CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 229.826 du 15 janvier 2015

G./A.214.405/VI-20.328

En cause : **1. DEFRANCE** Luc Etienne,
2. l'association pharmaceutique belge, en abrégé APB,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Pierre SLEGERS, 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, 235/1,
1050 Bruxelles.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VIe CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 4 décembre 2014, DEFRANCE Luc Etienne et l'association pharmaceutique belge, en abrégé APB sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

" la décision du 19 novembre 2014 de la partie adverse par laquelle elle a arrêté l'objet du marché, ainsi que les conditions de sélection qualitative, les spécificités techniques du marché et les conditions d'exécution, et par laquelle elle a autorisé l'organisation de l'accord-cadre et des marchés subséquents conformément aux dispositions y reprises, concernant «l'accord-cadre - services ayant pour objet l'approvisionnement en 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 BDA2014/526952, paru au Bulletin des adjudications du 20 novembre 2014, dans l'avis de marché numéro 2014/S 227-401226, paru au Journal officiel de l'Union européenne le 25 novembre 2014, et repris dans le cahier spécial des charges réf. 890/14-CA-0237P;
- et, pour autant que de besoin, des avis de marché précités, du cahier spécial des charges et de la décision du 12 novembre 2014 à laquelle renvoie la décision du 19 novembre 2014".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 5 décembre 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 9 janvier 2015 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 et Pierre SLEGERS, avocats, comparaissant pour les parties requérantes et Mes Marc MARTENS et Nicolas CARBONNELLE, 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

Les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être exposés comme suit:

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 1er 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 € TVAc Estimation pour la durée maximale : 1.443.000 TVAc 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..

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 étaient consignées dans le cahier spécial des charges référencé 890/14-CA0183.

III.3. Un arrêt n° 229.104, prononcé par le Conseil d'Etat le 7 novembre 2014, ordonne la suspension de l'exécution de la décision du 1er octobre 2014 et du cahier spécial des charges portant le n° 890/14/CA/0183.

III.4. Lors de sa séance du 12 novembre 2014, le conseil de l'action sociale de la partie adverse a adopté une délibération intitulée comme suit:

" Organisation d'un accord-cadre par appel d'offres ouvert ayant pour objet l'approvisionnement en médicaments (spécialités non remboursables et remboursables et préparations magistrales) pour les besoins des résidents des MR/S du CPAS de Bruxelles
Marché à bordereau de prix
Modification du cahier spécial des charges et de la date de remise des offres.
Estimation du montant pour la durée initiale: 481.000, 00 € TVAc
Estimation pour la durée maximale: 1.443.000 TVAc
Décision".

Selon les termes du procès-verbal de cette séance, il s'agissait – suite à l'arrêt prononcé par le Conseil d'Etat le 7 novembre 2014 – de "purger la décision attaquée du vice de légalité soulevé tout en assurant que les intérêts des résidents seront sauvegardés". A cette fin, il était proposé

" une réfection de la décision initiale comme suit:

1. modification du cahier spécial des charges conformément au projet repris en annexe du présent rapport et en faisant intégralement partie, portant notamment sur les éléments suivants:
[…]
2. octroi d'un nouveau délai de remise des offres de 40 jours à partir du mercredi 12 novembre 2014".

Le dispositif de cette délibération, qui constitue le cinquième acte attaqué par le présent recours, était libellé comme suit:

" Le Conseil de l'action sociale décide d'autoriser:

1. la modification du cahier spécial des charges conformément au projet repris en annexe du présent rapport et en faisant intégralement partie;
2. l'octroi d'un nouveau délai de remise des offres de 40 jours à partir du mercredi 12 novembre 2014.
3. la publication d'un avis rectificatif reprennent [sic] ces informations".

A l'audience du 9 janvier 2015, les conseils de la requérante ont laissé entendre que cette délibération n'avait jamais été suivie d'effet.

III.5. Lors de sa séance du 19 novembre 2014, le conseil de l'action sociale de la partie adverse a adopté une délibération intitulée comme suit:

" Appel d'offres ouvert ayant pour objet l'approvisionnement en médicaments (spécialités non remboursables et remboursables et préparations magistrales) pour les besoins des résidents des MR/S du CPAS de Bruxelles
Renonciation à passer le marché et lancement d'une nouvelle procédure

Estimation du montant pour la durée initiale: 481.000, 00 € TVAc
Estimation pour la durée maximale: 1.443.000 TVAc
Décision".

Le dispositif de cette délibération, qui constitue le premier acte attaqué par le présent recours, était libellé comme suit:

" - Le Conseil de l'action sociale décide:
- De retirer la décision 14-CE-0189 suspendue par le Conseil d'état
- De renoncer à passer le marché tel que défini dans la décision 14-CA-0189 d'approuver l'existence du besoin et de ses motivations;
- d'autoriser l'organisation de l'accord-cadre et de ses marchés subséquents conformément aux dispositions qui précèdent;
- de prendre acte de la dépense totale estimée à 1.443.000 TVAc".

Il se déduit du procès-verbal de cette séance, ainsi que des avis de marché publiés les 20 et 25 novembre 2014, que l'approbation et l'autorisation données par le conseil de l'action sociale de la partie adverse portaient également sur le cahier spécial des charges portant le numéro 890/14-CA-0237, lequel constitue le quatrième acte attaqué par le présent recours.

III.6. Les 20 et 25 novembre 2014, sont publiés, respectivement au Bulletin des adjudications et au Supplément du Journal officiel de l'Union européenne les avis de marché référencés BDA 2014-526952 et 2014/S 227-401226. Ces avis constituent les deuxième et troisième actes attaqués par le présent recours.

III.7. Lors de sa séance du 24 décembre 2014, le conseil de l'action sociale de la partie adverse a adopté une délibération intitulée comme suit:

" Appel d'offres ouvert ayant pour objet l'approvisionnement en médicaments (spécialités non remboursables et remboursables et préparations magistrales) pour les besoins des résidents des MR/S du CPAS de Bruxelles

Modification du cahier spécial des charges
Autorisation".

Le procès-verbal de cette séance contient notamment les développements suivants:

" Suite à sa publication le 20 novembre le nouveau cahier spécial des charges a lui aussi fait l'objet d'une requête en suspension d'extrême urgence auprès du Conseil d'Etat par les mêmes parties.

Cette fois sont mis en cause, en résumé :

-Le fait de demander un service (la PMI : Préparation de médication individuelle) que nous ne rémunérons pas,
-Le fait d'exiger une PMI automatisée et l'impact de cette exigence sur la liberté thérapeutique,
-La mise à disposition d'un coffre d'urgence,
-Le fait d'organiser une seule procédure pour l'approvisionnement de 5 communautés (MR/S).

L'illégalité d'un seul de ces points peut suffire à la suspension de la décision sans approfondissement des autres moyens par le Conseil d'Etat.

Par conséquent, sur les conseils de nos avocats, nous proposons de supprimer la demande d'un coffre d'urgence afin de permettre que les autres points fondamentaux de l'accord-cadre soient tranchés.

Pour ce faire, le cahier spécial des charges publié en date du 20 novembre sera modifié en supprimant le chapitre relatif au coffre d'urgence et la date d'ouverture, prévue le 5 janvier, sera postposée afin d'être postérieure à la date de décision du Conseil d'Etat (audience fixée au 9 janvier)".

Le cahier spécial des charges ainsi annexé porte le numéro 890/14-CA-267.

III.8. Des avis, présentés comme rectificatifs, ont été publiés au Bulletin des adjudications, ainsi qu'au Supplément du Journal officiel de l'Union européenne, les 26 et 31 décembre 2014. Il en ressort notamment que la date limite de réception des offres, initialement fixée au 5 janvier 2015, est reportée au 27 janvier 2015.

IV. PAIEMENT DES DROITS DE RÔLE

En vertu de l'article 70, paragraphe 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, les requêtes collectives donnent lieu au paiement du droit de 200 euros visé au premier paragraphe de ce même article 70, autant de fois qu'il y a de requérants.

En l'espèce, les parties requérantes ont acquitté la somme de 800 euros, alors qu'elles n'étaient redevables que d'un montant de 400 euros, en vertu de la disposition précitée.

Il y a lieu d'ordonner le remboursement du montant indu, à concurrence de 400 euros.

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 20 novembre 2014 et au Journal officiel de l'Union européenne le 25 novembre 2014, la demande doit être déclarée irrecevable.

Par ailleurs, à l'égard de la décision du 12 novembre 2014, les requérants n'invoquent aucune illégalité qui les aurait lésés ou aurait risqué de les léser. Il s'ensuit qu'en tant qu'elle porte sur cette décision, la demande doit également être déclarée irrecevable.

VI. RETRAIT DE LA DECISION DU 19 NOVEMBRE 2014

VI.1. Thèses des parties

A l'audience du 9 janvier 2015, la partie adverse a déclaré que, face à l'un des moyens soulevés à l'appui de la requête, qui lui paraissait pouvoir être déclaré sérieux, elle avait décidé de renoncer à l'une des prestations que comportait l'objet du marché, à savoir la mise à disposition, par l'attributaire de celui-ci, d'un coffre d'urgence dans chacune des maisons de repos concernées. Elle a soutenu que cette modification n'avait pas pour effet d'interrompre la procédure initiée à la suite de la décision du 19 novembre 2014.

Egalement en termes de plaidoiries, les requérants ont soutenu que la délibération du 24 décembre 2014 ne retirait pas la décision du 19 novembre 2014. Elles ont ajouté qu'aucun avis d'arrêt de la procédure n'avait d'ailleurs été publié, pas plus qu'un avis relatif à un nouveau marché. Elles ont estimé, en conclusion que la décision attaquée du 19 novembre 2014 continuait bien à produire ses effets.

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort du procès-verbal de la séance du 24 décembre 2014 que le conseil de l'action sociale de la partie adverse a décidé de reporter la date d'ouverture des offres et de modifier l'objet du marché litigieux, dont il a supprimé l'une des prestations exigées de l'adjudicataire, à savoir la mise à disposition de chaque établissement d'un "coffre d'urgence" contenant les médicaments de base et d'urgence.

Ainsi que le relève la partie adverse dans sa note d'observations, le conseil de l'action sociale a, au cours de la même séance, approuvé un nouveau cahier spécial des charges. La référence de celui-ci diffère d'ailleurs de celle que porte le cahier spécial des charges approuvé par la décision du 19 novembre 2014.

Comme l'ont laissé apparaître tant la plaidoirie de la partie adverse que le procès-verbal de la séance du 24 décembre 2014, ces décisions ont été prises suite à l'introduction de la requête examinée en l'espèce, sur les conseils des avocats de la partie adverse, pour lesquels l'un des moyens soulevés par les requérants risquait d'être déclaré sérieux.

Dans ces circonstances, la délibération du 24 décembre 2014 doit s'analyser comme retirant la décision du 19 novembre 2014, à tout le moins en tant que celle-ci portait approbation de l'existence du besoin et de ses motivations, et

autorisation de l'organisation de l'accord-cadre et de ses marchés subséquents. Cette délibération doit également s'analyser comme emportant retrait et réfection du cahier spécial des charges qui avait alors été approuvé.

La qualification de "retrait" qui, *prima facie*, s'impose en l'espèce ne pourrait être remise en cause par le fait que les avis publiés les 26 et 31 décembre ont été présentés comme des rectificatifs de (ou complémentaires à) ceux qui avait été publiés les 20 et 25 novembre 2014.

Le retrait ainsi décidé ne pouvant être tenu pour définitif, il s'indique de surseoir à statuer et de remettre l'affaire *sine die*.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée en tant qu'elle porte sur les deuxième, troisième et cinquième actes attaqués.

Article 2.

Il est sursis à statuer pour le surplus.

Article 3.

L'affaire est remise *sine die*.

Article 4.

Le montant de 400 euros est remboursé aux parties requérantes.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 quinze janvier deux mille quinze 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.