

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

A R R Ê T

n^o 257.131 du 25 juillet 2023

A. 239.382/VI-22.594

En cause : la société de droit français **SWISSLOG
HEALTHCARE AG**

ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT et
Anne-Sophie BOUVY, avocats,
rue de Loxum, 25
1000 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative Intercommunale
de Santé publique du Pays de Charleroi,**
en abrégé, ISPPC,

ayant élu domicile chez
M^{es} Jean LAURENT et
Charline SERVAIS, avocats,
avenue Louise 250
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 21 juin 2023, la société de droit français Swisslog Healthcare Ag demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du bureau exécutif de l'ISPPC du [10] mai 2023 de déclarer l'offre de la partie requérante irrégulière et d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 22 juin 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 6 juillet 2023, date à laquelle l'affaire a été mise en continuation à l'audience du 12 juillet 2023.

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

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

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

M^{es} Bruno Lombaert et Anne-Sophie Bouvy, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Jean Laurent et Charline Servais, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Esther Rombaix, 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 :

- « 1. Le marché litigieux porte sur la fourniture d'armoires informatisées pour la délivrance de médicaments.
L'ISPPC souhaite en effet acquérir des armoires informatisées pour la délivrance des médicaments au niveau des armoires de garde et des urgences ainsi que pour les stupéfiants en salle d'opération, sur les sites de l'Hôpital Civil Marie Curie et du CHU André Vésale.
Le marché est passé par procédure ouverte.
2. L'avis de marché a été publié au Bulletin des Adjudications (BDA) le 23 juin 2022 (pièce n° 1) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) le 28 juin 2022 (pièce n° 2). Il a été complété par plusieurs avis rectificatifs :
- du 20 juillet 2022 (BDA – pièce n° 3) et du 25 juillet 2022 (JOUE – pièce n° 4) : report de la date limite de dépôt des offres au 9 août 2022 ;
 - du 3 août 2022 (BDA – pièce n° 5) et du 8 août 2022 (JOUE – pièce n° 6) : report de la date limite de dépôt des offres au 23 août 2022 ;
 - du 8 août 2022 (BDA – pièce n° 7) et du 12 août 2022 (JOUE – pièce n° 8) : planification d'une visite non obligatoire des lieux le 16 août 2022 ;
 - du 11 août 2022 (BDA – pièce n° 9) et du 16 août 2022 (JOUE – pièce n° 10) : publication d'un fichier reprenant les questions et les réponses, report de la date limite de dépôt des offres au 6 septembre 2022, modification du point IV.1.4 du cahier des charges "Identification du personnel" et précisions complémentaires quant à la visite des lieux du 16 août 2022.
3. Le cahier spécial des charges (pièce n° 11) a été mis à la disposition des soumissionnaires via un accès en ligne et prévoit les critères d'attribution suivants (point II.10) :

“ Les critères suivants sont d'application lors de l'attribution du marché :

N°	Description	Pondération
1	Prix	30
	<p>Ce critère sera évalué sur base du coût total EUR TVAC repris dans l'ANNEXE B : INVENTAIRE.</p> <p>La cotation est calculée sur la base de la règle de proportionnalité, comme suit :</p> <p>Score offre (arrondi à la deuxième décimale) = (coût total de l'offre régulière introduite par un soumissionnaire sélectionné la plus basse / coût total de l'offre) * poids du critère prix</p>	
2	Qualité de la proposition	50
	<p>L'absence d'informations relatives à ce critère en particulier entrainera le fait qu'aucun point ne puisse être attribué au critère.</p> <p>Ces sous-critères seront cotés sur base des informations reçues dans l'offre et de la démonstration en les comparant aux autres offres reçues.</p>	
2.1	Logiciel de gestion	10
	<p>Les points suivants seront analysés lors d'une démonstration de la proposition :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Nombre de fonctionnalités disponibles - Facilité d'utilisation - Logiciel intuitif - Possibilité de mise à jour des différentes armoires à partir du logiciel - Traçabilité 	
2.2	Armoire	10
	<p>Les points suivants seront analysés :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Robustesse - Sécurisation et facilité d'accès - Intégration des perfusions - Mode de fonctionnement de l'armoire pour le prélèvement d'un médicament - Mode de fonctionnement de l'armoire pour le prélèvement d'un médicament pour un patient inconnu - Mode de délivrance des mutlidoses - Capacité d'éditer une prescription papier - Liaison avec la prescription informatisée - Système first in/first out - Suivi des péremptions et numéro de lot 	
2.3	Gestion de la délivrance	10
	<p>Les points suivants seront analysés :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Rapidité - Guide visuel au niveau des tiroirs - 1 seul ordinateur centralisé - Encodage de tous les traitements avant prélèvement 	
2.4	Intégration de la solution dans les locaux disponibles	7,5
	<p>Le point suivant sera analysé :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Rendement capacité de stockage/superficie 	
2.5	Gestion des frigos	2,5
	<p>Les point suivant sera analysé :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Type de sécurisation des médicaments frigo 	

2.6	Modularité et possibilité de modification	5
	Les points suivants seront analysés : - Facilité de modifier les localisations des médicaments - Facilité de modifier les tailles des stockages	
2.7	Réapprovisionnement	2,5
	Les points suivants seront analysés : - Gestion des stocks minimums et seuils critiques - Facilité de réapprovisionnement et guide visuel - Possibilité d'interruption	
2.8	Gestion des retours	2,5
	Les points suivants seront analysés : - Remise directement dans l'armoire - Bac facilement utilisable	
3	Déploiement	5
	La cote de ce critère sera attribuée sur base de l'accompagnement décrit dans l'offre et en comparant celui-ci à l'accompagnement communiqué dans les autres offres reçues.	
4	Dépannage	5
	La note sera attribuée sur base du délai pour intervention communiqué (en jours calendrier) dans l'offre et en comparant celui-ci au délai communiqué dans les autres offres reçues. La cotation est calculée sur la base de la règle de proportionnalité, comme suit : $\text{Score offre (arrondi à la deuxième décimale)} = (\text{Jours ouvrables du soumissionnaire ayant remis le délai le plus court} / \text{jours ouvrables du soumissionnaire}) * \text{poids du critère prix}$	
Pondération totale des critères d'attribution :		90

Une certaine valeur a été attribuée à chaque critère. Sur base de l'évaluation de tous ces critères, tenant compte de la valeur attribuée à chacun, le marché sera attribué au soumissionnaire présentant l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur”.

4. Concernant le choix de l'offre, le cahier spécial des charges prévoit ce qui suit (point II.13) :

“ Le pouvoir adjudicateur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, déterminée en se fondant sur le meilleur rapport qualité / prix.

Par la présentation de son offre, le soumissionnaire accepte toutes les clauses du Cahier des Charges et renonce à toutes les autres conditions. Si le pouvoir adjudicateur constate, lors de l'analyse des offres, que le soumissionnaire a ajouté des conditions qui rendent l'offre imprécise ou si le soumissionnaire émet des réserves quant aux conditions du Cahier des Charges, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de considérer l'offre comme substantiellement irrégulière.

Le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres, sans que sa responsabilité soit engagée pour les erreurs qui n'auraient pas été décelées. Pour ce faire il peut, dans le délai qu'il détermine, inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier, afin de rechercher l'intention réelle”.

5. Quant aux exigences techniques, le cahier spécial des charges prévoit ce qui suit (point IV.1) :

“ Le CHU de Charleroi souhaite acquérir des armoires informatisées pour la délivrance des médicaments au niveau des armoires de garde et des urgences ainsi que pour les stupéfiants en salle d'opération sur les sites de l'Hôpital Civil Marie Curie et du CHU André Vésale.

Les fonctionnalités minimales attendues sont :

1. Sécurité :

- Accès sécurisé aux spécialités pharmaceutiques sur base de profils utilisateurs
- Gestion des types de produits accessibles en fonction des profils utilisateurs
- Accès garanti à tous les produits en cas de panne via un mécanisme d'ouverture manuelle sécurisée ou solution alternative équivalente

2. Traçabilité :

- Traçabilité des mouvements de produits
- Attribution des mouvements de produits au patient et au(x) médecin(s) concerné(s)
- Gestion des prises de produits sur des patients encore non identifiés (urgences)
- Historique complet de tous les événements (identifications, mouvements, etc.)

3. Autres :

- Prise en compte des prescriptions informatisées
- Interfaçage complet avec les outils de l'hôpital, en particulier avec infohos pharmacie et e-prescription (Zorgi) et le SIM qui est le Système d'Information Médicale développé en interne. Le SIM

- est le maître du système d'information y compris des signalétiques patients et séjours, même si les numéros uniques de ceux-ci sont générés par l'application CPO/WISH d'IBM.
- Gestion informatique centralisée des armoires : configuration des utilisateurs, des dotations, suivi des stocks en temps réels, reporting, etc.

Le soumissionnaire remet offre pour les types d'armoire présentées en annexe.

La dotation de chaque unité étant différente, la composition des armoires reprises en annexe est une composition type. Ces compositions seront adaptées en fonction de la réalité du terrain et de l'intégration de la prescription informatisée.

Le soumissionnaire doit décrire le matériel qu'il propose afin que le CHU puisse évaluer son offre en fonction des critères d'attribution repris dans ce cahier. Il précisera également le fonctionnement des armoires et des logiciels fournis (qui devront obligatoirement être en français).

Le logiciel doit pouvoir être interfacé avec les outils en usage dans l'institution :

- Logiciel de pharmacie
- Prescription médicamenteuse
- Listing patient
- Listing personnel

Les modifications de composition des armoires devront pouvoir être gérées aisément par le pouvoir adjudicateur et ce, sans intervention du fournisseur après la période d'installation et d'écologie.

Le soumissionnaire décrit ce qui est mis en œuvre par l'armoire en cas de panne de courant, de panne informatique, ...

Les soumissionnaires retenus à l'issue de la sélection qualitative seront invités à effectuer une démonstration de leurs produits.

La composition de chaque armoire (contenants, quantités et niveau de sécurité requis) est disponible dans le fichier Excel intitulé 'Annexe composition armoire'. Veuillez en tenir compte lors de la remise de votre offre".

6. Plus précisément, en ce qui concerne les armoires qui servent au stockage des médicaments, le cahier spécial des charges prévoit ceci (point IV.1.1) :

“ Les armoires permettront le stockage physique des produits listés dans les différentes dotations. La hauteur de chaque armoire ne peut pas excéder 200 cm de haut. Il est à noter que lors de son installation, l'armoire devra pouvoir être inclinée pour passer sous certaines portes.

Une armoire réfrigérée, offrant de préférence les mêmes services de sécurisation et de traçabilité que les autres armoires, sera également proposée :

- o Soit les réfrigérateurs feront partie intégrante de l'armoire,
- o Soit les réfrigérateurs seront indépendants de l'armoire et seront fournis par l'hôpital. Dans ce cas, leur ouverture sera commandée par le système de sécurité de l'armoire et le fournisseur précisera les modalités de contrôle d'ouverture. En cas de panne, l'accès au frigo doit être conservé et tracé.

Les dimensions et poids des armoires proposées seront spécifiés dans leur fiche descriptive, de même que leur capacité de stockage.

Les armoires disposent au minimum de trois niveaux de sécurité tels que décrits ci-après :

1. Niveau élevé : Le système de stockage n'autorise le prélèvement que du médicament et du nombre d'unités demandés
2. Niveau intermédiaire : Le système de stockage n'autorise le prélèvement que du médicament demandé
3. Niveau minimal : Le système autorise le prélèvement dans un tiroir, une étagère ou un réfrigérateur où figure le médicament parmi d'autres.

Dans le cas où le matériel proposé dispose d'autres niveaux de sécurité, le soumissionnaire les décrit dans son offre.

L'armoire doit disposer d'un écran de contrôle unique par localisation permettant d'interagir avec celle-ci. Il doit être facilement nettoyable. Les armoires devant servir de réserve centrale en cas de fermeture de la pharmacie, l'armoire doit être utilisée facilement par des membres du personnel non habitué. La visualisation des localisations des médicaments et la gestion informatique du patient doit être faite sur un écran central.

Le soumissionnaire précise dans son offre le nombre de tiroirs et le nombre d'étagères disponibles pour chaque niveau de sécurité.

De préférence, chaque tiroir et chaque emplacement est identifié par un témoin, lumineux ou autre, qui s'active suite à une demande de prélèvement.

Le soumissionnaire doit prévoir 15% de réserve supplémentaire de stockage par rapport au stock de départ demandé (proposition du fournisseur à faire pour optimiser l'espace et minimiser les coûts)".

7. Swisslog Healthcare a déposé son offre le 2 septembre 2022 (pièce confidentielle A).

8. Par un courriel du 15 décembre 2022, l'ISPPC a interrogé Swisslog Healthcare sur la composition des armoires et les solutions proposées en termes de sécurité (pièce n° 12) :

“ Bonjour,

Je vous contacte dans le cadre du marché public des armoires informatisées pour lequel vous avez soumissionné.

Pourriez-vous nous communiquer, dans le fichier Excel reprenant les compositions des différentes armoires, dans quel type de solution proposée vous avez classé le produit dans votre offre ?

D'avance je vous remercie”.

9. Par un courriel du même jour, Swisslog Healthcare a répondu ce qui suit (pièce n° 12) :

“ Bonjour Mme [D.]

En annexe, vous trouverez le fichier Excel (pièce n° 13) avec le type de solution correspondant aux niveaux de sécurisation des médicaments.

Dans le tableau ci-dessous, vous pouvez voir la logique que nous avons appliquée en fonction de votre définition des niveaux de sécurité.

Niveau	Définition du niveau de sécurité	Type de solution / stockage SLHC
--------	----------------------------------	----------------------------------

		MedSMART
Minimal	« Le système autorise le prélèvement dans un tiroir, une étagère ou un réfrigérateur où figure le médicament parmi d'autres. »	Med Door (porte transparentes avec des étagères)
Intermédiaire	« Le système de stockage n'autorise le prélèvement que du médicament demandé »	Sliding Drawer multidose (tiroir coulissant)
élevé	« Le système de stockage n'autorise le prélèvement que du médicament et du nombre d'unités demandés »	Sliding Drawer unidose (tiroir coulissant)
Frigo	médicaments réfrigérés	CoolSMART (verrouillage pour réfrigérateur)

Nous vous rappelons que à tout moment vous pouvez passer du système intermédiaire à élevé (et inversement) par simple reconfiguration sur votre écran de contrôle.

Je profite de cet e-mail pour vous annoncer que nous avons gagné le marché de l'hôpital William Lennox qui est également interfacé avec ZORGI.

A votre disposition”.

10. Par un courriel du 2 février 2023, l'ISPPC a interrogé Swisslog Healthcare sur la surface totale de ses armoires (pièce n° 12) :

“ Bonjour Mr [Vo.],
Le total de surface de vos armoires représente 8,44 m2. Pourriez-vous nous confirmer que cela est suffisant pour stocker l'ensemble des produits ?
Merci
Bien à vous”.

11. Par un courriel du même jour, Swisslog Healthcare a confirmé que les volumes prévus étaient suffisants (pièce n° 12) :

“ Bonjour Mme [D.]
Oui, c'est suffisant.
Pouvez-vous nous dire quand l'attribution officielle sera annoncée ?
Bien à vous”.

12. Par un courriel du 21 mars 2023, l'ISPPC a interrogé à nouveau Swisslog Healthcare sur la capacité de stockage des armoires (pièce n° 12) :

“ Bonjour,
Je vous recontacte dans le cadre du marché public 'Fourniture d'armoires informatisées pour la délivrance des médicaments' ref : 2022-0049.
Nous avons des interrogations concernant la capacité de stockage des armoires que vous proposez dans votre offre.
Suivant nos calculs, il est impossible stocker l'ensemble des médicaments définis dans le cahier des charges dans les armoires que vous proposez.
Nous avons effectué plusieurs calculs et les différences entre le stockage que vous proposez (en superficie cm2) est largement inférieur au stockage nécessaire (calculé en fonction de la place occupée par les médicaments, également en cm2).

Voici ci-dessous l'analyse réalisée pour 2 des armoires de votre offre :

	Urgences HCMC	Armoire de garde HCMC
Superficie disponible (cm ²)	12.508,09	19.655,57
Superficie nécessaire (cm ²)	22.587,50	56.224,72
Différence	10.079,41	36.569,15

De plus, votre capacité de stockage est largement inférieure à celle proposée par les autres soumissionnaires pour ce marché, ce qui confirme bien qu'il pourrait s'agir d'une erreur.

Pourriez-vous donc vérifier vos calculs et revenir vers nous au plus vite svp.
D'avance je vous remercie”.

13. Par un courriel du 27 mars 2023, l'ISPPC a apporté les précisions suivantes quant à sa demande sur les volumes (pièce n° 12) :

“ Bonjour Mr [Vi.],

Voici la réponse de Mme [T.] concernant son calcul des volumes disponibles :
J'ai pris les tailles renseignées dans l'offre.

Pour un tiroir, j'ai la surface suivante :

	168 compartiments de 2,8 sur	
Taille firme	2,8cm	
	14 en longueur et 12 en largeur	
Place disponible par tiroir	2,8 X 14 + 2,8 X 12 + taille des séparations estimées à 0,5 cm (soit 11 X 0,5 + 13 X 0,5)	
	Longueur	Largeur
	45,7	39,10
	Surface dispo	1.786,87

J'ai considéré que chaque tiroir avait une hauteur de 10cm de haut et je n'ai pas prévu de place pour mettre un doigt pour prélever le médicament donc mon calcul est même sous-estimé.

Je n'ai pas non plus pris en compte la taille des séparations dans mon calcul.

J'ai mesuré l'ensemble des médicaments repris dans les armoires et calculer la surface nécessaire de stockage.

Pour les urgences HCMC, j'ai :

7 tiroirs	12.508,09	
Stupéfiant	1.178,50	
Multidoses	21.409,00	22.587,50
Manque	10.079,41	

Pour l'armoire de garde HCMC, j'ai :

11 tiroirs	19655,57
Place nécessaire	56224,72

Bien à vous”.

14. Par un courriel du même jour, Swisslog Healthcare a répondu ce qui suit (pièce n° 12) :

“ Cher Madame [D.],

Nous vous remercions pour votre courriel ci-dessous, qui nous donne l'occasion d'apporter une clarification.

✓ Nous considérons qu'il est nécessaire de calculer le volume de stockage en mètres cubes, alors que nous voyons que vous faites référence à un calcul en mètres carrés.

Comme vous l'avez suggéré, nous avons examiné le volume de stockage disponible en tenant compte des solutions que nous avons proposées avec nos spécialistes des produits et de la pharmacie. Nous confirmons que, sur la base de la base de données des médicaments reçue, nous vous confirmons que le volume de stockage de l'ADC est approprié et conforme à vos exigences.

Afin d'expliquer plus en détail le calcul du volume, nous sommes en effet disponibles si vous le souhaitez pour une réunion par vidéoconférence avec vous dans les meilleurs délais.

Bien à vous”.

15. Par un courriel du 31 mars 2023, l'ISPPC a, dans la continuité des échanges, demandé des précisions complémentaires sur les volumes de stockage (pièce n° 12) :

“ Bonjour Mr [Vi],

Au vu de la différence très importante de votre solution par rapport à tous les concurrents, nous avons fait une analyse poussée du volume de stockage nécessaire pour 2 armoires reprises dans notre marché public :

- Urgences HCMC

- Armoire de garde HCMC

Nous avons en effet intégré une hauteur de 10cm, afin d'obtenir une mesure en volume.

Pouvez-vous nous communiquer, pour ces 2 armoires, la place que vous estimez nécessaire par médicament ainsi que le numéro de tiroir dans lequel vous le placez ?

Pouvez-vous envoyer ce document pour le 5 avril au plus tard ?

Merci d'avance”.

16. Swisslog Healthcare a répondu dans les délais à la demande de l'ISPPC par un courriel du 4 avril 2023 (pièce n° 12) :

“ Bonjour Me [D.]

Merci de votre réponse.

Nous avons le plaisir de vous partager les éléments qui nous ont permis de configurer vos solutions :

- 1) Nous avons également détecté dans notre réponse une erreur matérielle de rédaction concernant le titrage des slides sur le poste 5 et 6. En effet ces dernières ont été inversées il faut donc lire la composition et la photo de la slide 5 pour le poste 6 et inversement.
- 2) Cette inversion matérielle n'a aucune incidence sur le calcul de la volumétrie de vos solutions donc nous vous confirmons après de nouvelles vérifications que l'ensemble de nos solutions sont bel et bien conforme à votre cahier des charges et que les capacités de stockages seront suffisantes pour chacun des services concernés.
- 3) Explication de la configuration de MedSMART :

- 168 compartiments de 2,8 sur Pour les liquides / injections (sacs, flacons, bouteilles, etc.) - unité de volume = contenu (par exemple, NACL 0,9% PERF VIAFLO SAC 250 ML AE1322G = 250ML)
 - Pour les crèmes/gel/autres - lorsque <10 ml ou grammes, le volume = 10ml - lorsque > Volume = Contenu
 - Pour les solides oraux (comprimés, tablettes etc....) - Volume unitaire = 10ml basé sur une taille moyenne occupée de 3 x 3 x 1 cm + tolérance de 10%
- Configuration ISPPC Poste 1 Urgences HCMC

Niveau sécurité	ADC composant	Nombre références	stock	Volume requis	Volume net / composant	Nombre calculé
minimal	MedDoor	25	701	749	150	5
intermédiaire	Sliding Drawer	181	1870	79	16.1	5
élevé	Sliding Drawer	6	135	2	16.1	1
frigo	Frigo	29	959	63.2	NA	NA

Configuration ISPPC Poste 5 Armoire de garde HCMC

Niveau sécurité	ADC composant	Nombre références	stock	Volume requis	Volume net / composant	Nombre calculé
minimal	MedDoor	34	1063	974.7	150	6
intermédiaire	Sliding Drawer	570	9005	274.5	16.1	17
élevé	Sliding Drawer	0	0	0.0	16.1	0
frigo	Frigo	67	959	63.2	NA	NA

Calcul du volume requis :

- Le volume requis par niveau de sécurité est additionné
- Articles de niveau de sécurité minimal sont placés dans le MedDoor.
- Articles de niveau de sécurité intermédiaire (multidose) et élevé (unitaire) sont placés dans tiroirs coulissants
- Un coefficient d'efficacité interne par composant est appliqué
- Une marge de capacité de 15 % est ajoutée au volume requis.
- Le volume requis est divisé par le volume net disponible par MedDoor et par tiroir.
- Le résultat est le nombre de tiroirs et d'étagères nécessaires.
- La configuration est définie comme la configuration la plus proche possible compte tenu de l'équipement (arrondie par excès).

Bien à vous”.

17. Par un courriel du 5 avril 2023, l'ISPPC a demandé les précisions suivantes quant à la réponse de Swisslog Healthcare (pièce n° 12) :

“ Bonjour,

Je pense avoir compris votre calcul mais afin de faire les dernières vérifications, pourriez-vous m'envoyer le volume que vous estimez nécessaire par article pour le poste 5 armoire de garde HCMC.

Si ce n'est pas possible, pourriez-vous m'envoyer le volume estimé pour la sélection d'articles suivante :

- Paracetamol Braun 100ml (50 pièces) = 50 * 100ml = 5000ml = 5dm³ ?

- Norit carbomix 500ml (6 pièces) = $6 * 500\text{ml} = 3000\text{ml} = 3 \text{ dm}^3$?
- Noradrénaline 4ml (200 pièces) = $4 * 200\text{ml} = 800\text{ml} = 0,8 \text{ dm}^3$?
- Clexane 40mg 0,4ml (30 pièces)
- Levobupivacaine 10ml (20 pièces) = $20 * 10\text{ml} = 200\text{ml} = 0,2\text{dm}^3$?
- Solu-médrol 2ml 125mg (10 pièces) = $10 * 2\text{ml} = 20\text{ml} = 0,02\text{dm}^3$?
- Zalvor crème 30g (3 pièces) = $3 * 30\text{ml} = 90\text{ml} = 0,09\text{dm}^3$?
- Litican amp 2ml (30 pièces)
- Aspégic sachet 100mg (30 pièces)
- Heparine amp 5ml (10 pièces)
- Keppra amp 5 ml (40 pièces)
- Augmentin sirop 80ml (4 pièces)
- Omeprazole comp 20mg (28 pièces)

Merci d'avance.

Bien à vous”.

18. Swisslog Healthcare a répondu par un courriel du 11 avril 2023 (pièce n° 12) :

“ Bonjour Mme [T.]

Voici les confirmations des calculs de volumétrie associés aux médicaments de cette liste :

- Paracetamol Braun 100ml (50 pièces) = $50 * 100\text{ml} = 5000\text{ml} = 5\text{dm}^3$?
- Norit carbomix 500ml (6 pièces) = $6 * 500\text{ml} = 3000\text{ml} = 3 \text{ dm}^3$?
- Noradrénaline 4ml (200 pièces) = $200 * 10\text{ml} = 2000\text{ml} = 2,0 \text{ dm}^3$
- Clexane 40mg 0,4ml (30 pièces) = $30 * 20\text{ml} (\text{liquid} + \text{syringue}) = 600\text{ml} = 0,6 \text{ dm}^3$
- Levobupivacaine 10ml (20 pièces) = $20 * 10\text{ml} = 200\text{ml} = 0,2\text{dm}^3$?
- Solu-médrol 2ml 125mg (10 pièces) = $10 * 10 \text{ ml} = 100\text{ml} = 0,1\text{dm}^3$
- Zalvor crème 30g (3 pièces) = $3 * 30\text{ml} = 90\text{ml} = 0,09 \text{ dm}^3$?
- Litican amp 2ml (30 pièces) = $30 * 10\text{ml} = 300\text{ml} = 0,3 \text{ dm}^3$
- Aspégic sachet 100mg (30 pièces) = $30 * 20\text{ml} = 600\text{ml} = 0,6 \text{ dm}^3$
- Heparine amp 5ml (10 pièces) = $10 * 10\text{ml} = 100\text{ml} = 0,1 \text{ dm}^3$
- Keppra amp 5 ml (40 pièces) = $40 * 10\text{ml} = 400\text{ml} = 0,4 \text{ dm}^3$
- Augmentin sirop 80ml (4 pièces) = $4 * 80\text{ml} = 320\text{ml} = 0,32 \text{ dm}^3$
- Omeprazole comp 20mg (28 pièces) = $28 * 10\text{ml} = 280\text{ml} = 0,28 \text{ dm}^3$

Bien à vous”.

19. Par un courriel du 13 avril 2023, Swisslog Healthcare a précisé ce qui suit (pièce n° 12) :

“ Bonjour Mme [T.]

Notre réponse ci-dessous est bien à la fois une confirmation de la valeur calculée par vous et une vérification / addition des volumes réels de ces médicaments :

SVP ne tenez donc pas compte des points d’interrogations que nous n’avons pas effacés dans notre mail ci-dessous

@[D.C.] Savez-vous à quel moment nous pouvons espérer une réponse concernant l’attribution de ce marché ?

Bien à vous”.

20. Par un courrier recommandé du 6 juin 2023, l’ISPPC a informé Swisslog Healthcare de la décision du Bureau Exécutif du 24 mai 2023 de déclarer son offre irrégulière pour non-conformité aux exigences minimales et d’attribuer le marché à un autre soumissionnaire. Le courrier se lit comme il suit (pièce n° 14) :

“ Monsieur [Vi.],

Concerne : I.S.P.P.C. - FOURNITURE D’ARMOIRES INFORMATISÉES POUR LA DELIVRANCE DES MEDICAMENTS - Avis de non-attribution (2022-0049)

Conformément à l'article 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, nous vous informons que le marché précité a été attribué par le Bureau Exécutif le 24 mai 2023 à un autre soumissionnaire

Votre offre a été déclarée nulle pour les motifs suivants (extraits de la décision motivée) :

‘ Le soumissionnaire a remis son offre sur base d'un calcul de stockage nécessaire erroné. En effet, celui-ci a pris en compte le volume du contenu des médicaments/produits sans tenir compte du contenant et de l'emballage. Par exemple, un flacon de paracétamol contient 100 ml de liquide mais également un espace d'air pour administration, dans ce cas-ci, le soumissionnaire a comptabilisé uniquement le volume de 100ml. Le volume de stockage proposé par le soumissionnaire est par conséquent largement inférieur au volume de stockage nécessaire en réalité.

Cette erreur a été confirmée par le calcul précis du volume nécessaire de 2 armoires par l'adjudicateur ainsi que par la grande différence avec le volume proposé par les autres soumissionnaires.

Conformément à l'article 76, §1^{er}, 3° de l'A.R. du 18 avril 2017, Il s'agit d'une irrégularité substantielle (non-conformité aux exigences minimales). Dès lors, conformément à l'article 76, §3 de l'A.R. du 18 avril 2017, l'offre est déclarée nulle’.

Le pouvoir adjudicateur observera un délai d'attente de 15 jours de calendrier entre cette communication et la conclusion du marché, conformément à l'article 11 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. Ce délai prend cours le lendemain du jour de l'envoi de cette communication.

Conformément aux articles 15, 23 et 24 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, vous disposez d'un délai de 15 jours à partir du jour suivant la date de la présente communication, afin d'introduire éventuellement une demande de suspension auprès de la juridiction compétente. Ce recours peut exclusivement être introduit devant le Conseil d'État, par une procédure d'extrême urgence.

En l'absence d'une information écrite à notre administration en ce sens, parvenue dans le délai accordé, la procédure sera poursuivie.

En cas de recours introduit, veuillez-nous en informer par e-mail.

Conformément aux articles 14, 23 et 24 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, nous vous informons que vous pouvez également introduire un recours en annulation contre cette décision auprès du Conseil d'Etat. Ce recours doit être introduit sous peine d'irrecevabilité dans les 60 jours à partir du jour suivant la date de la présente communication. Le recours est introduit par une demande datée qui doit être signée par vous ou par un avocat. La demande doit être envoyée soit par lettre recommandée adressée au greffe du Conseil d'État, rue de la Science, 33 à 1040 Bruxelles, soit par procédure électronique via le site <http://conseildetat.be/?page=e-procedure&lang=fr>.

En cas de recours introduit, veuillez-nous en informer par e-mail ou tout autre moyen électronique.

Nous vous remercions pour votre marque d'intérêt et espérons pouvoir à nouveau faire appel à votre participation à une prochaine occasion.

Toutes les informations contenues dans ce courrier et ses annexes sont de nature strictement confidentielle et ne servent qu'à éclairer les candidats ou les soumissionnaires sur les raisons qui ont amené l'ISPPC à motiver ses choix de sélection ou non- sélection des candidats et/ ou ses choix d'attribution ou de non-attribution aux soumissionnaires sélectionnés.

Ces informations ne peuvent en aucun cas être utilisées à des fins commerciales, publicitaires ou visant à stigmatiser la concurrence ou encore à quelque autre fin que ce soit.

Veuillez croire, Monsieur [Vi.], à l'assurance de notre considération distinguée.

L'Acheteur,
[...]

Le Chef de service - CEM et Achats,
[..]”.

La décision du Bureau Exécutif du 24 mai 2023 constitue la décision attaquée.

21. Par un courrier du 6 juin 2023, Swisslog Healthcare a réagi au courrier précité de l'ISPPC (pièce n° 15) :

“ Madame, Monsieur,

Nous avons pris connaissance du courrier en date du 6 juin, par lequel vous nous informez du rejet de notre offre.

Cette décision ne manque pas de nous surprendre et nous semble infondée en droit et en fait.

Par la présente, nous souhaitons obtenir dans les meilleurs délais les éléments d'informations suivants :

- Notre position sur l'ensemble des critères d'évaluation sur l'appel d'offre en référence.
- Le prix d'attribution du marché.

Je me permets de vous informer qu'à défaut de communication dans les 48 heures nous nous réservons la possibilité de faire un référé précontractuel. [S. Vi]”.

22. Ce courrier est resté sans réponse ».

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 à 4 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'obligation de motivation formelle et matérielle ainsi que du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, du vice des motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Dans une première branche, la requérante soutient que la partie adverse ne pouvait pas déclarer son offre substantiellement irrégulière pour non-conformité aux exigences minimales, alors qu'elle répond aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges. Elle affirme que « la décision de la partie adverse repose

donc sur des motifs erronés et inexacts et témoigne d'une erreur manifeste d'appréciation ».

Elle conteste le motif de la décision attaquée qui indique que son offre propose un volume de stockage largement inférieur à celui qui est nécessaire et affirme avoir « précisément tenu compte, dans son offre, du volume de stockage nécessaire en s'appuyant, comme c'était exigé par le cahier spécial des charges, sur le tableau *Excel* intitulé "Annexe composition armoire" fourni par l'ISPPC ». Elle rappelle le contenu du cahier spécial des charges (points IV.1 et IV.1.1) et expose que les seules exigences du cahier en matière de capacité de stockage des armoires sont « (i) de pouvoir contenir les produits (médicaments) nécessaires et (ii) de prévoir une réserve supplémentaire de stockage de 15% par rapport au stock de départ demandé », étant entendu que « pour pouvoir établir leurs calculs et proposer un certain modèle et nombre d'armoires, l'ISPPC demandait que les soumissionnaires "tiennent compte" du tableau *Excel* annexé au cahier des charges ».

La requérante explique qu'elle a préalablement au dépôt de son offre, rempli le tableau *Excel* (pièce 17 annexée à la requête), en opérant, pour chaque poste, le calcul des volumes nécessaires pour le stockage des médicaments par niveau de sécurité et pour l'espace « frigo ». Elle expose, à cet égard, ce qui suit :

« Pour chaque poste, *Swisslog Healthcare* a calculé les volumes nécessaires pour le stockage des médicaments par niveau de sécurité (3 niveaux de sécurité) et pour l'espace réfrigéré (frigo) : [minimal, intermédiaire, élevé et frigo]
En additionnant les chiffres fournis par l'ISPPC, *Swisslog Healthcare* a ainsi obtenu, pour chaque poste, des totaux sur les "stocks" et les "volumes" nécessaires par niveau de sécurité et pour le frigo.
Sur la base de ces chiffres, *Swisslog Healthcare* a pu appliquer son coefficient "d'efficacité" interne par produit (*Efficiency coefficient*) qui dépend du type d'armoire, de tiroir ou d'étagère proposé. Ce coefficient d'efficacité indique quel pourcentage de l'espace de stockage disponible sera utilisé par les produits/médicaments (par exemple, 50% ou 70% de l'espace de stockage). L'utilisation de ce coefficient d'efficacité démontre l'approche prudente de *Swisslog Healthcare* qui s'est toujours réservée, dans ses calculs, une marge de sécurité importante puisque le calcul des besoins en termes d'espace de stockage a toujours été opéré en considérant que les produits n'occupaient pas 100% de l'espace de stockage (par exemple, un coefficient de 70% indique que 30% de l'espace est encore libre).
Outre cette première marge de sécurité, *Swisslog Healthcare* a, conformément aux exigences du cahier spécial des charges, prévu un espace de stockage supplémentaire de 15%.
Sur la base du coefficient d'efficacité et de la marge de 15%, *Swisslog Healthcare* a déterminé quel était le « volume requis » (Req Volume) pour son offre. Il ressort des tableaux ci-dessous extraits du fichier *Excel* (pièce n° 17) que le volume de stockage pris en compte par *Swisslog Healthcare* est toujours supérieur (et souvent le double) de ce qui était exigé par l'ISPPC.
Swisslog Healthcare a ensuite divisé le "Volume requis" (Req Volume) par le "Volume net" (Net Volume) disponible par tiroir/étagère pour obtenir le nombre de tiroirs et d'armoires nécessaires pour la remise de son offre.

Enfin, *Swisslog Healthcare* a décidé, en plus de la double marge de sécurité déjà appliquée (coefficient d'efficacité + la marge de 15%), d'arrondir le nombre obtenu au nombre entier supérieur et donc d'augmenter encore le volume de stockage, soit en offrant plus de tiroirs et étagères, soit en offrant des tiroirs et étagères avec une double profondeur.

Tout ceci ressort très clairement des tableaux remplis pour chaque poste dans le fichier Excel par *Swisslog Healthacre* (pièce n° 17), et repris ci-dessous.

[...] Il ressort donc des explications fournies ci-dessus que *Swisslog Healthcare* avait bien, dès le départ, opéré le calcul des espaces de stockage nécessaires conformément aux exigences de l'ISPPC. Elle a même dépassé ses exigences en se réservant une triple marge de sécurité (coefficient d'efficacité, marge de 15% et augmentation des volumes avec l'arrondissement à l'unité supérieure) ».

La requérante affirme avoir exposé « de manière détaillée » sa méthode de calcul à la partie adverse dans son courriel du 4 avril 2023 (pièce 12 annexée à la requête) et, à la suite des questions qui lui ont été posées, avoir complété une nouvelle fois le tableau *Excel* pour s'assurer que les volumes de stockage proposés étaient suffisants et que ses calculs étaient corrects (pièce 18 annexée à la requête) pour « abouti[r] au constat que les volumes de stockage étaient largement suffisants et excédaient même largement les attentes de l'ISPPC ».

La requérante soutient, au vu des explications qui précèdent, que l'acte attaqué « repose sur des motifs inexacts et erronés, qui procèdent d'une erreur manifeste d'appréciation », dès lors qu'elle « a procédé des calculs sérieux et objectifs, en prenant en compte des marges de sécurité confortables, pour dimensionner les armoires proposées dans son offre ».

Elle conteste les calculs effectués par la partie adverse – dont fait état l'acte attaqué – pour remplir deux armoires, en faisant valoir qu'elle a fourni les explications demandées dans ses courriels des 27 mars, 4 et 11 avril 2023 et qu'elle a montré en quoi les calculs de la partie adverse « ne tenaient pas compte des données pertinentes (les m³) et reposaient sur une mauvaise lecture des données qu'elle a fournies ». Selon la requérante, il ressort des échanges qu'elle a eus avec la partie adverse que celle-ci « n'a pas tenu compte des explications et données fournies par *Swisslog Healthcare* et s'est arrêtée à ses calculs réalisés le 27 mars 2023 pour considérer que l'offre ne rencontrait pas les exigences techniques requises » alors que, comme elle a pu le démontrer, « le volume de stockage proposé répond amplement aux besoins de l'ISPPC tels que décrits dans son cahier spécial des charges ».

Dans une deuxième branche, la requérante rappelle le contenu du devoir de motivation formelle qui s'impose à l'autorité adjudicatrice qui constate qu'une offre déroge à une prescription issue des documents du marché. Elle fait grief à la décision attaquée de ne pas indiquer les dispositions du cahier spécial des charges sur lesquelles elle s'appuie pour déclarer son offre irrégulière. Elle ajoute que cette

décision ne décrit pas les motifs pour lesquels la partie adverse a considéré que son offre n'était pas régulière et ne permet pas de comprendre ce qui a déterminé la partie adverse à qualifier de « substantielle » l'irrégularité reprochée et à écarter son offre « en particulier à la lumière (i) des calculs réalisés par *Swisslog Healthcare* qui démontrent que son offre répond aux exigences techniques et (ii) des explications qu'elle a fournies à l'ISPPC [...] ». Elle en conclut que la motivation de la décision attaquée « est inadéquate et en contradiction avec la réalité des faits et des données et réponses fournies par *Swisslog Healthcare* » et qu'elle « viole les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à la première branche

La requérante indique elle-même que le cahier spécial des charges (points IV.1 et IV.1.1) porte deux exigences : d'une part, les armoires à fournir doivent pouvoir contenir tous les médicaments/produits nécessaires, les besoins de la partie adverse quant au contenu des armoires étant précisé dans un fichier *Excel* intitulé « Annexe composition armoire » qui indique, pour chacun des huit postes de l'inventaire, l'identité des médicaments/produits, la quantité (stock) nécessaire et le niveau de sécurité requis (élevé, intermédiaire ou minimal) et, d'autre part, les soumissionnaires doivent prévoir, dans leur offre d'armoires, une réserve supplémentaire de stockage de 15 % par rapport au stock de départ demandé.

À la suite de l'ouverture des offres, la partie adverse s'est interrogée sur la capacité de stockage des armoires proposées dans l'offre de la requérante, celle-ci étant largement inférieure à celle proposée par les autres soumissionnaires. Elle a interpellé à plusieurs reprises la requérante à ce propos, laquelle a fourni certaines explications. Ainsi :

- par un courriel du 2 février 2023, la partie adverse demande à la requérante de confirmer que les armoires proposées dans son offre sont suffisantes pour stocker l'ensemble des produits, compte tenu du fait que « le total de surface de [ces] armoires représente 8,44 m² » ;
- par un courriel du même jour, la requérante répond à la partie adverse que « oui, c'est suffisant » ;
- par un courriel du 21 mars 2023, la partie adverse demande à la requérante de vérifier ses calculs ; elle explique qu'elle a elle-même effectué plusieurs calculs et constaté que le volume de stockage proposé dans l'offre de la requérante (en superficie par cm²) est largement inférieur au stockage nécessaire (calculé en fonction de la place occupée par les médicaments également en cm²), en précisant

que l'analyse réalisée pour deux armoires (poste 1 « urgences HCMC » et poste 5 « armoire de garde HCMC ») montre qu'il manque, respectivement, 10.079,41 cm² sur un total de 22.587,50 cm² nécessaires pour pouvoir stocker les médicaments/produits visés au poste 1 et 36.569,15 cm² sur un total de 56.224,72 cm² nécessaires pour pouvoir stocker les médicaments/produits visés au poste 2 ;

- par un courriel du 27 mars 2023, la partie adverse détaille la méthode de calcul qu'elle a utilisée pour constater le manque d'espace dans les solutions proposées dans l'offre de la requérante, en précisant notamment qu'outre le calcul de la surface des tiroirs (longueur x largeur) présents dans l'offre de la requérante, il a été « considéré que chaque tiroir avait une hauteur de 10cm de haut » (ce qui correspond à la hauteur maximum des tiroirs présentés dans l'offre de la requérante et est donc favorable à cette dernière) ;
- par un courriel du même jour, la requérante répond que, selon elle, il est « nécessaire de calculer le volume de stockage en mètres cubes, alors que [la partie adverse] fait référence à un calcul en mètres carrés », que le volume de stockage proposé dans son offre est « approprié et conforme [aux] exigences [du cahier spécial des charges] », « en tenant compte des solutions [...] proposées avec nos spécialistes des produits et de la pharmacie » et qu'elle est disponible « afin d'expliquer en détail le calcul du volume » ;
- par un courriel du 31 mars 2023, la partie adverse interpelle, à nouveau, la requérante « au vu de la différence très importante de votre solution par rapport à tous les concurrents », en rappelant l'« analyse poussée » à laquelle elle a procédé pour calculer le volume de stockage nécessaire pour deux armoires (des postes 1 et 5 de l'inventaire) et en précisant « avoir intégré une hauteur de 10 cm afin d'obtenir une mesure en volume » ; la partie adverse demande à la requérante de lui communiquer pour ces 2 armoires la place qu'elle estime nécessaire par médicament ainsi que le numéro de tiroir dans lequel il est placé ;
- par un courriel du 4 avril 2023, la requérante confirme qu'après de nouvelles vérifications, la solution proposée dans son offre est conforme au cahier spécial des charges et que « les capacités de stockage seront suffisantes pour chacun des services concernés ». Elle détaille la méthode qu'elle a suivie comme il suit :

Méthode :

- Pour les liquides / injections (sacs, flacons, bouteilles, etc.) - unité de volume = contenu (par exemple, NACL 0,9% PERF VIAFLO SAC 250 ML AE1322G = 250ML)
- Pour les crèmes/gel/autres - lorsque <10 ml ou grammes, le volume = 10ml - lorsque > Volume = Contenu
- Pour les solides oraux (comprimés, tablettes etc....) - Volume unitaire = 10ml basé sur une taille moyenne occupée de 3 x 3 x 1 cm + tolérance de 10%

Configuration ISPPC Poste 1 Urgences HCMC

Niveau sécurité	ADC composant	Nombre références	stock	Volume requis	Volume net / composant	Nombre calculé
minimal	MedDoor	25	701	749	150	5
intermédiaire	Sliding Drawer	181	1870	79	16.1	5
élevé	Sliding Drawer	6	135	2	16.1	1
frigo	Frigo	29	959	63.2	NA	NA

Configuration ISPPC Poste 5 Armoire de garde HCMC

Niveau sécurité	ADC composant	Nombre références	stock	Volume requis	Volume net / composant	Nombre calculé
minimal	MedDoor	34	1063	974.7	150	6
intermédiaire	Sliding Drawer	570	9005	274.5	16.1	17
élevé	Sliding Drawer	0	0	0.0	16.1	0
frigo	Frigo	67	959	63.2	NA	NA

Calcul du volume requis :

- Le volume requis par niveau de sécurité est additionné
- Articles de niveau de sécurité minimal sont placés dans le MedDoor.
- Articles de niveau de sécurité intermédiaire (multidose) et élevé (unitaire) sont placés dans tiroirs coulissants
- Un coefficient d'efficacité interne par composant est appliqué
- Une marge de capacité de 15 % est ajoutée au volume requis.

- par un courriel du 5 avril 2023, la partie adverse écrit à la requérante qu'elle pense avoir compris ses calculs, mais lui demande « afin de faire les dernières vérifications » de lui envoyer le volume qu'elle estime nécessaire par article pour le poste 5 « armoire de garde HCMC » et, que si ce n'est pas possible, d'envoyer le « volume estimé » pour une sélection d'articles qu'elle liste ;
- par un courriel du 11 avril 2023, la requérante confirme ses calculs de volumétrie associés aux médicaments de la liste, en indiquant ce qui suit :

- Paracetamol Braun 100ml (50 pièces) = $50 * 100\text{ml} = 5000\text{ml} = 5\text{dm}^3$?
 - Norit carbomix 500ml (6 pièces) = $6 * 500\text{ml} = 3000\text{ml} = 3\text{dm}^3$?
 - Noradrénaline 4ml (200 pièces) = $200 * 10\text{ml} = 2000\text{ml} = 2,0\text{dm}^3$
 - Clexane 40mg 0,4ml (30 pièces) = $30 * 20\text{ml} (\text{liquid} + \text{syringue}) = 600\text{ml} = 0,6\text{dm}^3$
 - Levobupivacaine 10ml (20 pièces) = $20 * 10\text{ml} = 200\text{ml} = 0,2\text{dm}^3$?
 - Solu-médrol 2ml 125mg (10 pièces) = $10 * 10\text{ml} = 100\text{ml} = 0,1\text{dm}^3$
 - Zalvor crème 30g (3 pièces) = $3 * 30\text{ml} = 90\text{ml} = 0,09\text{dm}^3$?
 - Litican amp 2ml (30 pièces) = $30 * 10\text{ml} = 300\text{ml} = 0,3\text{dm}^3$
 - Aspégic sachet 100mg (30 pièces) = $30 * 20\text{ml} = 600\text{ml} = 0,6\text{dm}^3$
 - Heparine amp 5ml (10 pièces) = $10 * 10\text{ml} = 100\text{ml} = 0,1\text{dm}^3$
 - Keppra amp 5 ml (40 pièces) = $40 * 10\text{ml} = 400\text{ml} = 0,4\text{dm}^3$
 - Augmentin sirop 80ml (4 pièces) = $4 * 80\text{ml} = 320\text{ml} = 0,32\text{dm}^3$
 - Omeprazole comp 20mg (28 pièces) = $28 * 10\text{ml} = 280\text{ml} = 0,28\text{dm}^3$

- par un courriel du 13 avril 2023, la requérante précise qu'il ne faut pas tenir compte des points d'interrogation qui figurent dans sa réponse du 11 avril et que celle-ci « est bien à la fois une confirmation de la valeur calculée et une vérification/addition des volumes réels de ces médicaments ».

La décision de déclarer nulle l'offre de la requérante est motivée comme il suit :

« Le soumissionnaire a remis son offre sur base d'un calcul de stockage nécessaire erroné. En effet, celui-ci a pris en compte le volume du contenu des médicaments/produits sans tenir compte du contenant et de l'emballage. Par exemple, un flacon de paracétamol contient 100 ml de liquide mais également un espace d'air pour administration, dans ce cas-ci, le soumissionnaire a comptabilisé uniquement le volume de 100ml. Le volume de stockage proposé par le soumissionnaire est par conséquent largement inférieur au volume de stockage nécessaire en réalité. Cette erreur a été confirmée par le calcul précis du volume nécessaire de 2 armoires par l'adjudicateur ainsi que par la grande différence avec le volume proposé par les autres soumissionnaires.

Au vu du contenu des courriels échangés entre les parties avant l'adoption de la décision attaquée, il ne peut *prima facie* être fait grief à la partie adverse d'avoir considéré que l'offre de la requérante se base sur « un calcul de stockage nécessairement erroné » dès lors qu'elle « a pris en compte le volume du contenu des médicaments/produits sans tenir compte du contenant et de l'emballage ». En effet, la méthode de calcul que la requérante détaille dans son courriel du 4 avril 2023 indique bien que, pour les liquides, injections, crèmes et autres, c'est le volume du contenu – et pas du contenant et de l'emballage – qui est pris en considération. Les calculs de volumétrie associés aux médicaments de la liste communiquée par la partie adverse, calculs repris dans le courriel de la requérante du 11 avril 2023, confirment cette analyse. Dans son courriel du 13 avril 2023, la requérante réaffirme que ce calcul « est bien à la fois une confirmation de la valeur calculée et une vérification/addition des volumes réels de ces médicaments ».

Dans sa requête, la requérante fait grand cas du coefficient d'efficacité qu'elle applique pour s'assurer d'une « marge de sécurité ». Or, dans son courriel du 4 avril 2023 adressé à la partie adverse, la requérante se limite à faire mention de l'application d'un tel coefficient sans toutefois en préciser l'objectif ni la teneur, tandis que, dans ses courriels des 11 et 13 avril 2023, elle confirme que c'est bien le contenu des médicaments/produits qui est pris en considération pour calculer leurs « volumes réels », sans plus faire état de l'application d'un quelconque coefficient. Contrairement à ce que semble affirmer la requérante, il ne ressort pas des pièces soumises au Conseil d'État que les tableaux *Excel* des pièces 17 et 18 annexées à la requête, qui précisent les coefficients d'efficacité appliqués par la requérante, aient été communiqués à la partie adverse avant l'adoption de l'acte attaqué. En toute hypothèse, l'application de tels coefficients qui – suivant les termes de la requête, permettent de tenir compte du fait que « les produits n'occupent pas 100% de l'espace de stockage » et « dépendent du type d'armoire, de tiroir ou d'étagère proposé » – n'établit aucunement que le contenant et l'emballage de chaque produit/médicament soient effectivement pris en considération. L'application de tels coefficients ne permet pas, par elle-même, de contredire les motifs de l'acte attaqué,

qui dénoncent un « calcul de stockage erroné » pour ne pas avoir pris en compte le contenant et l'emballage des médicaments/produits.

Quant à la marge de 15 % dont la requête fait également état, elle est exigée par le cahier spécial des charges, à titre de « réserve supplémentaire de stockage par rapport au stock de départ demandé ». La marge de 15 % ne peut dès lors servir à démontrer que le volume de stockage prévu dans l'offre de la requérante est suffisant pour contenir l'ensemble des médicaments/produits repris dans le fichier *Excel* annexé au cahier spécial des charges (volume requis).

La requérante conteste le motif de l'acte attaqué, qui indique que l'erreur commise par la requérante « a été confirmée par le calcul précis du volume nécessaire de 2 armoires [réalisé] par l'adjudicateur ». Elle reproche à la partie adverse d'avoir procédé à des calculs de surfaces (cm²) plutôt que de volumes (cm³), sans préciser plus avant son grief dans la requête. Or, il ressort des courriels des 27 et 31 mars 2023 adressés à la requérante par la partie adverse que celle-ci a, dans ses calculs, tenu compte, à tout le moins, d'une hauteur de tiroirs (favorable à la requérante) de 10 cm « pour obtenir une mesure en volume ». Il ressort, par ailleurs, des pièces du dossier administratif (pièces 15 et 16) que la partie adverse a, dans ses calculs réalisés pour les postes 1 et 5 de l'inventaire (pour les produits à stocker, suivant l'offre de la requérante, dans les tiroirs coulissants pour les niveaux de sécurité intermédiaire et élevé), bien pris en compte la hauteur des tiroirs pour empiler les médicaments/produits (flacons, ampoules, seringues, tubes, comprimés, suppositoires, boîtes), lorsque cela était possible, réduisant de la sorte la surface nécessaire pour stocker ceux-ci.

Lors des débats tenus à l'audience, la requérante a contesté les calculs produits par la partie adverse dans le dossier administratif (pièces 15 et 16), ce qui a conduit à une mise en continuation de l'affaire pour permettre à chaque partie de faire valoir ses moyens de défense à ce sujet.

Dans ce cadre, la requérante a fait valoir que la partie adverse n'a, dans ses calculs, pas tenu compte d'une troisième dimension pour mesurer les médicaments/produits et qu'elle ne les a pas disposés dans les tiroirs de manière à ce qu'ils prennent le moins de place possible. Dans une note qu'elle a présentée à l'audience de mise en continuation de l'affaire, la requérante a illustré ses propos en (re)calculant la surface qui, selon elle, est nécessaire pour contenir cinq produits du poste 1, en affirmant que, pour ces cinq produits, cette surface devait être réduite de 69% par rapport à la surface initialement prévue par la partie adverse (1400,25 cm² au lieu des 4462,5 cm² initialement prévus par la partie adverse). Dans une note en réponse, la partie adverse a pu démontrer que les calculs présentés par la requérante

pour les cinq produits en cause étaient eux-mêmes erronés (3^{ème} dimension des médicaments à chaque fois sous-estimée). Elle a, par ailleurs, produit un nouveau tableau *Excel* relatif au poste 1 de l'inventaire (pièce 24 du dossier administratif) qui corrige le tableau de la pièce 16 du dossier administratif, en précisant qu'elle avait, cette fois, tenu compte du fait que certains médicaments/produits ont une base rectangulaire (plutôt que carrée ou ronde), ce qui pouvait justifier de modifier son positionnement dans les tiroirs pour maximiser l'espace disponible. Au terme de ce nouveau calcul, la partie adverse est arrivée à la conclusion que, pour le poste 1 de l'inventaire, il manquait toujours un volume de trois tiroirs (5384,42 cm²) en plus des sept tiroirs proposés par la requérante dans son offre. La requérante ne contredit pas cette dernière analyse. Elle se limite à faire valoir que ces derniers calculs ont été établis après l'adoption de la décision attaquée.

Dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, les différents calculs produits après l'adoption de la décision querellée, tant par la requérante que par la partie adverse, ne viennent pas contredire les motifs de l'acte attaqué suivant lesquels (1) la requérante « a remis son offre sur base d'un calcul de stockage nécessairement erroné », en prenant en compte « le volume du contenu des médicaments/produits sans tenir compte du contenant et de l'emballage » et (2) « cette erreur a été confirmée par le calcul précis du volume nécessaire de 2 armoires par l'adjudicateur ». La requérante n'a, en fin de compte, contesté les calculs réalisés par la partie adverse (pièce 16 du dossier administratif) que pour cinq produits du poste 1 de l'inventaire et la partie adverse a pu démontrer que, pour ce poste, il manquait toujours le volume de trois tiroirs, en plus des sept tiroirs proposés dans l'offre de la requérante, pour pouvoir contenir tous les médicaments/produits de niveaux intermédiaire et élevé listés dans le tableau *Excel* annexé au cahier spécial des charges.

L'affirmation qui figure dans l'acte attaqué, suivant laquelle le volume proposé dans l'offre de la requérante présente une grande différence avec celui des offres des autres soumissionnaires se vérifie *prima facie* à la lecture des pièces confidentielles du dossier administratif.

La requérante ne démontre pas que, comme elle l'affirme dans sa requête, elle proposerait, pour chaque poste de l'inventaire, un volume de stockage suffisant pour contenir, par niveau de sécurité, tous les médicaments/produits exigés par le cahier spécial des charges. Elle n'établit pas non plus que la décision qui déclare son offre substantiellement irrégulière pour non-conformité aux exigences minimales du cahier des charges reposerait sur des motifs erronés ou que cette décision procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation.

À l'audience, la requérante critique, pour la première fois, le cahier spécial des charges, en affirmant qu'il manque de précisions quant aux dimensions réelles des médicaments/produits (contenants et emballages compris) et qu'elle n'était pas en mesure de préparer correctement son offre alors que l'adjudicataire du marché litigieux – qui est le fournisseur du précédent marché – a nécessairement été favorisé (violation du principe d'égalité). Ce grief est tardif et partant irrecevable. Il paraît, par ailleurs, contredit par les déclarations faites, par ailleurs, par la requérante qui affirme qu'elle est une entreprise professionnelle reconnue dans le secteur, connaît les produits/médicaments ainsi que les volumes de stockages nécessaires pour les contenir.

Le premier moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux.

Quant à la deuxième branche

La requérante dénonce un vice de motivation formelle à l'endroit de la décision d'écarter son offre pour irrégularité substantielle.

Contrairement à ce que soutient la requérante, l'acte attaqué renseigne bien les motifs de droit sur lesquels il se fonde puisqu'il énonce que « [l]e volume de stockage proposé par le soumissionnaire est [...] largement inférieur au volume de stockage nécessaire [...] », ce qui revient à dire que le soumissionnaire ne respecte pas la prescription selon laquelle « [l]es armoires permettront le stockage physique des produits listés dans les différentes dotations [...] » (point IV.1.1 du cahier spécial des charges). Les développements de la requête montrent d'ailleurs que la requérante a une compréhension parfaite de l'exigence qu'il est reproché à son offre de ne pas respecter.

Les motifs de l'acte attaqué permettent à la requérante de comprendre la raison pour laquelle son offre est considérée comme irrégulière : le calcul de capacité de stockage est erroné puisqu'il prend en compte le volume du contenu des médicaments/produits, sans tenir compte du contenant et de l'emballage. L'acte attaqué donne, en outre, un exemple concret qui permet d'illustrer le raisonnement suivi par la partie adverse. Exiger de la partie adverse qu'elle fasse état du détail de ses calculs dans l'acte attaqué reviendrait à lui imposer de fournir les motifs des motifs de sa décision. La partie adverse a, par ailleurs, exposé sa méthode de calcul dans le courriel du 27 mars 2023 adressé à la requérante avant l'adoption de la décision attaquée.

L'acte attaqué indique aussi le motif pour lequel l'irrégularité reprochée à l'offre de la requérante doit être qualifiée de substantielle puisqu'il fait référence à

l'article 76, § 1^{er}, 3°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, suivi des termes « non-conformité aux exigences minimales ». La requérante ne conteste pas que l'espace de stockage nécessaire pour contenir tous les médicaments/produits listés par niveau de sécurité constitue une « exigence minimale » au sens de la disposition légale précitée. Contrairement à ce que la requérante soutient, elle ne démontre pas que son offre répond à cette exigence (*cf. supra* première branche).

La décision attaquée permet de comprendre les raisons pour lesquelles l'offre de la requérante est déclarée nulle pour irrégularité substantielle.

Le premier moyen, en sa deuxième branche, n'est pas sérieux.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de l'incompétence de l'auteur de l'acte.

Elle relève que le courrier de notification du 6 juin 2023 « renvoie à une décision du [10] mai 2023 adoptée par le bureau exécutif de l'ISPPC de déclarer l'offre de la partie requérante irrégulière et d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire » alors que « le signataire de l'acte attaqué doit pouvoir justifier de sa compétence pour prendre la décision que celui-ci contient », que « la compétence d'attribuer les marchés publics relève en principe de l'organe d'administration d'une intercommunale », sauf délégation expresse et valablement donnée en ce sens à un autre organe, et que « la décision attaquée, telle qu'elle a été portée à la connaissance de *Swisslog Healthcare*, ne vise aucune délégation de pouvoir dont bénéficierait valablement le bureau exécutif de l'ISPPC pour adopter l'acte attaqué et qui serait opposable aux tiers ». Elle en conclut qu'« à défaut pour la partie adverse d'établir la compétence du bureau exécutif pour adopter la décision précitée, le moyen, qui relève de l'ordre public, doit être jugé sérieux ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Dans la mesure où un examen effectué en extrême urgence permet d'en juger, la compétence du bureau exécutif de la partie adverse d'adopter la décision attaquée repose sur la délégation contenue à l'article 6 du règlement d'ordre intérieur de ce bureau, tel qu'approuvé le 8 octobre 2018 par le conseil d'administration de la partie adverse et publié au *Moniteur belge* du 15 avril 2019.

Cet acte de délégation paraît conforme à l'autorisation de déléguer prévue par les statuts de la partie adverse.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VI. Confidentialité

La requérante demande que l'offre qu'elle a déposée dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux demeure confidentielle, dès lors qu'elle contient des informations protégées par le secret d'affaires. Il s'agit de la pièce A qualifiée de confidentielle dans l'inventaire.

La partie adverse formule la même demande pour toutes les offres remises par les soumissionnaires dans le cadre du marché litigieux. Il s'agit des pièces A à D du dossier administratif.

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

VII. 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 A à D du dossier administratif et la pièce A annexée à la requête, qualifiée de confidentielle dans l'inventaire de la requérante, 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 des vacations siégeant en référé, le 25 juillet 2023, par :

Florence Piret,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Florence Piret