

---

# **LES MARCHÉS DE SERVICES MÉDICAUX**

**GAUTHIER ERVYN**

---



## I. Introduction

1. La soumission des établissements de soins médicaux à la réglementation des marchés publics nécessite, sous régime de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, une approche nuancée.

S'il est acquis que la majorité des établissements de soins publics et privés est soumise aux marchés publics de niveau européen, la situation est actuellement contrastée pour les commandes dont la valeur ne dépasse pas les seuils de la publicité européenne.

2. L'entrée en vigueur prochaine<sup>82</sup> de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services permettra manifestement d'éclaircir la question.

D'une part, les hôpitaux publics<sup>83</sup> ne bénéficieront plus du régime d'exception instauré, sous les seuils européens, par l'article 112 de la loi du 14 janvier 2002<sup>84</sup>. L'application des marchés publics aux établissements de soins publics sera donc systématique.

D'autre part, la situation sera également plus claire pour les établissements privés<sup>85</sup>, dès lors que, sans qu'il n'y ait plus besoin de vérifier s'ils sont universitaires<sup>86</sup> et/ou s'ils passent des marchés subventionnés<sup>87</sup>, ceux-ci seront systématiquement soumis aux marchés publics dès qu'ils répondent aux trois conditions fixées par l'article 2.d de la loi du 15 juin 2006, à savoir :

- 1) Le fait d'avoir été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;
- 2) Le fait de jouir de la personnalité juridique ;
- 3) Le fait que :
  - soit leur activité est financée majoritairement par l'Etat, une collectivité locale ou un organisme de droit public ;

82 Annoncée pour le 1<sup>er</sup> juillet 2013.

83 Tels que définis par l'arrêté royal du 11 mai 2004.

84 Abrogé par l'article 78 de la loi du 15/06/06 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

85 G. LAENEN & J. DE BIEVRE, Het toepassingsgebied van de regelgeving inzake overheidsopdrachten : capita selecta, in Actualités du droit des marchés publics, Larcier, 2010, p. 19-22 et 36 à 43.

86 L'article 4.9<sup>o</sup> de la loi du 24/12/93 (exécuté par les art. 10, 37 et 62 de l'AR du 8/01/96) impose aux hôpitaux universitaires de passer des marchés publics, sous les seuils européens, uniquement pour les commandes de travaux, fournitures et services subventionnés.

87 L'article 4 § 4 de la loi du 24/12/93 (exécuté par les art. 11 et 63 de l'AR du 8/01/96) impose aux établissements de soins privés de passer des marchés publics, pour certains travaux (génie civil, hôpitaux) et services (relatifs aux travaux pré-décrits), lorsque leur valeur dépasse 135.000 EUR et qu'ils sont subventionnés à plus de 50% par un pouvoir adjudicateur. Un système identique s'applique encore dans le nouveau régime pour les marchés atteignant le seuil européen (art. 13 de la loi du 15/06/2012 et article 4 de l'AR 15/07/2011) mais sous forme de complément à l'article 2.d (et non sous forme d'exclusion telle que l'article 4 § 2, 8<sup>o</sup> in fine de la loi du 24 décembre 1993 le prévoyait).

- soit leur gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes;
- soit plus de la moitié des membres de leur organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par ces autorités ou organismes.

3. En l'occurrence, les deux premiers critères sont aisément vérifiables dans le chef de la grande majorité des établissements de soins. La poursuite d'un intérêt général est notamment confirmée par l'article 2 de la Loi sur les hôpitaux du 7 août 1987, qui a été spécialement complété à cet effet en 2006<sup>88</sup>. La doctrine le confirme également<sup>89</sup>.

Depuis l'arrêt OYMANS prononcé le 19 juin 2009 par la Cour de justice des Communautés européennes<sup>90</sup>, il est par ailleurs établi que le financement issu d'un régime public d'assurance-maladie doit être considéré comme un financement public au sens de la réglementation « marchés publics ».

Par conséquent, hormis certains établissements de soins à vocation commerciale<sup>91</sup> ou dont le financement et la gestion sont majoritairement assumés par le privé<sup>92</sup>, l'essentiel des établissements prodiguant des soins médicaux sera désormais soumis au respect des marchés publics aux niveaux belge et européen<sup>93</sup>.

4. Dès lors que l'établissement de soins est un pouvoir adjudicateur, il s'en déduit qu'aucune commande de travaux ou de fournitures ne peut avoir lieu sans respect des procédures de marchés publics.

Il en est de même pour l'attribution des contrats de services conclus avec les sous-traitants<sup>94</sup> auxquels l'établissement de soins doit, comme toute autre entreprise, faire appel.

88 Art. 268 de la Loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses. Dans les travaux parlementaires, il est indiqué que l'ajout a été motivé par le souhait du législateur de conférer aux établissements de soins un statut privilégié en matière d'aides d'état.

89 G. LAENEN & J. DE BIEVRE, *Het toepassingsgebied van de regelgeving inzake overheidsopdrachten: capita selecta*, in *Actualités du droit des marchés publics*, Larcier, 2010, p. 38, n°33.

90 CJCE C-300/07, 11/06/2009, Oymanns / AOK Rheinland : « Il y a donc lieu de considérer, à l'instar des conclusions auxquelles est parvenue la Cour au point 48 de l'arrêt Bayerischer Rundfunk e.a., précité, qu'un financement, tel que celui en cause au principal, d'un régime public d'assurance maladie, qui trouve sa genèse dans des actes de l'État, est dans la pratique garanti par les pouvoirs publics et est assuré par un mode de recouvrement des cotisations y afférentes qui relève de dispositions de droit public, remplit la condition relative au financement majoritaire par l'État, aux fins de l'application des règles communautaires en matière de passation de marchés publics. »

91 Par exemple, les centres de chirurgie esthétique.

92 Doc.parl.2005-2006,n°51-2237/3,p.26(<http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/2237/51K2237003.pdf>) : « Les seules institutions hospitalières qui échapperont encore à l'avenir à l'application de la législation sur les marchés publics sont, en d'autres termes, les hôpitaux effectivement privés qui fonctionnent uniquement ou majoritairement avec des fonds propres ». On citera, par exemple, une maison médicale gérée et financée majoritairement par des mécènes privés.

93 Doc.parl.2005-2006,n°51-2237/1,p.86(<http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/2237/51K2237001.pdf>) : « La définition du pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er, 1°, d, du projet, telle qu'interprétée par la Cour de Justice, a d'ailleurs pour conséquence que la plupart des institutions de soins de santé sont désormais couvertes » ; cfr également P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP*, 2013, p.146, n°64.

94 On vise ici, par exemple, les prestataires indépendants de services téléphoniques ou informatiques, de services comptables ou financiers, de services de nettoyage, de services d'enlèvement des déchets, de services de buanderie, de restauration ou de gestion du parking, etc.

Une catégorie particulière de services mérite toutefois l'attention : les services médicaux.

Dans la présente contribution, nous entendons définir les obligations légales des établissements de soins lorsque ceux-ci s'adjoignent les services de médecins, d'infirmiers, de pharmaciens, de kinésithérapeutes et de tous autres professionnels de la santé.

## II. La définition des marchés publics de services

5. Le législateur européen définit les marchés publics de services comme « *des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs (...) portant sur la prestation de services visés à l'annexe II* ». <sup>95</sup>

Une telle définition est particulièrement large puisqu'il y a marché public dès que les éléments suivants sont réunis :

- Un contrat ;
- Entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, d'une part ;
- Et un ou plusieurs opérateurs économiques, d'autre part ;
- A titre onéreux ;
- Qui porte sur les activités reprises dans la liste publiée à l'annexe II de la loi.

Partant du constat qu'un établissement de soins est, sauf exception, un pouvoir adjudicateur, il convient, d'une part, de vérifier dans quelle mesure un acte médical est constitutif de service soumis à marché public et, d'autre part, d'examiner si les relations contractuelles nouées avec les prestataires de soins répondent à la définition de contrats conclus avec des opérateurs économiques.

## III. Les services médicaux

6. Parmi les services listés à l'annexe II de la directive européenne <sup>96</sup>, figurent les « services sociaux et sanitaires ».

Ces services sont repris dans la catégorie B25 de l'annexe II. S'agissant de services « B », ils sont considérés comme « non-prioritaires » <sup>97</sup>.

95 Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, art. 2 a) et d).

96 Ou de la loi belge.

97 Cfr. notamment : C.J.U.E., 14 novembre 2002, Felix Swoboda, C-411/00; C.J.U.E., 13 novembre 2007, Commission / Irlande, C-507/03; C.J.U.E., 18 novembre 2010, Commission / Irlande, C-226/09.

L'éventail des services sanitaires est détaillé suivant une classification belge et une classification européenne.

Au niveau belge, la circulaire ministérielle du 2 décembre 1997 détaille les divers services médicaux soumis aux marchés publics. On y relève les services de santé humaine suivants :

**1) Les services hospitaliers :**

*Services fournis principalement à des patients hospitalisés, sous la direction de médecins, dans le but de les guérir ou de réactiver et/ou de stabiliser leur état de santé. Les services hospitaliers comprennent les services médicaux et paramédicaux, les services du personnel infirmier, les services des laboratoires et des installations techniques, y compris les services de radiologie et d'anesthésie, etc.*

**2) Les services médicaux et dentaires :**

*Services de prévention, de diagnostic et de traitement des maladies par la consultation des patients sans qu'il y ait soins hospitaliers, à l'exclusion des soins fournis par les établissements hospitaliers assurant les soins ambulatoires (durant une partie de la journée).*

**3) Les services de médecine générale :**

*Services de prévention, de diagnostic et de traitement de maladies physiques et/ou mentales à caractère général fournis par des docteurs en médecine; ces services comprennent par exemple des consultations, des injections, des bilans de santé (partiels et/ou périodiques), etc.. Ces services ne portent pas sur des états, des maladies ou des régions anatomiques spécifiques ou particuliers. Ils peuvent être fournis dans des cabinets de médecins généralistes ainsi que dans des établissements hospitaliers assurant les soins ambulatoires, y compris ceux attachés à des entreprises, des écoles, etc..*

**4) Les services de médecine spécialisée :**

*Services de diagnostic et de traitement de maladies ayant un caractère spécifique fournis par des docteurs en médecine dans des cabinets de spécialistes ou des établissements de santé (y compris les cliniques assurant les soins ambulatoires et celles qui soignent des patients hospitalisés).*

**5) Les services dentaires :**

*Services de diagnostic et de traitement des maladies des dents ou des anomalies de la cavité buccale et services visant à prévenir l'apparition des maladies des dents. La chirurgie dentaire relève de la présente sous-classe même lorsqu'elle est pratiquée sur des patients hospitalisés.*

**6) Les autres services de santé humaine.**

*6.1 Services d'accouchement et services connexes; services du personnel infirmier; services des physiothérapeutes et du personnel paramédical.*

6.2 *Services d'ambulances : services de médecine générale et spécialisée fournis dans les ambulances.*

6.3 *Services des maisons de santé autres que les services hospitaliers. Services combinés de logement et de soins médicaux non fournis sous le contrôle d'un docteur en médecine installé à demeure dans l'établissement.*

6.4 *Autres services de santé humaine non classés ailleurs. Services dans les domaines de l'anatomopathologie ou de la biochimie, de la bactériologie, de la virologie, de l'immunologie, etc., et services non classés ailleurs, comme par exemple les services de collecte de sang.*

Il ressort de cette énumération que tous les services de médecine générale ou spécialisée sont des « services » au sens de la réglementation des marchés publics.

7. Le Common Procurement Vocabulary ou « C.P.V. », qui correspond à la nomenclature européenne de référence en matière de marchés publics<sup>98</sup>, énumère une palette encore plus étendue des spécialisations médicales, toutes considérées comme des services soumis à marché public<sup>99</sup>.

La spécificité médicale des services de soins n'exclut donc pas le respect des procédures de marchés publics.

8. La loi du 15 juin 2006 prévoit toutefois une exclusion en ce qui concerne les services de recherche et développement. La conclusion de marché de services de recherche médicale ne sera pas soumise à marché public, sauf pour les services de recherche « dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité et dont la prestation du service est entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur ». <sup>100</sup>

## **IV. Les liens contractuels entre les établissements de soins et les professionnels de la santé**

9. Divers liens contractuels naissent entre les établissements de soins et les professionnels de la santé.

La nature de ces liens conditionne l'application des marchés publics. Il n'y a marché qu'en présence d'un contrat conclu à titre onéreux avec un opérateur économique.

98 Règlement (CE) n° 2195/2002, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2002R2195:20090807:FR:PDF>.

99 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:074:0001:0375:FR:PDF>, pp. 293 à 296.

100 Art. 18, 4° de la loi du 15 juin 2006.

D'emblée, signalons que tout pouvoir adjudicateur est libre d'organiser les services sanitaires qu'il entend prodiguer, comme il le souhaite<sup>101</sup>. L'établissement de soins peut donc décider, soit de prêter lui-même ces services en régie, soit d'externaliser la gestion de ses services en les confiant à un autre prestataire de santé, juridiquement indépendant.

#### **a. L'établissement de soins « internalise » l'offre de services médicaux**

**10.** Lorsque l'établissement de soins décide d'assurer les services médicaux par ses propres moyens, il n'est tenu à aucune obligation en matière de marchés publics.<sup>102</sup>

En vertu de l'article 16 e) de la directive 2004/18/CE<sup>103</sup>, les contrats d'emploi ne sont pas considérés comme des marchés publics de services. Pour engager du personnel médical salarié, l'établissement de soins n'est donc pas tenu au respect des procédures de marchés publics.

Par ailleurs, la création, par l'établissement de soins, de départements médicaux sans personnalité juridique ne pose pas de difficultés. Un hôpital peut donc parfaitement créer en son sein divers services spécialisés sans personnalité juridique distincte (pédiatrie, gynécologie, chirurgie, neurologie, soins intensifs, etc), auxquels il peut déléguer en toute liberté la prestation de services médicaux aux patients.

**11.** Lorsque l'établissement de soins loge un nouveau département médical au sein d'un être juridiquement distinct, les règles de marchés publics ne s'appliquent pas s'il y a relation *in house*, c'est-à-dire (i) si l'établissement exerce sur le département un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et (ii) si le département réalise l'essentiel de son activité avec l'établissement qui le détient.<sup>104</sup>

Ainsi, si l'hôpital développe en son sein diverses a.s.b.l. indépendantes, telles que clinique psychiatrique, hôpital de jour ou maison médicale, il peut également librement confier la prestation de services médicaux à ces entités juridiquement distinctes, moyennant respect des deux conditions définies à l'alinéa précédent.

**12.** Par contre, s'il s'avère que l'une de ces deux conditions de la théorie « *in house* » n'est pas remplie, il conviendra que l'établissement de soins sélectionne ce partenaire en respectant les procédures de marchés publics.<sup>105</sup>

Tel sera par exemple le cas lorsque l'établissement de soins envisage de créer une entité de soins spécialisés (p.ex. une maison de repos attenante à l'hôpital)

101 CJUE, arrêt du 9 juin 2009, Commission/Allemagne, C-480/06, point 45.

102 P.Thiel, Les hôpitaux en Belgique : Fonctionnement et financement, Kluwer, 2000, p. 311.

103 Confirmé par l'article 18 in fine de la loi du 15 juin 2006.

104 CJCE, 18 novembre 1999, TECKAL, C-107/98, Rec. p.I-8121 et CJCE, 11 janvier 2005, STADT HALLE et RPL LOCHAU, C-26/03, Rec. p.I-1.

105 Document de travail des services de la Commission européenne, « Questions-Réponses sur l'application des règles "marchés publics" aux services sociaux d'intérêt général », SEC(2007) 1514/3, p.5.

en association avec un autre prestataire de soins indépendant, tel un groupe-ment de médecins ou une société privée<sup>106</sup>.

La Cour de justice de l'Union européenne a eu à examiner un tel montage en 2010<sup>107</sup>, dans une affaire relative à une commune finlandaise qui s'était associée à un opérateur économique privé pour assurer la prestation de services de santé et de bien-être au travail au profit des agents communaux.

En l'occurrence, la commune finlandaise avait décidé de créer une société filiale, en partenariat avec une entreprise privée tierce, sans mise en concurrence. La commune apportait notamment à la filiale les moyens de la régie municipale qui lui était auparavant organiquement attachée et qui lui fournissait précédemment les services sanitaires litigieux.

Le contrat d'association de la commune avec l'opérateur économique n'est, en tant que tel, pas soumis aux marchés publics<sup>108</sup> et ne posait pas difficulté.

Il en allait autrement de l'accord convenu entre les deux associés, public et privé, prévoyant que la filiale fournirait des prestations de services de santé et de bien-être aux agents de la commune, pendant une période transitoire de 4 ans.

La Cour de justice a logiquement condamné un tel montage, dès lors que « l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans mise en concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe d'égalité de traitement, dans la mesure où une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents ».<sup>109</sup>

La création d'un partenariat institutionnel par un établissement de soins, pouvoir adjudicateur, avec une entreprise tierce, en vue de fournir des prestations de services médicaux à l'établissement de soins, n'est donc possible que :

- Si l'associé privé de la filiale créée a été sélectionné par voie de marché public, préalablement à la création de la filiale commune ;
- Ou si, après création de la filiale commune, les services médicaux ne sont attribués à la filiale qu'au terme d'une procédure de marché public, organisée en bonne et due forme par l'établissement de soins qui fait apparaître que l'offre de la filiale est l'offre régulière la plus avantageuse.

106 Il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'une participation, même minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital de l'entité « filiale » créée par le pouvoir adjudicateur, exclut toute relation « in house » (CJCE, 11 janvier 2005, STADT HALLE et RPL LOCHAU, C-26/03, n°49).

107 CJUE, arrêt du 22 décembre 2010, Mehiläinen Oy, C-215/09.

108 Commission européenne, Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, 30 avril 2004, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:FR:PDF>, n°66.

109 CJUE, arrêt du 22 décembre 2010, Mehiläinen Oy, C-215/09, n°41.



## b. L'établissement de soins externalise l'offre de services médicaux

13. Lorsque l'établissement de soins décide de sous-traiter à un tiers, à titre onéreux, certains services médicaux offerts à ses patients, il est tenu de respecter les règles de marchés publics pour sélectionner le ou les sous-traitants avec lesquels il va travailler.<sup>110</sup>

Un opérateur économique est défini comme toute personne physique ou morale qui offre des services sur le marché<sup>111</sup>.

Dans le cadre des débats parlementaires d'une modification à la loi du 15 juin 2006, la question a été évoquée :

*« Mme Muriel Gerkens (Ecolo-Groen!), présidente, exprime sa préoccupation au sujet des services liés aux soins de santé, à l'enseignement, etc., visés à l'annexe II, B, de la loi du 15 juin 2006. La législation européenne autorise-t-elle des dispositions différentes pour les services selon qu'ils sont visés à l'annexe II, A, ou à l'annexe II, B? La procédure négociée avec publicité pourra également être appliquée pour les services visés à l'annexe II, B.*

***Un marché public sera-t-il prévu lorsqu'un hôpital recrutera un médecin à titre indépendant ou contractuel? La logique hospitalière usuelle ne risque-t-elle pas de se heurter aux règles générales applicables aux marchés publics si aucune réglementation spécifique n'est prévue pour les services visés à l'annexe II, B? Les hôpitaux tiennent naturellement compte de l'expérience antérieure des médecins. Or, ce critère ne peut pas être pris en compte comme critère d'attribution dans le cadre d'un marché public. Ces décisions ne sont-elles pas susceptibles d'être contestées en vertu de cette législation? »***

14. Un médecin exerçant ses activités professionnelles sous statut d'indépendant, que ce soit en nom personnel ou sous couvert d'une société de moyens, est donc un opérateur économique au sens de la loi sur les marchés publics.<sup>112</sup>

Tel est également le cas de tout autre professionnel de la santé sous statut d'indépendant, quelle que soit sa spécialisation<sup>113</sup>.

Le respect des marchés publics s'impose également lorsque le prestataire de services indépendant est organisé en personne morale, comme une société professionnelle groupant plusieurs médecins (radiologues, par exemple) ou une société unipersonnelle « de management ».<sup>114</sup>

110 P. Thiel, *Mémento des marchés publics et PPP*, Kluwer, 2013, p.230.

111 Article 1.8 Directive 2004/18/CE

112 S. Callens, D. Fornaciari en J. Latour, *De overheidsopdrachtenwetgeving en de Belgische gezondheidszorg*, Chroniques des marchés publics 2011-2012, p.444-455.

113 Psychologue, dentiste, kinésithérapeute, pharmacien, etc.

114 Le Premier Ministre a répondu en ce sens le 24 mars 2006 à une question parlementaire : <http://www.lachambre.be/QRVA/pdf/51/51K0114.pdf>, p. 21873.

Un marché public doit également être conclu lorsque l'opérateur économique avec lequel un contrat est conclu met à disposition de l'établissement de soins du personnel médical, par exemple en matière de médecine du travail. Deux arrêts du Conseil d'état, relatif à des litiges concernant l'attribution de missions de médecine du travail peuvent être cités à cet égard : CE, arrêt n° 209.544 du 7 décembre 2010, SECUREX / OCMW van St Niklaas et CE, no 213.543 du 30 mai 2011, Office de contrôle médical / Province de Namur.

Le choix des professionnels de la santé qui, en tant que prestataires de services indépendants, vont travailler au sein de l'établissement hospitalier et prodiguer à ses patients les soins nécessaires, nécessite la mise en œuvre d'une procédure de marché public.

Une telle procédure implique une mise en concurrence de divers candidats, lesquels seront traités de manière égalitaire, transparente et non-discriminatoire.

15. En outre, le recours à du personnel intérimaire nécessite également le respect des procédures de marchés publics.

En effet, si le personnel intérimaire est lié par un contrat de travail avec l'entreprise d'interim qui l'emploie, l'établissement de soins qui contracte avec cette entreprise ne pourra la sélectionner qu'après avoir passé un marché public.

La relation de sous-traitance entre l'établissement de soins et l'entreprise d'intérim répond en effet à la notion de marché de services<sup>115</sup>.

Ce constat vaut également en ce qui concerne d'autres situations de détachement de personnel.

### c. Situations particulières

16. D'autres constructions juridiques moins courantes peuvent être mises en œuvre par l'établissement de soins dans le cadre de la « sous-traitance » de services médicaux, lesquelles peuvent échapper à l'application des marchés publics.<sup>116</sup>

17. Une première situation peut être trouvée dans le mécanisme des concessions de services<sup>117</sup>.

Il peut y avoir concession de services lorsque l'établissement de soins octroie à un opérateur économique le droit d'exploiter un département médical et que ce dernier assume les risques d'une telle exploitation<sup>118</sup>.

115 Les services de placement de personnel infirmier et médical sont des services repris à l'annexe II B, 22 : Règlement (CE) n° 2195/2002, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2002R2195:20090807:FR:PDF>.

116 Ce qui n'empêche pas que les principes du Traité UE restent d'application : CJCE, arrêt C-324/98, 7 décembre 2000, Telaustria.

117 Cfr article 1.4 de la Directive 2004/18/CE, notamment CJCE, arrêt C-324/98, 7 décembre 2000, Telaustria ; arrêt C-382/05, 18 juillet 2007, Commission / Italie ; arrêt C-231/03, 21 juillet 2005, Coname ; arrêt C-458/03, 13 octobre 2005, Parking Brixen.

118 G. ERVYN, Le droit d'exploiter ou quand le marché devient concession, Chronique des marchés publics 2011-2012, éd. EBP, p. 233.

Ainsi, un établissement de soins peut confier la gestion d'une maison de repos attenante, à un exploitant privé. S'il peut être démontré que l'exploitant privé assume les risques de l'exploitation (incluant notamment les risques financiers de ce service), il n'y a pas marché public mais bien concession.

Dans ce cas, la sélection et l'attribution d'un tel contrat au prestataire privé ne devra pas respecter les procédures de marché public mais uniquement les principes d'égalité, non-discrimination et transparence déduits du Traité de l'Union européenne<sup>119</sup>.

Le contrat de concession est à distinguer d'un contrat de mise à disposition de surfaces au profit d'un prestataire indépendant de services médicaux. Une location de surfaces immobilières n'entraîne, en principe, pas non plus d'application des marchés publics.<sup>120</sup>

**18.** La coopération entre deux établissements de soins publics constitue également un type de relations particulières qui ne relève pas des marchés publics.

Il s'agira soit d'une coopération institutionnalisée, soit d'une coopération sans création d'entité juridique commune.

Les partenariats institutionnels public-public<sup>121</sup> échappent aux marchés publics. Tel est le cas lorsque deux établissements de soins publics créent ensemble un véhicule juridique ad hoc, en vue de fournir des services médicaux par cet intermédiaire. Pour autant que ces hôpitaux exercent à l'égard de l'entité créée un pouvoir de direction similaire à celui exercé à l'égard de leurs services internes et que cette entité preste essentiellement ses services à leur profit, il y a relation in house et exception aux marchés publics.

La coopération publique non institutionnalisée prend la forme de coopération de service public<sup>122</sup>. Un tel contrat survient lorsque plusieurs établissements de soins publics coopèrent en vue de fournir des services médicaux communs.

Tel serait ainsi être le cas de deux hôpitaux publics qui se partagent l'utilisation de matériel médical de pointe. Ainsi, l'établissement A dispose d'une machine médicale « X » et la met à disposition des patients de l'hôpital B. En contrepartie, ce dernier permet aux patients de l'établissement A de passer des examens médicaux grâce à une autre machine médicale « Y ».

Ce type de coopération ne relève pas des marchés publics.

**19.** L'exercice d'une compétence légale en matière de santé, situation dont la Cour de justice a eu à connaître en 2007, échappe également à l'application des marchés publics.

119 CJCE, arrêt C-324/98, 7 décembre 2000, Telaustria.

120 Article 16.a, Directive 2004/18/CE.

121 CJCE, arrêt du 13 novembre 2008, Coditel, C-324/07

122 CJCE, arrêt du 9 juin 2009, Commission / Allemagne, C-532/03

Ainsi, dans un litige opposant la Commission européenne à la République d'Irlande<sup>123</sup>, la haute juridiction a considéré que le contrat par lequel une collectivité irlandaise rémunère les services de transports d'urgence réalisés par les pompiers de Dublin ne ressort pas de la réglementation relative aux marchés publics. En effet, selon la Cour, il n'y a pas de marché entre les parties dès lors que c'est la loi qui donne compétence au corps des pompiers pour réaliser les transports de patients en ambulance.

En revanche, la Cour de justice a considéré, dans une autre affaire tranchée en 2010<sup>124</sup>, que l'exercice de l'imperium public n'est pas démontré dans le chef de sociétés privées de transport sanitaire par ambulance, quand bien même celles-ci bénéficient de droits spéciaux pour circuler ou peuvent obtenir la collaboration des forces de l'ordre pour remplir leur mission.

**20.** Le recours à la centrale d'achat ou de marché est également une technique qui n'implique pas de marchés publics.

La centrale d'achat ou de marché est définie, par l'article 2.4 de la loi du 15 juin 2006 comme un pouvoir adjudicateur qui respectivement acquiert des fournitures ou des services ou passe des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services, destinés à d'autres pouvoirs adjudicateurs.

Ce mécanisme a notamment été illustré pour les établissements de soins, par une question parlementaire n°14 du 10 février 2009<sup>125</sup>. Il y était fait référence à la situation d'un hôpital qui dépend, avec d'autres, d'une asbl faitière laquelle acquiert, par voie de marchés publics, des services pour compte de ses institutions membres. Moyennant respect des conditions fixées par la loi du 15 juin 2006 sur les centrales d'achat ou de marché, un établissement de soins peut, sans recours aux marchés publics, recourir à son ASBL faitière (ou à un autre pouvoir adjudicateur) pour lui procurer des services médicaux.

## **V. Spécificités des procédures de marchés publics liés aux services sanitaires**

**21.** Comme indiqué ci-avant, les services médicaux sont considérés, dans la nomenclature belge et européenne des marchés publics, comme des services de catégorie II B.

Dans certains cas, les services prestés relèvent à la fois des catégories A et B (par exemple, les services de transport en ambulance qui impliquent d'une part des services A de transport et des services B de soins médicaux<sup>126</sup>). Dans ce cas, il convient de vérifier quel est la part de services dont la valeur est la plus importante. C'est cette valeur qui détermine le régime A ou B du service.<sup>127</sup>

123 CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, Commission / Irlande, C-532/03.

124 CJUE, arrêt du 29 avril 2010, Commission / Allemagne, C-160/08, n°80 à 85.

125 <http://www.lachambre.be/QRVA/pdf/52/52K0052.pdf>, p. 128.

126 CJCE, arrêt du 24 septembre 1998, Tögel, C-76/97, n°31 et CE, arrêt n°81.767 du 13 juillet 1999.

127 Art. 22 Directive 2004/18/CE et art. 27 § 4 AR 15 juillet 2011.

22. Sous les seuils de publicité belge<sup>128</sup>, l'attribution de marchés de services sanitaires est soumise aux obligations légales habituelles : publication d'un avis de marché dans lequel l'objet du marché et ses spécifications techniques sont décrites, établissement préalable des critères de sélection et d'attribution dans un cahier spécial des charges, publication du résultat de la procédure, etc.

Avec l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006, ces marchés seront toutefois soumis à un régime plus souple puisque leur attribution par procédure négociée sera toujours possible.

Ainsi, d'une part, l'article 26 §1, 1°, a) de la loi combiné à l'article 105 de l'AR du 15 juillet 2011 permet le recours à la procédure négociée sans publicité pour tous les marchés de services médicaux dont la valeur est inférieure à 200.000 EUR et, d'autre part, l'article 26 §2,4° de la loi autorise le recours à la procédure négociée avec publicité quel que soit le montant du marché.

Le rapport au Roi de l'arrêté du 15 juillet 2011 indique, en ce qui concerne la possibilité de recourir à la procédure négociée pour tous les services II B qu'« Il est à préciser que tous les services repris à l'annexe II, B, de la loi sont dorénavant visés et non plus seulement les services juridiques. Le motif en est que tous ces services bénéficient d'un régime particulier plus souple dans la Directive et qu'il est en outre parfois difficile d'organiser une mise en concurrence effective par le biais d'une publicité eu égard aux spécificités de certaines prestations. »<sup>129</sup>

Par ailleurs, lorsqu'il attribue des services médicaux par procédure négociée (avec ou sans publicité), le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation de mentionner dans le cahier spécial des charges « la pondération relative de chaque critères d'attribution ». <sup>130, 131</sup> Il ne doit même pas définir une fourchette de points pour chaque critère ou énumérer les critères selon leur ordre d'importance.

23. Lorsque la valeur des services concernés est supérieure au seuil de publicité européenne de 200.000 EUR HTVA<sup>132</sup>, la procédure d'attribution de marché sera soumise aux mêmes règles que pour les marchés de publicité belge<sup>133</sup>, sous réserve du respect de deux dispositions de la Directive 2004/18/CE<sup>134</sup>, à savoir :

- L'obligation de mentionner les spécifications techniques du marché dans les documents de marché<sup>135</sup> ;
- L'obligation de publier un avis de marché passé au Journal officiel des Communautés européennes.<sup>136</sup>

128 Alors que, comme l'enseigne P. THIEL (Mémento 2013 des marchés publics et des PPP, p. 230, note 550), « à la différence des directives européennes, le législateur belge a, en effet, décidé de soumettre les services de la liste B à l'ensemble des obligations de mise en concurrence. »

129 AR 15 juillet 2011, rapport au Roi, commentaire de l'article 106.

130 Art. 107 et 108 AR 15 juillet 2011

131 Cfr. l'art. 111 AR 15 juillet 2011 en matière de dialogue compétitif.

132 Art. 53 A.R. 8 janvier 1996 et article 32 AR 15 juillet 2011.

133 Art. 39 AR 15 juillet 2011

134 Art. 21 Directive 2004/18/CE.

135 Art. 23 Directive 2004/18/CE.

136 Art. 35.4 Directive 2004/18/CE et art. 37 AR 15 juillet 2011.

Contrairement aux services de catégorie II A, les services médicaux ne doivent donc pas faire l'objet d'avis de marché européen préalable<sup>137</sup> et les pouvoirs adjudicateurs sont libres de recourir aux procédures de marché qu'ils estiment les plus adaptées, en ce compris la procédure négociée.

Il est par ailleurs à noter que, si pour les services A, certains pouvoirs adjudicateurs fédéraux<sup>138</sup> sont soumis aux exigences de la publicité européenne dès que la valeur de leurs marchés dépasse 130.000 EUR HTVA, cette distinction n'existe pas pour les services B<sup>139</sup>.

24. Ces tempéraments au niveau des exigences européennes s'expliquent par le fait que l'Union européenne considère que les services de type B ne sont pas prioritaires.

Le rapport au Roi de l'arrêté royal du 15 juillet 2011<sup>140</sup> le justifie dans ces termes :

« (...)Ces services non prioritaires pour la réalisation du marché intérieur, ne sont soumis à des obligations en matière de publicité européenne qu'au stade de la communication des résultats du marché, et ce quelle que soit la procédure, conformément à l'article 38, § 2. Jusqu'à nouvel ordre, ces services, contrairement à ceux de l'annexe II, A, de la loi, apparaissent d'un intérêt limité pour la concurrence au sein du marché intérieur. C'est la raison pour laquelle ils ne doivent pas faire l'objet d'une publication préalable au niveau européen. »

Pour le législateur européen, les services de type B, dont les services médicaux, sont présumés ne pas présenter d'intérêt transfrontalier : « En effet, s'agissant des services relevant de l'annexe I B de la directive 92/50 et sous réserve d'une évaluation ultérieure à laquelle fait référence l'article 43 de cette directive, le législateur communautaire est parti de la présomption selon laquelle les marchés relatifs à de tels services ne présentent pas, a priori, eu égard à leur nature spécifique, un intérêt transfrontalier susceptible de justifier que leur attribution se fasse au terme d'une procédure d'appel d'offres censée permettre à des entreprises d'autres États membres de prendre connaissance de l'avis de marché et de soumissionner. Pour cette raison, la directive 92/50 s'est limitée, pour cette catégorie de services, à imposer une publicité ex post. »<sup>141</sup>

Cette présomption peut toutefois être renversée et doit être vérifiée au cas par cas par le pouvoir adjudicateur<sup>142</sup>.

25. En ce qui concerne les critères d'attribution du marché, les établissements de soins sont autorisés à prévoir tous types de critères qui tiennent compte de la nature particulière des services demandés, notamment qu'ils répondent aux besoins spécifiques de groupes d'utilisateurs déterminés ou qu'ils soient compatibles avec des structures mises en place. « Dans tous les cas, la règle de base est

137 Art. 36 et 37 AR 15 juillet 2011.

138 Les SPF et quelques organismes fédéraux, tel l'ONSS, l'INASTI, l'INAMI ou l'ONEM.

139 Art. 53 § 3,3° AR 15 juillet 2011.

140 *Commentaire de l'article 32, in fine.*

141 CJCE, arrêt du 13 novembre 2007, Commission / Irlande, C-507/03, n° 25.

142 CJCE, arrêt du 13 novembre 2007, Commission / Irlande, C-507/03, n° 32.

que les spécifications doivent être définies d'une manière qui n'entraîne pas de discrimination ni ne prédétermine l'attribution dès le début de la procédure. »<sup>143</sup>

Ainsi, la Commission européenne cite quelques exemples<sup>144</sup> :

- « Une autorité publique peut, par exemple, exiger que l'adjudicataire établisse une structure locale telle qu'un bureau ou un atelier ou installe un équipement spécifique sur le lieu d'exécution si cela est nécessaire à la prestation du service.
- Une municipalité souhaitant mettre en place un refuge pour les femmes en difficulté, principalement pour des femmes d'une minorité culturelle spécifique, peut spécifier dans l'appel d'offres que le prestataire de services doit avoir une expérience préalable de ce type de services dans un environnement présentant des caractéristiques sociales et économiques similaires, et que les employés qui seront en contact avec et/ou répondront aux besoins des femmes en difficulté doivent être suffisamment familiarisés avec le contexte culturel et linguistique de ces femmes en difficulté.
- Une autorité publique qui entend mettre en place un service de placement de personnel à destination de jeunes adultes provenant de zones défavorisées et traitant les difficultés spécifiques rencontrées par les usagers de ce service de manière intégrée (par exemple des problèmes de santé mentale, de toxicomanies ou d'abus d'alcool, de logement social et d'endettement) pourrait spécifier que le prestataire de services doit avoir une expérience préalable de ce type de services pour le même type de cibles. L'autorité publique peut également indiquer que le prestataire de services doit veiller à ce que, dès le début de la prestation de service, les employés s'occupant des usagers aient une connaissance des réseaux existants d'acteurs sociaux avec lesquels ils devront communiquer pour répondre de manière intégrée aux besoins des jeunes adultes sans emploi. »

Par contre, la Cour de justice des Communautés européennes a notamment estimé qu'un marché public de services de thérapies respiratoires à domicile, n'était pas d'une spécificité telle qu'il justifierait, d'une part, à titre de condition d'admission du marché, de disposer au moment de la présentation de l'offre, d'un bureau ouvert au public dans la province où le service devait être fourni et, d'autre part, à titre de critère d'attribution, de posséder au moment de la présentation de l'offre, des installations de production d'oxygène dans un rayon géographique fixé.<sup>145</sup>

26. Enfin, l'article 33 de la loi du 15 juin 2006 consacre, au profit des services II B, une tendance récemment apparue dans certains marchés publics de prestations de services intellectuels : « des éléments liés à la capacité technique et professionnelle du soumissionnaire peuvent, à titre exceptionnel, constituer des critères d'attribution. Cette possibilité ne peut être mise en oeuvre que s'il est démontré que cela est rendu nécessaire par les exigences particulières du marché ou du lot concerné. »

143 Document de travail des services de la Commission européenne, « Questions-Réponses sur l'application des règles "marchés publics" aux services sociaux d'intérêt général », SEC(2007) 1514/3, p.7.

144 Document de travail des services de la Commission européenne, « Questions-Réponses sur l'application des règles "marchés publics" aux services sociaux d'intérêt général », SEC(2007) 1514/3, p.10-11.

145 C.J.C.E. arrêt du 27 oct. 2005, Contse / Ingesa, C-234/03.

Cette disposition constitue une dérogation notoire<sup>146</sup> à l'enseignement de la jurisprudence européenne<sup>147</sup> et est directement inspirée de quelques arrêts du Conseil d'état<sup>148</sup> qui l'ont autorisée pour les services intellectuels.

Suivant le texte légal, cette faculté ne concerne toutefois que les marchés publics ou lots, ayant exclusivement pour objet des services visés à l'annexe II B.

## VI. Conclusion

27. L'essentiel des établissements de soins, publics ou privés, sont soumis aux règles de marchés publics. Ces dispositions s'appliquent également lorsqu'ils font appel à des professionnels de la santé indépendants pour fournir, à leurs patients, des services médicaux.

Le respect de ces procédures légales est dicté par le souci d'assurer l'égalité, la transparence et la non-discrimination lors du choix par les établissements de soins de ces sous-traitants médicaux.

La nature spécifique des services sanitaires, considérés comme non-prioritaires au niveau européen, permet toutefois un régime assoupli de passation des marchés, particulièrement au-dessus des seuils de publicité européenne.

Au vu des avis de marché publiés dans les journaux officiels relatifs au recrutement de médecins, psychologues et autres kinésithérapeutes, il semble que le monde de la santé commence progressivement à prendre conscience de ses obligations légales.

La tendance devrait se renforcer dans les années à venir et on ne peut que conseiller à tous les responsables d'établissements de soins de prendre les mesures nécessaires pour mettre en œuvre au sein de leur institution ces procédures légales, y compris dans leurs relations avec les prestataires de soins de santé indépendants.

A défaut, ils risquent l'introduction, par un candidat à un poste médical dont l'offre n'a pas été retenue, d'un recours administratif ou judiciaire sollicitant la suspension et l'annulation du contrat conclu illégalement et la condamnation de l'établissement de soins à d'éventuels dommages et intérêts.

146 M. VASTMANS et A. VANDENBURIE, Commentaire article par article de la nouvelle Législation des marchés publics, article 33, Ed. Politeia, 2011, p.229, n°7.

147 CJUE, 24 janvier 2008, Lianakis, C-532/06, n°30 ; CJUE, arrêt du 12 novembre 2009, Commission / Grèce, C-199/07, n°55 et 56 ; TUE, arrêt du 19 octobre 2012, Evropaïki Dynamiki, T-447/10, n° 40.

148 Cfr. e. a. CE, arrêt n°186.508 du 25 septembre 2008 : « Een criterium waarin naar "ervaring" wordt gepeild, betreft doorgaans de geschiktheid van de inschrijvers en is dienvolgens in principe geen gunningscriterium. Nochtans is het niet uit te sluiten dat ervaring een gunningscriterium kan uitmaken indien daardoor de intrinsieke kwaliteit van de offertes in het licht van de specificiteit van de opdracht kan worden aangetoond op differentiërende wijze, zoals het in een opdracht voor de aanneming van diensten het geval kan zijn. Het moet dan worden verwacht dat een verwerende partij zulks aantoonde of dat het duidelijk uit dossierstukken zoals het bestek blijkt. »