

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 220.945 du 10 octobre 2012

G./A.206.382/VI-19.704

En cause : **la société anonyme PHARMACIE DU CENTRE,**

ayant élu domicile chez
Me Eric MARON, avocat,
chaussée de Charleroi, n° 138/6,
1060 Bruxelles,

contre :

le centre public d'action sociale de Namur,

ayant élu domicile chez
Me Gilles VANDERMEEREN, avocat,
rue Lelièvre, n° 9,
5000 Namur.

Partie intervenante :

**la société coopérative à responsabilité limitée
L'ECONOMIE POPULAIRE, en abrégé E.P.C. FAMILIA,**

ayant élu domicile chez
Me Denis PHILIPPE, avocat,
avenue Louise, n° 40,
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 21 septembre 2012, la société anonyme PHARMACIE DU CENTRE sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la délibération du Conseil de l'action sociale de la partie adverse du 30 août 2012 par laquelle celui-ci a décidé d'attribuer à la société FAMILIA EP, rue E. Dinot, 32 à 5590 Ciney, le marché de fourniture de médicaments et spécialités pharmaceutiques destinés aux cinq maisons de repos du C.P.A.S. pour la période du 1^{er} décembre 2012 au 31 novembre 2015 (cahier spécial des charges n° 20120410-1)".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 21 septembre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 4 octobre 2012 à 10 heures 30.

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

La société coopérative à responsabilité limitée L'ECONOMIE POPULAIRE, en abrégé E.P.C. FAMILIA a, par une requête introduite à l'audience le 4 octobre 2012, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

Me Eric MARON, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Gilles VANDERMEEREN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me François VISEUR, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, 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. Par avis publiés au Bulletin des adjudications le 4 mai 2012 et au Supplément au Journal officiel de l'Union européenne le 8 mai 2012, la partie adverse a lancé la procédure d'attribution d'un marché public portant sur la fourniture de médicaments (spécialités et préparations magistrales) et de produits pharmaceutiques à destination des maisons de repos du centre public d'action sociale de Namur, en abrégé C.P.A.S., pour une période de trois ans à dater du 1^{er} décembre 2012.

Le mode de passation retenu est celui de l'appel d'offres avec publicité européenne.

Le marché fait l'objet du cahier spécial des charges n° 20120410-1.

Celui-ci définit le critère d'attribution du marché en se référant aux pourcentages de remises proposés par les soumissionnaires sur le prix de vente des médicaments. Il précise, en son point A.12.3 (p. 10/22), que

" Le marché sera attribué au soumissionnaire ayant remis l'offre qui totalise le plus grand nombre de points, pour autant que celle-ci soit administrativement et techniquement régulière et pour autant que le contrôle par le pouvoir adjudicateur de la déclaration implicite sur l'honneur de ce soumissionnaire ait démontré que la déclaration implicite sur l'honneur correspond à la réalité.

En cas d'ex æquo, il sera demandé aux soumissionnaires ex æquo de déposer une offre écrite de rabais.

L'évaluation des offres dans le cadre du critère d'attribution se fera sur base du pourcentage de réduction accordé pour l'ensemble des médicaments à savoir :

1. Remise sur les médicaments remboursables – (pondération : 60 points)
2. Remise sur les médicaments non-remboursables – (pondération : 20 points)
3. Remise sur les produits non enregistrés comme médicament (produits de comptoir) – (pondération : 10 points)
4. Remise sur les préparations magistrales et produits assimilés – (pondération 10 points)

Total : 100 points

On attribuera au soumissionnaire qui a présenté le meilleur pourcentage de réduction, le maximum de points. La cotation à attribuer aux autres soumissionnaires est calculée comme suit : le critère pourcentage de réduction x (pourcentage de réduction du soumissionnaire concerné / meilleur pourcentage de réduction).

Exemple : Soumissionnaire A : $50 * 30/30 = 50$ pts
 Soumissionnaire B : $50 * 25/30 = 41,66$ pts".

Conformément au critère d'attribution ainsi défini, les soumissionnaires étaient invités à mentionner sur le formulaire d'offre joint au cahier spécial des charges les pourcentages de remise proposés pour chacune des quatre catégories de produits mentionnées ci-dessus.

III. 2. Le cahier spécial des charges définit, par ailleurs, les modalités de réception, d'exécution, de facturation et de paiement des fournitures comme suit :

" 14. Réceptions - Réception des produits fournis.

14.1. Réception des fournitures exécutées.

Le pharmacien livre les médicaments et spécialités pharmaceutiques, par paquet distinct, pour chaque résidant. Ils joignent, à chaque paquet, la copie de l'ordonnance et une note d'envoi numérotée reprenant :

1. Le nom et prénom du résident.
2. La date de livraison.
3. Le détail des médicaments et spécialités pharmaceutiques, la quantité.

Au lieu de livraison, l'Administration vérifie l'espèce, la quantité des fournitures expédiées ou remises.

Elle procède également aux constatations éventuelles d'avaries.

Le bordereau de livraison ne sera valable, qu'une fois signé par le maître d'œuvre sous la mention suivante :

«BON POUR RECEPTION SOUS RESERVE DE CONTRÔLE QUANTITE ET QUALITE».

L'Administration dispose d'un délai de 30 jours de calendrier pour effectuer les formalités de vérification décrites ci-dessus et en notifier le résultat à l'adjudicataire.

Le délai prend cours le lendemain de la mise en service des fournitures dans l'établissement, pour autant que l'Administration soit mise en possession du bordereau de livraison ou de la facture exigée.

14.2. Frais de réception.

P.M

15. Exécution des fournitures.

15.1. Clause d'exécution

Les conditions d'exécution du marché sont celles de l'Arrêté Royal du 26 septembre 1996 établissant le cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et des concessions de travaux publics, compte tenu des précisions et dérogations qui suivent.

1. Le prix doit être établi à l'unité de conditionnement.

La facturation se fera mensuellement et séparément pour les résidents.

Les factures établies conformément aux commandes et en deux exemplaires, seront aussi détaillées que possible. Elles mentionneront, au minimum, outre les références de la commande, le nom et le conditionnement des médicaments fournis, les quantités, le prix public, le montant du ticket modérateur ainsi que les divers totaux.

2. Le soumissionnaire s'engage à appliquer le régime du tiers-payant.

Il s'en tient strictement à la nomenclature fixée par l'INAMI.

Le soumissionnaire est tenu de signaler la carte SIS manquante auprès de la maison de repos concernée.

3. Le pharmacien désigné doit prendre les prescriptions médicales, chaque jour ouvrable (y compris le samedi), à la maison de repos.

Une ligne téléphonique directe entre la maison de repos et le pharmacien est absolument nécessaire.

Les ordonnances devront être reprises deux fois par jour à l'endroit stipulé.

Les commandes communiquées par téléphone jusqu'à 18h00 doivent être honorées dans la journée c'est-à-dire pour 20h00 heures au plus tard.

Dans les cas d'urgence, pendant les heures d'ouverture de la pharmacie, la livraison des médicaments doit avoir lieu impérativement dans l'heure de la réception de l'ordonnance.

Le pharmacien doit fournir les médicaments et spécialités pharmaceutiques chaque jour ouvrable, samedi matin inclus.

4. Les jours non ouvrables, le pharmacien désigné devra fournir les médicaments et spécialités pharmaceutiques urgentes, selon les modalités définies dans son offre.

5. Le pharmacien s'engage à rechercher la fourniture la moins onéreuse et la plus adéquate pour les résidents conformément aux dispositions en vigueur, en collaboration avec le médecin coordinateur de la maison de repos et de soins et en suivant les prescriptions des médecins traitants.

6. Le pharmacien est donc tenu d'avertir la maison de repos qu'un médicament est soumis à l'accord du médecin-conseil. Afin de ne pas suspendre la délivrance de ces médicaments, le pharmacien remettra automatiquement un formulaire adéquat (paiement comptant), afin que la maison de repos puisse récupérer auprès de l'organisme assureur, en attendant l'accord du médecin-conseil.

7. Le pharmacien veillera à prévenir l'institution au moins un mois à l'avance de l'expiration de l'autorisation des médicaments soumis à l'accord du médecin-conseil.

8. Le conditionnement devra toujours répondre aux exigences légales de délivrance.

15.2. Conditions de livraison

Les livraisons auront lieu deux fois par jour et les ordonnances seront reprises dans les boîtes à cet usage dans les différentes maisons de repos lors de chaque livraison. La livraison doit impérativement être remise en mains propre à l'endroit et aux personnes désignés par chaque institution.

Les fournitures groupées seront individualisées par pensionnaire et ce, pour chaque conditionnement et préparation magistrale dans des sachets nominatifs, chaque sachet contenant les médicaments mentionnés sur la commande correspondante. Copie de la commande sera agrafée à chaque sachet.

S'il est mandataire du pensionnaire, le C.P.A.S. fournira à l'adjudicataire une copie du mandat conféré.

Les livraisons auront lieu chaque jour ouvrable entre 09h00 et 11h00 y compris le samedi, pour les ordonnances reprises les veilles et les commandes téléphoniques avant 08h30 et, entre 14h00 et 18h00, pour les ordonnances retirées le matin et les commandes téléphoniques avant 13h00 sauf commande justifiant l'urgence.

Les commandes communiquées par téléphone jusqu'à 18h00 doivent être honorées dans la journée c'est-à-dire pour 20h00 heures au plus tard.

Les préparations magistrales délivrées devront également stipuler, sur leur emballage, la date de péremption.

Toutefois, le délai de livraison maximum est de 24h00, dimanche non compris, en cas de rupture de stock ou de force majeure.

En cas de nécessité, il pourra être demandé à l'adjudicataire d'effectuer des livraisons urgentes selon des modalités à convenir avec l'infirmière de la maison de repos.

Les livraisons se feront franco.

1. Un bon à valoir devra être fourni pour les médicaments ayant fait l'objet d'une prescription et dont l'institution doit, pour des raisons de gestion de stocks, demander une délivrance différée.

2. Toute fourniture non conforme aux stipulations du présent cahier spécial des charges, sous quelque rapport que ce soit, sera refusée et devra immédiatement être remplacée, dès signification du refus par la direction des Maisons de Repos (par téléphone ensuite confirmé par/ou télécopieur, par E-Mail, par pli ordinaire ou recommandé).

15.2. Lieu où les fournitures doivent être exécutées et formalités.

15.2.1. Lieu où les fournitures doivent être exécutées.

Les fournitures seront exécutées aux adresses suivantes :

- La Maison d'Harscamp - Rue Saint Nicolas, 2 B-5000 NAMUR
- Le Home La Closière - Avenue de la Closière, 2 B-5002 SAINT SERVAIS
- Le CMS Les Chardonnerets - Rue de Dave, 163 B-5100 JAMBES
- Le Home Le Grand Pré - Rue A. de Wasseige, 76 B-5100 WEPION
- Le Home Saint Joseph - Chaussée de Nivelles, 354 B-5020 TEMPLoux

16. Facturation et paiement des fournitures.

Le paiement est effectué dans les 50 jours de calendrier à compter de la date à laquelle toutes les formalités de réception sont terminées pour autant que l'acheteur soit en possession de la facture régulièrement établie ainsi que des autres documents éventuellement exigés.

L'administration responsable du paiement est le CPAS de NAMUR – Rue de Dave, 165 B-5100 JAMBES.

Afin d'obtenir paiement, l'adjudicataire enverra à l'adresse indiquée ci-dessous une facture non acquittée en deux exemplaires, TVA incluse, à laquelle il joindra une copie de la prescription médicale.

Cette facture qui doit correspondre à chaque bon de commande mentionnera également :

- Le numéro de registre de commerce;
- Le numéro de TVA;
- Le numéro de la facture.

Les factures doivent être certifiées sincères et véritables à la somme de EUROS, datées et signées.

Seules les fournitures exécutées de manière correcte pourront être facturées.

Afin de permettre le respect de ce délai, les factures doivent obligatoirement :

1. Etre établies en double exemplaires au nom de la Maison de repos concernée du C.P.A.S. de Namur, ainsi qu'en double exemplaire au nom de chaque résident.
2. Mentionner les références complémentaires du bon de commande et les références des patients individualisés.
3. Etre certifiées «sincère et véritable à la somme de €» (libellée en lettres) et signées par la personne habilitée à cette fin ou porter le n° et la date de l'autorisation de dispense de certification, pour les factures établies par un système informatique,

Les deux exemplaires devront répondre aux modalités suivantes :

La ristourne est une remise de prix

1^{er} exemplaire : Etablie par nom, prénom du résident, montant mensuel client TVAC, montant mensuel de la remise et le montant net à payer.

NOM - PRÉNOM	PRIX CLIENT HTVA	RISTOURNE	% TVA	TVA	PRIX A PAYER TVAC
DUPONT Jules	419 € 230 €	- 41.9 € (10 %) - 71.3 € (31 %)	6 % 21 %	22.63 € 9.52 €	399.73 € 168.22 €
DURANT Alfred	120 €	- 12 € (10 %)	6 %	6.48 €	114,48 €
MARTIN Arthur	444 €	- 44.4 € (10 %)	6 %	23.98 €	423.58 €
TOTAUX	1 213 €	- 169.6 €		62.61 €	1 106.01 €

2^{ème} exemplaire : Etabli sur une feuille individuelle pour chaque résident, reprenant le détail des fournitures.

DUPONT JULES								
	BON DE LIVRAISON N°	DATE	QUANTITÉ	PRIX PLEIN UNITAIRE	T.MOD. UNITAIRE	RISTOURNE	TVA	TOTAL A PAYER TVAC
Pulmicort	2012418	01.03.13	1	1.528 €	229 €	- 52,67 € (23%)	10,58 €	186,91 €
Salsepareille	2012512	26.03.13	1	7,87 €	so	- 0,79 € (10%)	0,42 €	7,5 €
Sérum physiolo	2012512	26.03.13	2	95 €	190 €	- 36,1 € (19%)	9,23 €	163,13 €

Les factures retournées pour correction ou non conformes seront tenues en suspens de paiement."

III. 3. L'ouverture des offres a eu lieu le 22 juin 2012.

Six offres ont été déposées. Outre celle de la requérante, il s'agit de celles des sociétés LLOYDS PHARMA, FAMILIA, PATRONA, PHARMACIES NAMUROISES et MULTIPHARMA.

III. 4. En sa séance du 30 août 2012, le conseil de l'action sociale de la partie adverse a décidé d'attribuer le marché litigieux à la société E.P.C. FAMILIA. Il s'agit de l'acte attaqué qui a été notifié à la requérante par un courrier du 6 septembre 2012.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 4 octobre 2012, la société coopérative à responsabilité limitée L'ECONOMIE POPULAIRE, en abrégé E.P.C. FAMILIA, demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

En tant que bénéficiaire de l'acte attaqué, elle a intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure, de sorte qu'il y a lieu d'accueillir sa requête.

V. COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT

V. 1. Thèses des parties

Dans sa note d'observations, la partie adverse conteste la compétence du Conseil d'Etat pour connaître de la présente requête, faisant valoir que le choix du partenaire (pharmacie Familia) a été posé dans le cadre d'un mandat de sorte que le C.P.A.S. de NAMUR n'a pas agi en tant qu'autorité administrative. A cet égard, elle s'autorise d'un arrêt n° 218.803, rendu par le Conseil d'Etat le 2 avril 2012, dont elle estime l'enseignement transposable à l'espèce actuellement examinée.

Dans sa requête, l'intervenante prend appui sur l'arrêt précité du Conseil d'Etat pour soulever la même exception d'incompétence. Elle précise que, même si aucune référence à l'arrêté royal du 31 mai 1885 approuvant les nouvelles instructions pour les médecins, pour les pharmaciens et pour les droguistes ne figure dans le cahier spécial des charges ou dans la décision litigieuse, le fait que la facturation doive être ventilée par patient démontre que le C.P.A.S. de Namur agit comme mandataire des patients et non pour son propre compte.

A l'audience du 4 octobre 2012, la requérante a développé une argumentation selon laquelle l'affaire actuellement examinée n'était pas similaire à celle qui avait donné lieu à l'arrêt n° 218.803 invoqué par la partie adverse et l'intervenante. Elle a observé, par ailleurs, que, le mandat visé à l'article 26bis, § 2, 1°, de l'arrêté royal du 31 mai 1885 précité n'étant pas automatique ou accordé de plein droit, il convenait de le produire, ce qui n'a pas été fait, en l'espèce, par la partie adverse qui s'en prétend pourtant titulaire. La requérante a également ajouté que si ce mandat existait, il y aurait lieu de le tenir pour irrégulier, dès lors que son titulaire ne peut être mandataire que d'une seule communauté d'habitants, alors qu'en l'espèce, la partie adverse ferait figure de mandataire de cinq communautés, respectivement constituées des pensionnaires des cinq maisons de repos dont le C.P.A.S. assume la gestion. Enfin, elle a confirmé qu'en adoptant l'acte attaqué, la partie adverse avait bien agi en qualité d'autorité administrative, dans le cadre de sa mission de gestion des

homes, et qu'elle manquerait d'ailleurs à cette mission si elle ne faisait pas le nécessaire pour assurer la fourniture de médicaments.

En termes de plaidoiries, la partie adverse a particulièrement fait valoir que le mandat invoqué découlait de la réglementation applicable. Pour sa part, l'intervenante a observé que ce mandat existait nécessairement, faute de quoi les médicaments ne pourraient pas être délivrés dans le cadre du contrat de fournitures actuellement en cours, et qui viendra à échéance le 30 novembre 2012.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Telle qu'elle est soulevée, l'exception d'incompétence du Conseil d'Etat suppose l'existence d'un (ou de plusieurs) mandat(s) préalable(s) à la mise en concurrence. Rien, dans les documents du marché, n'autorise cependant à considérer qu'il en va bien ainsi.

L'existence d'un tel mandat ne saurait être déduite de la clause de l'article 15.2. du cahier spécial des charges, aux termes de laquelle "s'il est mandataire du pensionnaire, le C.P.A.S. fournira à l'adjudicataire une copie du mandat conféré". La qualité de mandataire reconnue à la partie adverse y apparaît, en effet, comme simplement hypothétique.

Par ailleurs, si - comme le soutient la partie adverse - le mandat dont elle se prétend titulaire est celui que vise la réglementation relative à la délivrance de médicaments par les pharmaciens, il doit faire l'objet d'un document écrit, en vertu de l'article 23, 1°, de l'arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens, lequel arrêté royal abroge, en son article 47, l'arrêté royal du 31 mai 1885 précité, sauf en ce qui concerne les officines hospitalières telles que visées à l'arrêté royal du 19 octobre 1978 réglementant les officines et les dépôts de médicaments dans les établissements de soins. La partie adverse s'abstient toutefois de produire une copie du (ou des) document(s) concerné(s).

Dès lors que la partie adverse n'établit pas concrètement l'existence du mandat qu'elle invoque pour contester la compétence du Conseil d'Etat, l'exception qu'elle soulève à cet égard ne peut être accueillie. Pour le surplus, rien ne permet, *prima facie*, de considérer que le Conseil d'Etat ne serait pas compétent pour connaître de la présente demande.

VI. DISPOSITIONS APPLICABLES A LA DEMANDE DE SUSPENSION

VI. 1. Thèses des parties

Dans sa note d'observations, la partie adverse soutient que la procédure visée à l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics n'est pas applicable dans la mesure où la décision litigieuse ne s'inscrit pas dans un processus d'attribution de marché public et ce, en dépit de la qualification opérée. La convention qu'entend passer le C.P.A.S. de Namur avec la pharmacie FAMILIA EP ne peut être qualifiée de marché public car il n'y a pas mise à disposition de biens meubles ou de services au profit d'un pouvoir adjudicateur, mais bien des résidents des homes du C.P.A.S.. Les médicaments ne sont pas destinés au C.P.A.S., mais aux pensionnaires auxquels les médicaments ont d'ailleurs été prescrits individuellement et sont d'ailleurs facturés de la même façon par le pharmacien. Il ne fait pas de doute que les pensionnaires sont bien les destinataires de la fourniture ou du service.

A l'audience du 4 octobre 2012, la requérante a soutenu que l'opération litigieuse devait bien être qualifiée de marché public, dès lors que les éléments caractéristiques de celui-ci étaient vérifiés en l'espèce. Elle relève, à ce propos, que l'opération tend à la conclusion d'un contrat à titre onéreux avec un pouvoir adjudicateur. A son estime, ces éléments suffisent à emporter la qualification de marché public, le régime juridique des fournitures étant indifférent.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les articles 65/14 et 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services sont libellés comme suit :

" Art. 65/14.

A la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :

1° le droit communautaire en matière de marchés publics applicable au marché concerné, ainsi que la loi et ses arrêtés d'exécution;

2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché concerné;

3° les documents du marché.

Art.65/15.

Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 65/14, l'instance de recours peut, sans que la preuve d'un risque de préjudice grave difficilement réparable ne doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 65/14 et, en ce qui concerne le Conseil d'Etat, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;

2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

La demande de suspension est introduite selon une procédure d'extrême urgence ou de référé, conformément à l'article 65/24.

L'instance de recours tient 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.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1^{er} ou avec la demande d'annulation visée à l'article 65/14 ou séparément."

L'application de ces dispositions, et plus particulièrement de celles qui définissent les conditions auxquelles la suspension de l'exécution d'un acte peut être ordonnée, impose de déterminer au préalable si l'acte attaqué constitue une décision prise par une autorité adjudicatrice.

Du document intitulé "Cahier spécial des charges N° 20120410-1", il ressort qu'en faisant offre dans le cadre de la procédure qui a abouti à l'adoption de l'acte attaqué, les soumissionnaires se sont engagés à assurer, pendant la période fixée et suivant les modalités de livraison déterminées, la fourniture de médicaments et spécialités pharmaceutiques au profit des pensionnaires des homes dont la partie adverse assure la gestion, à tout le moins à ceux d'entre eux qui auront choisi de mandater à cette fin ladite partie adverse. Ces soumissionnaires garantissent également que les pensionnaires bénéficieront des ristournes annoncées. Enfin, la partie adverse s'engage, pour sa part, à assumer la responsabilité des paiements dont sont seuls débiteurs les pensionnaires aux noms desquels les prescriptions ont été individuellement établies.

Sur la base de ces éléments, et au terme d'un examen effectué en extrême urgence, il y a lieu de considérer, à première vue, que le contrat que la notification de l'acte attaqué doit avoir pour effet de conclure, ne constitue pas un marché public de

fourniture de médicaments, parce que la partie adverse, qui l'a initié, n'en est pas le bénéficiaire. Il s'ensuit que l'acte attaqué ne peut être qualifié de décision prise par une autorité adjudicatrice, au sens de l'article 65/14 précité, et, partant, que l'article 65/15 n'est pas applicable à une demande tendant à la suspension de son exécution.

En conséquence, la suspension de l'exécution de l'acte attaqué ne peut être ordonnée que si la demande tendant à cette fin satisfait aux exigences édictées par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973, lequel est libellé comme suit:

" la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable".

VII. RISQUE DE PREJUDICE GRAVE ET DIFFICILEMENT REPARABLE

VII. 1. Thèses des parties

Sous le titre "Quant à la balance des intérêts", la requérante expose qu'elle est gravement préjudiciée par son éviction du marché. Elle est, en effet, titulaire du précédent marché conclu par le C.P.A.S. ayant le même objet. La non attribution du marché lui causera, dès lors, une perte importante de revenus et l'a contraindra à licencier au moins deux membres de son personnel.

Dans sa note d'observations, et après avoir soutenu que les articles 65/14 et suivants de la loi du 24 décembre 1993 n'étaient pas applicables en l'espèce, la partie adverse observe que la requérante n'expose pas quel serait le risque de préjudice grave et difficilement réparable encouru, ni n'expose avoir fait toutes diligences en introduisant sa requête. Elle ajoute que la requérante ne fait pas la démonstration d'un risque de préjudice grave et difficilement réparable.

A l'audience du 4 octobre 2012, la requérante a soutenu qu'il n'y avait pas lieu d'avoir égard aux objections de la partie adverse relatives à la démonstration et à l'existence d'un risque de préjudice grave et difficilement réparable, ces exigences n'étant pas imposées en l'espèce puisque l'opération litigieuse doit bien être qualifiée de marché public.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Même si la requête, qui se fonde erronément sur l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993, ne contient pas un exposé spécifique, et présenté comme tel, du

risque de préjudice grave difficilement réparable, les considérations émises par la requérante sous le titre "Quant à la balance des intérêts" peuvent être admises comme satisfaisant à l'exigence imposée par l'article 16, § 2, 6°, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat. Il s'ensuit qu'en tant qu'elle reproche à la requérante de n'avoir pas respecté le prescrit de cette dernière disposition, l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse ne peut être accueillie.

La perte de revenus, non autrement précisée par la requérante, constitue un préjudice financier dont la gravité n'est toutefois pas établie. En outre, pareil préjudice financier est en principe réparable, puisqu'il peut être entièrement compensé par l'octroi de dommages et intérêts. Il n'en va autrement que s'il est établi que ce préjudice financier est lui-même à l'origine de conséquences irréversibles ou difficilement réversibles pour la personne qui l'invoque. En l'espèce, la requérante ne fait pas état de telles conséquences.

Par ailleurs, s'agissant de la perspective de licenciement de deux membres de son personnel, la requérante n'est pas recevable à faire état de ce risque. A le supposer suffisamment établi, celui-ci, non direct, ne peut être pris en considération, faute pour la requérante d'établir, par ailleurs, qu'elle est elle-même exposée à un risque de préjudice grave et difficilement réparable.

Faute de satisfaire à l'une des conditions posées par l'article 17, § 2, des lois sur le Conseil d'Etat, précitées, la demande ne peut être accueillie.

VIII. DEPENS

La partie requérante ayant été induite en erreur par la partie adverse pour ce qui concerne la qualification de marché public, et ce depuis le lancement de la procédure ayant abouti à l'adoption de l'acte attaqué, il convient de mettre les dépens à la charge de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société coopérative à responsabilité limitée L'ECONOMIE POPULAIRE, en abrégé E.P.C. FAMILIA, dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

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 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix octobre deux mille douze par :

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

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.