



Wallonie



Service public
de Wallonie

DEPARTEMENT DES RESSOURCES
HUMAINES ET DU PATRIMOINE DES
POUVOIRS LOCAUX

DIRECTION DU PATRIMOINE ET DES
MARCHES PUBLICS DES POUVOIRS
LOCAUX

A Mesdames et Messieurs

- Les Présidents et Membres des Collèges provinciaux
- Les Gouverneurs de Province
- Les Bourgmestres et Membres des Collèges communaux
- Les Présidents des Conseils de l'aide sociale
- Les Présidents des intercommunales
- Les Directeurs généraux
- Les Directeurs financiers

Namur, le

03 JUIN 2014

Objet : Achat de médicaments pour les résidents dans les maisons de repos ainsi que les maisons de repos et de soins gérées par des pouvoirs locaux (CPAS, intercommunales) – Champ d'application de la réglementation en matière de marchés publics.

Mesdames, Messieurs,

A. Objet et champ d'application de la présente circulaire

La présente circulaire répond à la question de savoir si l'achat de médicaments, par les pouvoirs locaux (Centres Publics d'Action Sociale, les intercommunales,...), pour le compte des résidents des maisons de repos et des maisons de repos et de soins qu'ils gèrent, relève ou non de la réglementation sur les marchés publics.

Ne sont donc pas visés, les achats de médicaments effectués par des hôpitaux gérés par des pouvoirs locaux dans la mesure où ils disposent d'une pharmacie en leur sein. Cette restriction vaut également pour les maisons de repos et les maisons de repos et de soins dépendant d'hôpitaux.

Il s'agit de mettre fin à une incertitude liée au fait que d'aucuns estiment que ce type d'acquisition est soumis à la réglementation en matière de marchés publics et que d'autres soutiennent que ladite réglementation n'est pas applicable au motif qu'il ne s'agit pas d'un marché public.



B. Définition du marché public de fournitures :

L'article 3 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services définit le marché public de fournitures comme étant un contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs fournisseur(s) ayant pour objet la mise à disposition de biens meubles correspondants à ses (leurs) besoins.

Pour que l'acquisition de médicaments constitue un marché public et soit, par conséquent, soumise à l'application de la réglementation y relative, plusieurs conditions cumulatives doivent être remplies à savoir : la conclusion d'un contrat à titre onéreux, entre un ou plusieurs pouvoir(s) locaux et un pharmacien ayant pour objet la délivrance de médicaments qui réponde aux besoins de ce(s) pouvoir(s) adjudicateur(s).

C. Achat de médicaments :

Comme indiqué au point A, il s'agit d'envisager, dans le cadre de la présente circulaire, l'achat par des CPAS ou des intercommunales de médicaments auprès de pharmaciens pour le compte de leurs résidents.

La présente analyse implique donc de faire la distinction selon que l'achat est effectué, par le pouvoir local, pour le compte de la maison de repos ou de la maison de repos et de soins qu'il gère ou s'il est effectué pour le compte des résidents.

1) Achat effectué, par le pouvoir local, au profit de la maison de repos/ de la maison de repos et de soins :

Il ne fait nul doute que si le Centre Public d'Action sociale ou l'intercommunale achète des produits pharmaceutiques ou des médicaments tels que désinfectants, compresses, pommades ou autres produits de base servant à l'ensemble des résidents, la réglementation sur les marchés publics s'applique.

En effet, le contrat est conclu à titre onéreux, entre un pouvoir adjudicateur et un fournisseur (pharmacien) ayant pour objet l'acquisition de produits pour son propre compte, la mise à disposition de biens meubles qui répondent à ses propres besoins.

2) « Achat » effectué, par le pouvoir local, pour le compte des résidents :

Par contre, il en va tout autrement si le pouvoir local « achète » des médicaments au nom et pour le compte des résidents de la maison de repos ou de la maison de repos et de soins qu'il gère.

Il s'agit, d'une part, de se demander si le pouvoir local qui gère la maison de repos ou la maison de repos et de soins conclut lui-même le contrat avec le pharmacien ou bien s'il rend un service aux résidents malades qui se voient prescrire des médicaments par le médecin ?

3) Rappel de la réglementation :

Pour mieux comprendre le lien juridique qui existe entre le résident et le pouvoir local, il faut se référer, d'une part, à la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments et, d'autre part, à l'arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens.

Tout d'abord, l'article 1^{er}, 1^o de la loi du 25 mars 1964 définit la notion de médicament. D'une part, il peut s'agir de toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines. D'autre part, il peut s'agir de toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou pouvant lui être administrée en vue soit de restaurer, de corriger ou de modifier des fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique, soit d'établir un diagnostic médical.

Ensuite, l'article 1^{er}, 12^o) de l'arrêté royal du 21 janvier 2009 se réfère à l'article 1^{er}, §1^{er}, 22) de la loi du 25 mars 1964 pour définir ce qu'il faut entendre par prescription. Il s'agit de tout document par lequel le prescripteur prescrit un ou plusieurs médicaments destinés à un patient déterminé.

Il faut aussi avoir égard à l'article 1^{er}, 19^o) du même arrêté qui définit la notion de personne vivant en communauté. Il s'agit de toute personne hébergée dans une maison de repos et de soins non rattachée à une institution hospitalière desservie par une pharmacie, dans une maison de repos agréée pour personnes âgées, dans un home pour personnes invalides, dans une maison de soins psychiatriques, dans une initiative d'habitation protégée, dans une institution pénitentiaire, dans un centre d'accueil pour demandeurs d'asile ou dans un home de placement d'enfants.

Les articles 21 à 26 du même arrêté traitent de la délivrance des médicaments au patient ou à son mandataire.

L'article 22 autorise expressément la délivrance de médicaments à un mandataire au nom de plusieurs patients pour autant que les conditions suivantes soient remplies :

- ces patients vivent en communauté ;
- les médicaments à usage humain qui sont soumis à prescription sont délivrés sur base d'une prescription pour un patient déterminé ;
- il est organisé une présence du pharmacien qui délivre les médicaments à usage humain, les dispositifs médicaux et les matières premières, adaptée en fonction des services demandés. Ces services comprennent la délivrance ainsi que la fourniture d'informations relatives à la qualité, la sécurité et l'efficacité de l'usage de ces produits. Ces informations sont destinées tant aux prescripteurs et au personnel soignant de la communauté qu'au patient, sa famille ou son mandataire. Le pharmacien assure une délivrance journalière. Il détermine, avec les personnes mandataires, les modalités de délivrance en cas d'urgence, y compris le soir et les week-ends. En outre, en présence du pharmacien, la procédure hebdomadaire d'évaluation des conditions de conservation des produits délivrés est assurée. Il est interdit à un mandataire d'agir au nom de plusieurs communautés.

A cet égard, l'article 23 oblige le pharmacien qui délivre les médicaments, à réclamer une copie du document, daté et signé par le patient ou par son représentant, qui autorise le mandataire à commander des médicaments. Il précise également que le mandat est établi pour une durée déterminée, qu'il est résiliable et renouvelable.

Il résulte de ces dispositions qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'un achat de médicament par le pouvoir local pour ses propres besoins mais bien d'une délivrance de

médicaments d'un pharmacien à un pouvoir local. Celui-ci est considéré comme un **intermédiaire** qui est autorisé à prendre possession des médicaments et à les rapporter aux résidents de la maison de repos ou de la maison de repos et de soins.

Cela implique que le pouvoir local doit toujours être en mesure de démontrer, d'une part, qu'il dispose d'un mandat qui respecte les conditions de l'article 23 précité, et, d'autre part, que les médicaments délivrés sont bel et bien destinés à un résident nommé désigné sur base d'une **prescription** médicale qui mentionne l'**identité** du patient destinataire.

Le pharmacien doit, au moment de la délivrance, vérifier que ces exigences sont bien remplies et garder une trace du mandat pour justifier la légalité de celle-ci

Si tel est le cas, la question de l'application de la réglementation sur les marchés publics ne se pose donc plus puisqu'aucun contrat n'est conclu dans le chef du pouvoir local mais est conclu entre le résident et le pharmacien.

4) Rappel de la jurisprudence :

Le Conseil d'Etat a, d'ailleurs, prononcé deux arrêts récents en ce sens. Un premier arrêt n°218.803 qui date du 2 avril 2012 et un second n°220.945 qui date du 10 octobre 2012.

Voici les éléments importants de l'arrêt du 2 avril 2012 :

En dépit de la qualification donnée au contrat litigieux par l'autorité adjudicatrice, ainsi que de la procédure qu'elle a menée pour l'adoption de l'acte attaqué, il ressort nettement des clauses de cette convention qu'il ne s'agit pas d'un marché public. Il résulte en effet de ce contrat que l'acquisition des médicaments n'est pas opérée par le pouvoir adjudicateur mais l'est directement par les pensionnaires de la maison de repos gérée par le centre public d'action sociale. Le pouvoir adjudicateur n'a conclu cette convention qu'en tant que mandataire des pensionnaires précités, en leur nom et pour leur compte, comme l'y autorise l'article 26bis de l'arrêté royal du 31 mai 1885 approuvant les nouvelles instructions pour les médecins, pour les pharmaciens et pour les droguistes. Sur ce point, le fait que cette disposition précise que 'tout médicament est délivré en mains propres au malade ou à son mandataire', n'exclut nullement que le mandataire puisse être une personne morale, telle que le pouvoir adjudicateur, dès lors que celle-ci est représentée par des personnes physiques. Ce contrat ne lie donc pas le centre public d'action sociale à la pharmacie mais est noué entre cette pharmacie et les pensionnaires de cette maison de repos, lesquels ne constituent pas un pouvoir adjudicateur. Il ne s'agit donc pas d'une convention passée avec un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et, en conséquence, elle n'est pas un marché public. En outre, dès lors que la décision entreprise a été adoptée, dans le cadre d'un mandat, au nom et pour le compte des pensionnaires de la maison de repos, elle doit être imputée à ces derniers de telle sorte qu'elle n'émane pas d'une autorité administrative. L'acte attaqué, qui ne peut être considéré comme celui d'une autorité administrative, n'est dès lors pas susceptible de faire l'objet du présent recours. La requête est en conséquence irrecevable.

Quant à l'arrêt du 10 octobre 2012, il est intéressant en ce qu'il confirme que le mandat ne se déduit pas et qu'il faut toujours le prouver en fournissant à l'adjudicataire (au pharmacien) une copie du mandat conféré.

A défaut, pour le pouvoir local, de pouvoir apporter la preuve de l'existence du mandat, le Conseil d'Etat en conclut qu'il s'agit bel et bien d'un marché public de fourniture soumis à la réglementation sur les marchés publics.

5) Principes de bonne administration :

Dans l'hypothèse d'une non-qualification de l'opération en marché public dans les conditions explicitées ci-dessus, le pouvoir local veillera tout de même à mettre en concurrence les pharmaciens en respectant les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination et à motiver le choix du fournisseur.

Il s'assurera de continuer à négocier en vue d'obtenir des ristournes auprès du ou des fournisseurs vu la centralisation des commandes et de remettre en concurrence en vue de toujours obtenir les meilleurs prix.

A cet égard, rappelons qu'en vertu du point 2.3 de l'annexe 120 du Code réglementaire de l'Action sociale et de la Santé, l'intégralité de la ristourne accordée par le pharmacien doit être rétrocédée au résident.

Enfin, le pouvoir local prévoira dans la convention qui le liera au(x) pharmacien(s), diverses clauses relatives à l'exécution de la convention telles que : la durée de la convention, les modalités de livraison (délais de livraison, conditionnement éventuel...), de facturation, les modalités de reconductions éventuelles, les modalités de résiliation ainsi que toute autre modalité que le pouvoir local estime utile de mentionner en fonction de la situation concrète à laquelle il est confronté.

D. En conclusion :

A défaut de pouvoir prouver l'existence du mandat établi en bonne et due forme et de la prescription nominative, le pouvoir local sera soumis à l'application de la réglementation sur les marchés publics. En effet, dans cette hypothèse, il sera censé faire ces acquisitions pour le compte de la maison de repos ou de la maison de repos et de soins c'est-à-dire pour son propre compte.

Mon Administration reste à votre disposition pour toute information complémentaire au sujet de cette problématique :

Pierre DEMEFFE, Directeur, 081/32.32.35 pierre.demeffe@spw.wallonie.be et
Isabelle CLOSSET, Attachée, 081/32.37.86, isabelle.closset@spw.wallonie.be.

Pour plus de facilités, un modèle de mandat pharmaceutique est joint à la présente circulaire.

Je vous prie d'agréer, Mesdames, Messieurs, l'assurance de mes salutations distinguées

Le Ministre des Pouvoirs locaux et de la Ville,



Paul FURLAN.

Mandat pharmaceutique¹

Je, soussigné(e),, né(e) le

- agissant en mon nom personnel,
 - agissant au nom et pour compte de,
né(e) le, et dont je suis le représentant, administrateur provisoire de biens en vertu de la décision du Juge de Paix de du, ou de la décision de du
- donne, par le présent, mandat

à M./Mme. (+ fonction)
relevant de (Nom de l'établissement)
situé à (Coordonnées de l'établissement)

de pouvoir commander et recevoir les médicaments nécessaires :

- pour moi-même²
- pour la personne dont je suis représentant ou administrateur provisoire et mentionnée ci-avant³.

Ce mandat est valable à dater de ce jour pour une période de 6 mois, renouvelable par tacite reconduction, sans que la durée initiale ou tacitement reconduite ne puisse être supérieure à la période d'hébergement. Ce mandat peut être résilié à tout moment.

Le mandant **Le mandataire**
(Faire précéder la signature de la mention « Lu et approuvé »)

Fait le à

(en trois exemplaires : un premier pour le mandataire, un deuxième pour le dossier individualisé de soins et un troisième pour le mandant. Une copie visée par le mandant et le mandataire est également conservée chez le pharmacien).

¹ Mandat fondé sur les articles 1984 à 2010 du Code civil et destiné à autoriser la délivrance de médicaments conformément aux articles 21, 22 et 23 de l'arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens.

Ces articles stipulent :

- Art. 21. Conformément à l'article 3, § 4 de la loi du 25 mars 1964 susmentionnée, tout médicament à usage humain et vétérinaire, dispositif médical ainsi que toute matière première, doit être délivré dans la pharmacie personnellement au patient ou au responsable des animaux ou à leur mandataire (...)

- Art. 22. La délivrance à un mandataire agissant au nom de plusieurs patients est permise pour autant que les conditions suivantes soient remplies :

* ces patients vivent en communauté ou sont pris en charge par un médecin qui est enregistré auprès d'un centre d'accueil pour toxicomanes tel que visé à l'article 2 de l'arrêté royal du 19 mars 2004 réglementant les traitements de substitution;
(...)

En application de l'article 18, § 2 de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 susmentionné et de l'article 10, § 1er de la loi du 25 mars 1964 susmentionnée, il est interdit au pharmacien de procurer au mandataire ainsi qu'à tout autre tiers concerné par la délivrance quelque gain, ristourne ou autre profit, direct ou indirect, dans le cadre de la délivrance.

- Art. 23. Le pharmacien qui délivre des médicaments à usage humain, dispositifs médicaux et matières premières destinés à des patients vivant en communauté ou à des patients qui sont pris en charge par un médecin qui est enregistré auprès d'un centre d'accueil pour toxicomanes tel que visé à l'article 2 de l'arrêté royal du 19 mars 2004 susmentionné est tenu :

1° de réclamer une copie du document, daté et signé par le patient admis ou traité ou par son représentant, autorisant le mandataire à commander les médicaments à usage humain, dispositifs médicaux et matières premières en son nom. Ce mandat est établi pour une durée déterminée. Il est résiliable et renouvelable;

(...)

Trois exemplaires sont remis au mandataire : le premier est destiné au dossier médical du patient admis ou traité, le deuxième sert de pièce comptable justificative et le troisième est destiné au patient admis ou traité.

Le quatrième exemplaire est conservé à la pharmacie.

- 2 Mandat signé en nom personnel
- 3 Mandat signé au nom et pour compte d'autrui.