

**RÉPUBLIQUE  
FRANÇAISE****Légifrance**

Le service public de la diffusion du droit

*Liberté  
Égalité  
Fraternité***CAA de NANTES, 4ème chambre, 17/11/2023, 22NT03825, Inédit au recueil Lebon**

CAA de NANTES - 4ème chambre

Lecture du vendredi 17 novembre 2023

N° 22NT03825  
Inédit au recueil LebonPrésident  
M. LAINÉRapporteur public  
Mme ROSEMBERGRapporteur  
Mme Laure CHOLLETAvocat(s)  
CABINET LEXCAP RENNES

## Texte intégral

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La SELARL Pharmacie de l'Université a demandé au tribunal administratif de Rennes d'annuler le contrat conclu le 12 décembre 2019 entre le centre communal d'action sociale de Saint-Brieuc et la pharmacie du Centre, ayant pour objet des prestations d'externalisation des médicaments pour deux établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes ou, à titre subsidiaire, de résilier ce contrat.

Par un jugement n° 2000720 du 13 octobre 2022, le tribunal administratif de Rennes a rejeté cette demande.  
Procédure devant la cour :

Par une requête et un mémoire complémentaire, enregistrés les 8 décembre 2022 et 19 juin 2023, la SELARL Pharmacie de l'Université, représentées par Me Lahalle, demande à la cour :

1°) d'annuler ce jugement du 13 octobre 2022 du tribunal administratif de Rennes ;

2°) d'annuler le contrat conclu le 12 décembre 2019 entre le centre communal d'action sociale de Saint-Brieuc et la pharmacie du Centre, ou, à titre subsidiaire, de résilier ce contrat ;

3°) de mettre à la charge du centre communal d'action sociale de Saint-Brieuc une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le contrat en litige est un contrat ayant pour objet la concession d'un service, soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; il a pour objet de confier au prestataire un droit d'exploitation au sens du code de la commande publique ; les patients conservent le libre choix de leur fournisseur de produits pharmaceutiques, ce qui expose le titulaire du contrat à un aléa économique ; le risque d'insolvabilité ne peut être exclu pour les médicaments non intégralement remboursés par la sécurité sociale ; le centre communal d'action sociale ne verse aucun prix au titulaire et ne prend pas en charge d'éventuelles pertes subies par l'opérateur privé ;
- l'erreur du centre communal d'action sociale de Saint-Brieuc, qui a qualifié le contrat de marché public lors de la procédure de consultation, a induit en erreur sur la nature du contrat et la procédure de passation applicable alors qu'aucun projet de contrat ne

figurait au cahier des charges ; le centre communal d'action sociale a ainsi omis de procéder à la phase d'analyse des candidatures, en méconnaissance des articles L. 3123-18 et L. 3123-19 du code de la commande publique ; la phase de négociation, qui demeure le principe en matière de passation des concessions, n'a pas été mise en œuvre, ce qui l'a empêchée d'améliorer son offre et de remporter la consultation ; en attribuant une note identique à tous les candidats, le pouvoir adjudicateur a privé le critère financier de toute portée ; elle aurait pu obtenir une note supérieure sur ce critère s'il avait fait l'objet d'une analyse comparative au regard du contenu respectif des offres ;

- à supposer même que le contrat s'analyse en un contrat de marché public, il aurait dû faire l'objet d'un allotissement conformément à l'article L. 2113-10 du code de la commande publique ; cette irrégularité est susceptible de l'avoir lésé en ce que sa proposition aurait été différente dans le cadre d'un périmètre de prestations réduit ;

- le cahier des charges du contrat de concession ne prévoyait aucune durée ; elle n'a donc pas pu présenter utilement son offre par rapport au critère de la durée sur laquelle elle devait s'engager ;

- le contrat conclu présente un caractère illicite ; il méconnaît le principe de libre choix du pharmacien prévu à l'article L. 1110-8 du code de la santé publique ; le contrat est contraire au devoir d'indépendance des pharmaciens prévu à l'article R. 4235-18 du code de la santé publique eu égard aux conditions d'exécution qu'il impose à l'attributaire.

Par un mémoire en défense, enregistré le 23 février 2023, le centre communal d'action sociale de Saint-Brieuc, représenté par Me Berrezai, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la Pharmacie de l'Université une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la requête d'appel est irrecevable dès lors qu'elle reprend intégralement et exclusivement la requête de première instance et méconnaît l'article R. 411-1 du code de justice administrative ;

- la qualification du contrat en litige n'a aucun rapport avec l'éviction de la Pharmacie de l'Université ; les critères de sélection auraient été identiques qu'il s'agisse d'un contrat de marché public ou d'une concession ;

- le contrat conclu sur le fondement de l'article L. 5126-10 du code de la santé publique ne relève pas du champ de la commande publique et n'est soumis à aucune obligation de publicité et de mise en concurrence préalable ; il s'agit d'un contrat sui generis ; en tout état de cause, il ne peut s'agir d'un contrat de concession au sens de l'article L. 1121-1 du code de la commande publique en l'absence de transfert d'un risque d'exploitation ; en tout état de cause, la Pharmacie de l'Université n'a été lésée par aucun manquement commis aux règles de procédures imposées aux concessions ;

- le contrat conclu n'est pas illicite.

La requête a été communiquée à la pharmacie du Centre qui n'a pas produit de mémoire en défense.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de l'action sociale et des familles ;

- le code de la commande publique ;

- le code de santé publique ;

- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Chollet,

- les conclusions de Mme Rosemberg, rapporteure publique ;

- et les observations de Me Cazo, substituant Me Lahalle, représentant la Pharmacie de l'Université et de Me Geffroy, représentant le centre communal d'action sociale de Saint-Brieuc.

Considérant ce qui suit :

1. Le centre communal d'action sociale (CCAS) de Saint-Brieuc a, le 1er avril 2019, sur demande expresse de l'agence régionale de santé, lancé une consultation en vue de la conclusion d'un contrat avec une pharmacie, en application de l'article L. 5126-10 du code de la santé publique, ayant pour objet l'externalisation de la préparation individualisée des médicaments des résidents de deux établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD). Par courrier du 3 juin 2019, la Pharmacie de l'Université a été informée que son offre avait été rejetée. La convention a été conclue entre le CCAS de Saint-Brieuc et la Pharmacie du Centre le 12 décembre 2019. La Pharmacie de l'Université relève appel du jugement du 13 octobre 2022 par lequel le tribunal administratif de Rennes a rejeté sa demande tendant à l'annulation de ce contrat.

Sur le bien-fondé du jugement attaqué :

En ce qui concerne la nature du contrat :

2. D'une part, aux termes de l'article L. 123-5 du code de l'action sociale et des familles : " (...) / Le centre communal d'action sociale

peut créer et gérer en services non personnalisés les établissements et services sociaux et médico-sociaux mentionnés à l'article L. 312-1. (...) ". Aux termes de l'article L. 312-1 du même code : " I.- Sont des établissements et services sociaux et médico-sociaux, au sens du présent code, les établissements et les services, dotés ou non d'une personnalité morale propre, énumérés ci-après : / (...) / 6° Les établissements et les services qui accueillent des personnes âgées ou qui leur apportent à domicile une assistance dans les actes quotidiens de la vie, des prestations de soins ou une aide à l'insertion sociale ; / (...) ". Aux termes de l'article L. 311-1 du même code : " L'action sociale et médico-sociale, au sens du présent code, s'inscrit dans les missions d'intérêt général et d'utilité sociale suivantes : / (...) / 5° Actions d'assistance dans les divers actes de la vie, de soutien, de soins et d'accompagnement, y compris à titre palliatif ; / (...) / Ces missions sont accomplies par des personnes physiques ou des institutions sociales et médico-sociales. / Sont des institutions sociales et médico-sociales au sens du présent code les personnes morales de droit public ou privé gestionnaires d'une manière permanente des établissements et services sociaux et médico-sociaux mentionnés à l'article L. 312-1. / (...) ".

3. D'autre part, aux termes de l'article L. 2 du code de la commande publique : " Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. / (...) ". Aux termes de l'article L. 1111-1 du même code : " Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent ".

4. Enfin, aux termes de l'article L. 5126-10 du code de la santé publique : " I.- (...) / II. -Les établissements mentionnés au 6° du I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles qui ne disposent pas de pharmacies à usage intérieur ou qui ne sont pas membres d'un groupement de coopération sanitaire ou d'un groupement de coopération sociale et médicosociale gérant une pharmacie à usage intérieur concluent, avec un ou plusieurs pharmaciens titulaires d'officine, une ou des conventions relatives à la fourniture en produits de santé mentionnés au I de l'article L. 5126-1 des personnes hébergées en leur sein. La ou les conventions désignent un pharmacien d'officine référent pour l'établissement. Ce pharmacien concourt à la bonne gestion et au bon usage des médicaments destinés aux résidents. Il collabore également, avec les médecins traitants, à l'élaboration, par le médecin coordonnateur mentionné au V de l'article L. 313-12 du même code, de la liste des médicaments à utiliser préférentiellement dans chaque classe pharmaco-thérapeutique. / Ces conventions précisent les conditions destinées à garantir la qualité et la sécurité de la dispensation ainsi que le bon usage des médicaments en lien avec le médecin coordonnateur mentionné au V de l'article L. 313-12 du même code. Elles sont transmises par les établissements au directeur général de l'agence régionale de santé ainsi qu'à la caisse primaire d'assurance maladie dont ils relèvent et, par les pharmaciens, au conseil compétent de l'ordre. Les personnes hébergées ou leurs représentants légaux conservent la faculté de demander que leur approvisionnement soit assuré par un pharmacien de leur choix. / Les conventions sont conformes à une convention type définie par arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale ".

5. Le contrat pour la conclusion duquel le CCAS de Saint-Brieuc a lancé la procédure litigieuse a pour objet " d'assurer aux résidents des établissements du CCAS qui le souhaitent (...) l'organisation d'une prestation qualifiée visant à la sécurisation du parcours du médicament au sein de l'établissement, ainsi qu'au bon usage des produits de santé par une formation et/ou une information pertinentes ". Ce contrat lui permet donc de remplir d'une manière plus efficace sa mission de prestations de soins et d'accompagnement en qualité de gestionnaire d'EHPAD, mission notamment définie à l'article L. 311-1 du code de l'action sociale et des familles. Le titulaire doit s'engager à proposer les conditions d'une bonne organisation de la dispensation aux résidents de médicaments, produits ou objets mentionnés à l'article L. 4211-1 du code de la santé publique, sur demande des résidents des établissements, de leur représentant légal et/ou de leur médecin traitant, exprimé par écrit, soumis ou non à prescription, remboursables ou non, et notamment prévoir la fréquence de leurs livraisons entre l'officine et les établissements du CCAS, leur préparation sous paquets scellés totalement tracés et le reconditionnement éventuel des médicaments en sachets-dose et le suivi du parcours des produits pharmaceutiques au sein de l'établissement. Le titulaire participe aux obligations de suivi individualisé régulier des patients, en lien avec le personnel médical, en utilisant notamment un cahier de liaison afin " d'optimiser l'analyse pharmaceutique de l'ordonnance dans une optique clinique " et de " permettre dans le meilleur délai d'adaptation éventuelle des traitements ". Le service ainsi rendu par la pharmacie cocontractante ne fait l'objet d'aucune rémunération sous la forme d'un prix, mais la convention prévoit que " l'intérêt des parties contractantes réside dans le développement d'une relation durable, fondée sur la satisfaction en toute transparence des exigences socio-sanitaires des résidents selon des standards opposables de qualité élevée et de traçabilité totale, définis dans les projets d'établissement et proposés par l'officine ". Les établissements du CCAS s'engagent à cet effet à " présenter et expliquer, auprès des résidents, la politique de qualification de la prestation pharmaceutique sécurisée ". Le titulaire se rémunère donc en exploitant de manière durable l'accès à la clientèle des EHPAD pour le droit à dispensation de produits pharmaceutiques et doit, pour se faire, participer au suivi du patient dans sa dimension pharmaceutique, avec l'organisation conjointe de la transmission de toutes les informations nécessaires à la bonne prise en charge des résidents, l'organisation de la transmission de leurs cartes vitales à l'officine pendant le temps nécessaire à la facturation des médicaments à l'Assurance Maladie et vérifier la corrélation entre la prescription et les médicaments préparés.

6. Dans ces conditions, cette convention, dont la rémunération du service rendu prend la forme d'un accès privilégié à la clientèle présente dans les établissements médico-sociaux gérés par le CCAS pour une durée de trois ans en vue de la dispensation de prestations pharmaceutiques, présente le caractère d'un marché public.

En ce qui concerne la licéité du contrat :

7. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-

13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi. La légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini. Le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction.

8. En premier lieu, la Pharmacie de l'Université n'est pas fondée à invoquer la méconnaissance des dispositions de l'article L. 2113-10 du code de la commande publique dès lors que l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes.

9. En deuxième lieu, aux termes de l'article L. 3121-1 du code de la commande publique : " L'autorité concédante organise librement une procédure de publicité et mise en concurrence qui conduit au choix du concessionnaire dans le respect des dispositions des chapitres I à V du présent titre et des règles de procédure fixées par décret en Conseil d'Etat. / Elle peut recourir à la négociation. (...) ". Il résulte de ce qui a été dit aux points 5 et 6 que la Pharmacie de l'Université ne peut utilement invoquer la méconnaissance des dispositions de l'article L. 3121-1 du code de la commande publique qui ne concerne que les contrats de concessions de service public.

10. En troisième lieu, il ne résulte pas de l'instruction que le CCAS de Saint-Brieuc aurait méconnu les articles L. 3123-1 et suivants du code de la commande publique relatifs aux conditions de participation des candidats à la procédure de passation, notamment leur capacité et aptitude à candidater. La requérante ne justifie au demeurant pas avoir été lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine à cette occasion.

11. En quatrième lieu, il résulte des termes du rapport d'analyse des offres que les trois candidates ont obtenu la note maximale au titre du critère prix en proposant toutes de ne facturer aucun prix au CCAS de Saint-Brieuc et de se rémunérer exclusivement grâce aux versements faits par les résidents ou l'assurance-maladie. Ce critère n'a ni pour objet ni pour effet de désavantager la candidature de la Pharmacie de l'Université par rapport aux autres candidatures. En outre, la Pharmacie de l'Université ne justifie pas ni même n'allègue que son offre présentait des conditions financières de nature à lui donner l'avantage sur les autres candidats. Dans ces conditions, elle ne justifie pas de l'irrégularité de ce critère.

12. En cinquième lieu, la Pharmacie de l'Université n'est pas fondée à soutenir qu'elle n'a pas pu présenter utilement son offre par rapport au critère de la durée sur laquelle elle devait s'engager dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction que la durée du contrat était un critère pour analyser les offres des candidats et qu'elle a pu présenter la sienne dans les mêmes conditions que les autres.

13. En sixième lieu, aux termes de l'article L. 1110-8 du code de la santé publique dans sa rédaction applicable en l'espèce : " Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire. / Les limitations apportées à ce principe par les différents régimes de protection sociale ne peuvent être introduites qu'en considération des capacités techniques des établissements, de leur mode de tarification et des critères de l'autorisation à dispenser des soins remboursables aux assurés sociaux. "

14. Il résulte de l'instruction, notamment du préambule du cahier des charges et de la convention signée avec une autre officine, que les résidents hébergés dans les établissements du CCAS de Saint-Brieuc conservent leur droit au libre choix de l'officine et devront formaliser par un accord le choix spécifique de recourir à l'offre de service résultant de la conclusion du contrat avec la pharmacie du Centre. Dans ces conditions, le moyen tiré de ce que le contrat en cause serait illicite au motif qu'il méconnaîtrait le principe de libre choix du patient défini par l'article L. 1110-8 du code de la santé publique manque en fait et doit être écarté.

15. En dernier lieu, aux termes de l'article R. 4235-18 du code de la santé publique : " Le pharmacien ne doit se soumettre à aucune contrainte financière, commerciale, technique ou morale, de quelque nature que ce soit, qui serait susceptible de porter atteinte à son indépendance dans l'exercice de sa profession, notamment à l'occasion de la conclusion de contrats, conventions ou avenants à objet professionnel. "

16. Il ne résulte pas de l'instruction que les conditions d'exécution du marché porteraient atteinte à l'indépendance du pharmacien dispensateur, contrairement à ce que soutient la requérante.

17. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner la fin de non-recevoir opposée à la requête, que la Pharmacie de l'Université n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Rennes a rejeté sa demande.

Sur les frais liés au litige :

18. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge du CCAS de Saint-Brieuc la somme demandée par la Pharmacie de l'Université. Il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la Pharmacie de l'Université une somme de 1 500 euros, sur le fondement de ces mêmes dispositions, à verser au CCAS de Saint-Brieuc.

DECIDE :

Article 1er : La requête de la Pharmacie de l'Université est rejetée.

Article 2 : Il est mis à la charge de la Pharmacie de l'Université une somme de 1 500 euros à verser au centre communal d'action sociale de Saint-Brieuc sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à la Pharmacie de l'Université, à la Pharmacie du Centre et au centre communal d'action sociale de Saint-Brieuc.

Délibéré après l'audience du 24 octobre 2023, à laquelle siégeaient :

- M. Lainé, président de chambre,
- M. Derlange, président assesseur,
- Mme Chollet, première conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 17 novembre 2023.

La rapporteure,

L. CHOLLET

Le président,

L. LAINÉ

Le greffier,

C. WOLF

La République mande et ordonne au préfet des Côtes-d'Armor en ce qui le concerne, et à tous commissaires de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

2

N° 22NT03825