CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 235.189 du 22 juin 2016

G./A.219.341/VI-20.791

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée MULTIPHARMA**,

ayant élu domicile chez
Mes François TULKENS et
Maxime VANDERSTRAETEN, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 120,
1000 Bruxelles,

contre :

le centre public d'action sociale de Bruxelles,
en abrégé le C.P.A.S. de Bruxelles,

ayant élu domicile chez
Mes Philippe LEVERT et
Mathieu VELGHE, avocats,
rue Defacqz, n° 78-80,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme M.D.D. PHARMA,

ayant élu domicile chez
Me Bruno LOMBAERT et
Anne-Sophie BOUVY, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 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 déposée sur la plate-forme électronique du Conseil d'Etat le 25 mai 2016, la société coopérative à responsabilité limitée MULTIPHARMA demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du CPAS de Bruxelles du 4 mai 2016 de déclarer l'offre de la requérante irrégulière et d'attribuer les lots 1 à 5 de l'accord-cadre d'approvisionnement par préparation individuelle pour les besoins des résidents des MR/S du CPAS de Bruxelles à la SA MDD Pharma".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 26 mai 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 16 juin 2016 à 10 heures.

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

La société anonyme M.D.D. PHARMA a, par une requête introduite le 14 juin 2016, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Maxime VANDERSTRAETEN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Mes Philippe LEVERT et Mathieu VELGHE, avocats, comparaissant pour la partie adverse et Me Bruno LOMBAERT, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Geneviève MARTOU, 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, en abrégé le C.P.A.S., de Bruxelles a publié, le 13 juillet 2015 au Bulletin des adjudications et le 18 juillet 2015 au Journal officiel de l'Union européenne, un avis de marché ayant pour objet l'approvisionnement par préparation de médication individuelle pour les besoins des résidents des maisons de repos et de soins du C.P.A.S. de Bruxelles.

La procédure d'attribution choisie est l'appel d'offres ouvert.

III. 2. Le marché porte sur un accord-cadre divisé en 5 lots en fonction des résidences concernées.

L'ouverture des offres a eu lieu le 1er septembre 2015. Quatre soumissionnaires ont remis offre, dont la requérante et la société M.D.D. PHARMA.

Tous les soumissionnaires ont remis offre pour les 5 lots.

III. 3. Le 4 mai 2016, la partie adverse a pris la décision de déclarer les offres de la requérante et de deux autres soumissionnaires irrégulières pour les 5 lots et d'attribuer ceux-ci à M.D.D. PHARMA, seul soumissionnaire jugé régulier.

Cette décision s'approprie les motifs d'un rapport d'analyse des offres du 27 avril 2016.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 14 juin 2016 la société M.D.D. PHARMA demande à intervenir en la cause. Cette société étant l'attributaire du marché litigieux, elle a un intérêt à la cause. Il y a lieu d'accueillir sa demande.

V. RECEVABILITE

V. 1. Thèses des parties

A. Requête en intervention

La partie intervenante soulève une exception d'irrecevabilité de la requête en suspension d'extrême urgence.

Elle fait valoir que "la demande de suspension d'extrême urgence est introduite au nom de la S.C.R.L. MULTIPHARMA (numéro d'entreprise 0866.855.346) dont le siège est établi à (1070) Bruxelles, square Marie Curie, 30, alors que selon la délibération du conseil de l'action sociale du CPAS de Bruxelles du 4 mai 2016 constituant l'acte attaqué […] une offre a été introduite par une société MULTIPHARMA avec pour adresse route de Lennik 900 à 1070 Bruxelles. Selon la Banque carrefour des entreprises, la société soumissionnaire porte en réalité pour dénomination sociale MULTIPAR et son numéro d'entreprise est 0401.985.519". Elle

conclut qu'il "semble que le recours soit introduit par une autre société que celle qui a fait offre [et que] la requérante ne démontre pas son intérêt au recours".

B. Plaidoiries

Il résulte des explications fournies par les parties à l'audience que la société qui a introduit l'offre, anciennement dénommée MULTIPHARMA, a fusionné avec d'autres pharmacies le 16 décembre 2015 pour former la société MULTIPAR (numéro d'entreprise 0866.855.346), dénomination entrée en vigueur le 1er janvier 2016. A la même date du 1er janvier 2016, la société anciennement dénommée PHARMACIE GRANDJEAN a pris pour nouvelle dénomination sociale MULTIPHARMA (numéro d'entreprise 0401.985.519). Le 23 mars 2016 MULTIPAR a décidé de faire apport de sa branche d'activités de grossiste-répartiteur et d'organisation et d'exploitation d'officines pharmaceutiques à la nouvelle société MULTIPHARMA. Cet apport a été approuvé par l'assemblée générale de MULTIPHARMA le 19 mai 2016. La requérante et la partie adverse déposent des procès-verbaux des organes des sociétés concernées permettant de retracer ces évolutions.

La requérante expose qu'à la suite de cette cession, elle a absorbé la branche d'activités de la société MULTIPAR qui est relative au marché litigieux. Elle possède donc, à ce titre, la capacité requise pour introduire le recours.

La partie adverse et la partie intervenante font valoir pour leur part que si la cession a bien été approuvée le 19 mai 2016, soit avant l'introduction du recours, elle n'a, en revanche, fait l'objet d'une publication dans les annexes du Moniteur Belge que les 2 et 3 juin 2016, en sorte qu'elle ne leur était pas opposable à la date de l'introduction du recours, soit le 25 mai 2016.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 19, alinéa 6, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose comme suit:

" Sauf preuve contraire, l'avocat est présumé avoir été mandaté par la personne capable qu'il prétend représenter".

L'exposé des motifs du projet de loi portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'Etat explicite comme suit la volonté du législateur :

" Exiger de l'avocat qui agit en annulation ou en référé au nom d'une personne morale, qu'elle soit de droit public ou de droit privé qu'il joigne à la requête ou apporte la preuve en cours d'instance que l'organe qualifié de cette personne morale a régulièrement décidé d'agir devant le Conseil d'Etat l'expose à des tracasseries de procédure que ne manquent pas d'exploiter ses contradicteurs.

Sans doute est-il d'élémentaire prudence pour l'avocat de s'assurer qu'il est régulièrement mandaté pour agir par la personne physique ou la personne morale qui lui demande d'agir en justice. Mais cette vérification concerne au premier chef sa propre responsabilité vis-à-vis de ses clients. Elle est étrangère au contrôle de la légalité des actes et règlements des autorités administratives tel qu'il appartient au Conseil d'Etat lorsqu'il est saisi d'un recours en annulation sur la base de l'article 14 des lois sur le Conseil d'État coordonnées le 12 janvier 1973.

La vérification s'avère particulièrement incompatible avec les procédures d'extrême urgence qui se sont multipliées au cours des dernières années. Tel est spécialement le cas dans le secteur du contentieux des marchés publics […]".

La volonté du législateur est donc clairement d'éviter que des "tracasseries de procédure" ne contraignent le Conseil d'Etat à se livrer à des vérifications qui sont "étrangère[s] au contrôle de la légalité des actes et règlements des autorités administratives" et qui sont, de surcroît, "incompatibles avec les procédures d'extrême urgence […] spécialement […] dans le secteur du contentieux des marchés publics […]". Certes, la présomption établie par l'article 19, alinéa 6, des lois précitées sur le Conseil d'Etat, n'est-elle pas irréfragable, comme l'indiquent les mots "sauf preuve contraire", mais il revient à la partie qui conteste la régularité de la décision d'agir d'administrer, par toute voie de droit, la preuve de ce qu'elle avance.

En l'espèce, il ressort des explications des parties et des pièces produites à l'audience que la branche d'activités de la société MULTIPAR, dénommée MULTIPHARMA au moment de l'offre, qui correspond au marché litigieux a été cédée à la "nouvelle" société MULTIPHARMA. A première vue, celle-ci avait donc la qualité pour contester la décision attaquée dès le moment où cette session est devenue effective. La circonstance que cette cession n'était pas opposable aux tiers au moment de l'introduction du recours est, *a priori*, sans incidence sur cette qualité, dès lors que la publication a entre-temps été faite et que ladite qualité peut donc être vérifiée et opposée aux tiers au moment de l'examen de la cause. Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, les parties intervenante et adverse échouent à renverser la présomption établie par l'article 19, alinéa 6, précité.

L'exception est rejetée.

VI. SECONDE BRANCHE DU PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 20 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 7, § 3 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe d'égalité entre les soumissionnaires, du principe selon lequel tout acte administratif doit reposer sur des motifs de droit et de fait exacts, pertinents et admissibles, du principe de proportionnalité, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du revirement d'attitude injustifié, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Dans une seconde branche, elle allègue que, malgré son caractère irréaliste, et à supposer que les délais de livraison constituent, comme le soutient l'acte attaqué, une condition essentielle du marché querellé, la partie adverse aurait dû déclarer l'offre de la partie intervenante irrégulière pour irrégularité substantielle et non respect des délais prévus, en application de l'article 95, §§ 3 et 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Elle précise que la partie adverse ne pouvait pas considérer, d'une part, que la capacité d'effectuer une livraison urgente dans les deux heures de la commande constitue une exigence essentielle du cahier des charges, au point d'invalider son offre et celles de deux autres soumissionnaires qui n'y répondent à son estime pas non plus et, d'autre part, que cette exigence n'est pas essentielle lorsqu'elle est enfreinte par la partie intervenante, au motif qu'elle ne concernerait qu'un nombre très limité de commandes potentielles et que la différence avec l'exigence serait marginale.

En d'autres termes, elle estime qu'une exigence est soit essentielle, et dans ce cas elle entraîne toujours l'irrégularité substantielle de l'offre qui y déroge, même "marginalement", soit elle ne l'est pas, et dans ce cas la partie adverse ne pouvait écarter pour nulles les offres de la requérante et de deux autres pharmacies au motif qu'elles n'avaient pas respecté une exigence essentielle.

Elle expose ensuite en quoi elle considère que l'engagement de l'attributaire du marché de livrer en urgence en deux à trois heures la nuit et les week-ends, et même en une heure en journée la semaine, est irréaliste, dès lors que

selon elle, la partie intervenante ne dispose que d'une seule pharmacie, située à Courtrai, soit à plus d'une heure de route de Bruxelles où les livraisons doivent être acheminées, de sorte qu'il n'est matériellement pas possible pour la partie intervenante de réceptionner une commande, de la traiter et de la livrer endéans deux à trois heures la nuit et les week-ends, et encore moins en une heure en journée la semaine.

Elle considère qu'à défaut de constater l'incohérence précitée, l'acte attaqué viole l'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et qu'en affirmant que la "différence avec l'exigence [de livrer dans les deux heures de la commande] est marginale", il repose sur des motifs de fait erronés.

B. Note d'observations

La partie adverse souligne que, dans son offre, la partie intervenante propose des livraisons qui se font le jour-même si la réception du bon de commande a lieu avant quatorze heures et répond donc, pour les livraisons ordinaires, aux dispositions essentielles du cahier spécial des charges, au contraire de l'offre de la requérante.

Elle considère que la requérante fait une lecture erronée de l'acte attaqué lorsqu'elle soutient que celui-ci voit dans la capacité d'effectuer une livraison urgente dans les deux heures de la commande une exigence essentielle du cahier spécial des charges. Elle expose, à cet égard, que la raison pour laquelle l'offre de la requérante a été évincée n'est pas qu'elle ne respectait pas le délai de deux heures pour les livraisons urgentes, mais bien qu'elle n'offrait la possibilité d'effectuer une livraison urgente que dans la plage d'ouverture de l'officine, sans possibilité de livraison de nuit, et qu'elle ne fait aucune mention d'une possibilité de délivrance urgente entre dix-huit heures et neuf heures les week-ends et jours fériés. Elle indique à ce propos que le motif selon lequel le délai de livraisons des commandes urgentes le week-end peut atteindre quinze heures constitue un motif surabondant.

La partie adverse observe encore que pour les livraisons urgentes, et au contraire de la requérante, la partie intervenante propose des livraisons urgentes de nuit et les week-ends. La seule circonstance que la partie intervenante propose, pour ces livraisons urgentes, un délai de deux à trois heures ne constitue donc pas une irrégularité substantielle, ce qu'a constaté l'acte attaqué en ces termes : "Cette irrégularité ne peut pas être considérée comme substantielle. En effet, elle ne concerne qu'un nombre très limité de commandes potentielles et la différence avec l'exigence est marginale".

Elle en déduit qu'il n'y a donc aucune rupture de l'égalité entre les soumissionnaires.

Elle ajoute qu'il ne lui apparaît pas que la partie intervenante ne pourrait pas réceptionner, traiter et livrer des commandes dans un délai de deux à trois heures à partir de Courtrai, qui ne se trouve qu'à une heure de route de Bruxelles, et dans un délai d'une heure en semaine au départ de son grossiste situé à Zaventem et des pharmacies Lloyd, avec lesquelles elle collabore.

C. Requête en intervention

La partie intervenante fait valoir que son offre prévoit ce qui suit concernant les livraisons urgentes:

" Livraisons urgentes: nombre illimité par jour
- dans les 60 minutes du lundi au vendredi (de 8 h à 19 h) et le samedi (de 8 h à 16 h) au départ de notre grossiste à Zaventem ou en collaboration avec les pharmacies Lloyd à Bruxelles
- dans les 2 à 3 heures (au départ du siège de Courtrai) du lundi au vendredi (de 19 h à 8 h), le samedi (de 16 h à 24 h), les dimanches et les jours fériés".

Elle déclare qu'elle ne propose donc pas de fournir les médicaments du marché à partir d'un siège unique à Courtrai, mais qu'elle a la possibilité de le faire au départ de Zaventem ou en collaboration avec les pharmacies Lloyd de Bruxelles.

En ce qui concerne les commandes urgentes qui seraient effectuées le soir, le dimanche ou les jours fériés, la partie intervenante explique que le trajet de Courtrai jusqu'aux maisons de repos et de soins de Bruxelles dure en moyenne une heure dix et que, partant, "sauf retard exceptionnel, [elle] exécutera donc toujours cette commande endéans les 2 heures". Elle soutient qu'elle "respecte donc tout à fait les délais prescrits par le CPAS de Bruxelles et est parfaitement capable de se plier au caractère urgent des commandes".

Elle indique encore qu'elle a déjà conclu des conventions semblables avec des maisons de repos et de soins bruxelloises pour lesquelles elle devait effectuer des livraisons urgentes et qu'elle a toujours été en mesure de respecter les délais qui lui étaient impartis.

Elle souligne que "la requérante, en revanche, non seulement ne répond pas aux exigences fixées pour les livraisons non urgentes, mais n'offre en outre pas la possibilité d'effectuer une livraison urgente de nuit en semaine, les week-ends ou les jours fériés". Elle conclut que la requérante "ne peut pas prétendre faire l'objet d'un

traitement discriminatoire, vu l'irrégularité patente de son offre" et que la deuxième branche du premier moyen n'est pas sérieuse.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques se lit comme suit:

" Art. 95. § 1er. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.

§ 2. Sur le plan formel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles 6, § 1er, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, dans la mesure où les formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel.

Par contre, lorsque l'offre ne respecte pas les autres formalités prescrites par les articles mentionnés à l'alinéa 1er ou par les documents du marché, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.

Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1er, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.

En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière".

Il se déduit de cette disposition qu'une offre est matériellement irrégulière lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions essentielles des documents du marché concernant notamment les prix, les délais et les spécifications techniques ou en cas de prix anormal. Dans ces hypothèses, le pouvoir adjudicateur ne dispose, en réalité, d'aucune marge d'appréciation en cas d'irrégularité. La disposition citée distingue d'ailleurs clairement ces hypothèses de celles où le pouvoir adjudicateur se voit reconnaître un pouvoir discrétionnaire, dès lors que, confronté à ces autres irrégularités, il peut, mais ne doit pas, considérer l'offre comme matériellement irrégulière.

L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui vient d'être cité ne définit pas les formalités qui doivent être tenues pour substantielles ni les dispositions des documents du marché qui doivent être tenues pour essentielles. Il convient donc de donner à ces termes leur sens usuel, à savoir celui d'une formalité ou d'une disposition relative aux caractéristiques fondamentales du marché. Ce caractère substantiel ou essentiel peut notamment résulter de la volonté expressément formulée par l'auteur du projet dans les documents du marché.

En l'espèce, s'agissant des délais d'exécution, le cahier spécial des charges indique ce qui suit en son point II.3 "Délai d'exécution":

" Les commandes seront transmises par voie électronique deux fois par jour : le matin, vers 10 H. et l'après-midi, vers 14 H.

Les livraisons auront lieu chaque jour ouvrable (y compris le samedi). Elles doivent se faire le jour-même si la réception du bon de commande a lieu avant 14h, être faites franco domicile à chacun des établissements et groupées par unité de soin.

En cas de nécessité, il pourra être demandé à l'adjudicataire d'effectuer des livraisons urgentes qui devront impérativement être effectuées dans les 2 heures de la demande.

[…]".

Par la formulation utilisée, et en particulier par l'emploi de l'adverbe "impérativement", le pouvoir adjudicateur a clairement indiqué qu'il attachait un caractère essentiel au respect du délai fixé pour les livraisons urgentes. Dès lors que le pouvoir adjudicateur a lui-même attaché un caractère essentiel à cette disposition qui concerne un délai, son non-respect constitue une irrégularité substantielle, conformément au prescrit de l'article 95, §3, al.1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Or, le paragraphe 4 du même article, en son alinéa 1er, ne laisse dans un tel cas aucune marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur: "L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle".

En conséquence, la partie adverse a modifié, après coup, la portée d'une disposition à laquelle elle avait attaché un caractère essentiel dans le cahier spécial des charges en décidant que l'offre de la partie intervenante était régulière alors même qu'elle ne respectait pas cette condition. Elle a, de la sorte, violé les règles qu'elle s'était elle-même données et a rompu l'égalité entre les soumissionnaires.

Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, le moyen est sérieux en sa deuxième branche en ce qu'il est pris de la violation de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, du principe d'égalité entre les soumissionnaires et du principe *patere legem quam ipse fecisti*.

Il n'y a dès lors pas lieu, à ce stade, d'examiner la première branche du moyen, ni le second moyen.

VII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse dépose les offres des soumissionnaires et demande qu'elles soient tenues confidentielles. Les parties intervenante et requérante demandent également que leurs offres respectives restent couvertes par la confidentialité.

Dès lors que la communication de ces pièces est de nature à porter atteinte au secret des affaires et qu'elle n'apparaît pas nécessaire, à ce stade, à la solution du litige, il y a lieu d'accéder à la demande des parties.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société anonyme M.D.D. PHARMA dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du C.P.A.S. de Bruxelles du 4 mai 2016 de déclarer l'offre de la requérante irrégulière et d'attribuer les lots 1 à 5 de l'accord-cadre d'approvisionnement par préparation individuelle pour les besoins des résidents des maisons de repos et de soin du C.P.A.S. de Bruxelles à la société anonyme M.D.D. Pharma.

Article 3.

Les pièces 6 à 9 incluse du dossier administratif, 13 et 14 des annexes à la requête en suspension d'extrême urgence et 10 des annexes à la requête en intervention demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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 aux parties n'ayant pas fait le choix de la procédure électronique.

Article 6.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le vingt-deux juin deux mille seize par :

M. Serge BODART, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Mme Caroline HUGÉ, Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ. Serge BODART.