

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LILLE**

N° 1409248

SARL PHARMACIE
DU PONT DE NEUVILLE

M. Lepers
Juge des référés

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Ordonnance du 19 janvier 2015

Le juge des référés

39-08-015-01
C +

Vu la requête, enregistrée le 21 décembre 2014, sous le n°1409248, présentée pour la SARL Pharmacie du Pont de Neuville, dont le siège est situé 613-615 rue de Gand à Tourcoing (59200), par Me Noury ; la société demande au tribunal :

1°) d'annuler la procédure de passation du marché engagée par l'EHPAD « Résidence La Fleur de l'âge » à Neuville-en-Ferrain en vue de la fourniture à ses résidents de médicaments prescrits par les médecins généralistes ;

2°) de mettre à la charge de l'EHPAD la somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- que le contrat est un contrat de marché public « à bons de commande dépourvu de maximum » et que sa passation est ainsi soumise aux règles du code des marchés publics ;

- que les obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'EHPAD pour la passation du présent contrat n'ont pas été respectées et représentent une lésion en ce sens ;

- que le critère lié à « la proximité géographique avec l'établissement » est discriminatoire en ce qu'il méconnaît les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats (article 1^{er} du code des marchés publics).

Vu le mémoire en défense, enregistré le 6 janvier 2015, présenté pour l'EHPAD « Résidence La Fleur de l'âge », dont le siège est situé 20 allée des Sports à Neuville-en-Ferrain (59960), représenté par sa directrice, par Me Guilmain, qui conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la SARL Pharmacie du Pont de Neuville au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

N° 1409248

Il soutient :

- que la convention contestée n'est pas un marché public mais un contrat de partenariat pouvant se rattacher à la catégorie des conventions d'objectifs et de moyens sans engagement financier et qu'ainsi, le juge des référés précontractuels est incompétent pour connaître de la demande ;

- qu'aucun manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence ne peut être observé dès lors que l'ensemble des informations à fournir en application des articles 80 et 83 du code des marchés publics lui a été communiqué ;

- que le critère tiré de la « proximité géographique » n'a pas été le critère déterminant dans le choix du candidat et qu'ainsi il n'a pas lésé la société requérante ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 9 janvier 2015, présenté pour la Pharmacie Centrale de Neuville-en-Ferrain, dont le siège est situé 52 rue de Tourcoing à Neuville-en-Ferrain (59960), par Me Tytgat, qui conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la SARL Pharmacie du Pont de Neuville au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- que la convention contestée ne revêt pas la qualité de marché public dès lors que l'objet de la convention n'est pas lié à un besoin propre de l'EHPAD « Résidence La Fleur de l'âge » et qu'elle n'a pas de caractère onéreux ;

- qu'en tout état de cause, le requérant n'apporte aucunement la preuve des manquements susceptibles de l'avoir lésé ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 9 janvier 2015, présenté pour la SARL Pharmacie du Pont de Neuville, dont le siège est 613-615 rue de Gand à Tourcoing (59200), par Me Noury, qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ;

Elle soutient en outre :

- que la « convention » litigieuse entre dans le champ d'application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;

- que la qualification de la « convention » en « contrat de partenariat pouvant se rattacher à la catégorie des conventions d'objectifs et de moyens » par l'EHPAD qui assimile ainsi la « convention » à une convention d'objectifs et de moyens ne saurait être retenue ;

Vu le nouveau mémoire en réplique, enregistré le 9 janvier 2015, présenté par la SARL Pharmacie du Pont de Neuville, dont le siège est situé 613-615 rue de Gand à Tourcoing (59200), par Me Noury, qui conclut aux mêmes fins que la requête ;

Elle soutient :

- que la convention litigieuse peut être qualifiée de délégation de service public ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de la santé publique ;

N° 1409248

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision en date du 3 novembre 2014 par laquelle la présidente du tribunal a désigné M. Lepers, vice président, comme juge des référés ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir, au cours de l'audience du 9 janvier 2015 à 14 h 30, présenté son rapport, s'être assuré du respect du caractère contradictoire de la phase écrite de la procédure, et entendu :

- les observations de Me Noury, avocat de la requérante qui a repris l'ensemble des observations contenues dans ses écritures ;
- les observations de Me Guilmain représentant l'EPHAD défendeur qui a repris les remarques formulées dans ses écritures ;

Sur les conclusions aux fins de suspension de la procédure et d'injonction :

1 - Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction applicable à l'espèce : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « *Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-3 du même code : « *Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-10 du même code : « *Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. (...)* » ;

N° 1409248

2 - Considérant que, par un courrier adressé à plusieurs officines de pharmacie proches de son secteur d'implantation, en date du 10 octobre 2014, la directrice de l'établissement d'hébergement des personnes âgées dépendantes (EHPAD) de Neuville-en-Ferrain, dénommé « Résidence La Fleur de l'âge » a adressé un appel à candidatures assorti d'un cahier des charges en vue de l'exécution de diverses prestations de fourniture de médicaments à ses résidents ; que la pharmacie du Pont de Neuville dont la proposition a été écartée, au profit de celle émanant de la Pharmacie Centrale de Neuville-en-Ferrain, demande au juge des référés précontractuels d'annuler l'ensemble de la procédure de dévolution ainsi conduite ;

3 - Considérant qu'aux termes de l'article L. 5126-6-1 du code de la santé publique :
« *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 gérant une pharmacie à usage intérieur concluent, avec un ou plusieurs pharmaciens titulaires d'officine, une ou des conventions relatives à la fourniture en médicaments 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 pharmaceutique 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 doivent reprendre les obligations figurant dans une convention type définie par arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale » ; que l'article L. 312-1 dudit code mentionne parmi les établissements en cause 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* » ; que l'établissement public d'hébergement de personnes âgées dépendantes (EHPAD) dénommé « Résidence de la fleur de l'âge » entre bien dans cette catégorie de structures ;

4 – Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 1^{er} du code des marchés publics : « *Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* » ; que, toutefois, ces dispositions n'ont pas pour effet d'imposer à une personne publique de recourir à la formule du marché public pour faire face à un besoin, le mode d'exécution en régie demeurant, en particulier, disponible ; qu'en tout état de cause, au regard des critères d'intervention du juge des référés précontractuels posés sous l'article L. 551-1 du code de justice administrative, le contrat administratif, pouvant donner à l'utilisation de cette procédure, doit nécessairement avoir une contrepartie économique constituée par un prix ou

N° 1409248

par un droit d'exploitation ; que la convention dont s'agit, nonobstant la mention de « pouvoir adjudicateur » qu'elle intégrerait, ne comporte pas de modalités particulières de rémunération ; qu'au demeurant, en vertu de l'article L. 1110-8 du code de la santé publique, les personnes hébergées en EHPAD conservent leur droit fondamental du libre choix de leurs professionnels de santé, les prestations offertes étant destinées aux patients ou à leurs représentants légaux qui le souhaitent ; que, dans ces conditions, le pharmacien co contractant de l'établissement ne perçoit pas de rémunération et ne jouit pas d'un droit d'exploitation de la part de ce dernier, dès lors que s'appliquent les règles de droit commun de règlement des prestations via le système de l'assurance maladie ;

5 - Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : *« Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. »*

Les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat » ; qu'en admettant même que puisse être identifiée, en l'espèce, une activité de service public, le dispositif contractuel en litige ne peut s'analyser comme laissant au pharmacien co-contractant une part significative d'un risque d'exploitation dont l'existence est postulée, et non démontrée ;

6 – Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la convention conclue entre la pharmacie centrale de Neuville-en-Ferrain et l'EHPAD « Résidence La Fleur de l'âge » qui a pu l'être après recueil non formalisé de candidatures, n'est pas au nombre des contrats mentionnés à l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que, par suite, les conclusions aux fins d'annulation de la procédure de conclusion de ladite convention dont s'agit doivent être rejetées ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

7 - Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : *« Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation »* ;

8 - Considérant que les dispositions précitées font obstacle à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de l'EHPAD « Résidence La Fleur de l'âge » qui n'est pas partie perdante à la présente instance, au titre des frais exposés par la pharmacie du Pont de Neuville et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de la pharmacie requérante, partie perdante à l'instance, une somme de 1 000 euros au titre des frais exposés par l'EHPAD précité et non compris dans les

N° 1409248

dépens, d'une part, et une somme de 1 000 euros au titre des mêmes frais exposés par la Pharmacie Centrale de Neuville-en-Ferrain ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête présentée par la Pharmacie du Pont de Neuville est rejetée.

Article 2 : La Pharmacie du Pont de Neuville versera à l'EHPAD « Résidence La Fleur de l'âge » et à la Pharmacie Centrale de Neuville-en-Ferrain une somme de 1 000 euros chacun au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 La présente ordonnance sera notifiée à la Pharmacie du Pont de Neuville, à l'EHPAD « Résidence La Fleur de l'âge » et à la Pharmacie Centrale de Neuville-en-Ferrain.

Fait à Lille, le 19 janvier 2015

Le juge des référés

Signé

J. LEPERS

La République mande et ordonne au préfet du Nord en ce qui le concerne, et à tous huissiers 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 ordonnance.

Pour expédition conforme,
Le greffier,