

**CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF**  
**LE PRÉSIDENT DE LA VI<sup>e</sup> CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ**  
**A R R Ê T**

n° 254.932 du 28 octobre 2022

A. 237.433/VI-22.432

En cause : **la société coopérative MULTIPHARMA,**  
ayant élu domicile chez  
M<sup>e</sup> Michel KAISER, avocat,  
boulevard Louis Schmidt 56  
1040 Bruxelles,

contre :

**le Centre Public d'Action Sociale de  
Berchem-Sainte-Agathe,** représenté  
par son conseil de l'action sociale,  
ayant élu domicile chez  
M<sup>e</sup> Johan VANDEN EYNDE, avocat,  
avenue de la Toison d'Or 77  
1060 Bruxelles.

---

*I. Objet de la requête*

Par une requête introduite le 7 octobre 2022, la société coopérative Multipharma demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- la décision prise le 13 juillet 2022 par le conseil d'action sociale du CPAS de Berchem-Sainte-Agathe d'attribuer le marché « Approvisionnement de médicaments et spécialités pharmaceutiques par préparation de médication individuelle (PMI) » à la société Pharma Force ;
- la décision implicite de ne pas attribuer le marché susvisé à la partie requérante.

*II. Procédure*

Par une ordonnance du 10 octobre 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 25 octobre 2022.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

La partie adverse a déposé le dossier administratif.

M<sup>me</sup> Florence Piret, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M<sup>e</sup> Louise Laperche, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M<sup>e</sup> Edwige Spampinato *loco* M<sup>e</sup> Johan Vanden Eynde, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M<sup>me</sup> Muriel Vanderhelst, 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 utiles à l'examen de la demande*

1. Le 30 mars 2022, le conseil de l'action sociale de la partie adverse décide de lancer un marché public relatif à l'« approvisionnement de médicaments et de spécialités pharmaceutiques par préparation de médication individuelle (PMI) », d'approuver le cahier spécial des charges qui encadre ce marché, de passer celui-ci par procédure négociée sans publication préalable, de consulter, dans le cadre de la procédure, six opérateurs économiques – dont la requérante et la société Pharma Force – et de fixer au 22 avril 2022 la date limite pour faire parvenir les offres.

Le montant du marché est estimé à 173.553,72 euros HTVA pour trois ans.

Concernant le dépôt des offres, le cahier spécial des charges prévoit, plus spécifiquement, ce qui suit (point I.7 « Dépôt des offres ») :

« L'offre est établie sur papier et glissée sous pli définitivement scellé mentionnant le numéro du cahier des charges (SCAD 974 – 30/03/2022) ou l'objet du marché et les numéros des lots. Elle est envoyée par service postal ou remis par porteur.

L'offre doit être adressée à  
CPAS de Berchem-Sainte-Agathe  
Service achats

Avenue de Selliers de Moranville 91  
1082 Berchem-Sainte-Agathe

L'offre doit parvenir au pouvoir adjudicateur au plus tard le 22 avril 2022, que ce soit par envoi normal ou recommandé ou par dépôt à l'adresse susmentionnée [...] ».

Au point I.13 « choix de l'offre » du cahier des charges, il est indiqué que le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, laquelle est déterminée en se fondant sur le critère du prix visé au point I.10 « critères d'attribution » qui prévoit ce qui suit :

Le critère suivant est d'application lors de l'attribution du marché :

| N°                                           | Description                                                                                                                                                           | Pondération |
|----------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| 1                                            | Réduction accordée par rapport au prix public<br><br><i>Règle de 3; Score offre = (réduction de l'offre la plus basse / réduction de l'offre) * poids du critère.</i> | 100         |
|                                              | <i>Le Pouvoir Adjudicateur tiendra compte de l'élément ci-avant lors de l'appréciation des offres.</i>                                                                |             |
| Pondération totale du critère d'attribution: |                                                                                                                                                                       | 100         |

L'exécution du marché doit débuter le 1<sup>er</sup> août 2022 pour s'achever le 31 juillet 2025. Le « lieu de prestation du service » est la maison de repos et de soins « Val des Fleurs ».

2. Le 5 avril 2022, la partie adverse adresse à la requérante une invitation à présenter une offre.

La requérante déclare avoir établi une offre et proposé une ristourne de 35 % sur le prix public. En annexe de la requête, elle joint une copie de cette offre. Elle affirme que son employé s'est rendu au CPAS de Berchem-Sainte-Agathe pour la déposer en mains propres le 22 avril 2022 à 13h40. Elle produit, en annexe de la requête, une photocopie de l'enveloppe déposée, que la préposée de la partie adverse lui a rendue en guise d'accusé de réception. Sur ce document figurent l'adresse de la partie adverse, le cachet du CPAS et l'inscription de la date et de l'heure du dépôt du courrier, auxquels s'ajoute l'annotation suivante : « Multipharma Besteknummer : SCAD 974-30/03/2022 ».

3. Le 8 juin 2022, un rapport d'examen des offres est établi par le service achats de la partie adverse. Il y est mentionné que seules « 2 entreprises ont remis offre », à savoir la société Pharma Force et la société Lloydspharma Group, que ces deux soumissionnaires satisfont aux critères de sélection, que leurs offres sont régulières, qu'elles proposent chacune une ristourne de 30 % sur le prix public

et qu'après négociation, la société Pharma Force offre la meilleure ristourne (35 % sur le prix public). Il est donc suggéré d'attribuer le marché à cette dernière.

4. Le 13 juillet 2022, le conseil de l'action sociale de la partie adverse décide d'approuver le rapport d'examen des offres du 8 juin 2022 et d'attribuer le marché à la société Pharma Force, ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse (sur la base du critère d'attribution) pour un pourcentage de ristourne accordée sur le prix public de 35%.

La requérante n'est, à ce moment, pas avertie de cette décision.

5. La requérante déclare que, le début d'exécution du marché étant prévu pour le 1<sup>er</sup> août 2022, elle s'est, dans le courant du mois de juillet, inquiétée de ne pas avoir de retour de la partie adverse.

Le 22 juillet 2022, elle prend contact par téléphone avec le service achats de la partie adverse et apprend qu'une décision d'attribution a déjà été prise et que les courriers de notification ont été envoyés. Comprenant que son offre n'a pas été prise en considération, la requérante envoie, par courriel, à la partie adverse la preuve du dépôt de son offre à la date du 22 avril 2022.

Il ressort d'un appel téléphonique du 26 juillet 2022 que les services de la partie adverse ont perdu l'offre déposée par la requérante et qu'ils ne la retrouvent pas. À la demande de la partie adverse, la requérante dépose, le 28 juillet à 15h25, un *duplicata* de son offre contre accusé de réception du CPAS.

Dans le courant des mois d'août et septembre 2022, la requérante tente, à plusieurs reprises, de joindre les services de la partie adverse, sans succès. Un contact téléphonique est, à nouveau, établi le 21 septembre 2022 à l'occasion duquel la requérante est informée qu'un courrier lui sera envoyé prochainement.

6. Un courrier daté du 21 septembre 2022 informe la requérante que le marché portant la référence SCAD 974-30/03/2022 a été attribué à un autre soumissionnaire par décision du 13 juillet 2022. Le courrier mentionne les voies de recours ouvertes contre cette décision ainsi que les formes et délais à respecter. En annexe de celui-ci est joint le rapport d'examen des offres du 8 juin 2022.

Ce courrier est communiqué à la requérante par pli recommandé du 23 septembre 2022 et par courriel du 4 octobre 2022.

#### IV. Irrecevabilité de la demande en tant qu'elle est dirigée contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante

##### IV.1. Thèse de la requérante

La demande de suspension est notamment dirigée contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché litigieux à la requérante. Pour justifier la recevabilité de cette demande, celle-ci soutient que si la partie adverse avait pris en compte son offre, sans considérer à tort qu'elle n'avait pas été déposée, elle « aurait nécessairement dû [lui] attribuer le marché » dès lors qu'« elle a présenté l'offre initialement économiquement la plus avantageuse », laquelle « aurait, en outre, pu encore être négociée ». Elle développe son argumentation comme il suit :

« [...] les deux autres soumissionnaires avaient déposé une offre initiale offrant une ristourne de 30 %, alors que l'offre initiale de la requérante était de 35 %. Le marché aurait donc dû lui être directement attribué. Même à supposer que le pouvoir adjudicateur ait entamé des négociations, Lloydspharma a maintenu sa ristourne de 30 %, Pharma Force a déposé une BAFO avec une ristourne de 35 % et la requérante aurait pu déposer une offre encore meilleure. Partant, la demande de suspension de la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante est recevable [...] »

##### IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître *ipso facto* que le marché litigieux ne soit pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite – résultant de l'attribution – de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

Dans le moyen unique de la requête, la requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir tenu compte de l'offre qu'elle a pourtant déposée dans les délais. Un tel grief, à le supposer sérieux, ne permet pas *prima facie* d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de désigner la requérante comme attributaire du marché. En effet, si la ristourne initiale proposée dans l'offre de la requérante était la plus élevée, il ne peut être affirmé avec certitude que le pouvoir adjudicateur aurait nécessairement attribué le marché sur la base des offres initiales sans mener de négociations – ce que la requérante ne soutient d'ailleurs pas – ni que celle-ci aurait nécessairement remis la meilleure BAFO au terme de négociations, la requérante utilisant elle-même le conditionnel lorsqu'elle

évoque cette hypothèse. Par ailleurs, la partie adverse n'a pas examiné si la requérante satisfaisait aux critères de sélection ni si l'offre qu'elle affirme avoir déposée est régulière. Le Conseil d'État ne peut procéder lui-même à cet examen, substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur et décider, à sa place, que la requérante doit être sélectionnée, que son offre est régulière à tous égards et qu'elle est notamment conforme aux spécifications techniques du cahier spécial des charges.

En tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

## *V. Moyen unique*

### *V.1. Thèses des parties*

La requérante prend un moyen unique de « la violation des articles 4, alinéa 1<sup>er</sup>, 66, § 1<sup>er</sup>, 81, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 4, 8°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe d'égalité et de non-discrimination, des principes généraux de bonne administration, du devoir de minutie et de l'obligation de motivation matérielle, de l'inexactitude des motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Après avoir rappelé la portée des principes et dispositions visés au moyen, la requérante expose que, contrairement à ce qu'affirme le rapport d'examen des offres qui lui a été notifié, elle « a bien déposé une offre [à] la date limite du 22 avril 2022 pour le marché considéré », que « dans la mesure où elle a été invitée à déposer une telle offre, la partie adverse était tenue [d'en] tenir compte », qu'il est cependant apparu que « la partie adverse aurait perdu cette offre, raison pour laquelle le rapport d'analyse des offres n'en fait pas état et indique, erronément, que Multipharma n'aurait pas remis d'offre ». Elle en déduit que la décision d'attribution attaquée, à laquelle est joint le rapport d'examen des offres, « repose [...] sur un motif inexact en fait » et qu'en ne tenant pas compte de son offre, « la partie adverse ne l'a pas traitée de manière égale avec les autres soumissionnaires qui ont déposé une offre ». Elle précise que l'illégalité qu'elle dénonce lui fait particulièrement grief dans la mesure où « elle aurait dû remporter le marché, ayant proposé une ristourne supérieure aux autres soumissionnaires dès son offre initiale, qui aurait pu encore être améliorée au cours des négociations ». Elle reproche encore à la partie

adverse d'avoir « persisté dans son erreur de ne pas tenir compte de l'offre déposée » dès lors que, postérieurement à l'adoption de la décision d'attribution du marché, la requérante a apporté la preuve qu'elle avait bien déposé une offre, en a d'ailleurs déposé un *duplicata*, et qu'à la suite de ces démarches, la partie adverse s'est limitée à lui notifier le rapport d'analyse des offres du 8 juin 2022.

La partie adverse s'en réfère à justice.

## V.2. *Appréciation du Conseil d'État*

La requérante dépose, en annexe de sa requête, la photocopie d'une enveloppe sur laquelle figurent différents éléments : identité de la requérante, référence du cahier spécial des charges du marché litigieux, adresse et références de la partie adverse ainsi que le cachet du CPAS de Berchem-Sainte-Agathe apposé à côté de la mention « reçu le 22 avril 2022 à 13h40 ».

Ce document permet *prima facie* d'attester que la requérante a bien déposé une offre à la date limite du 22 avril 2022 pour le marché considéré. C'est d'autant plus le cas que le cahier spécial des charges permettait le dépôt par porteur, exigeait que le pli contenant l'offre soit « définitivement scellé » – ce qui rend impossible d'en établir *a posteriori* le contenu – et prescrivait la mention sur l'enveloppe des références du cahier spécial des charges (ou de l'objet du marché ou des numéros de lots) ainsi que l'adresse de la partie adverse, ces annotations étant bien toutes présentes sur la pièce produite par la requérante. La partie adverse ne conteste ni la valeur ni la pertinence de cette pièce.

Tout paraît donc indiquer qu'un pli « définitivement scellé » contenant l'offre de la requérante a bien été déposé par celle-ci dans le délai prévu pour le dépôt des offres. Ni la décision d'attribution attaquée ni aucune pièce du dossier administratif ne contient d'explication quant au sort réservé à ce pli. L'absence de prise en considération de l'offre de la requérante paraît, dès lors, reposer sur le motif inexact en fait qu'une telle offre n'a pas été déposée et que seules « 2 offres sont parvenues », celles des sociétés Pharma Force et Lloydspharma Group. *Prima facie*, une telle décision viole également le principe d'égalité entre les soumissionnaires, la requérante n'ayant pas été traitée de manière égale avec les autres soumissionnaires qui ont déposé une offre.

Dans cette mesure, le moyen unique est sérieux.

La requérante paraît également dénoncer l’attitude de la partie adverse postérieurement à l’adoption de l’acte attaqué. De tels reproches ne sont toutefois pas de nature à affecter la légalité de la décision d’attribution querellée, laquelle doit s’apprécier au moment où elle a été prise.

#### *VI. Confidentialité*

La requérante demande que l’offre qu’elle a déposée auprès de la partie adverse soit tenue pour confidentielle, dès lors que « cette pièce comprend plus que son prix global et contient des éléments stratégiques, dont il ne faudrait pas qu’une éventuelle partie intervenante puisse en prendre connaissance ». Il s’agit de la pièce confidentielle A annexée à la requête.

Cette demande n’étant pas contestée, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité de la pièce concernée.

### **PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D’ÉTAT DÉCIDE :**

#### **Article 1<sup>er</sup>.**

La suspension de l’exécution de la décision prise le 13 juillet 2022 par le conseil d’action sociale du CPAS de Berchem-Sainte-Agathe d’attribuer le marché « Approvisionnement de médicaments et spécialités pharmaceutiques par préparation de médication individuelle (PMI) » à la société Pharma Force pour un pourcentage de ristourne accordée sur le prix public de 35 % est ordonnée.

La requête est rejetée pour le surplus.

#### **Article 2.**

L’exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

#### **Article 3.**

La pièce confidentielle A annexée à la requête est, à ce stade de la procédure, tenue pour confidentielle.

**Article 4.**

Conformément à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur à la partie adverse, qui n'a pas choisi la procédure électronique.

**Article 5.**

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI<sup>e</sup> chambre siégeant en référé, le 28 octobre 2022, par :

|                  |                                    |
|------------------|------------------------------------|
| Florence Piret,  | conseiller d'État, président f.f., |
| Vincent Durieux, | greffier.                          |

|              |               |
|--------------|---------------|
| Le Greffier, | Le Président, |
|--------------|---------------|

Vincent Durieux

Florence Piret