

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 229.104 du 7 novembre 2014

G./A.213.988/VI-20.290

En cause : **1. DEFRANCE** Luc Etienne,
2. l'ASSOCIATION PHARMACEUTIQUE BELGE,
UNION PROFESSIONNELLE, en abrégé A.P.B.,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Pierre SLEGGERS, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles,

contre :

le centre public d'action sociale de Bruxelles,

ayant élu domicile chez
Mes Marc MARTENS et
Nicolas CARBONNELLE, avocats,
avenue Louise, n° 235/1,
1050 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 15 octobre 2014, Luc Etienne DEFRANCE et l'ASSOCIATION PHARMACEUTIQUE BELGE, UNION PROFESSIONNELLE, en abrégé A.P.B, sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de:

"- la décision de date inconnue de la partie adverse par laquelle elle a arrêté l'objet de la mise en concurrence, ainsi que les conditions du marché (notamment les conditions de sélection qualitative, les critères d'attribution et les spécificités techniques) «achat de médicaments (spécialités non remboursables et remboursables et préparations magistrales) pour les besoins des résidents des MR/S du CPAS de Bruxelles», tels que publiés dans l'avis de marché, numéro BDA2014/522188, paru au Bulletin des adjudications du 1^{er} octobre 2014, dans l'avis de marché numéro 2014/S 191-336330,

paru au Journal officiel de l'Union européenne le 4 octobre 2014, et repris dans le cahier spécial des charges réf.890/14-CA0183;

- et des avis de marché précités et du cahier spécial des charges précité."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 16 octobre 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 4 novembre 2014 à 10 heures 30.

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

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Mes Patrick THIEL, Pierre SLEGERS et Isabelle VAN KRUCHTEN, avocats, comparaissant pour les parties requérantes et Mes Nicolas CARBONNELLE et Marc MARTENS, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue 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

III. 1. Le centre public d'action sociale de Bruxelles se présente comme le pouvoir organisateur de cinq maisons de repos et/ou maisons de repos et soins, étant :

- Le Centre de Réadaptation Heysel-G. Brugmann, rue du Heysel 3 à 1000 Bruxelles, agréé par la Commission Communautaire Commune de la Région de Bruxelles-Capitale sous les n° MRPA CA/3068 et MRS VS/BRU/132;

- La Résidence Sainte-Gertrude, Rue des Capucins n°23A à 1000 Bruxelles, agréée par la Commission Communautaire Commune de la Région de Bruxelles-Capitale sous les n° VS/BRU/101 et 021.004.032;

- L'établissement "Aux Ursulines", Rue des Ursulines 6 à 1000 Bruxelles, agréé par la Commission Communautaire Commune de la Région de Bruxelles-Capitale sous les numéros MRPA CA/516 et MRS VS/BRU/100;
- Les Eglantines, Rue St Pierre et Paul 15 à 1120 Neder-Over-Heembeek (Bruxelles), agréé par la Commission Communautaire Commune de la Région de Bruxelles-Capitale sous les n°MR : CA/3028 – MRS : VS/BRU/102;
- L'Institut Pacheco, Rue du Grand Hospice 7 à 1000 Bruxelles, agréé par la Commission Communautaire Commune de la Région de Bruxelles-Capitale sous les n° Sp A/408, MRPA CA/3059, MRS VS/BRU/103.

III.2. En sa séance du 1^{er} octobre 2014 – et au titre du point de l'ordre du jour révélé par le procès-verbal, libellé comme suit: "Organisation d'un marché par appel d'offres ouvert ayant pour objet l'achat de médicaments (spécialités non remboursables et remboursables et préparations magistrales) pour la période du 1/1/2015 au 30/1/2016 reconductible 2 fois Marché à bordereau de prix. Approbation du mode de passation et des conditions du marché. Estimation du montant pour la durée initiale : 481.000,00 € TVA Estimation pour la durée maximale : 1.443.000 TVA Autorisation" – le conseil de l'action sociale de la partie adverse a décidé, au vu d'un rapport adressé à la présidente et au secrétaire général de ladite partie adverse, de reconnaître le besoin défini dans ce rapport et ses motivations, d'organiser la passation d'un marché à cette fin, selon les dispositions auxquelles il est référé, et de prendre acte d'une dépense totale, estimée à 1.443.000 T.V.A.C..

Les dispositions évoquées à l'appui de cette décision sont les suivantes:

- " - L'article 84 de la loi organique du 8 juillet 1976 des CPAS;
- La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, et ses modifications ultérieures;
- La loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de service relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;
- L'Arrêté royal 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.
- L'Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics."

En adoptant cette délibération, qui constitue le premier acte attaqué, la partie adverse a arrêté les conditions de passation et d'exécution du marché, lesquelles sont consignées dans le cahier spécial des charges référencé 890/14-CA0183. Au regard de la chronologie des faits, celui-ci constitue le deuxième acte attaqué.

III.3. Il ressort de la même délibération que le "marché", ainsi qualifié, sera conclu par appel d'offres ouvert et est soumis à la publicité européenne.

Il a fait l'objet de deux avis respectivement publiés au Bulletin des adjudications le 1^{er} octobre 2014 et au Journal officiel de l'Union européenne le 4 octobre 2014. Ces avis constituent les troisième et quatrième actes attaqués.

III.4. Dans le descriptif de l'objet du "marché", il est précisé : "commentaire : Tous nos établissements, exigent une délivrance par PMI et fonctionnent avec un système de commande et facturation informatisée (Corilus) pour lequel le soumissionnaire devra prouver sa capacité d'intégration". Au titre des spécifications techniques, il est également précisé : "l'adjudicataire doit réaliser la PMI automatisée (Préparation de médication individuelle) conformément à l'arrêté royal du 24 septembre 2012 qui en définit les règles".

S'agissant des exigences particulières de capacité technique requises au titre de la sélection qualitative des soumissionnaires, le cahier spécial des charges dispose, sous le titre "I.5 Droit d'accès et de sélection qualitative", ce qui suit:

- " Le soumissionnaire fournira la liste des principales livraisons effectuées pendant les trois dernières années, leurs montants, leurs dates et leurs destinataires publics ou privés:
 - s'il s'agit de fournitures à une autorité publique, les livraisons sont prouvées par des certificats établis ou visés par l'autorité compétente;
 - s'il s'agit de fournitures à des personnes privées, les certificats sont établis par l'acheteur; à défaut, une simple déclaration du fournisseur est admise.

Niveau minimal: Pour être sélectionné le soumissionnaire doit avoir parmi ses clients au mois 2 communautés (maison de repos et/ou de soins,...) totalisant globalement 300 lits, pour lesquelles il a effectué des livraisons PMI pour un montant total minimum de 210.000 € TVA/an (avant ristourne)

*Le soumissionnaire devra fournir la preuve de sa notification auprès de l'Agence Fédérale des Médicaments et Produits de Santé (AMPS) de la réalisation de PMI automatisée."

Bien que cela ne ressorte expressément, et de façon certaine, ni des actes attaqués, ni du rapport adressé à la présidente et au secrétaire général de la partie adverse, il semble admis – au terme des débats tenus en la présente cause – que, pour chaque résident, les fournitures de médicaments seront assurées, conformément aux dispositions normatives applicables en l'espèce, à la délivrance de médicaments en vertu de mandats régis dans le cadre d'un système dont la description, dans la note d'observations, et selon les termes suivants, peut être considérée comme suffisante pour les besoins de l'exposé des faits:

- " En exécution du cadre légal et réglementaire qui vient d'être rappelé, les cinq maisons de repos proposent à leurs résidents, dont la plupart suivent des traitements médicamenteux, que ces résidents désignent le directeur de la maison de repos dans laquelle ils résident comme mandataire pour "la commande des médicaments pour [eux], en [leur] nom, en respectant la réglementation et plus particulièrement les règles concernant le mandat (article 1984 et suivants du Code

Civil) et la santé publique (Arrêté Royal du 31 mai 1885 modifié par l'Arrêté Royal du 9 janvier 1992)".

Ce mandat est annexé au contrat conclu avec le résident lors de son arrivée.

[...] Au niveau des établissements en cause, l'acquisition de médicaments auprès de pharmaciens s'effectue par conséquent en vertu d'un mandat écrit, donné par les résidents. En vertu de ce mandat, le mandataire acquiert auprès du pharmacien, au nom et pour le compte du résident, les médicaments qui ont été prescrits audit résident par son médecin traitant. Le prix des médicaments livrés est payé par le mandataire, et répercuté sur la facture mensuelle du résident.

Il convient de souligner que les résidents sont libres de donner mandat ou non au directeur de l'établissement, et que le mandat donné est toujours révocable. En d'autres termes, les résidents ne sont pas tenus de recourir au système de mandat, et peuvent donc, à leur libre choix, s'approvisionner par eux-mêmes auprès de la pharmacie de leur choix".

IV. COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse oppose à la demande une exception déduite de l'incompétence du Conseil d'Etat pour en connaître. Elle la formule dans les termes suivants:

- " Les parties requérantes postulent dans leur requête la suspension des décisions et des actes adoptés par la partie adverse en vue de la passation du marché litigieux. Les parties requérantes fondent la compétence de Votre conseil sur l'article 24, alinéa 1^{er} 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.

Cette disposition énonce ce qui suit:

«L'instance de recours pour les procédures de recours visées aux articles 14 et 15 est :

1° la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat;

2° le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.»

[...] Il convient d'examiner, pour apprécier la recevabilité de la requête en suspension, la qualification juridique à apporter aux décisions attaquées et la qualité en laquelle la partie adverse a adopté les actes et décisions attaqués.

En effet, pour pouvoir être suspendus ou annulés par Votre Conseil sur la base de l'article 24, alinéa 1^{er} de la Loi du 17 juin 2013 précitée, il faut que les actes attaqués aient été adoptés par une autorité adjudicatrice et que cette autorité adjudicatrice soit une autorité visée à l'article 14, § 1^{er} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Il ne suffit donc pas, comme semblent le laisser entendre les requérantes, de constater que la partie adverse est une autorité administrative au sens de cette disposition pour fonder la compétence de Votre Conseil en l'espèce.

[...] A cet effet, il convient d'abord d'examiner plus avant l'objet du marché litigieux. Ce marché vise la désignation du pharmacien auprès de qui sera sollicitée la délivrance des médicaments destinés aux résidents qui ont mandaté le directeur de leur maison de repos à cet effet.

A la date de lancement de l'avis de marché, les prescriptions médicales en vertu desquelles les commandes seront passées ne sont pas encore connues. L'existence du mandat visé par l'AR Pharmaciens ne doit d'ailleurs, en vertu de cet arrêté royal même, être vérifiée qu'au moment de la délivrance des médicaments par le pharmacien.

Cette exigence de mandat est totalement indépendante de la compétence du CPAS de Bruxelles pour lancer et attribuer le marché litigieux – sous réserve de ce qu'il sera dit plus loin quant à la qualification juridique à donner au marché en question.

[...] Dans leur requête, les parties requérantes contestent pourtant la légalité du mandat dont le CPAS serait titulaire, et qui lui serait donné par les maisons de repos en vue de la passation du marché public. Selon les parties requérantes, ce mandat contreviendrait à l'article 22, alinéa 2 de l'AR Pharmaciens, qui interdit qu'un mandataire agisse au nom de plusieurs communautés.

Or, en l'espèce, l'existence de ce mandat pourrait être considérée comme douteuse : en réalité, le marché vise la délivrance de médicaments aux cinq mandataires des résidents. Bien que ce fait ne soit pas explicitement mentionné dans le cahier spécial des charges, il résulte de l'application même de la réglementation applicable aux maisons de repos: le CPAS, qui est la personne morale dont font partie les cinq maisons de repos, n'est pas le mandataire de ces structures, il en est la manifestation légale. L'argument des parties requérantes procède d'un amalgame entre le mandat visé par la réglementation applicable aux pharmaciens et un mandat qui serait prétendument nécessaire pour la passation du marché public litigieux.

L'organisation de la passation d'un marché visant à assurer l'accomplissement des mandats respectifs des directeurs des cinq maisons de repos relève d'un choix du CPAS de tendre à la rationalité dans la gestion opérationnelle des maisons de repos. Les maisons de repos ne disposant pas de personnalité juridique propre ne peuvent en toute hypothèse pas agir autrement que par l'intermédiaire du CPAS pour la passation de ce type de marché.

[...] Le CPAS n'agit donc pas en vertu du «mandat pharmaceutique», par essence inexistant, ou dont à tout le moins l'existence n'est pas un élément pertinent, jusqu'à la conclusion du marché et à son premier début d'exécution.

Mais le CPAS ne passe pas non plus un marché public, qui est défini par la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services comme le «contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entreprises publiques et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services.»;

[...] Le CPAS agit comme entité juridique dont font partie les maisons de repos, et tend à désigner, à travers un processus compétitif et transparent, un pharmacien qui prendra l'engagement contractuel de répondre aux commandes que passeront les mandataires des résidents des maisons de repos, conformément à la réglementation pharmaceutique.

Le cahier spécial des charges prévoit expressément en son point II.4 que «la facturation aura lieu mensuellement par maison de repos et sera au nom du patient.»

L'opération que visent l'avis de marché et le cahier spécial des charges contestés dans le cadre du présent recours est pour la partie adverse une opération nulle d'un point de vue comptable.

[...] Actuellement, le pharmacien qui assure la délivrance des médicaments établit mensuellement une facture par établissement. Cette facture couvre l'ensemble des médicaments fournis au cours de la période de facturation. A cette facture est joint un tableau qui identifie les montants se rapportant à chaque résident individuel. Dans ce tableau est détaillé le montant «brut» (c'est-à-dire hors ristourne) et le montant "net" (soit le montant brut diminué de la ristourne).

Les montants individuels sont reportés sur les factures mensuelles adressées à chacun des résidents. A titre illustratif, la partie adverse joint à la présente note d'observations quelques exemples tirés de sa comptabilité.

[...] La pièce 8 est une facture établie par le pharmacien qui effectue actuellement la délivrance de médicaments aux maisons de repos du CPAS de Bruxelles. Elle concerne la Résidence Ste Gertrude et couvre le mois de juillet 2014. Sur la première page du document figure le prix global des médicaments délivrés, soit 5.519,74 euros. Sur ce montant est appliquée une ristourne de 504,76 euros. Les cinq pages annexées à la facture identifient les résidents au profit de qui des médicaments ont été délivrés, et fournissent le décompte individuel de chacun de ces résidents.

[...] La pièce 9 contient quelques exemples de factures mensuelles adressées à des résidents de la Résidence Ste Gertrude pour le mois de juillet 2014. Sur chacune de ces factures figurent les montants calculés par le pharmacien, à savoir le montant brut et la ristourne. Les résidents concernés supportent donc l'intégralité des montants facturés au titre de la délivrance des médicaments, sans surcoût ou frais complémentaires.

Les pièces 10 et 11 fournissent d'autres exemples similaires, concernant pour leur part des résidents de la Maison de Repos «Aux Ursulines». De la même manière que dans les exemples précédents, ces pièces attestent sans la moindre équivoque du fait que le coût des médicaments délivrés par le pharmacien aux maisons de repos est intégralement supporté par les résidents, et que d'un point de vue comptable, l'opération visée par le marché litigieux constitue bien, dans le chef du CPAS et de ses maisons de repos, une opération nulle. Le contrat relatif à la délivrance de médicament doit, dans toutes ses composantes, être considéré comme noué entre le pharmacien et les résidents des maisons de repos. C'est en vertu du mandat (civil) donné par les résidents aux directeurs des maisons de repos que ce contrat est conclu, et non en vertu du cadre légal et réglementaire applicable aux marchés publics.

[...] La facturation faite par le pharmacien désigné à l'issue de la procédure se fera selon les modalités que celui-ci aura proposées dans son offre et, en toute hypothèse, au nom du patient, conformément aux dispositions du cahier des charges litigieux.

[...] Le CPAS, agissant en tant que pouvoir organisateur des cinq maisons de repos dont il assure la gestion, procédera en vertu du contrat à conclure à des paiements au pharmacien désigné, au nom et pour le compte de ces résidents. Les montants ainsi versés, qualifiés par la réglementation applicable comme «avances en faveur de tiers» (voir l'article 40, § 1^{er}, 2^o et l'Annexe I de l'Arrêté M.R.), seront immédiatement récupérés auprès des résidents concernés.

[...] La relation juridique que tend à mettre en place le marché litigieux est une relation contractuelle de droit privé. La circonstance qu'un pouvoir public joue un rôle d'intermédiaire dans le cadre de cette relation n'a pas pour effet de requalifier cette situation juridique en marché public: cette intervention n'a en effet pas pour

effet de transformer ce pouvoir public en «pouvoir adjudicateur» au sens de la réglementation sur les marchés publics.
Dans le cadre du marché litigieux, le CPAS n'agit donc pas comme pouvoir adjudicateur.

Le processus compétitif et transparent mis en place dans le cadre du marché litigieux n'est par conséquent pas une procédure d'attribution de marché public.

[...] Relevons que dans un arrêt du 2 avril 2012, dans une affaire où était attaquée une décision d'attribution adoptée dans un contexte similaire, Votre Conseil a considéré que l'acte attaqué ne pouvait être qualifiés d'acte émanant d'une autorité administrative, ni a fortiori d'acte émanant d'un pouvoir adjudicateur.

La partie adverse estime par conséquent que le présent litige ne relève pas de la compétence de Votre conseil, et que la requête en suspension d'extrême urgence doit être déclarée irrecevable".

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

En substance, la partie adverse dénie la compétence du Conseil d'Etat pour connaître du présent recours fondé sur les articles 14, 15 et 24, alinéa 1^{er}, 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, au motif que les actes attaqués ne pourraient être qualifiés de décisions prises par une autorité adjudicatrice, au sens de ces dispositions, de sorte que ces dispositions ne pourraient être invoquées en l'espèce. Elle soutient, à cet égard, que l'opération litigieuse n'est pas un marché public.

Ce raisonnement et les développements dont il a fait l'objet tant dans la note d'observations qu'en termes de plaidoiries, ne convainquent guère.

En effet, à supposer que les actes attaqués ne soient pas des décisions prises par une autorité adjudicatrice, au sens des dispositions précitées, de sorte que celles-ci ne pourraient être invoquées pour fonder la compétence du Conseil d'Etat à l'égard du présent recours, rien n'exclut qu'ils soient qualifiés d'actes d'une autorité administrative, dont le Conseil d'Etat peut – en vertu de l'article 17, lu conjointement avec l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 – ordonner la suspension de leur exécution.

Dans le contexte de l'affaire actuellement examinée, et ainsi que l'ont fait apparaître les débats tenus à cette occasion, la qualité d'actes d'une autorité administrative ne doit être déniée aux actes attaqués que si ceux-ci ont été adoptés, dans le cadre de mandats donnés au nom et pour le compte des pensionnaires des maisons de repos concernées, de sorte que ces actes querellés doivent être imputés à ces résidents et ne puissent, en conséquence, être considérés comme émanant d'une autorité administrative.

En l'espèce, il n'a nullement été soutenu qu'en adoptant les actes attaqués, la partie adverse aurait agi dans le cadre de mandats donnés au nom et pour le compte des pensionnaires des maisons de repos concernées.

Dans ces circonstances – et sans qu'il faille, au stade de l'examen de l'exception ainsi formulée, se prononcer sur la qualification de l'opération litigieuse – rien ne permet, *prima facie*, de considérer que le Conseil d'Etat ne serait pas compétent pour connaître de la présente demande.

L'exception d'irrecevabilité doit, en conséquence, être rejetée.

V. RECEVABILITE RATIONE MATERIAE

A l'égard de décisions prises par l'organe compétent d'un pouvoir adjudicateur, et ayant notamment pour objet de lancer une procédure de passation d'un marché et d'adopter le cahier spécial des charges du marché concerné, les avis de marché publiés à la suite de ces décisions sont des mesures d'exécution de celles-ci.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle porte sur les avis de marché respectivement publiés au Bulletin des adjudications le 1^{er} octobre 2014 et au Journal officiel de l'Union européenne le 4 octobre 2014, la demande doit être déclarée irrecevable.

VI. RECEVABILITE QUANT A L'INTERET DE LA SECONDE REQUERANTE

VI.1. Thèses des parties

Pour justifier de l'intérêt requis au présent recours, la seconde requérante expose ce qui suit:

" [...] S'agissant de l'APB, celle-ci est la fédération des unions professionnelles reconnues des pharmaciens d'officine belges. L'APB a pour objet de :

- Stimuler, développer, et promouvoir la valeur ajoutée du pharmacien d'officine au bénéfice de la santé et des intérêts du patient de manière à contribuer à une meilleure santé publique.

- Assurer la pérennité et le développement de l'exercice libéral de la pharmacie ouverte au public.

L'APB peut développer toute activité qui contribue à l'objet mentionné ci-dessus par l'étude, la protection et le développement des intérêts professionnels de ses membres effectifs et ses membres adhérents dans les limites de la loi du 31 mars 1898.

L'APB peut agir en justice pour défendre les intérêts propres de l'association ainsi que pour défendre les intérêts individuels de ses membres effectifs et adhérents.

Les membres effectifs de l'APB sont les unions professionnelles reconnues des pharmaciens d'officines telles que visées à l'article 5.2 de statuts de l'APB et ses

membres adhérents sont des pharmaciens d'officine tel que visés à l'article 5.3 des statuts de l'APB.

Selon la jurisprudence de votre Conseil, «les recours en annulation formés par des personnes morales de droit privé, spécialement des associations, sont recevables lorsque ces personnes se prévalent, pour agir, d'une atteinte portée par l'acte attaqué aux intérêts collectifs spécifiques, distincts de l'intérêt général, qu'elles poursuivent de manière durable en raison de leur objet social. La lésion de l'intérêt collectif peut être alléguée lorsque le préjudice dépasse le cercle des intérêts individuels de l'un ou l'autre membre de l'association, sans qu'il soit requis que ce préjudice se vérifie dans le chef de tous les membres indistinctement.»

[...] Dans de nombreux autres arrêts, Votre Conseil a également reconnu l'intérêt à agir d'associations professionnelles. Ainsi, dans son arrêt 205.919 du 28 juin 2010, Votre Conseil a ainsi reconnu l'intérêt à agir de l'Association générale de l'industrie du médicament (Pharma.be). De même, dans un arrêt du 27 octobre 2008, Votre Conseil a reconnu l'intérêt à agir d'une association professionnelle de médecins spécialisés en médecine physique et en réadaptation en considérant que:

«(...) toute restriction au remboursement d'une prestation par l'assurance maladie invalidité a nécessairement pour résultat de limiter en fait la liberté de la dispenser; que les prestataires de soins ont donc intérêt, soit par eux-mêmes, soit par leurs associations professionnelles, à poursuivre l'annulation de telles restrictions;»

En l'espèce, l'APB a notamment pour objet d'assurer la défense des intérêts des pharmaciens d'officines; l'acte attaqué a pour objet d'arrêter l'objet du marché et les conditions, prévus dans les avis de marché et le cahier spécial des charges, dans lesquelles la pharmacie qui remportera l'offre délivrera des médicaments aux établissements pour personnes âgées dépendant du CPAS de Bruxelles. Dès lors, les pharmaciens d'officine qui délivrent des médicaments, et notamment ceux représentés par l'APB, sont affectés ou pourraient être affectés défavorablement par l'acte attaqué. Ceci est d'autant plus le cas que l'examen des moyens démontrera que le marché méconnaît précisément le lien entre le pharmacien et ses patients, centraux dans la législation pharmaceutique et dont la défense constitue précisément l'objet de l'APB.

Par ailleurs, l'APB a pour but de promouvoir la valeur ajoutée du pharmacien en vue de contribuer à une meilleure santé publique et le développement de l'exercice libéral de la pharmacie d'officine. Dans ce cadre, l'APB a intérêt à ce que ses membres soient mis en concurrence de manière régulière et dans le respect de la réglementation qui s'impose aux pharmaciens".

La partie adverse conteste l'intérêt de la seconde requérante dans les termes suivants:

" Quant à la seconde requérante

[...] La seconde requérante est une association professionnelle dont l'objet est de stimuler, développer et promouvoir la valeur ajoutée du pharmacien d'officine au bénéfice de la santé et des intérêts du patient de manière à contribuer à une meilleure santé publique; à assurer la pérennité et le développement de l'exercice libéral de la pharmacie ouverte au public. Les statuts de l'APB, déposés par la requérante, autorisent l'APB à agir en justice pour défendre les intérêts propres de l'association ainsi que pour défendre les intérêts individuels de ses membres effectifs et adhérents.

[...] La jurisprudence de Votre Conseil admet que les associations introduisent des recours pour contester des atteintes portées aux intérêts collectifs spécifiques qu'elles poursuivent de manière durable en raison de leur objet social.

L'intérêt dont doit justifier une partie pour que son recours soit recevable doit être direct, personnel, actuel, certain et légitime. En outre, l'intérêt au recours doit s'apprécier en fonction de la nature de l'acte attaqué et des effets inhérents à sa nature et non par rapport aux effets que le requérant entend lui donner. L'intérêt de tout requérant doit être direct, ce qui suppose qu'il existe une liaison causale directe, sans interposition d'un lien de droit ou de fait, entre l'acte attaqué et le requérant. L'intérêt doit être certain, ce qui rend irrecevable toute requête dont il ressort que la partie requérante n'est affectée par l'acte attaqué que de manière éventuelle, lointaine et hypothétique.

[...] La requérante allègue en l'espèce du fait que les actes attaqués déterminent les conditions dans lesquelles la pharmacie qui remportera le marché litigieux délivrera des médicaments aux établissements pour personnes âgées dépendant du CPAS de Bruxelles. Selon l'APB, elle justifie d'un intérêt suffisant à la demande de suspension de ces décisions dès lors que le marché litigieux méconnaîtrait le lien entre le pharmacien et ses patients, serait passé en violation des règles de concurrence et en contravention avec la réglementation qui s'impose aux pharmaciens.

L'intérêt dont allègue la requérante en l'espèce ne se distingue aucunement de l'intérêt individuel de ses membres. En effet, les décisions et actes attaqués dans la requête en suspension d'extrême urgence n'ont aucun caractère normatif ou réglementaire, mais visent à procéder à la désignation d'un pharmacien en qualité de contractant de cinq mandataires de résidents de maisons de repos.

Par ailleurs, la prétendue non-conformité des modalités de désignation du pharmacien à la réglementation applicable ne résiste pas à l'analyse.

Le cahier spécial des charges indique notamment ce qui suit dans sa partie III :

«Les prestations, les produits, médicaments, dispositifs médicaux et produits de santé doivent être conformes [à] l'arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens, aux dispositions de la loi sur les médicaments du 25 mars 1964, aux dispositions de l'arrêté royal du 14 décembre 2006 sur les médicaments à usage humain, aux dispositions prévues par la pharmacopée européenne et par l'arrêté royal du 19 décembre 1997 relatif au contrôle et à l'analyse des matières premières utilisées par les pharmaciens d'officine.»

C'est donc à tort que la seconde requérante allègue d'une violation de ces règles pour fonder son intérêt à agir dans le cadre du présent recours.

La conformité des opérations à effectuer par le pharmacien qui sera désigné à la réglementation applicable ne fait aucun doute. C'est donc vainement que la seconde requérante allègue d'une atteinte aux intérêts collectifs qu'elle a pour objet statutaire de défendre.

[...] La seconde partie requérante ne dispose pas de l'intérêt requis pour agir dans le cadre du présent recours".

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

Les recours en annulation formés par des personnes morales de droit privé, spécialement des associations, sont recevables lorsque ces personnes se

prévalent, pour agir, d'une atteinte portée par l'acte attaqué aux intérêts collectifs spécifiques, distincts de l'intérêt général, qu'elles poursuivent de manière durable en raison de leur objet social. La lésion de l'intérêt collectif peut être alléguée lorsque le préjudice dépasse le cercle des intérêts individuels de l'un ou l'autre membre de l'association, sans qu'il soit requis que ce préjudice se vérifie dans le chef de tous les membres indistinctement.

En l'espèce, l'objet social de la seconde requérante est défini comme suit:

- " - Stimuler, développer, et promouvoir la valeur ajoutée du pharmacien d'officine au bénéfice de la santé et des intérêts du patient de manière à contribuer à une meilleure santé publique;
- Assurer la pérennité et le développement de l'exercice libéral de la pharmacie ouverte au public.

L'APB peut développer toute activité qui contribue à l'objet mentionné ci-dessus par l'étude, la protection et le développement des intérêts professionnels de ses membres effectifs et ses membres adhérents dans les limites de la loi du 31 mars 1898.

L'APB peut agir en justice pour défendre les intérêts propres de l'association ainsi que pour défendre les intérêts Individuels de ses membres effectifs et adhérents".

Les requérantes font valoir, d'une part, que "le marché méconnaît [...] le lien entre le pharmacien et ses patients, centraux dans la législation pharmaceutique et dont la défense constitue précisément l'objet de l'APB".

Sur ce premier aspect, on n'aperçoit pas en quoi l'acte attaqué "méconnaît [...] le lien entre le pharmacien et ses patients", sauf à considérer qu'il s'agit de mettre en cause le système des mandats donnés aux directeurs de maisons de repos ou de maisons de repos et de soins, ce qui ne me semble pas être l'objet de la requête.

Les requérantes font valoir, d'autre part, que "l'APB a pour but de promouvoir la valeur ajoutée du pharmacien en vue de contribuer à une meilleure santé publique et le développement de l'exercice libéral de la pharmacie d'officine" et que "dans ce cadre, l'APB a intérêt à ce que ses membres soient mis en concurrence de manière régulière et dans le respect de la réglementation qui s'impose aux pharmaciens".

Sur ce second aspect, l'A.P.B. ne paraît pas se prévaloir d'un intérêt collectif suffisamment caractérisé, en lien avec son objet social. Cette association n'est pas chargée de veiller au respect de la réglementation des marchés publics. Elle n'est pas davantage un ordre professionnel auquel le législateur aurait confié le soin de veiller au respect de la réglementation applicable aux pharmaciens.

La deuxième requérante ne démontre pas à suffisance que les décisions attaquées sont de nature à affecter directement et défavorablement les intérêts des pharmaciens d'officine qu'elle a pour objet de défendre. La demande doit être déclarée irrecevable à son égard.

VII. DISPOSITIONS APPLICABLES A LA DEMANDE DE SUSPENSION

VII.1. Thèse de la partie adverse

Tant au titre de la compétence du Conseil d'Etat que de la recevabilité *ratione materiae* du présent recours, la partie adverse conteste la qualification de "marché public" de l'opération litigieuse, dont se prévalent les requérantes en introduisant leur demande de suspension sur le fondement des articles 14 et 15 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. Elle en retient que ces dispositions sont inapplicables en l'espèce et qu'en tant qu'il les prend pour fondements, le recours doit, pour cette raison, être déclaré irrecevable.

La partie adverse fait, par ailleurs, valoir que le présent recours ne serait pas davantage recevable s'il était introduit sur le fondement de l'article 17 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973. Elle soutient, à cet égard, que ne sont pas remplies, en l'espèce, les conditions auxquelles, en vertu de cet article 17, peut être ordonnée la suspension de l'exécution d'un acte administratif, au sens de l'article 14 desdites lois coordonnées. A l'appui de cette affirmation, elle fait valoir ce qui suit:

" [...] L'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat définit les conditions dans lesquelles la section du contentieux administratif peut ordonner la suspension de l'exécution d'actes ou de règlements susceptibles d'être annulés en vertu de l'article 14, §§ 1^{er} et 3.

[...] Outre le fait que l'acte attaqué doive constituer un acte ou un règlement susceptible d'être annulé par Votre Conseil, deux conditions cumulatives doivent être réunies pour que la suspension puisse être ordonnée selon la procédure ordinaire : (i) il existe une urgence incompatible avec le traitement de l'affaire en annulation et (ii) au moins un moyen sérieux susceptible *prima facie* de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement est invoqué. Le quatrième paragraphe de l'article 17 vise l'hypothèse d'un recours en suspension d'extrême urgence. Le recours doit indiquer en quoi le traitement de l'affaire est incompatible avec le délai de traitement de la demande de suspension visée au § 1^{er}, à défaut de quoi la suspension ne peut être ordonnée.

[...] La condition de l'urgence nécessaire pour qu'il puisse être fait droit à une demande en suspension implique que l'exécution de l'acte en cause expose le requérant à des conséquences très dommageables liées à ses répercussions.

[...] L'urgence, qui est à la base du référé ordinaire, suppose qu'il y ait une crainte sérieuse d'un préjudice grave, voire d'un dommage irréparable, que subirait le requérant s'il devait attendre l'issue de la procédure en annulation. Cette crainte doit porter sur une atteinte aux intérêts dont le requérant se prévaut. L'extrême urgence, encore plus spécifique que celle du référé ordinaire, suppose que cette procédure exceptionnelle soit à même de prévenir utilement le dommage craint par le requérant alors que même le référé ordinaire ne le pourrait pas.

[...] Le préjudice grave que semblent craindre les parties requérantes est purement hypothétique. En effet, ce préjudice allégué par les parties requérantes s'identifie au préjudice que causerait une décision d'attribution du marché litigieux, laquelle n'est, par définition, pas encore intervenue puisqu'aucune offre n'a été remise à ce jour, la date limite de remise des offres ayant été fixée au 12 novembre prochain. Les parties requérantes allèguent pour le surplus d'un préjudice économique. Ce type de préjudice est, par essence, réparable, et les parties requérantes ne démontrent pas en quoi il en irait autrement dans le cas d'espèce. Un préjudice financier peut être considéré comme irréparable s'il est établi qu'il est lui-même à l'origine de conséquences irréversibles ou difficilement réversibles pour la personne qui l'invoque. Or, aucune circonstance de ce type n'est invoquée en l'espèce, de sorte que le préjudice allégué doit être considéré comme réparable. L'une des conditions qui doivent être remplies pour obtenir la suspension fait donc défaut.

[...] Les éléments invoqués dans la requête ne sont pas de nature à justifier l'urgence.

Les circonstances dont font état les parties requérantes ne sont donc pas de nature à fonder leur demande de suspension: la condition d'existence d'un préjudice irréparable que causerait la non-suspension des actes et décisions attaqués fait défaut.

[...] En outre, à supposer que cette première condition soit remplie, la seconde condition nécessaire pour que puisse être ordonnée la suspension des actes et décisions attaqués fait également défaut. Comme il est montré plus loin dans la présente note d'observations, aucun des moyens invoqués à l'appui de la demande de suspension d'extrême urgence n'est sérieux".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'opération litigieuse tend à la désignation du pharmacien auprès de qui sera sollicitée la délivrance des médicaments destinés aux résidents qui ont mandaté le directeur de leur maison de repos à cet effet.

Dans le système conçu en vertu des normes applicables en la matière et dans le cadre de l'opération litigieuse, il semble admis que chaque commande individuelle de médicaments ne fait naître un contrat qu'entre le pharmacien ainsi désigné et le résident. La partie adverse en déduit, dans le cadre de la présente procédure, que n'est pas en jeu un marché public de fournitures.

Cet élément n'autorise toutefois pas à dénier nécessairement la qualité de "marché public" à l'opération dans le cadre de laquelle ont été adoptés les actes attaqués.

Il ressort de plusieurs dispositions applicables aux modalités de fonctionnement des institutions concernées par l'opération litigieuse, et en particulier de l'arrêté du 3 décembre 2009 du Collège réuni de la Commission communautaire commune fixant les normes d'agrément auxquelles doivent répondre les établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées et précisant les définitions de groupement et de fusion ainsi que les normes particulières qu'ils doivent respecter, que ces institutions ont l'obligation de veiller à la préparation, la conservation, la distribution et l'administration des médicaments, par un infirmier ou un pharmacien, ainsi que d'assurer la tenue d'un dossier médical mentionnant les médicaments à administrer et d'un dossier de soin mentionnant l'exécution des directives médicales.

Pour assumer cette obligation, la partie adverse a choisi de s'adjoindre les services d'une pharmacie qui sera désignée à l'issue d'un appel d'offres. Dans le cadre de son argumentation relative à la "balance des intérêts", elle n'a d'ailleurs pas manqué de laisser entendre que l'opération litigieuse était nécessaire à l'accomplissement des missions qui sont les siennes, ce qui revient à admettre que le choix d'un pharmacien répond à un besoin propre à la partie adverse, distinct de ceux des résidents de ces maisons de repos.

Il apparaît, à la lecture du cahier spécial des charges, que le pharmacien s'engage à prester certains services au bénéfice des maisons de repos et/ou maisons de repos et de soins, contribuant ainsi à l'exécution des obligations réglementaires précédemment évoquées, qui incombent à celles-ci. Ainsi en est-il notamment de l'engagement à effectuer les fournitures de médicaments dans le cadre d'un système de préparation de médication individuelle, lequel permet de simplifier l'exercice de la mission d'approvisionnement, de gestion, de stock et de distribution des médicaments. Relève également des services prestés en faveur des maisons de repos la mission de conseil à laquelle sera tenu l'adjudicataire en vertu des dispositions contenues sous le titre "III.3.1. Exigences générales" du cahier spécial des charges.

Au vu de ces éléments, il s'avère que le pharmacien qui sera choisi au terme de la procédure d'appel d'offres prestera des services au profit des maisons de repos, parallèlement à l'exécution des commandes des résidents, de sorte que la qualification de marché public de services ne peut, *prima facie*, être exclue en l'espèce.

C'est donc à juste titre que le premier requérant a introduit sa requête sur le fondement de l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée, de sorte qu'il ne peut, en toute hypothèse, pas lui être fait grief de ne pas respecter les conditions auxquelles

doit satisfaire une demande de suspension introduite en vertu de l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

VIII. TROISIEME MOYEN

VIII. 1. Thèses des parties

Les requérants soulèvent un troisième moyen, qu'ils formulent dans les termes suivants:

- " Le troisième moyen est pris de l'excès de pouvoir et de la violation :
- des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe d'égalité entre les soumissionnaires;
 - de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de service;
 - des articles 2, § 1, 12°, 7 § 2, 8, 58, 71 et 73 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;
 - de l'arrêté royal du 24 septembre 2012 établissant les règles relatives à la PMI et son annexe, notamment les articles 3, 8 et son annexe;
 - des principes de bonne administration et de proportionnalité;
 - et – pour autant que de besoin – du principe *patere legem quam ipse fecisti*

En ce que la partie adverse exige que, pour la réalisation de PMI, le soumissionnaire recourt à la PMI automatisée;

Alors qu'une telle exigence n'est pas justifiée par l'objet du marché et a pour effet de créer des obstacles injustifiés à la concurrence (première branche); que cette exigence, reprise au stade de la sélection qualitative en tant que critère de capacité technique ne permet pas à la partie adverse de s'assurer de la capacité du soumissionnaire à exécuter le marché et, partant, ne constitue pas un critère de sélection régulier (deuxième branche).

1) Intérêt au moyen

[...] Les parties requérantes disposent d'un intérêt à contester l'imposition de spécifications et de procédés particuliers qui empêchent les pharmaciens recourant à la PMI manuelle de déposer une offre et qui n'est pas justifiée par l'objet du marché. Les parties requérantes disposent également d'un intérêt à contester la régularité de critère de sélection et d'une condition d'exécution qui faussent la concurrence et une réglementation d'ordre public.

Dans votre arrêt n° 226.574 du 27 février 2014, rappelons que votre Conseil a expressément reconnu l'intérêt d'un soumissionnaire à contester la régularité d'un critère de sélection, quand bien même si celui-ci ne le concerne pas – *quod non* en l'espèce – dès lors que son irrégularité est de nature à vicier toute la procédure d'attribution. Il en va de même en ce qui concerne les spécifications techniques et les conditions d'exécution irrégulières.

2) Développement de la première branche

(i) La PMI

[...] La préparation de médication individuelle (PMI) est l'opération consistant à enlever de leur conditionnement primaire un ou plusieurs médicaments, et ensuite, le cas échéant, de les grouper dans un seul conditionnement fermé d'administration individuelle, destiné à un patient individuel à un moment déterminé.

La PMI peut être manuelle ou automatisée. La PMI automatisée est une PMI réalisée au moyen d'un appareillage, dans lequel le processus de production est dirigé par un ordinateur, sous la surveillance du pharmacien.

Toute PMI, qu'elle soit manuelle ou automatisée, est constituée de deux éléments : l'acte technique d'une part, et le suivi des soins pharmaceutiques d'autre part :

- l'acte technique consiste à rassembler sous un seul conditionnement l'ensemble des médicaments que doit prendre un patient à un moment donné de la journée : dans le cas d'une PMI automatisée, cet acte technique est fait par un robot.

- le suivi des soins pharmaceutiques consiste en un suivi personnalisé des soins pharmaceutiques.

[...] Le législateur impose que la PMI, qu'elle soit manuelle ou automatique, se fasse par un pharmacien, conformément aux articles 3 et 8 de l'arrêté. Dans tous les cas, c'est également le pharmacien qui est responsable de:

- de l'application du suivi des soins pharmaceutiques et de l'établissement du schéma d'administration;
- des données personnelles du patient traitées à l'occasion de la PMI;
- de l'enregistrement;
- de l'information du patient;
- des tâches de son équipe officinale et du respect des règles organisationnelles;
- de la formation de son personnel.

Les conditions générales (schéma d'administration, information du patient, étiquetage, conditionnement...) posées par l'arrêté royal du 24 septembre 2012 doivent être remplies tant par les PMI manuelles qu'automatisées. En d'autres termes, les aspects qualitatifs – qui relèvent de la santé publique – sont identiques, que la PMI se fasse de manière manuelle ou par un robot. Et pour cause, puisqu'il ne s'agit que d'un moyen d'exécution, dont le choix est libre pour le pharmacien, qui se voit néanmoins imposer les mêmes obligations.

On objecterait que certaines conditions – étrangères à la qualité de la PMI – ne sont applicables qu'aux seules PMI automatisées. Il s'agit de l'obligation de communication de l'usage de PMI automatisées à l'AFPMS, conformément à l'article 3 de l'arrêté royal du 24 septembre 2012 et la possibilité de sous-traiter les PMI automatisées dans les conditions de l'article 9 de l'arrêté royal du 24 septembre 2012.

Il n'en demeure pas moins que la réglementation laisse libre le recours par le pharmacien à l'une ou l'autre technique de réalisation de PMI, sans en rien altérer ses obligations en terme de qualité...

(ii) Imposer la PMI automatisée constitue un obstacle injustifié à la concurrence

[...] L'article 5 de la loi du 15 juin 2006 pose comme principe général dans l'attribution des marchés le respect, par les pouvoirs adjudicateurs, des principes d'égalité de traitement, de transparence et de concurrence.

L'article 2, § 1^{er}, 12^o, définit les spécifications techniques, lorsqu'il s'agit d'un marché de fournitures, comme «une spécification figurant dans un document

définissant les caractéristiques requises d'un produit ou d'un service, telles que les niveaux de qualité, les niveaux de la performance environnementale, la conception pour tous les usages, y compris l'accès aux personnes handicapées, et l'évaluation de la conformité, de la propriété d'emploi, de l'utilisation du produit, sa sécurité ou ses dimensions, y compris les prescriptions applicables au produit en ce qui concerne la dénomination de vente, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essais, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, les instructions d'utilisation, les processus et méthodes de production, ainsi que les procédures d'évaluation de la conformité».

L'article 8 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit que :

«§ 1. Les spécifications techniques permettent l'accès égal de soumissionnaires et ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à la concurrence.

§ 2. Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits».

En d'autres termes, les spécifications techniques ayant pour but ou pour effet de favoriser des produits ou des procédés particuliers sont interdites.

Rappelons que ces dispositions sont applicables à la présente mise en concurrence, fut-ce par la décision du pouvoir adjudicateur de les appliquer comme cela découle de la mention expresse faite en page 3 du cahier spécial des charges.

[...] En l'espèce, l'objet du marché tel que décrit par la partie adverse dans les documents du marché est «l'achat de médicaments (non remboursables et remboursables et préparations magistrales) pour les besoins des résidents des MR/S du CPAS de Bruxelles».

Le cahier spécial des charges précise que :

- «le soumissionnaire devra fournir la preuve de sa notification auprès de l'AFMPS de la réalisation de PMI automatisée» (p.7);

- dans le chapitre «Spécifications techniques et Normes» (p.14), que «l'adjudicataire doit réaliser la PMI automatisée (Préparation de médication individuelle) conformément à l'arrêté royal du 24 septembre 2012 qui en définit les règles»;

- dans les «Exigences relatives à système par unidose» (p.15), «le robot de l'adjudicataire doit pouvoir gérer un minimum de 400 médicaments».

Il ressort de la lecture du cahier spécial des charges et de l'avis de marché que la partie adverse entend, pour la délivrance des PMI, imposer aux soumissionnaires le recours à la PMI automatisée, à l'exclusion de la PMI manuelle.

[...] Or, comme expliqué ci-devant, la réglementation applicable à la PMI laisse la possibilité au pharmacien de recourir soit à la PMI manuelle, soit à la PMI automatisée, sans alléger ou amoindrir ses obligations dans l'un ou l'autre cas.

Par conséquent, rien dans les documents du marché ne justifie que le pouvoir adjudicateur impose aux soumissionnaires le recours obligatoire à la PMI automatisée.

Un soumissionnaire peut donc tout à fait satisfaire l'objet du marché du pouvoir adjudicateur en recourant à la PMI manuelle.

Si la partie adverse tentait d'invoquer le nombre important de PMI à réaliser en cours d'exécution, rien n'indique que le pharmacien qui recourait à la PMI manuelle ne serait pas en mesure de répondre à ce besoin. Il pourrait – par exemple – affecter du personnel plus ou moins important à l'exécution du marché, sans que ceci ne puisse porter préjudice à la qualité de ses prestations au niveau pharmaceutique.

Au demeurant, cette explication serait suspecte et irrecevable; votre Conseil a en effet déjà jugé que «l'introduction de spécifications techniques, (...), doit être dûment justifiée par des motifs exposés dans les documents du marché, tels le cahier spécial des charges et les documents rendant compte des différentes décisions préalables au lancement de la procédure d'attribution. Ne satisfont pas à cette exigence, et ne sont donc pas susceptibles d'être invoquées utilement, des considérations émises dans le rapport d'analyse des offres ou la décision d'attribution du marché, ou bien encore dans le cadre d'un recours».

Ceci a également été jugé par la Cour de Justice de l'Union européenne à Luxembourg dans un arrêt Medipac du 14 juin 2007 (C-6/05). Dans cet arrêt, la CJUE se prononçait sur un marché public lancé par un hôpital grec pour l'acquisition de dispositifs médicaux. La Cour y relève que :

«Il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que les obligations découlant des directives communautaires s'imposent, notamment, aux organismes ou entités qui sont soumis à l'autorité ou au contrôle d'une autorité publique ou de l'Etat (voir, en ce sens, arrêts du 26 février 1986, Marshall, 152/84, Rec. p. 723, point 49; du 22 juin 1989, Fratelli Costanzo, 103/88, Rec. p. 1839, points 30 et 31; du 12 juillet 1990, Foster e.a., C188/89, Rec. p. I3313, point 18, et ordonnance du 26 mai 2005, Sozialhilfeverband Rohrbach, C297/03, Rec. p. I4305, point 27). En conséquence, l'obligation de présumer les dispositifs médicaux qui satisfont aux normes harmonisées et sont munis du marquage CE conformes aux exigences de la directive 93/42 s'étend à Venizeleio Pananeio en tant qu'organisme de droit public.»

Tel est notamment le cas de la clause de sauvegarde qui permet à un Etat Membre de renverser la présomption de conformité d'un dispositif médical qui porte le marquage «CE». La Cour relève que «s'il s'avère qu'un dispositif médical, bien qu'il soit muni du marquage CE, n'est cependant pas conforme aux exigences essentielles prévues par celle-ci, l'Etat membre concerné est tenu de prendre les mesures appropriées et d'en informer la Commission ainsi que les autres Etats membres. Par ailleurs, il résulte de l'article 18 de cette même directive que, lorsqu'un Etat membre constate l'apposition indue dudit marquage, le fabricant ou son mandataire établi dans la Communauté est tenu de cesser l'infraction dans les conditions fixées par cet Etat membre.»

Constatant que l'hôpital – pouvoir adjudicateur – n'est pas investi de la compétence de constater les risques que des dispositifs médicaux peuvent présenter vis-à-vis de la santé, la Cour considère que cet hôpital «n'est pas en droit de prendre directement les mesures de sauvegarde visées à l'article 8 de la directive 93/42».

Le raisonnement prévaut aussi en l'espèce: le Roi a, en application de la mission que Lui a confiée le Législateur, déterminé les règles relatives à la PMI, tant quant à l'obligation d'y recourir qu'aux conditions de sa mise en œuvre. Il a également déterminé, dans le prolongement du législateur, les personnes chargées du contrôle de cette réglementation – en l'espèce les services d'inspection de l'AFMPS.

Le Législateur a donc attribué la compétence de déterminer le fonctionnement et les hypothèses de recours à la PMI au Roi et à lui seul. Il a attribué la mission d'évaluation du respect de la réglementation aux inspecteurs et à eux seuls.

Par identité de motifs avec l'arrêt Medipac cité, le pouvoir adjudicateur n'est pas en droit de prendre une mesure qui vise à imposer de recourir à une forme de PMI par préférence à une autre.

Imposer, comme le fait la partie adverse, le recours à une technique d'exécution particulière, à l'exclusion des autres, altère irrégulièrement la concurrence et élimine d'emblée les pharmaciens qui privilégient le recours à la PMI manuelle, alors qu'ils sont astreints aux mêmes exigences qualitatives au niveau pharmaceutique. Un «robot» peut être remplacé par une équipe plus importante, sans que le procédé manuel n'ait d'impact sur la qualité du produit livré ou son délai de livraison. En outre, toute PMI manuelle ou automatisée doit toujours se faire sous la responsabilité du pharmacien, de sorte que la qualité de ses prestations ne s'en trouve pas affectée et répond à des normes précises, notamment déterminées dans l'arrêté royal du 24 septembre 2012 établissant les règles relatives à la PMI, et particulièrement ses articles 3, 8 et son annexe. Quant à l'impact sur le prix, il sera apprécié à travers un critère spécifique d'attribution.

En conclusion, en imposant le recours à la PMI automatisée, alors que rien dans les documents du marché ne le justifie, et en privant ainsi les pharmaciens qui recourent à la PMI manuelle du droit de soumissionner est illégal.

Il ressort de ce qui précède que la première branche du moyen est sérieuse.

3) Développement de la seconde branche

[...] La sélection qualitative pour les marchés de fournitures est notamment organisée par l'article 71 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 :

«Dans le cas d'un marché de fournitures, la capacité technique ou professionnelle du candidat ou du soumissionnaire peut être justifiée d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité ou l'importance et l'utilisation des fournitures :

1° par la preuve que le candidat ou le soumissionnaire se conforme à certaines normes de garantie de la qualité conformément à l'article 77;

2° par l'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité;

3° par la présentation d'une liste des principales livraisons effectuées au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les livraisons sont prouvées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente ou, lorsque le destinataire a été un acheteur privé par une attestation de l'acheteur ou à défaut simplement par une déclaration du fournisseur;

4° par une description de l'équipement technique, des mesures employées par le fournisseur pour s'assurer de la qualité, ainsi que des possibilités offertes par son entreprise dans le domaine de l'étude et de la recherche;

5° lorsque les produits à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, par un contrôle effectué par le pouvoir adjudicateur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le fournisseur est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme. Ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prend pour garantir la qualité;

6° par des échantillons, descriptions ou photographies dont l'authenticité est certifiée à la demande du pouvoir adjudicateur;

7° par des attestations émises par des instituts ou services accrédités chargés du contrôle de la qualité et reconnus compétents, établissant la conformité de produits bien identifiée par des références à certaines spécifications ou normes.».

De manière générale, on rappellera que les critères de sélection qualitative doivent permettre d'apprécier la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché.

Concrètement, les critères doivent permettre de déterminer si les soumissionnaires disposent bien d'une capacité technique, économique ou financière suffisante pour réaliser le marché.

Votre Conseil insiste à cet égard sur la nécessité d'arrêter des critères de sélection ayant un lien direct, pertinent et proportionné avec l'objet du marché.

Ces critères doivent être justifiés au regard de l'objet du marché. Un lien proportionnel doit donc exister entre d'une part «la nature, la complexité et l'importance» du marché, et, d'autre part, le niveau de capacité exigé.

Cette exigence est désormais expressément reprise à l'article 58, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qui impose au pouvoir adjudicateur de déterminer des critères de sélection qualitative sur la base des articles 67 à 79 de l'arrêté et de fixer leurs niveaux d'exigence, «de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché, ou en l'absence d'un tel avis, dans l'invitation à présenter une offre, quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir».

Par ailleurs, les critères de sélection retenus doivent assurer le respect du principe de concurrence (art. 8 de l'A.R. du 15 juillet 2011) et l'efficacité du mécanisme de la sélection. Le pouvoir adjudicateur ne peut fixer des exigences qui excluent certains candidats potentiels, sans motif lié à l'objet du marché.

[...] En l'espèce, un des critères de capacité technique porte sur la preuve de la notification auprès de l'AFMPS de la réalisation de PMI automatisée.

Il s'agit en réalité de la conséquence que la partie adverse tire, au niveau de la sélection qualitative, de l'exigence technique du recours au procédé de PMI automatique, à l'exclusion de la PMI manuelle.

Or, on a vu ci-devant que les conditions du recours à la PMI telles que déterminées par l'arrêté royal du 24 septembre 2012 établissant les règles relatives à la PMI et son annexe sont applicables tant pour la PMI manuelle que pour la PMI automatisée. De même les lignes directrices relatives à la PMI publiée par l'AFMPS concernent aussi bien la PMI automatisée que la PMI manuelle.

Par conséquent, le critère relatif à la preuve de la notification à l'AFMPS du recours à la PMI automatisée n'est pas un critère relatif à la capacité technique, tel que visé par l'article 71 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, et notamment à l'article 71, 4°, selon lequel la capacité technique peut être justifiée «par une description de l'équipement technique, des mesures employées par le fournisseur pour s'assurer de la qualité».

En effet, ce critère n'a pas trait à la qualité technique, ni à la capacité du soumissionnaire à exécuter le marché, car il ne peut pas avoir d'incidence sur le niveau de qualité fourni par le soumissionnaire. D'un point de vue qualitatif, il n'y a aucune différence dans la délivrance du PMI entre la PMI automatisée et la PMI manuelle, de sorte que le choix du type de PMI est non pertinent pour apprécier la capacité du soumissionnaire.

Au demeurant, on relèvera que la partie adverse ne peut pas mentionner des références autres que celles énumérées à l'article 71 de l'arrêté royal, le marché étant également soumis à la publicité européenne.

Le critère relatif à la preuve de la notification à l'AFPMS du recours à la PMI automatisée est donc inopérant à s'assurer de la capacité du soumissionnaire à exécuter et de son savoir-faire et n'est pas repris dans les références énumérées de manière limitative à l'article 71 de l'arrêté royal que la partie adverse peut exiger au terme de critère de capacité technique.

[...] Outre le fait que ce critère ne permet pas de s'assurer de la capacité du soumissionnaire et de la qualité de ses fournitures, il est tout à fait disproportionné, comme expliqué ci-devant dans le cadre de la première branche.

Ce critère a pour effet de restreindre drastiquement le jeu de la concurrence, et ce de manière injustifiée, en violation notamment de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 et 8 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

La partie requérante est irrégulièrement privée de la possibilité de déposer une offre, alors même qu'elle est pharmacienne et qu'elle dispose de la capacité à réaliser le marché, en ce compris les PMI.

En fixant l'exigence d'une utilisation aux PMI automatisées, la partie adverse se prive donc d'obtenir plus d'offres, sans que cette exigence ne soit nécessaire pour s'assurer que seuls des pharmaciens capables de réaliser le marché soumissionnent.

[...] A titre subsidiaire, quand bien même il faudrait considérer que l'exigence du recours à la PMI automatisée est justifiée, force est alors de constater que cette exigence ne relève pas de la sélection qualitative, mais des critères d'exécution du marché.

À cet égard, votre Conseil a déjà jugé dans un cas similaire que l'article 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne permet pas d'imposer aux soumissionnaires de disposer d'un matériel propre à l'exécution du marché mis en concurrence.

Cet arrêt est transposable en l'espèce. L'article 71 de l'actuel arrêté royal du 15 juillet 2011 ne le permet en effet pas davantage. Et le pharmacien qui souhaite réaliser de la PMI automatisée peut toujours en informer par écrit l'AFMPS, conformément à l'article 3 de l'arrêté royal du 29 septembre 2012, une fois que le marché lui a été attribué.

[...] Il résulte de l'ensemble de ces éléments que l'exigence relative à la preuve de la notification à l'AFPMS de la réalisation de la PMI automatisée n'est pas proportionnée avec l'objet du marché, ne constitue pas un critère de sélection régulier au sens des articles 58 et 71 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et méconnaît le principe de concurrence.

La seconde branche du troisième moyen est donc sérieuse".

Dans sa note d'observations, la partie adverse répond au moyen dans les termes suivants:

" Quant à la première branche

[...] Les parties requérantes estiment dans la première branche de leur troisième moyen qu'en exigeant que les candidats au marché recourent à la PMI automatisée, et disposent en conséquence d'un numéro de notification de PMI automatisée délivré par l'Agence fédérale des médicaments et des produits de santé (AFMPS),

le cahier spécial des charges imposerait une condition injustifiée par l'objet du marché et créerait une entrave à la libre concurrence.

[...] Parmi les considérations formulées par les parties requérantes dans leur requête en suspension d'extrême urgence, figure en bonne place le fait qu'aucune différence de qualité n'existerait entre la PMI «manuelle» et la PMI «automatisée». Il est exact, et la partie adverse ne le dément pas, que l'arrêté royal du 24 septembre 2012 établissant les règles relatives à la PMI n'établit pas de distinction explicite, en termes de qualité, entre les deux modes de réalisation de la PMI, et que les exigences fondamentales quant à la qualité de la réalisation des préparations de médication individuelles sont identiques quel que soit le mode de réalisation de ces PMI.

La PMI est régie par l'arrêté royal du 24 septembre 2012 établissant les règles relatives à la PMI. Ces règles sont décrites de manière pratique dans un document rédigé par la seconde partie adverse.

[...] Toutefois et contrairement à ce que soutiennent les parties requérantes, l'exigence de recourir à une PMI automatisée se justifie pleinement au regard de l'objet du marché litigieux, et ce non pour des motifs de qualité puisque la réglementation ne distingue pas les deux modes de PMI l'un de l'autre à cet égard, mais pour des motifs de quantité.

[...] Les parties requérantes semblent en effet avoir perdu de vue, dans leur requête, que le marché litigieux vise la désignation d'un pharmacien qui sera amené à traiter des volumes de médicaments très importants.

La partie adverse a déjà rappelé que les cinq communautés auxquelles le pharmacien désigné devra délivrer des médicaments comptent au total 795 lits, soit autant de résidents. Ce renseignement figure en page 14 du cahier spécial des charges.

Les résidents ne sont en aucun cas tenus de donner mandat au directeur de l'établissement où ils résident pour la délivrance de leurs médicaments. Afin de permettre aux candidats d'évaluer le volume de médicaments à préparer par PMI, les cinq établissements ont fourni les montants facturés par leurs fournisseurs de médicaments en 2013, soit un total de près de 450.000 euros (soit près de 40.000 euros par mois environ).

Les spécifications techniques précisent également que le système de PMI automatisée doit être à même de pouvoir gérer «un minimum de 400 médicaments», ce qui signifie que la machine doit compter au moins 400 « tiroirs » différents, dans lesquels le robot puise, pour chaque médication individuelle, le nombre de comprimés/gélules/ampoules requis pour le résident concerné.

A l'heure actuelle, 700 PMI doivent être préparées chaque jour pour les cinq maisons de repos. La préparation de ces PMI requiert la manipulation d'environ 40.000 médicaments par semaine.

En déniaient le fait que l'objet du marché justifie l'exigence, dans le chef du pharmacien candidat au marché, de disposer d'un système de PMI automatisée, les parties requérantes se méprennent sur l'ampleur de la tâche à accomplir. En l'espèce, le volume du marché litigieux est tel que l'exigence d'avoir recours à une PMI automatisée se justifie pleinement.

A cet égard, la première branche du troisième moyen manque en fait.

[...] L'allégation selon laquelle cette exigence poserait un obstacle à la libre concurrence ne résiste pas davantage à l'analyse.

Comme le rappellent très justement les parties requérantes, les pharmaciens disposant d'un système de PMI automatisée doivent notifier à l'AFMPS qu'ils font usage d'un tel système.

En date du 11 juillet 2014, 54 pharmacies avaient notifié l'usage d'une PMI automatisée à l'AFMPS. Pour la bonne mesure, la partie adverse relève que certaines de ces pharmacies sont des pharmacies hospitalières, qui par essence n'ont pas vocation à être candidates au marché litigieux. Si on exclut celles-ci de la liste, il ne reste pas moins de 43 pharmacies disposant de cet équipement, et pouvant par conséquent prétendre à l'obtention du marché litigieux puisqu'elles satisfont aux exigences techniques de celui-ci.

C'est donc à tort que les parties requérantes considèrent que l'exigence de disposer d'une PMI automatisée restreindrait la concurrence dans une mesure inacceptable.

[...] La partie adverse observe par ailleurs qu'il est loisible aux candidats au marché litigieux de sous-traiter l'exécution des PMI par voie automatisée.

En effet, le cahier spécial des charges permet expressément la sous-traitance:

«Le soumissionnaire indique dans son offre la part de fournitures/prestations qu'il a l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés. Un sous-traitant ne pourra intervenir qu'avec l'accord du pouvoir adjudicateur et devra répondre aux mêmes conditions (Chapitre droits d'accès et sélection qualitative) que celles requises dans le chef de l'adjudicataire en proportion de la partie du marché sous-traitée. Le fait que l'adjudicataire confie tout ou partie de ses engagements à des sous-traitants ne le dégage pas de sa responsabilité envers le pouvoir adjudicateur. Celui-ci ne se reconnaît aucun lien contractuel avec ces tiers.»

Alternativement, les candidats peuvent également formuler une offre en consortium, ce qui permet à tout pharmacien de s'associer à un confrère équipé d'une PMI automatisée de remettre une offre répondant aux exigences du cahier spécial des charges.

La partie adverse relève à ce propos que la première partie requérante fait partie d'un groupement d'officines ouvertes au public qui compte à l'heure actuelle 200 pharmacies environ. L'une d'entre elles au moins dispose d'une PMI automatisée selon la liste des PMI automatisées publiée par l'AFMPS, à savoir la pharmacie «Crocodile» à Kortrijk. Il est donc tout à fait possible pour le premier requérant de déposer une offre, en association momentanée ou dans un lien de sous-traitance, avec la pharmacie précitée.

[...] Le troisième moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux.

[...] Quant à la seconde branche

[...] Les parties requérantes estiment dans la seconde branche du troisième moyen que l'exigence formulée dans le cahier spécial des charges ne serait pas un critère de sélection valable au sens de la réglementation sur les marchés publics. Selon les parties requérantes, le critère de sélection formulé en l'espèce ne serait pas en lien direct, pertinent et proportionné avec l'objet du marché litigieux.

[...] Cette seconde branche du moyen se confond partiellement avec la première.

[...] La partie adverse réfère donc pour l'essentiel à la réfutation de la première branche exposée ci-dessus.

C'est à tort que les parties requérantes prétendent que le critère de sélection établi par la partie adverse exclurait a priori des soumissionnaires.

[...] Enfin, les parties requérantes formulent une thèse à titre subsidiaire, selon laquelle le critère de sélection constituerait en réalité une condition d'exécution du marché.

A cet égard, la partie adverse rappelle que la sélection qualitative peut, dans le cadre d'un marché de fournitures, être effectuée notamment à l'aune de renseignements exigés des candidats au marché au sujet de «l'équipement technique» de ces candidats (article 71, 4° de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011), étant entendu que les exigences doivent être formulées «selon la nature, la quantité ou l'importance et l'utilisation des fournitures».

En l'espèce, le volume du marché litigieux est tel que l'exigence d'avoir recours à une PMI automatisée se justifie pleinement. L'allégation selon laquelle du personnel complémentaire pourrait être engagé pour assurer la PMI manuelle est un argument de circonstance, non étayé, qui démontre une fois encore qu'à l'heure actuelle, la première partie requérante ne semble pas disposer de la capacité technique suffisante pour exécuter le marché litigieux.

A supposer même que le cahier spécial des charges admette les offres de pharmaciens non équipés d'une PMI automatisée, la première partie requérante ne disposerait dès lors pas non plus de la capacité technique requise. Il est à cet égard permis de s'interroger au sujet de l'intérêt au moyen de la première partie requérante.

[...] Le troisième moyen, en sa seconde branche, n'est pas sérieux".

VIII.2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la première branche

L'article 8 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit:

- " § 1^{er}. Les spécifications techniques permettent l'accès égal des soumissionnaires et ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à la concurrence.
§ 2. Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits.
Cette mention ou référence n'est autorisée, à titre exceptionnel, que :
1° lorsqu'il n'est pas possible de donner une description de l'objet du marché au moyen de spécifications suffisamment précises et intelligibles pour tous les intéressés par application de l'article 7, §§ 2 et 3. Une telle mention ou référence est accompagnée des termes " ou équivalent ", ou
2° lorsqu'elle est justifiée par l'objet du marché".

S'agissant des marchés de fournitures ou de services, la spécification technique est définie, à l'article 2, § 1^{er}, 12°, b), du même arrêté, comme étant "une spécification figurant dans un document définissant les caractéristiques requises d'un produit ou d'un service, telles que les niveaux de qualité, les niveaux de la performance environnementale, la conception pour tous les usages, y compris l'accès

aux personnes handicapées, et l'évaluation de la conformité, de la propriété d'emploi, de l'utilisation du produit, sa sécurité ou ses dimensions, y compris les prescriptions applicables au produit en ce qui concerne la dénomination de vente, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essais, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, les instructions d'utilisation, les processus et méthodes de production, ainsi que les procédures d'évaluation de la conformité".

Lorsqu'il est saisi d'un moyen qui critique, au regard de l'article 8 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, le recours à une spécification technique, le Conseil d'Etat vérifie que les motifs exprimés par la partie adverse pour justifier la nécessité de la spécification trouvent un fondement dans le dossier administratif, et qu'en justifiant, comme elle le fait, le recours à cette spécification technique, ladite partie adverse n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation.

En l'espèce, il n'est pas contesté que le recours à la préparation de médication individuelle (P.M.I.) automatisée répond à la définition de "spécification technique" donnée à l'article 2, § 1^{er}, 12°, b) précité. Il s'agit, en effet, d'un processus par lequel le pharmacien devra réaliser la P.M.I..

La partie adverse justifie la mention de cette spécification par l'ampleur du marché. Celle-ci est notamment confirmée par le cahier spécial des charges, duquel il ressort que la fourniture de médicaments envisagée concerne cinq communautés qui représentent un nombre total de 795 lits.

Il n'apparaît pas, et les requérants restent d'ailleurs en défaut de le démontrer, que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant qu'un marché d'une telle ampleur justifie l'exécution par P.M.I. automatisée.

Il s'ensuit qu'en sa première branche, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

B. Quant à la seconde branche

Dans l'hypothèse d'une opération qui doit, *prima facie*, être qualifiée de marché public de services, c'est l'article 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui détermine les modes de justification de la capacité technique ou professionnelle du candidat ou du soumissionnaire. Parmi ceux-ci, figure la production d'une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché. L'article 72, 6°, qui retient ce mode de justification, n'exige donc pas que le candidat dispose déjà de cet outillage, de ce

matériel ou de cet équipement technique lorsqu'il introduit sa candidature ou dépose son offre.

En l'espèce, il est requis du soumissionnaire qu'à l'appui de son offre, il fournisse la preuve de sa notification auprès de l'Agence fédérale des médicaments et des produits de santé (en abrégé A.F.M.P.S.) de la réalisation de P.M.I. automatisée.

Il ressort de l'arrêté royal du 24 septembre 2012 établissant les règles relatives à la préparation de médication individuelle, et de l'annexe à cet arrêté royal, d'une part, que le pharmacien qui entend se livrer à la P.M.I. automatisée ne peut débiter celle-ci qu'après avoir reçu confirmation de la réception, par l'A.F.M.P.S., de la communication qu'il était tenu d'adresser à cet organisme, relative au souhait de recourir à ce processus, et, d'autre part, qu'une P.M.I. automatisée ne peut être mise en œuvre sans le respect préalable de certaines exigences spécifiques, portant sur la formation, sur la disponibilité d'espaces requis pour ces activités et sur l'appareillage.

Prima facie, la notification dont, en l'espèce, le cahier spécial des charges impose à tout soumissionnaire de fournir la preuve suppose que celui-ci remplisse préalablement les exigences spécifiques portant notamment sur les espaces et l'appareillage.

Dans de telles conditions, la preuve de cette notification ne constitue pas un document pertinent pour établir que les soumissionnaires disposeront de la capacité technique nécessaire à l'exécution du marché.

Il s'ensuit qu'en sa seconde branche, le moyen doit être déclaré sérieux.

IX. BALANCE DES INTERETS

IX.1. Thèses des parties

S'agissant d'une éventuelle activation de la balance des intérêts, les requérants font valoir ce qui suit:

- " [...] Conformément à l'article 15 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, les parties requérantes sont dispensées de la démonstration d'un risque de préjudice grave et difficilement réparable.

L'alinéa 3 de l'article 15 de la loi précitée précise que :

«L'instance de recours peut, d'office ou à la requête d'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt

public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages».

S'il fallait considérer que cette disposition n'était pas applicable en l'espèce, quod non, il n'en demeure pas moins qu'au regard de votre arrêt n° 226.721 du 13 mars 2014, la balance des intérêts peut également être mise en œuvre dans le cadre d'une suspension d'extrême urgence «hors marchés publics».

[...] En l'espèce, aucun élément n'est de nature à rendre nécessaire l'exécution immédiate de la décision attaquée.

On relèvera également que – dans la mesure où l'illégalité de la décision attaquée concerne les conditions du marché (définition de l'objet, spécificités techniques et critères de sélection) – il suffira, en cas de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, d'adopter une nouvelle décision déterminant les conditions du marché et de publier un nouvel avis, en tenant compte de l'enseignement de l'arrêt à intervenir. A ce stade, les offres n'ont pas encore été déposées. La suspension de la décision ne devrait donc pas retarder de manière excessive la poursuite de la procédure et l'attribution du marché.

[...]. Au contraire, en l'absence de suspension de l'exécution de la décision attaquée, les pharmaciens, dont la partie requérante Defrance, risquent de subir un préjudice lié à la perte des revenus résultants de l'exécution d'un contrat qui est évalué, par la partie adverse elle-même, à 1.192.561 euros sur 39 mois. Il s'agit donc d'un marché conséquent. De manière générale, la perte d'un marché passé constitue toujours un préjudice pour un soumissionnaire dès lors qu'elle est ainsi privée d'une référence à faire valoir sur le marché.

Il en va d'autant plus ainsi, en l'espèce, que le marché en question concerne une mission qui répond exactement aux qualifications et à l'expérience des parties requérantes.

[...] En outre, la mise en concurrence viole de manière manifeste une réglementation d'ordre public, comme expliqué ci-devant.

[...] Aucun élément ne s'oppose donc à la suspension de l'exécution de l'acte attaqué".

Dans sa note d'observations, la partie adverse répond dans les termes suivants:

- " [...] Pour rappel, la partie adverse postule à titre principal que la requête en suspension d'extrême urgence est, à titre principal, irrecevable à défaut d'intérêt dans le chef de la seconde partie requérante, et à tout le moins irrecevable pour incompétence de Votre Conseil ou, à défaut, irrecevable *ratione materiae*.
A titre subsidiaire, la partie adverse a démontré ci-avant que les deux conditions nécessaires pour prononcer la suspension des actes et décisions attaqués faisaient défaut puisque les parties requérantes.
A titre infiniment subsidiaire, à supposer que la requête soit déclarée recevable, que l'urgence soit considérée comme suffisante et qu'un des moyens soit considéré comme sérieux *prima facie*, la partie adverse estime que la balance des intérêts devrait néanmoins conduire au rejet de la demande de suspension.
[...]. Au titre de la balance des intérêts, les parties requérantes font état du fait qu'en l'absence de suspension de l'exécution de la décision attaquée, les pharmaciens, dont la première partie requérante, risquent de subir un préjudice lié à la perte des revenus résultant de l'exécution du contrat litigieux. Selon les parties requérantes, la perte d'un marché passé constitue toujours un préjudice pour un

soumissionnaire dès lors qu'elle est ainsi privée d'une référence à faire valoir sur le marché.

En l'espèce, la partie adverse observe que le risque ainsi allégué n'est pas certain. D'une part, il n'est pas à exclure que le premier requérant remette une offre régulière, seul ou en sous-traitance, voire en consortium avec un ou plusieurs autres pharmaciens. D'autre part, à supposer qu'il dépose une offre, il n'est pas certain qu'il obtienne le marché litigieux.

[...]. En cas de suspension des actes et décisions attaqués, la procédure d'attribution du marché litigieux ne pourra se poursuivre, et les maisons de repos verront irrémédiablement la délivrance de médicaments s'interrompre le 31 décembre 2014. A supposer qu'une irrégularité soit identifiée qui justifierait cette suspension, la partie adverse n'aurait matériellement plus le temps de mettre en place une alternative, que ce soit par le biais d'un marché public (le respect des obligations légales de publication, du délai de dépôt des offres, d'analyse des offres, de standstill, de mise en pratique du système par le pharmacien désigné, empêchant qu'une décision d'attribution soit prise avant la date d'échéance du contrat en cours actuellement) ou par une autre forme de désignation respectant les principes de bonne administration, d'égalité, etc. qui s'imposent à toutes les actions du CPAS.

Il en irait d'autant plus ainsi si les moyens sont reconnus comme sérieux étaient de nature à amener le pouvoir adjudicateur à devoir recommencer la procédure d'attribution du marché *ab initio*.

Il est dans l'intérêt des résidents des maisons de repos que le marché litigieux soit conclu rapidement, à défaut de quoi les résidents seraient exposés à un risque d'interruption de leur approvisionnement en médicaments dans le cadre prévu par la loi. Une telle situation pourrait avoir des conséquences dramatiques pour certains résidents tout à fait dépendants de ce système.

[...] L'avantage que prétendent tirer les parties requérantes d'une éventuelle suspension des actes et décisions attaqués tient à la possibilité pour elle de déposer une offre dans le cadre du marché litigieux, et en une perte de revenus correspondant au montant du marché (la requête mentionne à cet égard l'évaluation du montant total du marché pour la période initiale et les deux reconductions que le cahier spécial des charges autorise).

En ce qui concerne la seconde requérante, association professionnelle, cet avantage est en toute hypothèse inexistant puisque cette association n'a pas vocation à déposer une offre dans ce type de marché.

En ce qui concerne le premier requérant, il a été vu qu'aucun élément tangible ne l'empêche de déposer une telle offre, et qu'en outre il pourrait déposer une offre, soit en consortium soit avec un sous-traitant qui disposerait des qualités techniques et/ou financières auxquelles le premier requérant estimerait ne pas satisfaire.

Ensuite, le préjudice (éventuel) allégué ne correspond pas au préjudice réel auquel seraient exposées les parties requérantes. D'une part, si la durée maximale du marché est effectivement de 39 mois, la reconduction du contrat à l'échéance de la durée initiale de 13 mois n'est qu'une faculté laissée au pouvoir adjudicateur. En outre, les parties requérantes ne s'exposent pas à la perte des revenus résultant de l'exécution du contrat, mais bien à la perte d'une chance d'obtenir ce contrat, comme c'est le cas dans toute procédure d'attribution d'un marché public.

Enfin, à supposer que Votre Conseil envisage d'ordonner la suspension des actes et décisions attaqués, ce qui suppose qu'une illégalité ait été identifiée au terme de l'examen *prima facie* du dossier, la partie adverse relève que les conséquences négatives certaines qu'entraînerait cette suspension l'emportent sur leurs avantages, dont il vient d'être vu qu'ils sont très limités, voire inexistantes.

Les conséquences négatives qui s'attacheraient à une suspension touchent au bon fonctionnement des maisons de repos, et la continuité de la délivrance de médicaments à leurs résidents.

Il revient aux maisons de repos, en vertu du cadre légal et réglementaire qui régit leurs activités, de remplir les missions qui sont les leurs, et en particulier d'honorer le mandat qui est conféré à leurs directeurs par certains de leurs résidents. La

suspension des actes et décisions attaqués mettrait en péril la possibilité de remplir ces missions et d'honorer ce mandat. Les résidents seraient ainsi indument privés de la délivrance de leur médication, et perdraient par ailleurs le bénéfice de la ristourne dont le marché litigieux leur permet de bénéficier".

IX. 2. Décision du Conseil d'Etat

C'est, en substance, du risque d'interruption, le 31 décembre 2014, de la délivrance des médicaments que la partie adverse se prévaut pour justifier qu'au titre de la "balance des intérêts", la suspension de l'exécution des deux premiers actes attaqués ne soit pas ordonnée.

La vraisemblance de ce risque n'est toutefois pas démontrée concrètement. Elle semble d'ailleurs être contredite par la faculté laissée à la partie adverse, en cas de nécessité, de décider la prolongation de l'exécution du marché d'objet analogue, actuellement en cours d'exécution.

Par ailleurs, une réfection des actes attaqués, tendant à purger ceux-ci du vice de légalité que dénonçait le moyen déclaré sérieux, peut être envisagée à bref délai.

La partie adverse n'établit pas que les conséquences négatives de la suspension qui serait prononcée dans ces conditions puissent l'emporter sur ses avantages et faire obstacle à ce titre à la suspension de l'exécution des décisions attaquées.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée en tant qu'elle est introduite par la seconde requérante.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution :

- de la décision du 1^{er} octobre 2014 du conseil de l'action sociale du Centre public d'action sociale de Bruxelles par laquelle elle a arrêté l'objet de la mise en concurrence, ainsi que les conditions du marché (notamment les conditions de

sélection qualitative, les critères d'attribution et les spécificités techniques) "achat de médicaments (spécialités non remboursables et remboursables et préparations magistrales) pour les besoins des résidents des MR/S du CPAS de Bruxelles", tels que publiés dans l'avis de marché, numéro BDA2014/522239, paru au Bulletin des adjudications du 1^{er} octobre 2014 et dans l'avis de marché numéro 2014/S 191-336330, paru au Journal officiel de l'Union européenne le 4 octobre 2014;

- du cahier spécial des charges, arrêté par la partie adverse, portant le n° 890/14/CA/0183 et ayant pour objet l'"Achat de médicaments (spécialités non remboursables et remboursables et préparations magistrales) pour les besoins des résidents des MR/S du CPAS de Bruxelles".

Article 3.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 6.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le sept novembre deux mille quatorze par :

M. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.