

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 218.803 du 2 avril 2012

G./A.187.199/VI-17.706

En cause : **1. la société privée à responsabilité limitée PHARMACIE HUBERT-MOREAU,**
2. la société anonyme PHARMACIE LAURENT DELCOURT,
3. MOREAU Dominique,

ayant élu domicile chez
Me Philippe CHARPENTIER, avocat,
rue de la Résistance, n° 15,
4500 Huy,

contre :

le centre public d'action sociale, en abrégé C.P.A.S.,
de la ville de Saint-Hubert,

ayant élu domicile chez
Me Philippe BOUILLARD, avocat,
rue Lelièvre, n° 9,
5000 Namur.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête du 21 février 2008, la société privée à responsabilité limitée PHARMACIE HUBERT-MOREAU, la société anonyme PHARMACIE DELCOURT et Dominique MOREAU demandent l'annulation de "la délibération du Conseil de l'Action Sociale de Saint-Hubert, dont le siège est sis 44, rue du Home, 6870 St-Hubert, prise le 27.12.2007, et notifiée par courrier du 28.12.2007, et qui décide l'attribution d'un marché de médicaments et spécialités pharmaceutiques à la pharmacie HUMAPHARM S.A. sise 52, grand-rue, 6800 Libramont".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

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

Le dossier administratif a été déposé.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. La partie requérante a déposé un dernier mémoire.

Une ordonnance du 7 février 2012, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 14 mars 2012.

M. le Conseiller d'Etat, Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Philippe CHARPENTIER, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Gilles VANDERMEEREN, loco Mes Philippe BOUILLARD et Jean-Charles MOTTET, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, Bernard DEROUAUX, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

III. 1. Le centre public d'action sociale de Saint-Hubert est le pouvoir organisateur du Home Herman, maison de repos pour personnes âgées, et à ce titre approvisionne en médicaments les pensionnaires de celle-ci, dans le cadre d'un mandat autorisé par l'article 26bis de l'arrêté royal du 31 mai 1885 approuvant les nouvelles instructions pour les médecins, pour les pharmaciens et pour les droguistes, tel qu'il était en vigueur lors de l'adoption de l'acte attaqué.

III. 2. Le 26 novembre 2007, le conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de la ville de Saint-Hubert décide, dans cadre du mandat précité, d'acquérir des médicaments, au nom et pour le compte des pensionnaires de la maison de repos, en appliquant une procédure de marché public négociée sans publicité. Le Conseil arrête la liste de dix pharmacies à consulter.

Le cahier spécial des charges précise notamment :

- A l'article 5, établissement du prix, que les soumissionnaires sont invités à proposer une remise fixe pour toute la durée du marché, fixée à une année (article 6);
- A l'article 7, dépôt des soumissions, que les soumissions doivent parvenir au président de la séance d'ouverture des soumissions, fixée semble-t-il le 19 décembre 2007, avant qu'il ne déclare la séance ouverte et que les soumissions peuvent être déposées au secrétariat du C.P.A.S. ou adressées par envoi recommandé;
- A l'article 10, figure la liste des documents exigés pour la sélection qualitative.

A travers les clauses techniques, il apparaît nettement que le marché a pour objet de fournir distinctement à chaque pensionnaire du home les médicaments qui lui ont été prescrits et d'établir, pour ce qui n'est pas couvert par le tiers payant, une facturation séparée, faisant apparaître la ristourne accordée.

III. 3. Le 17 décembre 2007, la société anonyme HUMAPHARM a déposé une offre. Une ristourne de quinze pour cent est annoncée sur les produits pharmaceutiques non remboursés par la mutuelle pour les pensionnaires et les membres du personnel.

Le 18 décembre 2007, la société anonyme PHARMACIE LAURENT DELCOURT a déposé une offre comportant une ristourne de quinze pour cent sur les médicaments et les spécialités pharmaceutiques non remboursés par l'INAMI. L'annexe de l'offre comporte de nombreuses réserves par rapport au cahier spécial des charges.

Le même jour, la S.P.R.L. PHARMACIE HUBERT-MOREAU a également déposé une offre contenant de nombreuses réserves mais indiquant qu'elle "[serait] disposé[e] à offrir une ristourne de 15 pour cent sur les médicaments non remboursés repris sur la facture des pensionnaires".

III. 4. Le bureau permanent procède à l'ouverture des offres lors de sa séance du 21 décembre 2007. Le procès-verbal fait état du pourcentage des ristournes consenties par les trois soumissionnaires, note que "les clauses du CSC sont contestées par les pharmacies HUBERT et DELCOURT de Saint-Hubert" et que "Les membres marquent leur accord pour concerter les 3 soumissionnaires pour voir s'ils souhaitent revoir leur offre."

III. 5. Il résulte tant de l'exposé des faits effectué par les requérantes que d'une note établie mais non signée par la secrétaire du C.P.A.S., que celle-ci a pris contact

téléphoniquement avec chacun des soumissionnaires pour savoir s'ils maintenaient leur offre. Selon la note établie par la secrétaire du C.P.A.S., seule la pharmacie HUMAPHARM aurait proposé d'augmenter la ristourne de un pour cent, un document manuscrit daté du 21 décembre 2007, et signé par la secrétaire du C.P.A.S., confirmant notamment cette proposition verbale.

III. 6. Par lettres des 25 et 26 décembre 2007, reçues le 27 décembre 2007, les soumissionnaires PHARMACIE HUBERT-MOREAU et PHARMACIE LAURENT DELCOURT demandent de pouvoir consulter les différentes soumissions et formulent la proposition d'en revenir au système antérieur dans lequel elles assumaient à tour de rôle l'approvisionnement des pensionnaires du home.

III. 7. Le 27 décembre 2007, la secrétaire du C.P.A.S. établit la note visée ci-dessus, qui conclut :

" Attendu que la pharmacie Humapharm s.a. de Libramont offre une remise de 16 %; Attendu que les pharmacies Hubert-Moreau et Delcourt de Saint-Hubert offrent une remise de 15 %; Par conséquent, je vous propose d'attribuer le marché à la pharmacie Humapharm s.a. de Libramont ayant la meilleure offre."

III. 8. Le 27 décembre 2007, le Conseil de l'action sociale décide d'attribuer le contrat à la pharmacie HUMAPHARM. Il s'agit de l'acte attaqué qui est motivé comme suit :

" [...]

Vu le rapport des offres établi par Madame Pierrard, secrétaire;

Vu l'article 6 du statut administratif et pécuniaire du personnel du CPAS, lequel stipule que «les agents ne peuvent solliciter, exiger ou recevoir, [...] même en dehors de leurs fonctions, mais à raison de celles-ci [...] des avantages quelconques [...]»;

Attendu que les représentants de Cap 2006 proposent l'exclusion de la pharmacie Humapharm pour le motif suivant : application de l'article 13 point C du cahier spécial des charges - tentative de corruption en proposant une réduction au personnel;

Vu l'amendement des représentants de Cap 2006 ;

Les membres [...] refusent l'amendement de Cap 2006, à savoir l'exclusion de la pharmacie Humapharm pour tentative de corruption.

Les membres [...] décident d'attribuer le marché des médicaments et spécialités pharmaceutiques à la pharmacie Humapharm s.a. [...] proposant l'offre la plus basse. Les membres décident également de refuser l'offre relative à la réduction pour le personnel conformément à l'article 6 du statut administratif et pécuniaire du personnel du CPAS".

III. 9. Le 28 décembre 2007, la partie adverse a informé les soumissionnaires dont les offres n'avaient pas été retenues qu'ils pouvaient obtenir sur demande une copie de la décision d'attribution.

A la même date la pharmacie HUMAPHARM a été informée que le marché lui était attribué car son offre était la plus basse, mais que son offre de réduction pour le personnel du home était refusée.

Donnant suite aux demandes formées le 2 janvier 2008, par la PHARMACIE HUBERT-MOREAU et par la PHARMACIE LAURENT DELCOURT, la partie adverse a notifié copie de la décision d'attribution du marché par lettres du 4 janvier 2008.

IV. DESISTEMENT

A l'audience, le conseil des requérants a indiqué que la première requérante se désisterait du recours. Interpellé par la Présidente de chambre qui lui enjoignait de produire la décision de l'organe compétent de la première requérante de se désister, son conseil n'a pu la communiquer.

En l'absence de demande de désistement régulièrement formée par cette requérante, il n'y a pas lieu de statuer à ce sujet.

V. RECEVABILITE DE LA REQUETE

En dépit de la qualification donnée au contrat litigieux par la partie adverse, ainsi que de la procédure qu'elle a menée pour l'adoption de l'acte attaqué, il ressort nettement des clauses de cette convention qu'il ne s'agit pas d'un marché public.

Il résulte en effet de ce contrat que l'acquisition des médicaments n'est pas opérée par la partie adverse mais l'est directement par les pensionnaires de la maison de repos gérée par le Centre public d'action sociale de Saint-Hubert.

La partie adverse n'a conclu cette convention qu'en tant que mandataire des pensionnaires précités, en leur nom et pour leur compte, comme l'y autorise l'article 26bis de l'arrêté royal du 31 mai 1885 approuvant les nouvelles instructions pour les médecins, pour les pharmaciens et pour les droguistes. Sur ce point, le fait que cette disposition précise que "tout médicament est délivré en mains propres au

malade ou à son mandataire", n'exclut nullement que le mandataire puisse être une personne morale, telle que la partie adverse, dès lors que celle-ci est représentée par des personnes physiques.

Ce contrat ne lie donc pas le Centre public d'action sociale de Saint-Hubert à la pharmacie HUMAPHARM mais est noué entre cette pharmacie et les pensionnaires de cette maison de repos, lesquels ne constituent pas un pouvoir adjudicateur.

Il ne s'agit donc pas d'une convention passée avec un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et, en conséquence, elle n'est pas un marché public.

En outre, dès lors que la décision entreprise a été adoptée, dans le cadre d'un mandat, au nom et pour le compte des pensionnaires de la maison de repos, elle doit être imputée à ces derniers de telle sorte qu'elle n'émane pas d'une autorité administrative.

L'acte attaqué, qui ne peut être considéré comme celui d'une autorité administrative, n'est dès lors pas susceptible de faire l'objet du présent recours. La requête est en conséquence irrecevable.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 525 euros, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 175 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
deux avril deux mille douze par :

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. Paul LEWALLE,
Yves HOUYET,
M^{me} Caroline HUGÉ,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.