

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

n° 263.956 du 15 juillet 2025

A. 245.069/VI-23.379

En cause : **la société à responsabilité limitée**
ACCORD HEALTHCARE,
ayant élu domicile chez
M^{es} Christophe RONSE, William TIMMERMANS
et François LAMBERT, avocats,
avenue du Port 86C boîte 414
1000 Bruxelles,

contre :

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

Requérante en intervention :

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 16 juin 2025, la SRL Accord Healthcare demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise le 23 avril 2025 par le directeur général de la société coopérative [...] Vivalia, intitulée “Décision du directeur général du 23 avril 2025 attribuant un marché public” par laquelle, le directeur général, en vertu des délégations qui lui ont été octroyées, décide d'attribuer le lot 1 à la société Teva Pharma Belgium SA ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 17 juin 2025, le calendrier de la procédure a été déterminé et l'affaire a été fixée à l'audience du 2 juillet 2025.

La note d'observations, le dossier administratif et la requête en intervention ont été déposés dans le respect du calendrier de la procédure.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 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.

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

M^{es} William Timmermans, François Lambert, et Pauline Meskens, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^e Charline Servais, *loco* M^{es} Olivier Louppe et Jean Laurent, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Benito Boone, avocat, comparaissant pour la requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu 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 de suspension se présentent comme suit :

« 1. En date du 4 mars 2025, la partie adverse lance un marché public ayant pour objet "Accord cadre relatif à la fourniture de GCSF (facteurs de croissance) pour les besoins des pharmacies de Vivalia, agissant en Centrale d'achats" (pièce n° 1).

Le marché précité est opéré par procédure ouverte.

Un avis est publié le 5 mars 2025 au BDA et au JOUE (pièce n° 2).

Le cahier spécial des charges prévoit que le marché est divisé en deux lots, à savoir (pièce n° 3) :

LOT 1 : PEG ou LIPE-FILGRASTIM

LOT 2 : FILGRASTIM

Il prévoit les deux critères d'attribution suivants, commun aux deux lots :

Critères d'attribution

Prix TVAC

Critère technique

- Conditionnement primaire et secondaire – 15 points
- Stabilité en cas de rupture de la chaîne du froid – 5 points

Pondération

80%

20%

2. En date du 19 mars 2025, la partie requérante pose la question suivante sur le FORUM (pièce n° 4):

“ Bonjour, Il semble que votre méthode d'évaluation favorise les spécialités à base de lipegfilgrastim, étant donné que la base de remboursement et la règle de tarification sont plus élevées pour cette molécule.

Prix Ex-Usine :

- Lipegfilgrastim : 655,18 €
- Pegfilgrastim : 502,12 €

Règle de tarification :

- Lipegfilgrastim : 100 %
- Pegfilgrastim : 85 %”.

Le pouvoir adjudicateur répond :

“ Bonjour,

En effet pour le prix c'est bien notre volonté d'acheter le produit qui *in fine* nous coûtera le moins cher.

Ces mesures de *reinvoicing* impactent les finances de l'hôpital et en tant que gestionnaire nous essayons de minimiser ces impacts.

Le marché est néanmoins mis en concurrence vu les critères techniques”.

3. Au terme du délai ultime de dépôt des offres, trois soumissionnaires ont remis offre (pièce n° 5 et pièces A à C confidentielles) :

	Firme	Coût annuel htva	Coût annuel tvac
LOT 1	Teva	380.593,00€	403.428,58€
LOT 2	ACCORD HEALTHCARE	13.865,00€	14.696,90€
TOTAL – 4 ans		1.577.832,00€	1.672.501,92€

Etant dans une cascade, en cas d'impossibilité de livraison de la part de l'adjudicataire classé en première position, le Pouvoir adjudicateur prendra contact avec celui classé en seconde position et ensuite le troisième classé :

	Fournisseur 2	Fournisseur 3
LOT 1	ACCORD HEALTHCARE	BIOCON
LOT 2	Teva	/

Il s'agit de l'acte attaqué.

Cette décision est notifiée aux soumissionnaires en date du 2 juin 2025 (pièce n° 7).

Le recours est dirigé à l'encontre de l'attribution du LOT 1 pour lequel la requérante est classée en seconde position ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 24 juin 2025, la SA Teva Pharma Belgium demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire du lot 1 du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Compétence du Conseil d'État

V.1. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante soulève une exception d'incompétence du Conseil d'État à statuer sur la présente demande qu'elle résume en ces termes :

« [...] la lecture de la requête en suspension révèle que l'objet véritable du recours de la partie requérante n'est pas la décision d'attribution et le critère de prix appliqué en l'espèce, mais bien l'article 71ter de la Loi INAMI qui incite de façon générale les hôpitaux [à] appliquer le critère de prix litigieux. Cela devient entre autres évident par le simple fait que ce critère de prix est appliqué depuis [au] moins 2020 par presque tous les hôpitaux, et que la partie requérante a participé à ces marchés sans contestation. Le contrôle de la légalité de dispositions légales ne relève toutefois pas de la compétence de Votre Conseil ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'objet du recours est bien de contester une décision d'attribution d'un marché public et non de demander au Conseil d'État de se prononcer sur la régularité d'une disposition législative.

Du reste et contrairement à ce qu'affirme la partie intervenante, la requérante conteste, dans les trois moyens de sa requête, la formule du critère du « coût net hôpital », retenue par le cahier spécial des charges, pour l'attribution du lot 1 du marché en cause, et non l'article 71ter de la loi relative à l'assurance obligatoire des soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 (ci-après « loi ASSI »). Cette disposition prévoit notamment des taux de remboursement inférieurs (85 % au lieu de 100 %) pour les spécialités pharmaceutiques pour lesquelles un biosimilaire est disponible et qui sont délivrées par une officine hospitalière. La requérante critique la façon dont la formule du critère du « coût net hôpital » prend en compte les remboursements INAMI et non les règles de remboursements elles-mêmes. À l'appui de son deuxième moyen, elle propose d'ailleurs une formule alternative qui tient également compte des remboursements

INAMI, tout en évitant, à son estime, les écueils de la formule retenue par la partie adverse.

Enfin, la compétence du Conseil d'État pour connaître de la présente demande n'est pas affectée par la circonstance que la formule utilisée soit appliquée par « la plupart des hôpitaux » depuis « des années, sans que la partie requérante – qui participe déjà depuis des années à ces marchés – ait contesté cette pratique ».

L'exception d'incompétence soulevée par la partie adverse manque en fait.

VI. Recevabilité de la demande

VI.1. Thèses des parties adverse et intervenante

La partie adverse affirme que la requérante a renoncé à soulever l'irrégularité qu'elle invoque dans sa demande puisqu'elle a accepté de déposer une offre alors qu'elle avait connaissance de cette irrégularité qui affecte le cahier spécial des charges. Elle insiste sur le fait que la formule utilisée pour le critère d'attribution du prix est appliquée depuis de nombreuses années, qu'elle a été profitable à la requérante à plusieurs reprises et que cette même formule lui a notamment permis d'obtenir le lot 2 du marché litigieux. Elle reproche à la requérante de ne pas avoir critiqué cette formule tant qu'elle lui était bénéfique et estime que la requérante a violé l'article 81 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques qui oblige les opérateurs économiques à signaler les erreurs et omissions présentes dans le cahier spécial des charges qui rendent impossible la comparaison des offres. Selon elle, « cette violation affecte nécessairement l'intérêt de la requérante au présent recours ».

La partie intervenante soulève deux exceptions d'irrecevabilité de la présente demande, qu'elle résume en ces termes :

« [...] [I]l [ap]paraît que la partie requérante a introduit une offre dont le prix (50,88 EUR) est presque 3 fois inférieur comparé au deuxième prix le plus bas (137,80 EUR de Biocon). La remise de la partie requérante par rapport au prix facial constitue 90,44 %, tandis que les deux autres soumissionnaires ont offert une remise de +/- 73 %-74 % par rapport à leur prix facial. Puisqu'il ne ressort pas du rapport d'examen que la partie requérante ait justifié ce prix "anormalement bas", son offre aurait dû être déclarée substantiellement irrégulière en vertu de l'article 36 de l'AR Passation. La partie requérante n'a donc pas d'intérêt à son recours puisqu'elle ne peut pas espérer retrouver une chance de se voir attribuer le marché.

En ce qui concerne l'extrême urgence, force est de constater que la partie requérante n'a pas informé Votre Conseil qu'elle avait déjà contesté le critère

litigieux dans un autre litige devant le président du tribunal de l'entreprise de Gand, division Gand, qui avait rejeté le recours par ordonnance du 23 janvier 2025. L'emploi de la procédure en suspension d'extrême urgence ne semble donc pas approprié, voire même un abus de procédure tenant compte des circonstances ».

VI.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.

En l'espèce, la requérante est un opérateur économique qui a fait offre pour le lot 1 du marché considéré. Elle soulève, par ailleurs, au moins un moyen fondé sur une violation qui l'a lésée ou a risqué de la léser : elle critique, dans les trois moyens de sa requête, la régularité de la formule du critère d'attribution du « coût net hôpital » retenue dans le cahier spécial des charges tout en affirmant que c'est l'application de cette formule qui lui a fait perdre le lot 1 du marché (en tant qu'adjudicataire principal).

Le fait que la requérante se soit abstenue de critiquer à l'occasion de précédents marchés l'application d'une formule identique ne rend pas irrecevable la demande de suspension dirigée contre la décision d'attribution attaquée. Il ne peut non plus être soutenu qu'en agissant de la sorte, la requérante aurait implicitement renoncé à la possibilité d'introduire la présente demande. Il importe peu, à cet égard, que l'application de cette formule ait pu lui être bénéfique « à plusieurs reprises ». La requérante ne serait, en effet, pas recevable à contester une décision d'attribution d'un marché lorsqu'elle obtient celui-ci. Il en va ainsi du lot 2 du marché que la requérante a remporté (en tant qu'adjudicataire principal). Du reste, comme l'explique la requérante à l'audience, ce lot porte sur la fourniture de médicaments à base de la seule substance active Filgrastim, de sorte que la question des différences de remboursement INAMI ne se pose pas dans les mêmes termes que pour le lot 1 du marché.

Le fait que la requérante ait, dans le cadre d'une autre affaire, lancé une procédure judiciaire en référé pour contester l'application d'une formule identique, sans la poursuivre au fond, ne peut justifier que la présente demande soit considérée comme constitutive d'un détournement ou d'un abus de procédure ou que le recours

à la procédure d'extrême urgence doit être jugé « inapproprié ». D'une part, la requérante n'est pas tenue de poursuivre une procédure au fond devant l'instance de recours qu'elle saisit en référé ; à l'audience, elle explique que ses actions visent à empêcher la conclusion des marchés, pas à obtenir raison sur le fond de l'affaire ou à demander des dommages et intérêts. D'autre part, la répartition des compétences entre la section du contentieux administratif du Conseil d'État et le juge judiciaire pour connaître de ce type de demande est fixée par l'article 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, de sorte que la requérante n'a pas le choix de l'instance de recours compétente pour statuer sur ses demandes de suspension. Enfin, la circonstance que la requérante n'ait pas indiqué, dans sa requête, avoir saisi, dans le cadre d'une autre affaire, le président du tribunal de l'entreprise de Gand, division d'une question similaire n'est pas de nature à rendre la présente demande irrecevable.

La recevabilité de la présente demande n'est pas non plus affectée par le fait que la requérante n'aurait pas, avant le dépôt de son offre, formulé d'objections au sujet de la formule litigieuse. D'une part, comme le reconnaît la partie adverse à l'audience, un soumissionnaire potentiel ou effectif à un marché public peut invoquer une illégalité du cahier spécial des charges à l'appui de la demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché, même s'il n'a pas attaqué en tant que telle la décision d'adopter le cahier spécial des charges. D'autre part, la requérante ne peut, parce qu'elle a déposé une offre dans le cadre du marché litigieux, être présumée avoir accepté la légalité d'un critère d'attribution ou avoir renoncé à le critiquer dans le cadre du recours qu'elle dirige contre la décision d'attribution du lot 1 de ce marché. En l'occurrence, la requérante a signalé, à la partie adverse, avant le dépôt de son offre, que la formule retenue « favorisait les spécialités à base de Lipepfilgrastim, étant donné que la base de remboursement et la règle de tarification sont plus élevées pour cette molécule ». La partie adverse a décidé de ne pas donner de suite à cette critique. Elle ne peut ensuite reprocher à la requérante d'avoir fait preuve de mauvaise foi dans le cours de la procédure de passation litigieuse. En toute hypothèse, la sanction qui, selon la partie adverse, devrait s'attacher à l'absence d'objection adressée au pouvoir adjudicateur porterait une atteinte excessive au droit reconnu au soumissionnaire d'exercer les recours juridictionnels prévus par la loi.

Quant à l'affirmation de la partie intervenante selon laquelle la requérante aurait remis une offre substantiellement irrégulière en raison du prix anormalement bas qu'elle propose, il faut constater que la partie adverse n'a relevé aucun manquement à cet égard lors de l'examen des offres. Il n'appartient pas au Conseil d'État, dans le cadre de l'examen de la recevabilité de la présente demande, de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur et de faire, à sa place,

application de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. En toute hypothèse, comme il a déjà été exposé, les violations invoquées à l'appui des trois moyens de la requête concernent la formule du critère d'attribution du « coût net hôpital » qui figure dans le cahier spécial des charges. Or, comme l'explique la requérante à l'audience, le prix qu'elle a proposé, pas plus qu'un prix zéro, ne lui aurait de toute façon permis, en raison de la formule critiquée, d'obtenir le score nécessaire pour remporter le lot 1 du marché (alors qu'elle a obtenu le meilleur score pour le critère technique). Dans un tel contexte, il peut être considéré que les violations alléguées qui concernent la formule du critère d'attribution du « coût net hôpital » ont bien lésé ou risqué de léser la requérante, nonobstant le prix anormalement bas qu'elle aurait éventuellement proposé, tenant compte de cette formule.

Les exceptions d'irrecevabilité de la demande, qui sont soulevées par les parties adverse et intervenante, ne peuvent *prima facie* être retenues.

VII. Premier et deuxième moyens

VII.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un premier moyen « de la violation de l'article 81, §1^{er}, et § 2 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics » en ce que « le premier critère d'attribution, à savoir le “prix” (pondéré à 80 %), tel qu'il est défini dans le cahier spécial des charges et dans la décision attaquée, ne constitue ni un “prix” ni un “coût” au sens de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, puisqu'il s'agit d'un calcul hybride combinant d'une part (i) la base de remboursement de l'INAMI et le pourcentage de remboursement applicable — qui varient entre les soumissionnaires pour des raisons indépendantes de leur volonté ; et d'autre part (ii) le prix effectivement offert par le soumissionnaire » alors que « les pouvoirs adjudicateurs qui attribuent un marché sur la base du meilleur rapport qualité/prix doivent tenir compte du prix ou du coût, ainsi que d'aspects qualitatifs et autres en lien avec l'objet du marché concerné, que le calcul hybride appliqué dans le cas d'espèce ne qualifie pas comme prix ni comme coût et que ce critère d'attribution “prix” est partant illégal ».

Elle résume les développements du premier moyen en ces termes :

« 1. Critère d'attribution du prix contraire à la loi sur les marchés publics. Le critère d'attribution du prix, tel que formulé, ne respecte pas l'article 81, §§ 1 et 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Il ne permet pas une comparaison

équitable des offres, car il ne prend pas en compte le prix net réel proposé par les soumissionnaires, mais plutôt des éléments extérieurs comme la base de remboursement et le pourcentage remboursé par l'INAMI.

2. Avantage structurel injustifié pour Lonquex de Teva et impossibilité de concurrence effective. La méthode de calcul du critère "prix" confère un avantage structurel à Lonquex de Teva (209,88 EUR), car ce produit bénéficie d'une base de remboursement et d'un taux de remboursement plus élevés.

En raison de la formulation du critère de prix, il est impossible pour la partie requérante de concurrencer efficacement Lonquex de Teva. Même en proposant un prix nul, voire négatif, la partie requérante ne pourrait pas remporter le marché.

3. Absence de prise en compte du prix net dans le critère d'attribution. Le prix net réellement offert par les soumissionnaires n'est pris en compte que de façon indirecte. Ce qui prime dans l'évaluation, c'est le montant du remboursement par l'INAMI perçu par la partie adverse, un élément indépendant de la volonté des soumissionnaires.

4. Impossibilité de compenser l'avantage de Lonquex de Teva par des remises. Même avec des remises importantes, la partie requérante ne peut compenser l'avantage structurel dont bénéficie Lonquex de Teva et l'avantage octroyé par la partie adverse lors de la mise en œuvre du critère d'attribution "prix". Le critère d'attribution "prix" favorise les produits ayant une base de remboursement plus élevée.

5. L'offre la moins chère et la meilleure techniquement ne remporte pas le lot litigieux. Le critère d'attribution aboutit à ce qu'un médicament ayant une base de remboursement inférieure, avec une remise plus importante et un prix net inférieur, obtient une moins bonne note qu'un médicament avec une base de remboursement plus élevée, avec une remise moindre et un prix net supérieur.

Le critère d'attribution "prix", tel que formulé dans le cahier spécial des charges et appliquée dans la décision attaquée, viole l'article 81, § 1, et § 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ».

La requérante prend un deuxième moyen « de la violation de l'article 81, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, à savoir l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de veiller à ce que les critères d'attribution permettent une concurrence effective, de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, à savoir l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs de traiter les entreprises de manière égale, ainsi que du principe d'égalité et du principe de minutie » en ce que « la partie adverse, dans la mise en œuvre du premier critère d'attribution "prix" (pondéré à 80 %) n'a, à aucun moment, tenu compte des différences objectives, connues à l'avance, entre les soumissionnaires potentiels pour le lot 1, à savoir, d'une part, la différence de base de remboursement et, d'autre part, la différence de remboursement par l'INAMI, ce qui entraîne immédiatement une différence de 209,88 EUR (TVA comprise) en faveur du Lonquex de Teva Pharma Belgium NV, ces différences découlant de manière fixe et objective de la réglementation existante en la matière et étant donc parfaitement connues de la partie adverse » et en ce que « la partie adverse permet que le premier critère d'attribution "prix" pour le lot 1

puisse être négatif et qu'une note plus favorable soit attribuée à mesure que le "prix" est plus négatif » alors que :

- « la disposition légale précitée exige que les critères d'attribution permettent une concurrence effective ; qu'une telle concurrence effective impose que la partie adverse, lors de la détermination du critère d'attribution "prix", tienne dûment compte des différences objectives entre les soumissionnaires (potentiels), tel qu'elles résultent de la réglementation ; qu'en l'espèce, la partie adverse a permis une situation dans laquelle, même si la partie requérante proposait un prix nul, elle ne pouvait pas remporter le lot 1 du marché ; qu'il en résulte, à lui seul, que toute concurrence effective a été rendue impossible » ;
- « le principe d'égalité (tel qu'également consacré à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics) impose au pouvoir adjudicateur de tenir compte des différences objectives entre les entreprises, comme exposé ci-dessus ; ce qui n'a manifestement pas été fait en l'espèce » ;
- « le principe de minutie impose aux pouvoirs adjudicateurs de déterminer les critères d'attribution avec soin, de manière à tenir dûment compte des différences objectives qui découlent de la réglementation et qui sont ou doivent être connues à l'avance par le pouvoir adjudicateur, comme exposé ci-dessus ; ce qui, là encore, n'a pas été respecté en l'espèce ».

Elle résume les développements du deuxième moyen en ces termes :

- « 1. Violation du principe de concurrence. La partie adverse a défini le critère d'attribution "prix" (pondéré à 80 %) sans tenir compte des différences objectives et connues à l'avance entre les soumissionnaires, notamment la base de remboursement et le taux de remboursement effectif par l'INAMI. Cette omission a créé un avantage structurel pour un soumissionnaire (Teva Pharma Belgium), rendant la concurrence illusoire et excluant de fait certains soumissionnaires, indépendamment de la qualité ou du prix net de leur offre.
2. Violation du principe d'égalité de traitement. La partie adverse a traité de manière identique des situations qui sont objectivement différentes, en ne neutralisant pas les effets des différences réglementaires entre les spécialités concurrentes. Cela a abouti à une discrimination à l'encontre de certains soumissionnaires, en particulier la partie requérante, et à l'octroi d'un avantage structurel à Teva, en contradiction avec les principes d'égalité et de non-discrimination.
3. Méthode de calcul inadaptée et absence de neutralisation des distorsions de concurrence. La méthode de calcul du critère "prix" permet d'obtenir des prix négatifs, attribuant une note plus favorable à mesure que le prix proposé est plus négatif, sans tenir compte des différences objectives de remboursement. Même en proposant un prix nul ou négatif, la partie requérante ne pouvait pas remporter le marché, ce qui démontre l'inefficacité du critère pour garantir une concurrence réelle.
4. Non-respect du principe de minutie. Le pouvoir adjudicateur n'a pas défini les critères d'attribution avec le soin requis, en négligeant des éléments objectifs et pertinents issus de la réglementation, alors qu'ils étaient connus à l'avance et déterminants pour l'évaluation des offres.
5. Existence de solutions moins disproportionnées non prises en compte. La partie adverse aurait pu recourir à des mesures moins disproportionnées, telles que l'évaluation des offres sur la base de la réduction consentie par chaque

soumissionnaire par rapport à sa propre base de remboursement, ce qui aurait permis de neutraliser les différences réglementaires et d'assurer une concurrence plus équitable ».

B. Note d'observations

La partie adverse résume, comme suit, les développements de sa réponse au premier moyen de la requête :

« Conformément à l'article 81, § 1, de la loi sur les marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs doivent attribuer les marchés publics sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse.

En l'espèce, la partie adverse a choisi de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base du meilleur rapport qualité/prix.

La partie adverse a tenu compte des éléments suivants dans le cadre du premier critère d'attribution :

- la base de remboursement de l'INAMI ;
- le pourcentage de la base de remboursement remboursé par les pouvoirs publics ; et
- le prix unitaire net, TVA comprise.

Ce critère est fondé sur le coût qui est un concept plus large que le prix visant à prendre en compte tous les coûts supportés par l'acheteur pendant la durée de vie du produit.

Les trois éléments précités permettent à la partie adverse de déterminer le résultat net pour l'hôpital, compte tenu des règles complexes de remboursement des médicaments par les pouvoirs publics.

Seule une combinaison de ces trois éléments permet effectivement de calculer le coût réel pour la partie adverse et d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse en conformité avec l'article 81, § 1^{er}, de la loi précitée.

Cette méthode est en outre tout à fait conforme à la volonté du législateur d'offrir aux pouvoirs adjudicateurs la liberté de déterminer les critères d'attribution les plus pertinents pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse pour eux ».

Elle résume, comme suit, les développements de sa réponse au deuxième moyen de la requête :

« Conformément à l'article 71^{ter} de la loi INAMI, le taux de remboursement tant du médicament biologique original que du biosimilaire qui lui est associé diminue à 85 % lorsqu'un biosimilaire est mis sur le marché.

Comme détaillé dans le cadre du premier moyen, il est essentiel de prendre en compte la base de remboursement de l'INAMI et le pourcentage remboursé par les pouvoirs publics, ainsi que le prix du produit, afin de déterminer l'offre "économiquement la plus avantageuse" pour la partie adverse.

Le fait que le taux de remboursement du produit biologique d'origine et du biosimilaire diminue à 85% lorsque ce biosimilaire est mis sur le marché relève d'un choix du législateur. Ce choix est d'ailleurs parfaitement cohérent et légitime.

La différence de traitement critiquée par la requérante trouve donc en réalité sa source dans la loi et non pas dans la décision contestée ou dans le cahier spécial des charges.

En élargissant le marché public à l'ensemble des médicaments offrant les mêmes effets thérapeutiques, la partie adverse s'est conformée à l'arrêt de Votre Conseil n° 261.996 du 16 janvier 2025 et a agi en conformité avec l'article 4 de la loi marché public dont la violation est vainement alléguée par la partie requérante ».

C. Requête en intervention

La partie intervenante résume, comme suit, les développements qu'elle consacre aux premier et deuxième moyens de la requête :

« [...] [I]l convient de signaler que la partie requérante manque d'intérêt à tous ses moyens, puisqu'elle n'a pas contesté le critère litigieux pour autant qu'il s'appliquait au lot n° 2 du marché. Un éventuel constat de l'illégalité du critère concerné de façon générale rendrait également illégitime l'attribution du lot n° 2 à la partie requérante.

La partie requérante soulève dans un premier moyen que le critère de prix litigieux ne qualifie ni de "prix" ni de "coût" dans le sens du l'article 81, §1^{er} et § 2, de la LMP et enfreint dès lors cette disposition. Pourtant, la disposition concernée ne prévoit nulle part une interdiction d'appliquer une formule en fonction d'éléments objectifs et transparents, qui tient compte du bénéfice net (et donc le coût réel) pour l'hôpital. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté pour choisir les critères d'attribution. Votre Conseil a déjà confirmé dans son arrêt du 16 janvier 2025 qu'un tel critère de prix n'enfreint pas la concurrence. Le président du tribunal de l'entreprise de Gand, division Gand, a également confirmé la légalité *prima facie* de ce critère. La partie requérante ne peut en effet pas exiger que la partie défenderesse applique un critère de prix qui l'oblige à acheter des médicaments à un coût finalement plus élevé.

La partie requérante soulève dans un deuxième moyen que le critère de prix litigieux privilégie, de manière structurelle et automatique, les médicaments, dont la base de remboursement et/ou le taux de remboursement est plus élevé, indépendamment du prix réellement offert par le soumissionnaire, ce qui est contraire au principe de non-discrimination prévu à l'article 4 de la LMP et contraire au principe d'une concurrence effective prévu à l'article 81, § 3, de la LMP. À nouveau il convient de constater que Votre Conseil et le président du tribunal de l'entreprise de Gand, division Gand, ont déjà confirmé la légalité de ce critère. La partie défenderesse ne fait que suivre les consignes du législateur, en tant que personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances, pour bien gérer ses propres moyens financiers. Appliquer un critère de prix qui ne tient compte que du prix net offert pénaliserait en plus les soumissionnaires qui proposent des solutions médicamenteuses qui n'ont pas de génériques ou biosimilaires ».

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à l'intérêt aux premier et deuxième moyens de la requête

La requérante dispose d'un intérêt aux deux premiers moyens de sa requête qui critiquent la régularité de la formule du critère d'attribution du « coût net hôpital » retenue dans le cahier spécial des charges tout en affirmant que c'est l'application de cette formule qui lui a fait perdre le lot 1 du marché. Les violations qu'elle invoque à l'appui de ces deux moyens l'ont bien lésée ou ont risqué de la léser.

Du reste, elle n'a aucun intérêt à contester le critère litigieux en tant qu'il s'applique au lot 2 du présent marché. La décision d'attribution de ce lot n'est pas visée par la présente demande et la requérante ne serait d'ailleurs pas recevable à critiquer une telle décision puisqu'elle en est l'adjudicataire principal. Par ailleurs, comme il a déjà été exposé, le lot 2 porte sur la fourniture de médicaments à base de la seule substance active Filgrastim, de sorte que la question des différences de remboursement par l'INAMI ne se pose pas dans les mêmes termes que pour le lot 1 du marché.

La requérante dispose *prime facie* d'un intérêt aux deux premiers moyens de sa requête.

Quant au caractère sérieux des premier et deuxième moyens de la requête

L'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme suit :

- « § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.
- § 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :
- 1° sur la base du prix ;
 - 2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82 ;
 - 3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné [...].
- § 3. Les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans :
- 1° le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services, ou
 - 2° un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel.
- Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils garantissent la possibilité d'une véritable

concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution [...]

§ 4. [...]

§ 5. [...] ».

Il ressort de cette disposition qu'est laissée au pouvoir adjudicateur la liberté de choix des critères d'attribution. Cette liberté n'est toutefois pas illimitée. Ainsi, les critères retenus doivent viser à identifier l'offre « économiquement la plus avantageuse », sur la base du prix, du coût ou du meilleur rapport qualité/prix, selon ce qu'aura choisi le pouvoir adjudicateur conformément à ce que lui permet le paragraphe 2 de l'article 81. Le paragraphe 3, alinéa 2, de la même disposition précise notamment que les critères d'attribution retenus « garantissent la possibilité d'une véritable concurrence ». Par ailleurs, les critères d'attribution doivent, comme tous les éléments des documents du marché, respecter les principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement.

En l'espèce, la partie adverse a choisi de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base du meilleur rapport qualité/prix reposant sur des critères qualitatifs et de coût. Le premier critère d'attribution retenu – celui du « coût net pour l'hôpital », seul critiqué dans la requête, – est prépondérant (80 points/100). Il est précisé que ce coût « peut être négatif » et qu'il est déterminé sur la base du prix net TVAC de l'offre duquel est déduit le pourcentage de la base de remboursement INAMI (prix unitaire INAMI externe) facturé par l'hôpital à l'assurance soins de santé.

Prima facie, la prise en compte du pourcentage de la base de remboursement INAMI paraît pertinente pour calculer le coût réel supporté par un hôpital pour l'acquisition d'une spécialité pharmaceutique. En effet, lorsque celui-ci achète des médicaments, il paye ces produits aux prix TVAC négociés auprès des fournisseurs et facture à l'assurance soins de santé les montants établis en fonction d'un pourcentage, prévu par la loi, de la base de remboursement (qui correspond au prix *maximum* ex-usine) fixée par l'INAMI pour la spécialité pharmaceutique concernée. Comme l'explique la partie adverse, les hôpitaux obtiennent souvent des remises importantes auprès de leurs fournisseurs, en sorte que les montants que les hôpitaux leur payent sont sensiblement inférieurs à ceux qu'ils facturent à l'assurance soins de santé. Les remboursements INAMI, comme le prix du médicament payé au fournisseur, permettent, dès lors, de déterminer le coût net réel (ou final) supporté par un hôpital lorsqu'il achète un médicament.

Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, la partie adverse ne paraît pas méconnaître la notion de « coût » visée à

l'article 81, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2016 lorsqu'elle prend en compte les remboursements INAMI pour déterminer le coût (même négatif) que l'hôpital doit (au final) supporter pour l'acquisition de spécialités pharmaceutiques. Le critère du « coût » est, en effet, plus large que celui du « prix » puisqu'il permet de prendre en compte non seulement la rémunération qui sera perçue par l'adjudicataire en exécution du marché, mais également les autres impacts économiques de la commande, qui sont liés à l'achat et à la propriété de l'objet du marché (Doc.parl., Ch., 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 134).

En général, les marchés publics de fournitures de médicaments biologiques en hôpital mettent en concurrence des biosimilaires et leur produit de référence, qui se fondent sur une substance active commune – à l'instar du lot 2 du présent marché –. Ces produits sont, en principe, sujets à des remboursements INAMI semblables ou identiques, en sorte qu'il n'y a *a priori* pas de difficulté particulière à prendre en compte ces remboursements pour calculer le « coût net » supporté par l'hôpital qui achète ces médicaments.

Le lot 1 du marché litigieux présente la particularité de mettre en concurrence des spécialités pharmaceutiques fabriquées à partir de deux substances actives distinctes : d'une part, des biosimilaires (ou leur produit de référence) – tel le biosimilaire (Pelgraz) proposé par la requérante – qui sont produits à partir de la substance active « Pegfilgrastim » ; d'autre part, le médicament original (Lonquex), toujours protégé par un brevet, qui est produit par la seule partie intervenante à partir de la substance active « Lipegfilgrastim ». La question de la mise en concurrence de médicaments à base de ces deux substances actives s'est déjà posée devant le Conseil d'État. Dans un arrêt n° 261.996 du 16 janvier 2025 (ECLI:BE:RVSCE:2025:ARR.261.996), celui-ci a, dans le cadre d'une autre affaire, jugé, sous le bénéfice de l'extrême urgence, que rien ne justifiait *prima facie* de ne pas ouvrir un marché d'achats de médicaments « LA G-CSF » au médicament original Lonquex de la partie intervenante (produit à base de Lipegfilgrastim) et de réserver celui-ci à des biosimilaires (et à leur produit de référence) fabriqués à base de Pegfilgrastim, alors que les deux types de médicaments semblent constituer des alternatives thérapeutiques valables.

Comme l'exposent toutes les parties au litige, l'acquisition en hôpital de ces deux types de spécialités pharmaceutiques donne lieu à des remboursements distincts de l'assurance soins de santé : d'une part, la base de remboursement (ou le prix *maximum* ex-usine) est plus élevée pour le Lonquex produit à base de Lipegfilgrastim (662,29 euros) que pour les biosimilaires produits à base de Pegfilgrastim (532,25 euros) ; d'autre part, le pourcentage de facturation par l'hôpital à l'assurance soins de santé est maximal pour le Lonquex (100 %) alors qu'il est

diminué de 15 % pour les biosimilaires (85 %). Comme le relève la requérante, la façon dont la formule du critère d'attribution du « coût net hôpital » prend en compte les interventions INAMI pour les deux types de médicaments octroie *de facto* un avantage structurel de 209,88 euros à la partie intervenante qui est la seule à produire le médicament original Lonquex (intervention INAMI de 662,29 euros) par rapport à ses concurrents qui produisent des biosimilaires (intervention INAMI de 452,41 euros). Comme le souligne encore la requérante, l'application de cette formule peut avoir pour conséquence d'attribuer le marché à un soumissionnaire qui propose un médicament dont le prix net TVAC est plus élevé (avec une remise moins importante) parce que l'hôpital peut facturer des montants plus élevés à l'assurance soins de santé, plutôt qu'à un soumissionnaire qui propose un prix net TVAC moins élevé (avec une remise plus importante) parce que l'hôpital ne peut facturer à l'assurance soins de santé que des montants limités.

Prima facie, il peut être considéré que la formule précitée qui associe le prix unitaire net TVAC du médicament proposé (avec remise) et le pourcentage de la base de remboursement INAMI de celui-ci permet, avec les autres critères d'attribution prévus par le cahier spécial des charges, d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse pour la partie adverse qui agit comme centrale d'achats pour elle-même et d'autres entités hospitalières. Le « coût net » supporté par l'hôpital peut être plus favorable si les remboursements INAMI sont plus importants même si le prix net proposé par le fournisseur est plus élevé (ou la remise est moins importante). Dans ce cas, les remboursements INAMI – parce qu'ils présentent des différences importantes entre deux types de médicaments – sont un facteur plus déterminant pour l'hôpital que le prix net proposé par les fournisseurs.

Toutefois, une telle formule est problématique dès lors qu'il apparaît qu'elle ne garantit pas, dans le cadre du marché considéré, une concurrence effective entre les opérateurs économiques. En l'occurrence, la façon dont cette formule prend en compte les remboursements INAMI procure *de facto* un avantage concurrentiel injustifié à la partie intervenante, s'agissant d'un facteur qui, comme le relève le cahier spécial des charges, « est indépendant du pouvoir adjudicateur et des soumissionnaires ». La partie intervenante est la seule, sur le marché, à produire un médicament qui fait l'objet d'un remboursement INAMI aussi élevé et peut, sur la base de la formule annoncée, aisément calculer le prix unitaire net (remise) qu'elle doit proposer pour se réserver toutes les chances de remporter le lot 1 du marché, étant alors entendu que les autres soumissionnaires qui produisent des biosimilaires (ou leur produit de référence) qui font l'objet d'un remboursement INAMI bien inférieur doivent, pour tenter de concurrencer la partie intervenante, offrir des remises très élevées, qui, comme le relève la requérante, se traduisent par des prix nets TVAC nuls ou négatifs, prix que la partie intervenante qualifie, elle-même dans sa requête, de prix

anormalement bas devant conduire à l'écartement de ces offres pour irrégularité substantielle.

Il n'apparaît pas, en l'espèce, que le deuxième critère d'attribution (critère technique) permet, de la façon dont il est formulé et pondéré, de pallier la distorsion de concurrence créée par le premier critère d'attribution critiqué. Les parties adverse et intervenante ne développent d'ailleurs, dans leurs écrits de procédure, aucun argument en ce sens.

Dans un tel contexte, il convient *prima facie* de considérer que le premier critère d'attribution qui figure dans le cahier spécial des charges est, à lui seul, de nature à fausser la concurrence et à violer le principe d'égalité entre les soumissionnaires.

Les parties adverse et intervenante ne peuvent être suivies lorsqu'elles affirment que la différence de traitement critiquée trouve sa source dans l'article 71^{ter} de la loi ASSI. Cette disposition a notamment pour objet de prévoir une diminution de 15 % de l'intervention de l'assurance soins de santé pour la délivrance en hôpital de médicaments biologiques pour lesquels un biosimilaire avec le même principe actif est disponible. Il s'agit d'une mesure d'économie décidée en faveur de l'assurance soins de santé (Doc. Parl., *Ch.*, 2016-2017, n° 54-20208/001, p. 3). Comme le relève la partie intervenante, l'objectif est aussi d'« inciter au maximum les hôpitaux de recourir à des marchés publics pour ces médicaments, la différence entre le coût réel et le niveau de facturation restant intégralement à la disposition des hôpitaux pour investir dans les services où ces produits sont utilisés » (Doc. Parl., *Ch.*, 2016-2017, n° 54-20208/006, p. 4). Il s'agit donc bien d'inciter les hôpitaux à mettre en concurrence des biosimilaires entre eux ainsi qu'avec leur produit de référence, de manière à obtenir des réductions de prix de la part des firmes pharmaceutiques. Ainsi, dans les travaux préparatoires de la loi du 1^{er} avril 2019 'portant des dispositions en matière de remboursement des spécialités pharmaceutiques ainsi que de frais d'administration, d'efficacité et de transparence des organismes assureurs', dont l'article 6 modifie l'article 71^{ter} de la loi ASSI pour réduire le pourcentage de la facturation des hôpitaux de 90 % à 85 %, il est précisé ce qui suit :

« Si des réductions sont accordées sur des médicaments dans des hôpitaux, les moyens financiers restent au sein de l'hôpital, vu que l'INAMI rembourse le prix facial. Cette situation a été partiellement résolue les années dernières par une réduction du niveau de facturation des médicaments pour lesquels des alternatives sont disponibles. Cette mesure fait en sorte qu'une partie limitée des moyens financiers générés par les réductions sont ramenés à l'assurance maladie.

Par ailleurs, la facturation réduite pour les molécules avec une concurrence au niveau des molécules incitera les hôpitaux à réaliser des marchés publics pour ces

médicaments, ce qui diminue les prix nets » (Doc. Parl., *Ch.*, 2018-2019, n° 54-3555/001, p.4).

L'article 71^{ter} de la loi ASSI ne vise certainement pas à encourager l'achat de médicaments originaux (plus chers pour l'assurance soins de santé comme pour les hôpitaux), encore protégés par un brevet, au détriment des biosimilaires ou de leur produit de référence (moins chers) lorsque ces différents types de médicaments sont mis en concurrence dans le cadre de marchés d'achats de spécialités pharmaceutiques à base de substances actives distinctes. Contrairement à ce qu'affirme la partie intervenante, la disposition légale précitée ne permet ni n'oblige les hôpitaux à exploiter au maximum les différences de remboursement INAMI dans leurs marchés publics, en particulier lorsque sont mis en concurrence des biosimilaires et un médicament original encore protégé par un brevet.

Force est, au contraire, de constater que la législation applicable encourage la consommation des biosimilaires et la mise en concurrence, la plus large possible, des médicaments biologiques disponibles sur le marché. Ainsi, l'article 71^{bis} de la loi ASSI, inséré par l'article 74 de la loi du 18 mai 2022 portant des dispositions diverses urgentes en matière de santé, habilite le Roi à adopter des mesures concrètes pour renforcer la concurrence pour certaines catégories de produits remboursés – notamment les biosimilaires – s'il apparaît qu'ils ne sont pas suffisamment prescrits ou fournis, alors qu'ils permettent des économies ou diminutions de prix (Doc. Parl., *ch.*, 2021-2022, n° 55-2320/1, pp. 80 à 88). Sur la base de cette habilitation, l'arrêté royal du 13 septembre 2023 fixant des règles particulières concernant les marchés publics pour les médicaments biologiques a été adopté. Le rapport au Roi confirme clairement la nécessité de faire jouer pleinement la concurrence entre les médicaments biologiques disponibles en ouvrant autant que possible les marchés publics aux biosimilaires :

« [...] L'article 71^{bis} précité a été inséré à la suite de la constatation que la législation relative aux marchés publics n'est pas encore ou du moins pas encore utilisée de manière optimale par un grand nombre d'hôpitaux. Ainsi, pour de nombreux produits, un certain nombre de barrières semblent être élevées dans les documents liés au marché qui conduisent en pratique à ce que la concurrence ne joue pas pleinement. Ce manque de dynamique de marché a des conséquences néfastes à court terme : en ne profitant pas pleinement du potentiel d'économie pour chaque marché individuel ; comme à moyen et long terme : le risque existe que les candidats qui ne peuvent pas concourir correctement aux marchés des hôpitaux, finissent par abandonner, ou que certains acteurs n'entrent plus sur le marché belge, ce qui amènera à une contraction de l'offre. Une telle situation rend également notre pays vulnérable aux pénuries : d'une part, l'offre est plus restreinte, d'autre part, s'il y a un problème avec les quelques acteurs restants, il peut y avoir une pénurie qui ne peut être comblée par d'autres acteurs qui n'existent pas. Ce potentiel d'économie inutilisé ou tout au moins sous-utilisé a des conséquences indirectes, mais aussi importantes pour le budget des soins de santé : les économies manquées ne viennent pas augmenter le budget des soins de santé, ni d'ailleurs celui du patient. L'utilisation de critères d'attribution injustifiés, faussant le

marché, et dans une certaine mesure superflus, dont la justification économique n'est pas assez claire, comporte un risque d'utilisation suboptimale des moyens de la sécurité sociale.

En outre, cette sous-utilisation d'une concurrence complète et ouverte a potentiellement comme conséquence que les médicaments soient acquis trop chèrement, ce qui implique une utilisation sous-efficace du budget de la pharmacie hospitalière. Par l'érosion de l'offre, la possibilité de diminuer les prix et bases de remboursement des produits restants est en outre également contrariée. Un marché hors brevet durable est également important du point de vue de la santé publique pour garantir l'accès des patients aux médicaments : si plusieurs fournisseurs sont présents sur le marché, le risque d'indisponibilité est moindre et l'accessibilité est accrue.

L'article 71*bis* donne au Roi la compétence pour adopter des mesures spécifiques pour certaines catégories de produits remboursés dans le cadre de la législation relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités. Ainsi, quand il y a assez d'indicateurs raisonnables et objectifs que la dynamique de marché, pour de telles catégories de produits, que ce soit des médicaments ou des dispositifs médicaux, fonctionne de manière insatisfaisante (par exemple s'ils sont moins souvent prescrits ou fournis que ce qui peut être considéré comme normal, notamment en comparaison à l'usage dans d'autres pays membres ou par exemple si l'admission des biosimilaires dans notre pays est beaucoup plus tardive et plus lente que dans les États membres voisins), alors que ces produits pourraient cependant permettre les économies ou diminutions de prix nécessaires, le Roi pourra, pour ces catégories de produits, adopter des mesures concrètes pour augmenter la concurrence.

Le présent projet met en œuvre cette disposition pour les médicaments biologiques. Les chiffres récents obtenus auprès de l'Institut national d'assurance maladie-invalidité concernant l'adoption des biosimilaires dans les hôpitaux jusqu'au deuxième trimestre 2022 et le rapport de l'Institut qui l'accompagne montrent que (1) nous constatons toujours de faibles parts de marché des biosimilaires pour la plupart des molécules par rapport à nos pays voisins, (2) nous ne constatons que des progrès lents sur les mêmes parts de marché ces dernières années et donc aucun signe de revirement majeur, (3) la part de marché élevée de certains biosimilaires n'indique pas nécessairement un marché durable, mais le retrait de la spécialité originale des marchés publics. De plus, les molécules avec des parts de marché biosimilaires élevées sont souvent des volumes relativement faibles en raison de changements au profit d'autres produits concurrents au sein de la même classe thérapeutique.

Il existe donc un manque général évident de politiques équilibrées à long terme pour les produits biologiques sans brevet. Plusieurs mesures politiques ont été introduites dans le passé en Belgique pour accroître le recours aux biosimilaires. Celles-ci n'ont connu qu'un succès marginal jusqu'à présent, sur la base des données actuelles du marché [...].

Parmi les mesures prévues par l'arrêté royal du 13 septembre 2023 précité figurent notamment l'obligation pour les hôpitaux d'attribuer (via une centrale d'achats ou non) un marché public pour les médicaments biologiques dans un délai de neuf mois après que le premier biosimilaire sur le marché soit remboursable et disponible, l'obligation de limiter la durée des contrats à vingt-quatre mois (sauf les exceptions visées à l'arrêté royal) de manière à ce que le marché puisse rapidement être ouvert à de nouveaux fournisseurs et l'interdiction d'utiliser certains critères de sélection et d'attribution, ainsi que certaines spécifications techniques, parce qu'elles restreignent inutilement la concurrence. Est, par exemple, interdit « l'octroi de rabais si plusieurs lots sont attribués au même soumissionnaire, lorsque ce mécanisme

s'applique également à au moins un lot pour lequel la concurrence est inexistante en raison de la protection de certains droits de propriété intellectuelle [médicament toujours sous brevet] ». Peu importe, à cet égard, qu'un rabais permette d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'hôpital.

Comme il a déjà été exposé, le Conseil d'État a, dans son arrêt n° 261.996 du 16 janvier 2025 (ECLI:BE:RVSCE:2025:ARR.261.996), jugé qu'il n'était *prima facie* pas justifié de réserver un marché d'achats de médicaments « LA G-CSF » aux biosimilaires (et à leur produit de référence) fabriqués à base de Pegfilgrastim alors que le produit original Lonquex de la partie intervenante (produit à base de Lipegfilgrastim) semblait constituer une alternative thérapeutique valable.

Suivant les enseignements de cet arrêt, le marché litigieux ouvre formellement le lot 1 du marché litigieux aux deux types de médicaments, sans limiter celui-ci à une substance active déterminée. Toutefois, pour les motifs qui ont déjà été exposés, la formule du premier critère d'attribution « coût net hôpital » créée, dans la façon dont elle tient compte des remboursements INAMI, une nouvelle distorsion de concurrence et viole le principe d'égalité puisque ce sont, cette fois, les soumissionnaires produisant les biosimilaires à base de Pegfilgrastim qui sont *de facto* empêchés de concourir utilement pour obtenir le marché en cause. Pareil dispositif ne peut être justifié ni au regard des dispositions de la loi ASSI ou de ses arrêtés d'exécution ni par les motifs de l'arrêt n° 261.996 précité, lesquels vont tous dans le sens d'une ouverture, la plus large possible, des marchés publics d'achats de médicaments biologiques.

La partie adverse ne pouvait retenir un critère d'attribution qui, bien qu'il permette d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse pour elle, fausse la concurrence et viole le principe d'égalité entre les soumissionnaires. Pour respecter ce principe et garantir une concurrence effective, elle devait retenir une formule permettant de neutraliser l'avantage concurrentiel structurel lié à l'importante différence des remboursements INAMI existante entre les spécialités pharmaceutiques concernées. La partie intervenante suggère une formule alternative dans sa requête. Il n'appartient toutefois pas au Conseil d'État de se prononcer sur la pertinence de cette proposition, ni, à ce stade, sur sa régularité.

L'ordonnance rendue le 23 janvier 2025 par le président du tribunal de l'entreprise de Gand, division Gand, dans une autre affaire – qui est invoquée, à plusieurs reprises, par les parties adverse et intervenante – ne lie pas le Conseil d'État qui doit statuer sur la présente demande. Du reste, il n'est pas établi que les griefs soulevés soient formulés de la même manière dans les deux affaires.

Le grief pris de la violation des principes de concurrence et d'égalité est sérieux.

Les premier et deuxième moyens étant, dans cette mesure, sérieux, il n'y a pas lieu d'examiner le troisième moyen de la requête.

VIII. 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.

IX. Confidentialité

La partie requérante demande de maintenir la confidentialité de son offre. Il s'agit de la pièce V.1 annexée à la requête.

La partie adverse formule la même demande en ce qui concerne les offres des différents soumissionnaires. Il s'agit des pièces A, B et C 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.

X. Remboursement

Il apparaît à la consultation du compte bancaire ouvert auprès du service désigné au sein du Service public fédéral des Finances comme compétent pour percevoir les droits et la contribution qui sont à payer dans le cadre d'une procédure introduite devant le Conseil d'État qu'en plus du droit de 150 euros dû pour l'introduction de sa requête en intervention, la partie intervenante a également versé sur ce compte la somme de 226 euros en date du 24 juin 2025. Il y a dès lors lieu de rembourser à la partie intervenante le montant de 226 euros indûment payé.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA Teva Pharma Belgium est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision du 23 avril 2025 prise par le directeur général de la SC Vivalia d'attribuer le lot 1 du marché public prenant la forme d'un accord-cadre ayant pour objet « la fourniture de GCSF (facteurs de croissance) pour les besoins des pharmacies de Vivalia, agissant en centrale d'achats » est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

La pièce V.1 annexée à la requête et les pièces A à C du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Le montant de 226 euros versé indûment par la SA Teva Pharma Belgium lui sera remboursé par le service désigné au sein du Service public fédéral des Finances comme compétent pour percevoir les droits et la contribution qui sont à payer dans le cadre d'une procédure introduite devant le Conseil d'État.

Article 6.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 15 juillet 2025, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Florence Piret,	conseillère d'État, présidente f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,

La Présidente,

Vincent Durieux

Florence Piret