

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 240.389 du 11 janvier 2018

A.214.405/VI-20.328

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

ayant élu domicile chez
M^{es} Patrick THIEL et
Pierre SLEGGERS, avocat,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles,

contre :

le Centre Public d'Action Sociales de Bruxelles,
en abrégé C.P.A.S. de Bruxelles,

ayant élu domicile chez
M^{es} Marc MARTENS et
Nicolas CARBONNELLE, avocats,
avenue Louise 235/1
1050 Bruxelles.

I. Objet des requêtes

Par une requête introduite le 4 décembre 2014, Luc Etienne DEFRANCE et l'association pharmaceutique belge, en abrégé A.P.B. sollicitent, 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".

Par une requête introduite le 19 janvier 2015, les parties requérantes demandent l'annulation de ces mêmes actes.

II. Procédure

L'arrêt n° 229.826 du 15 janvier 2015 a rejeté la demande en tant qu'elle portait 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 ainsi qu'en tant qu'elle portait sur la décision du 12 novembre 2014 et a sursis à statuer pour le surplus.

L'arrêt a été notifié aux parties.

Par une ordonnance du 11 octobre 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 7 novembre 2017 à 10 heures 30.

M. David DE ROY, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Marie LAMBERT de ROUVROIT, *loco* M^{es} Patrick THIEL et Pierre SLEGGERS, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, et M^e Nicolas CARBONNELLE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Faits

Les faits utiles à l'examen de la demande ont été exposés comme suit dans l'arrêt n° 229.826 du 15 janvier 2015 :

- " 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 € 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 [...], 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 1^{er} 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".

Les faits qui ont été portés à la connaissance du Conseil d'Etat, postérieurement à l'arrêt n° 229.826 du 15 janvier 2015, se présentent comme suit :

Par une délibération du 6 mai 2015, le Conseil de l'action sociale de la partie adverse a notamment décidé d'autoriser l'organisation de l'accord-cadre et de ses marches subséquents ayant pour objet : "Approvisionnement par préparation individuelle (PMI) pour les besoins des résidents des MR/S du CPAS de Bruxelles" pour douze mois reconductible trois fois. Cette délibération précise notamment que "pour autant que de besoin, la présente décision annule et remplace intégralement toute décision antérieure relative à l'organisation de l'approvisionnement en médicaments des résidents des établissements concernés par le présent accord-cadre pendant sa période d'exécution".

Suite à cette décision du 6 mai 2015, la partie adverse 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 de ses maisons de repos et de soins. La procédure d'attribution choisie était l'appel d'offres ouvert. Le marché portait sur un accord-cadre divisé en 5 lots en fonction des résidences concernées.

L'ouverture des offres a eu lieu le 1^{er} septembre 2015. Quatre soumissionnaires ont remis offre, mais pas le premier requérant dans le présent recours. Tous les soumissionnaires ont remis offre pour les 5 lots. Le 4 mai 2016, la partie adverse a pris la décision d'attribuer les 5 lots à la société M.D.D. PHARMA, seul soumissionnaire jugé régulier.

Un arrêt du Conseil d'État n° 235.189 du 22 juin 2016 a ordonné la suspension de l'exécution de cette décision. Par un arrêt n° 236.611 du 30 novembre 2016, le Conseil d'État a décidé qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur l'annulation de la décision du 4 mai 2016, celle-ci ayant été retirée par une décision du 13 juillet 2016 qui décide également d'abandonner la procédure d'attribution en question et de lancer une nouvelle procédure.

Un avis a été publié au bulletin des adjudications du 14 juillet 2016 relatif à un accord cadre concernant l'"Approvisionnement par préparation de médication individuelle (PMI) pour les besoins des résidents des MR/S du CPAS de Bruxelles". Cet avis mentionne que la procédure retenue est une procédure négociée.

IV. Retrait

Outre qu'il rejette la demande de suspension en tant qu'elle était dirigée contre une délibération du 12 novembre 2014, ainsi que deux avis de marché, l'arrêt n° 229.826, prononcé le 15 janvier 2015, décide que "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". Il décide également que, ce retrait ne pouvant alors être tenu pour définitif, il y a lieu de surseoir à statuer et de remettre l'affaire *sine die*.

La délibération du 19 novembre 2014 et le cahier spécial des charges approuvé à cette occasion constituent les premier et quatrième actes attaqués par le présent recours.

En raison des différents avis publiés au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne, les personnes concernées par ces marchés successifs ne pouvaient ignorer que la procédure d'attribution attaquée dans le présent recours avait été abandonnée et recommencée à plusieurs reprises et que les premier et quatrième actes attaqués devaient être tenus pour avoir été retirés. Aucun recours n'a été introduit ni contre les décisions successives de recommencer les procédures d'attribution, ni contre le retrait des deux actes concernés. Les parties requérantes n'ont d'ailleurs pas contesté à l'audience qu'elles étaient informées de ce que la procédure litigieuse avait été abandonnée.

En raison de l'abandon de la procédure d'attribution litigieuse qui peut être tenu pour définitif compte tenu des éléments exposés ci-avant, il y a lieu de considérer que la décision du 19 novembre 2014 et le cahier spécial des charges portant le numéro 890/14-CA-0237 ont été, à tout le moins implicitement, retirés.

Dans ces circonstances, le retrait constaté par l'arrêt n° 229.826, précité, doit être tenu pour définitif, de sorte que la présente demande est devenue sans objet en tant qu'elle portait sur les premier et quatrième actes attaqués.

Par ailleurs, l'article 30, § 5, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose comme suit :

" Lorsque le Conseil d'État est saisi d'une demande de suspension et d'une requête en annulation, et que au cours de la procédure de suspension, le requérant se désiste, ou lorsque l'acte attaqué est retiré de sorte qu'il n'y a plus lieu de statuer, le Conseil d'État peut se prononcer par un seul et même arrêt sur la demande de suspension et sur la requête en annulation sans qu'il y ait lieu d'introduire une demande de poursuite de la procédure, et la taxe y afférente n'est pas due".

Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de faire application de cette disposition – même si la présente demande de suspension a été partiellement rejeté par l'arrêt n° 229.826 du 15 janvier 2015 – et de considérer qu'il n'y a plus lieu de statuer ni sur la demande de suspension ni sur la requête en annulation.

IV. Indemnité de procédure et autres dépens

IV.1. Thèses des parties

Dans leur requête en suspension d'extrême urgence, les requérants sollicitent la condamnation de la partie adverse au paiement de l'indemnité de procédure évaluée à 2.800 euros, montant qu'ils justifient par le fait que " le marché querellé est particulièrement complexe, comme le démontrent à suffisance les écrits de procédure et les débats, qui ont été particulièrement longs en suspension d'extrême [urgence], dès lors qu'ils ont nécessité deux audiences".

Dans leur requête en annulation, ils réitèrent leur demande, se prévalant à nouveau de la complexité du marché litigieux et des débats, et sollicitent que cette indemnité soit majorée de 20 %, compte tenu de la procédure en suspension.

À l'audience du 7 novembre 2017, la partie adverse n'a fait état d'aucun élément relatif à cette demande des requérants, tant pour le principe de l'octroi de l'indemnité que pour le montant auquel il y a lieu de la fixer.

IV.2. Appréciation du Conseil d'Etat

La disparition de l'acte attaqué, conséquence de son retrait, constitue une forme de succédané d'une annulation contentieuse, de sorte que la partie adverse doit être considérée comme la partie qui succombe dans ce litige et les parties requérantes comme celles ayant obtenu gain de cause, au sens de l'article 30/1 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Dans les circonstances de l'espèce, ceci ne doit pas être remis en cause par le fait que le présent recours a été partiellement rejeté.

Il y a dès lors lieu de faire droit à la demande des parties requérantes et de leur accorder une indemnité de procédure.

S'agissant de fixer le montant de cette indemnité, il s'impose de constater que si, comme le soutiennent les requérants, le marché litigieux présente une certaine complexité dont témoigne notamment l'introduction de deux procédures successives, la complexité à laquelle il y aurait lieu d'avoir égard pour fixer le montant de l'indemnité de procédure n'est pas celle qui résulterait des deux procédures considérées globalement, mais uniquement celle que présenterait la demande actuellement examinée. Or, les requérants restent en défaut d'exposer concrètement, et autrement que par une référence aux écrits de procédure et à la longueur des débats, en quoi la présente demande se distingue par une complexité particulière.

Dans ces circonstances, il y a lieu de limiter l'indemnité de procédure à son montant de base de 700 euros.

Par ailleurs, en application de l'article 67, § 2, alinéa 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, aucune majoration n'est due, le recours en annulation ayant été déclaré sans objet.

Enfin, le retrait des premier et quatrième actes attaqués justifie également que les autres dépens soient mis à la charge de la partie adverse.

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

Article 1^{er}.

Il n'y a plus lieu de statuer ni sur la demande de suspension ni sur la requête en annulation.

Article 2.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée aux parties requérantes, à concurrence de 350 euros chacune, à la charge de la partie adverse.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 400 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le onze janvier deux mille dix-huit par :

MM. David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.