

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

n° 253.677 du 6 mai 2022

A. 235.924/VI-22.254

En cause : **l'association sans but lucratif CENTRE
INTERDISCIPLINAIRE DE BENCHMARKING
ÉCONOMIE ET SANTÉ**, en abrégé CIBES,
ayant élu domicile chez
M^e Thomas CAMBIER, avocat,
avenue Winston Churchill 253/40
1180 Bruxelles,

contre :

l'association intercommunale VIVALIA,
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean LAURENT et
Olivier LOUPPE, avocats,
avenue Louise 250
1050 Bruxelles.

Requérante en intervention :

la société à responsabilité limitée 3M BELGIUM,
ayant élu domicile chez
M^e Isabelle COOREMAN, avocat,
avenue Charles Quint 586/9
1082 Bruxelles.

I. Objet des requêtes

Par une requête introduite le 23 mars 2022, l'association sans but lucratif Centre interdisciplinaire de Benchmarking Économie et Santé, en abrégé CIBES, demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « la décision de la partie adverse :
- de déclarer son offre irrégulière et l'écarter pour le marché public de services relatif à la souscription à un outil collectif d'analyse et de *feedback* concernant l'activité hospitalière médicale, en ses trois lots ;
 - d'attribuer ce marché à un autre soumissionnaire, à savoir la srl 3M BELGIUM ».

Par une requête introduite le 5 mai 2022, l'association sans but lucratif Centre interdisciplinaire de Benchmarking Économie et Santé, en abrégé CIBES, poursuit l'annulation de la décision précitée.

II. Procédure

Par une ordonnance du 24 mars 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 21 avril 2022.

Par une requête introduite le 1^{er} avril 2022, la société à responsabilité limitée 3M *Belgium* demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

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

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

M^{es} Noémie Cambier, Thomas Cambier et Jean-Marc Van Gyseghem, avocats, comparaisant pour la partie requérante, M^{es} Jean Laurent et Charline Servais, avocats, comparaisant pour la partie adverse, et M^e Maxim Lecomte, *loco* M^e Isabelle Cooreman, avocat, comparaisant pour la requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits utiles à l'examen de la demande

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

- « 1. En date du 26 janvier 2021, le Conseil d'Administration de Vivalia décide de lancer un marché public de service relatif à la souscription à un outil collectif d'analyse et de feedback concernant l'activité hospitalière. [...]
Le marché est lancé par procédure négociée directe avec publication préalable et est publié en date du 28 janvier 2021. [...]
2. En date du 26 février, la société 3M dépose une offre. [...]
En date du 8 mars 2021, Monsieur [W.] dépose une offre au nom de la requérante. [...]
En date du 9 mars 2021, la partie adverse procède à l'ouverture des offres. [...]
3. En date du 29 mars 2021, VIVALIA écrit à CIBES :
“ Bonjour Madame [C.],
Je me permets de revenir vers vous, dans le cadre du marché repris sous objet, suite au dépôt de votre offre.
Dans le cadre de l'analyse administrative des offres, je constate que le rapport de dépôt électronique a été signé par Monsieur [W.]. Or, je ne dispose pas de la preuve de son habilité à engager votre asbl dans le cadre de ce marché. En effet, le document transmis ne concerne pas Monsieur [W.].
Puis-je vous demander de bien vouloir me transmettre ce document et ce, pour le 10 avril 2021 au plus tard ?
D'avance, je vous remercie”.
4. En date du 22 avril 2021, VIVALIA écrit à CIBES :
“ Madame [C.],
Je me permets de revenir vers vous dans le cadre du marché repris sous objet car, sauf erreur de ma part, vous n'avez pas réservé suite à mon précédent mail du 29 mars dernier.
Dans le cadre de l'analyse administrative des offres, je constate que le rapport de dépôt électronique a été signé par Monsieur [W.]. Or, je ne dispose pas de la preuve de son habilité à engager votre asbl dans le cadre de ce marché. En effet, le document transmis ne concerne pas Monsieur [W.].
Puis-je vous demander de bien vouloir me transmettre ce document et ce, dans les meilleurs délais”.
5. En date du 27 avril 2021, VIVALIA écrit à CIBES :
“ Bonjour Madame [C.],
Je reviens vers vous dans le cadre du marché repris sous objet.
Suite à la présentation de votre offre au sein des locaux de Vivalia le jeudi 22 avril dernier, puis-je vous demander de bien vouloir me transmettre les slides utilisés lors de celle-ci ?
Je vous rappelle également mes mails des 29 mars et 22 avril derniers concernant le document prouvant l'habilité de Monsieur [W.] à signer le rapport de dépôt électronique de l'offre de CIBES.
D'avance, je vous remercie pour votre retour et ce, dans les meilleurs délais”.
6. En date du 27 avril 2021, CIBES répond :
“ [W.] était techniquement le seul de l'équipe à savoir envoyer le document comme vous l'exigiez.
Il est chercheur engagé au CIBES et comme présidente du CIBES j'atteste qu'il était habilité à faire cet envoi.
Cela vous suffit-il comme garantie ?”.
7. Le même jour, VIVALIA répond en ce sens :
“ Je vous remercie pour votre réponse.
Cependant, celle-ci est loin d'être suffisante.
En effet, le fait que seul Mr [W.] soit capable d'envoyer l'offre sur la plateforme électronique et le fait que vous attestiez dans votre mail qu'il était habilité à le faire n'est pas une justification suffisante.

Conformément à l'article 43 de l'Arrêté Royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le rapport de dépôt électronique doit être revêtu d'une signature électronique qualifiée c'est-à-dire qu'il doit être signé par la (ou les) personne(s) compétente(s) ou habilitée(s) à engager CIBES dans le cadre de ce marché public.

Il est donc nécessaire que Monsieur [W.] soit couvert par un mandat et que vous me fournissiez la preuve officielle de ce mandat”.

8. En date du 5 mai 2021, VIVALIA écrit à CIBES :

“ Bonjour Madame [C.],

Je reviens vers vous dans le cadre du marché repris sous objet car vous n'avez pas donné suite à ma demande, suite à notre échange de mails du 27 avril dernier.

Puis-je vous demander de bien vouloir me transmettre la preuve que Monsieur [W.] était habilité, sur base d'un mandat officiel, à déposer l'offre de CIBES sur la plateforme électronique E-Notification et à signer le rapport de dépôt électronique et ce, conformément à l'article 43 de l'Arrêté Royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Je vous invite à me transmettre ce document endéans les douze jours, à savoir pour le 21 mai 2021 au plus tard.

Je tiens à vous aviser que sans la preuve de ce mandat, nous serons contraints de considérer l'offre de CIBES irrégulière de manière substantielle et ce, sur base de l'article 76, § 1^{er}, 2° de l'Arrêté Royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques”.

9. En date du 5 mai 2021, VIVALIA écrit à CIBES :

“ Madame [C.],

Je reviens vers vous concernant l'analyse technique de votre offre dans le cadre du marché repris sous objet.

La partie technique du cahier des charges, en son point 5.1 (page 26) indique :

‘ Pour des raisons organisationnelles Vivalia souhaite que le service de groupage soit effectué par l'adjudicataire. Si à l'ouverture des offres le soumissionnaire n'est pas en mesure d'effectuer le service de groupage, il devra s'engager à le proposer. Il disposera d'un délai de 2 mois suite à l'attribution du marché pour se mettre en ordre et être en mesure de fournir les données sur base du système de groupage utilisé par la Santé publique’.

A l'examen de votre offre, nous comprenons que vous ne proposez pas le service de groupage et que vous ne vous engagez, de plus pas, à le proposer dans un délai de deux mois suite à l'attribution du marché.

Par conséquent, je vous remercie de bien vouloir me confirmer que CIBES au travers de son offre ne s'engage pas à proposer le service de groupage ni à le mettre en place dans les deux mois de l'éventuelle attribution du marché à CIBES et que par conséquent ce service n'est pas compris dans le montant des offres pour les différents lots soumis.

D'avance, je vous remercie pour votre retour dans les meilleurs délais”.

10. A cette même date, CIBES répond :

“ Chère madame,

A la lecture de l'offre, il m'était apparu que vous imposez dans votre offre le grouper et que si nous étions choisis nous aurions deux mois pour acquérir le grouper. Toutefois comme aucun des 38 sites présents dans notre échantillon n'a cette exigence, il nous a semblé normal d'attendre de savoir si nous étions choisis pour l'acquérir.

Nous avons contacté 3M qui nous fournirait le grouper pour 18000 euros par

an.

Bien à vous

[C.] »

11. En date du 6 mai 2021, VIVALIA écrit à CIBES :

“ Bonjour,

Je prends note du fait que le grouper n'est actuellement pas prévu dans votre offre et que 3M vous fournirait le grouper pour 18.000€ htva / an.

Le cahier des charges prévoyait ceci :

Pour des raisons organisationnelles Vivalia souhaite que le service de groupage soit effectué par l'adjudicataire. Si à l'ouverture des offres le soumissionnaire n'est pas en mesure d'effectuer le service de groupage, il devra s'engager à le proposer. Il disposera d'un délai de 2 mois suite à l'attribution du marché pour se mettre en ordre et être en mesure de fournir les données sur base du système de groupage utilisé par la Santé publique.

Le cahier des charges stipule donc que le soumissionnaire doit s'engager à proposer le groupage dans les 2 mois suite à l'attribution du marché. Cela signifie que l'engagement à le faire doit être lui déjà bien présent dans l'offre

Par conséquent, je vous invite à me communiquer une offre financière adaptée en tenant compte de ce montant et ce, pour chaque lot. En effet, il est nécessaire que nous soyons en possession d'offres similaires afin de pouvoir les comparer entre elles.

Je vous remercie donc de bien vouloir me confirmer noir sur blanc que CIBES s'engage à proposer le groupage en intégrant cela dans votre proposition financière et que celui-ci sera opérationnel dans les deux mois de l'attribution du marché si celui-ci devait être attribué à votre société.

Par ailleurs, je vous rappelle ma demande de disposer du mandat officiel de Monsieur [W.] prouvant son habilitation à signer le rapport de dépôt électronique.

D'avance, je vous remercie pour votre retour et ce, pour le 18 mai 2021 au plus tard".

12. En date du 6 mai 2021, CIBES répond :

" Je vous confirme, pour autant que de besoin, que l'offre est bien signée par moi, en tant que Présidente du Conseil d'administration, de telle sorte qu'il n'y a aucun doute au sujet de l'engagement pris par CIBES (*cfr.* art. 27 des statuts de CIBES)

Quant au dépôt de cette offre, je vous confirme également que j'ai chargé Monsieur [W.] de le faire, ce qui n'a aucune incidence sur l'engagement de la société au sujet de l'offre valablement signée. Cela ne pourrait donc pas constituer une irrégularité de nature à entraîner l'écartement de l'offre. A ce sujet, la jurisprudence du Conseil d'Etat au sujet de la signature s'appuie sur l'incertitude au sujet de l'engagement du soumissionnaire pour admettre l'écartement de l'offre (C.E., n°223.636 du 29 mai 2013).

L'arrêt du C.E. n°24.676 concerne une hypothèse où l'offre est signée et déposée par une personne qui n'a pas le pouvoir de représentation et l'examen du Conseil d'Etat se concentre bien sur la signature de l'offre et pas du rapport de dépôt : ce qui importe c'est bien 'que, lors du dépôt de l'offre, la personne qui a signé l'offre et l'inventaire était habilitée, statutairement ou par procuration, à représenter valablement le soumissionnaire dans les actes judiciaire et extrajudiciaires et à engager le soumissionnaire pour le montant total de l'offre'. Au demeurant cet arrêt souligne bien que le pouvoir adjudicateur a le droit 'sans y être obligé' d'écarter l'offre.

Je m'étonne que le dépôt de notre offre sur la plateforme électronique suscite soudainement autant de questions de la part de VIVALIA alors que, pour le précédent marché, j'avais également, en tant que Présidente du C.A. chargé un membre de l'équipe de déposer l'offre, sans que cela ne suscite la moindre réaction.

Je m'en étonne d'autant plus que cela s'inscrit dans un contexte historique qui pourrait laisser apparaître que VIVALIA ne souhaite pas collaborer avec VIVILIA ? au bénéfice de la société 3M qui est en place au terme d'une désignation qui a été faite en violation de la réglementation sur les marchés publics.

Meilleures salutations".

13. En date du 9 mai 2021, VIVALIA écrit à CIBES :

“ Bonjour Madame [C.],
Je reviens vers vous dans le cadre du marché repris sous objet car vous n’avez pas donné suite à ma demande, suite à notre échange de mails du 27 avril dernier.
Puis-je vous demander de bien vouloir me transmettre la preuve que Monsieur [W.] était habilité, sur base d’un mandat officiel, à déposer l’offre de CIBES sur la plateforme électronique E-Notification et à signer le rapport de dépôt électronique et ce, conformément à l’article 43 de l’Arrêté Royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.
Je vous invite à me transmettre ce document endéans les douze jours, à savoir pour le 21 mai 2021 au plus tard.
Je tiens à vous aviser que sans la preuve de ce mandat, nous serons contraints de considérer l’offre de CIBES irrégulière de manière substantielle et ce, sur base de l’article 76, § 1^{er}, 2^o de l’Arrêté Royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques”.

14. En date du 12 mai 2021, CIBES répond :

“ Bonjour Madame [F.],
Nous ne comprenons pas le sens qu’il y a à ajouter le grouper aux 3 lots.
Le grouper sert à grouper les données RHM. Il peut être utile de grouper celles-ci relativement rapidement au fur et à mesure du codage.
Il est donc indispensable au lot 1 journées justifiées qui se basent directement et uniquement sur le RHM et il nous semble pertinent d’ajouter le grouper au lot 1.
Nous ne voyons pas l’intérêt d’ajouter le grouper aux deux autres lots.
En effet, si nous obtenons le lot 1 le Grouper sera joint à l’offre et nous grouperons vos données RHM et vous les transmettrons pour que vous puissiez en disposer pour les autres lots
Si nous ne l’obtenons pas, vos RHM seront regroupés par celui qui a obtenu le lot1 et vous pourrez nous envoyer les données regroupées pour les deux autres lots.
Dans l’attente d’une réponse claire de votre part”.

15. En date du 17 mai 2021, VIVALIA écrit à CIBES :

“ Bonjour,
Je prends note du fait que le grouper n’est actuellement pas prévu dans votre offre et que 3M vous fournirait le grouper pour 18.000 € htva / an.
Le cahier des charges prévoyait ceci :
Pour des raisons organisationnelles Vivalia souhaite que le service de groupage soit effectué par l’adjudicataire.
Si à l’ouverture des offres le soumissionnaire n’est pas en mesure d’effectuer le service de groupage, il devra s’engager à le proposer. Il disposera d’un délai de 2 mois suite à l’attribution du marché pour se mettre en ordre et être en mesure de fournir les données sur base du système de groupage utilisé par la Santé publique.
Le cahier des charges stipule donc que le soumissionnaire doit s’engager à proposer le groupage dans les 2 mois suite à l’attribution du marché. Cela signifie que l’engagement à le faire doit être lui déjà bien présent dans l’offre
Par conséquent, je vous invite à me communiquer une offre financière adaptée en tenant compte de ce montant et ce, pour chaque lot. En effet, il est nécessaire que nous soyons en possession d’offres similaires afin de pouvoir les comparer entre elles.
Je vous remercie donc de bien vouloir me confirmer noir sur blanc que CIBES s’engage à proposer le groupage en intégrant cela dans votre proposition financière et que celui-ci sera opérationnel dans les deux mois de l’attribution du marché si celui-ci devait être attribué à votre société.
Par ailleurs, je vous rappelle ma demande de disposer du mandat officiel de Monsieur [W.] prouvant son habilitation à signer le rapport de dépôt électronique.

D'avance, je vous remercie pour votre retour et ce, pour le 18 mai 2021 au plus tard.
Bien à vous.
Cordialement”.

16. En date du 18 mai 2021, la requérante adresse une offre remaniée à VIVALIA et écrit :

“ Comme exposé lors de nos échanges préalables au dépôt des offres, il était possible de scinder le marché et ce choix de VIVALIA de lier ce marché à un service de groupage pose un problème d'accès au marché et de concurrence puisque seul 3M est en mesure de proposer ce service. Or, il s'agit précisément du prestataire actuellement en place et susceptible d'être l'unique concurrent de CIBES lors de l'attribution de ce marché.

Ce choix de VIVALIA contraint CIBES, pour pouvoir participer à ce marché, à solliciter les services de son concurrent et à en être, *de facto*, dépendant.

Confirmant sa volonté de participer à ce marché, CIBES a fait les démarches auprès de son concurrent, afin de bénéficier, en cas d'attribution du marché, de son service de groupage. La société 3M a remis une offre pour son grouper, ce qui constitue déjà une entrave à la concurrence puisque CIBES est financièrement pénalisé.

De plus, la société 3M ne s'est pas fermement engagée à offrir ce service puisqu'elle maintient une condition liée à la réalisation d'une procédure d'*Integrity Assessment*, au sujet duquel 3M indique que CIBES n'a rien à faire.

Moyennant cette condition, totalement indépendante de notre volonté, nous nous engageons à fournir ce service à VIVALIA, conformément à sa demande. Il va de soi que CIBES ne pourrait pas, lors de l'attribution comme lors de l'exécution du marché, subir les conséquences des conditions posées par la société 3M.

Si VIVALIA entend obtenir la levée de cette condition posée par 3M, il semble utile qu'elle invite 3M à lever cette condition formulée à l'égard de son concurrent.

Conformément à votre demande, vous trouverez, en annexe, l'offre financière adaptée et cela pour chaque lot incluant le prix demandé par CIBES pour fournir le service de groupage permettant d'associer les séjours à leurs APR-DRGs dans le cadre des *benchmarkings* présentés dans les trois lots du marché public de Vivalia”.

17. En date du 29 juin 2021, le Directeur général adjoint de VIVALIA adopte le rapport d'attribution et le transmet au Conseil d'administration. [...]

18. En date du 13 juillet 2021, le Conseil d'administration de VIVALIA décide [...] :

“ [...]

Attendu qu'il convient de rejeter l'offre de la firme CIBES pour cause d'irrégularité substantielle,

Vu, en effet, que l'offre déposée par la société CIBES est signée de manière manuscrite par Madame [C.], Présidente du Conseil d'Administration de la société,

Vu qu'il ressort du PV d'ouverture des offres, que l'offre a été signée électroniquement et déposée par Mr [W.], dont le nom n'apparaît pas dans les statuts de la société CIBES,

Considérant que les articles 41 à 44 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques imposent la signature électronique qualifiée de l'offre dans le cadre d'une procédure négociée directe avec publication,

Vu qu'une signature manuscrite d'une offre n'est donc pas valide ; qu'en toute hypothèse, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'une signature manuscrite scannée d'une offre n'est pas valide (arrêt n° 141.559 du 3 mars

2005, arrêt n° 230,176 du 12 février 2015 et arrêt n° 223.636 du 29 mai 2013) ;
Vu que la signature manuscrite de l'offre par Madame [C.] n'est donc pas valide et ne peut engager la société CIBES à la réalisation du marché,
Considérant que seule la signature acceptable est celle de Mr [W.] ; Que cette personne n'est cependant pas compétente pour engager la société CIBES,
Que conformément à l'article 44 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, dans l'hypothèse où l'offre est signée par un mandataire, celui-ci joint l'acte électronique authentique ou sous seing privé qui lui accorde ses pouvoirs ou une copie scannée de la procuration ; Que le cahier des charges insistait particulièrement sur cette exigence, en l'espèce,
Vu que l'offre déposée par la société CIBES ne contient aucun document (mandat, procuration, ou autre) de nature à démontrer que Mr [W.] était compétent pour engager la société CIBES,

Vu qu'au contraire, les actes de l'ASBL tels que publiés au Moniteur belge renseignent que l'Assemblée générale de l'ASBL a décidé, en date du 20 mars 2015, de confier la gestion journalière de l'ASBL à Madame [C.] (MB du 7 mai 2015) ; Qu'aucune autre décision concernant les délégations n'est publiée postérieurement à celle-ci de sorte qu'il convient de constater que Mr [W.] était incompétent pour apposer sa signature électronique qualifiée lors du dépôt de l'offre,
Considérant qu'en application de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, une offre ; non signée ou non valablement signée est affectée d'une irrégularité substantielle ; Qu'en l'espèce, le Pouvoir adjudicateur a l'obligation de déclarer cette offre irrégulière,
Vu que le défaut de signature valide est, par ailleurs, de nature à rendre incertain l'engagement du soumissionnaire à réaliser le marché,
Vu qu'il y a donc lieu d'écarter l'offre remise par la société CIBES,
[...]

1. De ne pas attribuer le lot 2 (Montants de référence, Clusters à basse variabilité – Forfaits Pharmacie - Financement global par groupe de pathologies) pour cause de révision des besoins du Pouvoir adjudicateur et de relancer un marché via une nouvelle procédure ;
2. D'attribuer le présent marché de la manière suivante :

	Firme	Coût htva	Coût tvac
Lot 1	3M	84.859,56	102.682,07
Lot 2	/	/	/
Lot 3	3M	97.889,46	118.446,25
Coût total	3M	182.749,02	221.126,31

19. En date du 26 août 2021, la partie adverse notifie à la société requérante les motifs pour lesquels son offre a été jugée irrégulière, extraits de la décision motivée d'attribution. [...]

20. En date du 10 septembre 2021, la partie requérante introduit un recours en suspension d'extrême urgence devant Votre Conseil à l'encontre de la décision d'attribution du 13 juillet 2021 (procédure G/A 234.525/VI-22.147). Dans un arrêt n° 252.355 du 8 décembre 2021, Votre Conseil suspend la décision attaquée aux motifs que "Le pouvoir adjudicateur a pu considérer que l'offre de la requérante était irrégulière dès lors qu'elle n'était pas signée conformément au prescrit de l'article 43, § 1^{er}, précité. Il résulte par ailleurs de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 que le non-respect du prescrit de l'article 43, § 1^{er}, dudit arrêté constitue une irrégularité substantielle. C'est donc à bon droit que la partie adverse a qualifié l'irrégularité en cause de substantielle » et que le pouvoir adjudicateur n'était pas obligé d'écarter cette offre pour ce motif puisqu'il avait la faculté de permettre la régularisation de l'irrégularité, l'article 76, § 5, n'excluant pas certaines irrégularités de la faculté de régularisation qu'il instaure".

Il conclut que :

“ Il ressort certes de l’article 76, § 5, que le pouvoir adjudicateur dispose d’un pouvoir d’appréciation discrétionnaire de recourir ou non à la possibilité de régulariser une irrégularité. Sans qu’il soit besoin ici de déterminer si et dans quelle mesure le choix de ne pas faire usage de cette faculté doit faire l’objet, dans la décision, d’une motivation formelle, il convient en tout état de cause que l’autorité ait exercé ce pouvoir d’appréciation. Or, tel n’est pas le cas en l’espèce”.

21. En date du 21 décembre 2021, le Conseil d’administration de VIVALIA décide de procéder au retrait de la décision du Conseil d’Administration du 13 juillet 2021. [...]

A cette même date, le Conseil d’administration de VIVALIA décide [...] :

“ 1. De ne pas attribuer le lot 2 (Montants de référence, Clusters à basse variabilité - Forfaits Pharmacie - Financement global par groupe de pathologies) pour cause de révision des besoins du Pouvoir adjudicateur et de relancer un marché via une nouvelle procédure ;

2. D’écarter l’offre de la société CIBES affectée d’une irrégularité substantielle dès lors que cette irrégularité est de nature à rendre incertain l’engagement du soumissionnaire ;

3. D’attribuer le présent marché de la manière suivante :

	Firme	Coût htva	Coût tvac
Lot 1	3M	84.859,56	102.682,07
Lot 2	/	/	/
Lot 3	3M	97.889,46	118.446,25
Coût total	3M	182.749,02	221.126,31

”.

Il s’agit de la décision attaquée.

22. En date du 11 février 2022, l’autorité de tutelle adresse un courrier à la partie adverse l’informant que la délibération du Conseil d’administration du 21 décembre 2021 n’appelle aucune mesure de tutelle et est devenue pleinement exécutoire. [...]

23. En date du 24 février 2022, la partie adverse notifie la première décision du 21 décembre 2021 aux deux soumissionnaires. [...]

En date du 8 mars 2022, la partie adverse notifie la seconde décision du 21 décembre 2021 aux deux soumissionnaires par email et courrier recommandé ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 1^{er} avril 2022, la SRL 3M Belgium demande à intervenir dans la procédure en référé d’extrême urgence.

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

V. Recevabilité

V.1. Thèses des parties

La partie adverse fait valoir que le recours ne peut porter que sur la décision d'attribuer à la SRL 3M Belgium les lots 1 et 3 du marché, puisqu'elle a décidé de ne pas attribuer le lot 2 de ce marché. Elle en déduit que « la demande est [...] irrecevable en ce qu'elle sollicite la suspension de la décision de ne pas attribuer le lot n° 2 ». Elle ajoute que le marché litigieux n'atteignant pas le seuil fixé pour la publicité européenne, elle n'était pas tenue de respecter le délai d'attente avant de conclure le contrat du marché avec le soumissionnaire retenu et qu'en l'occurrence, ce contrat a été conclu avec la SRL 3M Belgium, le 8 mars 2022, lors de la notification à cette société de la décision d'attribution. Elle en déduit que rien ne justifie l'extrême urgence à statuer puisqu'une éventuelle suspension de l'exécution de la décision d'attribution n'aurait aucun effet sur le contrat conclu avec la SRL 3M Belgium.

La requérante répond, à l'audience, que, de jurisprudence constante, le Conseil d'État admet la recevabilité d'une demande de suspension introduite en extrême urgence contre la décision d'attribution d'un marché public, même lorsque le contrat est déjà conclu.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 15 de loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions dispose que l'instance de recours peut ordonner la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 de la même loi, c'est-à-dire pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante. Ces dispositions sont rendues applicables aux marchés n'atteignant pas le seuil de publicité européenne par l'article 31 de la même loi.

La circonstance que le marché est déjà conclu pour les lots 1 et 3 ne prive pas la requérante de son intérêt à demander la suspension de l'exécution de la décision d'attribuer le marché, en application de l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée, dès lors que, conformément à ce que prévoit cette disposition, elle remplit les mêmes conditions que celles qui lui permettent de demander l'annulation de cette décision.

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

Pour le reste, il ressort du libellé de l'objet du recours que celui-ci n'est pas dirigé contre la décision de non-attribution du lot 2 du marché.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un moyen, le deuxième de la requête, de la violation de la Constitution notamment de ses articles 10, 11 et 33, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics notamment de ses articles 4, 66 à 71, 83 et 84, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques notamment de ses articles 33, 35, 36, 76, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs notamment de ses articles 2 et 3, 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 notamment de ses articles 4 et 5, des principes généraux du droit notamment des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence et les devoirs de prudence et de minutie, *patere legem quam ipse fecisti*, des règles applicables en matière de protection des données personnelles, à savoir le Règlement général sur la protection des données n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 et la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Après avoir rappelé la portée de l'obligation du pouvoir adjudicateur de vérifier le respect des exigences de sélection et la régularité des offres et des prix et de faire ressortir cette vérification de la décision motivée d'attribution, la requérante indique, à titre d'exposé préalable, que le rapport d'analyse des offres auquel renvoie la décision d'attribution « fait clairement apparaître un examen insuffisant de la régularité de l'offre de la société 3M », qu'« une telle vérification est lacunaire » et que « la décision qui repose sur un tel rapport est illégale à plus d'un titre, tenant compte notamment des fondements juridiques suivants » : exigences de motivation formelle (notamment l'article 5 de la loi du 17 juin 2013), obligation de vérifier la régularité des offres (article 83 de la loi du 17 juin 2016), la normalité des prix (article 84 de la loi du 17 juin 2016) et le respect des exigences de sélection (articles 66 et suivants de la loi du 17 juin 2016), en ce compris les causes d'exclusion facultative (article 69 de la loi du 17 juin 2016), les devoirs de prudence et de minutie, l'obligation de traiter les soumissionnaires de manière égale et sans discrimination (article 4 de la loi du 17 juin 2016 et articles 10 et 11 de la Constitution), le Règlement général sur la protection des données n° 2016/679 du

Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 et la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (et plus précisément les dispositions visées à l'appui du moyen qui s'imposent à Vivalia ainsi que celles violées par la société 3M *Belgium*) ainsi que le cahier spécial des charges (qui impose le respect du RGPD – violation du principe *patere legem quam ipse fecisti*).

Elle divise son moyen en quatre branches.

Dans une deuxième branche, la requérante fait valoir que la motivation de l'acte attaqué ne permet pas de s'assurer que la partie adverse a vérifié que l'offre de la partie intervenante respectait le RGPD, que la partie adverse reconnaît d'ailleurs qu'une telle vérification n'a pas eu lieu puisqu'elle soutient qu'il s'agit d'une question relevant exclusivement de l'exécution du marché et qu'elle a manifestement refusé de procéder à cette vérification à la suite de la première procédure introduite devant le Conseil d'État et des éléments qui y étaient soulevés par la requérante.

Se référant à l'article 28.1 du RGPD, elle affirme qu'il revenait au pouvoir adjudicateur de s'assurer du respect du RGPD avant la conclusion du contrat et donc au stade de l'attribution du marché, ce d'autant plus que des indices de violation existaient. Elle fait valoir que le Conseil d'État a déjà considéré que le pouvoir adjudicateur – qui est responsable du traitement de données à caractère personnel – doit s'assurer que son futur cocontractant respecte la réglementation RGPD et donc procéder à cette vérification au moment de l'attribution du marché (arrêts n^{os} 246.532 du 23 décembre 2021, 250.599 du 12 mai 2021, n° 251.378 du 19 août 2021). Elle ajoute que cette vérification s'impose aussi au stade de la sélection des soumissionnaires, la violation du RGPD constituant un motif d'exclusion, « s'agissant notamment d'une faute professionnelle grave au sens de l'article 69 de la loi du 17 juin 2016 qui peut être constatée par toute voie de droit sans qu'une condamnation ou une décision de justice ne soit nécessaire ».

La requérante expose que cette vérification s'imposait d'autant plus en l'espèce, dès lors que :

- « le marché implique [le traitement] d'une grande quantité de données, sensibles à caractère médical, visées à l'article 9 du RGPD », de sorte que les procédures de manquements au stade de l'exécution du marché ne permettent pas d'éviter ou de réparer une violation du RGPD si elle a lieu ;

- « il existe des éléments qui font, à tout le moins, craindre une violation du RGPD dans le chef de la société 3M », tenant compte (1) du « transfert de données vers un pays tiers » à une société tierce située en Russie – impliquant un contrôle du respect du chapitre V du RGPD pour que « le niveau de protection des personnes physiques garanti par le [RGPD] ne soit pas compromis » – ainsi que (2) de « la référence à des contrats à faire signer qui ne [...] sont pas transmis », contrats qui devaient « aussi attirer l’attention de Vivalia » et dont Vivalia devait « *a minima* demander à 3M [une copie] ».

La requérante rappelle que la partie adverse était informée du problème : par la presse, du fait de son précédent contrat avec la société 3M et par les différents courriers qu’elle lui a transmis, en ce compris la copie de la lettre adressée par le conseil de l’Ordre des médecins au Ministre fédéral de la Santé, laquelle fait clairement état d’une infraction au RGPD.

Elle déduit de l’ensemble de ces éléments que la partie adverse ne pouvait pas « raisonnablement et juridiquement se contenter des déclarations formulées par 3M dans son offre, de manière générale et abstraite », ces déclarations étant largement insuffisantes et n’apportant « aucun élément de réponse au sujet des rapports avec le partenaire de 3M situé en Russie ni au sujet du contenu des contrats à signer ». Elle estime que les affirmations formulées par la société 3M dans son offre ne convainquent pas, dès lors que :

- « - 3M se réfère à des contrats commerciaux qui ne sont pas fournis et qui seraient même encore en cours de modification ;
- 3M se contente d’évoquer des “procédés internes très stricts” sans détailler davantage la teneur de ces procédés ;
- 3M fait totalement abstraction de ses relations avec un sous-traitant situé en Russie ;
- 3M affirme aller plus loin que les exigences légales en procédant à un *Data Processing Impact Assessment*, alors qu’il s’agissait d’une obligation conformément à l’article 35 du RGPD ».

Dans une quatrième branche, la requérante soutient qu’il n’y a pas eu de vérification effective et suffisante des prix offerts par la partie intervenante, le rapport d’analyse des offres mentionnant uniquement, de manière stéréotypée, qu’« une vérification et un contrôle des prix ont été opérés » et que « le pouvoir adjudicateur n’a pas constaté de prix anormaux ». Selon elle, cette vérification s’imposait d’autant plus que, d’une part, « le marché comprend un logiciel de groupage que la société 3M détient de manière monopolistique (*cfr.* 3^{ème} moyen), ce qui emporte un risque de distorsion de prix (à la hausse ou à la baisse par rapport au prix réclamé à CIBES pour ce même logiciel) » et, d’autre part, le marché a été attribué à cette société pour un montant très sensiblement supérieur à l’estimation du marché, particulièrement pour ce qui concerne le lot 3 (augmentation de 76 % par

rapport à l'estimation), et aux prix qu'elle propose (bien au-dessus du « seuil d'alerte » de 15% appliqué en matière de marché de travaux).

B. Note d'observations

La partie adverse conteste l'intérêt de la requérante au deuxième moyen de la requête. Elle estime que celle-ci ne démontre pas concrètement la lésion que lui a causée ou a risqué de lui causer les violations alléguées, l'offre de la requérante ayant, elle-même, été déclarée irrégulière. Elle ajoute que le grief tiré du non-respect du RGPD constitue un élément relatif à l'exécution du marché qui ne peut entacher la régularité de l'offre de la partie intervenante, cette obligation étant comprise dans les « clauses relatives à l'exécution du marché ». Elle relève que, conformément à ce qu'exigeait le cahier spécial des charges, la partie intervenante s'est, dans son offre, engagée à respecter le RGPD et qu'« il serait excessif d'imposer au pouvoir adjudicateur de solliciter des garanties supplémentaires [...] alors même que la réglementation sur les marchés publics prévoit des procédures spécifiques en cas de manquements par l'adjudicataire lors de l'exécution du marché ». Elle en déduit que, par son deuxième moyen, la requérante invite en réalité le Conseil d'État à opérer un « contrôle sur l'exécution du chantier », ce pour quoi il est sans compétence. Elle en déduit que ce moyen est irrecevable.

Quant au caractère sérieux du deuxième moyen, la partie adverse soutient que le rapport d'analyse des offres permet de constater qu'elle « a bien procédé à une analyse complète des offres et la vérification de leur régularité », que « le rapport d'attribution peut reprendre des tableaux et ne doit pas nécessairement contenir une longue motivation en vue d'expliquer que chaque point de l'offre a été analysé en détail au regard du cahier spécial des charges » et qu'en l'occurrence, la décision motivée d'attribution et le rapport d'analyse des offres à laquelle elle renvoie, « permet [...] à la requérante de comprendre les raisons pour lesquelles son offre a été rejetée et celles pour lesquelles l'offre de la société 3M a été retenue » et « de vérifier au regard de quels critères l'offre du soumissionnaire retenu a été analysée et de constater qu'un examen effectif a été réalisé par la partie adverse ».

Plus particulièrement, concernant la deuxième branche du moyen, elle expose ce qui suit :

« 1. En application de la réglementation sur les marchés publics, un pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier si les soumissionnaires répondent aux critères de sélection, la régularité des offres remises, et la normalité des prix proposés.

2. Il ressort de la décision d'attribution litigieuse que les formalités d'analyse telles que prévues dans la réglementation sur les marchés publics ont bien été respectées par la partie adverse.

Tout d'abord, la partie adverse a étudié la question de la sélection en vérifiant si la société 3M répondait aux critères relatifs au droit d'accès, ainsi que ceux relatifs à la sélection qualitative.

Ensuite, il ressort de la troisième page du rapport que la partie adverse a vérifié la régularité de l'offre de la société 3M.

Enfin, la partie adverse a appliqué les différents critères d'attribution par lot. Il est précisé qu'une vérification et un contrôle des prix ont été opérés et que le pouvoir adjudicateur n'a pas constaté de prix anormaux.

L'analyse de l'offre de 3M a été réalisée par la partie adverse conformément à la réglementation applicable et cela ressort à suffisance du rapport d'attribution litigieux.

La décision d'attribution adoptée par la partie adverse permet donc de démontrer qu'une vérification de la régularité de l'offre de la société 3M a bien été réalisée et que cette vérification est régulière.

3. Contrairement à ce que prétend la partie requérante, il ne revenait pas à la partie adverse d'expliquer concrètement dans la décision d'attribution en quoi elle considérait que l'offre de la société 3M offrait des garanties suffisantes quant au respect du RGPD.

En effet, le cahier spécial des charges précisait en page 14 :

“ L'adjudicateur et l'adjudicataire s'engagent à traiter les données personnelles collectées dans le cadre du présent marché public conformément au Règlement général sur la protection des données n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

Dans ce cadre, l'adjudicataire et ses sous-traitants s'engagent à ce que les données personnelles collectées soient utilisées uniquement pour l'exécution du marché, ou en exécution d'une obligation légale, ou avec l'accord explicite de l'adjudicateur”.

Cette exigence figure dans les “clauses relatives à l'exécution du marché” du cahier spécial des charges. C'est donc au cours de l'exécution du marché que le respect de cette exigence devra être vérifié. Par le dépôt de son offre, l'adjudicataire contracte l'obligation de respecter les dispositions du RGPD dans le cadre de l'exécution du marché.

Le respect du RGPD ne devait donc pas être vérifié au stade de l'analyse des offres (il ne s'agit nullement d'un critère de sélection ou d'attribution) et ne pourrait avoir pour effet de rendre irrégulière l'offre de la société 3M.

Par ailleurs, c'est à tort que la requérante soutient que la vérification du respect du RGPD par les soumissionnaires s'imposait à la partie adverse dès lors que cela constituerait un motif d'exclusion. En effet, cette exclusion est tout d'abord facultative. Ensuite, la requérante évoque l'existence, dans le chef de la société 3M, d'éléments faisant craindre la violation du RGPD selon elle. Il n'existe donc pas dans le chef de 3M de faute professionnelle grave avérée. La critique de la requérante ne tient donc pas.

En toute hypothèse, concernant le traitement des données, la société 3M explique concrètement le fonctionnement de son portail et les processus de sécurité mis en place dans son offre par le document “Descriptif technique complet et détaillé du 3M Benchmark”.

La société précise par ailleurs dans son document “Renseignements supplémentaires relatifs au Marché public de service relatif à la souscription d'un outil collectif d'analyse et de *feedback* concernant l'activité hospitalière médicale” que :

“ Actuellement, l'Autorité belge de protection des données ne fournit aucune accréditation de manière générale pour quelconque outil, programme, *etc.* relatifs au traitement des données. 3M Belgium a cependant des procédés internes très stricts concernant le traitement des données relatif aux prestations du Marché. Le soumissionnaire demandera par ailleurs au Pouvoir Adjudicateur de bien vouloir signer un contrat de traitement de données (en complément d'un contrat commercial) si 3M Belgium venait à remporter un/plusieurs Lot(s) ou le Marché dans son entièreté ; afin de se conformer aux prérequis légaux imposés par le Règlement européen n°2016/679. De plus, 3M Belgium a été plus loin que les prérequis légaux imposés par la législation RGPD en ayant fait l'objet d'un *Data Processing Impact Assessment*, soit une Analyse d'impact du traitement des données, pour son outil Benchmark, par souci de clarté, de transparence et de conformité aux exigences de la législation relative à la protection des données”.

L'offre de la société 3M offre donc des garanties claires quant au respect du RGPD.

Les critiques de la requérante quant à des craintes de violation du RGPD par la société 3M sont vagues et imprécises et ne pourraient avoir pour effet de rendre irrégulière l'offre de la société 3M.

La seconde branche n'est pas sérieuse. »

Quant à la quatrième branche, la partie adverse fait valoir les éléments suivants :

« Contrairement à ce que prétend la partie requérante, la partie adverse a bien procédé à une vérification des prix proposés par les soumissionnaires.

Il est précisé dans le rapport d'analyse des offres qu'«[u]ne vérification et un contrôle des prix ont été opérés. Le pouvoir adjudicateur n'a pas constaté de prix anormaux».

Par ailleurs, un écart, même important, du prix proposé par rapport à l'estimation faite par le pouvoir adjudicateur ne permet pas de conclure à une anomalie du prix proposé.

Votre Conseil a en effet déjà jugé que :

“ Le fait que le prix proposé par l'adjudicataire soit sensiblement inférieur au montant estimé du marché n'implique pas *ipso facto* que le pouvoir adjudicateur doive conclure au caractère manifestement anormal du prix proposé”.

La doctrine précise également que le simple fait d'une différence des montants de l'évaluation et des prix ne contraint néanmoins pas l'autorité adjudicatrice à un examen des prix sur la base du principe de minutie.

Le pouvoir adjudicateur a pu légitimement considérer, à l'analyse des offres qui lui ont été soumises, que son estimation du troisième lot n'était pas correcte. Il ne pourrait lui être reproché de ne pas avoir déclaré le prix proposé par la société 3M d'anormalement élevé.

La quatrième branche n'est pas sérieuse. »

C. Requête en intervention

La partie intervenante expose qu'« une grande partie de ce moyen est basée sur la non-conformité alléguée de l'ancien contrat de traitement des données de 3M avec le RGPD », que ces « anciens contrats 3M ont été transmis par une collaboratrice d'un hôpital bruxellois » et « publiés le 22 mars 2021 dans la version en ligne du journal Le Soir », que « cette collaboratrice a violé son devoir de confidentialité » et que la requérante a donc obtenu de manière illicite ces documents, en sorte qu'elle ne peut s'en servir dans le cadre d'une procédure judiciaire (articles XI.332/4 et XI.336/3 du Code de droit économique). Elle en déduit que « les moyens pris de la non-conformité de cet ancien contrat au RGPD doivent être déclarés irrecevables ou non fondés ». Elle ajoute ce qui suit :

« Ces contrats sont en effet confidentiels et ont une valeur commerciale très importante, puisqu'ils sont le fruit d'efforts considérables en termes de temps et de travail intellectuel. La rédaction du nouveau DPA et des nouvelles CCT a en effet duré de juillet 2021 à février 2022, soit 8 mois de travail !

Les contrats sur lesquels s'appuie CIBES datent de 2019. Cependant, le cadre législatif relatif à la protection des données a fortement évolué en 2020 (arrêt dans l'affaire C-311/18 (Schrems II) de la Cour de justice européenne) et 2021

(nouvelles CCT – décision 2021/914 de la Commission européenne). Les nouveaux documents, le DPA (contrat de traitement de données) et les CCT prennent en compte ces évolutions et le développement du cadre législatif. Ces développements sont essentiels et nécessaires pour toute société traitant des données personnelles.

En outre, le DPA contient le disclaimer suivant sur chaque page :

“ Confidentiel – Uniquement destiné à la direction de l’hôpital et son DPO – ne pas diffuser en dehors de l’hôpital”.

3M se réserve d’ailleurs explicitement le droit d’obtenir réparation du préjudice subi suite à cette utilisation et divulgation de ses secrets d’affaires et se réserve également le droit de prendre toutes les autres mesures nécessaires contre l’obtention, utilisation ou divulgation de contrats faisant l’objet de la présente procédure ».

Quant à la deuxième branche, la partie intervenante fait valoir que « le CSC précise clairement que la conformité (ou non) avec le RGPD concerne un problème d’exécution et non d’attribution », que cette problématique ressort donc exclusivement de l’exécution du marché, que « le CSC faisant référence au RGPD prévaut sur le contrat de traitement des données » , que, par l’introduction de son offre, elle s’est, en tout état de cause, engagée au « respect strict de la réglementation en la matière » et qu’en cas de violation en cours d’exécution du contrat, la partie adverse « pourrait prendre les mesures d’office qui s’imposent ». Quant au renvoi fait par la requérante à un « motif d’exclusion », la partie intervenante insiste sur son caractère facultatif et sur le fait qu’il n’est nullement démontré qu’elle se serait rendue coupable d’une « faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité » (article 69, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics). Elle souligne, à cet égard, que la requérante fait seulement « état de rumeurs dans la presse qui ont été clairement réfutées par 3M de manière objective », que « dans ces conditions, [la partie adverse] ne pouvait exclure 3M sur cette base » et qu’« *a fortiori*, [elle] n’avait absolument pas l’obligation d’exclure 3M ». Selon la partie intervenante, c’est encore « à tort que [la requérante] soutient qu’une vérification *a posteriori* serait insuffisante », dès lors que le RGPD met en place des dispositifs qui rendent possible la réparation d’un préjudice éventuel et que, dans le cadre du marché en question, la partie adverse peut également appliquer des sanctions en cas de non-respect du RGPD. Renvoyant à sa réfutation à la troisième branche du moyen, elle soutient qu’« en tout état de cause [...] il n’y avait pas de raison de craindre d’éventuelles violations du RGPD ».

Quant à la quatrième branche, la partie intervenante expose ce qui suit :

« 40. Dans cette branche, CIBES soutient qu’il n’y aurait pas eu de vérification des prix par VIVALIA et qu’en tout cas que cette vérification serait insuffisante.

41. Cette allégation est fortement contestée sur base des arguments suivants :

1) le pouvoir adjudicateur dispose d’un large pouvoir d’appréciation lorsqu’il examine les prix des offres qui sont anormalement bas ou anormalement élevés.

Il ne revient en principe pas au Conseil d'État de substituer à cet égard sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur.

2) Il ne s'agit pas de prix anormalement bas, mais de prix qui seraient trop élevés selon CIBES (*front-loading*).

Le phénomène de *front-loading* consiste à répartir les prix de manière disproportionnée sur la durée du contrat, notamment en gonflant les éléments qui doivent être réalisés en premier pour s'approprier des avances ou des facilités de paiement importantes. Ces postes élevés sont ensuite compensés par une baisse des prix des postes qui doivent être exécutés ultérieurement.

CIBES ne démontre nullement que pour le présent marché, il y aurait une possibilité de *front-loading* (s'agissant d'un prix annuel forfaitaire) et encore moins que 3M se serait rendue coupable de ce phénomène de *front-loading*.

Un cas de *front-loading* doit effectivement être démontré par le requérant. De simples allégations ne sont pas suffisantes.

Il ne s'agit donc pas de prix anormalement bas qui mettraient en péril la bonne exécution du marché.

3) La comparaison des prix de CIBES et ceux de 3M n'est aucunement pertinente, puisqu'il n'y avait que deux soumissionnaires. Il se pourrait tout autant que les prix de CIBES soient anormalement bas, alors que les prix de 3M sont normaux.

4) La comparaison par rapport à l'estimation de VIVALIA n'est également pas pertinente. Le Conseil d'État a en effet déjà jugé :

“ Le fait que le prix proposé par l'adjudicataire soit sensiblement inférieur au montant estimé du marché n'implique pas *ipso facto* que le pouvoir adjudicateur doive conclure au caractère manifestement anormal du prix proposé”.

5) Il a déjà été décidé qu'un exposé des motifs succinct, mais suffisant, est admissible.

En l'espèce, VIVALIA mentionne dans la décision d'attribution qu'elle "n'a pas constaté de prix anormaux".

Une telle décision ne doit pas faire l'objet d'une motivation spéciale.

Le Conseil d'État a en effet déjà jugé que :

“ La décision par laquelle la partie adverse considère comme régulières les offres des sociétés LAURENTY et CARO-MAINTENANCE, sans que les prix qui y étaient proposés lui soient parus anormaux, ne devait pas faire l'objet d'une motivation spéciale. En tant qu'il invoque la violation 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, ainsi que des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, le moyen ne peut être tenu pour sérieux”.

42. La quatrième branche du moyen n'est dès lors pas sérieuse. »

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à l'intérêt au deuxième moyen, en ses deuxième et quatrième branches

La partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle soutient que la requérante n'aurait pas intérêt au deuxième moyen de la requête, puisque son offre a été déclarée irrégulière. Le moyen critique la régularité de l'offre de l'attributaire, tandis que deux offres seulement ont été déposées : cette offre et celle de la requérante. À supposer que la partie adverse n'ait pas procédé aux vérifications

requis et que l'offre de la partie intervenante devait être jugée irrégulière et écartée, le marché litigieux n'aurait pas pu être attribué, de sorte que les illégalités en cause ont pu léser la requérante en la privant de la chance de voir relancer la procédure de passation litigieuse.

La partie adverse ne peut, non plus, être suivie lorsqu'elle affirme que le moyen invite le Conseil d'État à « opérer un contrôle sur l'exécution du chantier ». D'une part, la quatrième branche du moyen concerne la vérification des prix et est étrangère au respect du RGPD par l'attributaire du marché. D'autre part, en reprochant à la partie adverse de ne pas avoir opéré, avant l'attribution du marché, dans le cadre de la sélection des soumissionnaires et de la vérification de la régularité de leurs offres, un contrôle du respect du RGPD (deuxième branche du moyen), la requérante n'invoque pas l'illégalité d'un acte qui procéderait de l'exécution du marché litigieux, mais bien de la décision qui attribue celui-ci à la partie intervenante. Le Conseil d'État est compétent pour connaître de ce type de grief.

Quant à la demande de la partie intervenante de déclarer irrecevable le moyen au motif qu'il se fonde sur un document qui aurait été obtenu de manière illicite, il suffit de constater qu'à ce stade, l'examen des deuxième et quatrième branches du moyen ne requiert pas de prendre en compte les documents en question. Pour le reste, le Conseil d'État n'est pas compétent pour constater une infraction relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation – illicites – d'un secret d'affaires, pour ordonner la cessation de celle-ci ou la réparation du préjudice subi à la suite de sa commission.

Le deuxième moyen, en ses deuxième et quatrième branches, est recevable.

B. Quant à la deuxième branche

L'article 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics impose au pouvoir adjudicateur de vérifier la régularité des offres. L'article 76, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques précise que l'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle. Elle répute notamment substantielles les irrégularités consistant dans "le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché". Le paragraphe 5 de l'article 76 précité prévoit que « pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation [...] le pouvoir

adjudicateur décide soit de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser cette irrégularité [...] ». Dans cette hypothèse, il incombe au pouvoir adjudicateur d'exercer son pouvoir d'appréciation discrétionnaire en décidant de recourir ou non à la possibilité de régulariser une telle irrégularité.

L'article 41 de la loi du 17 juin 2016 précitée, qui est relatif à la procédure négociée directe avec publication préalable, exclut du champ des négociations les « exigences minimales » du marché. Celles-ci ne peuvent faire l'objet d'aucune modification et le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier que les offres finales y satisfont.

Contrairement à ce qu'affirme la partie intervenante, la partie adverse n'est pas qu'un « "simple" pouvoir adjudicateur » qui ne disposerait d'aucune compétence en matière de protection des données. L'objet du marché litigieux – qui inclut le traitement de données à caractère personnel qui concernent notamment la santé – la rend « responsable du traitement » de ces données, au sens du RGPD. Elle est, dès lors, responsable du respect de ce règlement pour le traitement des données à caractère personnel qu'elle confie à l'attributaire du marché (article 5 du RGPD). L'article 28.1 du RGPD dispose que « lorsqu'un traitement doit être effectué pour le compte d'un responsable du traitement, celui-ci fait uniquement appel à des sous-traitants qui présentent des garanties suffisantes quant à la mise en œuvre de mesures techniques et organisationnelles appropriées de manière à ce que le traitement réponde aux exigences [du RGPD] et garantisse la protection des droits de la personne concernée ». Dès lors, lorsqu'il conclut un marché qui implique le traitement de données à caractère personnel, le pouvoir adjudicateur doit *prima facie* vérifier que les services offerts par les soumissionnaires présentent bien les « garanties suffisantes » précitées. En cours d'exécution du marché, il est tenu de suspendre ou de mettre fin au transfert de données lorsqu'il estime que leur protection n'est pas ou plus assurée.

En l'espèce, la question du respect du RGPD est, certes, traitée dans le cahier spécial des charges au titre des « clauses relatives à l'exécution du marché » sous le point 3.7 du cahier spécial des charges qui prévoit ce qui suit :

« 3.7 Réglementation RGPD

L'adjudicateur et l'adjudicataire s'engagent à traiter les données personnelles collectées dans le cadre du présent marché public conformément au Règlement général sur la protection des données n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

Dans ce cadre, l'adjudicataire et ses sous-traitants s'engagent à ce que les données personnelles collectées soient utilisées uniquement pour l'exécution du marché, ou en exécution d'une obligation légale, ou avec l'accord explicite de l'adjudicateur. »

Mais cette exigence est également reprise dans le titre du cahier spécial des charges relatif à la « Partie technique » au point « 5.4 Sécurité des données ». Il y est notamment prévu que les données et les informations doivent être traitées en toute confidentialité « conformément à la législation RGPD » et que « le soumissionnaire fera état de l'accréditation de son outil d'évaluation par la "Commission de protection de la vie privée" ».

Il apparaît donc assez clairement que la question du respect du RGPD concerne, certes, l'exécution du contrat, mais constitue également une « spécification technique » du marché. De par sa nature, cette spécification constitue une « exigence minimale » à laquelle les offres remises doivent nécessairement satisfaire. Son respect doit, dès lors, être vérifié par le pouvoir adjudicateur au stade du contrôle de la conformité des offres, avant d'attribuer le marché.

Ni le rapport d'analyse des offres ni la décision d'attribution ne comportent d'explications relatives à une éventuelle vérification du respect du RGPD. Dans le rapport d'analyse des offres, il est seulement mentionné, en des termes généraux, « régularité : oui ». Si une motivation, même succincte et générale, comme celle de l'acte attaqué, peut être admise, c'est à la condition qu'elle puisse se vérifier à la lecture des pièces du dossier et que celui-ci ne révèle pas de difficultés particulières qui imposent une motivation plus circonstanciée.

En l'occurrence, il ne ressort pas du dossier administratif que la partie adverse a vérifié que le service offert par la partie intervenante présente des garanties suffisantes en matière de traitement des données. Comme le relève la requérante, la partie adverse reconnaît elle-même qu'une telle vérification n'a pas eu lieu, puisqu'elle affirme qu'il s'agit d'une question relevant exclusivement de l'exécution du marché.

Par ailleurs, le dossier révèle un certain nombre de difficultés qui étaient connues de la partie adverse. D'une part, la requérante a, de manière répétée, attiré l'attention du pouvoir adjudicateur sur ce point particulier, en ce compris en lui adressant, à la suite de l'arrêt de suspension n° 252.355 du 8 décembre 2021, une lettre que le conseil de l'Ordre des médecins a envoyée au Ministre fédéral de la Santé avec l'intitulé « infraction à la législation sur la protection des données – benchmarking 3M ». Cette lettre mentionne notamment que « des données à caractère personnel identifiables concernant la santé sont transmises, à grande échelle, à une tierce partie sans dispositions contractuelles adéquates pour le traitement, l'accès par et le transfert à des pays tiers (États-Unis et Russie) ». D'autre part, comme l'indique la partie intervenante dans sa requête en intervention,

elle a elle-même adressé, le 2 avril 2021, soit après le dépôt des offres, mais avant la décision d'attribution du marché litigieux, un courrier « à ses clients (dont notamment Vivalia) » dans lequel elle fait état de « publications dans les médias » concernant ses services de *benchmarking*. Elle y mentionne notamment le recours à un sous-traitant *Smart Analytics* établi en Russie ainsi que la nécessité d'évaluer et de mettre en œuvre des mesures supplémentaires, à la suite de l'arrêt Scherms II du 16 juillet 2020, C-311/18.

Dans son offre, la partie intervenante s'était pourtant limitée à indiquer ce qui suit :

« Point 5.4. - Sécurité des données, 2^e paragraphe :

Actuellement, l'Autorité belge de protection des données ne fournit aucune accréditation de manière générale pour quelconque outil, programme, *etc.* relatifs au traitement des données. 3M Belgium a cependant des procédés internes très stricts concernant le traitement des données relatif aux prestations du marché. Le soumissionnaire demandera par ailleurs au pouvoir adjudicateur de bien vouloir signer un contrat de traitement des données (en complément d'un contrat commercial) si 3M Belgium venait à remporter un/plusieurs lot(s) ou le marché dans son entièreté ; afin de se conformer aux prérequis légaux imposés par le Règlement européen n° 2016/679. De plus, 3M Belgium a été plus loin que les prérequis légaux imposés par la législation RGPD en ayant fait l'objet d'un *Data Processing Impact Assessment*, soit une Analyse d'impact du traitement des données, pour son outil *Benchmark*, par souci de clarté, de transparence et de conformité aux exigences de la législation relative à la protection des données. »

L'offre ne fait aucune mention du recours à la société *Smart Analytics*, son sous-traitant ultérieur, au sens du RGPD, établi en Russie (pays tiers non soumis à ce règlement et qui ne fait pas l'objet d'une décision d'adéquation par la Commission européenne), ni des difficultés particulières qu'un transfert vers un pays tiers peut poser en matière de protection des données (article 44 et suivants du RGPD), tandis que ces difficultés ont clairement été mises en exergue, avant le dépôt des offres, dans l'arrêt Scherms II du 16 juillet 2020 précité. Elle se limite à affirmer qu'elle a mis en place « des procédés internes très stricts » pour se conformer à la réglementation, en indiquant qu'en cas d'attribution du marché, un contrat de traitement des données sera signé « en complément d'un contrat commercial », sans toutefois préciser la teneur de ces procédés ni le contenu de ces différents contrats. Elle fait également mention d'une « analyse d'impact du traitement des données » qu'elle aurait réalisée, sans toutefois rien révéler des résultats de cette analyse, pour ce qui concerne, en particulier, l'évaluation des risques encourus et les mesures envisagées pour y faire face.

Au vu des difficultés précitées, en particulier du transfert avéré de données confiées à la partie intervenante vers un sous-traitant ultérieur établi en Russie, rien ne permettait d'affirmer à l'évidence que l'offre de la partie

intervenante était régulière en mentionnant, sans autres explications, « régularité : oui ». Il incombait à la partie adverse d'opérer les vérifications qui s'imposaient et d'indiquer les raisons pour lesquelles elle pouvait estimer que cette offre présentait les « garanties suffisantes » permettant de considérer que les données et les informations confiées seraient traitées en toute confidentialité « conformément à la législation RGPD », comme le requiert l'article 5.4 du cahier spécial des charges au titre d'« exigence minimale » du marché.

La partie adverse a manqué aux obligations de vérification et de motivation formelle qui lui incombent.

Dans cette mesure, le deuxième moyen, en sa deuxième branche, est sérieux.

Pour le reste, il revient en premier lieu au pouvoir adjudicateur et non au Conseil d'État d'apprécier la conformité d'une offre aux prescriptions du cahier spécial des charges. Il convient, à cet égard, de noter que la plupart des éléments produits par la partie intervenante dans le cadre de la présente procédure pour établir la conformité au RGPD du traitement des données qui lui sont confiées n'ont pas été soumis à la partie adverse, certains de ces éléments étant d'ailleurs postérieurs à l'adoption de l'acte attaqué.

C. Quant à la quatrième branche

L'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme il suit :

- « Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix ou des coûts des offres introduites, conformément aux modalités fixées par le Roi. Le Roi peut prévoir des exceptions à la vérification des prix ou des coûts pour les marchés fixés par Lui.
À sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure de passation, toutes les indications permettant cette vérification. »

L'article 33 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit ce qui suit :

- « Après avoir procédé à la rectification des offres conformément à l'article 34, le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 35 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 36. »

L'article 35 du même arrêté royal dispose comme il suit :

« Le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Pour ce faire, il peut, conformément à l'article 84, alinéa 2, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires. »

Le fait que l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 déterminant les règles applicables « lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés » n'est *prima facie* pas applicable à la procédure de passation litigieuse (*cfr.* article 36, § 6, du même arrêté royal) n'emporte aucune conséquence sur l'obligation de procéder à la vérification des prix prévue par les articles 84 de la loi du 17 juin 2016 et 33 et 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Le cahier spécial des charges prévoit d'ailleurs lui-même ce qui suit :

« 2.4.3. Contrôle des prix
Préalablement à l'attribution du marché, l'Adjudicateur se réserve le droit de réclamer au soumissionnaire toute indication destinée à vérifier les prix offerts. Le cas échéant, le soumissionnaire sera tenu de fournir à l'Adjudicateur tous les renseignements nécessaires destinés à effectuer la vérification des prix endéans les 12 jours de calendrier de la demande de justification ».

Le but de la vérification des prix est de rechercher des prix éventuellement anormaux. L'objectif est double : d'une part, protéger le pouvoir adjudicateur en lui permettant de s'assurer que les prix proposés garantissent une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents du marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires et exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics; d'autre part, protéger les exigences d'une saine concurrence en évitant que le pouvoir adjudicateur avalise des comportements qui y sont contraires et que des marchés publics soient finalement attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence. Si la vérification des prix ne répond pas à la même logique devant des prix apparemment anormalement bas ou devant des prix apparemment anormalement élevés, la réglementation relative aux marchés publics ne fait pas la distinction. Face à des prix apparemment anormalement élevés, elle veille, en particulier, à écarter le risque de spéculation au détriment des deniers publics.

Le pouvoir adjudicateur dispose d'une large marge de manœuvre tant pour détecter des prix apparemment anormaux et demander les informations et justifications nécessaires au soumissionnaire concerné que pour apprécier la validité et la pertinence de celles-ci.

En l'espèce, la décision motivée d'attribution renseigne les prix globaux de chaque lot (HTVA et TVAC). Quant au rapport d'analyse des offres, il produit,

pour l'examen du critère d'attribution du prix, des tableaux qui reprennent, pour les lots 1 et 3, les coûts annuels par centre hospitalier (HTVA et TVAC) ainsi que le coût total pour les trois centres, respectivement sur une année et trois années (HTVA et TVAC). Les tableaux sont accompagnés de la mention suivante :

« Une vérification et un contrôle des prix ont été opérés. Le pouvoir adjudicateur n'a pas constaté de prix anormaux ».

À la suite d'une demande formulée par l'auditeur chargé de l'instruction de l'affaire, la partie adverse a, la veille de l'audience, transmis au Conseil d'État :

- un courrier du 25 juin 2021 de la partie adverse invitant la partie intervenante à justifier « la composition du prix de [son] offre de manière circonstancielle » pour les lots 2 et 3 du marché, dès lors que le prix proposé pour ces lots « semble être anormal » ;
- la réponse de la partie intervenante à cette demande, datée du 29 juin 2021 (pièce confidentielle).

La partie adverse a donc, elle-même, considéré que les prix relatifs aux lots 2 et 3 de l'offre de la partie intervenante semblaient anormaux et a, par conséquent, sollicité de ce soumissionnaire des justifications. Or, il ne ressort ni de l'acte attaqué ni du dossier administratif que la partie adverse aurait procédé à l'analyse de ces justifications. Ces dernières prennent pour point de départ les prix des précédents contrats conclus en 2017 avec la partie adverse – sans opérer toutefois de « décomposition de prix » circonstanciée, comme le sollicitait pourtant la partie adverse. De telles justifications ne permettaient pas d'affirmer à l'évidence et sans autres explications qu'« une vérification et un contrôle des prix ont été opérés » et qu'il « n'a pas constaté de prix anormaux ». Lorsque le pouvoir adjudicateur juge nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier certains prix qui lui semblent anormaux, la décision de ne pas les considérer comme tels doit faire l'objet d'une motivation précise, faisant ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels le pouvoir adjudicateur a fondé sa décision. Il en va d'autant plus ainsi que le pouvoir adjudicateur dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation.

La partie adverse ayant sollicité des justifications pour des prix apparemment anormaux, il lui appartenait de procéder à un examen concret et effectif de celles-ci. Ni l'acte attaqué ni le dossier administratif ne rendent compte de l'analyse de ces justifications et ne permettent de comprendre les raisons pour lesquelles elles ont été admises. Rien ne permet de considérer que la partie adverse a pu vérifier que les prix proposés ne constituaient pas une charge exorbitante pour elle et ainsi écarter le risque de spéculation dénoncé par la requérante.

Si le grief vise plus particulièrement le lot 3 du marché, il paraît également pouvoir concerner le lot 1 de celui-ci. Il ressort, en effet, des pièces du dossier que la partie adverse a, sans aucune justification, modifié le contenu de l'offre de la partie intervenante en reportant sur le lot 3 de cette offre un poste que la partie intervenante avait expressément imputé sur le lot 1 de celle-ci, modifiant de la sorte sensiblement les prix de chaque lot. Une telle opération est *prima facie* de nature à influencer sur le contrôle des prix et, en particulier, sur la détection de prix éventuellement anormaux pour les lots 1 et 3 du marché.

Le deuxième moyen, en sa quatrième branche, est sérieux.

VII. 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'emporterait sur ses avantages.

VIII. Confidentialité

La partie adverse demande que les pièces A et B du dossier administratif (offres des parties requérante et intervenante) restent confidentielles, dès lors qu'elles contiennent des informations protégées par le droit des affaires. Postérieurement au dépôt du dossier administratif, elle a également transmis, à titre confidentiel, une version non caviardée du rapport d'analyse des offres (pièce non numérotée), la grille d'évaluation des offres (pièce C) et le courrier du 29 juin 2021 contenant les justifications des prix soumises par la partie intervenante (pièce D).

La partie intervenante formule la même demande pour les pièces 4 à 7 annexées à sa requête en intervention. Elle expose que le contrat de données, les CCT et le TIA ont une valeur commerciale importante, étant « le fruit d'efforts considérables en termes de temps de travail et de travail intellectuel » et que « le DPA contient également des mesures techniques et organisationnelles (TOMs) propres à 3M et faisant partie de son secret d'affaires ». Quant aux mails échangés avec les trois fédérations des hôpitaux francophones, elle fait valoir qu'ils ont trait « au processus de mise à jour des documents susmentionnés » et que « cette pièce est donc également confidentielle ».

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

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SRL 3M Belgium est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision du 21 décembre 2021 du conseil d'administration de l'intercommunale Vivalia d'attribuer à la SRL 3M Belgium les lots 1 et 3 du marché public de services « relatif à la souscription à un outil collectif d'analyse et de *feedback* concernant l'activité hospitalière médicale » (CSC N° 1/013/2020) est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A, B, C, D et la version non caviardée du rapport d'analyse des offres jointes au dossier administratif ainsi que les pièces 4 à 7 annexées à la requête en intervention sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 6 mai 2022, par :

Florence Piret,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Florence Piret