

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 241.887 du 22 juin 2018

A.218.328/VI-20.711

En cause : **l'association sans but lucratif CESI -
PRÉVENTION ET PROTECTION,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Pierre SLEGGERS et
Sarah BEN MESSAOUD, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles,

contre :

la commune de Boussu,

ayant élu domicile chez
M^{es} Michel KAISER et
Emmanuel GOURDIN, avocats,
boulevard Louis Schmidt 56
1040 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 9 février 2016, l'association sans but lucratif CESI - PRÉVENTION ET PROTECTION demande l'annulation de "la décision prise par la partie adverse le 7 décembre 2015, notifiée à la requérante par un courrier du 10 décembre 2015, d'attribuer le marché «service externe de prévention et de protection au travail», à l'A.S.B.L. SPMT-ARISTA, pour un montant maximum de 168.595,04 € H.T.V.A. et, par voie de conséquence, de ne pas attribuer le marché à la requérante".

II. Procédure

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'État ont été acquittés.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Laurent JANS, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 12 décembre 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 17 janvier 2018 à 10 heures.

M. David DE ROY, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Sarah BEN MESSAOUD, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^e Emmanuel GOURDIN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent JANS, premier auditeur, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles

1. Le marché litigieux a pour objet l'affiliation à un service externe pour la prévention et la protection au travail dans le cadre de la législation sur le bien-être au travail en vue notamment d'assurer la surveillance médicale du personnel de l'administration communale et du C.P.A.S. de Boussu. Il s'agit d'un marché conjoint dont le pouvoir adjudicateur est la commune de Boussu, pour son compte et pour le compte du C.P.A.S. de Boussu.

Un avis de marché est publié le 9 octobre 2015.

Il s'agit d'un marché passé par appel d'offres (ouvert).

Les critères d'attribution sont les suivants : "prix" (40 points), "localisation géographique" (25 points), "délais d'intervention" (20 points), "service rendu – modalités de collaboration" (10 points), "formations, accompagnement" (5 points).

Sous le critère d'attribution relatif au prix, est notamment identifié un sous-critère "Cotisations forfaitaires minimales obligatoires annuelles par travailleur ou entreprise"

2. La séance d'ouverture des offres a lieu le 17 novembre 2015.

Trois offres sont remises, respectivement par la requérante, l'A.S.B.L. MENSURA S.E.P.P. et l'A.S.B.L. S.P.M.T.-ARISTA.

3. Un rapport d'examen des offres est établi le 24 novembre 2015. Il classe les soumissionnaires de la manière suivante :

- S.P.M.T.-ARISTA : 91,4 points;
- MENSURA S.E.P.P. : 81,3 points;
- CESI – PREVENTION ET PROTECTION : 73, 5 points.

S'agissant du montant proposé pour les cotisations forfaitaires minimales, il ressort de ce rapport d'évaluation des offres que le soumissionnaire S.P.M.T.-ARISTA propose de valoriser l'examen médical d'évaluation santé à 0,4 unité de prévention.

4. Par une délibération du 7 décembre 2015, le Collège de la commune de Boussu décide d'attribuer le marché à l'A.S.B.L. S.P.M.T.-ARISTA, pour un montant de 168.595,04 euros H.T.V.A. pour les quatre périodes d'un an.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, pris de la violation de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures

‡CCGSPDACI-BDEBIBV‡

et de services, notamment en ses articles 5 et 25, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment en ses articles 21, 95 et 101, de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail, plus particulièrement en ses articles 11 et 13/1 à 13/8, des principes de bonne administration, de minutie et de proportionnalité, du principe de transparence et d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de l'obligation de motivation matérielle et du principe selon lequel toute décision doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, 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, de fournitures et de services, particulièrement les articles 4 et 5, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment ses articles 2 et 3 et du cahier spécial des charges, en ce que le pouvoir adjudicateur a déclaré régulières les offres de l'A.S.B.L. SPMT-ARISTA et de l'A.S.B.L. MENSURA SEPP, alors que les prix offerts par ces deux soumissionnaires sont irréguliers, de sorte que leur offre est irrégulière.

Elle développe ce moyen comme suit :

- " 16. Il résulte clairement du rapport d'évaluation des offres que les soumissionnaires Arista et Mensura ont remis des offres irrégulières. En effet, les prix proposés sont irréguliers dès lors qu'ils sont inférieurs aux prix minimums imposés par la réglementation relative aux prestations de service externe de prévention et de protection au travail. Après avoir rappelé les règles applicables au montant des cotisations qu'un service externe de prévention et de protection doit solliciter (4.2.1.), l'on démontre que les prix remis par Arista et Mensura sont inférieurs aux tarifs minimums imposés (4.2.2.) et que cela entraîne l'irrégularité de ces offres (4.2.3.).

4.2.1 Règles applicables aux prestations des SEPPT

4.2.1.1 Les missions du SEPPT concernent le bien-être au travail

17. La loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail organise les services interne et externe de prévention et de protection.

L'article 33 de la loi précitée prévoit que :

«§ 1^{er}. Chaque employeur a l'obligation de créer un Service interne de Prévention et de Protection au travail.

À cet effet, chaque employeur dispose d'au moins un conseiller en prévention.

Dans les entreprises de moins de vingt travailleurs, l'employeur peut remplir lui-même la fonction de conseiller en prévention.

Ce service assiste l'employeur et les travailleurs lors de l'application des mesures visées aux articles 14 à 32*vicies*, en ce qu'elles ont trait au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

§ 2. Si le service interne visé au § 1^{er} ne peut pas exécuter lui-même toutes les missions qui lui ont été confiées en vertu de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution, l'employeur doit faire appel, en complément, à un service externe agréé de prévention et de protection au travail.

§ 3. Le Roi fixe les modalités de fonctionnement, les compétences requises et les missions du Service interne de Prévention et de Protection au travail». Conformément à cette disposition, chaque employeur doit disposer d'un service interne pour la prévention et la protection au travail. Un conseiller en prévention doit toujours être présent dans ce service.

18. Lorsque ce service interne ne peut remplir lui-même toutes les missions qui lui sont confiées, l'employeur doit faire appel complémentirement à un service externe pour la prévention et la protection au travail.

L'article 40 de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail prévoit la création de services externes de prévention et de protection au travail. Le service externe se compose de deux sections : une section gestion des risques et une section surveillance médicale.

C'est sur la base de cette réglementation que la commune de Boussu a décidé de désigner un service externe de prévention et de protection au travail (ci-après «SEPPT») pour la surveillance médicale de son personnel et de celui du CPAS.

Le bien-être des travailleurs touche à l'ordre public. La méconnaissance des règles y relatives est sanctionnée pénalement en application du code pénal social. Ce régime est, en outre, instauré dans l'intérêt des travailleurs et participe à l'équilibre général au sein des entreprises entre employeur et travailleurs. Pour ces motifs, des règles très précises sont mises en place afin de s'assurer du respect, par l'employeur, des intérêts de travailleurs. Il en va ainsi des tarifs minimums : ces tarifs visent à s'assurer que l'employeur affectera des moyens suffisants au bien-être de ses travailleurs. L'affectation (prioritaire) des sommes ainsi dues est également déterminée de manière expresse et obligatoire, afin de s'assurer que l'employeur affectera effectivement les moyens en cause aux sujets identifiés.

19. Les services pris en charge par un SEPPT concernent donc la santé et le bien-être des travailleurs. Pour ce motif, ces services sont strictement encadrés par la réglementation afin d'en assurer la qualité.

4.2.1.2 Les différentes missions du SEPPT

20. Les missions du SEPPT sont déterminées par l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif au service externe sur la prévention et la protection au travail.

Conformément à l'article 2 de cet arrêté royal, le service externe exécute les missions visées à la section II de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif au service interne pour la protection et la prévention au travail, à savoir essentiellement la gestion des risques au travail et la surveillance médicale.

Cet arrêté détermine aussi les conditions minimales qui doivent être remplies pour la conclusion et la validité des contrats de service externe de prévention.

4.2.1.3 Tarification des prestations des SEPPT

21. Afin de s'assurer que les employeurs affecteront suffisamment de moyens au bien-être de leurs travailleurs, un tarif minimum a été imposé. L'affectation de ces cotisations s'inscrit dans le même objectif.

L'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 stipule notamment qu'«il est interdit à tout SEPPT de pratiquer ou de proposer à l'employeur 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 du même arrêté, même si le contrat a été conclu à la suite d'un marché public». Il s'agit de s'assurer que le service externe ne pratiquera pas et que l'employeur ne sollicitera pas des prix inférieurs aux tarifs minimums imposés ni de manière directe ni de manière indirecte. D'aucune manière, les conditions tarifaires ne peuvent avoir pour but ou effet de voir l'employeur allouer

moins de moyens au bien-être de ses travailleurs que le minimum fixé (sur la base d'accords conclus entre partenaires sociaux) par le Roi.

22. La section II/1 de l'arrêté royal précité fixe les «cotisations forfaitaires minimales obligatoires» dues pour les prestations des conseillers en prévention des services externes. Les prestations des SEPPT sont soumises à des tarifs minimaux, par travailleur, en dessous desquels il est interdit de descendre. Au-delà des tarifs, la section II/1 de l'arrêté prévoit également l'affectation des moyens, dans la même optique de s'assurer de la juste affectation des moyens mis à disposition par l'employeur au bien-être de ses travailleurs.

Depuis le 1^{er} janvier 2016, cette section de l'arrêté royal du 27 mars 1998 est remplacée par les dispositions de l'arrêté royal du 27 novembre 2015 modifiant l'arrêté royal du 27 mars 1998 en ce qui concerne la tarification (M.B. 14.12.2015). Cette modification ne concerne que les modalités de calcul des cotisations forfaitaires ; l'interdiction de réductions et les autres modalités (notamment la durée de la convention et le préavis de même que les avis obligatoires entourant la décision de recourir à un SEPPT ou d'en changer) demeurant inchangées. Le calcul des cotisations est formalisé et «standardisé» indépendamment du service externe contractant.

Schématiquement, le paiement des prestations effectuées par le SEPPT est organisé comme suit.

a) L'employeur est redevable d'une cotisation forfaitaire minimale

23. Conformément à l'article 13/2 de l'arrêté royal précité «l'employeur est redevable annuellement au service externe d'une cotisation forfaitaire minimale par travailleur».

Dans sa version applicable avant le 1^{er} janvier 2016, l'arrêté royal prévoit une distinction entre un tarif standard et un tarif réduit en fonction de l'activité principale de l'employeur. Conformément à l'annexe 1^{ère} de l'arrêté royal, les administrations communales se voient appliquer le tarif standard.

Dans sa version applicable à partir du 1^{er} janvier 2016, le montant de la cotisation forfaitaire minimale est déterminé par le groupe tarifaire auquel l'employeur appartient sur base de son activité principale, telle que définie à l'annexe 1^{ère}. Les administrations communales appartiennent au groupe tarifaire 4 (cotisation de minimum 95,50 €) alors que les CPAS appartiennent au groupe tarifaire 5 (cotisation de minimum 112 €).

b) Conversion de la cotisation forfaitaire en unités de prévention et utilisation des unités de prévention

Conformément à l'article 13/3, § 2, de l'arrêté royal précité, pour l'employeur qui dispose au sein de son service interne d'un conseiller en prévention qui a terminé avec fruit une formation complémentaire de niveau I ou II, la cotisation forfaitaire minimale est convertie en unités de prévention telles que visées à l'article 13/4.

La valeur d'une UP est invariable et s'élève à 150 euros.

Le nombre d'UP «disponibles» dans une entreprise est donc déterminable en début de période, puisque les cotisations forfaitaires minimales sont fixées de manière précise par l'arrêté. L'article 13/2 de l'arrêté impose le paiement «d'une cotisation forfaitaire minimale par travailleur, dont le montant est déterminé par le groupe tarifaire auquel l'employeur appartient sur base de son activité principale». Il s'ensuit que, une fois connue le groupe tarifaire d'un employeur et le nombre de travailleurs, on multiplie le nombre de travailleurs par le tarif correspondant au groupe auquel appartient l'employeur et le montant minimal est ainsi précisément connu. C'est ce montant-là, c'est-à-dire le budget disponible, qui sera alors divisé par 150, afin de déterminer le nombre d'UP.

24. Conformément à l'article 13/3, § 2, ces unités de prévention sont consacrées en priorité aux prestations suivantes :

- les pratiques de prévention dans le cadre de la surveillance de la santé, ainsi que l'organisation du droit de prise de connaissance du dossier de santé. Les pratiques de prévention visent, conformément à l'article 15 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs «les examens médicaux de prévention, l'établissement d'un dossier de santé, les vaccinations et les tests tuberculiniques».

- l'exécution des missions du conseiller en prévention aspects psychosociaux.

25. L'article 13/3, § 2, 2ème alinéa, prévoit que s'il reste des unités de prévention après l'exécution de ces prestations, ces unités de prévention peuvent être dépensées par l'employeur, en concertation avec le service externe, sous la forme d'autres prestations qui sont directement liées à la politique de prévention de l'entreprise.

26. Telles sont les règles qui permettent de déterminer le nombre d'unités de prévention dont l'employeur peut bénéficier et les prestations auxquelles il doit les allouer. Il convient encore de s'interroger sur la manière dont il pourra les valoriser pour bénéficier des prestations du SEPPT.

c) Valorisation des unités de prévention

27. L'article 13/4 prévoit que « 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».

La mobilisation des unités de prévention se fait donc en utilisant des heures de prestations. Dans ce cas, il faut respecter la tarification prévue par l'article 13/4, §1^{er}, qui prévoit des facteurs de pondération en fonction de la personne qui assure la prestation. Ainsi, une heure prestée par un conseiller en prévention spécialisé dans le domaine de la sécurité au travail coûte 1 unité de prévention. Une heure de prestation par un conseiller en prévention-médecin du travail coûte 1,25 unité de prévention.

Par exemple, un examen médical d'évaluation de santé sera décompté des UP disponibles. Le nombre d'UP utilisé pour cet examen de santé dépendra du temps consacré à l'examen et du profil des personnes en charge de l'examen.

d) Prestations relatives à la surveillance de la santé qui font l'objet d'une comptabilisation complémentaire

28. Conformément à l'article 13/6, § 2, «les prestations suivantes dans le cadre des missions relatives à la surveillance de la santé sont comptabilisées à 77,53 euro par prestation, ou à 115 euro par heure prestée en appliquant les facteurs de pondération visés à l'article 13/4, § 2 :

1° les prestations qui ne sont pas reprises à l'article 13/3, § 1^{er}, pour un employeur du groupe C ou D qui ne dispose pas au sein de son service interne d'un conseiller en prévention qui a terminé avec fruit une formation complémentaire de niveau I ou II;

2° les pratiques de prévention dans le cadre de la surveillance de la santé qui doivent être comptabilisées séparément après l'épuisement des unités de prévention visées à l'article 13/4, pour un employeur du groupe A, B ou C qui dispose au sein de son service interne d'un conseiller en prévention qui a terminé avec fruit une formation complémentaire de niveau I ou II».

29. En ce qui concerne les employeurs des groupes A, B et C+, les prestations complémentaires sont les pratiques de prévention dans le cadre de la surveillance de santé «qui doivent être comptabilisées séparément après l'épuisement des unités de prévention».

e) Interdiction de fixer des tarifs qui ont pour effet de baisser les tarifs minimums

30. L'arrêté royal du 27 novembre 2015 prévoit explicitement que les prestations, dans le cadre des missions relatives à la surveillance de la santé, sont comptabilisées à 77,53 euros (article 13/4). Sachant qu'une UP vaut 150€, il s'en déduit logiquement que la valeur en UP de l'examen médical est de $77,53 : 150 = 0,52$ UP. Toute tentative de faire «baisser» les enchères en demandant des offres en valeur UP en dessous de 0,52 constitue un contournement de la «tarification minimale obligatoire».

31. L'article 40, §1^{er}, de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, tel que modifié par la Loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement, dispose que :

«Des services externes de Prévention et de Protection au travail sont institués. Ces services disposent d'un ou de plusieurs conseillers en prévention.

Au sein des services externes de Prévention et de Protection au travail sont instituées des sections distinctes, qui sont chargées de la surveillance médicale des travailleurs. Ainsi, Il définit la méthode de financement des services externes pour la prévention et la protection au travail et Il fixe deux niveaux de cotisations forfaitaires qui couvrent les prestations de ces services, à déterminer par Lui. Suivant la nature des activités, à définir par le Roi, l'employeur est redevable par travailleur d'une de ces cotisations forfaitaires à son service externe pour la prévention et la protection au travail [...].».

32. Cette modification a été introduite précisément afin de mettre fin aux tarifications erratiques entre services externes pour de mêmes missions, étant entendu que le Législateur veut s'assurer que la protection des travailleurs ne sera pas réduite pour des motifs financiers. Les motifs suivants étaient exprimés à cet égard :

«Ce[tte] section a pour but de rendre plus claire la disposition de l'article 40, § 3, alinéa 2 de la loi sur le bien-être des travailleurs du 4 août 1996 en stipulant de façon explicite que le Roi fixe les cotisations forfaitaires dont l'employeur est redevable vis-à-vis des services externes pour la prévention et la protection au travail.

Le Roi dispose déjà depuis des décennies de la compétence de régler le financement des services externes de prévention et de protection au travail et de fixer la cotisation forfaitaire. En effet, cette compétence est contenue dans la notion "modalités concernant son organisation". Le présent projet a uniquement pour objectif de préciser cette compétence afin d'exclure tout malentendu à cet égard.

L'article 96 du présent projet de loi [a] pour objectif d'ancrer la compétence du Roi relative au financement des services ex ternes pour la prévention et la protection au travail dans la loi.

Ainsi il est déterminé explicitement que le Roi a la compétence de:

- déterminer le financement des services externes pour la prévention et la protection au travail;
- déterminer les prestations qui doivent être fournies par ces services externes et qui sont couvertes par une cotisation forfaitaire;
- déterminer deux niveaux de cotisations forfaitaires par travailleur; Laquelle des deux cotisations forfaitaires dont les employeurs seront redevables sera déterminée

par les activités qu'ils exercent. On prévoit des cotisations plus basses pour les employeurs qui occupent 5 travailleurs au maximum. [...]».

33. C'est sur cette base et dans cet esprit que le Roi a déterminé un tarif (minimal) pour des prestations. Ce tarif est déterminé aux articles 13/1 et suivants de l'AR précité du 27 mars 1998. L'article 13/2 détermine la façon dont la cotisation annuelle forfaitaire minimale est calculée. C'est donc bien une cotisation forfaitaire et minimale. Le caractère forfaitaire renvoie au caractère englobant de la cotisation qui doit servir à couvrir l'ensemble des services concernés. Le caractère minimal, quant à lui, doit assurer une qualité suffisante du service afin de garantir un bien-être au travail pour les travailleurs et de s'assurer que l'employeur ne fera pas d'économies sur celles-ci.

4.2.2 Irrégularités des prix de Mensura et Arista

34. Les prix offerts par les soumissionnaires Mensura et Arista sont inférieurs aux tarifs minimums imposés par la réglementation SEPPT. S'agissant du montant proposé pour les cotisations forfaitaires minimales, le rapport d'évaluation des offres précise ce qui suit :

«2. Cotisations forfaitaires minimales obligatoires annuelles par travailleur (8 points)

	SPMT – Arista	CESI	MENSURA
	Prix unitaires HTVA et TVAC	Prix unitaires HTVA et TVAC	Prix unitaires HTVA et TVAC
Cotisation forfaitaire minimale obligatoire annuelle par travailleur non soumis à examen médical	87,00 € (AR 24/04/2014)		52,00 € (AR 24/04/2014)
	95,5 € - AC 112,00 € - CPAS (avis de modif de l'AR 24/04/2014 sous réserve de publication)	95,5 € - AC 112,00 € - CPAS	41,50 € (avis de modif de l'AR 24/04/2014 sous réserve de publication)
Cotisation forfaitaire minimale obligatoire annuelle par travailleur soumis à examen médical	87,00 € (AR 24/04/2014)		87,00 € (AR 24/04/2014)
	Décompte des UP : 0,4 UP pour examen médical d'évaluation santé (périodique, spontané, etc)	95,5 € - AC 112,00 € - CPAS	AC : 127,60 UP CPAS : 76,56 UP (base de 220 travailleurs pour AC et 132 travailleurs pour CPAS)
	Examens facturés à la prestation : embauche et stagiaires (77,53€)	Budget UP AC = 140 UP Budget UP CPAS = 99 UP (base de 220 travailleurs pour AC et 132 travailleurs pour CPAS)	95,50 € - AC 112,00 € - CPAS (avis de modif de l'AR 24/04/2014 sous réserve de publication)
	AC : 115 UP CPAS : 84 UP (base de 198 travailleurs pour AC et 144 travailleurs pour CPAS)	2 modes de gestion des UP - % du budget annuel défini pour chaque discipline – facturation si dépassement sans possibilité de transfert de l'un à l'autre	AC : 140,07 UP CPAS : 98,56 UP (base de 220 travailleurs pour AC et 132 travailleurs pour CPAS)
	95,50 € - AC 112,00 € - CPAS (avis de modif de l'AR 24/04/2014 sous réserve de publication)	Travailleur convoqué = examiné + pénalité éventuelle si pas d'annulation dans les 3 jours ouvrables qui précèdent (montant non précisé)	Gestion des UP : employeur libre d'affecter les UP aux activités
	AC : 126 UP CPAS : 108 UP		

(base de 198 travailleurs
pour AC et 144 travailleurs
pour CPAS)

prioritaires et
recommandées à sa guise

Absences aux examens
médicaux : pas de
décompte des UP

Calcul de la cotisation : non
comptabilisation des
travailleurs en maladie de
plus d'un an, en IC totale ou
en CSS sauf si prestation
médicale en cours d'année.

Pour les travailleurs qui
quittent en cours d'année,
cotisation au prorata de
l'occupation, sauf si
prestation médicale en
cours d'année.

Si solde d'unités de
prévention favorable,
nombre crédité pour
l'exercice suivant.

TOTAL	5,6 points	5,6 points	8 points
--------------	-------------------	-------------------	-----------------

».

4.2.2.1 Irrégularité du prix proposé par Mensura

35. S'agissant de la cotisation forfaitaire minimale, Mensura propose une cotisation au montant suivant :

- Avant le 1^{er} janvier 2016 : 52 € (tarif réduit) ;
- À partir du 1^{er} janvier 2016 : 41,50 € (groupe tarifaire 1).

Or, il résulte clairement de l'article 13/2 que, pour l'administration communale et le CPAS, la cotisation minimale doit s'élever minimum aux montants suivants :

- Avant le 1^{er} janvier 2016 : 87 € (tarif standard)
- À partir du 1^{er} janvier 2016 :
 - o 95,50 euros pour l'administration communale qui fait partie du groupe tarifaire 4;
 - o 112,00 euro pour le CPAS qui fait partie du groupe tarifaire 5

36. Le soumissionnaire Mensura a erronément considéré qu'avant le 1^{er} janvier 2016 la commune et le CPAS devaient se voir appliquer le tarif réduit alors que l'annexe 1 les classe parmi les employeurs se voyant appliquer le tarif standard. De la même manière, le soumissionnaire Mensura a erronément considéré que l'administration communale et le CPAS appartenaient au groupe 1 alors qu'ils appartiennent, conformément à l'annexe 1, respectivement au groupe tarifaire 4 et 5.

Cette inclusion inexacte a pour effet de diminuer la cotisation sous le montant de la cotisation forfaitaire minimale de sorte que son prix est contraire à la réglementation relative aux prestations des SEPPT.

4.2.2.2 Irrégularité du prix proposé par Arista

37. Arista a également méconnu la réglementation relative aux cotisations forfaitaires minimales en proposant le prix repris dans son offre.

En effet, ce soumissionnaire propose arbitrairement de valoriser l'examen médical d'évaluation de santé à 0,40 UP.

Une telle valorisation implique nécessairement que la prestation pourra être effectuée en dessous du tarif de 77,53 €, montant minimum imposé pour une

prestation effectuée dans le cadre de l'article 13/6, § 2 précité. En effet, cette prestation sera alors comptabilisée à 0,40 X 150 euros, c'est-à-dire à 60 euros.

On arrive à ce même constat si l'on applique à cette prestation la méthode de calcul visé par l'article 13/4, § 2 qui prévoit que «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». En effet, en proposant un tel tarif de 0,4 UP pour un examen médical d'évaluation de santé, sans tenir compte du temps qui y sera consacré et du personnel mobilisé, le SEPPT offre un tarif qui ne respecte pas les minimums fixés par la réglementation.

Si la prestation de santé peut être comptabilisée en taux horaire, cette méthode de calcul ne peut en aucun cas avoir pour effet d'offrir la prestation à un tarif inférieur à 77,53 euros. Une autre interprétation reviendrait à laisser le SEPPT libre de fixer les tarifs de l'examen médical librement, ce que la réglementation précisément voulu éviter pour garantir la qualité des prestations de santé.

38. Il résulte de ces considérations que proposer un prix de 0,40 UP, soit l'équivalent de 60 euros, pour un examen médical d'évaluation de santé revient à proposer un prix inférieur au montant minimum obligatoire et est donc irrégulier.

4.2.3 L'irrégularité des prix entraîne la nullité absolue de l'offre

39. Les prix proposés par les soumissionnaires Arista et Mensura entraînent l'irrégularité de l'offre dans la mesure où ils sont contraires à la réglementation relative aux services externes de prévention et de protection au travail.

En effet, un prix qui contrevient à une réglementation spécifique qui impose certains tarifs à respecter est nécessairement irrégulier.

Le cahier des charges rappelaient, par ailleurs, expressément la nécessité de respecter la réglementation relative aux SEPPT et notamment les règles relatives au prix des prestations.

En effet, le cahier des charges vise la réglementation relative aux prestations SEPPT parmi les dispositions applicables au marché. A propos des prestations complémentaires, le cahier rappelle aussi l'interdiction de proposer des prix inférieurs aux tarifs minimums : «Toutefois, des propositions pour des prestations forfaitaires (pour autant qu'elles respectent le salaire horaire minimum fixé à l'article 13quinquies de l'A.R. SEPP)».

40. Par ailleurs, on relèvera qu'un prix inférieur à un tarif minimum légal est nécessairement un prix anormal au sens de la réglementation relative aux marchés publics.

Comme le rappelle votre Conseil, «le caractère normal des prix d'une offre constitue un des éléments de sa régularité, spécialement sous l'angle de la correspondance de ces prix avec la réalité».

41. L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit à cet égard que toute irrégularité relative au prix affecte l'offre d'une irrégularité substantielle qui entraîne automatiquement l'écartement de l'offre¹⁶.

Le pouvoir adjudicateur aurait donc dû constater cette irrégularité substantielle et écarter ces deux offres.

Le moyen unique est fondé".

B. Mémoire en réponse

La partie adverse fait état des éléments suivants :

- " 17. En ce qui concerne l'offre remise par l'asbl SPMT-ARISTA, il y a lieu de constater que la partie adverse n'avait aucune raison, en l'espèce, d'écarter celle-ci pour irrégularité des prix remis pour le critère «cotisations forfaitaires minimales obligatoires annuelles par travailleur (8 points)».

Contrairement à ce que paraît prétendre la requérante, le prix remis par l'asbl SPMT-ARISTA pour ce critère n'était pas de 0,4 unité de prévention par travailleur ou de 60 € (0,4 x 150 €), mais de 95,50 € par travailleur, pour l'administration communale (groupe tarifaire 4) et de 112 € par travailleur, pour le CPAS (groupe tarifaire 5).

C'est d'ailleurs sur cette base que les points qui ont été attribués à l'asbl SPMT-ARISTA pour ce critère ont été calculés, conformément à ce qui était annoncé dans le cahier spécial des charges :

	Prix unitaires de SPMT-ARISTA	Prix unitaires de CESI	Prix unitaires de MENSURA
Cotisation forfaitaire minimale obligatoire annuelle par travailleur	A partir du 01/01/2016 : - 95,50 € par travailleur de l'Administration	A partir du 01/01/2016 : - 95,50 € par travailleur de l'Administration	A partir du 01/01/2016 : 41,50 €

	communale ; - 112 € par travailleur du CPAS	communale ; - 112 € par travailleur du CPAS	
	A partir du 01/01/2016 : - 95,50 € par travailleur de l'Administration communale ; - 112 € par travailleur du CPAS	A partir du 01/01/2016 : - 95,50 € par travailleur de l'Administration communale ; - 112 € par travailleur du CPAS	A partir du 01/01/2016 : - 95,50 € par travailleur de l'Administration communale ; - 112 € par travailleur du CPAS
TOTAL (prix le moins cher / prix * 8)	5,6 points Prix le moins cher (Mensura) = 290,5 € (41,50 € (AC) + 41,50 € (CPAS) + 95,50 € (AC) + 112 € (CPAS)) ; Prix offert = 415 € (95,50 € (AC) + 112 € (CPAS) + 95,50 € (AC) + 112 € (CPAS) (290,5 / 415 * 8) = 5,6	5,6 points Prix le moins cher (Mensura) = 290,5 € (41,50 € (AC) + 41,50 € (CPAS) + 95,50 € (AC) + 112 € (CPAS)) ; Prix offert = 415 € (95,50 € (AC) + 112 € (CPAS) + 95,50 € (AC) + 112 € (CPAS) (290,5 / 415 * 8) = 5,6	8 points

À partir du moment où il ne peut pas être considéré que l'asbl SPMT-ARISTA a remis un prix de 0,4 unité de prévention (ou 60 €) pour le critère «cotisations forfaitaires minimales obligatoires annuelles» et où il est établi que les prix remis étaient conformes à la réglementation relative à ces cotisations forfaitaires minimales obligatoires annuelles (ils sont d'ailleurs identiques à ceux remis par la requérante), il ne peut donc être reproché à la partie adverse de ne pas avoir écarté l'offre de SPMT-ARISTA pour irrégularité du prix de l'offre.

À supposer que le fait, pour l'asbl SPMT-ARISTA, d'indiquer qu'elle évalue un examen médical à 0,4 unité de prévention soit une pratique illégale, quod non [note infrapaginale 4], il s'agirait là d'une question relative à l'exécution du marché public qui est étrangère à l'attribution de celui-ci [note infrapaginale 5]. Il était en effet uniquement demandé aux soumissionnaires de remettre le prix demandé par

travailleur pour la cotisation forfaitaire annuelle et non de s'engager sur le montant exact que représenterait chaque examen médical financé avec cette cotisation forfaitaire. Ce «prix forfaitaire» de 0,4 unité de prévention ne pourrait donc être considéré comme faisant partie du prix de l'offre devant faire l'objet d'une vérification en vertu du devoir de minutie, d'autant plus que les soumissionnaires n'ont pas été comparés sur cet élément.

À titre surabondant, s'agissant de l'argument selon lequel le «prix» de 0,4 UP (60 €) serait inférieur au tarif minimum de 77,53 € pour une prestation (et donc un examen médical) effectuée dans le cadre de l'article 13/6, § 2, de l'arrêté royal «service externe», il y a, par ailleurs, lieu de noter que :

1° l'article 13/6, § 2, de l'arrêté royal «services externes» est sans rapport avec le critère dont il est question en l'espèce («cotisations forfaitaires minimales obligatoires annuelles par travailleur»). La cotisation forfaitaire minimale obligatoire, à convertir en unités de prévention, est en effet fixée par l'article 13/2 de l'arrêté royal «services externes». L'article 13/6 concerne, quant à lui, le prix des prestations effectuées une fois que la totalité des unités de prévention (et donc du montant fixé en application de l'article 13/2 précité) a été utilisée. Cette disposition est donc sans pertinence pour apprécier si le soumissionnaire applique un tarif inférieur à la cotisation forfaitaire minimale obligatoire.

2° il ne ressort pas de l'article 13/6, § 2, de l'arrêté royal «services externes» que le tarif minimum par prestation serait, en toute hypothèse, de 77,53 €. Cette disposition laisse en effet clairement le libre choix aux services externes entre la facturation des prestations à l'heure et l'application d'un forfait par prestation : «Les prestations suivantes dans le cadre des missions relatives à la surveillance de la santé sont comptabilisées à 77,53 euro par prestation, ou à 115 euro par heure prestée en appliquant les facteurs de pondération visés à l'article 13/4, § 2». Il est faux d'affirmer, comme le fait la requérante, que cette disposition, si elle était interprétée littéralement, laisserait le libre choix quant à la fixation du tarif de l'examen médical puisque, au contraire, elle prévoit un minimum de 115 € par heure prestée.

18. En ce qui concerne l'offre remise par l'asbl MENSURA, la requérante est sans intérêt à invoquer son irrégularité dans la mesure où, même si cette offre avait été écartée, l'offre de la requérante n'aurait pas été classée en ordre utile et le marché n'aurait pas pu lui être attribué, étant donné la régularité de l'offre de l'attributaire du marché, démontrée ci-dessus.

19. Le moyen unique est donc non fondé en ce qui concerne la critique de la régularité de l'offre de l'asbl SPMT-ARISTA et irrecevable pour défaut d'intérêt au moyen en ce qui concerne la critique de la régularité de l'offre de l'asbl MENSURA".

Pour la bonne compréhension de la thèse soutenue par la partie adverse, il s'indique de reproduire la teneur des notes infrapaginales 4 et 5 du mémoire en réponse :

- " 4. Même si cela n'a aucune incidence sur la légalité de l'acte attaqué, les services de la partie adverse ont pris contact avec l'asbl SPMT-ARISTA, qui confirme que le chiffre de 0,4 unité de prévention pour un examen médical correspond à l'évaluation du coût moyen d'un examen médical d'une durée de 30 minutes (pièce n° 1.12.). L'asbl SPMT-ARISTA est parvenue à cette moyenne de 0,4 UP pour un examen médical de 30 minutes en faisant le calcul suivant :
- 15 minutes de prestations par un médecin, soit une unité de prévention/4 * 125 % = 0,3125 UP (arrondi à 0,3 UP) ;
 - 15 minutes de prestations par une infirmière ou assistant médical soit :

‡CCGSPDACI-BDEBIBV‡

- une unité de prévention/4 * 0,75 % = 0,1875 UP (arrondi à 0,2 UP) s'il s'agit d'une infirmière;
 - 0 unité de prévention s'il s'agit d'un assistant médical ;
- Ce qui fait une moyenne de 0,1 UP pour ces 15 minutes, sachant que l'asbl SPMT-ARISTA met à disposition 50 % d'infirmières et 50 % d'assistants médicaux.
- 0,3 UP + 0,1 UP = 0,4 UP.

5. S'il s'avérait que, dans les faits, lors de l'exécution du marché, l'asbl SPMT-ARISTA décompte, pour chaque examen médical, 0,4 unité de prévention, indépendamment des prestations réellement effectuées par son personnel, il s'agirait d'une application incorrecte de l'arrêté royal « services externes » (*cfr.* les articles 13/4, § 2, et 29 de l'arrêté), susceptible d'entraîner le retrait d'agrément de l'asbl comme service externe pour la prévention et la protection au travail (article 43 de l'arrêté royal «services externes»)".

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique dans les termes suivants :

" 2.3.1 Irrégularité de l'offre d'Arista

2.3.1.1 Arista propose un prix de 0,40 UP par examen médical

11. Comme déjà indiqué à propos de l'exposé des faits dressé par la partie adverse, celle-ci fonde son argumentation sur des faits qui sont contraires aux éléments de fait contenus dans le dossier administratif.

Contrairement à l'affirmation de la partie adverse sur la base d'un tableau présenté comme «simplifié», il résulte clairement du rapport d'attribution des offres que le soumissionnaire Arista propose de valoriser ses examens médicaux à 0,40 UP. La défense de la partie adverse ne tient que sur la base d'un tableau modifié (qui omet la référence expresse à une valorisation à 0,40 UP et ajoute une motivation de la pondération des cotes).

En effet, l'extrait du rapport d'examen des offres déposé au dossier administratif se lit comme suit :

	SPMT – Arista	CESI	MENSURA
	Prix unitaires HTVA et TVAC	Prix unitaires HTVA et TVAC	Prix unitaires HTVA et TVAC
Cotisation forfaitaire minimale obligatoire annuelle par travailleur <u>non soumis</u> à examen médical	87,00 € (AR 24/04/2014) 95,5 € - AC 112,00 € - CPAS (avis de modif de l'AR 24/04/2014 sous réserve de publication)	95,5 € - AC 112,00 € - CPAS	52,00 € (AR 24/04/2014) 41,50 € (avis de modif de l'AR 24/04/2014 sous réserve de publication)
Cotisation forfaitaire minimale obligatoire annuelle par travailleur <u>soumis</u> à examen médical	87,00 € (AR 24/04/2014) Décompte des UP : 0,4 UP pour examen médical d'évaluation santé (périodique, spontané, etc) Examens facturés à la prestation : embauche et stagiaires (77,53€)	95,5 € - AC 112,00 € - CPAS Budget UP AC = 140 UP Budget UP CPAS = 99 UP (base de 220 travailleurs pour AC et 132 travailleurs pour CPAS)	87,00 € (AR 24/04/2014) AC : 127,60 UP CPAS : 76,56 UP (base de 220 travailleurs pour AC et 132 travailleurs pour CPAS) 95,50 € - AC 112,00 € - CPAS

Il en résulte clairement qu'Arista propose dans son offre :

- Un prix pour la cotisation annuelle de chaque travailleur ;
- Une valorisation de tout examen médical d'évaluation de santé à 0,40 UP.

Il y a donc bien dans l'offre d'Arista une proposition de faire payer chaque examen médical par un décompte de 0,40 UP.

Ce prix est par ailleurs proposé de manière inconditionnelle. Il n'est pas précisé que le nombre d'UP décomptées dépendra de la durée de chaque examen médical. Si tel était le cas, on ne percevrait pas l'intérêt d'indiquer une valorisation de l'examen médical à 0,40 UP dès lors que la réglementation prévoit expressément les règles de décompte des UP en fonction du ou des profil(s) affectés à l'examen et de la durée de l'examen.

Tel que cela ressort du rapport d'examen des offres, Arista propose bien de faire payer au pouvoir adjudicateur tout examen médical à un prix équivalent à 0,40 UP. L'argument développé à titre principal par la partie adverse ne peut donc être suivi.

12. Par ailleurs, contrairement à ce que la partie adverse soutient, il s'agit d'une composante du prix dès lors que la manière dont les UP sont décomptées a une influence directe sur le prix des prestations. En effet, un soumissionnaire pourrait proposer une offre proposant une cotisation annuelle très élevée mais un décompte des UP très favorable. La règle de valorisation des prestations en UP fait donc partie du prix proposé.

L'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 interdit en effet toutes les pratiques qui ont pour but ou pour effet de diminuer les cotisations forfaitaires minimales visées à la section IIbis. Cette section est intitulée «Cotisations forfaitaires minimales obligatoires dues pour les prestations des services externes».

L'article 13/3, § 2, de cet arrêté prévoit alors que les cotisations sont converties en UP. La tarification des services par les SEPP au travers de l'utilisation des UP ne peut donc avoir pour but ou pour effet de réduire les cotisations minimales forfaitaires imposées par le Roi.

13. Contrairement à ce que soutient la partie adverse, la note attribuée pour le sous-critère «cotisations forfaitaire minimale obligatoire annuelle par travailleur» est motivée dans l'acte attaqué, tant au regard du montant de la cotisation que de la valorisation des UP.

Ce sont en effet ces deux éléments qui sont repris par la partie adverse dans le tableau (complet) de comparaison des offres.

La motivation *a posteriori* proposée par la partie adverse dans le cadre de son mémoire en réponse sur la base d'un tableau modifié contredit le tableau contenu dans le dossier administratif. Elle ne peut donc être prise en compte.

14. En toute hypothèse, il importe peu que les points pour ce critère aient été attribués sur la base du prix de la cotisation par travailleur sans tenir compte de la proposition de valorisation des UP.

En effet, ce qui est reproché à la partie adverse c'est de ne pas avoir écarté une offre proposant une modalité d'exécution relative au prix irrégulière parce que contraire à la réglementation relative aux services externes de prévention et de protection au travail. Il importe peu que cet élément ait ou non fait l'objet d'une cotation. Ce qui est déterminant c'est que l'offre d'Arista implique une réalisation des prestations à des conditions contraires à la réglementation.

15. Il en résulte que l'offre d'Arista contient une proposition de prix de 0,40 UP pour tout examen médical, ce qui est irrégulier.

2.3.1.2 Valoriser un examen médical à 0,40 UP est irrégulier

16. Les arguments développés par la partie adverse dans son mémoire en réponse tendent à confirmer que l'offre d'Arista est irrégulière dès lors que celle-ci propose bel et bien de facturer tout examen médical à 0,40 UP, indépendamment du temps consacré audit examen (a). On relève encore que l'explication donnée par Arista quant au prix de 0,40 UP et répercutée par la partie adverse confirme qu'Arista organise ses examens médicaux en violation de la réglementation relative aux SEPPT (b). Enfin, contrairement ce que prétend la partie adverse, un examen médical ne peut, en toute hypothèse, pas être facturé à un prix inférieur à 77,53 euros (c).

a) Le prix de l'examen médical dépend du temps consacré et des profils en charge de l'examen

17. Comme le reconnaît expressément la partie adverse, le prix d'un examen médical et donc en l'espèce sa valorisation en UP est nécessairement fonction du temps consacré à l'examen et du profil de la ou des personne(s) en charge de l'examen médical.

À cet égard, la partie adverse précise en note infrapaginale n° 5 de son mémoire en réponse (p. 13 sur 16) que « s'il s'avérait que, dans les faits, lors de l'exécution du marché, l'asbl SPMT-ARISTA décompte, pour chaque examen médical, 0,4 unité de prévention, indépendamment des prestations réellement effectuées par son personnel, il s'agirait d'une application incorrecte de l'arrêté royal "services externes" (*cfr.* les articles 13/4, § 2, et 29 de l'arrêté), susceptible d'entraîner le retrait d'agrément de l'asbl comme service externe pour la prévention et la protection au travail (article 43 de l'arrêté royal "services externes") ».

Or, comme il a été exposé ci-dessus, il ressort du dossier administratif que l'asbl Arista a bel et bien fait une telle proposition. Elle s'est donc engagée à décompter à 0,4 UP par examen médical. Il ressort de la note infrapaginale n° 4 du mémoire en réponse de la partie adverse que l'ASBL Arista a explicité (*fut-ce a posteriori*) cette valorisation par la durée « moyenne » d'un examen médical et l'application de plusieurs « arrondis » dans le cadre de ce calcul.

La conséquence en est automatique : Arista y reconnaît et explicite que la durée et le contenu des examens, de même que l'implication des membres de l'équipe en charge de l'examen variera d'un examen à l'autre.

Il s'ensuit qu'Arista s'est engagée à décompter effectivement 0,4 UP indépendamment des prestations réellement effectuées par son personnel – dans ce cas, comme le relève la partie adverse, cela devra entraîner la perte de l'agrément d'Arista. Une telle offre est alors nécessairement irrégulière.

Ceci se comprend dès lors que la mobilisation des unités de prévention se fait en utilisant des heures de prestations. Il faut pour cela respecter la tarification prévue par l'article 13/4, §1^{er}, qui prévoit des facteurs de pondération en fonction de la personne qui assure la prestation.

Ainsi, une heure prestée par un conseiller en prévention spécialisé dans le domaine de la sécurité au travail coûte 1 unité de prévention. Une heure de prestation par un conseiller en prévention-médecin du travail coûte 1,25 unité de prévention. Une heure de prestation par un infirmier coûte 0,75 unité de prévention.

Il n'est donc pas régulier de s'engager à réaliser tout examen médical pour 0,40 UP alors que le temps consacré à l'examen et les personnes en charge ne sont pas encore connus. Comme le reconnaît d'ailleurs la partie adverse, cette valorisation ne peut constituer qu'une moyenne calculée sur la base de ce que ce soumissionnaire considère être le scénario le plus fréquent. Le soumissionnaire ne peut, par contre, pas s'engager à réaliser tout examen médical pour 0,40 UP.

Or, contrairement ce que prétend la partie adverse, c'est bien ce qui ressort du rapport d'examen des offres. Ce rapport fait référence à une proposition d'Arista de valoriser les examens médicaux (sans autre précision) à 0,40 UP, soit 60 euros. Une telle offre est irrégulière.

b) Le calcul de la partie requérante implique une violation de la réglementation relative aux SEPPT

18. On relèvera encore que l'explication fournie par le soumissionnaire Arista relative à la valorisation des examens médicaux à 0,40 UP que la partie adverse répercute dans son mémoire en réponse confirme – pour autant que de besoin – que les conditions d'exécution des missions proposées seront nécessairement irrégulières.

En effet, la possibilité de proposer un prix de 0,40 UP s'expliquerait par le calcul d'une moyenne de laquelle il ressort que l'examen médical pourrait être effectué par un conseiller en prévention (facturé à 1,25 UP par heure), un infirmier (facturé à 0,75 UP par heure) et un «assistant médical» gratuit.

Or, l'article 13/4 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 énumère, de manière exhaustive, les prestataires qui peuvent être amenés à effectuer des prestations en matière de prévention. L'article vise en effet le personnel des services externes. Il s'agit des profils suivants :

«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».

En aucun cas, la réglementation ne prévoit de « personnel d'un service interne » qui puisse effectuer de telles prestations qui n'aurait aucune de ces qualifications et qui pourrait effectuer des prestations gratuitement.

Plus encore, la réglementation réserve les examens de santé aux personnes qui sont qualifiées pour réaliser de tels examens. Ainsi, l'article 25, alinéa 1^{er}, de l'arrêté prévoit que «La section chargée de la surveillance médicale se compose de conseillers en prévention-médecins du travail, qui sont assistés par du personnel infirmier et du personnel administratif». L'alinéa 4 de cet article précise que «Lors des missions exercées auprès des employeurs dans le cadre de la surveillance médicale, le conseiller en prévention-médecin du travail est exclusivement assisté par du personnel appartenant à la section chargée de la surveillance médicale».

Par ailleurs, l'article 18 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 dispose que «Les examens médicaux de prévention, les vaccinations et les tests tuberculiniques sont réalisés personnellement par le même conseiller en prévention-médecin du travail qui collabore à l'exécution des missions en relation avec l'analyse des risques. Ce conseiller en prévention-médecin du travail peut se faire assister par du personnel infirmier ou du personnel ayant une formation adéquate».

L'arrêté royal n° 78 relatif à l'exercice des professions des soins de santé réserve les prestations de santé aux professionnels qui y sont visés. Et, précisément, tel n'est pas le cas des «assistants médicaux» auxquels fait référence l'asbl Arista.

Il s'ensuit que l'offre d'Arista devait être écartée puisqu'elle met en œuvre une organisation du travail au sein de cette association qui est fondée sur un exercice illégal de l'art de guérir, sanctionné pénalement.

19. La partie requérante relève encore, sur ce point, que le fait de s'organiser de manière à impliquer dans la prestation de services des personnes « gratuites », revient en réalité à proposer une mesure qui a pour but ou pour effet de diminuer le coût des prestations.

À suivre la partie adverse, un soumissionnaire pourrait proposer que les examens médicaux soient effectués uniquement par des « assistants médicaux » qui n'auraient aucune des qualifications requises et ces prestations pourraient être effectuées à n'importe quel prix.

De telles pratiques sont interdites par l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 et contreviennent à l'esprit de la réglementation relative aux SEPPT qui impose une tarification minimale de manière à garantir la qualité des prestations de protection et de prévention au travail.

20. Dès lors qu'elle propose de réaliser tout examen médical à 0,40 UP et que cela implique de faire réaliser des prestations par des personnes non qualifiées, l'offre d'Arista méconnaît la réglementation relative aux SEPPT et est donc irrégulière.

c) Un examen médical ne peut être facturé à moins de 77,53 euros

21. La réglementation SEPP impose d'appliquer des tarifs minimums pour les prestations offertes par ces services externes. La section IIbis de l'arrêté royal du 27 mars 1998 impose plusieurs tels tarifs minimums.

22. Comme le rappelle la Cour de Justice dans son arrêt du 5 décembre 2006 dans les affaires C-94/04 et C-202/04, le droit de l'Union s'oppose à toute réglementation qui impose des tarifs minimums pour la prestation de service si ce tarif minimum n'est pas justifié par des motifs proportionnés à l'objectif poursuivi. L'imposition de tarifs minimum présuppose donc qu'ils visent la poursuite d'un objectif d'intérêt général et que ce tarif ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

23. La tarification minimale en matière de SEPP doit se lire par rapport à cette contrainte : le tarif minimum vise à s'assurer que la protection du bien-être des travailleurs (= l'objectif d'intérêt général) est rencontrée par les employeurs et les prestataires de service auxquels ils font appel.

L'intervention minimale dans l'organisation et la mise en œuvre de cette politique au sein des entreprises est garantie par la détermination des (groupes de) prestations auxquelles sont affectées les cotisations (art. 13/3 de l'arrêté royal). La manière dont ces missions seront remplies est laissée à la discrétion des opérateurs concernés. C'est ainsi que ceux-ci peuvent désormais travailler sur la base d'UP qui sont affectées à ces missions obligatoires.

Le caractère nécessaire et proportionné de la mesure est atteint par le fait que les cotisations sont les plus faibles pour les « petits » employeurs. Pour ceux-ci, le Roi a prévu des cotisations par travailleurs inférieures à celles qui prévalent pour les plus grands employeurs (art. 13/2 de l'arrêté) et une description plus précise des prestations auxquelles ces cotisations donnent droit.

La liberté laissée aux opérateurs – notamment dans l'affectation des UP – ne peut avoir pour effet de contrevenir aux critères qui permettent de justifier le recours à une tarification obligatoire. La qualité des services, notamment en termes de personnel (qualifié) impliqué et de durée des prestations, doit donc nécessairement impliquer dans le chef des prestataires de services, une affectation minimale des UP aux différentes prestations.

24. Contrairement à ce que la partie adverse soutient, la réglementation encadre le prix des prestations de prévention et de protection au travail que ces prestations soient payées au moyen d'UP ou en dehors du système des UP, par exemple après épuisement par un employeur des UP disponibles.

25. L'article 13/6 de l'arrêté prévoit le coût minimal d'un examen de santé complémentaire au sein d'un «petit» employeur. Il détermine aussi le tarif horaire minimal pour des prestations complémentaires au sein tant des «petits» que des «grands» employeurs. Ce tarif horaire est inférieur à celui qui prévaut lorsque les UP ne sont pas épuisées.

Le principe de nécessité et de proportionnalité liée à la tarification obligatoire implique donc nécessairement que ces prestations complémentaires sont réputées tout au plus aussi chères (elles sont en réalité présentées comme moins chères) que les prestations comprises dans le forfait de base. Ces tarifs constituent donc les minimums absolus pour les prestations des SEPP.

Par conséquent, un examen de santé pour un travailleur employé par un «grand» employeur ne peut être moins cher qu'un (même) examen de santé au sein d'un «petit» employeur. Or, l'article 13/6, § 2, de l'arrêté prévoit deux tarifs alternatifs, l'un pour les «petits» employeurs au sein desquels les prestations sont tarifées à l'unité et un autre pour les «grands» employeurs au sein desquels les prestations sont tarifées à l'heure. Il est évidemment impossible que ceci puisse conduire – à l'inverse de la logique qui sous-tend l'entièreté du régime – que les «petits» employeurs puissent devoir payer un tarif minimal supérieur à celui des «grands» employeurs. La conjonction de la composition de l'équipe médicale et du temps passé pour l'examen médical au sein d'une «grande» entreprise ne peut donc mener à un tarif inférieur à celui qui prévaut au sein d'un «petit» employeur.

À considérer que l'article 13/6, § 2, ne poserait pas des tarifs différents pour les «grands» et «petits» employeurs, il est pareillement incohérent de permettre que, au seul motif qu'un prestataire de service tarifie ses prestations à l'heure, il puisse proposer un tarif de prestation inférieur à celui (minimal) qui prévaut en cas de tarification à la prestation.

Il en résulte qu'il n'est pas possible de facturer un examen de santé en dessous du minimum imposé par la réglementation, soit 77,53 euros.

Il s'agit de la seule interprétation conforme aux termes de la réglementation relative au bien-être des travailleurs et à sa *ratio legis* qui est notamment de garantir la qualité des prestations en imposant des tarifs minimums.

26. Au contraire, à suivre la partie adverse, un examen médical pourrait être facturé à n'importe quel prix s'il est payé au moyen d'UP. Aucun tarif minimum n'existerait lorsqu'il s'agit d'utiliser des UP pour payer un examen médical.

Cela viderait complètement de son sens le fait d'imposer un tarif minimum pour la cotisation annuelle pour chaque travailleur. En effet, la cotisation minimale n'a plus aucun sens si elle peut être utilisée sans règle de valorisation des prestations. En d'autres termes, il suffirait de prévoir des examens médicaux avec des personnes non qualifiées et/ou de très courtes durées pour permettre à un employeur de bénéficier de bien plus de prestations que ce dont il pourrait en principe bénéficier pour chaque employeur.

Il serait par exemple possible pour un SEPPT de proposer que l'examen médical soit effectué par un infirmier assistant le conseiller en prévention spécialisé dans le domaine de la sécurité du travail pendant 10 minutes, ce qui représenterait 0,125 UP ($0,75 \text{ UP} / 6$) + 0,166 UP ($1 \text{ UP} / 6$), soit 0,2916 UP, ce qui correspond à 43,75 euros. Alors que si elle est facturée à l'acte, la même prestation ne pourrait être facturée à moins de 77,53 euros.

Une telle interprétation qui permet aux SEPPT de fixer librement le coût des prestations de prévention et de protection au travail reviendrait à permettre de

brader les examens médicaux alors même que la réglementation a précisément pour objet de fixer des tarifs minimums dans le but d'éviter ces abus.

27. La réglementation relative aux prestations de SEPPT ne peut donc se comprendre que comme imposant certains tarifs pour ces prestations que celles-ci soient payées par le biais de la cotisation forfaitaire (ou les UP) ou en dehors de ce système.

28. Il en résulte que même s'il fallait interpréter l'offre d'Arista comme proposant uniquement une moyenne de 0,40 UP par examen médical – et non un prix fixe pour tout examen médical – l'offre serait irrégulière. En effet, une telle moyenne implique nécessairement que certains examens seront comptabilisés à moins de 77,53 euros, ce que la réglementation prohibe.

29. Il résulte de l'ensemble de ces considérations que l'offre proposée par Arista est contraire à la réglementation relative aux SEPPT et aurait donc dû être écartée par la partie adverse.

2.3.2 Irrégularité de l'offre de Mensura

30. S'agissant de la cotisation forfaitaire minimale, Mensura propose une cotisation au montant suivant :

- Avant le 1^{er} janvier 2016 : 52 € (tarif réduit) ;

- À partir du 1^{er} janvier 2016 : 41,50 € (groupe tarifaire 1).

Or, il résulte clairement de l'article 13/2 que, pour l'administration communale et le CPAS, la cotisation minimale doit s'élever minimum aux montants suivants :

- Avant le 1^{er} janvier 2016 : 87 € (tarif standard)

- À partir du 1^{er} janvier 2016 :

- o 95,50 euros pour l'administration communale qui fait partie du groupe tarifaire 4;

- o 112,00 euro pour le CPAS qui fait partie du groupe tarifaire 5

31. Le soumissionnaire Mensura a erronément considéré qu'avant le 1^{er} janvier 2016 la commune et le CPAS devaient se voir appliquer le tarif réduit alors que l'annexe 1 les classe parmi les employeurs se voyant appliquer le tarif standard. De la même manière, le soumissionnaire Mensura a erronément considéré que l'administration communale et le CPAS appartenaient au groupe 1 alors qu'ils appartiennent, conformément à l'annexe 1, respectivement au groupe tarifaire 4 et 5.

Cette inclusion inexacte a pour effet de diminuer la cotisation sous le montant de la cotisation forfaitaire minimale de sorte que son prix est contraire à la réglementation relative aux prestations des SEPPT.

32. Cette irrégularité n'est pas contestée par la partie adverse qui reconnaît implicitement l'irrégularité de l'offre de Mensura.

Contrairement à ce que la partie adverse soutient, la partie requérante dispose d'un intérêt au moyen dès lors que la critique formulée à l'égard de l'offre d'Arista est également fondée. Il en résulte que les offres d'Arista et de Mensura sont irrégulières de sorte que la partie requérante a remis la seule offre régulière. Elle aurait donc dû se voir attribuer le marché ou, à tout le moins, aurait retrouvé une chance d'obtenir le marché si la partie adverse avait décidé de relancer le marché".

D. Dernier mémoire de la requérante

La requérante fait valoir ce qui suit:

" 7. La partie requérante relève que le rapport de l'auditorat ne répond pas pleinement à la critique formulée par la partie requérante : comme l'a relevé monsieur le Premier Auditeur, la critique de la partie requérante porte sur le fait que le prix (en particulier le prix offert par le soumissionnaire Arista, tel qu'il ressort du rapport d'examen des offres déposé au dossier administratif) contient non seulement le montant nominal des cotisations mais aussi – et surtout – leur affectation, soit la valorisation des examens médicaux en unités de prévention (U.P.).

8. L'affectation ou l'attribution d'un montant à un service est, précisément, ce qui en constitue le prix. Le dictionnaire «Le Robert» définit le prix comme «Ce qu'il faut payer pour acquérir un bien ou un service». Il importe donc, pour évaluer la régularité d'une offre quant au sous-critère «prix» de regarder non seulement le montant numéraire proposé, mais aussi le bien ou le service qui est proposé en contrepartie de celui-ci.

9. Le rapport de l'auditorat constate, certes, l'identité des montants numériques indiqués. Il fait cependant abstraction du second élément constitutif du prix qu'est le service pour lequel ce montant est compté.

Partant, le rapport de l'auditorat ne répond pas au moyen tel que formulé.

10. Le prix d'un poste comprend le paiement du coût de ce poste, ainsi qu'une marge de frais et bénéfice proportionnels à celui-ci.

Il n'est donc pas permis, par la réglementation SEPP, d'inclure dans ce prix des éléments qui lui sont étrangers, tel que le prix total ou partiel d'une autre prestation. En ce sens, l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précise que : «Les prix unitaires et les prix globaux de chacun des postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire sont établis en respectant la valeur relative de ces postes par rapport au montant total de l'offre. Tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice, sont répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci».

En ce sens, il a été jugé que

«(...) la répartition proportionnelle de tous les frais et des bénéfices sur les différents postes du métré récapitulatif a pour but de rendre effective la comparaison des offres et de freiner la tendance des entreprises à gonfler excessivement les prix de certains postes, principalement ceux relatifs aux premiers travaux à exécuter, ce qui donne lieu au paiement d'acomptes hors de proportion avec la valeur normale des prestations exécutées, règle qui permet également le contrôle du caractère anormal ou non des prix proposés».

11. De même, en matière de comptabilisation des unités de prévention, votre Conseil a jugé (à la requête d'Arista !) que

«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».

Votre Conseil a jugé aussi, toujours en matière de comptabilisation des unités de prévention portées en compte par des services externes de prévention, que

«L'offre gratuite en tant que "bonus" de 72 unités de prévention qui semblent nécessaires à la réalisation de diverses tâches, semble à première vue contraire à l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 qui ne permet aucune forme de réduction, ristourne, remboursement ou autre pratique commerciale qui a pour but ou pour effet de diminuer le montant des cotisations forfaitaires minimales, lu en

combinaison avec l'article 13/3, § 1, dernier alinéa, du même arrêté royal qui précise que si la quantité d'unités de prévention calculé sur la base du nombre de personnel est insuffisante, le service externe garantit néanmoins que les prestations concernées seront réalisées, auquel cas ces prestations seront comptabilisées séparément. La non-comptabilisation de ces prestations qui doivent être garanties et dont les tarifs sont déterminés à l'article 13/6, en l'espèce sous forme d'un bonus de 30%, semble dès lors à première vue devoir être considéré comme une forme non autorisée de réduction au sens de l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998».

Dans ces deux arrêts, par application de sa jurisprudence générale en matière de prix et de comparaison des offres à la comptabilisation des unités de prévention, votre Conseil a jugé que la comptabilisation de la manière dont les unités de prévention serait effectuée constituait le cœur de la comparaison des offres et que toute forme de pratique relative à l'utilisation de ces unités de prévention qui peut avoir pour but ou pour effet de réduire le coût pour l'employeur constitue une violation de l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 et doit – à cette cause – être évalué par le pouvoir adjudicateur et conduire à écarter l'offre ainsi entachée d'une telle irrégularité.

La partie requérante rappelle encore que – comme l'a jugé votre Conseil dans son arrêt n° 235.580 du 3 août 2016 précité (à la requête précisément de SPMT-Arista) – que :

«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».

Votre Conseil attend des pouvoirs adjudicateurs une attention particulière lors de l'analyse des offres quant au critère «prix» et quant à son caractère anormal ou non, en particulier compte tenu des prix minimaux applicables en matière de services externes de prévention.

2.4.1 Irrégularité de l'offre d'Arista

2.4.1.1 Arista propose un prix de 0,40 UP par examen médical

12. Comme déjà indiqué à propos de l'exposé des faits dressé par la partie adverse, celle-ci fonde son argumentation sur des faits qui sont contraires aux éléments de fait contenus dans le dossier administratif.

Contrairement à l'affirmation de la partie adverse sur la base d'un tableau présenté comme «simplifié», il résulte clairement du rapport d'attribution des offres que le soumissionnaire Arista propose de valoriser ses examens médicaux à 0,40 UP. La défense de la partie adverse ne tient que sur la base d'un tableau modifié (qui omet la référence expresse à une valorisation à 0,40 UP et ajoute une motivation de la pondération des cotes).

En effet, l'extrait du rapport d'examen des offres déposé au dossier administratif se lit comme suit :

	SPMT – Arista	CESI	MENSURA
	Prix unitaires HTVA et TVAC	Prix unitaires HTVA et TVAC	Prix unitaires HTVA et TVAC
Cotisation forfaitaire minimale obligatoire annuelle par travailleur <u>non soumis</u> à examen médical	87,00 € (AR 24/04/2014) 95,5 € - AC 112,00 € - CPAS (avis de modif de l'AR 24/04/2014 sous réserve de publication)	95,5 € - AC 112,00 € - CPAS	52,00 € (AR 24/04/2014) 41,50 € (avis de modif de l'AR 24/04/2014 sous réserve de publication)
Cotisation forfaitaire minimale obligatoire annuelle par travailleur <u>soumis</u> à examen médical	87,00 € (AR 24/04/2014) Décompte des UP : 0,4 UP pour examen médical d'évaluation santé (périodique, spontané, etc) Examens facturés à la prestation : embauche et stagiaires (77,53€)	95,5 € - AC 112,00 € - CPAS Budget UP AC = 140 UP Budget UP CPAS = 99 UP (base de 220 travailleurs pour AC et 132 travailleurs pour CPAS)	87,00 € (AR 24/04/2014) AC : 127,60 UP CPAS : 76,56 UP (base de 220 travailleurs pour AC et 132 travailleurs pour CPAS) 95,50 € - AC 112,00 € - CPAS

Il en résulte clairement qu'Arista propose dans son offre :

- Un prix pour la cotisation annuelle de chaque travailleur ;
- Une valorisation de tout examen médical d'évaluation de santé à 0,40 UP.

Il y a donc bien dans l'offre d'Arista une proposition de faire payer chaque examen médical par un décompte de 0,40 UP. Ce faisant, le soumissionnaire Arista a d'ailleurs lui-même expressément fait de l'utilisation des UP (unités de prévention), un élément de son prix.

Or, l'utilisation des UP détermine le « prix » de chaque prestation individuelle, puisque c'est sur la base de la multiplication de la valeur d'une UP par la proportion d'une UP, que sera déterminé la valeur – et donc le « prix » - de chaque service.

Ce prix est par ailleurs proposé de manière inconditionnelle. Il n'est pas précisé que le nombre d'UP décomptées dépendra de la durée de chaque examen médical. Si tel était le cas, on ne percevrait pas l'intérêt d'indiquer une valorisation de l'examen médical à 0,40 UP dès lors que la réglementation prévoit expressément les règles de décompte des UP en fonction du ou des profil(s) affectés à l'examen et de la durée de l'examen.

Tel que cela ressort du rapport d'examen des offres, Arista propose bien de faire payer au pouvoir adjudicateur tout examen médical à un prix équivalent à 0,40 UP. L'argument développé à titre principal par la partie adverse ne peut donc être suivi.

13. Par ailleurs, contrairement à ce que la partie adverse soutient, il s'agit d'une composante du prix dès lors que la manière dont les UP sont décomptées a une influence directe sur le prix des prestations. En effet, un soumissionnaire pourrait proposer une offre proposant une cotisation annuelle très élevée mais un décompte des UP très favorable. La règle de valorisation des prestations en UP fait donc partie du prix proposé.

L'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 interdit en effet toutes les pratiques qui ont pour but ou pour effet de diminuer les cotisations forfaitaires minimales visées à la section IIbis. Cette section est intitulée «Cotisations forfaitaires minimales obligatoires dues pour les prestations des services externes».

L'article 13/3, §2, de cet arrêté prévoit alors que les cotisations sont converties en UP. La tarification des services par les SEPP au travers de l'utilisation des UP ne peut donc avoir pour but ou pour effet de réduire les cotisations minimales forfaitaires imposées par le Roi.

En proposant une comptabilisation des UP pour les examens médicaux qui est fixe – alors que (comme l'a déjà jugé votre Conseil dans son arrêt n° 235.580 du 3 août 2016 précité (à la requête précisément de SPMT-Arista)) la réalité des examens de santé et la qualification requise pour les réaliser doit être vérifiée – et inférieure à 30 minutes d'examen réalisé par un conseiller en prévention-médecin du travail, Arista a proposé une offre irrégulière qu'elle sait être irrégulière puisqu'elle a elle-même, dans l'arrêt précité n° 235.580, considéré qu'une durée moyenne de 30 minutes eut dû être respectée et ne permet pas de générer un «surplus» d'unités de prévention.

14. Contrairement à ce que soutient la partie adverse, la note attribuée pour le sous-critère «cotisations forfaitaire minimale obligatoire annuelle par travailleur» est motivée dans l'acte attaqué, tant au regard du montant de la cotisation que de la valorisation des UP.

Ce sont en effet ces deux éléments qui sont repris par la partie adverse dans le tableau (complet) de comparaison des offres.

La motivation a posteriori proposée par la partie adverse dans le cadre de son mémoire en réponse sur la base d'un tableau modifié contredit le tableau contenu dans le dossier administratif. Elle ne peut donc être prise en compte.

15. En toute hypothèse, il importe peu que les points pour ce critère aient été attribués sur la base du prix de la cotisation par travailleur sans tenir compte de la proposition de valorisation des UP.

En effet, ce qui est reproché à la partie adverse c'est de ne pas avoir écarté une offre proposant une modalité d'exécution relative au prix irrégulière parce que contraire à la réglementation relative aux services externes de prévention et de protection au travail. Il importe peu que cet élément ait ou non fait l'objet d'une cotation. Ce qui est déterminant c'est que l'offre d'Arista implique une réalisation des prestations à des conditions contraires à la réglementation.

16. Il en résulte que l'offre d'Arista contient une proposition de prix de 0,40 UP pour tout examen médical, ce qui est irrégulier.

2.4.1.2 Valoriser un examen médical à 0,40 UP est irrégulier

17. Les arguments développés par la partie adverse dans son mémoire en réponse tendent à confirmer que l'offre d'Arista est irrégulière dès lors que celle-ci propose bel et bien de facturer tout examen médical à 0,40 UP, indépendamment du temps consacré audit examen (a). On relève encore que l'explication donnée par Arista quant au prix de 0,40 UP et répercutée par la partie adverse confirme qu'Arista organise ses examens médicaux en violation de la réglementation relative aux SEPPT (b). Enfin, contrairement ce que prétend la partie adverse, un examen médical ne peut, en toute hypothèse, pas être facturé à un prix inférieur à 77,53 euros (c).

a) Le prix de l'examen médical dépend du temps consacré et des profils en charge de l'examen

18. Comme le reconnaît expressément la partie adverse, le prix d'un examen médical et donc en l'espèce sa valorisation en UP est nécessairement fonction du temps consacré à l'examen et du profil de la ou des personne(s) en charge de l'examen médical.

À cet égard, la partie adverse précise en note infrapaginale n° 5 de son mémoire en réponse (p. 13 sur 16) que «s'il s'avérait que, dans les faits, lors de l'exécution du marché, l'asbl SPMT-ARISTA décompte, pour chaque examen médical, 0,4 unité de prévention, indépendamment des prestations réellement effectuées par son personnel, il s'agirait d'une application incorrecte de l'arrêté royal "services externes" (cfr. les articles 13/4, § 2, et 29 de l'arrêté), susceptible d'entraîner le retrait d'agrément de l'asbl comme service externe pour la prévention et la protection au travail (article 43 de l'arrêté royal "services externes")».

Or, comme il a été exposé ci-dessus, il ressort du dossier administratif que l'asbl Arista a bel et bien fait une telle proposition. Elle s'est donc engagée à décompter 0,4 UP par examen médical. Il ressort de la note infrapaginale n° 4 du mémoire en réponse de la partie adverse que l'ASBL Arista a explicité (fut-ce *a posteriori*) cette valorisation par la durée «moyenne» d'un examen médical et l'application de plusieurs «arrondis» dans le cadre de ce calcul.

La conséquence en est automatique : Arista y reconnaît et explicite que la durée et le contenu des examens, de même que l'implication des membres de l'équipe en charge de l'examen variera d'un examen à l'autre.

Il s'ensuit qu'Arista s'est engagée à décompter effectivement 0,4 UP indépendamment des prestations réellement effectuées par son personnel – dans ce cas, comme le relève la partie adverse, cela devra entraîner la perte de l'agrément d'Arista. Une telle offre est alors nécessairement irrégulière.

Ceci se comprend dès lors que la mobilisation des unités de prévention se fait en utilisant des heures de prestations. Il faut pour cela respecter la tarification prévue par l'article 13/4, §1^{er}, qui prévoit des facteurs de pondération en fonction de la personne qui assure la prestation.

Ainsi, une heure prestée par un conseiller en prévention spécialisé dans le domaine de la sécurité au travail coûte 1 unité de prévention. Une heure de prestation par un conseiller en prévention-médecin du travail coûte 1,25 unité de prévention. Une heure de prestation par un infirmier coûte 0,75 unité de prévention.

Il n'est donc pas régulier de s'engager à réaliser tout examen médical pour 0,40 UP alors que le temps consacré à l'examen et les personnes en charge ne sont pas encore connus. Comme le reconnaît d'ailleurs la partie adverse, cette valorisation ne peut constituer qu'une moyenne calculée sur la base de ce que ce soumissionnaire considère être le scénario le plus fréquent. Le soumissionnaire ne peut, par contre, pas s'engager à réaliser tout examen médical pour 0,40 UP.

Or, contrairement ce que prétend la partie adverse, c'est bien ce qui ressort du rapport d'examen des offres. Ce rapport fait référence à une proposition d'Arista de valoriser les examens médicaux (sans autre précision) à 0,40 UP, soit 60 euros. Une telle offre est irrégulière.

b) Le calcul de la partie requérante implique une violation de la réglementation relative aux SEPPT

19. On relèvera encore que l'explication fournie par le soumissionnaire Arista relative à la valorisation des examens médicaux à 0,40 UP que la partie adverse répercute dans son mémoire en réponse confirme – pour autant que de besoin – que les conditions d'exécution des missions proposées seront nécessairement irrégulières.

En effet, la possibilité de proposer un prix de 0,40 UP s'expliquerait par le calcul d'une moyenne de laquelle il ressort que l'examen médical pourrait être effectué par un conseiller en prévention (facturé à 1,25 UP par heure), un infirmier (facturé à 0,75 UP par heure) et un «assistant médical» gratuit.

Or, l'article 13/4 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 énumère, de manière exhaustive, les prestataires qui peuvent être amenés à effectuer des prestations en matière de prévention. L'article vise en effet le personnel des services externes. Il s'agit des profils suivants :

«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».

En aucun cas, la réglementation ne prévoit de « personnel d'un service interne » qui puisse effectuer de telles prestations qui n'aurait aucune de ces qualifications et qui pourrait effectuer des prestations gratuitement.

Plus encore, la réglementation réserve les examens de santé aux personnes qui sont qualifiées pour réaliser de tels examens. Ainsi, l'article 25, alinéa 1^{er}, de l'arrêté prévoit que «La section chargée de la surveillance médicale se compose de conseillers en prévention-médecins du travail, qui sont assistés par du personnel infirmier et du personnel administratif». L'alinéa 4 de cet article précise que «Lors des missions exercées auprès des employeurs dans le cadre de la surveillance médicale, le conseiller en prévention-médecin du travail est exclusivement assisté par du personnel appartenant à la section chargée de la surveillance médicale».

Par ailleurs, l'article 18 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 dispose que «Les examens médicaux de prévention, les vaccinations et les tests tuberculiniques sont réalisés personnellement par le même conseiller en prévention-médecin du travail qui collabore à l'exécution des missions en relation avec l'analyse des risques. Ce conseiller en prévention-médecin du travail peut se faire assister par du personnel infirmier ou du personnel ayant une formation adéquate».

L'arrêté royal n° 78 relatif à l'exercice des professions des soins de santé réserve les prestations de santé aux professionnels qui y sont visés. Et, précisément, tel n'est pas le cas des « assistants médicaux » auxquels fait référence l'asbl Arista. Il s'ensuit que l'offre d'Arista devait être écartée puisqu'elle met en œuvre une organisation du travail au sein de cette association qui est fondée sur un exercice illégal de l'art de guérir, sanctionné pénalement.

20. La partie requérante relève encore, sur ce point, que le fait de s'organiser de manière à impliquer dans la prestation de services des personnes «gratuites», revient en réalité à proposer une mesure qui a pour but ou pour effet de diminuer le coût des prestations.

À suivre la partie adverse, un soumissionnaire pourrait proposer que les examens médicaux soient effectués uniquement par des «assistants médicaux» qui n'auraient aucune des qualifications requises et ces prestations pourraient être effectuées à n'importe quel prix.

De telles pratiques sont interdites par l'article 11 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 et contreviennent à l'esprit de la réglementation relative aux SEPPT qui impose une tarification minimale de manière à garantir la qualité des prestations de protection et de prévention au travail.

21. Dès lors qu'il ressort du mémoire en réponse de la partie adverse, que l'asbl Arista propose de réaliser tout examen médical à 0,40 UP et que cela implique de faire réaliser des prestations par des personnes non qualifiées, l'offre d'Arista méconnaît la réglementation relative aux SEPT et est donc irrégulière.

c) Un examen médical ne peut être facturé à moins de 77,53 euros

22. La réglementation SEPT impose d'appliquer des tarifs minimums pour les prestations offertes par ces services externes. La section IIbis de l'arrêté royal du 27 mars 1998 impose plusieurs tels tarifs minimums.

23. Comme le rappelle la Cour de Justice dans son arrêt du 5 décembre 2006 dans les affaires C-94/04 et C-202/04, le droit de l'Union s'oppose à toute réglementation qui impose des tarifs minimums pour la prestation de service si ce tarif minimum n'est pas justifié par des motifs proportionnés à l'objectif poursuivi. L'imposition de tarifs minimum présuppose donc qu'ils visent la poursuite d'un objectif d'intérêt général et que ce tarif ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

24. La tarification minimale en matière de SEPT doit se lire par rapport à cette contrainte : le tarif minimum vise à s'assurer que la protection du bien-être des travailleurs (= l'objectif d'intérêt général) est rencontrée par les employeurs et les prestataires de service auxquels ils font appel.

L'intervention minimale dans l'organisation et la mise en œuvre de cette politique au sein des entreprises est garantie par la détermination des (groupes de) prestations auxquelles sont affectées les cotisations (art. 13/3 de l'arrêté royal). La manière dont ces missions seront remplies est laissée à la discrétion des opérateurs concernés. C'est ainsi que ceux-ci peuvent désormais travailler sur la base d'UP qui sont affectées à ces missions obligatoires.

Le caractère nécessaire et proportionné de la mesure est atteint par le fait que les cotisations sont les plus faibles pour les «petits» employeurs. Pour ceux-ci, le Roi a prévu des cotisations par travailleurs inférieures à celles qui prévalent pour les plus grands employeurs (art. 13/2 de l'arrêté) et une description plus précise des prestations auxquelles ces cotisations donnent droit.

La liberté laissée aux opérateurs – notamment dans l'affectation des UP – ne peut avoir pour effet de contrevenir aux critères qui permettent de justifier le recours à une tarification obligatoire. La qualité des services, notamment en termes de personnel (qualifié) impliqué et de durée des prestations, doit donc nécessairement impliquer dans le chef des prestataires de services, une affectation minimale des UP aux différentes prestations.

25. Contrairement à ce que la partie adverse soutient, la réglementation encadre le prix des prestations de prévention et de protection au travail que ces prestations soient payées au moyen d'UP ou en dehors du système des UP, par exemple après épuisement par un employeur des UP disponibles.

26. L'article 13/6 de l'arrêté prévoit le coût minimal d'un examen de santé complémentaire au sein d'un «petit» employeur. Il détermine aussi le tarif horaire minimal pour des prestations complémentaires au sein tant des «petits» que des «grands» employeurs. Ce tarif horaire est inférieur à celui qui prévaut lorsque les UP ne sont pas épuisées.

Le principe de nécessité et de proportionnalité liée à la tarification obligatoire implique donc nécessairement que ces prestations complémentaires sont réputées tout au plus aussi chères (elles sont en réalité présentées comme moins chères) que les prestations comprises dans le forfait de base. Ces tarifs constituent donc les minimums absolus pour les prestations des SEPT.

Par conséquent, un examen de santé pour un travailleur employé par un «grand» employeur ne peut être moins cher qu'un (même) examen de santé au sein d'un «petit» employeur. Or, l'article 13/6, § 2, de l'arrêté prévoit deux tarifs alternatifs, l'un pour les «petits» employeurs au sein desquels les prestations sont tarifées à l'unité et un autre pour les «grands» employeurs au sein desquels les prestations sont tarifées à l'heure. Il est évidemment impossible que ceci puisse conduire – à l'inverse de la logique qui sous-tend l'entièreté du régime – que les «petits» employeurs puissent devoir payer un tarif minimal supérieur à celui des «grands» employeurs. La conjonction de la composition de l'équipe médicale et du temps passé pour l'examen médical au sein d'une «grande» entreprise ne peut donc mener à un tarif inférieur à celui qui prévaut au sein d'un «petit» employeur. À considérer que l'article 13/6, §2, ne poserait pas des tarifs différents pour les «grands» et «petits» employeurs, il est pareillement incohérent de permettre que, au seul motif qu'un prestataire de service tarifie ses prestations à l'heure, il puisse proposer un tarif de prestation inférieur à celui (minimal) qui prévaut en cas de tarification à la prestation.

Il en résulte qu'il n'est pas possible de facturer un examen de santé en dessous du minimum imposé par la réglementation, soit 77,53 euros.

Il s'agit de la seule interprétation conforme aux termes de la réglementation relative au bien-être des travailleurs et à sa *ratio legis* qui est notamment de garantir la qualité des prestations en imposant des tarifs minimums.

27. Au contraire, à suivre la partie adverse, un examen médical pourrait être facturé à n'importe quel prix s'il est payé au moyen d'UP. Aucun tarif minimum n'existerait lorsqu'il s'agit d'utiliser des UP pour payer un examen médical.

Cela viderait complètement de son sens le fait d'imposer un tarif minimum pour la cotisation annuelle pour chaque travailleur. En effet, la cotisation minimale n'a plus aucun sens si elle peut être utilisée sans règle de valorisation des prestations. En d'autres termes, il suffirait de prévoir des examens médicaux avec des personnes non qualifiées et/ou de très courtes durées pour permettre à un employeur de bénéficier de bien plus de prestations que ce dont il pourrait en principe bénéficier pour chaque travailleur.

Il serait par exemple possible pour un SEPPT de proposer que l'examen médical soit effectué par un infirmier assistant le conseiller en prévention spécialisé dans le domaine de la sécurité du travail pendant 10 minutes, ce qui représenterait 0,125 UP ($0,75 \text{ UP} / 6$) + 0,166 UP ($1 \text{ UP} / 6$), soit 0,2916 UP, ce qui correspond à 43,75 euros. Alors que si elle est facturée à l'acte, la même prestation ne pourrait être facturée à moins de 77,53 euros.

Une telle interprétation qui permet aux SEPPT de fixer librement le coût des prestations de prévention et de protection au travail reviendrait à permettre de brader les examens médicaux alors même que la réglementation a précisément pour objet de fixer des tarifs minimums dans le but d'éviter ces abus.

28. La réglementation relative aux prestations de SEPPT ne peut donc se comprendre que comme imposant certains tarifs pour ces prestations que celles-ci soient payées par le biais de la cotisation forfaitaire (ou les UP) ou en dehors de ce système.

29. Il en résulte que même s'il fallait interpréter l'offre d'Arista comme proposant uniquement une moyenne de 0,40 UP par examen médical – et non un prix fixe pour tout examen médical – l'offre serait irrégulière. En effet, une telle moyenne implique nécessairement que certains examens seront comptabilisés à moins de 77,53 euros, ce que la réglementation prohibe.

30. Il résulte de l'ensemble de ces considérations que l'offre proposée par Arista est contraire à la réglementation relative aux SEPPT et aurait donc dû être écartée par la partie adverse.

2.4.2 Irrégularité de l'offre de Mensura

31. S'agissant de la cotisation forfaitaire minimale, Mensura propose une cotisation au montant suivant :

- Avant le 1^{er} janvier 2016 : 52 € (tarif réduit) ;

- À partir du 1^{er} janvier 2016 : 41,50 € (groupe tarifaire 1).

Or, il résulte clairement de l'article 13/2 que, pour l'administration communale et le CPAS, la cotisation minimale doit s'élever minimum aux montants suivants :

- Avant le 1^{er} janvier 2016 : 87 € (tarif standard)

- À partir du 1^{er} janvier 2016 :

- o 95,50 euros pour l'administration communale qui fait partie du groupe tarifaire 4;

- o 112,00 euro pour le CPAS qui fait partie du groupe tarifaire 5

32. Le soumissionnaire Mensura a erronément considéré qu'avant le 1^{er} janvier 2016 la commune et le CPAS devaient se voir appliquer le tarif réduit alors que l'annexe 1 de l'arrêté royal les classe parmi les employeurs se voyant appliquer le tarif standard. De la même manière, le soumissionnaire Mensura a erronément considéré que l'administration communale et le CPAS appartenaient au groupe 1 alors qu'ils appartiennent, conformément à l'annexe 1, respectivement au groupe tarifaire 4 et 5.

Cette inclusion inexacte a pour effet de diminuer la cotisation sous le montant de la cotisation forfaitaire minimale de sorte que son prix est contraire à la réglementation relative aux prestations des SEPPT.

33. Cette irrégularité n'est pas contestée par la partie adverse qui reconnaît implicitement l'irrégularité de l'offre de Mensura.

Contrairement à ce que la partie adverse soutient, la partie requérante dispose d'un intérêt au moyen dès lors que la critique formulée à l'égard de l'offre d'Arista est également fondée. Il en résulte que les offres d'Arista et de Mensura sont irrégulières de sorte que la partie requérante a remis la seule offre régulière. Elle aurait donc dû se voir attribuer le marché ou, à tout le moins, aurait retrouvé une chance d'obtenir le marché si la partie adverse avait décidé de relancer le marché".

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen reproche à la partie adverse de n'avoir pas déclaré irrégulières les offres des associations sans but lucratif S.P.M.T.-ARISTA (classée première) et MENSURA S.E.P.P. (classée deuxième), alors que l'irrégularité des prix proposés par ces deux soumissionnaires entraînait celle de leurs offres.

Tel qu'applicable en la présente cause, l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit :

" § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection

qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.

§ 2. Sur le plan formel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles 6, § 1^{er}, 51, § 2, 52, 54 § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, dans la mesure où les formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel.

Par contre, lorsque l'offre ne respecte pas les autres formalités prescrites par les articles mentionnés à l'alinéa 1^{er} ou par les documents du marché, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 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.

Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 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 la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière".

Pour l'application de cette disposition, le "prix" doit s'entendre comme étant l'une des formes de contrepartie dont peut bénéficier l'attributaire d'un marché public en échange des prestations qu'il assure dans le cadre de celui-ci.

Dans le cadre d'un marché de services relatif à l'"affiliation à un service externe pour la prévention et protection au travail", l'identification de ce qui constitue le prix et l'examen de la régularité de l'offre au regard de cet élément imposent d'avoir égard aux dispositions réglementaires pertinentes qui régissent les prestations confiées à ce service externe.

Tels qu'applicables en la présente cause, les articles 13/1 à 13/6 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail sont libellés comme suit :

" Art. 13/1. La présente section s'applique aux employeurs et aux personnes y assimilées, visés à l'article 2 de la loi, ainsi qu'aux services externes auxquels ils font appel en application des articles 8 à 11 de l'arrêté royal relatif au service interne.

Art. 13/2. § 1^{er}. L'employeur est redevable annuellement au service externe d'une cotisation forfaitaire minimale par travailleur, dont le montant est déterminé par le groupe tarifaire auquel l'employeur appartient sur base de son activité principale, telle que définie à l'annexe 1^{re}.

§ 2. La cotisation forfaitaire minimale visée au § 1^{er} s'élève à :

1° 41,50 euro dans le groupe tarifaire 1;

2° 60,50 euro dans le groupe tarifaire 2;

3° 75,50 euro dans le groupe tarifaire 3;

4° 95,50 euro dans le groupe tarifaire 4;

5° 112,00 euro dans le groupe tarifaire 5.

En dérogation à l'alinéa 1^{er}, la cotisation forfaitaire minimale pour les employeurs qui occupent maximum cinq travailleurs au 30 novembre de l'année précédant l'année au cours de laquelle la cotisation est due, s'élève à :

1° 35,50 euro dans le groupe tarifaire 1;

2° 51,50 euro dans le groupe tarifaire 2;

3° 64,00 euro dans le groupe tarifaire 3;

4° 81,00 euro dans le groupe tarifaire 4;

5° 95,00 euro dans le groupe tarifaire 5.

§ 3. L'employeur est redevable de la cotisation forfaitaire minimale par travailleur qui est enregistré chez lui via Dimona pendant une année civile complète, ou, à défaut, qui est inscrit dans un document ou registre qui reflète de manière équivalente l'effectif du personnel.

Pour un travailleur qui n'est pas enregistré chez un employeur pendant une année civile complète, cet employeur est redevable d'un douzième de la cotisation forfaitaire minimale par mois calendrier pendant lequel le travailleur est enregistré au moins un jour chez lui. Si une prestation individuelle est fournie pour ce travailleur, la cotisation forfaitaire minimale est due dans sa totalité.

Art. 13/3. § 1^{er}. L'employeur du groupe C ou D, qui ne dispose pas au sein de son service interne d'un conseiller en prévention qui a terminé avec fruit une formation complémentaire de niveau I ou II, telle que visée à l'article 22 de l'arrêté royal relatif au service interne, a droit, en échange de la cotisation forfaitaire minimale, aux prestations générales suivantes :

1° la collaboration active à la mise en œuvre, l'exécution et la mise à jour de l'analyse des risques;

2° la proposition des mesures de prévention qui doivent être prises sur base de l'analyse des risques au niveau de l'organisation dans son ensemble, au niveau de chaque groupe de postes de travail ou de fonctions et au niveau de l'individu, comme prévu aux articles 8 et 9 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif à la politique du bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail;

3° à l'exception des prestations supplémentaires visées à l'article 28, § 2 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs, l'exécution des pratiques de prévention suivantes, dans le cadre de la surveillance de santé qui sont réservées à la section chargée de la surveillance médicale :

a) les évaluations de santé préalables et périodiques;

b) les consultations spontanées;

c) les examens de reprise du travail;

d) les visites de pré-reprise du travail;

e) la surveillance de santé prolongée;

f) les examens médicaux dans le cadre de la protection de la maternité, tels que visés à l'article 9 de l'arrêté royal du 2 mai 1995 relatif à la protection de la maternité;

4° l'organisation du droit de prise de connaissance du dossier de santé, tel que visé à l'article 91 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs, dans un délai de cinq jours ouvrables à compter de la réception de la demande de prise de connaissance par le service externe;

5° la collaboration à l'analyse, complétée, le cas échéant, par un questionnaire ou par un autre instrument, et la proposition des mesures de prévention concernant le travail sur écran, tels que visés à l'article 4 de l'arrêté royal du 27 août 1993 relatif au travail sur des équipements à écran de visualisation;

6° la collaboration à la formation relative à l'hygiène alimentaire et à l'analyse des risques en ce qui concerne le contact avec des denrées alimentaires, tels que visés à

la section V/II de l'arrêté royal du 4 août 1996 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents biologiques au travail;
7° l'assistance aux réunions du Comité conformément à l'article 25, alinéa 1^{er}, 3° de l'arrêté royal du 3 mai 1999 relatif aux mjoissions et au fonctionnement des comités pour la prévention et la protection au travail;

8° avec un maximum de cinq heures de prestations d'un conseiller en prévention, la fourniture d'assistance suite à un accident du travail grave tel que visé à l'article 94bis de la loi, dès que le service externe en a connaissance, et en particulier :

a) la proposition de mesures conservatoires, telles que visées à l'article 94septies, § 2 de la loi;

b) l'exécution des enquêtes des accidents du travail graves;

9° l'exécution des missions du conseiller en prévention aspects psychosociaux qui résultent du traitement de la demande individuelle d'intervention psychosociale informelle ou formelle du travailleur en application du chapitre Vbis de la loi, à l'exception des prestations qui suivent la communication de l'identité du demandeur à l'employeur, dans le cadre de l'intervention psychosociale formelle;
10° l'exécution d'un examen des lieux de travail et des postes de travail, nécessaire pour la réalisation des prestations mentionnées au présent article;

11° dans les cinq ans après la date de l'affiliation, la délivrance d'un avis stratégique motivé sur la politique de prévention de l'employeur, sous la responsabilité du conseiller en prévention, dont le contenu et les modalités sont définis à l'annexe 2, et qui est actualisé régulièrement, et au moins tous les trois ans;

12° la tenue à disposition en ligne d'un inventaire des prestations effectuées chez l'employeur, tel que visé aux articles 29 et 30.

Le service externe est présumé avoir fourni les prestations visées à l'alinéa 1^{er}, 1° et 2° s'il utilise une méthode de travail standardisée qui :

a) a été développée pour un ou plusieurs secteurs ou pour des fonctions déterminées, et qui a été approuvée par les partenaires sociaux du secteur concerné, et notifiée à la Direction générale Humanisation du Travail du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale;

b) aboutit à un instrument qui permet de déterminer au moins les résultats de l'analyse des risques, les mesures de prévention à prendre, les qualifications exigées et la formation, et les obligations relatives à la surveillance de santé, au niveau de l'organisation dans son ensemble, et au niveau de chaque groupe de postes de travail ou de fonctions;

c) contribue à la rédaction de l'avis stratégique;

d) est actualisée ou complétée au moins tous les trois ans, ainsi que lors de modifications importantes des fonctions ou postes de travail dont l'employeur informe le service externe;

e) est complétée, si nécessaire, par une approche jusqu'au niveau de l'individu.

§ 2. Pour l'employeur du groupe A, B ou C qui dispose au sein de son service interne d'un conseiller en prévention qui a terminé avec fruit une formation complémentaire de niveau I ou II, telle que visée à l'article 22 de l'arrêté royal relatif au service interne, la cotisation forfaitaire minimale est convertie en unités de prévention telles que visées à l'article 13/4, qui sont consacrées en priorité aux prestations suivantes :

a) les pratiques de prévention dans le cadre de la surveillance de la santé, ainsi que l'organisation du droit de prise de connaissance du dossier de santé, telles que visées au § 1^{er}, 3° et 4°;

b) l'exécution des missions du conseiller en prévention aspects psychosociaux, sauf si l'employeur dispose d'un conseiller en prévention aspects psychosociaux au sein de son service interne pour la prévention et la protection au travail;

S'il reste des unités de prévention après l'exécution des prestations visées à l'alinéa 1^{er}, ces unités de prévention peuvent être dépensées par l'employeur, en concertation avec le service externe, sous la forme d'autres prestations qui sont

directement liées à la politique de prévention de l'entreprise. Les unités de prévention restantes sont transférables.

Si les unités de prévention ne suffisent pas à permettre de fournir les prestations visées à l'alinéa 1^{er}, le service externe garantit néanmoins l'exécution de ces prestations; dans ce cas, ces prestations sont comptabilisées séparément.

§ 3. L'employeur qui dispose au sein du service interne pour la prévention et la protection au travail d'un département chargé de la surveillance médicale, est redevable au service externe d'une cotisation qui correspond aux prestations mentionnées explicitement et de manière détaillée dans le contrat conclu en application de l'article 13, alinéa 1^{er}, 1^o et 2^o.

Art. 13/4. § 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.

Art. 13/5. 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^o 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^o 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^o frais réels de déplacement des conseillers en prévention et des personnes qui les assistent.

Art. 13/6. § 1^{er}. Les prestations suivantes dans le cadre des missions relatives à la gestion des risques sont comptabilisées à 115 euro par heure prestée en appliquant les facteurs de pondération visés à l'article 13/4, § 2 :

1° les prestations qui ne sont pas reprises à l'article 13/3, § 1^{er}, pour un employeur du groupe C ou D qui ne dispose pas au sein de son service interne d'un conseiller en prévention qui a terminé avec fruit une formation complémentaire de niveau I ou II;

2° les prestations qui sont exécutées après l'épuisement des unités de prévention visées à l'article 13/4, pour un employeur du groupe A, B ou C qui dispose au sein de son service interne d'un conseiller en prévention qui a terminé avec fruit une formation complémentaire de niveau I ou II.

§ 2. Les prestations suivantes dans le cadre des missions relatives à la surveillance de la santé sont comptabilisées à 77,53 euro par prestation, ou à 115 euro par heure prestée en appliquant les facteurs de pondération visés à l'article 13/4, § 2 :

1° les pratiques de prévention dans le cadre de la surveillance de la santé qui ne sont pas reprises à l'article 13/3, § 1^{er}, 3°, pour un employeur du groupe C ou D qui ne dispose pas au sein de son service interne d'un conseiller en prévention qui a terminé avec fruit une formation complémentaire de niveau I ou II;

2° les pratiques de prévention dans le cadre de la surveillance de la santé qui doivent être comptabilisées séparément après l'épuisement des unités de prévention visées à l'article 13/4, pour un employeur du groupe A, B ou C qui dispose au sein de son service interne d'un conseiller en prévention qui a terminé avec fruit une formation complémentaire de niveau I ou II".

Quant à l'irrégularité de l'offre de l'association sans but lucratif S.P.M.T.-ARISTA

La requérante soutient en substance que le fait de valoriser chaque examen médical d'évaluation de santé à 0,4 unité de prévention vicie l'offre de l'association sans but lucratif S.P.M.T.-ARISTA. Le moyen repose sur une interprétation de la réglementation applicable, selon laquelle celle-ci exclurait qu'un tel examen soit valorisé à moins de 0,52 unité de prévention, correspondant à un coût de 77,53 euros.

Indépendamment de ce que la cotisation forfaitaire minimale doit, ou non, être considérée comme étant un prix, il se déduit des dispositions précitées que la valeur, exprimée en unités de prévention (ci-après désignées U.P.), de laquelle se trouve réduit, à raison d'une prestation déterminée, le capital annuel d'unités de prévention dont dispose l'employeur fait bien figure de contrepartie de cette prestation. Elle apparaît donc être une composante du "prix" au sens de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité. Sous peine d'entacher l'offre d'irrégularité, cette composante doit être fixée dans le respect des dispositions réglementaires applicables en la matière, à savoir celles de l'arrêté royal du 27 mars 1998 précité, précédemment évoquées. À supposer que l'engagement à valoriser certaines prestations à 0,4 U.P. serait irrégulier, il suffirait à vicier l'offre dans laquelle il a été pris par son auteur. Il importe peu, à cet égard, que la partie adverse n'ait pas pris en considération cette valorisation en U.P. dans l'évaluation et la comparaison des offres

au regard du sous-critère "Cotisations forfaitaires minimales obligatoires annuelles par travailleur ou entreprise".

Dès lors que l'engagement à valoriser chaque examen médical à 0,4 U.P. est un élément du prix et est soumis, pour cette raison, au régime établi, en ses paragraphes 3 et 4, par l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, il s'impose d'examiner si – comme le soutient la requérante – la partie adverse devait le considérer comme irrégulier au regard des dispositions des articles 13/1 à 13/6 de l'arrêté royal du 27 mars 1998, dispositions dont il n'est pas contesté qu'elles sont applicables au marché litigieux.

L'article 13/4, § 2, de l'arrêté royal du 27 mars 1998 fixe la valeur, en unités de prévention, d'une heure de prestation, en distinguant selon les catégories d'intervenants dans le cadre de la prestation concernée. Il ne détermine toutefois ni la durée d'une prestation, ni les catégories d'intervenants susceptibles d'assurer celle-ci. Ces deux aspects ne sont, du reste, pas régis par d'autres dispositions du même arrêté royal. Au vu de ces éléments, et quoi que laisse entendre la requérante à la page 16 de sa requête, force est de constater que le seuil de 0,52 U.P. (correspondant à un coût de 77,53 euros) n'est pas fixé par l'article 13/4 de l'arrêté royal et ne peut être déduit de cette disposition.

Par ailleurs, dans son mémoire en réplique, la requérante tente de démontrer que l'obligation de respecter le seuil de 77,53 euros (ou 0,52 U.P.) lorsque des prestations sont "payées" en U.P. se déduirait de ce que ce montant est celui que fixe l'article 13/6 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 par prestation visée à cette disposition. À suivre le raisonnement développé par la requérante, les articles 13/3 et 13/4 qui organisent la comptabilisation en U.P., à la charge du capital annuel de l'employeur, devraient donc être lus en combinaison avec l'article 13/6, en ce que celui-ci fixe le seuil de 77,53 euros. Au regard de cette interprétation des dispositions concernées, le Conseil d'État n'aperçoit pas, si telle avait été l'intention du Roi, pourquoi Celui-ci n'aurait pas expressément fait référence à l'article 13/6 ou au montant de 77,53 euros, alors qu'en sens inverse, pour la comptabilisation au coût horaire de 115 euros, visée comme tarif alternatif par l'article 13/6, celui-ci contient une référence à l'article 13/4, § 2, ce qui impose sans ambiguïté une lecture combinée de ces deux dispositions.

Dans ce même mémoire en réplique, la requérante met en cause, en son principe, l'engagement d'un prestataire à valoriser tous les examens médicaux (non

autrement précisés) à une fraction unique d'U.P. (0,4, en l'occurrence), alors que le temps consacré à chaque examen et les personnes en charge de celui-ci ne sont pas encore connus. Il n'y a toutefois pas lieu de se prononcer sur le bien-fondé de ce grief. En effet, exposé pour la première fois dans le mémoire en réplique, alors que – tel qu'il est formulé – il aurait pu l'être dans la requête, il apparaît tardif et est, partant irrecevable.

Enfin, et toujours dans son mémoire en réplique, la requérante fait valoir que la prise en considération – dans la valorisation à 0,4 U.P. – de l'intervention d'un "assistant médical" attesterait une organisation du travail fondée sur un exercice illégal de l'art de guérir. Ce grief – au contraire du précédent, qui est irrecevable pour cause de tardiveté – n'a pu être formulé par la requérante avant d'avoir connaissance de la justification, apportée dans le mémoire en réponse, de la valorisation à 0,4 U.P. Il ne peut donc être considéré comme formulé tardivement. Toutefois, et à supposer que soit vérifié, dans le cas d'espèce, l'exercice illégal de l'art de guérir dénoncé par la requérante, celle-ci reste en défaut d'indiquer précisément les principes ou dispositions que la partie adverse aurait méconnus en ne déclarant pas irrégulière une offre procédant d'une telle organisation, et en quoi ils auraient été méconnus. Par ailleurs, il y a lieu de relever que ce grief repose sur un élément qui n'a été révélé que dans le cadre de la présente procédure devant le Conseil d'État, à la faveur d'une justification de la valorisation à 0,4 U.P. fournie par l'association sans but lucratif S.P.M.T.-ARISTA. Il ne peut donc raisonnablement être reproché à la partie adverse de n'y avoir pas eu égard à l'occasion de la passation du marché litigieux.

De manière générale, la requérante fonde avec insistance l'obligation de respecter un coût minimal sur une préoccupation qu'elle présente comme sous-jacente à la réglementation applicable, à savoir la nécessité de garantir des services de qualité. Elle ne peut toutefois, sans verser dans la contradiction, soutenir qu'une prestation ne pourrait jamais avoir un coût inférieur à 77,53 euros, qu'elle considère comme fixé une fois pour toutes, et – dans le même temps – reprocher à un soumissionnaire de proposer, pour un ensemble de prestations, une valorisation en U.P. fixée au regard d'un scénario qui pourrait passer pour être le plus fréquent et sur la base d'une durée de prestation indicative ou "moyenne" et de l'identification de catégories d'intervenants, et ce "alors que le temps consacré à l'examen et les personnes en charge ne sont pas encore connus", comme elle le soutient à la page 12 de son mémoire en réplique. En outre, la requérante reste en défaut d'expliquer pourquoi toute valorisation *a priori* serait exclue, alors que l'article 10 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 impose à chaque

service externe d'établir une tarification des prestations qu'il accomplira, tarification qui – par hypothèse – ne peut être élaborée que sur la base de données indicatives.

Des différents éléments de réponse qu'appelle le moyen en tant qu'il reproche à la partie adverse de n'avoir pas considéré comme irrégulière l'offre de l'association sans but lucratif S.P.M.T.-ARISTA, il ressort que, dans ses écrits de procédure, la requérante défend une conception du système de tarification des prestations du service externe qu'elle tient pour "idéale". Sans qu'il y ait lieu d'apprécier les mérites de cette conception, il suffit au Conseil d'État d'observer que la requérante échoue à démontrer qu'elle serait traduite par les dispositions des articles 13/1 à 13/6 de l'arrêté royal du 27 mars 1998, de sorte qu'il ne peut être décidé qu'au regard de ces dispositions, la partie adverse était tenue de déclarer irrégulière l'offre de l'association sans but lucratif S.P.M.T.-ARISTA.

Dans cette mesure, le moyen ne peut être déclaré fondé.

Quant à l'irrégularité de l'offre de l'association sans but lucratif MENSURA S.E.P.P.

Dès lors que le moyen dénonce vainement l'irrégularité de l'offre de l'association sans but lucratif S.P.M.T.-ARISTA, classée première des trois offres au terme de la comparaison de celles-ci, l'illégalité de l'acte attaqué résultant de ce que l'offre de MENSURA S.E.P.P. n'aurait, à tort, pas été déclarée irrégulière ne pourrait, en toute hypothèse, causer grief à la requérante.

Dans cette mesure, le moyen est irrecevable.

En conclusion, le moyen ne peut être accueilli en aucun des griefs qui y sont formulés.

V. Confidentialité

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des trois offres, qu'elle dépose et identifie comme étant les pièces II.1. à II.3. du dossier administratif.

La requérante avait, dans sa requête, demandé le maintien de la confidentialité de son offre, si celle-ci était déposée par la partie adverse.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État et que les pièces concernées sont renvoyées à la partie adverse, la demande de confidentialité est devenue sans objet.

VI. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

La requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité fixée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie adverse, à charge de la partie requérante.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont également mis à charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt-deux juin deux mille dix-huit par :

MM. Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
David DE ROY,	conseiller d'État,
M ^{me} Anne-Françoise BOLLY,	conseiller d'État,
M. Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Imre KOVALOVSKY.