à cet égard, sans affirmer toutefois qu'en l'absence de ces illégalités, la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le lot 2 du marché.

En tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le lot 2 du marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 4, 66, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 87 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article 4, 8°, 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe d'égalité et de non-discrimination, du principe de transparence, du principe de bonne administration, du devoir de minutie, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du principe de légitime confiance et du cahier des charges.

Après avoir rappelé le contenu et la portée des principes et dispositions visés au moyen, la requérante dénonce des « erreurs et incohérences » dans la cotation des critères et sous-critères d'attribution commises par la partie adverse lors de la rédaction successive de deux versions du cahier des charges et du rapport d'analyse des offres. Elle reproche également à la partie adverse d'avoir modifié les documents du marché à différents stades de la procédure et d'avoir évalué les offres sur la base d'une cotation différente de celle qui figurait dans ces documents. Elle développe son argumentation comme il suit :

« [...] Erreurs et incohérences

66. Or, en l'espèce, eu égard aux critères d'attribution et à leur cotation, la partie adverse a parsemé la procédure de passation du Marché d'erreurs et d'incohérences.
67. En effet, les erreurs et incohérences des CDC1, du CDC2 et du Rapport, lesquels présentent tous une version différente du sous-critère 2.2 et aussi, forcément, de la cotation relative des critères entre eux, ont mené à ce que la requérante ne puisse pas préparer son offre relative au lot n°2 en pleine connaissance de cause.
68. Les erreurs et incohérences des documents de marché montrent que la partie adverse n'a pas clairement fixé les critères d'attribution dès le début de la procédure, qu'elle a, à cet égard, violé les articles 66, § 1^{er}, al. 1^{er} et 81 de la Loi du 17 juin 2016 l'article 87 de l'ARP, manqué de minutie et n'a pas agi conformément au principe de bonne administration.
69. En omettant d'indiquer des critères d'attribution suffisamment clairs et précis, la partie adverse n'a pas agi dans le respect du principe de transparence tel que Votre Conseil l'a déjà interprété. En conséquence, la requérante n'a pas pu préparer son offre en connaissance de cause.

[...] Modifications au long du Marché

70. En tentant de rattraper ses erreurs et de corriger ses incohérences, la partie adverse a modifié deux fois les documents de marché, une fois en tentant d'amender le CDC1, une autre fois au stade du Rapport, examinant ainsi les offres des soumissionnaires à l'aune d'une cotation qui ne figurait pas dans les documents de marché.
71. Ce faisant, la partie adverse n'a pas traité tous les soumissionnaires, y compris la requérante, sur un strict pied d'égalité : comme Votre Conseil l'a jugé, un pouvoir adjudicateur ne saurait modifier les documents de marché, en particulier après remise des offres, sans opérer par-là une discrimination entre les soumissionnaires qui auront, forcément, préparé leur offre à l'aune de critères qui auront été modifiés, faussant inmanquablement la comparaison des offres. Ce faisant, la partie adverse a violé l'article 4 de la loi du 16 juin 2016.
72. En modifiant les documents de marché à différents stades de la procédure et en jugeant les offres des soumissionnaires à l'aune d'une cotation différente de celle qui figurait dans les documents de marché, la partie adverse a également manqué d'agir conformément au principe de transparence, lequel impose que les documents du marché restent clairs et que les soumissionnaires ne puissent pas se méprendre sur la signification (en ce compris la pondération) de ce critère et que cette méprise, imputable au pouvoir adjudicateur, puisse conduire à une comparaison faussée des offres. Ce faisant, la partie adverse a violé l'article 4 de la loi du [17] juin 2016.
73. En modifiant les documents de marché à différents stades de la procédure et en évaluant les offres sur la base d'une pondération différente de celle qui figurait dans les documents de marché, la partie adverse a manqué d'agir conformément à l'adage *patere legem quam ipse fecisti*, lequel impose au pouvoir adjudicateur de respecter les règles qu'il a lui-même fixées, y compris les documents de marché et, en particulier, le cahier des charges.
74. En tout état de cause, Votre Conseil a déjà jugé que le fait qu'une erreur ait été commise dans le choix des critères ou sous-critères ainsi que dans leur cotation ne signifie pas qu'il soit permis de déroger à la règle de l'intangibilité des critères exposée plus haut telle qu'elle découle des

dispositions légales et principes susvisés. À cet égard, la seule solution admissible semble être celle consistant à renoncer au marché public et à lancer une nouvelle procédure ».

La requérante dénonce également une « absence de motivation », la partie adverse n'ayant pas « pris la peine d'expliquer la raison des changements de cotation des critères ni de motiver, dans l'acte attaqué, les considérations de droit et de fait ayant servi à fonder, de manière adéquate, [celui-ci] ». Elle ajoute que « les incohérences et erreurs susvisées affectent tant le rapport que l'acte attaqué et entraînent l'absence du caractère adéquat que la motivation doit revêtir conformément aux dispositions susvisées de la loi du 29 juillet 1991, ce qui emporte également la violation de l'article 4, 8°, de la loi du 17 juin 2013 ».

La requérante conclut comme il suit :

« [...] Le moyen fait grief à la requérante dans la mesure où :

- Elle n'a pas pu préparer son offre en connaissance de cause ;
- Elle n'a pas été placée sur un strict pied d'égalité avec les autres soumissionnaires, lesquels ont pu être avantagé lors de la comparaison des offres eu égard au fait que la cotation des critères d'attribution avait changé ;
- Elle n'a pas été en mesure de comprendre la raison pour laquelle la cotation des critères d'attribution a changé, aucune explication ou motivation n'ayant été formulée à cet égard à quelque stade de la procédure de passation ;
- Elle ne s'est pas vu attribuer le marché alors que, sans les irrégularités susvisées, elle aurait pu se faire attribuer le Marché, particulièrement eu égard au faible écart entre le score de l'attributaire et le sien ».

À l'audience, la requérante reconnaît que la partie adverse pouvait corriger le cahier des charges avant le dépôt des offres, mais explique qu'il était important de rappeler les corrections réalisées à ce stade pour mieux saisir le contexte litigieux. Elle maintient qu'il n'est pas admissible de changer la cotation d'un sous-critère d'attribution après le dépôt des offres, dans le rapport d'analyse des offres, ce d'autant que la correction modifie le classement des offres. Elle conteste l'affirmation de la partie adverse selon laquelle elle n'aurait corrigé qu'une « erreur matérielle » du cahier des charges. Elle fait valoir que cette erreur aurait pu être rectifiée de manière différente en maintenant une cotation sur 5 points pour le sous-critère d'attribution 2.2 et en passant d'un total sur 100 points à 95 points pour l'évaluation de l'ensemble des critères et sous-critères d'attribution. Elle estime que les règles du jeu ont été modifiées irrégulièrement après le dépôt des offres, dans un sens qui lui est défavorable, puisqu'elle fait perdre à son offre la première place du classement.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La requérante reconnaît à l'audience que la partie adverse pouvait, avant le dépôt des offres, corriger dans une seconde version du cahier spécial des charges les imperfections qui affectaient la première version de ce cahier. Les critiques de la requête qui ont trait aux « erreurs et incohérences » de la première version du cahier ne sont pas pertinentes, celle-ci ayant été valablement remplacée par la seconde version de ce cahier. La requérante ne peut sérieusement affirmer que ces corrections l'ont empêchée de préparer son offre en toute connaissance de cause ou que les principes de transparence et d'égalité entre soumissionnaires ont été violés. Les avis rectificatifs qui renvoient à la seconde version du cahier ont été publiés au *Journal officiel de l'Union européenne* et au *Bulletin des adjudications*. La requérante ne soutient pas que les délais visés à l'article 9 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques n'auraient pas été respectés ou que la date ultime de dépôt des offres aurait dû être reportée. Elle expose, par ailleurs, que c'est bien sur la base de la seconde version du cahier qu'elle a remis offre (page 7, point 20 de la requête).

Le seul élément que le rapport d'analyse des offres « corrige » par rapport à la seconde version du cahier des charges concerne le chiffre « 5 » qui subsistait de la première version du cahier et qu'on trouve dans la rubrique explicative relative au sous-critère d'attribution 2.2. « facilité d'utilisation pour l'administration [du produit] ». Le cahier mentionne, à cet endroit, que « le soumissionnaire qui propose un produit qui permet l'administration la plus faible (en milligramme) obtient 5 points ». Comme le relève la partie adverse, il est évident qu'il s'agit d'une simple erreur de plume. Le cahier précise, immédiatement avant et après ce reste de « coquille », que le sous-critère d'attribution 2.2. est bien coté sur « 10 » points. Ainsi, c'est le nombre « 10 » (et non le chiffre « 5 ») qui figure à côté de l'intitulé de ce sous-critère et c'est encore le nombre « 10 » qui est utilisé comme facteur dans le calcul de la méthode d'évaluation : « 10* (quantité la plus faible/quantité de l'offre) ». Par ailleurs, le cahier mentionne clairement que les critères et sous-critères d'attribution sont évalués sur un total de « 100 » points (et non de 95 points) et que le critère d'attribution 2 « qualité » est évalué sur un total de « 20 » points (et non de 15 points). Dans ce contexte, le sous-critère d'attribution 2.2. « facilité d'utilisation pour l'administration [du produit] » ne pouvait être évalué que sur « 10 » points (et non sur « 5 » points). C'est bien sur 10 points que ce sous-critère est coté dans le rapport d'analyse des offres.

Contrairement à ce qu'affirme la requérante, les « règles du jeu » n'ont pas été modifiées, puisqu'il était clair, dès avant le dépôt des offres, que le sous-critère d'attribution 2.2 serait coté sur 10 points. Pour le même motif, la requérante n'a pas pu être induite en erreur lors de la préparation de son offre. Les critères et

sous-critères d'attribution et leur pondération n'ayant, contrairement à ce qu'affirme la requérante, pas été changés en cours de procédure, les soumissionnaires ont bien été traités sur pied d'égalité lors de la comparaison des offres. Enfin, le rapport d'analyse des offres ne devait pas motiver la raison pour laquelle ce sous-critère était, conformément aux prescriptions du cahier, coté sur 10 points ni expliquer autrement la « correction » de l'erreur de plume commise qu'en remplaçant le chiffre « 5 » par le nombre « 10 » dans la rubrique explicative du sous-critère d'attribution 2.2. Ce faisant, la partie adverse n'a pas méconnu les principes de bonne administration, de minutie et de confiance légitime.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de la violation des articles 4, 66, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 87 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article 4, 8°, 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe d'égalité et de non-discrimination, du principe de transparence, du principe de bonne administration, du devoir de minutie ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation.

Après avoir rappelé la portée des principes et dispositions visés au moyen, la requérante critique le sous-critère d'attribution 2.2 du cahier spécial des charges « facilité d'utilisation pour l'administration [du produit] ». Elle soutient qu'un tel sous-critère est illégal et inapproprié, dénué de pertinence scientifique et financière et discriminatoire. Elle développe son argumentation comme il suit :

« [...] Sous-critère illégal et inapproprié

89. Or, en l'espèce, la partie adverse a choisi d'utiliser un sous-critère 2.2 "facilité d'utilisation pour l'administration [du produit]", expliqué en ces termes :
"Dans les situations d'urgences où le taux de fibrinogène n'est pas connu et pour un patient de 70 kg, quelle est la quantité recommandée (en milligrammes) à administrer ?".
90. Par-là, la partie adverse a demandé aux soumissionnaires de fournir une recommandation quant à la quantité de fibrinogène à administrer à un patient

de 70 kg dans les situations d'urgences où le fibrinogène du dit patient n'est pas connu.

91. Or, la décision relative à la quantité de fibrinogène humain à injecter dans le cadre d'un traitement médical dépend soit :
 - du résumé des caractéristiques du produit ("RCP"), lequel est examiné et approuvé lors de la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché du médicament et à aucun autre moment ; soit
 - de la décision du médecin, celui-là étant le seul à pouvoir poser un diagnostic et définir un traitement y relatif.
92. En conséquence, l'inclusion de ce critère dans les documents de marché par la partie adverse viole l'article 81 de la Loi du 17 juin 2017 et le principe de bonne administration dans la mesure où pareille demande n'est pas un critère, mais s'identifie plutôt, en réalité, comme une demande d'avis médical qui dépasse le cadre de l'objet du Marché dans la mesure où elle ne vise pas à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.
93. En effet, si la liberté conférée à la partie adverse lui permet d'apprécier la qualité des offres, c'est dans le cadre de la recherche de l'offre la plus économiquement avantageuse. Cette liberté ne peut pas servir d'autres desseins et ne peut certainement pas viser à demander des informations non pertinentes aux soumissionnaires ni à solliciter de la part de ceux-ci des conseils ou avis comme c'est le cas en l'espèce.
94. Le principe de bonne administration et le devoir de minutie sont, en outre, violés dans la mesure où la partie adverse, si elle avait respecté ledit devoir et agit conformément au dit principe, n'aurait pas adopté un sous-critère aussi évidemment inadéquat.

[...] Sous-critère dénué de pertinence scientifique

95. Le sous-critère 2.2 sort du cadre du Marché dans la mesure où il est dénué de pertinence scientifique.
96. En effet, en omettant d'opérer une distinction entre les deux types de déficits de fibrinogène et les traitements à leur apporter en se contentant de décrire un cas clinique de manière peu explicite, la partie adverse a créé un critère d'une pertinence clinique nulle et aucunement cernable médicalement.
97. À cet égard, l'Institut national d'assurance maladie-invalidité ("l'INAMI") estime le nombre de patients à traiter pour déficit acquis à 1.711 par an, représentant une consommation annuelle totale de fibrinogène de 5.133 g. Sur base des chiffres fournis par l'INAMI, on peut aussi estimer que la quantité de fibrinogène consommé par an pour l'indication du déficit congénital est inférieure à 500 g et représente donc environ 8,9% de la consommation totale de fibrinogène en Belgique.
98. Eu égard à ces éléments, en ne faisant pas de différence entre les deux types de déficits de fibrinogène, la partie adverse a introduit un critère qui ne permet pas de rendre compte des traitements disponibles pour l'un comme pour l'autre déficit et des quantités à administrer dans les deux circonstances.
99. À ce propos, les recommandations qui ont été formulées dans les offres des autres soumissionnaires sont tout autant dénuées de pertinences que l'établissement du sous-critère 2.2 dans la mesure où (i) elles ne rendent compte que du dosage à administrer à des patients présentant un déficit congénital, i.e. le plus rare des deux, les autres soumissionnaires ne disposant, dans leur RCP que d'informations à l'égard de ce déficit-là ; (ii)

dans la circonstance d'un déficit congénital, la situation d'urgence décrite relève d'un cas d'école puisque tout patient présentant un déficit congénital en fibrinogène connaît l'ampleur de ce déficit, de même que ses proches ; s'il ne le connaît pas, c'est le dosage repris dans le RCP qui sera pris en compte. La partie adverse aurait donc dû considérer que seule la partie requérante avait en réalité fourni une réponse pertinente.

100. On n'aperçoit pas, par ailleurs, en quoi la quantité de fibrinogène est liée à la qualité du produit, d'autant que les taux d'administration sont recommandés par l'INAMI et qu'il n'existe pas de raison de s'écarter de ceux-ci.
101. Pour ces raisons, le critère ne peut être considéré comme pertinent afin de déterminer l'offre la plus économiquement avantageuse ; partant, son inclusion dans la procédure de passation du Marché, par la partie adverse, n'est pas conforme aux articles 66, § 1^{er}, al. 1^{er} et 81 de la Loi du 17 juin 2016 et à l'article 87 de l'ARP.
102. Ladite inclusion est également contraire au principe de bonne administration et au devoir de minutie dans la mesure où la partie adverse a omis, lors de l'inclusion du critère, mais également à l'occasion de l'adoption de l'Acte attaqué, de prendre en compte toutes les informations pertinentes qui l'auraient amenée à adopter une décision différente si elle avait effectivement exercé son pouvoir d'appréciation de manière adéquate (en distinguant les deux types de déficits).
103. Eu égard aux développements ci-dessus, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en adoptant le sous-critère 2.2 dans la formulation exposée dans les CDC1, CDC2 et dans le Rapport. Elle a également commis une erreur manifeste d'appréciation en fondant l'Acte attaqué, en partie, sur le sous-critère susvisé.
104. Ceci est d'autant plus le cas que la cotation du sous-critère, dans le Rapport, est de dix points sur cent.

[...] Sous-critère dénué de pertinence financière

105. L'inclusion du sous-critère 2.2 n'est pas non plus justifiée d'un point de vue financier dans la mesure où l'INAMI rembourse le fibrinogène à 100%, si bien que ledit sous-critère n'a aucun impact sur les coûts de la partie adverse si celui-ci est utilisé selon les indications et usages recommandés par l'INAMI ; i.e. en administrer moins ne fait pas gagner de l'argent à la partie adverse.

[...] Sous-critère discriminatoire

106. Outre l'irrespect des dispositions et principes susvisés, la partie adverse n'a pas respecté les principes d'égalité et de transparence dans la mesure où le manque de pertinence du critère et, à tout le moins, son caractère opaque et aucunement cernable d'un point de vue médical ont faussé l'examen des offres.
107. Par ailleurs, les éléments développés ci-dessus, pris ensemble, indiquent clairement que l'inclusion du critère 2.2 viole l'article 4 de la Loi du 17 juin 2016 et le principe d'égalité et de non-discrimination dans la mesure où l'examen attentif du dossier révèle une volonté de désavantager la requérante.
108. En effet, la requérante est le seul soumissionnaire à ne pas disposer de l'information demandée dans le RCP et qui n'était dès lors pas légalement

autorisée à reproduire dans son offre une recommandation précise en termes de milligrammes à administrer dans les situations susmentionnées. Ce faisant, la partie adverse n'a pas respecté le prescrit de l'article 4 de la Loi du 17 juin 2016 et le principe d'égalité et de non-discrimination en plaçant la requérante dans une situation défavorable par rapport aux autres soumissionnaires ».

La requérante dénonce également une « absence de motivation » dès lors que « l'évaluation des sous-critères d'attribution concernant la “qualité” des offres [n'est] pas fondé[e] sur (i) un établissement correct des sous-critères ; (ii) un examen concret de la qualité des offres eu égard, en particulier, à la réalité scientifique, si bien qu'il est impossible de comprendre l'évaluation ayant été faite quant aux offres » et qu' « [e]n toute hypothèse, cette évaluation ne ressort pas de l'acte attaqué », ni du « rapport [d'analyse des offres], lequel se contente de reprendre le sous-critère et d'établir une liste de points fondée sur la cotation telle qu'existante à l'heure de l'établissement [de ce rapport] ».

À l'audience, la requérante expose que le recours à un médicament fait l'objet d'une réglementation stricte, qu'un médicament est autorisé pour des indications et une posologie qui doivent être approuvées et que le titulaire d'une autorisation de mise sur le marché (AMM) doit respecter les termes de cette autorisation. Elle explique qu'en l'espèce, il ne lui était légalement pas possible de répondre à la question générale posée par le sous-critère d'attribution 2.2, le résumé des caractéristiques du produit (RCP) qu'elle propose dans son offre opérant la distinction entre « déficit congénital » et « déficit acquis » en fibrinogène. Elle relève que l'attributaire du marché ne pouvait pas non plus répondre à cette question générale puisque le produit de son offre n'est indiqué qu'en cas de « déficit congénital ». Elle en déduit que celui-ci a menti dans sa réponse au sous-critère d'attribution 2.2, qu'il n'a pas respecté son AMM et qu'il ne pouvait, dès lors, pas se voir attribuer de points pour ce sous-critère. Elle maintient ne pas comprendre la raison pour laquelle la partie adverse a, pour l'évaluation de ce sous-critère d'attribution, entendu valoriser l'offre qui propose le produit permettant l'administration la plus faible. Elle considère, de ce point de vue, que la demande formulée par la partie adverse pouvait tout au plus constituer une prescription technique, mais pas un sous-critère d'attribution pour comparer les offres entre elles.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Les critères d'attribution doivent permettre de distinguer les offres entre elles afin d'identifier celle qui est « économiquement la plus avantageuse ». Conformément à l'article 81, § 2, alinéa 1^{er}, 3^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, lorsque l'offre économiquement plus avantageuse est déterminée

en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix, les critères d'attribution comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux, sont liés à l'objet du marché concerné et peuvent « notamment » concerner « la qualité, y compris la valeur technique [et] les caractéristiques [...] fonctionnelles [...] ». Le paragraphe 3 de la même disposition précise que « les critères d'attribution sont réputés liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie », que « les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimité au pouvoir adjudicateur » et que ces critères « garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution ». Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation pour déterminer ses critères d'attribution, selon les besoins et contraintes propres à chaque marché. Le contrôle du Conseil d'État est marginal et limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

En l'espèce, le sous-critère d'attribution 2.2. « facilité d'utilisation pour l'administration [du produit] » fait partie du critère d'attribution « qualité ». Suivant ce sous-critère d'attribution, la partie adverse décide de valoriser l'offre qui propose le produit qui permet l'administration la plus faible (en milligrammes) dans une hypothèse déterminée, à savoir « [...] les situations d'urgence où le taux de fibrinogène n'est pas connu et pour un patient de 70 kg ».

Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, le sous-critère d'attribution 2.2 paraît bien « lié à l'objet du marché » puisqu'il s'agit, pour le pouvoir adjudicateur, de connaître, à l'avance, la quantité de produit qui doit être administrée dans une situation déterminée. Ce type de demande semble *prima facie* bien concerner « la facilité d'utilisation pour l'administration [du produit] ». Il ressort des explications fournies par la partie adverse dans sa note d'observations que cette demande répond à un besoin spécifique du pouvoir adjudicateur, l'hypothèse reprise dans le sous-critère litigieux visant une « situation à laquelle l'hôpital peut être confronté dans la pratique » : il s'agit de connaître la quantité de produit qu'il est recommandé d'administrer à un patient de 70kg (poids moyen usuellement admis pour comparer les modalités d'administration de médicaments) dans les situations d'urgence médicale (de type hémorragie massive dont le risque est l'exsanguination du patient) lorsque l'hôpital ne dispose pas du temps nécessaire pour faire les tests afin de déterminer le taux de fibrinogène (fonctionnel) du patient et où on ne peut pas distinguer le caractère acquis ou congénital du déficit en fibrinogène. La partie adverse explique que cette

information est importante pour elle et que c'est pour cette raison qu'elle est demandée dans le cadre de l'évaluation des offres.

Quant à la pertinence scientifique de ce sous-critère, il suffit *prima facie* de relever, avec la partie adverse, que la situation dans laquelle le produit doit être administré pour « le traitement d'une hémorragie majeure [...] en cas de risque d'exsanguination, sans mesure du taux de fibrinogène ou avant que le résultat du test soit connu » fait partie des hypothèses visées par la réglementation INAMI pour le remboursement de la spécialité (paragraphe 10170000 du chapitre IV de la liste des spécialités pharmaceutiques remboursées par l'INAMI reproduit à la pièce 17 du dossier administratif, à laquelle l'offre de la requérante fait elle-même référence). La requérante ne soutient pas que le remboursement par l'INAMI dans une telle situation ne viserait que le cas du patient avec un déficit acquis. Il apparaît, au contraire, que le remboursement est applicable dans les deux cas : « bénéficiaire avec une déficience acquise, aiguë, non congénitale en fibrinogène ou avec une déficience congénitale en fibrinogène ». La requérante n'établit pas que le cas clinique visé sous le sous-critère d'attribution 2.2. – qui correspond à celui visé par la réglementation INAMI à laquelle son offre fait elle-même référence – serait d' « une pertinence clinique nulle et aucunement cernable médicalement ».

Quant au choix de favoriser l'offre qui propose le produit permettant l'administration la plus faible (en milligrammes), la partie adverse explique, dans sa note d'observations et à l'audience, que le remboursement de la spécialité par l'INAMI (paragraphe 10170000 du chapitre IV précité) n'est accordé que pour une administration de 2 x 3 grammes maximum, ce qui implique que si une seule dose dépasse 3 grammes, le surplus n'est pas remboursé par l'INAMI, mais est mis à charge de l'hôpital. Par ailleurs, que ce soient pour des motifs d'économie ou de santé publique, il ne paraît pas manifestement déraisonnable de valoriser l'offre qui propose le produit permettant l'administration de la quantité la plus faible (en milligrammes). La requérante ne démontre pas qu'un tel sous-critère d'attribution, qui est lié à l'objet du marché, ne permettrait pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

Quant aux critiques de la requête dirigées contre les offres des deux autres soumissionnaires, il suffit, dans les limites de ce que permet un examen effectué en extrême urgence et sans devoir lever la confidentialité des offres, de constater que les quantités (en milligrammes) de produit à administrer qui sont prises en compte dans le rapport d'analyse des offres pour évaluer le sous-critère d'attribution 2.2 sont tirés des RCP et notices des produits que ces soumissionnaires ont proposés dans leurs offres. Les RCP et notices visent expressément l'hypothèse

« où le taux de fibrinogène (initial) n'est pas connu ». La circonstance que ces documents ne contiendraient que des informations relatives à un déficit congénital en fibrinogène ne permet pas *prima facie* d'invalider les quantités retenues dans le rapport. À l'audience, la partie adverse a expliqué – sans être contredite sur ce point – que, dès lors que les quantités à administrer étaient plus importantes en cas de déficit congénital, il était admissible et même préférable de se référer aux recommandations applicables à ce type de déficit pour pouvoir couvrir toutes les situations possibles. La requérante ne conteste pas ne pas avoir pu donner cette information, même à la suite de la demande de précision formulée par la partie adverse. La requérante n'établit pas que les quantités de produit à administrer, qui sont reprises dans le rapport d'analyse des offres et visent la situation « où le taux de fibrinogène n'est pas connu », seraient, comme elle l'affirme, dénuées de pertinence pour l'évaluation du sous-critère d'attribution 2.2, quand bien même ces recommandations concerneraient plus spécifiquement des patients atteints de déficit congénital.

La requérante fait encore valoir que le sous-critère d'attribution 2.2. serait discriminatoire dans la mesure où elle est la seule à ne pas disposer de l'information demandée dans le RCP du produit proposé dans son offre. Il appartient toutefois au demandeur d'une AMM d'établir le RCP et la notice de son médicament avant sa mise sur le marché. La circonstance que le RCP ou la notice du produit qu'elle a proposé dans son offre ne donnent pas de réponse à la question posée au sous-critère d'attribution 2.2. ne suffit pas à établir une discrimination, ce d'autant plus que cette question rend compte d'une situation qui est visée dans la réglementation INAMI (cf. *supra*). La requérante ne démontre pas non plus une volonté de la désavantager. Comme le relève la partie adverse, c'est la requérante qui a obtenu le lot 1 du marché litigieux.

Quant au défaut de motivation que dénonce le moyen, il manque de précision dans la requête, dès lors qu'il paraît viser tout à la fois le choix d'établir le sous-critère d'attribution 2.2 et l'évaluation des offres au regard de ce dernier. Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, il suffit, d'une part, de rappeler que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de motiver formellement le choix de ses critères d'attribution et, d'autre part, de constater qu'en l'espèce, la description de la méthode d'évaluation du sous-critère litigieux, combinée aux données chiffrées reproduites dans le rapport d'analyse des offres – qui fait partie intégrante de la décision d'attribution attaquée – permettent, à suffisance, de comprendre les points octroyés aux trois offres pour ce sous-critère d'attribution.

La critique selon laquelle l'attributaire du marché n'aurait pas respecté son AMM, aurait menti dans la réponse qu'il a donnée au sous-critère d'attribution 2.2 et n'aurait, dès lors, pas « mérité » les points qui lui ont été attribués pour ce sous-critère est soulevée pour la première fois à l'audience. Un tel grief est tardif et partant irrecevable.

Dans le cadre d'un examen effectué en extrême urgence, le moyen ne permet pas d'établir que la partie adverse aurait, dans le choix d'établir le sous-critère d'attribution 2.2 ou l'évaluation de ce dernier, violé l'un des principes ou dispositions invoqués.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux, sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres causes éventuelles de rejet.

VII. Confidentialité

La requérante joint, à titre confidentiel, en annexe à sa requête, l'offre qu'elle a déposée dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux (pièce 3).

La partie adverse demande que les offres des deux autres soumissionnaires soient tenues pour confidentielles, pour ne pas nuire au secret d'affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit des pièces 7 et 8 du dossier administratif.

Ces dépôts et demandes n'étant pas contestés, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées. Par ailleurs, il convient de garantir la confidentialité de la pièce 6 du dossier administratif (offre de la requérante), en application de 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

VIII. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

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

Article 1^{er}

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3

Les pièces 6, 7 et 8 du dossier administratif et la pièce 3 annexée à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 24 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 siégeant en référé, le 5 décembre 2022, par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret