

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

n° 255.954 du 3 mars 2023

A. 238.275/VI-22.502

En cause : **la société à responsabilité limitée C-CONSULT ADVICE**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Marie VASTMANS et Mickaël DHEUR, avocats,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée
ASSOCIATION INTERCOMMUNALE VIVALIA,
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean LAURENT et Olivier LOUPPE, avocats,
avenue Louise 250
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 27 janvier 2023, la SRL C-Consult Advice demande, d'une part, la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution de « la décision de la partie adverse [du 21 novembre 2022, notifiée le 12 janvier 2023] de ne pas la sélectionner et de déclarer son offre irrégulière dans le cadre du marché public de fournitures ayant pour objet "l'acquisition, la maintenance et la formation d'un logiciel RHM (Résumé Hospitalier Minimum) pour les besoins de Vivalia" » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 1^{er} février 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 21 février 2023.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et à l'article 70, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État 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 Mickaël Dheur, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Charline Servais, *loco* M^{es} Jean Laurent et Olivier Louppe, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus 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 adverse, les faits utiles à l'examen de la demande suspension se présentent comme il suit :

« 1.

Avant le lancement du marché public litigieux, la partie adverse travaillait avec le logiciel RXM de la requérante pour ses hôpitaux de Marche-en-Famenne et Arlon.

En date du 5 août 2022, la requérante adresse l'email suivant à la partie adverse[...] :

“ Bonjour Madame [F.] ,

J'espère que vous allez bien ainsi que toute votre équipe RHM.

Je me permets de revenir vers vous concernant la mise à jour de la nouvelle version RXMonWeb qui remplacera à terme la version actuelle càd le RXM.

De notre côté, depuis 1 mois, nous avons installé cette nouvelle version en test dans un hôpital et le résultat du test transmis par la cellule RHM est très positif.

A partir du mois de septembre, nous serons prêt à réaliser les premières installations chez nos clients.

Pour rappel, la version de DRGfinder de 3M, qui sera proposée fin 2022, ne supportera plus Internet Explorer.

Je vous transmets une proposition financière pour vos 2 sites concernant cette mise à jour.

Pour info, concernant la gestion RHM de votre 3^{ème} site (le CHA), nous serions ouverts à vous proposer une offre très attrayante dans le but que

l'ensemble des hôpitaux VIVALIA soit géré par une solution unique RHM/RPM.

Si vous avez des questions/remarques, n'hésitez pas à me contacter”.

2.

En date du 28 septembre 2022, la partie adverse adresse l'email suivant à la requérante [...] :

“ Bonjour Mr [W.],

Bien que vous m'ayez déjà répondu par téléphone, ma direction me demande que vous nous confirmiez par mail le point ci-dessous :

- Si la nouvelle version du DRG Finder qui sera installée fin de cette année n'est plus disponible via le navigateur IÉ (annoncé par 3M), il ne sera plus possible d'obtenir les APR-DRG dans le logiciel RXM dès le 1^{er} janvier 2023.

Merci d'avance pour votre réponse, passez une bonne journée”.

La requérante répond [...] :

“ Bonjour Madame [C.],

Je confirme que suite à l'annonce de 3M (navigateur IE n'est plus supporté à partir du 01/01/2023), il ne sera plus possible de calculer un APR-DRG à partir de cette date avec votre version actuelle RXM.

Si d'autres questions/remarques, n'hésitez pas.

À vous aussi excellente journée”.

Il ressort de ces échanges qu'il n'était plus possible d'obtenir les APR-DRG dans le logiciel RXM de sorte que la partie adverse ne pouvait plus calculer les APR-DRG à partir du 1^{er} janvier 2023.

La partie adverse a donc décidé de lancer un marché public pour le placement d'un nouveau logiciel.

3.

En date du 14 octobre 2022, il est proposé au Directeur Général de VIVALIA, en vertu des délégations octroyées, de lancer un marché public de fournitures relatif à l'acquisition, la maintenance et la formation d'un logiciel RHM (Résumé Hospitalier Minimum) pour les besoins de Vivalia via une procédure négociée directe avec publication préalable.

En date du 17 octobre 2022, le Directeur Général, en vertu des délégations qui lui ont été octroyées, approuve [...] :

- o Le mode de passation de ce nouveau marché,
- o Le cahier des charges,
- o L'évaluation du coût du marché,
- o Le nom des firmes à contacter

Le marché est publié au bulletin des adjudications en date du 19 octobre 2022. [...]

4.

Le forum lié au marché litigieux donne lieu aux échanges suivants :

“ Question

Objet

Minimum exigé

Contenu

Actuellement, nous avons reçu plusieurs bons de commande d'hôpitaux par rapport au type de logiciel demandé par votre cahier de charges. Nous sommes en train de les installer en fonction de la disponibilité du service informatique des différents hôpitaux et aussi de la cellule RHM. Pour information, nous n'installons pas un nouveau logiciel mais simplement une mise à jour de leur licence actuelle. Étant donné la situation, pouvons-nous vous transmettre une copie de leur bon de commande pour attester l'exigence demandée par rapport au montant de 30.000 € HTVA ? Je peux vous confirmer que toute cette mise à jour proposée a été validée par tous nos hôpitaux au travers de différentes réunions qui se sont déroulées depuis mars 2021. Merci d'avance pour le suivi.

Répondre

Objet

Re : Minimum exigé

Contenu

Bonjour Nous n'attendons pas du soumissionnaire une liste de bons de commandes mais bien des références de marchés remportés (attestation de bonne exécution)

Question

Objet

Minimum exigé

Contenu

Un certificat de bonne exécution reprend en général les références d'un marché. Pour tous les hôpitaux qui ont commandé notre mise à jour, ils n'ont pas rédigé un cahier de charges. Je suppose que ce certificat est valable aussi dans ce cas de figure. Il faut bien comprendre que par rapport à votre cahier des charges, je vous remets prix pour une mise à jour et non l'achat d'une nouvelle licence étant donné que vous avez déjà notre solution RXM. Merci d'avance pour la réponse.

Répondre

Objet

Re : Minimum exigé

Contenu

Bonjour, Pour rappel, l'objet du présent marché porte sur la fourniture relatif à l'acquisition, la maintenance et la formation d'un logiciel RHM (Résumé Hospitalier Minimum) pour les besoins de Vivalia. Peu importe le mode de fonctionnement des autres hôpitaux, nous respectons la législation sur les marchés publics et avons rédigé un cahier des charges. Je vous invite à relire le point 2.5.1 du CDC : “Afin de pouvoir comparer les offres entre elles, les soumissionnaires sont tenus de remettre un prix pour les 3 sites hospitaliers de Vivalia (CSL – Marche – CHCA (Libramont + Bastogne)). En effet, étant donné que deux logiciels différents sont installés sur des sites différents, il est important que le prix remis soit examiné dans son ensemble et donc concerne les 3 sites... Cependant, lors de l'attribution, ne seront comptabilisés dans le prix, que les sites qui ne disposent pas encore de la solution retenue”. Bv

Question

Objet

Minimum exigé

Contenu

Désolé mais je ne comprends pas bien votre réponse. Je n'ai aucun problème à répondre à votre cahier des charges. Je me suis peut-être mal exprimé. Je reformule ma question. Un certificat de bonne exécution reprend en général les références d'un marché. Pour tous les hôpitaux qui ont commandé notre mise à jour, ils n'ont pas rédigé un cahier de charges. Le certificat de bonne exécution

qui sera demandé à chaque hôpital est-il valable aussi dans ce cas de figure ?
Merci d'avance pour la réponse.
Répondre
Objet
Re : Minimum exigé
Contenu
Monsieur, Les dispositions de notre CDC sont claires. Je vous invite à transmettre les attestations de bonne exécution lors du dépôt des offres. Nous analyserons la validité en interne. Bien à vous”

5.

En date du 9 novembre 2022, la société SBIM dépose une offre. [...]

En date du 14 novembre 2022, la requérante dépose une offre. [...]

En date du 14 novembre 2022, la partie adverse procède à l’ouverture des offres. [...]

6.

En date du 21 novembre 2022, le Directeur général de VIVALIA adopte le rapport d’attribution, et décide d’acquérir le logiciel auprès de la société SBIM pour un montant de 249.871,66 euros TVAC. [...]

Il s’agit de l’acte attaqué.

7.

En date du 28 décembre 2022, l’autorité de tutelle confirme que la décision du directeur général du 21 novembre 2022 n’appelle aucune mesure de tutelle et est devenue pleinement exécutoire. [...]

8.

En date du 12 janvier 2023, la partie adverse notifie à la société requérante les motifs pour lesquels son offre a été jugée irrégulière, extraits de la décision motivée d’attribution. [...]

9.

En date du 12 janvier 2023, la partie adverse notifie la décision d’attribution au soumissionnaire retenu et lui notifie le bon de commande [...] ».

IV. Recevabilité de la demande et condition d’extrême urgence

IV.1. Thèses des parties

La requérante affirme, dans sa requête, justifier d’un intérêt au recours, dès lors qu’elle conteste les motifs de sa non-sélection et ceux qui considèrent son offre irrégulière. Elle ajoute que la conclusion éventuelle du marché est sans incidence sur son intérêt à agir et n’empêche pas le Conseil d’État d’ordonner la suspension de l’exécution de la décision attaquée. Selon elle, refuser l’accès à une procédure en référé sous prétexte que l’acte attaqué a déjà été mis en œuvre est contraire au droit à un recours effectif.

La partie adverse fait valoir, dans sa note d'observations, que le recours est irrecevable, à défaut d'intérêt, dès lors que « l'offre de la partie requérante a été considérée comme irrecevable et que celle-ci a proposé des délais de traitement de ses prestations qui dépassent le délai sollicité par Vivalia ». Elle ajoute que le montant estimé du marché litigieux n'atteignant pas les seuils de publicité européenne, elle pouvait conclure le marché sans respecter un délai d'attente, ce qu'elle a fait en notifiant, le 12 janvier 2023, la décision d'attribution à la société SBIM. Selon elle, « rien ne justifie l'extrême urgence » dès lors qu'« une éventuelle suspension de la décision d'attribution n'aurait [...] aucun effet sur le contrat conclu ».

À l'audience, la requérante répond que la recevabilité de la présente demande est uniquement subordonnée à l'existence d'un moyen sérieux et que l'extrême urgence à statuer est présumée (article 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). Elle maintient que la demande est recevable même si le marché est déjà conclu.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 15 de 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 dispose que l'instance de recours peut ordonner la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 de la même loi, c'est-à-dire pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante. Ces dispositions sont rendues applicables aux marchés n'atteignant pas les seuils de publicité européenne par l'article 31 de la même loi. La suspension de l'exécution de telles décisions peut être ordonnée « en présence d'un moyen sérieux [...] sans que la preuve de l'urgence doive être apportée ».

En l'espèce, l'intérêt de la requérante au présent recours n'est *prima facie* pas contestable. La requérante est un opérateur économique qui a fait offre pour le marché considéré. Par sa requête et les moyens nouveaux qu'elle développe à l'audience, elle tend à démontrer que des illégalités qui affectent la sélection des soumissionnaires et l'examen de la régularité des offres ont conduit la partie adverse à décider irrégulièrement de sa non-sélection et de l'écartement de son offre ainsi

qu'à retenir irrégulièrement, et à son désavantage, l'offre de la société SBIM pour lui attribuer le marché.

La circonstance que le marché est déjà conclu ne prive pas la requérante de son intérêt à demander la suspension de l'exécution de la décision d'attribuer le marché, en application de l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée, dès lors que, conformément à ce que prévoit cette disposition, d'une part, elle remplit les mêmes conditions que celles qui lui permettent de demander l'annulation de cette décision et que, d'autre part, la preuve de l'urgence à statuer ne doit pas être apportée.

L'exception d'irrecevabilité du recours, tirée du défaut d'intérêt à agir, de la conclusion du marché litigieux et, consécutivement, du prétendu défaut d'extrême urgence à statuer, ne peut être accueillie.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante prend un moyen unique de la violation des articles 4, 5, 41 et 83, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 65, 68 et 76, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4, 5 et 29, de la loi du 17 juin 2013 relative 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, des articles 10 et 11 de la Constitution, des principes généraux du droit et, plus particulièrement, des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de transparence et de libre concurrence, de minutie et de l'obligation de motivation matérielle, du principe « *Patere legem quam ipse fecisiti* » ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Dans une *première branche*, la requérante soutient que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation concernant sa non-sélection en considérant que les attestations de bonne exécution qu'elle a produites ne permettent pas de justifier de « marchés de fournitures analogues » d'un montant minimum de 30.000 euros HTVA. Elle rappelle la portée de l'erreur manifeste d'appréciation et le contenu des articles 65 et 68, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe de transparence et du critère de sélection qualitative relatif à la capacité technique des

soumissionnaires, prévu par le cahier spécial des charges au point 2.8.2.b. Elle fait valoir que le critère de sélection et son niveau minimal ne sont pas définis de manière suffisamment précise dans le cahier des charges pour permettre aux soumissionnaires de déposer une offre en toute connaissance de cause.

Elle estime, premièrement, qu'il ne ressort pas de ce cahier qu'il était exigé que les deux attestations requises portent sur des fournitures ayant fait l'objet de « marchés publics » plutôt que de « marchés privés », l'article 68, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 visant comme moyens de preuve la liste de fournitures indiquant notamment le « destinataire public ou privé ». La requérante considère que les attestations litigieuses ne devaient mentionner ni le type de marché (public ou privé) ni le type de procédure de mise en concurrence et que l'exigence de dossiers « passés par une procédure de marché public » est contraire aux documents du marché et ajoute une condition non prévue.

Elle fait valoir, deuxièmement, que le cahier ne précise pas, non plus, ce qu'il faut entendre par la « fourniture et installation d'un logiciel ». Elle explique qu'« une mise à jour d'un logiciel existant implique “une fourniture et une installation” du logiciel dans la mesure où il s'agit d'équiper Vivalia d'un nouveau logiciel qui comprend des paramètres différents et qui nécessite dès lors une installation de la part du fournisseur ». Elle ne comprend pas en quoi « la mise à jour d'un logiciel ne répondrait pas aux attentes de Vivalia telles qu'elles sont définies dans le cahier spécial des charges ».

La requérante déduit de ces éléments qu'elle aurait dû être sélectionnée sur la base des deux attestations de bonne exécution qu'elle a produites dans son offre.

Dans une *deuxième branche*, la requérante estime que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que son offre était irrégulière au motif qu'elle imposerait des délais de livraison et de formation supérieurs à ceux prévus dans le cahier spécial des charges. Après avoir rappelé le contenu des articles 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité et la notion d'irrégularité substantielle visée à cette disposition, elle soutient, tout d'abord, n'avoir effectué qu'une « proposition de planning », celui-ci pouvant « certainement être rediscuté » selon la disponibilité des différents services au moment de la présentation du projet. Elle explique que « cette proposition de planning n'implique pas que la [requérante] n'est pas capable de respecter le délai mentionné par Vivalia », mais que « ce dernier lui a toutefois semblé peu réaliste compte tenu de la charge de travail des services RHM [de la partie adverse] ». Elle ajoute, ensuite, que les délais de livraison ne sont pas

considérés par le cahier comme des exigences minimales à respecter par les soumissionnaires au stade du dépôt des offres, mais comme une clause qui concerne l'exécution du marché et donc l'adjudicataire seul. Elle relève que le non-respect de cette clause est sanctionné par l'application d'amendes de retard, et non par l'écartement d'une offre au motif qu'elle proposerait des délais d'exécution supérieurs à ceux repris dans le cahier. Elle considère que les délais de livraison et de formation ne sont pas des spécifications techniques au sens de l'article 53 de la loi du 17 juin 2016. Elle ajoute que la partie adverse ne pourrait pas non plus invoquer l'article 88 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 pour soutenir qu'elle aurait accepté l'offre de la requérante avec une réserve si elle avait conclu le marché avec elle, cette disposition réglementaire interdisant au pouvoir adjudicateur d'émettre des réserves concernant la « conclusion du marché ». Elle déduit de ces éléments que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que son offre est irrégulière dans la mesure où elle s'est limitée à proposer des délais de livraison et de formation différents de ceux repris dans les clauses du cahier des charges relatives à l'exécution du marché.

Dans une *troisième branche*, la requérante reproche à la partie adverse de considérer, d'une part, que les attestations de bonne exécution doivent exclusivement viser des « marchés publics » et ne pas porter sur la mise à jour de logiciel et, d'autre part, que des dérogations aux délais de livraison et de formation rendent l'offre irrégulière alors que, selon elle, ces différentes exigences ne sont pas mentionnées dans le cahier des charges. Selon elle, en imposant des conditions non prévues dans le cahier des charges, la partie adverse a violé le principe *patere legem quam ipse fecisti* et le principe d'égalité et de non-discrimination entre les soumissionnaires puisque, tout comme les autres soumissionnaires sélectionnés, la requérante a répondu aux exigences fixées dans le cahier des charges.

Dans une *quatrième branche*, la requérante affirme que la décision attaquée n'est pas suffisamment et adéquatement motivée, dès lors qu'elle n'expose pas les raisons pour lesquelles elle considère que les attestations de bonne exécution ne sont pas valables et que son offre imposerait des délais de livraison et de formation, alors que, selon la requérante, elle a remis des attestations valables et qu'elle n'a pas imposé de tels délais. Elle rappelle la portée du devoir de motivation formelle et matérielle qui s'impose au pouvoir adjudicateur et développe son argumentation comme il suit :

« [...] la motivation de VIVALIA n'est pas adéquate dans la mesure où elle se contente d'indiquer, sans étayer davantage son raisonnement, que les contrats obtenus par la SRL C-CONSULT ADVICE auprès du CHR de Huy et de la Clinique André Renard n'auraient pas été passés dans le cadre d'une procédure de marché public alors que ces derniers ont pourtant la qualité de pouvoir adjudicateur et, partant, sont soumis à la réglementation relative aux marchés

publics. VIVALIA ne conteste d'ailleurs pas leur qualité de pouvoir adjudicateur aux termes du courrier de ses conseils du 27 janvier 2023 [...]. VIVALIA n'expose pas non plus dans sa motivation en quoi ses échanges avec le CHR de Huy et la Clinique André Renard auraient abouti à considérer que la mise à jour d'un logiciel existant ne concernerait pas "la fourniture et l'installation d'un logiciel".

[...] Par ailleurs, VIVALIA ne précise pas en quoi la SRL C-CONSULT ADVICE aurait imposé ses propres délais de livraison et formation alors que, comme indiqué plus haut dans le cadre de la deuxième branche du moyen unique, cette dernière a précisé expressément dans son offre que le planning peut être rediscuté en début de projet. Le fait pour VIVALIA de faire usage du terme "imposer" est dès lors inadéquat. »

2. Note d'observations

Quant à la première branche, la partie adverse répond que c'est à tort que la requérante soutient que les attestations de bonne exécution à produire pouvaient concerner tant des marchés publics que des marchés privés. Elle relève que le cahier spécial des charges renvoie à une « liste des principaux marchés de fournitures analogues [...] remportés et réalisés au cours des trois dernières années », marchés qui, selon elle, visent nécessairement des « marchés publics » à l'instar de ce que prévoit l'article 68, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 qui se réfère à des « marchés exécutés antérieurement ». Elle ajoute qu'il ressort des discussions échangées sur le forum que la requérante avait bien compris l'exigence de produire des attestations de bonne exécution dans le cadre de marchés publics. Elle estime que la décision attaquée est donc adéquatement motivée en ce qu'elle relève que le cahier des charges exige des attestations de bonne exécution délivrées dans le cadre de marchés publics analogues. Elle fait valoir que les attestations produites par la requérante ne satisfont pas à cette condition : d'une part, la requérante l'a admis sur le forum et n'apporte pas la preuve, dans sa requête, que ce ne serait pas le cas ; d'autre part, l'absence d'attestation délivrée dans le cadre d'un marché public a été confirmée par l'un des auteurs de ces attestations. La partie adverse conclut qu'elle n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que ces attestations ne rencontraient pas le prescrit du cahier spécial des charges dès lors que « ces dossiers ne sont pas passés par une procédure de marché public ».

La partie adverse ajoute que c'est également à tort que la requérante soutient que le cahier spécial des charges ne précise pas ce qu'il faut entendre par la « fourniture et installation d'un logiciel ». Elle se réfère à l'intitulé du marché en cause qui porte sur « l'acquisition, la maintenance et la formation d'un logiciel RHM [...] pour les besoins de Vivalia » et affirme que l'acquisition et l'implémentation d'un nouveau logiciel diffèrent indéniablement de la simple mise à jour d'un logiciel existant, ce qu'elle a d'ailleurs déjà expliqué sur le forum, en précisant qu'elle attendait du soumissionnaire qu'il remette un prix pour

l'installation d'un logiciel et pas uniquement pour sa maintenance. Elle en déduit que les attestations à produire ne pouvaient porter sur la seule maintenance de logiciels alors qu'il ressort des attestations présentées par la requérante qu'elles ont été émises dans le cadre de la « fourniture, mise en œuvre et maintenance d'un logiciel RHM (RXMonWeb) sur base d'une mise à jour du logiciel existant càd le RXM », ce que la requérante a reconnu sur le forum et ce que l'un des auteurs des attestations a confirmé dans un courriel lui adressé le 30 janvier 2023. La partie adverse en conclut qu'elle n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que les attestations produites ne rencontraient pas le prescrit du cahier spécial des charges dès lors que ces attestations « ne concernent nullement la fourniture et installation d'un logiciel » et qu'« il s'agit ici uniquement d'une mise à jour du logiciel existant ».

La partie adverse ajoute que « les deux éléments précités (l'objet des attestations et le fait qu'elles n'ont pas été délivrées dans le cadre d'un marché public) sont pertinents et objectifs et sont de nature à justifier seuls le rejet de l'offre de la requérante ».

Quant à la deuxième branche, la partie adverse fait valoir que le cahier spécial des charges prévoit des délais « maximaux » de 30 jours calendrier pour la livraison des fournitures et d'un mois pour la formation et l'assistance, qu'il s'agit d'une spécification technique du cahier au sens de l'article 53 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et que ces délais devaient impérativement « être respectés par les soumissionnaires ». Elle explique que l'imposition de délais serrés est justifiée par le fait que « le logiciel RXM utilisé sur deux sites ne serait plus disponible via le navigateur IE à dater du 1^{er} janvier 2023 » et qu'« il convenait donc de procéder à son remplacement le plus rapidement possible ». Elle expose que le délai de quatre mois qui figure dans l'offre de la requérante n'est pas conforme aux délais imposés par le cahier des charges, que, contrairement à ce qu'affirme la requérante, cette mention dans son offre ne constitue pas une simple proposition qui pouvait être discutée au moment de la présentation du projet, que le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter le principe d'égalité des soumissionnaires tout au long de la procédure, que, suivant l'article 88 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, si elle avait dû retenir l'offre de la requérante comme étant l'offre économiquement la plus avantageuse, elle devait accepter cette offre sans réserve et donc également le délai de quatre mois qui y est repris, que la requérante se serait ainsi trouvée avantagée par rapport aux autres soumissionnaires et que le principe d'égalité aurait, dès lors, été méconnu si elle avait décidé de retenir l'offre de la requérante, malgré la violation des exigences du cahier en matière de délais. Elle déduit de ces éléments que « l'irrégularité relevée revêt bien un caractère substantiel dès lors qu'elle portait sur le non-respect d'une exigence minimale et était de nature

à donner un avantage discriminatoire à la requérante » et que « c'est à juste titre que Vivalia a considéré que "l'offre de C-Consult Advice n'est pas régulière étant donné que celle-ci impose ses propres délais de livraison" et qu'elle a donc décidé d'écarter l'offre de la requérante sur cette base ». La partie adverse ajoute encore que « bien que développée à titre subsidiaire, cette irrégularité est également de nature à justifier seule le rejet de l'offre de la requérante ».

Quant à la troisième branche, la partie adverse renvoie aux deux premières branches et répond que l'acte attaqué est conforme aux dispositions du cahier spécial des charges, qu'elle n'a pas imposé des conditions non prévues par ce cahier et qu'elle ne s'est donc pas éloignée d'une ligne de conduite qu'elle se serait elle-même fixée.

Quant à la quatrième branche, la partie adverse reproduit les motifs de l'acte attaqué et fait valoir que la motivation de celui-ci est « bien adéquate, suffisante et pertinente », qu'elle « reprend l'ensemble des considérations de droit et de fait l'ayant conduite à écarter l'offre de la requérante » et qu'elle permet à la requérante de comprendre les raisons du rejet de son offre. La partie adverse ajoute qu'elle ne devait pas « reprendre en détail le contenu de ses échanges avec les auteurs des attestations de bonne exécution », ces échanges ayant eu lieu par téléphone. Elle répète que la requérante savait pertinemment que les attestations produites ne respectaient pas les prescriptions du cahier des charges, dès lors qu'elles n'ont « pas été délivrées dans le cadre de marchés publics » et qu'elles ne portaient pas « sur l'acquisition d'un nouveau logiciel », les parties ayant déjà échangé à ce sujet sur le forum. Elle souligne enfin que la motivation de l'acte attaqué est adéquate dès lors qu'elle relève que le planning repris dans l'offre de la requérante est contraire aux délais imposés par le cahier des charges, que la requérante ne conteste pas que ce planning fait bien état d'un délai de quatre mois et que, dès lors que la partie adverse ne pouvait accepter l'offre de la requérante sous réserve du planning proposé, elle se voyait bien « imposer » celui-ci.

3. Débats à l'audience

À l'audience, la requérante insiste sur le fait que les auteurs des attestations de bonne exécution sont des pouvoirs adjudicateurs, qu'en cette qualité, ils concluent des marchés publics et que, s'il s'agit de marchés à faibles montants, ils délivrent des bons de commande et les marchés sont conclus sur simple facture acceptée. Elle ajoute qu'il n'existe aucune preuve des échanges téléphoniques dont la partie adverse fait état et relève que, dans son courriel du 23 janvier 2023, la partie adverse s'adresse à l'auteur d'une des deux attestations comme si c'était la première fois qu'elle prenait contact avec lui.

La requérante soulève également deux moyens nouveaux à l'audience qu'elle formule après avoir pris connaissance des pièces du dossier administratif.

Elle soutient, premièrement, qu'il ressort du courrier de notification de la décision d'attribution, envoyé à la société SBIM, que celle-ci a remis un prix « zéro » pour le poste relatif à l'acquisition du logiciel. Elle fait valoir qu'il s'agit d'un prix anormalement bas qui aurait dû attirer l'attention de la partie adverse et amené celle-ci à demander des justifications. Elle relève qu'il ne ressort pas de la décision d'attribution que la partie adverse aurait procédé à la vérification de ce prix « zéro » et en déduit que l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 est violé.

La requérante affirme, deuxièmement, que la vérification de la régularité technique des offres n'a pas été faite correctement puisqu'il ressort des courriels déposés par la partie adverse qu'elle a eu lieu oralement et que la régularité de l'offre de l'adjudicataire a été établie sur la seule base du fait que le produit est déjà utilisé dans une des entités de la partie adverse et qu'il est donc connu de celle-ci.

À l'audience, la partie adverse insiste sur la circonstance que la requérante avait manifestement compris les exigences du cahier spécial des charges en matière de sélection qualitative et qu'elle savait que les attestations produites n'y satisfaisaient pas, que ceci ressort clairement des questions qu'elle a posées sur le forum. Elle en déduit que la requérante n'a pas intérêt aux première et troisième branches du moyen unique et que son recours est dès lors irrecevable.

Interrogée sur sa réponse à donner aux moyens nouveaux soulevés à l'audience, le conseil de la partie adverse déclare qu'elle n'a pas eu la possibilité de s'entretenir avec sa cliente à ce sujet, qu'elle n'est pas en mesure de répondre à ces moyens et qu'en toute hypothèse, le recours est irrecevable pour les raisons qu'elle vient d'indiquer.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant aux griefs dirigés contre les motifs de l'acte attaqué relatifs à la non-sélection de la requérante

Dans les première, troisième et quatrième branches du moyen unique, la requérante soutient, en substance, que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation concernant sa non-sélection en considérant que les attestations de bonne exécution qu'elle a produites ne permettent pas de justifier de « marchés de fournitures analogues » d'un minimum de 30.000 euros HTVA, que le

critère de sélection en cause et son niveau d'exigence ne sont pas définis de manière suffisamment précise dans le cahier des charges, qu'en particulier, il ne ressort pas de ce cahier que les attestations devaient être délivrées dans le cadre de « marchés publics » et qu'elles ne pouvaient porter sur la fourniture et l'installation de logiciels de mise à jour de logiciels existants, que ces deux exigences sont contraires aux dispositions du cahier des charges et ajoutent des conditions qui n'y sont pas prévues. Elle fait également valoir que la décision attaquée n'est pas suffisamment et adéquatement motivée sur ce point dès lors que, premièrement, elle n'expose pas les raisons pour lesquelles les attestations produites ne sont pas considérées comme valables, que, deuxièmement, elle se limite à indiquer que les contrats qu'elle a conclus avec les auteurs des attestations n'auraient pas été passés dans le cadre d'une procédure de marchés publics alors que ces derniers ont la qualité de pouvoir adjudicateur et sont donc soumis à la réglementation des marchés publics et que, troisièmement, elle ne précise pas en quoi les échanges téléphoniques que la partie adverse aurait eus avec ces auteurs lui permettraient de considérer que la mise à jour d'un logiciel existant ne concernerait pas « la fourniture et l'installation d'un logiciel », objet du marché litigieux.

Le point 2.8.2.b. du cahier des charges prévoit ce qui suit, concernant la sélection qualitative :

- « b. Capacité technique (article 68 de l'A.R. du 18 avril 2017)
Le soumissionnaire présentera la liste des principaux marchés de fournitures analogues qu'il a remportés et réalisés au cours des trois dernières années. Si la société existe depuis moins de trois ans, elle fournira les données pour ses années d'existence.
Minimum exigé : le soumissionnaire fournira au moins 2 références de marchés de fournitures analogues (attestation de bonne exécution) d'un montant minimum de 30.000€ HTVA. »

La possibilité d'exiger la production de références obtenues dans le cadre de précédents « marchés » pour vérifier les capacités techniques et professionnelles des candidats ou des soumissionnaires est reprise de l'article 68, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques qui dispose que « le pouvoir adjudicateur peut notamment exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement ». Le paragraphe 4 de la même disposition précise les moyens de preuve attestant des capacités techniques que le pouvoir adjudicateur peut exiger, à savoir notamment « 1° [...] b) une liste des principales fournitures effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années au maximum, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé [...] ».

Dans la mesure où un examen en extrême urgence permet d'en juger, il apparaît de la combinaison de ces deux paragraphes que la référence faite à des « marchés exécutés antérieurement » vise tout type de commandes obtenues et réalisées antérieurement, qu'elles soient publiques ou privées. Les critères de sélection qui ont trait aux capacités techniques et professionnelles du candidat ou du soumissionnaire permettent de garantir que celui-ci dispose des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer (article 71, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics). Au vu de cet objectif, il ne semble guère pertinent de s'interroger sur le fait de savoir si les références sont établies à la suite d' « une procédure de marché public » ni *a fortiori* d'imposer pareille exigence au titre de moyens de preuve des capacités techniques du candidat ou du soumissionnaire. *Prima facie*, rien ne permet de considérer que le cahier spécial des charges – qui ne fait que paraphraser l'article 68 précité – imposerait une telle exigence.

Le motif de l'acte attaqué qui mentionne que les « dossiers ne sont pas passés par une procédure de marché public » semble ajouter au cahier des charges une condition qu'il ne prévoit pas. *Prima facie*, un tel motif est inadéquat.

Le point 2.8.2.b du cahier des charges exige, par ailleurs, la production de deux attestations de bonne exécution portant sur des « fournitures analogues », sans autre précision. Le marché de fournitures en cause a pour intitulé « l'acquisition, la maintenance et la formation d'un logiciel RHM (Résumé Hospitalier Minimum) pour les besoins de Vivalia ». L'objet du marché est décrit comme il suit au point 2.2.1 du cahier des charges :

« Le présent marché se rapporte à une procédure négociée directe avec publication préalable pour la fourniture et l'installation d'un logiciel RHM ainsi que la maintenance et formation nécessaires à son utilisation durant 3 ans».

Les éléments repris dans le prix sont les suivants (point 2.5.2 du cahier) :

- «
- a. Acquisition du logiciel (parties DM-RHM et DI-RHM) ;
 - b. Installation du logiciel ;
 - c. Maintenance sur 3 ans (avec mises à jour régulières ainsi que mises en conformité selon les directives du SPF) ;
 - d. Interfaces nécessaires avec WISH, le DRG Finder de 3M, OMNIPRO ;
 - e. Récupération de l'historique ;
 - f. Documentation ;
 - g. Formation des utilisateurs.
- ».

Dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, il ne paraît pas que les attestations de bonne exécution devant porter sur des « fournitures analogues » (point 2.8.2.b) à celles visées par l'objet du marché ne pourraient pas concerner la fourniture d'un logiciel de mise à jour d'un logiciel déjà existant, dès lors que, comme le soutient la requérante, le logiciel de mise à jour doit être fourni

et installé. L' « acquisition » du logiciel – dont la partie adverse fait grand cas – vise l'achat du droit d'utilisation des licences de ce logiciel. Or, rien ne permet d'affirmer qu'un logiciel de mise à niveau d'un logiciel existant ne serait pas lui-même subordonné à l'obtention de telles licences, ni que l'installation de ce type de logiciel n'impliquerait, par elle-même, aucun coût, en plus des coûts de maintenance et des formations nécessaires à son utilisation.

Dans ce contexte, les motifs de l'acte attaqué qui mentionnent que « les attestations transmises [par la requérante] ne concernent nullement la fourniture et l'installation d'un logiciel » parce qu' « il s'agit ici uniquement d'une mise à jour du logiciel existant sur ces sites » paraissent bien insuffisants. C'est d'autant plus le cas que, comme le relève la requérante, les affirmations que contient l'acte attaqué reposent exclusivement sur des contacts téléphoniques que la partie adverse déclare avoir eus avec les auteurs des attestations de bonne exécution. Le dossier administratif ne contient pas la moindre trace de tels échanges. Les courriels des 23 et 30 janvier 2023 – produits par la partie adverse – sont postérieurs à l'acte attaqué et ne font pas mention de contacts téléphoniques antérieurs à l'adoption de celui-ci. Par ailleurs, le courriel du 30 janvier 2023 adressé à la partie adverse par l'auteur d'une des deux attestations fait uniquement état d'un « logiciel installé [...] qui remplacera le programme RXM qui est installé à la clinique depuis plus de 15 ans » : une telle réponse ne permet pas, par elle-même, de comprendre les motifs de l'acte attaqué suivant lesquels les prestations de « fourniture, mise en œuvre et maintenance d'un logiciel RHM (RXMonWeb) sur base d'une mise à jour du logiciel existant c'est-à-dire le RXM » visées par les attestations de bonne exécution produites « ne concernent nullement la fourniture et l'installation d'un logiciel ». Pour le reste, la requérante n'a jamais contesté que les attestations produites portaient sur la fourniture d'un logiciel de mise à jour d'un logiciel existant. Elle soutient cependant que la fourniture d'un tel logiciel peut être qualifiée de « fourniture analogue » à celle visée par l'objet du marché litigieux.

La requérante a, sur le forum, interrogé la partie adverse sur la portée du critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle en exposant sa situation au regard des exigences fixées par le cahier spécial des charges. Le fait qu'elle ait pu entrevoir d'éventuelles difficultés à ce sujet ne la prive pas de son intérêt à critiquer, dans le cadre du présent recours, les motifs de l'acte attaqué relatifs à sa non-sélection.

Dans la mesure précitée, le moyen unique, en ses première, troisième et quatrième branches, est sérieux.

Quant aux griefs dirigés contre le motif de l'acte attaqué relatif à l'irrégularité affectant l'offre de la requérante

Le motif de l'acte attaqué qui dénonce une irrégularité dans l'offre de la requérante est rédigé comme il suit :

« De plus, [...] il est important de préciser que l'offre de C-Consult Advice n'est pas régulière étant donné que celle-ci impose ses propres délais de livraison [...] en effet, le pouvoir adjudicateur a imposé, dans son cahier des charges que la livraison et installation du logiciel soient réalisées dans un délai de 30 jours calendrier ainsi qu'un délai de 1 mois calendrier supplémentaire pour former les utilisateurs et paramétrer le logiciel [...] or, dans son offre, la firme impose son propre délai de 4 mois, ce qui déroge aux clauses du cahier des charges et rend l'offre irrégulière ».

La décision attaquée ne tire pas de conséquence du constat de l'irrégularité qu'elle identifie dans l'offre de la requérante. Elle ne déclare pas nulle cette dernière ni n'indique qu'elle doit être écartée pour irrégularité substantielle. Elle conclut seulement que « la firme C-Consult Advice n'est pas sélectionnable étant donné que les attestations de bonne exécution transmises dans l'offre ne répondent pas aux exigences imposées par le pouvoir adjudicateur dans le cahier des charges ».

Pour rappel, lorsque le pouvoir adjudicateur est confronté à une irrégularité dans une offre, il lui appartient de l'examiner, de la qualifier de substantielle ou de non substantielle, d'en tirer les conséquences quant à l'écartement de l'offre concernée et d'indiquer, dans la décision d'attribution, les motifs qui justifient sa décision. En l'espèce, les motifs de l'acte attaqué ne font nullement apparaître que la partie adverse a procédé à l'examen du caractère substantiel ou non de l'irrégularité qu'elle attache à l'offre déposée par la requérante. Les explications fournies tardivement dans la note d'observations ne peuvent venir compléter les motifs de l'acte attaqué.

Au vu de ces éléments, la partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que l'irrégularité qui affecterait l'offre de la requérante justifierait, à elle seule, le rejet de celle-ci. Tel qu'il est rédigé, le motif de l'acte attaqué relatif à cette irrégularité n'apparaît pas comme un motif déterminant de cet acte. Les griefs dirigés contre ce motif ne doivent dès lors pas être examinés, la suspension de l'exécution de l'acte attaqué pouvant être ordonnée sur la seule base du caractère sérieux des griefs dirigés contre les motifs de l'acte attaqué relatifs à la non-sélection de la requérante.

Le moyen unique de la requête étant sérieux, il n'y a pas lieu, non plus, d'examiner les moyens nouveaux soulevés à l'audience par la requérante.

VI. Balance des intérêts

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

VII. Confidentialité

La requérante demande que l'offre qu'elle a déposée dans la cadre de la procédure de passation du marché litigieux soit tenue pour confidentielle de manière à ne pas nuire au secret d'affaires et à assurer une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit de la pièce A annexée à la requête.

La partie adverse formule la même demande à propos des pièces B et C du dossier administratif. Il s'agit des offres déposées dans le cadre du marché litigieux. La confidentialité de la pièce A – qui contient le rapport d'analyse des offres – a été levée au cours de l'instruction de l'affaire.

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision prise le 21 novembre 2022 par le directeur général de la partie adverse de ne pas sélectionner la requérante et de rejeter en conséquence son offre dans le cadre du marché public de fourniture relatif à l' « acquisition, la maintenance et la formation d'un logiciel RHM (Résumé Hospitalier Minimum) pour les besoins de Vivialia » est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces B et C du dossier administratif et la pièce A annexée à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 3 mars 2023 par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret