

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 261.997 du 16 janvier 2025

A. 232.467/VI-21.939

En cause : **la société anonyme TEVA PHARMA BELGIUM,**
ayant élu domicile chez
M^e Benito BOONE, avocat,
Klaverheide 8
2930 Brasschaat,

contre :

l'association IRIS-ACHATS,
ayant élu domicile chez
M^{es} Christophe DUBOIS et
Isabelle VAN KRUCHTEN, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 décembre 2020, la partie requérante demande l'annulation de « la décision de l'association de droit public IRIS-ACHATS, de date inconnue, attribuant le lot 2 du cahier spécial des charges ("CSC") avec référence n° IA/P0/2020/GCSF visant "la fourniture ayant pour objet spécialités pharmaceutiques à base de pegfilgrastim" à la société Accord Healthcare sprl, dont un extrait a été publié dans le Bulletin des Adjudications du 15 octobre 2020 (n° BDA : 2020-536355) ».

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 25 octobre 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 décembre 2024.

M. Xavier Close, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Benito Boone, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Christophe Dubois, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur, 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. Exposé des faits utiles

Il est essentiellement renvoyé à l'exposé des faits contenu dans l'arrêt n° 261.996 (ECLI:BE:RVSCE:2025:ARR.261.996) prononcé ce jour.

Il est simplement ajouté à cet exposé que, le 30 septembre 2020, le marché a été attribué à la SRL ACCORD HEALTHCARE, pour un montant de 660.000 euros HTVA, et qu'un avis d'attribution a été publié le 15 octobre 2020.

IV. Quant à la recevabilité

IV.1. Thèses des parties

A. Thèse de la partie adverse

La partie adverse relève que la partie requérante sollicite l'annulation d'une décision d'attribution d'un marché auquel elle n'a pas participé. Elle aurait, de ce fait, perdu toute chance d'obtenir le marché litigieux, ce qui la priverait d'un intérêt au recours.

B. Thèse de la partie requérante

La partie requérante estime disposer d'un intérêt direct et personnel pour demander l'annulation d'une décision d'attribution « qui est le résultat d'une opération complexe, dont les actes précédents ont exclu son produit Lonquex du marché concerné ». Elle rappelle que le document « questions – réponses » émanant de la partie adverse a indiqué à la requérante, sur interpellation de sa part, qu'une « offre introduite pour le lot 2 avec le lipegfilgrastim (code ATC L03AA14) [serait] considérée comme substantiellement irrégulière et, par conséquent écartée ». Cette réponse ne lui laissait, à son estime, aucune possibilité de déposer une offre conforme aux exigences du marché, de sorte qu'elle a décidé d'introduire des recours contre les décisions de la partie adverse. Elle rappelle à cet égard la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE, 12 février 2004, Grossmann, C-230/02), qui considère qu'il serait excessif d'exiger d'un opérateur économique lésé par des clauses discriminatoires figurant dans les documents du marché qu'il dépose une offre alors que ses chances d'obtenir le marché sont nulles en raison des spécifications concernées.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 14 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 soumet la recevabilité du recours en annulation dirigé contre les décisions prises par des autorités adjudicatrices à deux conditions. Tout d'abord, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché litigieux. Ensuite, les violations alléguées doivent avoir lésé, ou avoir risqué de léser, la partie requérante. Pour être recevable, le recours en annulation doit donc soulever au moins un moyen dénonçant une violation ayant lésé ou risqué de léser la partie requérante.

La requérante a manifesté son intérêt pour le marché. Le dossier démontre par ailleurs que, si elle n'a pas déposé d'offre dans le cadre de la procédure de passation, c'est uniquement parce que, d'une part, les spécifications techniques liées au lot 2 du marché n'autorisaient que la fourniture de médicaments à base de pegfilgrastim – alors que le médicament de la requérante est basé sur le lipegfilgrastim – et parce que, d'autre part, les services de la partie adverse ont informé la requérante qu'une offre introduite « avec le lipegfilgrastim (code ATC L03AA14) [serait] considérée comme substantiellement irrégulière et, par conséquent écartée ».

Il y a dès lors lieu de considérer que la requérante a eu un intérêt à obtenir le marché.

La requérante invoque par ailleurs un moyen unique dans lequel elle critique la régularité de la spécification technique du cahier spécial des charges qui a pour effet d'exclure le médicament qu'elle commercialise du marché concerné. La violation ainsi dénoncée, à la supposer avérée, a empêché la requérante de déposer utilement une offre, et l'a donc lésée.

Le recours est dès lors recevable.

V. Quant au fond

La requérante soulève un moyen unique pris de la violation « des articles 4, 5, et 53 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics [...], des articles 5 et 14, 1° et 2° 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 des articles 2 et 3 de la loi du 9 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ».

Elle critique en substance la régularité des documents du marché en ce qu'ils imposent, concernant le lot 2, que le médicament fourni soit à base de pegfilgrastim, excluant de ce fait le médicament que la requérante produit – et qu'elle considère comme équivalent – qui est à base de lipegfilgrastim. L'argumentation que la requérante développe à cet égard est identique à celle formulée dans le cadre du recours qu'elle a introduit contre la décision de la partie adverse approuvant le cahier spécial des charges du marché, enrôlé sous le numéro G/A. 230.850/VI-21.770.

Statuant sur ce recours, l'arrêt n° 261.996, prononcé ce jour dans cette autre affaire, annule la décision de la partie adverse du 5 mars 2020 approuvant les conditions du marché de fournitures concernant des « spécialités pharmaceutiques à base de filgrastim et pegfilgrastim ».

L'acte attaqué dans la présente affaire, qui repose sur les prescriptions techniques du cahier des charges ainsi annulé, est lui-même irrégulier, pour les motifs énoncés dans l'arrêt précité.

Le moyen unique est fondé.

VI. Indemnité de procédure et autres dépens

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

L'annulation de l'acte attaqué justifie que les autres dépens soient mis à charge de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La décision de la partie adverse du 30 septembre 2020 attribuant à la société Accord Healthcare le lot 2 du cahier spécial des charges n° IA/P0/2020/GCSF visant « la fourniture ayant pour objet spécialités pharmaceutiques à base de pegfilgrastim », est annulée.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 16 janvier 2025, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

David De Roy,
Laurence Vancrayebeck,
Xavier Close,
Nathalie Roba,

président de chambre,
conseillère d'État,
conseiller d'État,
greffière.

La greffière,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy