

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 235.580 du 3 août 2016

G./A.219.508/VI-20.804

En cause : **l'association sans but lucratif SPMT-ARISTA,**
ayant élu domicile chez
Mes Barteld SCHUTYSER, Michèle BELMESSIERI et
Magali HEINE, avocats,
avenue Louise, n° 99,
1050 Bruxelles,

contre :

l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé l'ONE,
ayant élu domicile chez
Me Marc NIHOUL, avocat,
avenue Reine Astrid, n° 10,
1330 Rixensart,

Partie intervenante :

l'association sans but lucratif PROVIKMO,
ayant élu domicile chez
Mes Laurence RASE et Jacques CLESSE, avocats,
quai de Rome, n° 2,
4000 Liège.

**LE PRESIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 16 juin 2016, l'association sans but lucratif SPMT-ARISTA sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision non-datée de l'Office de la naissance et de l'enfance (en abrégé : «ONE»), notifiée le 1^{er} juin 2016 à la partie requérante, d'attribuer le marché de services régi par le cahier spécial des charges n° S-1603-SIPP-DS-S.E.P.P.T. à la société PROVIKMO".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

L'association sans but lucratif PROVIKMO a, par une requête introduite le 8 juillet 2016, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 17 juin 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 13 juillet 2016 à 10 heures 30.

Une lettre du 20 juin 2016, notifiée aux parties par télécopie, remet l'affaire au 19 juillet 2016 à 10 heures 30.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés.

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

M le Président de chambre, Jacques JAUMOTTE, a exposé son rapport.

Mes Barteld SCHUTYSER, Magali HEINE, avocats, et Monsieur Olivier LEGRAND, Directeur commercial, comparaissant pour la partie requérante, Me Aurélien VANDEBURIE, *loco* Me Marc NIHOUL, avocat, comparaissant pour la partie adverse, Me Julie D'HAUTCOURT, *loco* Mes Laurence RASE et Jacques CLESSE, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Geneviève MARTOU, 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

III. 1. La requérante, qui est le service externe pour la prévention et la protection au travail auquel l'ONE fait actuellement appel, présente comme suit les antécédents de la présente procédure:

" Le 9 Juillet 2015, la partie adverse avait publié un avis de marché ayant pour objet la désignation d'un service externe pour la prévention et la protection au travail au Bulletin des adjudications. Il s'agissait d'un marché attribué selon la procédure d'appel d'offres ouvert et régi par le cahier spécial des charges « n° S-1529-TRA-DS-S.E.P.P.T. »".

La procédure d'attribution du marché lancée par cet avis de marché a abouti à l'adoption d'une première décision d'attribution du marché, notifiée le 10 novembre 2015, aux termes de laquelle la partie adverse a choisi la société PROVIKMO comme adjudicataire.

La partie requérante avait contesté cette décision dans le cadre d'un recours en annulation et en suspension d'extrême urgence, référencé G/A.217.643/VI-20.648.

Par un arrêt n° 233.245 du 15 décembre 2015, Votre Conseil a prononcé la suspension selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de cette décision d'attribution du marché".

Cette décision d'attribution a été annulée par l'arrêt n°235.575 du 1^{er} août 2016.

III. 2. Le 8 février 2016, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications un nouvel avis de marché ayant le même objet que l'avis du 9 juillet 2015, à savoir la désignation d'un service externe pour la prévention et la protection au travail (en abrégé: "S.E.P.P.T.") au profit de l'ONE.

Il s'agit à nouveau d'un marché public passé par appel d'offres ouvert avec publicité au niveau belge.

L'avis de marché fixe la date de remise des offres au 4 avril 2016, à 14 heures.

III. 3. Le marché est régi par le cahier spécial des charges n° S-1603-SIPP-DS-S.E.P.P.T., lequel a été adapté par rapport au cahier spécial des charges initial et ce, pour tenir compte de la nouvelle réglementation relative aux services externes pour la prévention et la protection au travail, consécutive à l'arrêté royal du 27 novembre 2015 modifiant l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail en ce qui concerne la tarification et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016. Les corrections concernent notamment le retrait du premier critère d'attribution et la précision apportée au critère d'attribution relatif aux prestations complémentaires, et ce sur le point de savoir quelles prestations feront effectivement l'objet d'une analyse dans le cadre de la nouvelle décision d'attribution.

Il résulte de ce cahier des charges n° S-1603-SIPP-DS-S.E.P.P.T. que le service externe pour la prévention et la protection au travail désigné par la partie adverse, c'est-à-dire le futur adjudicataire, se verra confier les missions suivantes :

- l'exercice de toutes les missions attribuées par le Règlement Général de la Protection du Travail (RGPT) et le Code du Bien-être au Travail à un conseiller en prévention Médecin du Travail;
- en cas de besoins, des missions complémentaires nécessitant des compétences d'ingénieur en sécurité, d'hygiéniste industriel, d'ergonome, etc..., pour effectuer des analyses de risques, des études, des mesurages ou des formations ;
- l'exercice de toutes les missions attribuées par l'arrêté royal du 10 avril 2014 relatif à la prévention des risques psychosociaux au travail à un conseiller en prévention aspects psychosociaux (cahier des charges, p. 3).

III. 4. Le cahier spécial des charges précise, en outre, que le début d'exécution du marché litigieux est prévu pour le 1^{er} juillet 2016 et qu'il est conclu pour une durée de 4 ans et six mois (cahier des charges, p. 3).

III. 5. Les critères d'attribution pondérés ont été fixés, sous le point 1.8. "Attribution du marché" du cahier spécial des charges, comme suit :

- " 1. 20 points pour le délai nécessaire pour communiquer au pouvoir adjudicateur les résultats d'un examen médical (cf article 2.7).
- 2. 15 points pour le type d'échange des données informatiques (cf article 2.3.1 .b).
Au 1^{er} juillet 2016, le système d'échanges de données devrait permettre à l'ONE: - de récupérer les différentes données (hors secret médical) dans des fichiers de type Excel ou Word (2 pts);
 - de consulter de la documentation en ligne (1 pt);
 - de consulter les rapports de visite des bâtiments en ligne ou les recevoir par voie électronique (1 pt);
 - de planifier des examens en ligne (2 pts);
 - d'obtenir, en ligne, un suivi des examens médicaux de son personnel (date du dernier examen, présence ou absence à un examen, décision d'aptitude) (2 pts);
 - d'effectuer à tout moment des tris en ligne sur l'ensemble des données (liste des agents soumis à un type de risques, en retard d'examen) (2 pts);
 - de mettre à jour les données concernant le personnel (changement d'adresse, changement de fonction, nouvel agent, départ d'un agent, etc.). Les nouvelles données ainsi encodées doivent être validées immédiatement ou accompagnées d'un message confirmant la prise en compte des demandes de changement endéans les deux jours ouvrables) (2 pts);
 - de consulter en ligne et imprimer le rapport annuel du S.E.P.P.T. (1 pt);
 - d'envoyer n'importe quelle demande d'examen (embauche, reprise de travail, examen dans le cadre de la protection de la maternité, etc.) directement en ligne sans recourir à des formulaires manuscrits (2 pts) ;
- 3. 15 points pour le délai nécessaire pour entrer en communication avec une personne compétente du S.E.P.P.T. (professionnel de la santé : psychologue, médecin, etc...) en cas de crise nécessitant une écoute immédiate d'un agent de l' ONE (cf article 2.3.3).
- 4. 15 points pour l'efficacité du (des) moyen(s) mis en place pour limiter l'absentéisme aux consultations compte tenu de l'organisation et du mode de fonctionnement de l'Office (cf article 2.3.1. d).

5. 15 points pour le montant des prestations complémentaires suivantes: 84 radiographies du thorax, 221 vaccinations grippe et 474 tests tuberculiques. Seules ces trois prestations complémentaires entreront en ligne de compte pour ce critère d'attribution.

6. 15 points pour le coût de la mise à disposition de consultations mobiles.

7. 5 points pour le projet de rapport de visite annuelle répartis de la manière suivante :

- le contenu (rubriques autres que les rubriques relevant de la médecine ou l'hygiène : ex sécurité incendie, sécurité physique, etc...) (1 pt);
- la présentation et la lisibilité (2 pts);
- les références par rapport aux précédents rapports (1 pt);
- le résumé des situations rencontrées apportant une aide à la réalisation du plan annuel et du plan global (1 pt)".

III. 6. Concernant le cinquième critère relatif au montant des trois prestations complémentaires, le point 2.9. "Données complémentaires" du cahier spécial des charges prévoit ce qui suit :

" 2.9. Données complémentaires.

Le soumissionnaire fournira, en annexe à son offre, le prix unitaire pour chacune des prestations complémentaires décrites ci-dessous :

- a) Coût horaire des prestations en gestion des risques pour effectuer des analyses ou des mesurages, participer à des groupes de travail ou des séances d'information.
- b) Examen d'audiométrie
- c) Radiographie du thorax
- d) Test tuberculinique
- e) Vaccinations:
 - Injection hors vaccin
 - Vaccin grippe
 - Tétanos/Diphtérie/Coqueluche
 - Hépatite A
 - Hépatite B
 - Hépatite A+B
- f) Evaluation de santé pour étudiant jobiste
- g) Evaluation de santé pour étudiant stagiaire
- h) Analyses biologiques (sang et urines)
- i) Visiotest pour travailleur non soumis à une évaluation de santé
- j) Visiotest pour travailleur soumis à une évaluation de santé
- k) Examen de permis de conduire groupe II.

D'une manière générale, pour l'exécution pratique du marché, l'adjudicataire ne peut conclure des contrats de sous-traitance avec un ou plusieurs tiers, sauf pour les analyses de laboratoire et les examens médicaux spécialisés (ex : phtalmologie, RX, etc...)"

Par ailleurs, au point 1.7 du cahier des charges, il est également indiqué que :

" Pour fixer le montant de la tarification, le soumissionnaire tiendra compte des chiffres mentionnés à l'article 2.8.

Le soumissionnaire fournira, en annexe de son offre, le prix unitaire pour chacune des prestations complémentaires décrites à l'article 2.9 du cahier spécial des charges.

Ces prix sont communiqués à titre d'information. Seules les prestations reprises à l'article 1.8 seront prises en compte pour l'attribution du marché" (Cahier des charges, page 6).

III. 7. Lors de la séance publique d'ouverture des offres, Il est constaté que cinq soumissionnaires, dont la requérante, ont introduit une offre, à savoir : MENSURA, ATTENTIA, SPMT- ARISTA, PROVIKMO et SECUREX.

III. 8. Par un courrier recommandé daté du 19 avril 2016, la partie adverse a demandé à la requérante d'apporter une justification de prix pour la prestation complémentaire "test tuberculinique" pour laquelle elle avait remis une "offre gratuite".

Il apparaît par ailleurs que la partie adverse a adressé un courrier semblable à d'autres soumissionnaires leur demandant de bien vouloir apporter davantage d'informations sur le prix de certains services complémentaires et ce, dans la mesure où des prestations gratuites ont été constatées relativement au critère 5 d'attribution prévu par le cahier spécial des charges. La partie adverse déclare à cet effet s'être fondée sur l'article 21, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Suivant cette disposition, "le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites. A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure toutes indications permettant cette vérification".

Les soumissionnaires interrogés ont fait suite à cette demande.

III. 9. Dans un courrier du 27 avril 2016, la requérante justifie ce prix "zéro" pour le test tuberculinique.

Pour l'essentiel, il résulte de ce courrier que le test tuberculinique ne fait pas partie des prestations complémentaires, puisqu'il n'entre pas dans la nomenclature des prestations de santé à l'inverse, par exemple, des radiographies. Il peut, en conséquence, être intégré dans l'examen médical de base couvert par les unités de prévention. Il s'agit d'un test strictement diagnostiquant et non d'un traitement curatif. Il découle de ce qui précède que le test tuberculinique ne constitue pas un acte complémentaire dans le cadre des missions relatives à la surveillance de santé comme repris à l'article 13/5, 2°, de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail, comptabilisés conformément aux honoraires repris dans la nomenclature des prestations de santé.

La société PROVIKMO, qui a remis un prix "zéro" pour toutes les prestations complémentaires, justifie ce prix pour toutes les prestations

complémentaires dans un courrier du 28 avril 2016. Elle précise, notamment, dans ce courrier qu'elle a décidé, dans le cadre de l'article 12, 2°, de l'arrêté royal du 27 mars 1998 précité, de prendre les coûts à sa charge. Elle indique qu'il ne s'agit pas de faire obstacle à l'utilisation des unités de prévention mises à la disposition de l'institution mais que cela vient compléter les prestations déjà exécutées par le S.E.P.P.T. sous le couvert desdites unités de prévention. En d'autres termes, la partie intervenante fait valoir qu'elle intègre les coûts résultant de ces prestations complémentaires, y compris les radiographies, dans la cotisation forfaitaire minimale, exprimée en unités de prévention.

III. 10. La partie adverse, ayant estimé que les offres de certains soumissionnaires, dont la requérante et l'attributaire du marché, pouvaient contenir des prix unitaires apparemment anormalement bas, leur adresse, le 9 mai 2016, un courrier leur demandant de bien vouloir fournir les justifications nécessaires sur la composition des prix concernés. Pour ce faire, la partie adverse déclare s'être fondée sur l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Les soumissionnaires interrogés ont fait suite à cette demande.

PROVKIMO précise, notamment, que l'article 13/4 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 stipule que les prestations du médecin du travail sont portées en compte par 1,25 unités de prévention par heure prestée et que les prestations complémentaires prévues dans l'offre sont comprises dans les prestations portées en compte du médecin du travail à concurrence de 1, 25 unités de prévention par heure et qu'en conséquence, elles sont incluses dans les prestations du médecin du travail et ne doivent pas faire l'objet d'une facturation séparée. Elle justifie ses prix " zéro" par l'efficacité de ses services et estime que cette justification est concordante avec l'article 21, § 3, quatrième alinéa, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

III. 11. Le 13 mai 2016, les services administratifs de la partie adverse établissent une note, intitulée " DECISION MOTIVEE D'ATTRIBUTION - Analyse des offres S-1603-SiPP-DS-S.E.P.P.T." et dans laquelle il est fait état de ce qui suit:

" DECISION MOTIVEE D'ATTRIBUTION - Analyse des offres S-1603-SiPP-DS-S.E.P.P.T.

Vu la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;

Vu la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

1. Objet du marché

L'Office de la Naissance et de l'Enfance, dont le siège social est sis chaussée de Charleroi, 95 à 1060 Bruxelles, représenté valablement par Monsieur Benoit Parmentier, fonctionnaire dirigeant de ce marché, souhaite conclure un marché public de services, passé par appel d'offre ouvert (articles 23 et 25 de la loi du 15.06.2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services) réparti en un seul lot, portant sur un Service Externe pour la Prévention et la Protection au Travail (S.E.P.P.T.) et lui confier notamment :

- l'exercice de toutes les missions attribuées par le Règlement Général de la Protection du Travail (RGPT) et le Code du Bien-être au Travail à un conseiller en prévention Médecin du Travail;
- en cas de besoins, des missions complémentaires nécessitant des compétences d'ingénieur en sécurité, d'hygiéniste industriel, d'ergonome, etc., pour effectuer des analyses de risques, des études, des mesurages ou des formations;
- l'exercice de toutes les missions attribuées par l'arrêté royal du 10 avril 2014 relatif à la prévention des risques psychosociaux au travail par un conseiller en prévention aspects psychosociaux.

Le présent marché est conclu pour une durée de 4 ans et 6 mois, allant du 01.07.2016 au 31.12.2020, pouvant être résilié unilatéralement moyennant un préavis de minimum six mois donné par une des parties par envoi recommandé et prenant cours le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel le préavis est notifié, et prenant fin le 31 décembre de l'année civile courante ou de l'année civile suivante, suivant le cas.

2. Analyse qualitative.

L'appel d'offres est paru au bulletin des adjudications le 8 février 2016.

La date de remise des offres figurant au cahier spécial des charges était le 4 avril 2016.

Six sociétés ont demandé à recevoir le cahier spécial des charges : [...].

Cinq sociétés ont remis une offre :

- Mensura, à 1000 Bruxelles;
- Attentia à 1082 Berchem Ste Agathe;
- SPMT-Arista à 1000 Bruxelles;
- Provikmo à 1000 Bruxelles;
- Securex à 1040 Bruxelles

Sélection Qualitative: Tous les documents mentionnés ci-dessous devaient être joints obligatoirement à l'offre (article 20 et suivants de la loi du 15.06.2006 et articles 58 et suivants de l'AR du 15/07/2011) sous peine de ne pouvoir prendre l'offre en considération.

Exclusions (art. 61 et suivants du 15/07/2011):

La preuve que le soumissionnaire ne se trouvait pas dans un cas d'exclusion applicable à ce marché devait être apportée par la production des pièces suivantes :

- une attestation de laquelle il ressort qu'il est en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses cotisations de sécurité sociale;
- une attestation récente (d'une validité inférieure à 6 mois) du greffe du tribunal du commerce (ou son équivalent pour le candidat étranger) ou un extrait du casier judiciaire, dans lequel il apparaît que la personne morale candidate n'est pas en état de faillite ou de liquidation, qu'elle n'a pas fait de déclaration de faillite, qu'aucune procédure de liquidation ou de réorganisation judiciaire n'est

en cours et qu'elle n'a pas été condamnée par un jugement coulé en force de chose jugée pour un délit qui porte atteinte à son intégrité professionnelle.

Capacité économique et financière (art. 67 de l'AR du 15/07/2011):
une déclaration du chiffre d'affaire annuel des trois dernières années.

Capacités techniques (article 72 de l'arrêté royal du 15/07/2011):
une copie de l'agrément comme S.E.P.P.T. délivré par le Service Public Fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, et valable territorialement pour toute l'étendue géographique couverte par la Fédération Wallonie Bruxelles.

Parmi les cinq soumissionnaires, les sociétés Attentia, Provikmo et SPMT-ARISTA avaient envoyé une attestation ONSS concernant le 2ème ou le troisième 2015 au lieu du 4^{ème} trimestre.

Un courriel a été envoyé le 06/04/2016 à la société Attentia et le 07/04/2016 aux sociétés SPMT-ARISTA et Provikmo pour leur signaler que des documents manquaient et que, sans être en possession de ceux-ci endéans les cinq jours ouvrables, l'ONÉ se verrait dans l'obligation de ne pas tenir compte de leur offre. Les trois sociétés ont envoyé les documents manquants.

[...].

Conclusions :

Les sociétés Mensura, SPMT-ARISTA, Provikmo, Attentia et Securex ont fourni l'intégralité des documents tels que demandés et peuvent dès lors participer à la phase suivante de l'analyse de la régularité des offres et des prix.

Régularité des offres et des prix

Après avoir procédé à la sélection qualitative, le pouvoir adjudicateur a vérifié la régularité des offres et des prix, préalablement à l'examen de ceux-ci, en ce qui concerne les critères d'attribution.

Régularité des offres

Lors de l'analyse de la régularité des offres, aucune irrégularité substantielle n'a été détectée sur l'ensemble des offres des cinq soumissionnaires.

Le pouvoir adjudicateur a donc considéré l'ensemble des offres des soumissionnaires Mensura, SPMT-ARISTA, Provikmo, Attentia et Securex comme régulières.

Régularité des prix

Lors de l'analyse de la régularité des prix, des prestations gratuites ont été constatées (relativement aux critères 5 et 6) .

Compte tenu de la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière (n° 230.499 du 12 mars 2015; n° 222.782 du 8 mars 2013), les soumissionnaires concernés ont été interrogés pour justifier leurs prix, ceux-ci pouvant, selon cette jurisprudence, apparaître comme anormalement bas.

Un courrier de demande de justification pour prix anormalement bas a été envoyé en date du 9 mai 2016. Les soumissionnaires interrogés ont tous remis une réponse dans le délai légal de 12 jours calendrier. Les réponses ont été jugées satisfaisantes par le pouvoir adjudicateur.

En effet:

- concernant les prestations complémentaires, [lorsqu'elles] sont "gratuites", ces prestations sont comprises dans les services d'évaluation de santé (examens médicaux périodiques) réalisées par les équipes médicales (médecin du travail - conseiller en prévention et/ou infirmière). Ce prix est donc justifié par l'efficacité des services des soumissionnaires. Compte tenu de ce qui précède, il apparaît également que le prix offert pour ce poste ne met pas en péril les obligations qui résultent du cahier spécial des charges, tant au point de vue qualité techniques qu'au point de vue des délais.

- concernant la mise à disposition de consultations mobiles, [lorsqu'elles] sont « gratuites », ces prestations sont en réalité comprises dans le décompte des unités de prévention disponibles des services d'évaluation de santé réalisées par les équipes médicales (médecin du travail - conseiller en prévention et/ou infirmière). Ce prix est donc justifié par l'efficacité des services des soumissionnaires. Compte tenu de ce qui précède, il apparaît également que le prix offert pour ce poste ne met pas en péril les obligations qui résultent du cahier spécial des charges, tant au point de vue qualité techniques qu'au point de vue des délais.

Il ressort également des justifications fournies que ces prix ne s'opposent pas à la réglementation applicable. Le calcul des unités de prévention est imposé par la réglementation. Son utilisation par chaque soumissionnaire ne saurait dès lors fausser la concurrence. Au contraire, la liberté -encadrée - laissée à chaque soumissionnaire dans ce cadre permet d'améliorer la concurrence au bénéfice du « client » dans le respect du cadre légal applicable. Ce cadre légal permet par ailleurs, en toute hypothèse, de consacrer les produits du service externe à des programmes d'action spécifiques (art. 12 de l'AR du 27/03/1998). Chaque soumissionnaire étant libre de disposer de cette disponibilité, sa mise en œuvre ne peut fausser la concurrence.

Compte tenu de la régularité des prix, il n'y a pas lieu de permettre aux soumissionnaires de revoir leur offre, ce qui ne serait d'ailleurs pas possible en appel d'offres.

Le pouvoir adjudicateur a donc considéré les prix des soumissionnaires Mensura, SPMT-ARISTA, Provikmo , Attentia et Securex comme réguliers.

Conclusion :

Dans le cadre de la vérification de la régularité des offres et des prix des soumissionnaires, l'ensemble des offres des soumissionnaires Mensura, SPMT-ARISTA, Provikmo , Attentia et Securex ont été retenues et peuvent, dès lors, participer à la phase suivante d'attribution.

3. Attribution

Remarque préliminaire

A partir de 2016, le tarif d'une entreprise, dépend du code NACE de l'ONSS. Le code NACE de l'ONE étant 84120, le tarif est de 75,50 euros par travailleur. Le forfait en fonction du nombre de travailleurs renseignés (1.567) s'élève donc à 118.308,50 euros. Ce montant représente 789 UP (unités de prévention), une unité de prévention valant 150 euros.

Ces unités de prévention sont considérées être un minimum légal pour assurer les services d'un S.E.P.P.T. dans un organisme tel que l'ONE.

Elles doivent être utilisées en priorité pour la surveillance médicale périodique, et ensuite, elles peuvent être consacrées à d'autres services tels que la visite des bâtiments, la participation au CCB-BE, missions de conseillers psychosociaux, formations, etc...

Lorsque le budget prévention initialement estimé et exprimé en UP est entièrement utilisé, les services du S.E.P.P.T. seraient facturés 115 euros l'unité de prévention supplémentaire.

Chaque unité de prévention est liée par la loi à un facteur de pondération :

- Médecin du travail: 1h = 125% UP = 1,25 UP
- CP (sécurité, ergo, hygiène, psy): 1h = 100% UP = 1UP
- CP niveau 2 ou infirmier ; 1h = 75% UP = 0,75 UP

Les 5 soumissionnaires ont bien remis une offre d'un montant de 118.308,50 euros correspondant à 789 UP.

Critères d'attribution

L'attribution devait s'effectuer sur la base de l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicataire en tenant compte des critères d'attribution mentionnés ci-dessous :

Critère 1 : Délai nécessaire pour communiquer au pouvoir adjudicateur les résultats d'un examen médical: (20pts)

Critère 2 : Type d'échange des données informatiques : (15 pts)

Critère 3 : Délai nécessaire pour entrer en communication avec une personne compétente du S.E.P.P.T. (professionnel de la santé : psychologue, médecin, etc.) en cas de crise nécessitant une écoute immédiate d'un agent de l'ONE : (15 pts)

Critère 4 : Efficacité du (des) moyen(s) mis en place pour limiter l'absentéisme aux consultations compte tenu de l'organisation et du mode de fonctionnement de l'Office : (15 pts)

Critère 5 : Montant des prestations complémentaires : (15 pts)

Critère 6 : Coût de la mise à disposition de consultations mobiles : (15 pts)

Critère 7 : Projet de rapport de visite annuelle : (5 pts).

Critère 1 : Délai nécessaire pour communiquer au pouvoir adjudicateur les résultats d'un examen médical (20 pts):

Le délai le plus rapide proposé par les cinq soumissionnaires est la consultation immédiate du formulaire en ligne après l'examen. Les cinq soumissionnaires remportent dès lors la totalité des points pour ce critère [soit 20 pts].

[...].

Critère 2 : Type d'échange des données informatiques (15 pts)

Le cahier spécial des charges demandait si, à partir du 1^{er} juillet 2016, le système d'échange de données informatiques permettrait :

- a) de récupérer les différentes données (hors secret médical) dans des fichiers de type Excel ou Word (2 pts);
- b) de consulter de la documentation en ligne (1 pt);
- c) de consulter les rapports de visite des bâtiments en ligne ou les recevoir par voie électronique (1 pt);
- d) de planifier des examens en ligne (2pts);
- e) d'obtenir, en ligne, un suivi des examens médicaux de son personnel (date du dernier examen, présence ou absence à un examen, décision d'aptitude) (2 pts);
- f) d'effectuer à tout moment des tris en ligne sur l'ensemble des données (liste des agents soumis à un type de risques, en retard d'examen) (2 pts);
- g) de mettre à jour les données concernant le personnel (changement d'adresse, changement de fonction, nouvel agent, départ d'un agent, etc...). Les nouvelles données ainsi encodées doivent être validées immédiatement ou accompagnées d'un message confirmant la prise en compte des demandes de changement endéans Les deux jours ouvrable) (2pts);
- h) de consulter en ligne et imprimer le rapport annuel du S.E.P.P.T. (1 pt);
- i) d'envoyer n'importe quelle demande d'examen (embauche, reprise de travail, examen dans le cadre de la protection de la maternité, etc..) directement en ligne sans recourir à des formulaires manuscrits (2pts).

[...].

Les outils informatiques de tous les soumissionnaires permettent de répondre à toutes les demandes figurant au cahier spécial des charges.

Les cinq soumissionnaires remportent dès lors la totalité des points pour ce critère [soit 15 pts].

Critère 3 : Délai nécessaire pour entrer en communication avec une personne compétente du S.E.P.P.T. (professionnel de la santé : psychologue, médecin, etc.) en cas de crise nécessitant une écoute immédiate d'un agent de l'ONE : (15 pts)

Les sociétés Attentia, Securex, Provikmo, SPMT Arista et Mensura proposent une permanence 24h/24 et 7J/7. Elles remportent toutes les cinq la totalité des points pour ce critère [soit 15 pts].

[....].

Critère 4 : Efficacité du (des) moyen(s) mis en place pour limiter l'absentéisme aux consultations compte tenu de l'organisation et du mode de fonctionnement de l'Office : (15 pts)

Les différents moyens prévus par les soumissionnaires, directement applicables à l'ONE pour limiter l'absentéisme aux consultations sont ceux explicités ci-dessous. Sachant que le pouvoir adjudicateur accorde beaucoup d'importance à l'envoi de SMS pour rappeler un rendez-vous deux jours avant l'examen. En effet, la majorité des agents soumis aux examens périodiques étant des TMS et ceux-ci disposent d'un GSM professionnel. Cette possibilité est donc très importante pour le pouvoir adjudicateur et apparaît comme une solution efficace et pragmatique pour limiter l'absentéisme aux consultations. Les propositions des soumissionnaires sont classées par ordre croissant d'intérêt pour le pouvoir adjudicateur.

- Securex : rappel par e-mail ou par téléphone aux responsables des personnes convoquées (par exemple 1 semaine à l'avance).
4 points sont attribués à ce soumissionnaire pour ce critère
- Mensura : Rappel par SMS avant le rendez-vous sur le GSM des agents.
7 points sont attribués à ce soumissionnaire pour ce critère
- Attentia : Sensibilisation des agents par un conseiller en prévention - médecin du travail
 - Envoi automatique d'un rappel de la convocation via un SMS, sur le GSM des agents
 - Plages horaires de consultation en dehors des heures de bureau pour certains agents.9 points sont attribués à ce soumissionnaire pour ce critère.
- Provikmo : Etablir une relation de confiance entre le conseiller en prévention -médecin du travail et l'agent
 - Rappel du rendez-vous par SMS 48h avant le rendez-vous sur le GSM des agents - Envoi des convocations par courrier et par mail aux agents.10 points sont attribués à ce soumissionnaire pour ce critère.
- SPMT-Arista :
 - Sensibilisation des travailleurs et de leurs responsables
 - Envoi des convocations par courrier et par mail aux agents et leurs responsables
 - 7 jours avant le rendez-vous, envoi par mail d'un rappel de la date - Rappel par SMS 48h avant le rendez-vous sur le GSM des agents
 - Plages horaires de consultation en dehors des heures de bureau pour certains agents.15 points sont attribués à ce soumissionnaire pour ce critère.

Sociétés	Points attribués
Securex	4
Mensura	7
Attentia	9
Provikmo	10
SPMT-ARISTA	15

Critère 5 : Montant des prestations complémentaires (15pts)

La comparaison des offres pour ce critère a été établie en fonction de trois types d'actes médicaux que le S.E.P.P.T. est assurément amené à réaliser annuellement. Le type et le nombre d'actes médicaux étaient mentionnés dans le cahier spécial des charges: 84 radiographies du thorax (RX), 221 vaccinations grippe(VG) et 474 tests tuberculiniques(TT).

Le total obtenu est utilisé pour l'attribution des points pour ce critère.

Le chiffre 0 présent dans les colonnes (hors celle relative aux points attribués) signifie que la prestation correspondante est "gratuite".

Une règle proportionnelle dégressive a été appliquée, ainsi :

la totalité des points est accordée au soumissionnaire pour lequel toutes les prestations sont gratuites, 0 point pour celui ayant remis l'offre la plus chère. Les points des autres soumissionnaires sont attribués en proportion de l'écart maximum.

Mensura : Ecart de 4541,92 euros par rapport à Provikmo correspondant à un écart de 15 pts (attribution de 0 pt); SPMT-ARISTA: Ecart de 4409,96 euros correspondant à un écart de 14,56 pts (attribution de 0,44 pts); Attentia : Ecart de 3580,2 euros correspondant à un écart de 11,82 pts (attribution de 3,18 pts); Securex : Ecart de 4421,02 euros correspondant à un écart de 14,60 pts (attribution de 0,40 pts).

Sociétés	TT	RX	VG	Total	Points attribués
Mensura	0	2110,92	2431,00,	4541,92	0
SPMT-ARISTA	0	2199,96	2210,00	4409,96	0,44
PROVIKMO	0	0	0	0	15
ATTENTIA	0	0	3580,2	3580,2	3,18
SECUREX	95,32	2226,0	2099,5	4421,02	0,40

Critère 6 : Coût de la mise à disposition de consultations mobiles (15 pts)

La comparaison des offres, pour ce critère, a été établie en fonction du coût de la mise à disposition de consultations mobiles.

Le chiffre 0 présent dans les colonnes (hors celle relative aux points attribués) signifie que la prestation correspondante est « gratuite ».

Une règle proportionnelle dégressive a été appliquée, ainsi ;

la totalité des points est accordée au soumissionnaire pour lequel toutes les prestations sont gratuites, 0 point pour celui ayant remis l'offre la plus chère. Les points des autres soumissionnaires sont attribués en proportion de l'écart maximum.

Sociétés	Coût de mise à disposition de consultations mobiles	Points attribués
Mensura	0	15
SPMT-ARISTA	0	15
Provikmo	0	15
Attentia	0	15
Securex	191,10 euros/demi journée	0

Critère 7 : Projet de rapport de visite annuelle (5pts)

La comparaison des offres pour ce critère a été établie en fonction des quatre aspects suivants:

- a) Le contenu (rubriques autres que les rubriques relevant de la médecine ou l'hygiène ; ex : sécurité incendie, sécurité physique, etc...) (1pt).
Tous les soumissionnaires ont remis un modèle de rapport dont le contenu reprend les rubriques demandées.
- b) La présentation et la lisibilité (2 pts)
Tous les soumissionnaires ont remis un projet de rapport suffisamment lisible.
- c) Les références par rapport aux précédents rapports (1pt)
Seuls les soumissionnaires Provikmo et SPMT Arista ont remis un modèle de rapport avec les références par rapport aux précédents rapports.
- d) Le résumé des situations rencontrées apportant une aide à la réalisation du plan annuel et du plan global (1pt)
Seul le soumissionnaire Mensura a remis un modèle de rapport sans résumé des situations rencontrées apportant une aide à la réalisation du plan annuel et du plan global.

Sociétés	a	b	c	d	Total	Points attribués
Mensura	1	2	0	0	2[lire 3]	3
SPMT-ARISTA	1	2	1	1	5	5
Provikmo	1	2	1	1	5	5
Attentia	1	2	0	1	4	4
Securex	1	2	0	1	4	4

Résumé:

Sociétés	Critère 1	Critère 2	Critère 3	Critère 4	Critère 5	Critère 6	Critère 7	Points attribués
Mensura	20	15	15	7	0	15	3	75
SPMT-ARISTA	20	15	15	15	0,44	15	5	85,44
Provikmo	20	15	15	10	15	15	5	95
Attentia	20	15	15	9	3,18	15	4	81,18
Securex	20	15	15	4	0,40	0	4	58,40

En fonction de cette analyse, l'Administration a décidé d'attribuer le marché à la société Provikmo à 1000 Bruxelles qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, compte tenu des critères d'attribution".

III. 12. Lors de sa réunion du 25 mai 2016, le conseil d'administration de la partie adverse, après avoir pris connaissance de la note du 13 mai 2016, décide d'attribuer le marché litigieux à la partie intervenante "qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, compte tenu des critères d'attribution".

Par courrier du 27 mai 2016, les commissaires du Gouvernement en charge de la tutelle sur la partie adverse ont fait savoir qu'ils n'ont pas d'objection à la passation du marché litigieux.

III. 13. Par un courrier recommandé et par un courrier électronique du 1^{er} juin 2016, la partie adverse a informé la partie requérante du fait que le marché ne lui a pas été attribué. La requérante observe à ce sujet que le montant total du marché litigieux n'est pas spécifié dans la décision d'attribution du marché, alors qu'il est toutefois clair pour la requérante que le montant de ce marché atteint les seuils pour une publicité au niveau européen. En effet, l'avis de marché et le cahier spécial des charges indiquent que le montant annuel estimé du marché est de 118.000 euros. Le marché litigieux étant d'une durée de 4 ans et six mois, il a donc une valeur d'au moins 118.000 euros x 4,5 = 531.000 euros.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

L'association sans but lucratif PROVIKMO a, par une requête introduite le 8 juillet 2016, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. INTERET AU RECOURS

V. 1. Thèse la partie intervenante

La partie intervenante conteste la légitimité de l'intérêt au recours dans le chef de la requérante, et ce sur la base de l'argumentaire suivant:

" [...] En résumé, la requérante soutient, dans son recours, qu'en remettant un prix de « zéro » pour les prestations complémentaires visées au point 5 de l'article 1.8. du cahier spécial des charges, l'intervenante contrevient aux règles applicables en matière de marché public mais également à l'article 11 de l'arrêté royal précité du 27 mars 1998.

[...] Or, la requérante a elle-même remis un prix de « zéro » pour une des prestations visées au point 5 de l'article 1.8. du cahier spécial des charges, à savoir le test tuberculinique, prix qu'elle a justifié de la manière suivante :

« Le test tuberculinique ne fait pas partie des prestations complémentaires il n'entre pas dans la nomenclature des prestations santé, à l'inverse, par exemple, des radiographies. Il peut, en conséquence être intégré dans l'examen de base couvert par les unités de prévention. Il s'agit d'un test strictement diagnostiquant et non d'un traitement curatif. Il découle de ce qui précède que le test tuberculinique ne constitue pas un acte complémentaire (...).»

Et encore que:

« A toutes fins utiles, il est encore précisé que, contrairement aux radiographies du thorax et aux vaccins contre la grippe, les prestations relatives aux tests tuberculins peuvent bel et bien être intégrées dans le décompte des unités de prévention...»" (...).

[...] Or, cette explication — *quod non* — vaut ou pourrait également valoir pour les radiographies du thorax et pour les vaccins contre la grippe.

En effet, les radiographies du thorax qui sont reprises dans la nomenclature de l'INAMI ne concernent pas toutes les radiographies du thorax. Ainsi, celles qui sont par exemple réalisées dans le cadre d'installation radiographique mobile mise en œuvre exclusivement dans le cadre de l'exercice de la médecine du travail ne sont pas soumises à la tarification INAMI.

De plus, comme dit ci-avant, compte tenu du type de travailleurs visés qui sont en relation continue et régulière avec une population particulière constituée de jeunes enfants, une radiographie du thorax peut constituer, dans le respect des articles 28, § 1^{er}, et 31 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs, une prestation accomplie dans le cadre de l'évaluation médicale préalable ou des évaluations de santé périodiques.

[...] L'explication fournie par la requérante pour le prix « zéro » des tests tuberculiniques peut encore être transposée à la vaccination contre la grippe qui constitue incontestablement un acte de santé préventif et que son coût ne figure pas à la nomenclature INAMI.

[...] La requérante ne peut pas, pour justifier la remise d'un prix « zéro » au test tuberculinique, invoquer certaines raisons et, ensuite, contester ces mêmes raisons lorsqu'elles sont invoquées par l'intervenante pour justifier de la remise d'un prix « zéro » pour d'autres prestations qui peuvent relever des prestations concernées par les unités de prévention.

La démarche et le raisonnement de la requérante ne sont pas légitimes. Son intérêt au recours ne peut pas être considéré comme étant suffisant. Le recours est donc irrecevable".

V. 2. Thèse de la requérante

A l'audience, la requérante maintient qu'elle a bien un intérêt au recours. Elle n'a en effet remis un prix "zéro" que pour le seul poste "tests tuberculiniques", parce que ce poste ne représente aucune prestation complémentaire et que le coût financier pour les produits à utiliser est insignifiant. Elle observe à cet égard que quatre autres soumissionnaires ont fait de même, tandis que le cinquième n'a indiqué qu'un coût de 95,52 euros. Par contre, les deux autres prix "zéro" que la requérante conteste dans l'offre de la partie intervenante représentent un coût financier beaucoup plus important, alors que, cette fois, tous les autres soumissionnaires ont inscrit des montants dont le total des deux postes va de 3.580, 2 euros à 4.541,92 euros. Dès lors qu'elle critique précisément ces deux prix "zéro" indiqués par la partie intervenante dans son offre, elle estime en tout état de cause que la question de son intérêt au recours est liée à l'examen au fond de celui-ci.

V. 3. Décision du Conseil d'Etat

Dès lors que la requérante a participé à la procédure d'attribution d'un marché public, a été sélectionnée et a déposé une soumission, elle justifie en principe

d'un intérêt légitime à introduire un recours en annulation de la décision attribuant ce marché à un concurrent.

La circonstance que la requérante critiquerait dans son recours certaines des justifications produites par la société attributaire du marché quant à des prix supposés anormaux, soit d'un montant égal à "zéro", alors que sa propre offre comprenait également un montant "zéro" pour une des trois prestations complémentaires visées dans l'avis de marché, à savoir les tests tuberculiniques, ne rend pas, en soi, son intérêt illégitime. Il ressort, en effet, tant des courriers qu'elle a adressés à la partie adverse dans le cadre de la justification de ses prix que de l'exposé de la requête, que la requérante estime que le coût des tests tuberculiniques n'entre pas dans la nomenclature des soins de santé et ne représente par ailleurs qu'un montant tout à fait insignifiant du marché litigieux, à l'inverse, selon elle, des deux autres prestations complémentaires pour lesquelles la partie intervenante a également remis un prix "zéro", ce qui fait par ailleurs l'objet des développements de ses moyens. Elle observe, en outre, que pour ce qui concerne les tests tuberculiniques, quatre soumissionnaires sur cinq ont remis un prix estimé à "zéro", le cinquième ayant lui-même remis un prix global de 93,52 euros, tandis que, pour ce qui concerne les deux autres postes relatifs aux radiographies du thorax et aux vaccins, seule la partie intervenante a, pour ces deux postes, remis un prix égal à "zéro". Ces différents éléments suffisent à justifier du caractère légitime de l'intérêt qu'a la requérante à son recours, dès lors qu'un examen plus approfondi de cette question est nécessairement liée à l'examen des moyens au fond.

L'exception d'irrecevabilité doit, en conséquence, être rejetée.

VI. DEMANDES DE CONFIDENTIALITE DES OFFRES ET DES JUSTIFICATIONS DE PRIX

VI. 1. Demandes des parties

La requérante sollicite la confidentialité de son offre et des justifications de son prix, portant les références 1, 2 et 3 des pièces qualifiées de confidentielles, en faisant valoir ce qui suit:

" L'offre de la partie requérante comporte le détail du prix proposé par elle et d'autres éléments relevant du secret des affaires, comme son équipement, la détermination du prix proposé pour les prestations complémentaires, sa méthodologie de travail, etc. Les justifications de prix fournies par la partie requérante sont également confidentielles puisqu'elles concernent la structuration du prix offert, Elles contiennent donc également des éléments liés au secret d'affaires.

Pour garantir le principe de libre concurrence et le secret des affaires, la partie requérante dépose son offre et ses justifications de prix à titre confidentiel. Il ne peut, en effet, être exclu que l'adjudicataire du marché intervienne dans la présente affaire".

La partie adverse considère que, pour les mêmes motifs que ceux qui sont invoqués par la requérante, il convient d'étendre le bénéfice de la confidentialité à toutes les offres déposées, ainsi qu'aux courriers adressés par les soumissionnaires et aux réponses reçues de leur part. Ces pièces sont identifiées par la partie adverse comme portant les numéros 1 à 21 du dossier administratif qu'elle qualifie de "confidentiel".

La partie intervenante demande également que son offre et les courriers adressés par elles les 28 avril 2016 et 20 mai 2016 en réponse aux demandes de la partie adverse bénéficient de la confidentialité. Ces pièces sont identifiées par la partie intervenante comme portant les numéros 3, 4 et 5 des annexes à sa requête, qualifiées de confidentielles.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade de la procédure, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité et de faire droit aux demandes de confidentialité des parties.

VII. PREMIER MOYEN

VII. A. Thèses des parties

VII. A. 1. Thèse de la requérante

Après avoir exposé sa propre conception des caractéristiques essentielles du cadre légal et réglementaire qui a trait aux services externes de prévention et de protection du travail et qui doit être pris en considération dans le cadre de l'appréciation de la légalité du marché litigieux, la requérante soulève un premier moyen, pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 5 et 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 21 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 11, 13/3 et 13/5 de l'arrêté royal 27 mars 1998 relatif au service externe pour la Prévention et la Protection au Travail, des principes de libre concurrence, d'égalité de traitement et de non-discrimination et de transparence, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du principe général de bonne administration, en ce compris le devoir de minutie, de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que du cahier spécial des charges:

- " En ce que, première branche, la société PROVIKMO a remis un prix «zéro» pour les prestations complémentaires relatives aux radiographies du thorax et aux vaccins contre la grippe;
 Que les justifications de la société PROVIKMO concernant le caractère anormal de son prix pour ces deux prestations complémentaires ne pouvaient pas être admises dès lors qu'elles sont contraires à la réglementation en vigueur ;
 Que le prix de PROVIKMO est donc un prix anormalement bas vu qu'il demeure injustifié ;
 Que, deuxième branche, l'inclusion, dans l'offre de la société PROVIKMO, des prix unitaires pour les prestations complémentaires relatives aux radiographies du thorax et aux vaccins contre la grippe dans le décompte des prestations générales couvertes par les unités de prévention constitue une ristourne interdite par la réglementation en vigueur ;
 Que, troisième branche, l'absence de prix unitaires dans l'offre de la société PROVIKMO pour les prestations complémentaires relatives aux radiographies du thorax et aux vaccins contre la grippe - et l'intégration des coûts résultant de ces prestations complémentaires dans la cotisation forfaitaire minimale exprimée en unités de prévention - contreviennent à une exigence essentielle du cahier spécial des charges selon laquelle les soumissionnaires devaient fournir le prix unitaire pour chaque prestation ;
 Que cette manière de structurer le prix de son offre est contraire au cahier des charges et rend impossible toute comparaison des offres des soumissionnaires ;
 Que, sur les trois branches réunies, l'offre de PROVIKMO est entachée d'une irrégularité substantielle ;
 Alors que, les dispositions et principes au moyen s'opposent à ce qu'un pouvoir adjudicateur déclare régulière et compare une offre qui est entachée d'une irrégularité substantielle dès lors qu'elle contient un prix anormalement bas qui n'est pas justifié (première branche), qu'elle et, partant, la décision d'attribution du marché méconnaissent la réglementation en vigueur (deuxième branche) et que l'offre contrevient aux exigences essentielles du cahier spécial des charges (troisième branche)".

La requérante développe comme suit ce moyen:

- " [...]. Sur la première branche
- [...]. L'article 25, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006 « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services » (ci-après : loi du 15 juin 2006) dispose que le marché passé en appel d'offres doit être attribué à l'offre régulière la plus avantageuse. Il énonce ce qui suit :
- « Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de passer le marché par appel d'offres, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, tenant compte des critères d'attribution » (...).
- [...]. L'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 « relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques » (ci-après : l'arrêté royal du 15 juillet 2011) impose à tout pouvoir adjudicateur de procéder à une vérification des prix qui lui sont remis. Cette disposition porte que :
- « § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites. A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure toutes indications permettant cette vérification.
 (...) §3. (...) Lors que le pouvoir adjudicateur constate, lors de la vérification des prix, qu'un prix paraissant anormalement bas ou élevé par rapport aux prestations à exécuter est remis, avant d'écarter pour cette raison l'offre en cause, il invite par lettre recommandée le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les

justifications nécessaires sur la composition du prix concerné dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation ne prévoise un délai plus long. La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.

Les justifications concernent notamment :

- 1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
- 2° les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
- 3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
- 4° le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
- 5° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Le pouvoir adjudicateur vérifie les justifications fournies et interroge à nouveau le soumissionnaire si nécessaire.
(...)» (...).

L'article 99, § 1^{er}, du même arrêté dispose encore que : « Après avoir appliqué l'article 96, le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix conformément à l'article 21 ».

Cette obligation de vérification du prix implique que le pouvoir adjudicateur ne peut déclarer une offre régulière en renvoyant simplement aux justifications apportées par le soumissionnaire interrogé sans en apprécier la précision, l'exactitude et la pertinence [...]. De plus, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat que pour pouvoir être admises par le pouvoir adjudicateur, les justifications du prix doivent être acceptables, précises, concrètes et étayées en fait [...].

[...]. Par ailleurs, il ressort de l'article 95 du même arrêté que la question de la normalité des prix concerne la régularité des offres. En vertu de cette disposition, le prix anormal d'une offre affecte celle-ci d'une irrégularité substantielle qui oblige le pouvoir adjudicateur à écarter l'offre.

L'article 95, §§ 3 et 4, se lit en effet comme suit [...]:

« §3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.

(...)

§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.

En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne le déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière » (...).

[...]. L'objectif de la réglementation des prix anormaux est de protéger le pouvoir adjudicateur. Elle lui permet de s'assurer que le prix offert par les soumissionnaires permet réellement d'exécuter les obligations qui résultent du cahier des charges et d'exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics.

Par ailleurs, la réglementation des prix anormaux entend également protéger les exigences d'une saine concurrence : il s'agit d'éviter que le pouvoir adjudicateur avalise des comportements contraires à une saine concurrence et que des marchés publics soient attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence [...]. Il est en effet considéré que l'acceptation d'un prix anormalement bas par un pouvoir adjudicateur, outre

que cela ne permet pas de garantir la bonne exécution du marché, affaiblit les entreprises du secteur et conduit, à terme, à la réduction de la concurrence [...].

[...]. En l'espèce, les prix offerts par les différents soumissionnaires pour le cinquième critère d'attribution relatif aux prestations complémentaires sont les suivants (p. 8 de la décision d'attribution, [...]) :

Sociétés	TT	RX	VG	Total	Points attribués
Mensura	0	2110,92	2431,00,	4541,92	0
SPMT-ARISTA	0	2199,96	2210,00	4409,96	0,44
PROVIKMO	0	0	0	0	15
ATTENTIA	0	0	3580,2	3580,2	3,18
SECUREX	95,32	2226,0	2099,5	4421,02	0,40

Le prix offert par la société PROVIKMO est, comme on le voit, de zéro, pour chacune des prestations complémentaires (tests tuberculiniques, radiographies du thorax et vaccinations grippes) dont le montant entre, conformément au cahier spécial des charges (p. 6), en ligne de compte pour l'évaluation du cinquième critère d'attribution.

[...]. Suivant la jurisprudence du Conseil d'Etat, un prix « zéro » doit toujours être considéré comme étant un prix apparemment anormal, en ce sens qu'il doit au moins apparaître de la décision d'attribution que le pouvoir adjudicateur a vérifié ce prix apparemment anormalement bas [...].

En outre, il est clair que plus un prix revêt un caractère anormal, plus sa justification doit être sérieuse et examinée avec soin par le pouvoir adjudicateur. Un prix qui revient à offrir gratuitement une prestation doit donc faire l'objet d'une justification circonstanciée.

Il s'ensuit que, revêtant un caractère apparemment anormalement bas, le prix « zéro » offert par la société PROVIKMO pour chacune des prestations complémentaires [...] devait être vérifié avec le plus grand soin par la partie adverse conformément aux articles 21, 95 et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. La partie adverse devait également examiner les justifications fournies en réponse à sa demande d'information avec minutie et diligence avant de pouvoir admettre ces justifications et ne pas rejeter l'offre concernée.

[...]. Or, la décision d'attribution (p. 3) indique, certes, que les soumissionnaires qui ont proposé des prestations gratuites dans leur offre ont effectivement été interrogés concernant le caractère anormalement bas de leurs prix. Cependant, la partie adverse ne pouvait pas considérer les réponses fournies par la société PROVIKMO comme acceptables dès lors qu'elles sont radicalement contraires à la réglementation en vigueur. Un examen minutieux et diligent de ces justifications aurait dû conduire la partie adverse à ne pas les admettre et rejeter l'offre de PROVIKMO.

[...]. En effet, concernant l'admission de ces justifications, la partie adverse relève dans la décision d'attribution que les justifications fournies par la société PROVIKMO ainsi que par les autres soumissionnaires ayant remis un prix « zéro » sont acceptables dès lors que le coût des prestations complémentaires est, en réalité, compris dans un autre élément du prix, à savoir dans les prestations générales obligatoires couvertes par les unités de prévention.

On peut en effet lire ce qui suit dans la décision d'attribution (p. 3):

« Les réponses ont été jugées satisfaisantes par le pouvoir adjudicateur.

En effet :

- Concernant les prestations complémentaires

Lorsqu'elles sont « gratuites », ces prestations sont comprises dans les services d'évaluation de santé (examens médicaux périodiques) réalisées par les équipes médicales (médecin du travail - conseiller en prévention et/ou infirmière). Ce prix est donc justifié par l'efficacité des services des soumissionnaires. Compte tenu de ce qui précède, il apparaît également que le prix offert pour ce poste ne met pas en péril les obligations qui résultent du cahier spécial des charges, tant au point de vue qualités techniques qu'au point de vue des délais (p. 3 de la décision d'attribution)».

En d'autres termes, bien que la partie requérante ignore la teneur exacte des justifications apportées par PROVIKMO, elle constate à la lecture de la décision d'attribution du marché que la partie adverse a admis l'ensemble des prestations « gratuites » [...] au motif qu'elles sont incluses dans un autre poste que celui des prestations complémentaires, à savoir dans les prestations générales couvertes par les unités de prévention, qui ne sont, pour le surplus, pas mises en concurrence.

[...]. Toutefois, en ce qui concerne les radiographies du thorax et les vaccins contre la grippe, cette justification n'est pas admissible dès lors que l'inclusion de ces deux prestations complémentaires dans les unités de prévention constitue une ristourne clairement interdite par l'arrêté royal du 27 mars 1998, tel que modifié par l'arrêté royal du 27 novembre 2015.

Pour rappel (cfr point II « Exposé du cadre légal et réglementaire », ci-dessus), l'article 11 de cet arrêté royal interdit les réductions et ristournes qui ont pour but ou effet de réduire le montant des cotisations forfaitaires converties en unités de prévention. Pour rappel, il dispose que:

« Il est interdit à tout service externe de pratiquer ou de proposer à l'employeur, et à ce dernier de solliciter ou d'accepter toute forme de réduction, de ristourne, de remboursement, ou d'autre pratique commerciale, ayant pour but ou pour effet de réduire le montant des cotisations forfaitaires minimales obligatoires visées à la section IIbis, même si le contrat a été conclu à la suite d'un marché public" [...].

[...]. Pour le présent marché, la réglementation fixe la cotisation forfaitaire minimale obligatoire à un montant de 118.308,50 euros, équivalant à 789 unités de prévention, pour assurer les prestations du service externe pour la prévention et la protection au travail à désigner. Chaque soumissionnaire a donc remis une offre pour ce montant, auquel s'ajoute le prix unitaire des prestations complémentaires [...].

Il résulte de l'article 11 précité qu'il est interdit de réduire ce montant minimal de 118.308,50 euros.

Certes, la société PROVIKMO n'a pas, en soi, offert de prix inférieur à 118.308,50 euros puisqu'elle a, comme la décision d'attribution l'indique, remis une offre qui correspond à ce montant. Néanmoins, PROVIKMO a justifié la « gratuité » des prestations complémentaires relatives aux radiographies du thorax et aux vaccinations grippales par le fait que leur coût est compris dans les services d'évaluation de santé couverts par les unités de prévention. Ce faisant, elle a artificiellement « gonflé » le volume des prestations couvertes par les unités de prévention en y intégrant des prestations complémentaires qui devaient, comme l'exigeait pourtant expressément le cahier spécial des charges et l'article 13/5, 2°, de l'arrêté royal du 27 mars 1998, être comptabilisées séparément. L'article 13/5 de cet arrêté royal indique par ailleurs aussi expressément que le coût des actes complémentaires, parmi lesquels figurent incontestablement les radiographies du thorax, ne sont pas couverts par la cotisation forfaitaire (...).

La manière dont la société PROVIKMO a structuré son prix est donc contestable. Elle a pour effet d'augmenter la valeur du montant de la cotisation forfaitaire minimale, pourtant non soumise à concurrence. Plus précisément, PROVIKMO a intégré les prestations complémentaires dans les unités de prévention, ce qui engendre une augmentation nette du volume de prestations couvertes par le prix des unités de prévention. Pour l'exprimer simplement, PROVIKMO offre plus de prestations pour le même prix d'unité de prévention, en ce que ses unités de prévention intègrent non seulement les prestations normalement couvertes par une unité de prévention mais également - et cela de manière tout à fait contraire à la réglementation et au cahier spécial des charges - des prestations complémentaires.

[...]. C'est dans ce sens que Votre Conseil s'est prononcé dans un arrêt n° 233.017 du 24 novembre 2015.

Pour rappel, à la question de savoir si offrir des unités de prévention supplémentaires gratuitement est contraire à la réglementation applicable, il a été jugé que, même si le montant forfaitaire minimal annuel effectivement proposé par un soumissionnaire demeure identique, le fait d'offrir des unités de prévention gratuitement en sus de ce montant minimal légal est contraire à l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998. Comme le relève Votre Conseil, le nombre d'unités de prévention fixé en application de la réglementation applicable doit garantir la réalisation de certaines prestations minimales. Y ajouter d'autres prestations gratuitement n'est dès lors pas permis.

[...]. Le fait que la société PROVIKMO a offert une ristourne interdite à la partie adverse en ce qui concerne les radiographies du thorax et les vaccins contre la grippe est d'autant plus vrai que ces prestations ont un coût élevé. Conformément à la nomenclature des prestations de santé (...), le coût de la radiographie du thorax se situe entre 12,57 euros et 17,59 euros (prix auquel s'ajoutent encore 12,57 euros si la prestation technique est réalisée dans un hôpital, ce qui est généralement le cas [...]).

Le prix d'un vaccin grippe est fixé actuellement à 11,45 euros (par le CBIP qui donne le prix des médicaments vendus en pharmacie, tels que les vaccins grippe).

L'offre de la société PROVIKMO revient ainsi à offrir gratuitement des prestations qui ont pourtant un coût minimum certain et, en ce qui concerne la radiographie, un coût qui est obligatoire en application de la réglementation en vigueur.

A noter, à cet égard, que la partie requérante a appris du soumissionnaire ATTENTIA que celui-ci n'aurait pas proposé, contrairement à ce qu'indique la décision d'attribution du marché, un prix « zéro » pour la prestation complémentaire relative à la radiographie du thorax. La décision d'attribution du marché contiendrait donc une erreur à ce propos. La requérante demande dès lors à Votre Conseil de bien vouloir vérifier l'offre d'ATTENTIA.

[...]. Quoi qu'il en soit, en ce qui concerne les radiographies du thorax en particulier, l'article 13/5, 2°, de l'arrêté royal du 27 mars 1998 précise expressément qu'il s'agit d'une prestation complémentaire qui, d'une part, n'est pas couverte par la cotisation forfaitaire et qui, d'autre part, doit être comptabilisée conformément à la nomenclature des prestations de santé.

L'article 13/5, 2°, énonce pour rappel (cf. cadre légal) ce qui suit :

« 2° actes complémentaires dans le cadre des missions relatives à la surveillance de la santé qui ne sont pas couvertes par la cotisation forfaitaire, en particulier les coûts des analyses, examens radiologiques, examens dirigés ou tests fonctionnels dirigés; ceux-ci sont comptabilisés conformément aux honoraires repris dans la nomenclature des prestations de santé, établie en exécution de l'article 35 de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994» (...).

Il s'ensuit qu'en prévoyant expressément que les prestations complémentaires (à tout le moins celles relatives aux radiographies du thorax) ne sont « pas couvert(e)s par la cotisation forfaitaire », l'article 13/5 précité interdit d'intégrer le coût de ces prestations dans le montant de la cotisation forfaitaire exprimée en unités de prévention. Un prix unitaire devait donc être mentionné séparément dans l'offre de la société PROVIKMO pour ces prestations complémentaires.

Cette même disposition oblige par ailleurs à comptabiliser les prestations complémentaires « conformément aux honoraires repris dans la nomenclature des prestations de santé », laquelle fixe un montant minimal de 12,57 à 17,59 euros pour les radiographies du thorax (auquel s'ajoute 12,57 euros si la radiographie est réalisée dans un hôpital). Il s'ensuit que ces prestations ne pouvaient pas faire l'objet d'un prix « zéro » ; le montant minimal de 12,57 à 17,59 euros (augmenté le cas échéant de 12,57 euros) fixé en application de la réglementation applicable devait au moins être proposé.

[...]. A toutes fins utiles, il est encore précisé que, contrairement aux radiographies du thorax et aux vaccins contre la grippe, les prestations relatives aux tests tuberculiniques peuvent bel et bien être intégrées dans le décompte des unités de prévention.

[...]. En effet, les tests tuberculiniques ne constituent pas une prestation complémentaire au sens de l'arrêté royal du 27 mars 1998, malgré qu'ils soient repris comme tel dans le cahier spécial des charges (ce qui est du reste étonnant). Ils peuvent donc être compris dans le décompte des unités de prévention et ne doivent pas être comptabilisés séparément.

A l'inverse des actes complémentaires visés par l'article 13/5 de l'arrêté royal du 27 mars 1998, le test tuberculinique est un acte qui relève des prestations générales qui sont couvertes par la cotisation forfaitaire minimale. Le test tuberculinique est réalisé par le médecin du travail pendant l'examen périodique, c'est-à-dire pendant un examen couvert par la cotisation forfaitaire minimale en vertu de l'article 13/3, § 1^{er}, 3^o, a), « les évaluations de santé préalable et périodiques », de l'arrêté royal du 27 mars 1998. Il ne s'agit donc pas d'un test effectué à l'occasion de consultations spécifiques.

En outre, c'est un test qui fait partie des actes de pure médecine du travail pour lequel il n'est pas nécessaire de faire appel à d'autres prestataires, comme un médecin externe, généraliste ou d'une autre spécialité. Il ne requiert aucun matériel particulier et son coût unitaire est anecdotique.

A noter également que, hormis le soumissionnaire SECUREX, tous les soumissionnaires ont remis un prix « zéro » pour cette prestation qui n'engendre aucun coût réel pour le service externe de prévention. Il n'est d'ailleurs pas repris dans la nomenclature des prestations de santé (...).

Tel n'est en revanche pas le cas en ce qui concerne les radiographies du thorax qui, comme exposé ci-dessus, sont expressément visées par l'article 13/5, 2^o, de l'arrêté royal du 27 mars 1998 en tant qu'actes complémentaires qui ne sont pas couverts par la cotisation forfaitaire.

Il en va de même pour le vaccin contre la grippe qui constitue un acte complémentaire et non une prestation générale obligatoire. Ces vaccins sont facultatifs et sont le plus souvent réalisés en faisant appel à des médecins généralistes et lors de consultations spécifiques, ce qui engendre un coût certain.

[...]. Il est donc tout à fait possible de proposer un prix « zéro » pour le test tuberculinique, puisque ce test n'engendre aucun coût supplémentaire.

Il n'est dès lors pas étonnant de voir tous les soumissionnaires, à une exception près, remettre un prix « zéro » pour cette prestation.

[...]. Il découle de tout ce qui précède que les justifications de la société PROVIKMO en ce qui concerne le caractère normal de son prix pour les prestations complémentaires relatives aux radiographies du thorax et aux vaccins contre la grippe ne sont pas admissibles. Le prix unitaire « zéro » offert par la société PROVIKMO pour ces prestations devait dès lors être considéré comme anormalement bas et, partant, son offre devait être rejetée.

[...]. La première branche est donc sérieuse.

[...]. Sur la deuxième branche

[...]. Indépendamment du caractère non-admissible des justifications fournies par la société PROVIKMO quant à la gratuité des prestations complémentaires relatives aux radiographies du thorax et aux vaccins contre la grippe, il y a lieu de noter que la proposition d'inclure le coût des prestations complémentaires dans le décompte des prestations générales couvertes par les unités de prévention constitue, en tant que tel, une réduction ou ristourne interdite par l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 (...).

Comme expliqué ci-dessus, le fait d'inclure le coût des prestations complémentaires dans les unités de prévention censées couvrir des prestations générales obligatoires revient, en effet, à offrir des prestations supplémentaires (en l'occurrence des prestations complémentaires) aux prestations couvertes par les unités de prévention, sans que le prix de l'unité de prévention ne change pour autant. Ainsi, si le prix de l'unité de prévention demeure inchangé, sa valeur économique est toutefois augmentée puisqu'elle contient davantage de prestations.

Un tel procédé commercial est contraire à l'article 11 de l'arrêté royal précité.

Il s'ensuit que la décision d'attribution du marché qui attribue le marché à un soumissionnaire qui propose un prix en violation de l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 est également entachée d'illégalité.

[...]. La deuxième branche est donc sérieuse.

[...]. Sur la troisième branche

[...]. Pour rappel, sous le point 2.9 « Données complémentaires » et sous le point 1.7 « Mode de détermination et de contrôle des prix », le cahier spécial des charges indique que : « Le soumissionnaire fournira, en annexe à son offre, le prix unitaire pour chacune des prestations complémentaires décrites ci-dessous : (...) » (...).

La partie adverse a donc clairement exigé des soumissionnaires, aux termes de son cahier des charges, de fournir un prix unitaire pour chacune des prestations complémentaires.

Et pour rappel, la remise de ces prix unitaires était surtout importante pour les prestations relatives aux tests tuberculiques, aux vaccins contre la grippe et aux radiographies du thorax, puisque seuls les prix pour ces trois prestations étaient évalués sous le critère d'attribution « montant des prestations complémentaires ».

[...]. Il s'agit d'une exigence essentielle du cahier des charges, étant donné qu'elle a trait à la manière dont les soumissionnaires devaient structurer et exprimer leurs prix et que son respect assure la comparabilité des offres.

[...]. En effet, il convient de constater que la comparaison des montants offerts pour les prestations complémentaires relatives aux radiographies du thorax et aux

vaccins contre la grippe est le seul moyen de départager les soumissionnaires, en ce qui concerne le prix de ce marché.

Pour rappel (...), la réglementation en vigueur impose un montant minimum légal de 118.308,50 euros, équivalant à 789 unités de prévention, pour l'exécution du marché. Ce montant doit couvrir les prestations générales visées à l'article 13/3, § 2, de l'arrêté royal du 27 mars 1998. Ainsi, le prix proposé par les soumissionnaires pour les prestations générales couvertes par les unités de prévention est fixé par la réglementation elle-même. Il ne permet pas de départager les offres des soumissionnaires sur le plan économique.

Il s'ensuit que seuls les prix proposés pour les prestations complémentaires (et plus précisément pour les radiographies du thorax et pour les vaccinations contre la grippe) [...] qui s'ajoutent aux prestations générales couvertes par les unités de prévention, sont susceptibles de permettre une comparaison des offres pour ce type de marché.

[...]. En outre, il est évident que la partie adverse ne peut pas comparer, d'une part, les offres qui ont, conformément au cahier spécial des charges, indiqué un prix unitaire pour les prestations complémentaires avec, d'autre part, les offres qui - bien qu'indiquant un prix unitaire de soi-disant « zéro » pour ces prestations - ont comptabilisé ces coûts dans le décompte des unités de prévention, et non de manière séparée, comme exigé par le cahier spécial des charges.

En permettant à certains soumissionnaires, dont PROVIKMO [...], d'intégrer le prix des prestations complémentaires relatives à la radiographie du thorax et à la vaccination contre la grippe dans les unités de prévention et, partant, à ne pas fournir de prix unitaire pour ces prestations, alors que d'autres soumissionnaires se sont efforcés, dans le respect du cahier des charges, de proposer un prix unitaire compétitif pour ces deux prestations complémentaires, la partie adverse a rendu impossible toute comparaison utile des offres.

Cela est d'autant plus vrai que le prix des unités de prévention est soustrait à toute concurrence. Ainsi, PROVIKMO a intégré les coûts des prestations relatives aux radiographies du thorax et aux vaccinations contre la grippe dans un poste de prix non soumis à la comparaison des offres. Le prix « zéro » des prestations complémentaires qui en résulte n'en est donc pas véritablement un, comme l'admet d'ailleurs la partie adverse elle-même, en utilisant des guillemets dans la décision d'attribution du marché: « Lorsqu'elles sont "gratuites", ces prestations sont comprises dans les services d'évaluation de santé (examen médicaux périodiques) réalisées par les équipes médicales (médecin du travail - conseiller en prévention et/ou infirmière » (p. 3 de l'acte attaqué [...]).

Pour le dire encore autrement, il est impossible de comparer l'offre d'un soumissionnaire, tel que PROVIKMO, qui a intégré le coût de deux prestations complémentaires dans le coût de l'unité de prévention laquelle est soustraite à toute concurrence, d'une part, avec l'offre d'un soumissionnaire qui a fourni, comme le cahier des charges l'exige, un prix unitaire pour chaque prestation et qui est bel et bien soumis à concurrence.

Le caractère biaisé de la comparaison des offres apparaît d'ailleurs du fait que PROVIKMO a reçu le maximum des points pour le prix des prestations complémentaires alors que ce coût -non spécifié - a été intégré « ailleurs », c'est-à-dire dans les unités de prévention non soumises à concurrence.

Il découle de ce qui précède que l'offre de la société PROVIKMO méconnaît les prescriptions essentielles du cahier spécial des charges relatives à la structuration et à la formulation du prix.

Cette méconnaissance du cahier des charges a rendu impossible toute comparaison des offres des soumissionnaires.

La partie adverse devait donc constater que l'offre de la société PROVIKMO était affectée d'une irrégularité substantielle et, en conséquence, la rejeter.

[...]. Il s'ensuit que la troisième branche est sérieuse.

[...]. Le premier moyen, en ses trois branches réunies, est sérieux".

VII. A. 2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conclut à l'absence de caractère sérieux du premier moyen, en chacune de ses branches, et ce sur la base de l'argumentaire suivant:

" [...]. Première branche

[...]. La partie requérante soutient, en substance, que l'offre de PROVIKMO serait irrégulière, au motif que les prix unitaires remis pour certaines prestations complémentaires – les radiographies du thorax et les vaccins contre la grippe – seraient contraire à la réglementation en vigueur. La partie adverse aurait par conséquent dû rejeter les justifications fournies par ce soumissionnaire en réponse à sa demande de justification de prix, et déclarer son offre irrégulière en raison de prix unitaires anormalement bas.

La partie requérante estime que la partie adverse ne pouvait accepter que le prix des prestations complémentaires offert par PROVIKMO se trouve justifié par le fait que ces prestations sont comprises dans les services d'évaluation de santé réalisés par les équipes médicales.

La partie requérante estime que PROVIKMO offrirait, ce faisant, une ristourne, contraire à l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998.

[...]. Cette disposition prévoit qu'il « est interdit à tout service externe de pratiquer ou de proposer à l'employeur, et à ce dernier de solliciter ou d'accepter toute forme de réduction, de ristourne, de remboursement, ou d'autre pratique commerciale, ayant pour but ou pour effet de réduire le montant des cotisations forfaitaires minimales obligatoires visées à la section *Ilbis*, même si le contrat a été conclu à la suite d'un marché public ».

La partie adverse n'aperçoit pas en quoi cette disposition aurait été violée par PROVIKMO.

Certes, aucun prix n'est fixé par PROVIKMO concernant les radiographies du thorax et les vaccins pour la grippe.

Cela étant, cette « gratuité » n'impacte pas le montant des cotisations forfaitaires minimales obligatoires, qui est, comme les autres soumissionnaires, de 118.308,50 euros.

La partie requérante l'affirme d'ailleurs elle-même dans sa requête (page 18). Il est donc inexact et contradictoire d'affirmer, ce que la partie requérante fait pourtant, que PROVIKMO aurait augmenté la valeur du montant de la cotisation forfaitaire minimale (page 18).

[...]. La partie requérante affirme toutefois qu'en intégrant des prestations complémentaires dans les unités de prévention, PROVIKMO offre plus de prestations pour le même prix d'unité de prévention, ce qui violerait l'article 11 de

l'arrêté royal du 27 mars 1998. La partie requérante affirme également que le Conseil d'Etat se serait prononcé en ce sens dans un arrêt du 24 novembre 2015.

[...]. La partie adverse n'aperçoit pas en quoi l'offre de PROVIKMO violerait la réglementation en vigueur, puisque le montant des cotisations forfaitaires minimales obligatoires n'y est pas réduit, ce que seul interdit la réglementation.

En outre, la partie requérante déduit de l'arrêt du Conseil d'Etat du 24 novembre 2015 un enseignement qui ne s'impose pas avec la force de l'évidence.

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a certes estimé qu'offrir des unités de prévention « bonus » ou « gratuites » est contraire à l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998. Cette décision semble toutefois se justifier par le fait que ces unités de prévention étaient utilisées pour compenser l'insuffisance d'unités de prévention calculées sur base du nombre de personnel. Or, l'article 13/3, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 27 mars 1998 prévoit qu'en ce cas ces prestations sont comptabilisées – lire : facturées - séparément. L'article 13/6 du même arrêté prévoit le tarif de ces prestations. La formulation d'unité de prévention « bonus » avait dès lors bien pour effet de diminuer le montant des cotisations obligatoires.

Cette situation est différente de celle rencontrée en l'espèce. Aucune unité de prévention « bonus » n'est offerte par PROVIKMO dans son offre.

Partant, l'offre de PROVIKMO ne viole pas l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998.

[...]. La partie requérante affirme encore que les prestations de radiographies du thorax et de vaccination contre la grippe ne sont pas visées par la cotisation forfaitaire, et seraient visées par l'article 13/5 de l'arrêté royal du 27 mars 1998.

[...]. L'article 13/5 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 prévoit ce qui suit :

« Sont considérées comme complémentaires aux prestations visées à l'article 13/3, § 1^{er} et § 2, alinéa 1^{er}, et peuvent être comptabilisées séparément à l'employeur par le service externe :

- 1° actes techniques dans le cadre des missions relatives à la gestion des risques, et qui font partie des méthodes d'analyse et d'expertise, notamment les recherches, contrôles et mesurages qui exigent une analyse en laboratoire;
- 2° actes complémentaires dans le cadre des missions relatives à la surveillance de la santé qui ne sont pas couvertes par la cotisation forfaitaire, en particulier les coûts des analyses, examens radiologiques, examens dirigés ou tests fonctionnels dirigés; ceux-ci sont comptabilisés conformément aux honoraires repris dans la nomenclature des prestations de santé, établie en exécution de l'article 35 de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994;
- 3° frais réels de déplacement des conseillers en prévention et des personnes qui les assistent;».

[...]. La partie requérante en déduit que les actes complémentaires doivent être facturés conformément aux honoraires repris dans la nomenclature des prestations de santé.

PROVIKMO défend que le S.E.P.P.T. peut décider de facturer séparément ces prestations, mais qu'il n'y est pas tenu. Ces prestations peuvent être incluses dans les prestations du médecin du travail couvertes par les unités de prévention auxquelles correspondent les cotisations forfaitaires.

[...]. L'article 13/5 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 prévoit :

- d'une part, que les prestations complémentaires « peuvent être comptabilisées séparément à l'employeur par le service externe » (alinéa 1^{er}) et,

- d'autre part, que les prestations complémentaires «sont comptabilisées conformément aux honoraires repris dans la nomenclature des prestations de santé, établie en exécution de l'article 35 de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14juillet 1994 « (2°).

De prime abord, on peut craindre que cette disposition renferme une contradiction entre ces deux branches. En réalité, cette contradiction n'est toutefois qu'apparente.

Cette contradiction peut en effet être résolue si on admet que le service externe peut décider de facturer ou non ces prestations complémentaires. S'il décide de comptabiliser séparément ces prestations, ce qu'il n'est pas tenu de faire, il les comptabilise conformément aux honoraires repris dans la nomenclature des prestations de santé.

Autrement dit, ce n'est que lorsqu'il fait le choix de facturer ces prestations qu'un service externe doit le faire conformément à la nomenclature des prestations de santé.

Partant, et contrairement à ce qu'affirme la partie requérante, les actes complémentaires visés par cette disposition ne doivent pas être facturés, en toutes circonstances, conformément aux honoraires repris dans la nomenclature des prestations de santé.

[...]. Se fondant sur ce que l'article 13/5 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 prévoit que les actes complémentaires dans le cadre des missions relatives à la surveillance de la santé qui ne sont pas couvertes par la cotisation forfaitaire (...), la partie adverse en déduit qu'il serait interdit d'intégrer le coût de ces prestations dans le montant de la cotisation forfaitaire.

D'emblée, il apparaît que le fait qu'il soit affirmé que ces prestations complémentaires ne sont pas couvertes par la cotisation forfaitaire paraît en réalité redondant. La formulation employée ne permet pas, avec évidence, d'en déduire qu'il serait interdit d'intégrer le coût de ces prestations dans le montant de la cotisation forfaitaire.

Cette disposition doit être comprise comme permettant d'identifier les prestations complémentaires qui peuvent être comptabilisées séparément.

Telle est d'ailleurs la formule par laquelle débute cette disposition.

S'il devait être interdit d'intégrer le coût de ces prestations dans le montant de la cotisation forfaitaire, les services externes n'auraient pas la possibilité de comptabiliser ces prestations séparément. Ils devraient le faire. Or, tel n'est pas le cas.

Autrement dit, si l'arrêté royal du 27 mars 1998 prévoit que le service externe peut comptabiliser séparément des cotisations forfaitaires certaines prestations qualifiées de complémentaires, il faut nécessairement en déduire qu'un service externe peut ne pas comptabiliser séparément ces prestations.

Si ces prestations ne sont pas comptabilisées séparément, elles doivent nécessairement être couvertes par la cotisation forfaitaire.

Partant, la réglementation n'interdit pas d'intégrer le coût de ces prestations complémentaires dans le montant de la cotisation forfaitaire.

Il s'ensuit que le coût de ces prestations ne doit pas nécessairement être comptabilisé conformément aux honoraires repris dans la nomenclature des prestations de santé, comme l'affirme la partie requérante. Comme la partie

adverse l'a déjà expliqué, ce n'est que lorsqu'il fait le choix de facturer ces prestations séparément qu'un service externe doit le faire conformément à la nomenclature des prestations de santé.

[...]. Compte tenu de ce qui précède, la partie requérante n'établit pas que les prix de PROVIKMO pour certaines prestations complémentaires seraient contraires à la réglementation applicable.

[...]. La partie requérante perd d'ailleurs de vue – elle ne la critique pas.... – la justification des prix offerts. Or cette justification confirme que les prestations « complémentaires » peuvent être imputées sur les cotisations forfaitaires. Concernant les prestations complémentaires, la décision d'attribution énonce que «Lorsqu'elles sont "gratuites", ces prestations sont comprises dans les services d'évaluation de santé (examens médicaux périodiques) réalisées par les équipes médicales (médecin du travail – conseiller en prévention et/ou infirmière). Ce prix est donc justifié par l'efficacité des services des soumissionnaires. Compte tenu de ce qui précède, il apparaît également que le prix offert pour ce poste ne met pas en péril les obligations qui résultent du cahier spécial des charges, tant au point de vue qualité techniques qu'au point de vue des délais ».

Ces prestations « complémentaires » sont donc portées en compte du conseiller en prévention-médecin du travail sur base de l'article 13/4 de l'arrêté royal du 27 mars 1998, comme l'affirme d'ailleurs PROVIKMO dans son courrier du 20 mai 2016.

L'article 13/4 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 prévoit :

« § 1^{er}. Une unité de prévention s'élève à 150 euro.

Des unités de prévention peuvent être dépensées par l'employeur au moyen de prestations par le personnel du service externe telles que définies au § 2, ou par conversion du coût des prestations, tel que visé à l'article 13/5.

§ 2. L'employeur peut dépenser les unités de prévention au moyen de prestations des services externes en application des facteurs de pondération suivants, qui tiennent compte du coût moyen par heure prestée par le personnel d'un service externe, coût salarial brut par heure, avantages extralégaux et frais généraux compris :

- a) 1 unité de prévention par heure prestée par un conseiller en prévention spécialisé dans le domaine de la sécurité du travail, tel que visé à l'article 22, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o;
- b) 1,25 unités de prévention par heure prestée par un conseiller en prévention-médecin du travail, tel que visé à l'article 22, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o;
- c) 1 unité de prévention par heure prestée par un conseiller en prévention spécialisé dans le domaine de l'ergonomie, tel que visé à l'article 22, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o;
- d) 1 unité de prévention par heure prestée par un conseiller en prévention spécialisé dans le domaine de l'hygiène du travail, tel que visé à l'article 22, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o;
- e) 1 unité de prévention par heure prestée par un conseiller en prévention spécialisé dans le domaine des aspects psychosociaux du travail, tel que visé à l'article 22, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 5^o;
- f) 0,75 unités de prévention par heure prestée par une personne qui assiste le conseiller en prévention et qui a terminé avec fruit une formation complémentaire agréée de conseiller en prévention de niveau II au moins;
- g) 0,75 unités de prévention par heure prestée par un(e) infirmier(ère) qui assiste le conseiller en prévention-médecin du travail".

Or, l'administration de vaccins et la réalisation d'examens médicaux fait partie des missions dévolues au médecin du travail suivant l'article 2. 3. 2, j) et k), du cahier spécial des charges.

PROVIKMO pouvait donc choisir de proposer d'utiliser les unités de prévention pour la réalisation de ces prestations « complémentaires », dans lesquelles peut

certainement être incluse la radiographie. Cela n'est pas contredit par la partie requérante.

N'y fait pas obstacle le fait que l'article 13/5 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 prévoit les coûts des examens radiologiques comme actes complémentaires dans le cadre des missions relatives à la surveillance de la santé qui ne sont pas couvertes par la cotisation forfaitaire. Comme expliqué, ces prestations peuvent être comptabilisées séparément. Le service externe peut aussi décider de ne pas les comptabiliser séparément, notamment lorsqu'il fait le choix de porter ces prestations en compte du conseiller en prévention-médecin du travail sur base de l'article 13/4 de l'arrêté royal du 27 mars 1998.

Cette conclusion n'est nullement remise en cause par le libellé du cahier spécial des charges. Le simple fait que le cahier des charges prévoit que les soumissionnaires fournissent en annexe à leur offre leur prix unitaire pour chacune des prestations complémentaires, ne signifie pas que ces prestations complémentaires devaient être comptabilisées – lire : facturées – séparément. Compte tenu de la liberté laissée aux soumissionnaires dans le cadre de l'établissement de leur prix, ceux-ci pouvaient remettre un prix de « 0 » euro pour ces prestations complémentaires sans violer le cahier des charges. Il faut, en outre, constater qu'un prix unitaire a bel et bien été remis, comme demandé, pour ces prestations complémentaires. Ce prix est de « 0 » euro.

Compte tenu de ce qui précède, on ne peut, en réalité, qu'être surpris par l'argumentation de la partie requérante. Celle-ci justifie le prix des tests tuberculeux par l'inclusion de ces prestations dans l'examen périodique du médecin du travail. Or, cette prestation est clairement reprise comme complémentaire dans le cahier spécial des charges

[...]. Il s'ensuit que les prix proposés par PROVIKMO dans son offre ne sont pas contraires à la réglementation applicable en la matière. La partie adverse pouvait accepter les justifications fournies par PROVIKMO et n'était donc pas tenue de rejeter cette offre. Elle s'en est d'ailleurs largement justifié dans la décision d'attribution, tant au regard du respect de la réglementation applicable en la matière qu'au regard du respect d'une concurrence non faussée. La partie requérante n'indique d'ailleurs pas que la décision attaquée ne serait pas suffisamment motivée formellement à ce propos.

Cette première branche du premier moyen n'est donc pas sérieuse.

[...]. Deuxième branche

[...]. La partie requérante soutient que l'inclusion du coût des prestations complémentaires dans le décompte des prestations générales couvertes par les unités de prévention constitue une réduction ou ristourne du montant des cotisations forfaitaires interdite par l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998. Si le prix de l'unité de prévention demeure inchangé, sa valeur économique augmenterait puisqu'elle contiendrait davantage de prestations.

[...]. Cette branche du moyen repose sur une affirmation inexacte en droit comme en fait, comme la partie adverse l'a démontré dans l'examen de la première branche du moyen.

Il faut, en effet, constater :

- d'une part, que l'imputation du coût des prestations complémentaires sur les unités de prévention est prévue par l'article 13/4 de l'arrêté royal du 27 mars 1998, comme la partie adverse l'a déjà expliqué ci-dessus. Partant, l'augmentation des quantités de prestations couvertes par la cotisation forfaitaire est également prévue par la réglementation elle-même dans les limites qu'elle fixe ;

- d'autre part, que le montant des cotisations forfaitaires n'est concrètement, nullement diminué, ce qu'interdit seulement l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998. La valeur économique des unités de prévention demeure également inchangée, étant fixée par l'article 13/4 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 à 150 euros par unité.

Cette deuxième branche du premier moyen n'est donc pas sérieuse.

[...]. Troisième branche

[...]. La partie requérante estime qu'en exigeant des soumissionnaires qu'ils fournissent, en annexe à leur offre, leur prix unitaire pour chacune des prestations complémentaires, la partie adverse aurait exigé de fournir un prix unitaire supérieur à "0" euro pour chacune de ces prestations. Il s'agirait, selon la partie requérante, d'une exigence essentielle, puisqu'elle permettrait de départager les soumissionnaires sur le prix. Compte tenu des prix de PROVIKMO, la partie adverse ne pouvait par ailleurs comparer utilement les offres de SPMT –ARISTA et de PROVIKMO ; en acceptant l'offre de PROVIKMO, elle aurait même rendu impossible une comparaison des offres, ce qui violerait le principe de concurrence.

[...]. D'emblée, cette branche du moyen doit être déclarée irrecevable, pour défaut d'intérêt.

A suivre la partie requérante, son offre serait également irrégulière puisqu'elle a remis un prix de « 0 » euro pour les tests à la tuberculine.

Le marché devrait dès lors être directement attribué à Securex, sans application des critères d'attribution, dès lors qu'il s'agirait de la seule offre régulière. Securex est le seul soumissionnaire à avoir proposé un prix supérieur à 0 pour toutes les prestations complémentaires.

[...]. Cette branche du moyen manque également en fait.

Le simple fait que le cahier des charges prévoit que les soumissionnaires fournissent en annexe à leur offre leur prix unitaire pour chacune des prestations complémentaires, ne signifie pas que la partie adverse aurait exigé, sous peine de nullité, de fournir un prix unitaire (supérieur à « 0 », dans la thèse de la partie requérante) pour chacune de ces prestations.

Compte tenu de la liberté laissée aux soumissionnaires dans le cadre de l'établissement de leur prix, ceux-ci pouvaient remettre un prix de « 0 » euro pour ces prestations complémentaires sans violer le cahier des charges.

La partie requérante n'invoque d'ailleurs aucun élément concret duquel il pourrait se déduire que le cahier des charges aurait nécessairement imposé qu'un prix supérieur à « 0 » euro soit fourni pour le prix des postes complémentaires.

La thèse de la partie requérante ne résiste d'ailleurs pas à l'analyse de sa propre offre. La partie requérante y a proposé un prix de « 0 » euro pour le test à la tuberculine. Elle a donc bel et bien compris qu'un prix de « 0 » euro pouvait être proposé pour cette prestation complémentaire, sur base desquelles les offres des soumissionnaires seraient comparées. Son attitude confirme que l'obligation de fournir un prix unitaire (supérieur à « 0 » euro, dans la thèse de la partie requérante) pour chacune de ces prestations complémentaires ne constitue pas une exigence essentielle du cahier spécial des charges, devant entraîner l'exclusion de l'offre du soumissionnaire en cas de prix égal « 0 » euro. Il importe peu que la partie requérante estime que cette prestation complémentaire n'en est pas une, dès lors qu'elle ne critique pas la légalité de ce critère d'attribution.

Par ailleurs, PROVIKMO a proposé un prix unitaire pour les prestations complémentaires. Ce prix est de « 0 » euro. Un tel prix n'était pas exclu par le cahier des charges, ni expressément, ni implicitement. Un tel prix n'est pas exclu par la réglementation applicable en la matière, ni par la réglementation des marchés publics, ce prix ayant pu être justifié [...]. Les offres des soumissionnaires ont donc pu être valablement comparées.

Il importe peu que le coût de ces prestations ait été repris dans un poste –les cotisations forfaitaires – non soumis à la concurrence. Tous les soumissionnaires pouvaient en effet agir de la sorte.

La partie adverse s'en est d'ailleurs expliqué dans la décision d'attribution :

« Il ressort également des justifications fournies que ces prix ne s'opposent pas à la réglementation applicable. Le calcul des unités de prévention est imposé par la réglementation. Son utilisation par chaque soumissionnaire ne saurait dès lors fausser la concurrence. Au contraire, la liberté –encadrée - laissée à chaque soumissionnaire dans ce cadre permet d'améliorer la concurrence au bénéfice du " client" dans le respect du cadre légal applicable. Ce cadre légal permet par ailleurs, en toute hypothèse, de consacrer les produits du service externe à des programmes d'action spécifiques (art. 12 de l'AR du 27/03/1998). Chaque soumissionnaire étant libre de disposer de cette disponibilité, sa mise en œuvre ne peut fausser la concurrence».

La partie adverse ne contredit d'ailleurs nullement cette argumentation dans sa requête, n'évoquant même pas l'article 12 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 dans son exposé du cadre légal et réglementaire ...

Il est, enfin, inexact d'affirmer que le prix des prestations complémentaires ne serait pas nul.

Compte tenu de la structure de prix proposée par PROVIKMO, il ne donnera pas lieu à une facturation séparée supplémentaire. La partie adverse pouvait donc légitimement tenir compte de cette offre dans le cadre de la comparaison des offres et la valoriser davantage.

Cette dernière branche du premier moyen n'est donc pas sérieuse.

[...]. Conclusion

[...]. Les prix proposés par PROVIKMO dans son offre ne sont pas contraires à la réglementation applicable en la matière, ni à la réglementation applicable en matière de marchés publics. La partie adverse pouvait accepter les justifications fournies par PROVIKMO et n'était donc pas tenue de rejeter cette offre. Elle s'en est d'ailleurs largement justifiée dans la décision d'attribution, tant au regard du respect de la réglementation applicable en la matière qu'au regard du respect d'une concurrence non faussée.

Partant, ce moyen est dénué de tout fondement".

VII. A. 3. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante considère de même que le premier moyen de la requête manque de tout sérieux et fait valoir à ce sujet les considérations suivantes:

" Première branche

[...]. En résumé, la requérante soutient que les radiographies du thorax et les vaccins contre la grippe relèvent des prestations complémentaires et qu'elles devaient être facturées par l'intervenante à un prix qui ne pouvait pas être de « zéro » sous peine de contourner les règles applicables aux marchés publics, de contrevenir à l'interdiction de réduction ou de ristournes des prestations couvertes par les unités de prévention. Elle soutient qu'un prix de « zéro » ne peut pas être un prix régulier et que les justifications données à ce prix ne sont pas admissibles.

[...]. Ce faisant, la partie requérante part du postulat erroné que:

- les radiographies du thorax et les vaccins contre la grippe sont des prestations complémentaires (alors que tel n'est pas le cas) ;
- que ces prestations complémentaires doivent obligatoirement être facturées (ce qui est contraire aux dispositions réglementaires applicables).

Partant, la requérante ne dispose pas de l'intérêt requis à la première branche du premier moyen.

[...]. Pour le surplus, comme précisé ci-avant, parmi les prestations à accomplir par le S.E.P.P.T. dans le cadre des unités de prévention, figurent les examens de santé préalable et périodiques.

Par application des articles 28 et 31 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs, les 'actes' qui sont englobés dans ces examens ne sont pas limités de manière exhaustive.

Un S.E.P.P.T. peut, dans le respect de cette réglementation, estimer que des radiographies du thorax et des vaccins contre la grippe font partie de l'évaluation de santé préalable et de l'évaluation de santé périodique et constituent dès lors des prestations de base.

En l'occurrence, cette faculté est confirmée par le fait que les radiographies du thorax et les vaccins contre la grippe constituent bien des actes préventifs compte tenu notamment des missions qui sont accomplies par la partie adverse (ONE) et des relations fréquentes entre les travailleurs et les très jeunes sujets (enfants) et les parents qui sont en contact avec ces travailleurs.

Chaque S.E.P.P.T. détermine souverainement quelles sont les prestations à réaliser lors des évaluations de santé préalable et/ou périodiques, examens qui relèvent des prestations générales obligatoires qui sont couvertes par les unités de prévention.

De même, comme précisé ci-avant, il n'existe pas de liste de prestations qui doivent nécessairement être qualifiées de « prestations complémentaires ».

La partie requérante part donc du postulat erroné que les radiographies du thorax et les vaccins contre la grippe sont des prestations qui ne peuvent pas être englobées dans les prestations de base couvertes par les unités de prévention.

[...]. Contrairement à ce que la requérante écrit, les justifications données par l'intervenante quant à l'inclusion de ces deux types de prestations dans les prestations de base ne constituent pas une augmentation du volume de celles-ci contraire à l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998.

Le volume des prestations des examens de base ne sont pas gonflées artificiellement sachant que les évaluations de santé préalable et/ou périodiques peuvent englober ces deux types de prestations, la réglementation n'ayant pas limité les prestations à effectuer dans ce cadre.

Ainsi, une vaccination contre la grippe peut être réalisée en quelques secondes lors de l'évaluation de santé périodique ou lors de l'évaluation de santé préalable.

L'intervenante n'aperçoit pas l'utilité d'effectuer le vaccin lors d'un examen médical spécifique.

De même, les radiographies du thorax peuvent se faire en dehors du milieu hospitalier, par exemple lors de l'évaluation de santé préalable et lors des évaluations de santé périodique réalisées dans le cadre d'une installation radiographique mobile mise en œuvre exclusivement dans le cadre de l'exercice de la médecine du travail.

Par ailleurs, l'infrastructure, l'organisation et les investissements effectués par l'intervenante lui permettent de dégager les ressources nécessaires à la concrétisation des mesures visées à l'article 12 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 qui permet que l'excédent du produit du S.E.P.P.T. soit consacré à « l'élaboration de programmes d'actions spécifiques relatifs au bien-être des travailleurs dans l'exécution de leur travail dans les entreprises ou les institutions pour un secteur déterminé ».

L'intervenante justifie valablement les prix « zéro » remis pour les deux prestations litigieuses. Il ne s'agit pas de prix irrégulier.

[...]. L'arrêt du Conseil d'Etat cité par la partie requérante n'est pas transposable au cas d'espèce. Dans l'affaire précitée, un S.E.P.P.T. avait offert gratuitement des unités de prévention en complément de celles faisant l'objet de la tarification légale imposée.

Tel n'est pas le cas en l'espèce. Il n'y a pas d'unité de prévention supplémentaire.

Si les deux prestations litigieuses sont intégrées dans les évaluations de santé préalable et/ou périodiques qui relèvent des prestations générales obligatoires couvertes par les unités de prévention, c'est dans le strict respect de la réglementation applicable.

[...]. L'intervenante renvoie à ce qui est écrit ci-avant au sujet de la possibilité de comptabiliser séparément des prestations complémentaires. L'article 13/5 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 laisse aux S.E.P.P.T. le choix de facturer ou pas une prestation complémentaire.

Le site internet du service Public Fédéral Emploi précise d'ailleurs sans ambiguïté :

« La cotisation est une cotisation forfaitaire annuelle et est calculée par travailleur...

Si des prestations doivent être fournies qui ne sont pas remises dans l'ensemble des prestations de base, le service externe peut bien entendu les facturer à part et cela doit se faire au tarif pour des prestations supplémentaires.

...

Le service externe peut encore assurer des prestations supplémentaires à l'employeur, mais ce n'est pas obligatoire. Ces montants doivent être mentionnés clairement et séparément sur la facture. Il s'agit par exemple... ».

A supposer même - *quod non* - que les radiographies du thorax et les vaccins contre la grippe constituent des prestations complémentaires, ces prestations peuvent être facturées ou pas par le S.E.P.P.T..

Il s'agit d'une faculté fixée par un arrêté royal du 27 mars 1998, arrêté dont la légalité n'est pas mise en cause par la requérante.

Celle-ci base en réalité son raisonnement sur le fait que les S.E.P.P.T. ont l'obligation de facturer les prestations complémentaires. Or, tel n'est pas le cas.

[...]. C'est à juste titre que le rapport d'attribution mentionne dès lors que:

« Il ressort également des justifications fournies que ces prix ne s'opposent pas à la réglementation applicable. Le calcul des unités de prévention est imposé par la réglementation. Son utilisation par chaque soumissionnaire ne saurait dès lors fausser la concurrence. Au contraire, la liberté — encadrée — laissée à chaque soumissionnaire dans ce cadre permet d'améliorer la concurrence au bénéfice du "client" dans le respect du cadre légal applicable. Ce cadre légal permet par ailleurs en toute hypothèse, de consacrer les produits du service externe à des programmes d'actions spécifiques (art. 12 de l'arrêté royal du 27 mars 1998). Chaque soumissionnaire étant libre de disposer de cette disponibilité, sa mise en œuvre ne peut fausser la concurrence».

Ce faisant, la partie adverse justifie valablement et légalement la prise en compte du prix « zéro » qui ne constitue pas un prix irrégulier entraînant la suspension de l'acte litigieux.

[...]. La requérante ne dispose pas de l'intérêt requis à la première branche du premier moyen qui n'est, en tout état de cause, pas sérieux.

Deuxième branche

[...]. La requérante soutient que la proposition d'intégrer les coûts des radiographies du thorax et des vaccins contre la grippe dans les examens couverts par les unités de prévention constitue une réduction ou une ristourne interdite par l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998.

[...]. Les prestations à accomplir lors des évaluations de santé préalable et/ou périodiques, qui sont obligatoires et couvertes par les unités de prévention ne sont pas limitativement énumérées.

De même, il n'existe pas de disposition déterminant des prestations qui doivent recevoir la qualification de prestations complémentaires.

Les deux prestations litigieuses constituent des mesures de prévention qui peuvent être englobées dans les évaluations de santé précitées, qui constituent des prestations de base couvertes par les unités de prévention.

Ces prestations accomplies dans ce cadre ne constituent pas des ristournes ou des réductions interdites par l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998.

[...]. La deuxième branche du premier moyen n'est pas sérieuse.

Troisième branche

[...]. Selon la requérante, en permettant à certains soumissionnaires d'intégrer les coûts des prestations complémentaires dans les unités de prévention, la partie adverse a rendu impossible toute comparaison utile des offres. L'offre de l'intervenante méconnaît les prescriptions essentielles du cahier spécial des charges.

[...]. Les termes de l'article 13/5 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 sont clairs : c'est le S.E.P.P.T. qui détermine si oui ou non il entend facturer des prestations complémentaires.

En l'espèce, l'intervenant a légitimement pu décider de ne pas facturer les prestations complémentaires — pour autant qu'il s'agisse de prestations complémentaires.

Les offres peuvent donc être comparées même si certains soumissionnaires ont rendu des prix de « zéro ».
Une comparaison a d'ailleurs pu être clairement établie.
Pour ce critère d'attribution, la requérante arrive en troisième position, derrière l'intervenante et ensuite Attentia.

La requérante ne démontre pas qu'elle aurait pu arriver en ordre utile pour ce critère et que ce classement aurait modifié la décision d'attribution litigieuse.

[...]. Si, comme le soutient la requérante, les radiographies du thorax devaient être facturées au tarif INAMI et les vaccins contre la grippe au tarif des pharmacies - *quod non* -, cela impliquerait qu'aucune comparaison ne pourrait effectivement être réalisée, chaque soumissionnaire proposant les prix planchers. Si le Roi a opté pour un système non contraignant de prix, c'est pour permettre la concurrence en faveur des employeurs.

[...]. La requérante ne dispose pas de l'intérêt requis à la première branche du premier moyen qui n'est, en tout état de cause, pas sérieux".

VII.A.4. Débats à l'audience

La requérante maintient que l'attitude de la partie adverse est totalement inacceptable, en ce qu'elle a eu recours à une pratique détournée, tant sur le plan de l'estimation du prix que sur le plan technique, et ce pour en arriver à une situation de bradage des prix entre les différents soumissionnaires.

Elle réitère de même que la manière d'opérer de la partie adverse n'est pas en conformité avec le cadre législatif et réglementaire applicable aux S.E.P.P.T., dont, en particulier les articles 11, 13/2 et 13/5, 2°, de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail. Tabler sur un solde des unités de prévention qui ne devraient pas être destinées à couvrir les prestations générales obligatoires dans le chef du S.E.P.P.T. attributaire du marché et qui pourraient, en conséquence, être utilisées pour couvrir les trois prestations complémentaires qui sont visées par le cinquième critère d'attribution du marché est plus que risqué et revient à recourir à des pratiques commerciales qui sont interdites en l'espèce dès lors que cela pourrait conduire à une diminution des prestations générales obligatoires dans le chef du S.E.P.P.T. concerné. L'invocation par la partie adverse et par la partie intervenante de la bonne organisation du S.E.P.P.T. concerné ne peut non plus tout justifier, car il est évident que l'on réduit en tout état de cause le temps de prestation consacré aux unités de prévention et normalement financé par la cotisation forfaitaire générale imposée à l'employeur par l'arrêté royal du 27 mars 1998, cotisation qui est du reste la même pour tous les soumissionnaires concernés. Par ailleurs, les radiographies du thorax doivent, en tout état de cause, être validées par un radiologue et ne peuvent donc pas être en leur totalité intégrée dans des unités de prévention accomplies par les médecins du S.E.P.P.T. concerné dès lors qu'ils ne sont pas qualifiés à cet effet. La requérante reconnaît que la situation est moins claire pour ce qui concerne la vaccination contre la grippe, mais elle se demande toutefois

comment il sera possible en pratique de réaliser tous les vaccins sur une période donnée relativement courte tout en affirmant que cela peut entrer dans la prise en charge des unités de prévention sans que cela n'ait de conséquences sur l'accomplissement des prestations générales obligatoires qui incombent à tout S.E.P.P.T..

La requérante n'aperçoit par ailleurs pas comment le contrôle des prix anormalement bas a pu effectivement être opéré par la partie adverse, dès lors que les trois prix "zéro" indiqués par la partie intervenante sont à mettre en relation avec la prise en charge des prestations complémentaires considérées à concurrence d'un certain quota dans les unités de prévention qui ont permis de déterminer la cotisation forfaitaire générale due par la partie adverse.

La requérante observe enfin que les articles 11 et 13/4 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 n'autorisent pas d'inclure le coût des prestations complémentaires visées par le cahier spécial des charges dans la cotisation forfaitaire générale et qu'il importe peu à cet effet que le contenu des unités de prévention ne soit pas défini de manière exhaustive par la réglementation applicable en la matière. Elle ne voit par ailleurs pas en quoi les articles 12 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 et 28 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs, qu'invoquent la partie intervenante dans sa requête en intervention et la partie adverse à l'audience, devraient conduire à une conclusion en sens contraire.

La partie adverse fait tout d'abord valoir que les difficultés d'interprétation de la législation sur les S.E.P.P.T. sont telles qu'elles ne peuvent être résolues *prima facie* dans le cadre d'une procédure d'urgence et qu'il convient, en conséquence, de considérer que les moyens ne sont *a priori* pas sérieux, le débat sur ce point devant avoir lieu lors de la procédure au fond. Elle estime de même que les nouveaux arguments développés par la requérante à l'audience soit sont tardifs pour certains, soit nécessitent une continuation des débats pour d'autres.

La partie adverse estime par ailleurs que les prestations de radiologie et les vaccinations contre la grippe constituent des pratiques de prévention qui sont obligatoires en vertu de l'arrêté royal du 28 mai 2003 et qui peuvent donc entrer en ligne de compte dans le cadre de l'accomplissement des unités de prévention. S'il est donc décidé de les comptabiliser dans ces unités, elles seront alors réalisées par le médecin du travail du S.E.P.P.T. concerné. C'est admissible au regard des articles 16 et 28 de l'arrêté royal du 28 mai 2003, puisque ces prestations complémentaires sont obligatoires. De même, elle considère que l'article 12 de l'arrêté royal du 27 mars 1998, relatif à l'utilisation de l'excédent des unités de prévention, constitue

précisément en la matière la soupape qui permet aux soumissionnaires de mettre en œuvre leur stratégie commerciale propre en vue d'utiliser au mieux cet excédent.

La partie adverse observe aussi que l'arrêt du Conseil d'Etat que la requérante cite à l'appui de sa thèse n'est pas applicable au cas d'espèce. Il concerne en effet une situation toute autre puisqu'il y est question du fait pour un S.E.P.P.T. soumissionnaire d'offrir des unités de prévention "bonus" et ce, gratuitement.

Elle met encore l'accent sur ce que, dans sa lettre du 9 mai 2016, la requérante a elle-même suggéré, pour ce qui concerne le prix relatif aux tests tuberculiniques, de recourir à la même logique que celle qu'elle dénonce dans son premier moyen, à savoir que le coût de l'acte technique de cette prestation entre tout naturellement dans la notion d'unités de prévention.

La partie intervenante soutient que la requérante ne fait pas preuve d'un intérêt légitime à son recours et met à nouveau l'accent sur ce que la liste des prestations que doit inclure l'évaluation périodique, en application de la réglementation applicable en la matière, n'est pas exhaustive et qu'il est donc permis d'y inclure les radiographies du thorax et les vaccinations contre la grippe. Quant au postulat sur lequel repose son offre et selon lequel les coûts des prestations de radiographie et de vaccination peuvent être pris en charge par le solde des unités de prévention et donc être estimés à "zéro", l'intervenante fait valoir que cela ne se fera pas en défaveur des prestations générales obligatoires qu'elle aura à accomplir, mais bien grâce à sa bonne organisation et à son expérience reconnue en la matière.

VII. B. Décision du Conseil d'Etat

VII. B. 1. Sur la demande de la partie adverse de mise en continuation de l'affaire et de report de l'examen du premier moyen à la procédure au fond.

Il est inhérent à toute procédure d'extrême urgence, dont celle spécifiquement prévue par les articles 15 et 23, § 3, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, dans le cadre de laquelle les écrits de procédure sont limités à la requête introductive d'instance, à une éventuelle note d'observations de la partie adverse et, le cas échéant, à une requête en intervention de la ou des parties intéressées, que la partie requérante puisse répondre à l'audience aux arguments développés par les autres parties dans leur écrit de procédure, étant donné qu'elle n'a pas été en mesure de le faire dans un écrit de procédure préalable. Il est par ailleurs également inhérent à ce type de procédure que les autres parties soient amenées à répondre à l'audience, si elles le souhaitent, aux nouveaux arguments ainsi invoqués en terme de plaidoirie par la partie requérante. Il n'y a donc pas lieu, sauf circonstances exceptionnelles dûment justifiées, d'ordonner, de ce seul fait, une mise

en continuation de l'affaire afin de permettre à l'une ou l'autre des parties de préparer leur réponse aux arguments développés à l'audience par une autre partie. A cet égard, la seule circonstance que la requérante, présente à l'audience aux côtés de ses conseils, a demandé à intervenir en cours d'audience, ne justifie pas en soi une continuation des débats et il importe peu à cet égard que les autres parties n'ont, elles-mêmes, pas pu aussi être entendues à l'audience, et ce en raison de leur absence à celle-ci.

En l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de la partie adverse d'ordonner une mise en continuation de l'affaire.

Il est également inhérent à la procédure prévue par l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 que le Conseil d'Etat soit, le cas échéant, amené à se prononcer, *prima facie*, sur des moyens soulevés dans la requête et ce, quelle que soit par ailleurs la complexité de ceux-ci. En décider autrement reviendrait en effet à priver en grande partie cette disposition de tout effet utile.

VII. B. 2. Sur la première branche

En application des articles 21 et 99, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il constate, lors de la vérification des prix, qu'un prix paraît anormalement bas par rapport aux prestations à exécuter, doit, avant d'écarter l'offre en cause pour cette raison, inviter le soumissionnaire concerné à fournir par écrit les justifications nécessaires sur la composition du prix concerné. Le pouvoir adjudicateur doit également vérifier les justifications fournies et interroger à nouveau le soumissionnaire si nécessaire. Ceci implique que le pouvoir adjudicateur ne peut déclarer une offre régulière en renvoyant simplement aux justifications apportées par le soumissionnaire interrogé sans en apprécier la précision, l'exactitude et la pertinence. Pour pouvoir être admises par le pouvoir adjudicateur, les justifications de prix avancées par le soumissionnaire en cause doivent par ailleurs être acceptables, précises, concrètes et étayées en fait.

L'objectif de cette réglementation sur le contrôle des prix anormaux est double: d'une part, protéger le pouvoir adjudicateur en lui permettant de s'assurer que le prix offert par les soumissionnaires permet réellement d'exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges et d'exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics; d'autre part, protéger les exigences d'une saine concurrence en évitant que le pouvoir adjudicateur avalise des comportements contraires à une saine concurrence et que des marchés publics soient finalement attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence. La poursuite du premier objectif de cette réglementation s'impose d'autant plus lorsque, comme en l'espèce, les prestations que sera appelé à effectuer le soumissionnaire retenu recouvre en très grande partie des prestations obligatoires au sens de la réglementation

applicable en la matière, s'agissant particulièrement en l'espèce d'assurer la prévention et la protection au travail.

C'est donc au regard de ce double objectif que le pouvoir adjudicateur, lorsque cela est précisément contesté par l'un des soumissionnaires, doit pouvoir raisonnablement établir qu'il a bien procédé au contrôle des prix anormaux et ce, dans le respect des principes qui viennent d'être rappelés.

Par ailleurs, selon une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, un prix "zéro", qui revient *prima facie* à offrir gratuitement une prestation, doit, en règle, toujours être considéré comme étant un prix apparemment anormal, avec cette conséquence que le soumissionnaire concerné doit être expressément invité à justifier ce prix, que le pouvoir adjudicateur doit examiner avec la plus grande minutie et la plus grande diligence les justifications ainsi fournies, et qu'il doit clairement ressortir de la décision d'attribution du marché les motifs précis, acceptables, concrets et étayés en fait, pour lesquels il a accepté ces justifications et a donc pu considérer, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, que le prix considéré n'est pas anormalement bas. En d'autres termes, un prix qui revient à offrir gratuitement une prestation doit donc faire l'objet d'une justification circonstanciée et il en va d'autant plus ainsi lorsque le pouvoir adjudicateur a expressément ciblé certaines prestations précises dans le cahier spécial des charges, notamment en précisant que les prix remis pour ces prestations entreront en ligne de compte en tant que critère spécifique d'attribution du marché.

Dans le cas d'espèce, il convient tout d'abord de relever que la partie adverse n'a, à juste titre, pas inclus dans l'appel d'offre, et donc soumis à la concurrence, le coût des prestations générales obligatoires que tout soumissionnaire retenu devra nécessairement accomplir en tant que S.E.P.P.T., prestations qui sont prévues par la réglementation applicables aux S.E.P.P.T. et dont la couverture des coûts est assurée par une cotisation forfaitaire minimale par travailleur, telle que fixée obligatoirement par l'article 13/2, § 2, de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail et que la partie adverse devra en tout état de cause payer au S.E.P.P.T. attributaire du marché, quel que soit par ailleurs celui-ci. En l'occurrence, la cotisation forfaitaire minimale que la partie adverse devra payer pour l'ensemble des travailleurs soumis au contrôle du S.E.P.P.T., soit 1.567 travailleurs, s'élève au montant de 118.308,50 euros (soit 75,50 euros x 1.567), correspondant au nombre de 789 unités de prévention valorisée à un montant de 150 euros par unité, lesquelles unités doivent, en priorité, être consacrées aux missions obligatoires dans le cadre de la surveillance de la santé et aux missions du conseiller en prévention aspects psychosociaux.

La partie adverse a, par contre, repris dans son cahier spécial des charges et soumis à la concurrence trois prestations qu'elle a expressément qualifiées de "prestations complémentaires", à savoir les tests tuberculiniques, les radiographies du

thorax et les vaccinations contre la grippe. Pour ces trois postes, les soumissionnaires ont remis les prix suivants:

Sociétés	TT	RX	VG	Total	Points attribués
Mensura	0	2110,92	2431,00	4541,92	0
SPMT-ARISTA	0	2199,00	2210,00	4409,96	0,44
Provikmo	0	0	0	0	15
Attentia	0	0	3580,2	3580,2	3,18
Securex	95,32	2226,00	2099,5	4121,02	0,40

Concernant le tableau ci-dessous et contrairement à ce que subodore la requérante, le chiffre "zéro" indiqué pour ATTENTIA dans la colonne "RX" ne procède pas d'une erreur qui aurait été commise par la partie adverse. Sans lever à cet égard la confidentialité de l'ensemble de l'offre de cette dernière de même que de ses divers courriers justificatifs, il est en effet permis d'observer que ce chiffre figure bien dans l'offre remise par ATTENTIA, que cette dernière a été invitée par la partie adverse à le justifier et que, par courrier du 28 avril 2016, ATTENTIA a précisé qu'elle ne pratique plus de radiographies du thorax, lesquelles étaient en effet externalisées et refacturées, mais qu'elle recourt dorénavant à la spirométrie ou à l'intradermo, pratiques pour lesquelles elle dispose en interne de l'ensemble du matériel nécessaire. S'agissant du coût des prestations proprement dites en personnel, ATTENTIA a également justifié son prix "zéro" par la circonstance que la réalisation et l'interprétation des spirométries et des intradermos sont effectuées par ses équipes et font partie intégrante des évaluations de santé réalisées par lesdites équipes et ce, à concurrence de 30 minutes en moyenne du temps consacré à la surveillance de santé globale des travailleurs, raison pour laquelle ces prestations ne font pas l'objet d'une facturation complémentaire. La supposition que fait la requérante quant à une éventuelle erreur matérielle sur ce point dans le tableau comparatif des prix des trois prestations complémentaires n'est donc pas confirmée au regard des pièces du dossier administratif confidentiel.

Par ailleurs, ainsi qu'indiqué dans l'exposé des faits, le fait de prévoir dans les critères d'attribution du marché litigieux un critère "prix" spécifiquement centré sur les trois prestations complémentaires que constituent les tests tuberculiniques, les radiographies du thorax et les vaccinations contre la grippe, et ce pour un quota de 15 points sur le montant total de 100 points, procède de la volonté expresse de la partie adverse. Ainsi, au point 1.7. du cahier spécial des charges, il est expressément mentionné ce qui suit: "[p]our fixer le montant de la tarification, le soumissionnaire tiendra compte des chiffres mentionnés à l'article 2.8. Le soumissionnaire fournira, en annexe à son offre, le prix unitaire pour chacune des prestations complémentaires décrites à l'article 2.9 du présent cahier spécial des charges. Ces prix sont communiqués à titre d'information. Seules les prestations reprises à l'article 1.8 seront

prises en compte pour l'attribution du marché". De même, parmi les critères d'attribution du marché énumérés au point 1.8 du cahier spécial des charges, figure un critère, le cinquième, relatif au critère d'attribution "prix" et formulé de la manière suivante: " 15 pts pour le montant des prestations complémentaires suivantes: 84 radiographies du thorax, 221 vaccinations grippe et 474 tests tuberculiniques. Seules ces trois prestations complémentaires entreront en ligne de compte pour ce critère d'attribution". Le point 1.9.2 du cahier spécial des charges dispose par ailleurs que chaque soumissionnaire doit joindre à son offre la liste des services qui sont compris dans son offre de base, tandis que le point 2.3.2 prévoit que font partie des principales missions qui relèvent du marché et qui incombent au médecin du travail du S.E.P.P.T., d'une part l'administration de vaccins, et d'autre part, la pratique d'examens médicaux à des fréquences définies pour les différentes catégories de travailleurs employés par le pouvoir adjudicateur. Le point 2.9 du cahier spécial des charges, intitulé "Données complémentaires", fait encore état de ce qui suit: "[l]e soumissionnaire fournira, en annexe à son offre, le prix unitaire pour chacune des prestations complémentaires décrites ci-dessous: a) coût horaire des prestations en gestion des risques pour effectuer des analyses ou des mesurages, participer à des groupes de travail ou des séances d'information; b) [e]xamen d'audiométrie; c) [r]adiographie du thorax; d) [t]est tuberculinique; e) [v]accinations: [i]njection hors vaccin, [v]accin grippe, [t]étanos/[d]iphtérie/[c]oqueluche, [h]épatite A, [h]épatite B, [h]épatite A+B; f) [é]valuation de santé pour étudiant jobiste; g) [é]valuation de santé pour étudiant stagiaire; h) [a]nalyse biologique (sang et urine) ; i) [v]isiotest pour travailleur non soumis à une évaluation de santé; j) [v]isiotest pour travailleurs soumis à une évaluation de santé; k) [e]xamen de permis de conduire groupe II. D'une manière générale, pour l'exécution pratique du marché, l'adjudicataire ne peut conclure des contrats de sous-traitance avec un ou plusieurs tiers, sauf pour les analyses de laboratoire et les examens médicaux spécialisés (ex: ophtalmologie, RX, etc ...)".

Au regard de ces diverses dispositions du cahier spécial des charges, trois choses semblent ainsi établies dans le chef de la partie adverse: elle considère tout d'abord que les missions visées au point 2.9 du cahier spécial des charges sont bien des missions "complémentaires" dont elle estime, à tort ou à raison, qu'aucune ne rentre dans les missions obligatoires que devra exécuter le S.E.P.P.T. retenu en application de la réglementation applicable en la matière et dont les coûts ne sont pas d'office couverts par la cotisation forfaitaire minimale que la partie adverse devra payer au S.E.P.P.T. adjudicataire en exécution de la réglementation applicable au fonctionnement des S.E.P.P.T.; elle souhaite ensuite être informée du prix unitaire de ces diverses prestations complémentaires; elle précise enfin que, parmi les différents prix unitaires qui lui seront communiqués, seuls les prix de trois de ces prestations complémentaires entreront en ligne de compte pour l'appréciation du critère d'attribution "prix".

C'est dans le contexte ainsi décrit qu'il convient donc d'examiner la manière

dont la partie adverse a procédé au contrôle de la normalité des trois prix proposés pour les trois prestations complémentaires expressément ciblées par elle. A cet égard, il convient d'observer ce qui suit.

Dans le descriptif technique des annexes à son offre, la requérante a fait valoir que font notamment partie du bilan de santé annuel d'un travailleur, l'administration des vaccinations obligatoires et la réalisation des tests tuberculiniques, de même que la réalisation d'un examen radiologique si cela est justifié (point 1.3.1.) et que, pour les campagnes de vaccination non obligatoires, comme la grippe, le service met à disposition suivant un prix à déterminer le nombre de vaccins nécessaires, les vaccins étant effectués par les conseillers en prévention-médecins du travail (point 1.3.3.).

Dans son offre, la partie intervenante fixe le prix d'une radiographie du thorax à 25,14 euros (tout en précisant que c'est gratuit pour 84 travailleurs au regard du critère d'attribution 5), le prix d'une vaccination contre la grippe à 14,25 euros (tout en précisant que c'est gratuit pour 221 travailleurs au regard du critère d'attribution 5), et le prix d'un test tuberculinique à 2 euros (tout en précisant que c'est gratuit pour 474 travailleurs au regard du critère d'attribution 5). De même, dans le point 7.7 ("organisation de vaccination contre la grippe ou d'autres vaccins"), il est indiqué que le tarif pour fournir et administrer le vaccin est facturé à 14 euros par personne, tout en étant gratuit pour 221 travailleurs. Par ailleurs, au point 10.2.5., intitulé "Offre commerciale", la partie intervenante fait état de ce que, dans le cadre de l'excédent des produits du S.E.P.P.T. au sens de l'article 12, 2°, de l'arrêté royal du 27 mars 1998, elle a décidé d'octroyer à la partie adverse un quota d'heures de promotion supplémentaires par an, calculé au prorata du nombre de travailleurs et à utiliser hors missions légales imposées. La partie intervenante précise à cet égard que cet article 12, 2°, ne fait évidemment pas obstacle à l'utilisation des unités de prévention mises à la disposition de la partie adverse, mais vient compléter les prestations déjà exécutées par la partie intervenante sous le couvert desdites unités de prévention. Pour la partie intervenante, l'optimisation qualitative, quantitative et organisationnelle de ses services lui permet de dégager les ressources nécessaires à la concrétisation des dispositions de cet article 12.

Par des courriers datés du 19 avril 2016, la partie adverse, en application de l'article 21, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, a sollicité auprès des divers soumissionnaires de plus amples informations au sujet de leur offre pour celle ou celles des trois prestations complémentaires pour laquelle ou lesquelles ils avaient remis une offre gratuite. Après qu'il ait été répondu par les soumissionnaires à cette demande d'information, la partie adverse s'est, par des courriers datés du 9 mai 2016, de nouveau adressée aux divers soumissionnaires, en application de l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, en leur demandant cette fois de justifier le caractère anormalement bas du ou des prix unitaires "zéro" qu'ils avaient remis pour celle ou celles des trois prestations complémentaires devant entrer en ligne de compte dans l'appréciation du critère d'attribution "prix".

Pour ce qui résulte des courriers de réponse adressés par la partie intervenante, il apparaît que celle-ci a fait valoir que les trois prestations complémentaires, dans le cadre des missions relatives à la surveillance de santé, sont visées à l'article 13/5 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail, que ces prestations peuvent donc, mais ne doivent pas nécessairement, être comptabilisées séparément par le S.E.P.P.T., qu'elle a, en conséquence, décidé de prendre les coûts de ces trois prestations complémentaires à sa charge en considérant, en application de l'article 12, alinéa 2, 2°, du même arrêté royal du 27 mars 1998, qu'elle peut y consacrer une partie de l'excédent de ses produits financiers, que cet excédent est rendu possible par l'optimisation qualitative, quantitative et organisationnelle de ses services, ce qui lui permet de dégager les ressources nécessaires à la concrétisation des dispositions de l'article 12 de l'arrêté royal du 27 mars 1998, et que cela vient donc compléter les prestations déjà exécutées au profit de la partie adverse sous le couvert des unités de prévention. Dans son second courrier du 20 mai 2016, la partie intervenante précise encore que ces prestations complémentaires sont comprises dans les prestations du conseiller en prévention - médecin du travail, telles que calculées en application de l'article 13/4 de l'arrêté royal du 27 mars 1998, inséré par l'arrêté royal du 27 novembre 2015 modifiant l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail en ce qui concerne la tarification, et qu'elles ne doivent donc pas faire l'objet d'une facturation séparée. Elle justifie, par ailleurs, la gratuité de ces trois prestations complémentaires par l'efficacité de ses services et fait valoir que cela n'a pas pour effet de fausser la concurrence du fait que chaque S.E.P.P.T. dispose de la possibilité de faire de même.

Dans un premier courrier du 27 avril 2016, la requérante, qui n'avait pour sa part remis un prix "zéro" que pour la seule prestation complémentaire relative au test tuberculinique, fait tout d'abord valoir qu'elle considère que le dépistage pour l'exposition à la tuberculose fait partie de l'examen médical de base obligatoire, que ce test ne peut être considéré comme un acte complémentaire dans le cadre de l'article 13/5, 2°, de l'arrêté royal du 27 mars 1998, du fait qu'il ne peut être comptabilisé conformément aux honoraires repris dans la nomenclature des prestations de santé, et qu'un S.E.P.P.T. peut donc choisir de facturer ou non le tarif de réalisation de ce test et, dans l'affirmative, d'en déterminer le montant. Dans son second courrier du 17 mai 2016, la requérante, se déclarant soucieuse d'éviter une éventuelle irrégularité substantielle de son offre sur ce point, déclare reconsidérer celle-ci et propose un prix pour le test tuberculinique fixé au coût d'achat du produit, tout en maintenant que le coût de la prestation par le médecin du travail n'a pas à être facturé, car compris dans le décompte des unités de prévention. Le prix total annuel qu'elle propose pour cette prestation complémentaire est par ailleurs relativement comparable à celui qui a été remis par SECUREX dans son offre, les autres soumissionnaires ayant également remis un prix "zéro" pour cette prestation.

Les deux autres soumissionnaires (ATTENTIA et MENSURA) qui ont également remis un prix "zéro" pour la prestation complémentaire "tests tuberculiniques" justifient ce prix sur la base d'une argumentation très proche de celle de la requérante, à savoir que ces tests font partie intégrante des évaluations de santé périodiques réalisées dans le cadre de la surveillance de santé globale des travailleurs et sont donc couvertes par l'enveloppe des cotisations forfaitaires. MENSURA précise toutefois que, pour des prestations, actes techniques médicaux relatifs à ces tests et réalisés en dehors des examens médicaux normaux, il sera facturé 1,25 unité de prévention par heure de prestation médecin et une unité de prévention par paramédical, étant entendu que le produit et le matériel ne seront dans ce cas également pas facturés.

Comme on le voit, les diverses justifications apportées par les soumissionnaires pour ce qui concerne la prestation complémentaire "tests tuberculiniques" sont relativement proches et la partie adverse a donc pu, sans de plus amples justifications, considérer que les divers prix remis pour cette prestation ne sont pas "anormalement bas". Il convient à cet égard d'observer que l'article 77 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs prévoit que les tests tuberculiniques peuvent être effectués par un conseiller en prévention, médecin du travail, sauf lorsque le travailleur concerné fait le choix d'un autre médecin.

La question se présente, par contre, de manière différente pour ce qui concerne les justifications fournies par la partie intervenante concernant ses prix "zéro" pour les deux autres prestations complémentaires. En effet, la partie intervenante fait, en synthèse, valoir deux justifications: *primo*, la circonstance que ces prestations complémentaires sont, en application de l'article 13/4 de l'arrêté royal du 27 mars 1998, comprises dans les prestations portées en compte du conseiller en prévention-médecin du travail à concurrence de 1,25 unités de prévention par heure et ne doivent donc pas faire l'objet d'une facturation séparée; *secundo*, la circonstance que la bonne organisation et l'efficacité de ses services lui permettent de dégager un excédent dans le quota des unités de prévention forfaitairement prévu pour assurer les missions obligatoires et déjà couvert par la cotisation forfaitaire générale, excédent qu'elle peut, en application de l'article 12 de ce même arrêté, destiner à des programmes d'action spécifiques, dans lesquels elle estime pouvoir englober, sans aucun supplément de prix, les deux prestations complémentaires mentionnées dans le cahier spécial des charges.

Or, comme l'observe la requérante à l'appui de la première branche de son premier moyen, les justifications ainsi avancées par la partie intervenante, et dont il convient de rappeler qu'elle est la seule à les avoir invoquées de cette manière, peuvent être de nature à poser de nombreuses questions dont il n'apparaît pas du dossier administratif déposé par la partie adverse que celle-ci se les seraient effectivement posées avant de conclure que les prix remis par la partie intervenante

pour ces deux prestations complémentaires ne sont pas "anormalement bas". Il convient à cet égard de rappeler que la requérante observe, à tort ou à raison, que les justifications apportées par la partie intervenante sont "radicalement contraires à la réglementation en vigueur", que les prestations complémentaires ainsi visées par le cahier spécial des charges ont été incluses dans un autre poste, à savoir les prestations générales obligatoires couvertes par les unités de prévention, lesquelles, pour le surplus, ne sont pas mises en concurrence, que cette façon de procéder revient, de manière déguisée, à pratiquer une ristourne, laquelle est expressément interdite par l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail, tel que remplacé par l'arrêté royal du 20 février 2002, que l'argument de l'"excédent" dans le quota des unités de prévention n'a tout simplement pas été vérifié par la partie adverse et qu'il n'y a pas eu à cet effet de vérification de la manière dont seraient exécutées les prestations minimales obligatoires nonobstant l'excédent ainsi dégagé, que, contrairement à ce que prévoit la réglementation applicable en la matière, ces prestations n'ont pas été comptabilisées par la partie intervenante, alors même qu'elles représentent un montant relativement élevé, que l'article 13/5, 2°, de l'arrêté royal du 27 mars 1998 interdirait de manière expresse que ces prestations complémentaires, à tout le moins celle relative aux radiographies du thorax, soient comptabilisées dans les unités de prévention, ou, encore, que les radiographies du thorax, notamment leur analyse, nécessitent l'intervention d'un spécialiste autre que le conseiller en prévention-médecin du travail. La partie adverse et la partie intervenante font bien valoir à cet égard, dans leurs écrits de procédure, que ces divers arguments ne sont pas fondés, mais il n'en reste pas moins que rien dans le dossier administratif ne permet d'établir que la partie adverse se serait, en temps utile, posé la moindre question à ce sujet. En effet, dans la note d'information au conseil d'administration de la partie adverse, il est simplement fait état de ce que les réponses apportées par les soumissionnaires ont été jugées satisfaisantes par le pouvoir adjudicateur pour ce qui concerne le critère d'attribution "prix" des trois prestations complémentaires visées dans le cahier spécial des charges et ce, sur la base de la motivation suivante:

" En effet:

- concernant les prestations complémentaires:

+ [...] lorsqu'elles sont "gratuites", ces prestations sont comprises dans les services d'évaluation de santé (examens médicaux périodiques) réalisées par les équipes médicales (médecin du travail - conseiller en prévention et/ou infirmière). Ce prix est donc justifié par l'efficacité des services des soumissionnaires. Compte tenu de ce qui précède, il apparaît également que le prix offert pour ce poste ne met pas en péril les obligations qui résultent du cahier spécial des charges, tant au point de vue qualité techniques qu'au point de vue des délais;

+ [...].

Il ressort également des justifications fournies que ces prix ne s'opposent pas à la réglementation applicable. Le calcul des unités de prévention est imposé par la réglementation. Son utilisation par chaque soumissionnaire ne saurait dès

lors fausser la concurrence. Au contraire, la liberté - encadrée - laissée à chaque soumissionnaire dans ce cadre permet d'améliorer la concurrence au bénéfice du « client » dans le respect du cadre légal applicable. Ce cadre légal permet par ailleurs, en toute hypothèse, de consacrer les produits du service externe à des programmes d'action spécifiques (art. 12 de l'AR du 27/03/1998). Chaque soumissionnaire étant libre de disposer de cette disponibilité, sa mise en œuvre ne peut fausser la concurrence.

Compte tenu de la régularité des prix, il n'y a pas lieu de permettre aux soumissionnaires de revoir leur offre, ce qui ne serait d'ailleurs pas possible en appel d'offres.

Le pouvoir adjudicateur a donc considéré les prix des soumissionnaires Mensura, SPMT-ARISTA, Provikmo, Attentia et Securex comme réguliers".

A la lumière de cette motivation et compte tenu de l'ensemble des pièces qui ont été communiquées par la partie adverse, on n'aperçoit *prima facie* pas sur quels éléments précis la partie adverse a pu se fonder pour considérer, sans plus, que les prix "zéro" offerts par la partie intervenante pour ces deux prestations complémentaires ne mettent pas en péril les obligations qui résultent du cahier spécial des charges, tant au point de vue de la qualité technique qu'au point de vue du respect des délais, alors qu'elle n'a même pas invité la partie intervenante à justifier comment l'excédent que cette dernière prétendait pouvoir dégager de l'ensemble des unités de prévention destinées à permettre l'accomplissement des prestations obligatoires pouvait l'être sans mettre en danger le bon accomplissement de ces dernières missions ni comment cet excédent permettrait de couvrir l'ensemble des prestations complémentaires visées dans le cahier spécial des charges. S'ajoute à cela que la partie adverse n'a même pas estimé utile d'inviter la partie intervenante à justifier comment la réalisation des radiographies du thorax pourraient être effectuées gratuitement par ses conseillers en prévention-médecins du travail dans le cadre de l'excédent dégagé sur les unités de prévention, alors même qu'il n'est aucunement établi que ces médecins du travail seraient également reconnus comme radiologues et aptes à établir des protocoles d'examen radiographiques. A cet égard, l'offre déposée par la partie intervenante précise simplement que le médecin du travail référent pour la partie adverse est agréé en lecture de clichés thoraciques, mais cet élément ne semble pas suffire, en soi, à justifier le prix "zéro" pour cette prestation complémentaire. De même, la simple affirmation qu'il ressortirait également des justifications fournies par la partie intervenante que ces prix ne s'opposent pas à la réglementation applicable ne suffit pas à établir que la partie adverse s'est, d'une part, effectivement posé la question de savoir s'il était permis de faire entrer dans le décompte des unités de prévention la réalisation des radiographies du thorax sans violer l'article 13/5, 2°, de l'arrêté royal du 27 mars 1998 et s'est, d'autre part, demandé pourquoi seule la partie intervenante aurait procédé de la sorte si la réponse à la première question était aussi évidente. Il convient également d'observer que l'argument de la partie intervenante selon lequel ces prestations complémentaires, lorsqu'elles sont gratuites, peuvent être portées en compte des tâches générales que doivent accomplir les conseillers en

prévention-médecins du travail dans le cadre des évaluations de santé périodiques que réalisent les équipes médicales dans le cadre de leurs prestations obligatoires, a été accepté, comme tel, par la partie adverse, sans que cette dernière n'estime nécessaire de vérifier si cet argument est acceptable, tant sur le plan juridique que sur celui de sa faisabilité technique. L'on n'aperçoit à cet égard toujours pas, à ce stade de l'examen de la première branche du premier moyen, si les prix "zéro" indiqués par la partie intervenante pour les radiographies du thorax et la vaccination contre la grippe se justifient soit parce que ces prestations entrent directement en ligne de compte dans le calcul des prestations générales obligatoires couvertes par les unités de prévention, soit parce que ces prestations seraient couvertes par un excédent que la partie intervenante serait sûre de réaliser au sens de l'article 12 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail, soit, encore, parce que ces prestations seraient couvertes par le solde des unités de prévention qui resterait après l'exécution par la partie intervenante des prestations obligatoires au sens de l'article 13/3, § 2, alinéa 2, du même arrêté royal du 27 mars 1998. Par ailleurs, la considération avancée dans la motivation de la décision attaquée, selon laquelle chaque soumissionnaire pourrait offrir d'utiliser au mieux, au bénéfice du client, le quota des unités de prévention déterminée de manière forfaitaire en application de la réglementation applicable et que cela n'a pas pour effet de fausser la concurrence, est étrangère, en soi, à la procédure de contrôle de la normalité des prix et ne permet pas de passer outre aux lacunes qui viennent d'être relevées s'agissant du bon accomplissement de cette procédure. Enfin, l'on n'aperçoit pas, *prima facie*, comment il est possible de concilier, d'une part, la motivation de la décision attaquée, selon laquelle lorsqu'elles sont "gratuites", ces prestations complémentaires sont comprises dans les évaluations de santé, ce que permet l'efficacité des services de la partie intervenante, et, d'autre part, l'affirmation qui figure dans la note d'observation selon laquelle ces prestations complémentaires au sens de l'article 13/5 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail ne doivent pas être nécessairement être comptabilisées séparément, mais peuvent au contraire, ce qui aurait été le cas en l'espèce, être portées en compte des prestations du conseiller en prévention-médecin du travail, sur la base de l'article 13/4 du même arrêté royal du 27 mars 1998. Le § 1^{er}, alinéa 2, de cet article 13/4 prévoit en effet expressément que des unités de prévention peuvent être dépensées par l'employeur, notamment, par conversion du coût des prestations, tel que visé à l'article 13/5 du même arrêté royal du 27 mars 1998 et il semble aller de soi qu'une telle conversion n'est pas gratuite en soi et ne peut donc donner pas lieu à un prix "zéro". Ceci est d'autant plus troublant que la partie intervenante fait, pour sa part, valoir, dans sa requête, que les deux prestations complémentaires litigieuses sont intégrées, dans le strict respect de la réglementation applicable, dans les évaluations de santé préalable et/ou périodiques qui relèvent des prestations générales obligatoires couvertes par les unités de prévention, et ce sans faire aucune allusion à une quelconque conversion de ces prestations au sens de l'article 13/4, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 27 mars 1998.

A la lumière des considérations qui précèdent et même si la réglementation en la matière n'est pas des plus claires, il y a donc lieu de considérer *prima facie* que la première branche du premier moyen est sérieuse en ce qu'elle invoque notamment la violation des articles 21 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ainsi que du principe de bonne administration que constitue le devoir de minutie, du fait qu'il peut être, *prima facie*, considéré que la partie adverse n'a pas adéquatement procédé au contrôle de la normalité des prix, dès lors qu'elle n'établit pas avoir examiné avec minutie et diligence, avant d'admettre celles-ci, les justifications avancées par la partie intervenante pour justifier de la normalité de ses prix "zéro" pour les radiographies du thorax et pour les vaccinations contre la grippe et ce, alors même que ces justifications diffèrent fondamentalement de celles qui ont été avancées par les autres soumissionnaires appelés à répondre aux mêmes demandes d'information que celles adressées la partie intervenante.

Dans la mesure où la première branche invoque également une violation de l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998, il est renvoyé à l'examen de la deuxième branche du premier moyen.

VII. B. 3. Sur la deuxième branche

A supposer qu'en réponse à la première branche du premier moyen, il faille considérer que les prestations complémentaires relatives aux radiographies du thorax et à la vaccination contre la grippe font effectivement partie, dans l'offre remise par la partie intervenante, du montant couvert par la cotisation forfaitaire annuelle, il convient tout d'abord de noter que le montant total forfaitaire de 118.350,50 euros correspondant à l'exécution des prestations de base qui sont couvertes par les unités de prévention n'est d'aucune manière arithmétiquement réduit, ristourné ou remboursé au sens de l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail. L'on ne se trouve donc pas, *prima facie*, dans la plupart des situations expressément visées par cette disposition.

S'agissant du recours à une forme de "pratique commerciale" au sens du même article 11, qui consisterait à ce que soit artificiellement gonflées les prestations à accomplir dans le cadre des 789 unités de prévention que doivent obligatoirement pouvoir offrir les divers soumissionnaires, l'attention doit, cette fois, être attirée sur ce que, dans son arrêt n° 233.017 du 24 novembre 2015, dont se prévaut la partie requérante, le Conseil d'Etat a, en effet, considéré *prima facie*, sur la base du même article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 combiné avec des dispositions antérieurement applicables mais très similaires à celles de la section II/1 du même arrêté royal du 27 mars 1998, telle qu'insérée par l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 27 novembre 2015 et entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2016, que constitue un "bonus" le fait pour un S.E.P.P.T. d'offrir d'initiative à titre gratuit dans son offre un certain nombre d'unités de prévention et ce, en complément du nombre d'unités de prévention résultant du système de calcul forfaitaire prévu par l'arrêté royal du

27 mars 1998. Il convient toutefois d'avoir à l'esprit les éléments de fait dans le cadre desquels cet arrêt a été prononcé: la détermination des unités de prévention sur la base de la cotisation forfaitaire annuelle totale de l'employeur avait été fixée à 237 unités de prévention; il était toutefois unanimement admis que ce calcul forfaitaire des unités de prévention devant obligatoirement être effectuées en application de la réglementation applicable était insuffisant, vu que le nombre réel d'unités de prévention à prêter allait approcher les 302 unités; dans cette hypothèse, les unités de prévention complémentaires devant obligatoirement être effectuées devaient, en application de la réglementation applicable, être facturées séparément par le S.E.P.P.T. ; en conséquence, les 72 unités de prévention que le soumissionnaire offrait de prêter à titre gratuit entraient pratiquement en totalité dans ce quota d'unités de prévention à effectuer obligatoirement et à facturer séparément; c'est dans ce contexte que le Conseil d'Etat a considéré, d'une part, que le fait d'offrir gratuitement des unités de prévention qui couvraient des tâches devant obligatoirement être accomplies est, *prima facie*, contraire à l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998, car cela revient *de facto* à diminuer le coût des prestations devant obligatoirement être effectuées par le S.E.P.P.T. sur une année donnée, et, d'autre part, que les arguments tirés d'une bonne organisation du S.E.P.P.T., de coûts de fonctionnement moindre et d'une étroite collaboration entre le S.E.P.P.T. et l'employeur ne suffisaient pas, sans plus, à se prononcer en sens contraire.

Dans le cas d'espèce, le Conseil d'Etat ne dispose pas de suffisamment d'éléments pour prendre clairement position en la matière dès ce stade de la procédure. Le Conseil d'Etat ignore ainsi si le nombre de 789 unités de prévention obligatoires dont il est fait état dans diverses pièces du dossier administratif suffira ou non à couvrir le nombre d'unités de prévention qui devront être annuellement effectuées par le S.E.P.P.T. finalement retenu ou encore si le chiffre d'heures de promotion qu'offre gratuitement la partie intervenante couvre ou non, fût-ce en partie, des unités de prestation qui devraient, en tout état de cause, être effectuées et donc facturées séparément en application des dispositions de l'arrêté royal du 27 mars 1998. Le Conseil d'Etat ignore de même quelles seront les modalités du contrat que la partie adverse envisage de conclure avec l'adjudicataire, en application de l'article 13 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail, et dans lequel devront, notamment, figurer les clauses relatives aux missions confiées à l'adjudicataire, de même que la nature, l'ampleur et la durée minimale des prestations qui seront fournies à l'employeur pour accomplir chacune des missions ainsi convenues. Il suffit toutefois de constater *prima facie*, à ce stade de l'examen du recours, que la partie adverse ne semble pas non plus s'être posé de question sur le point de savoir si les prestations complémentaires offertes à titre gratuit par la partie intervenante étaient ou non susceptibles d'être qualifiées de pratiques interdites en application de l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail et que la motivation formelle de la décision attaquée est également muette sur ce point.

Dans ce contexte, il y a également lieu de considérer que la deuxième branche du premier moyen est sérieuse en ce qu'elle se fonde sur une violation de l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1988 et du principe de bonne administration que constitue le devoir de minutie, de même que sur une erreur manifeste d'appréciation.

VII. B. 4. Sur la troisième branche

La circonstance que la requérante a également, au même titre que trois autres soumissionnaires, remis un prix "zéro" pour les tests tuberculiques et ce, pour les raisons qui ont été exposées lors de l'examen de la première branche, ne suffit pas, en soi, à établir que la requérante n'aurait, de ce fait, pas d'intérêt à invoquer la circonstance que la partie intervenante a également remis des prix "zéro" pour les deux autres prestations complémentaires visées dans le cahier spécial des charges, puisque c'est précisément sur ces deux prestations que la requérante fonde son moyen. L'exception d'irrecevabilité à défaut d'intérêt, soulevée par la partie adverse, doit en conséquence être rejetée.

Il n'apparaît par ailleurs pas contraire, en soi, aux exigences du cahier spécial des charges d'offrir un prix "zéro" pour chacune des trois prestations complémentaires visées dans le cahier spécial des charges. Ce qui était en effet exigé par le cahier spécial des charges, c'est la remise d'un prix unitaire pour chacune des prestations complémentaires, mais pas nécessairement la remise d'un prix supérieur à "zéro" pour chacune d'entre elles.

Par contre, et comme le fait également valoir la requérante, il appartenait à la partie adverse, dès lors qu'elle avait expressément fait du prix de chacune des trois prestations complémentaires visées dans le cahier spécial des charges un critère de sélection des offres, de s'assurer de la réalité des prix "zéro" remis par les divers soumissionnaires et d'examiner avec la plus grande minutie la pertinence des justifications fournies par ces derniers à ce sujet.

A cet égard, sous réserve de ce qui a été exposé lors de l'examen de la première branche au sujet de l'admissibilité du prix "zéro" remis par la plupart des soumissionnaires pour ce qui concerne les tests tuberculiques, il peut être considéré, comme le fait également valoir la requérante, que la réalisation des radiographies du thorax et la rédaction de leur protocole d'analyse peuvent très difficilement être réalisées simultanément à d'autres prestations générales déjà couvertes par les unités de prévention telles que calculées en application de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail. Elles représentent en conséquence un certain prix objectif qui peut être quantifié en tant que tel, peu importe à cet égard que la partie intervenante ait fait valoir que ce prix ne serait pas facturé, soit parce que le coût des radiographies sera englobé dans les unités de prévention, soit parce qu'elles seront imputées sur le solde des unités de prévention,

soit parce que ces prestations seront prélevées sur l'excédent du solde financier de la partie intervenante, soit encore parce qu'elles seront offertes gratuitement par la partie intervenante. De même, dès lors que la vaccination contre la grippe doit nécessairement avoir lieu durant une période donnée de l'année, il peut paraître surprenant, comme l'observe également la requérante, que ces vaccinations puissent, toutes, être effectuées à l'occasion des différentes évaluations de santé périodiques, à moins qu'il ne soit établi, *quod non*, que toutes ces évaluations ont précisément lieu durant cette même période de l'année.

Il incombait, en conséquence, à la partie adverse de solliciter des justifications complémentaires de la part de la partie intervenante, peu importe à cet égard la manière dont ces prestations seraient en fin de compte imputées.

La requérante peut donc, *prima facie*, être suivie lorsqu'elle affirme qu'en permettant à la partie intervenante de ne pas fournir de prix unitaire pour ces deux prestations complémentaires, alors que d'autres soumissionnaires se sont efforcés, dans le respect du cahier spécial des charges, de proposer un prix unitaire compétitif pour ces mêmes prestations, la partie adverse a rendu impossible toute comparaison utile des offres au regard du critère d'attribution "prix".

Il importe peu à cet égard que l'offre de la requérante arrive en troisième position, derrière celles de la partie intervenante et d'ATTENTIA, pour ce qui concerne le prix des radiographies du thorax, dès lors qu'ATTENTIA a aussi remis un prix "zéro" en déclarant ne plus procéder à la réalisation de telles radiographies, motif sur l'admissibilité duquel il n'appartient pas au Conseil d'Etat de se prononcer dans le cadre du présent recours.

Il s'ensuit que la troisième branche du premier moyen est également sérieuse.

VIII. SECOND MOYEN

VIII. A. Thèse des parties

VIII. A. 1. Thèse de la requérante

La requérante soulève ensuite un second moyen, pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 25 de la loi du 15 juin 2006, de l'article 101 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, des principes d'égalité de traitement des soumissionnaires, de transparence et de libre concurrence, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que du cahier spécial des charges :

- " En ce que, la partie adverse n'a pas accordé, pour le critère d'attribution du marché « montant des prestations complémentaires », le maximum de points à l'offre du soumissionnaire ayant remis le montant des prestations complémentaires le moins élevé, mais à l'offre qui - en violation du cahier des charges (cfr premier moyen) a intégré le montant de ces prestations dans la cotisation forfaitaire générale ;

Que la partie adverse n'a donc pas valorisé les offres conformément à ce qui était annoncé dans le cahier des charges et, plus précisément, au critère d'attribution « montant des prestations complémentaires » ;

Qu'elle n'a pas respecté son critère d'attribution lors de l'évaluation des offres ;

Alors que les dispositions et principes visés au moyen s'opposent à ce qu'un pouvoir adjudicateur valorise les offres des soumissionnaires d'une manière autre que celle annoncée dans le cahier des charges ;

Qu'ils s'opposent également à toute modification ou non-respect du critère d'attribution au cours de la procédure d'attribution du marché".

La requérante fait encore valoir ce qui suit à l'appui de son moyen:

" [...]. Si le pouvoir adjudicateur dispose d'une liberté de choix des critères d'attribution en appel d'offres, ils deviennent intangibles une fois qu'ils ont été fixés par le pouvoir adjudicateur [...]. Les principes de transparence et d'égalité de traitement exigent, en effet, que les soumissionnaires connaissent au moment de la préparation de leurs offres les critères précis au regard desquels leurs offres seront évaluées [...].

Dans cet ordre d'idées, le pouvoir adjudicateur ne peut donc pas ne pas respecter les critères d'attribution qu'il a fixés ni les modifier au cours de la procédure d'attribution du marché [...].

Le pouvoir adjudicateur est donc tenu d'apprécier les offres au regard des critères d'attribution tel qu'il les a fixés dans les documents du marché.

[...]. En l'espèce, le cinquième critère d'attribution du marché a trait au montant des prestations complémentaires.

La partie adverse avait annoncé dans le cahier des charges qu'elle évaluerait les offres des soumissionnaires au regard du montant proposé pour trois prestations complémentaires : les radiographies du thorax, les vaccinations grippe et les tests tuberculiniques.

Par ailleurs, le cahier des charges a exigé de chaque soumissionnaire de fournir « en annexe à son offre, le prix unitaire des prestations complémentaires (...) » (p. 14 du cahier des charges, point 2.9) et il mentionnait en-dessous du critère "montant des prestations complémentaires" que seuls les montants fournis pour les prestations complémentaires relatives aux radiographies du thorax, aux vaccinations grippe et aux tests tuberculiniques entraient en ligne de compte pour l'évaluation des offres.

Ces passages du cahier des charges ont donc permis aux soumissionnaires de comprendre que l'évaluation de leurs offres pour le critère « montant des prestations complémentaires » devait s'opérer uniquement sur la base du prix fourni pour ces prestations, étant entendu que seule l'offre comportant le prix le plus bas pour ces prestations devrait recevoir le maximum des points.

[...]. Une lecture attentive de la décision d'attribution du marché fait toutefois apparaître que la partie adverse n'a pas accordé le maximum de points pour ce critère au soumissionnaire qui a remis le prix le plus bas pour les prestations complémentaires, mais bien au soumissionnaire qui a décidé d'intégrer [...] le montant de ces prestations complémentaires dans le prix de l'unité de prévention (en contradiction avec le prescrit du cahier des charges et avec les articles 11 et 11/5, 2°, [lire 13/5] de l'arrêté royal du 27 mars 1998, cfr premier moyen). En

d'autres termes, la partie adverse a accordé le maximum des points à PROVIKMO, alors que ce soumissionnaire a intégré le coût des prestations complémentaires dans la cotisation forfaitaire générale, qui n'était pas soumise à concurrence.

Il est toutefois certain que le « prix 0 » remis par PROVIKMO pour les prestations complémentaires n'en est pas véritablement un. En effet, hormis le test tuberculinique, les prestations complémentaires ont un coût réel à facturer au service de prévention externe.

La partie adverse n'ignore évidemment pas que si un soumissionnaire indique un prix « zéro » pour une prestation complémentaire autre que le test tuberculinique, cette prestation n'est pas véritablement gratuite.

[...]. Par conséquent, en donnant le maximum de points à l'offre de PROVIKMO pour un montant des prestations complémentaires le moins élevé, parce que ce soumissionnaire a soi-disant remis un prix « zéro » pour le montant des prestations complémentaires, alors qu'il a intégré le coût de ses prestations dans les unités de prévention, la partie adverse n'a pas, comme annoncé dans le cahier des charges, valorisé l'offre ayant remis le prix le moins cher pour les prestations complémentaires. Elle a valorisé l'offre dont le soumissionnaire a décidé, de manière illégale, d'intégrer le coût des prestations complémentaires dans la cotisation forfaitaire générale et non pas au soumissionnaire qui a remis le prix unitaire le moins élevé pour les prestations complémentaires. Et il est erroné de considérer que ce prix serait un prix « zéro ».

De ce fait, la partie adverse n'a pas respecté son propre cahier des charges. Elle n'a pas respecté son critère d'attribution relatif au montant des prestations complémentaires lors de l'examen des offres. Elle n'a pas valorisé l'offre du soumissionnaire ayant remis le prix le bas pour les montants [lire: prestations] complémentaires.

Les principes et dispositions visés au moyen sont, en conséquence, violés".

VIII. A. 2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse considère que le second moyen n'est pas sérieux. En effet:

" [...]. Ce moyen s'inscrit dans la suite de la dernière branche du premier moyen. Pour les mêmes motifs que ceux exposés en réponse à la troisième branche du premier moyen, et auxquels la partie adverse se permet de renvoyer, ce moyen n'apparaît ni recevable ni sérieux.

[...]. Surtout, on n'aperçoit pas quel intérêt la partie adverse peut avoir à soulever ce moyen, alors qu'elle a aussi proposé un prix de 0 euro pour le test à la tuberculine.

La partie requérante ne peut se retrancher derrière le fait que le test tuberculine n'aurait pas de coût réel à facturer, à la différence des autres prestations. Dans son courrier du 17 mai 2016, elle détaille le coût d'achat du produit quelle affirme être de 109,21 euros pour une boîte de 10.

La partie requérante ne peut davantage se retrancher derrière le fait que la réglementation applicable lui permettrait d'inclure le coût de cette prestation complémentaire dans le décompte des unités de prévention pour l'examen médical. Comme la partie adverse l'a expliqué, cela peut également être le cas des autres prestations complémentaires.

[...]. Ce moyen est surtout factuellement inexact. Le maximum de points a bien été attribué pour ce critère au soumissionnaire qui a remis le prix le plus bas. La limite

de la thèse de la partie requérante apparaît très clairement lorsqu'elle affirme que les prestations complémentaires ont un coût réel à facturer au service de prévention externe.

Or, cela est inexact. Aucune facturation supplémentaire n'aura lieu, puisque les prestations en cause seront réalisées dans le cadre de la cotisation forfaitaire".

VIII. A. 3. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante observe qu'elle-même et la partie adverse ont bien respecté le cahier spécial des charges:

" L'article 1.8, point 5, du cahier spécial des charges sollicitait la remise d'un prix pour trois prestations particulières.
Dans son offre, l'intervenante a remis, pour chacune de ces trois prestations, un prix de « zéro » en justifiant des raisons pour lesquelles elle remettait un tel prix.
Ce faisant, elle n'a pas manqué de respecter le cahier spécial des charges tout en respectant l'article 13/5 de l'arrêté royal du 27 mars 1998".

Le deuxième moyen n'est, en conséquence, pas sérieux.

VIII. B. Décision du Conseil d'Etat

Il résulte de l'examen de la troisième branche du premier moyen que la partie adverse a accepté, *prima facie*, à tort que la partie intervenante puisse, sans autre justification complémentaire, remettre un prix unitaire "zéro" pour les deux prestations complémentaires que constituent les radiographies du thorax et la vaccination contre la grippe.

Pour les mêmes raisons que celles qui ont été développées lors de l'examen de cette même troisième branche, il peut être, *prima facie*, considéré que la partie adverse a également violé le principe d'égalité entre les soumissionnaires de même que les prescriptions de son cahier spécial des charges et ce, d'une part, en acceptant de valoriser, pour le maximum des points attribués au critère d'attribution "prix", l'offre dont le soumissionnaire a intégré ailleurs, tout au moins pour partie, le coût de ces deux prestations complémentaires, alors même que le cahier spécial des charges imposait qu'il soit fait expressément mention, de manière séparée, du prix unitaire de chacune de ces prestations et, d'autre part, en ne valorisant pas, au regard de ce même critère, l'offre du soumissionnaire ayant remis, de manière séparée, le prix unitaire coûtant le plus bas pour ces deux prestations.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par l'association sans but lucratif PROVIKMO est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution la décision du 25 mai 2016 de l'Office de la naissance et de l'enfance d'attribuer à la société PROVIKMO le marché de services régi par le cahier spécial des charges n° S-1603-SIPP-DS-S.E.P.P.T..

Article 3.

L'offre de la requérante ainsi que les courriers du 27 avril 2016 et du 17 mai 2016 relatifs aux justifications de prix de l'offre de la requérante, portant les références 1, 2 et 3 des pièces qualifiées de confidentielles et annexées à la requête, ainsi que les pièces portant les numéros 1 à 21 du dossier administratif qualifié de "confidentiel" et les pièces portant les numéros 3, 4 et 5 des annexes à la requête en intervention, sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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 6.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
trois août deux mille seize par :

M.	Jacques JAUMOTTE,	Président de chambre.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Jacques JAUMOTE,