

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 213.543 du 30 mai 2011

G./A.200.217/VI-19.114

En cause : **l'association sans but lucratif OFFICE
DE CONTROLE MEDICAL,**

ayant élu domicile chez
Me Philippe HERMAN, avocat,
rue T'Serclaes de Tilly, n°s 49-51,
6061 Montignies-sur-Sambre,

contre :

la province de Namur,

ayant élu domicile chez
Mes Cédric MOLITOR et
Jean BOURTEMBOURG, avocats,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

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

Vu la demande introduite le 17 mai 2011 par l'association sans but lucratif OFFICE DE CONTROLE MEDICAL, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision du 14 avril 2011, par laquelle le collège provincial de la province de Namur attribue à l'association sans but lucratif MEDCONSULT un marché de services portant sur le contrôle des agents provinciaux absents pour raisons médicales;

Vu l'ordonnance du 19 mai 2011, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 26 mai 2011 à 10 heures 30;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Entendu, en son rapport, M. David DE ROY, Conseiller d'Etat, Président
f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me Philippe HERMAN, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Mes Cédric MOLITOR et Julie MARKEY, avocats, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être résumés comme suit :

1. La partie adverse a décidé d'attribuer, suivant la procédure d'adjudication publique, un marché de services portant sur le contrôle, durant l'année 2011, des agents provinciaux absents pour raisons médicales. Un avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications du 20 septembre 2010.

2. La requérante et MEDCONSULT ont déposé une offre dans le cadre de cette procédure.

3. Le 23 décembre 2010, la partie adverse a décidé de renoncer à attribuer le marché et de recommencer la procédure sur base de l'article 17, § 2, 1^o, d), de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, les deux offres reçues n'étant pas conformes au cahier spécial des charges en ce qui concernait les accidents du travail. Le cahier spécial des charges adapté a été approuvé le 24 février 2011.

4. Dans le cadre de cette procédure négociée, la requérante et MEDCONSULT ont été consultées et ont remis des offres de prix.

5. Outre les prix forfaitaires (unitaires ou globaux) que l'article 4 du cahier spécial des charges l'invitait à remettre, la requérante a - au titre de ce qu'elle considérait être une variante - suggéré une procédure dans laquelle les contrôles sont ciblés, et non pas systématiques.

6. Un premier examen des offres, dont rend compte un rapport établi le 4 avril 2011 par Philippe HOREVOETS, directeur au service de gestion des ressources humaines de la partie adverse, a notamment permis de procéder à une comparaison des prix offerts par les deux soumissionnaires. Celle-ci a porté sur les prix forfaitaires proposés conformément au cahier spécial des charges, ainsi que sur deux projections

destinées à évaluer - à la faveur d'une multiplication des montants des prix unitaires offerts, par deux nombres hypothétiques de contrôles médicaux - l'incidence financière de ce marché pour la partie adverse, à tout le moins en ce qui concerne les incapacités de travail autres que celles qui résultent d'un accident du travail ou survenu sur le chemin du travail. Les résultats de ces comparaisons sont reproduits au titre des motifs de l'acte attaqué.

7. Au terme de ce premier examen des offres, les deux soumissionnaires ont été invités à communiquer certaines précisions quant au coût horaire en matière de contrôles à la suite d'accidents du travail. Dans le courriel adressé en réponse à cette invitation, la requérante est revenue sur les mérites d'une procédure fondée sur des contrôles ciblés, qu'elle préconisait sans son offre.

8. Par un arrêté du 14 avril 2011, le collège provincial de la partie adverse a adopté l'acte attaqué, dont les éléments essentiels sont les suivants :

" [...]

Vu son arrêté du 23/12/2010 décidant de renoncer à attribuer le marché de service cité sous objet et de recommencer la procédure sur base de l'article 17 §2, 1^o, d, de la loi du 24/12/1993, les 2 offres reçues n'étant pas conformes au cahier spécial des charges en ce qui concerne les accidents du travail;

Vu son arrêté du 24/02/2011 approuvant le cahier spécial des charges tel que revu et précisé, en concertation avec Monsieur Philippe Horevoets, Directeur au service de Gestion des Ressources Humaines, sur les points relatifs aux accidents du travail ou survenus sur le chemin du travail;

Attendu que les 2 sociétés répondant aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique et ayant déposé une offre conforme aux exigences formelles de la 1^{ère} procédure, ont été réinterrogées;

Attendu que ces 2 sociétés ont remis une offre de prix, à savoir :

- OCM, sise Rue de Montigny, 31 à 6000 Charleroi au montant total HTVA de (la société non assujettie à la TVA)

○ Pour les incapacités de travail en raison de maladie et/ou accident :

- 42 € par contrôle à domicile
- 30 € par contrôle au centre
- 117 € pour l'arbitrage suivant arrêté royal
- 500 € par an pour l'élaboration de statistiques

○ Pour les incapacités de travail résultant d'un accident de travail ou survenu sur le chemin du travail :

- 42 € par contrôle à domicile
- 30 € par contrôle au centre
- 90 € pour l'arbitrage
- 120 €/heure pour la prise en réception des frais relatifs à la médication, aux soins et frais médicaux (examen de lien entre les frais à rembourser et la lésion reconnue). Dans son mail daté du 08/07/2011, la société précise que le forfait reste d'application quelque soit le temps passé par le médecin.

- MedConsult, sise Rue Botannique, 67-75 à 1210 Bruxelles au montant HTVA (la société non assujettie à la TVA)

- Pour les incapacités de travail en raison de maladie et/ou accident :
 - 41,50 € par contrôle à domicile
 - 30 € par contrôle au centre
 - 0 € pour l'arbitrage
 - 0 € par an pour l'élaboration de statistiques
- Pour les incapacités de travail en raison d'un accident de travail :
 - 41,50 € par contrôle à domicile
 - 30 € par contrôle au centre
 - 0 € pour l'arbitrage
 - 0 € par an pour l'élaboration de statistiques;
 - 94,20 €/heure pour le contrôle médical dans le cadre de la réparation des dommages résultants d'un accident du travail. Dans son mail daté du 08/04/2011, la société précise qu'elle proratisé les prestations.

Vu le rapport daté du 04/04/2011 revu le 07/04/2011, de Monsieur Philippe Horevoets, émettant l'avis suivant sur les offres reçues :

«Etude des offres reçues en matière de contrôle médical des agents provinciaux, absents pour raisons médicales.

PREAMBULE.

Deux offres de services ont été enregistrées, pour l'attribution du marché en la matière et ce, pour une durée d'un an, à savoir : du 01/01 au 31/12/2011, inclus. Il s'agit de la firme "MEDCONSUL", sise, rue Royale, 196, à 1000 BRUXELLES et de l'Office de Contrôle Médical (O.C.M), situé, rue de Montigny, 31 à 6000 CHARLEROI.

L'étude comparative de ces deux offres est principalement basée, sur trois critères, à savoir :

- I. Les critères financiers.
- II. Les modalités de contrôle médical.
- III. Conclusions

I. LES CRITERES FINANCIERS

I.1 Comparatif des bases budgétaires, (prix forfaitaires par prestations)

TYPES DE PRESTATIONS	MED CONSULT	OCM	REMARQUES
Contrôles domiciles (CD)	41.5 €	42 €	Ce montant renseigné par l'OCM est le montant figurant dans l'AR du 20.09.02
Contrôles au Centre (CC)	30 €	30 €	
Procédure d'arbitrage	0 €	117 €	
Statistiques	Inclus dans le prix	500 €/an	Il s'agit en fait d'une simple visite au centre médical idem
Accident du travail (1)	94 €/heure	120 €/heure	
Prestations réduites	30 €	30 €	
Accord séjour à l'étranger	30 €	30 €	

I.2. Application de ces bases budgétaires à notre situation

Elément comparatif : l'ensemble des contrôles médicaux effectués durant la période du 01.10.2009 au 30.09.2010, inclus, soit :

- 1090 contrôles au domicile (CD)
 - 540 contrôles au centre médical (CC)
- Total prestations : 1630

APPLICATION

Organismes	Prestations	Coût total	Coût total de la prestation annuelle
MEDCONSULT	1090 CD à 41.5 €	45235 €	61435 €
	540 CC à 30 €	16200 €	
OCM	1090 CD à 42 €	45780 €	62480 €
	540 CC à 30 €	16200 €	
	statistiques 500 €	500 €	

Constat : MEDCONSULT moins cher de 1045 €, (si on enlève le coût "statistiques" de OCM, la différence n'est plus que de 545 € par année).

I.3 Application de ces mêmes bases budgétaires, dans le cadre de la visite spontanée des agents au Centre médical dans le cadre d'un certificat médical avec sortie autorisée. (voir point d du point 18.2. du cahier des charges)

En prenant la même période que ci-dessus en référence, on a enregistré 3033 certificats, dont 85 % ont bénéficié d'une "sortie autorisée" (SA), les 15 autres pourcents, étant en "sortie interdite" (SI), soit :

85 % de 3033 certificats = 2578 certificats "SA".

15 % de 3033 certificats = 455 certificats "SI"

APPLICATION

Organismes	Prestations	Coût total	Coût total de la prestation annuelle
MEDCONSULT	455 CD à 41.5 €	18882.5 €	96222.5 €
	2578 CC à 30 €	77340 €	
OCM	455 CD à 42 €	19110 €	96950 €
	2578 CC à 30 €	77340 €	
	statistiques 500 €	500 €	

Constat : MEDCONSULT, moins cher de 727.5€ (si statistiques en moins à l'OCM, la différence redescend à 227.5 € à l'année)

Il est à noter que l'OCM émet des commentaires quant à l'opportunité d'un contrôle systématique des agents avec sortie autorisée et propose un meilleur ciblage des contrôles.

I.4 Accidents de travail

Si le COP concrétise le fait de contrôler les accidents de travail le coût peut être défini comme suit :

Prix unitaire à l'heure, pour MEDCONSULT : 94 €

Prix unitaire à l'heure pour l'OCM : 120 €

Il est difficile de déterminer en temps réel ce que va coûter l'intervention d'un médecin. Il serait opportun de rémunérer en fonction de l'intervention, par exemple si la signature par un médecin de frais médicaux afférents à un accident de travail demande dix minutes, cela fait une rémunération de 15.6 €, s'il s'agit de MEDCONSULT ou 20 € si c'est l'OCM.

La Province ne peut pas honorer une heure pleine, pour un ensemble de signatures qui va prendre dix minutes.

En 2010, le nombre d'accidents de travail est de 80 à multiplier par 94 (MEDCONSULT), soit un total annuel de 7520 €, pour 9600 € (80 x 120) s'agissant de l'OCM.

II. LES MODALITES DE CONTROLE

[...]

III. 3. CONCLUSIONS

[...]

En Finalité.

- Il y a relative similitude au niveau des coûts entre les deux offres.
- Il convient de renégocier le coût horaire en matière d'accident de travail, comme décrit au point I.4, en fonction du temps réel utilisé par le médecin-contrôleur lors de la prise en réception des frais médicaux.
- MEDCONSULT semble avoir une meilleure approche GRH en matière d'absentéisme (politique de prévention, aide juridique, ...).
- L'OCM présente l'avantage des deux permanences et ne requiert pas de l'agent qu'il téléphone pour fixer un rendez-vous de contrôle.»

VU le rapport du Service des Marchés du 06/04/2011 duquel il ressort ce qui suit :

- Aucun critère d'attribution n'ayant été mentionné dans le cahier spécial des charges, il convient de garder comme unique critère, celui du prix et ce dans un souci de transparence;
- Le fait que l'agent doive prendre contact avec MedConsult via un numéro gratuit n'est pas susceptible d'entraîner l'irrégularité ou l'écart de l'offre;
- En ce qui concerne les interrogations de Monsieur Horevoets quant au coût horaire en matière d'accident du travail, les deux sociétés ont été recontactées et ont donné les précisions suivantes
 - MedConsult proratise les prestations dans le cadre des accidents du travail au temps réellement presté;
 - OCM maintient le forfait quel que soit le temps passé par le médecin.

ATTENDU qu'en application du seul critère du prix, la société Medconsult présente les prix les plus intéressants;

ATTENDU que cette offre est conforme aux clauses :

[...]

ATTENDU que le montant du marché étant supérieur à 31.000 € HTVA, il doit être soumis à l'autorité de tutelle en application de l'article L3122-2 du CDLD;

ATTENDU qu'à cet égard, il y a lieu de souligner que l'urgence de ce dossier ne permet pas d'attendre la réponse de la tutelle.

QUE, selon l'article L L3122-2. «les actes des autorités communales et provinciales portant sur les objets suivants sont transmis au Gouvernement, accompagnés de leurs pièces justificatives, dans les quinze jours de leur adoption, et ne peuvent être mis à exécution avant d'avoir été ainsi transmis :

- ...

- 4° a. le choix du mode de passation et l'attribution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services d'un montant excédant ceux repris au tableau ci-dessous;»

VU le cahier spécial des charges applicable au marché;

OUI le rapport de Monsieur le Député provincial Jean-Marc VAN ESPEN;

ARRETE :

Article 1^{er} : Le marché cité sous objet est attribué à MedConsult au montant de :

- Pour les incapacités de travail en raison de maladie et/ou accident :
 - 41,50 € par contrôle à domicile
 - 30 € par contrôle au centre
 - 0 € pour l'arbitrage suivant arrêté royal
 - 0 € par an pour l'élaboration de statistiques
- Pour les incapacités de travail en raison d'un accident de travail :
 - 41,50 € par contrôle à domicile
 - 30 € par contrôle au centre
 - 0 € pour l'arbitrage
 - 0 € par an pour l'élaboration de statistiques;
 - 94,20 €/heure pour le contrôle médical dans le cadre de la réparation des dommages résultants d'un accident du travail

[...]".

9. L'acte attaqué a été notifié à la requérante le 2 mai 2011;

Considérant que la requérante soulève un moyen unique, pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe d'égalité entre les soumissionnaires, du principe général de bonne administration et du défaut d'examen complet des circonstances de la cause, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'erreur de fait, dans lequel elle soutient, en substance, que l'acte attaqué n'est pas adéquatement motivé dès lors qu'il ne fait pas apparaître quelle application utilisée par Philippe HOREVOETS pour comparer les prix a été retenue par la partie adverse pour décider que MEDCONSULT avait remis les prix les plus intéressants; que, selon elle, l'acte attaqué encourt le même reproche, dès lors que, si la première application de Philippe HOREVOETS a été prise en compte, il faut constater que la motivation formelle de l'acte ne permet pas de déterminer si MEDCONSULT avait proposé la même variante

et les conditions notamment pécuniaires d'un "contrôle ciblé", et n'est pas adéquate; qu'elle fait grief, par ailleurs, à la partie adverse de n'avoir pas procédé à un examen complet des circonstances de la cause et/ou d'avoir commis une erreur de fait dans le calcul des prix; que la requérante observe, enfin, qu'en supposant que MEDCONSULT ait remis une offre contenant une variante ou une suggestion pour le "contrôle ciblé", elle n'a pas, au cours des négociations, été informée de cette suggestion et de ses modalités, en violation du principe d'égalité des soumissionnaires;

Considérant que, dans sa note d'observations, la partie adverse rappelle les circonstances dans lesquelles le marché litigieux, qui devait initialement être attribué au terme d'une adjudication publique, l'a finalement été dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité préalable; qu'elle souligne l'importance, dans ce contexte, du critère du prix pour la comparaison des offres et, par conséquent, le choix de l'attributaire; que, s'agissant plus particulièrement de la manière dont les prix ont été comparés, elle insiste sur le caractère déterminant des prix forfaitaires unitaires proposés par les soumissionnaires dans leurs offres, et sur ce que le recours à des "applications" destinées à comparer les implications financières concrètes des deux offres n'a nullement affecté la constatation résultant de la comparaison des prix unitaires, selon laquelle l'offre de MEDCONSULT était la moins chère; que, sur la base du résultat des comparaisons ainsi effectuées, la partie adverse estime que l'acte attaqué est adéquatement motivé et qu'il respecte le prescrit de la loi du 29 juillet 1991 précitée; que la partie adverse soutient, par ailleurs, et eu égard au fait qu'elle n'avait pas à tenir compte des modalités de contrôle (ciblé ou non), ni, par conséquent, des suggestions formulées en ce sens, qu'il ne peut lui être reproché d'avoir commis une erreur de fait en s'abstenant de donner suite à la proposition émise par la requérante à cette fin; qu'elle ajoute, enfin, que, dès lors qu'elle n'a pas négligé de comparer les offres des deux soumissionnaires, le principe d'égalité des soumissionnaires n'a pas été méconnu;

Considérant qu'il apparaît, à la lecture du rapport établi le 4 avril 2011 par Philippe HOREVOETS, et dont les termes sont reproduits par l'acte attaqué, que la comparaison des prix repose, pour ce qui a trait aux contrôles des incapacités de travail autres que celles qui résultent d'un accident du travail ou survenu sur le chemin du travail, sur trois tableaux présentant respectivement les prix unitaires offerts par les deux soumissionnaires conformément au cahier spécial des charges (tableau I.1), ainsi que les prix qui résultent de l'application de deux formules liées, l'une, au nombre de contrôles effectués entre le 1^{er} octobre 2009 et le 30 septembre 2010 (tableau I.2) et l'autre, au nombre de certificats reçus au cours de la même période (tableau I.3); que la lecture du tableau I.1 révèle que les prix unitaires proposés par MEDCONSULT étaient les moins élevés; que, dès lors que les coûts dont l'évaluation est proposée aux

tableaux I.2 et I.3 résultent de la seule multiplication des prix unitaires par deux nombres correspondant à des volumes hypothétiques du marché, les prix offerts par MEDCONSULT y sont encore naturellement les plus bas; que l'indication des prix forfaitaires unitaires offerts par les soumissionnaires suffisait à établir que l'offre de MEDCONSULT était la plus intéressante sur la base du seul critère du prix; que l'application de l'une ou l'autre des formules utilisées pour les tableaux I.2 et I.3 n'affectait pas cette appréciation; que, par conséquent, il ne saurait sérieusement être reproché à la partie adverse d'avoir failli à son obligation de motivation formelle et de ne pas avoir motivé adéquatement la décision d'attribution du marché, en indiquant "qu'en application du seul critère du prix, la société MedConsult présente les prix les plus intéressants";

Considérant qu'il ressort du cahier spécial des charges du marché litigieux que les variantes n'étaient ni imposées, ni autorisées, pas plus que cela n'avait été le cas au cours de la procédure d'adjudication publique dont les conditions initiales ne pouvaient, en vertu de l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993 précitée, être substantiellement modifiées; qu'il n'apparaît d'ailleurs pas que la partie adverse ait - à l'exception de la seule référence qu'y fait Philippe HOREVOETS - donné suite à la suggestion proposée par la requérante au titre de variante, ni à une hypothétique variante qu'aurait contenue l'offre de MEDCONSULT; qu'il suit de ces considérations qu'il est vain de formuler des griefs à propos du traitement de variantes, dont rien ne laisse apparaître en l'espèce - en raison du caractère déterminant du critère du prix dans la comparaison des offres - qu'elles aient pu avoir quelque incidence sur le choix de l'attributaire du marché;

Considérant, enfin, que la requérante n'indique pas en quoi la partie adverse aurait omis de procéder à un examen complet des circonstances de la cause, ou quelle erreur de fait elle aurait commise dans le calcul des prix;

Considérant, pour ces motifs, qu'en aucun des griefs qu'il formule, le moyen n'est sérieux,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

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 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le trente mai deux mille onze par :

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.