

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 198.593 du 7 décembre 2009

G./A.188.502/VI-17.842

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
CHERON D.,**

ayant élu domicile chez
Me Olivier LESUISSE, avocat,
Croix-Place, n° 7,
7000 Mons,

contre :

la ville de La Louvière,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue Docteur Haïbe, n° 10,
5002 Namur.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 9 juin 2008 par la société privée à responsabilité limitée CHERON D. qui demande l'annulation de "la décision du Collège des Bourgmestre et Echevins de la Ville de La Louvière du 31 décembre 2007 de ne pas retenir son offre pour un marché de travaux d'entretien des voiries communales - abords - trottoirs - exercice 2007 - phase 2";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. DELVAX, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 16 octobre 2009, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 25 novembre 2009;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Pierre VAN RENTERGHEM, loco Me Olivier LESUISSE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis, M. DELVAX, Auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen de la cause sont les suivants :

1. Dans le courant de l'année 2007, la partie adverse décide de diligenter une procédure d'adjudication publique relative à un marché public de travaux d'entretien extraordinaire des abords aux voiries communales dans l'entité de La Louvière.

Au cahier spécial des charges relatif à ce marché est annexé un plan de sécurité et de santé qu'il est demandé aux soumissionnaires de remplir et de joindre à l'offre.

2. Le 29 novembre 2007, la requérante établit une offre d'un montant de 189.792,81 € T.V.A.C.. Elle semble avoir joint à son offre le plan de sécurité et de santé contenu dans le cahier spécial des charges signé mais non complété.

Le 30 novembre 2007, la société anonyme LARCIN établit une offre d'un montant de 189.995, 28 € T.V.A.C., à laquelle elle joint le plan de sécurité et de santé contenu dans le cahier spécial des charges complété par ses soins.

3. Le 31 décembre 2007, le collège communal de la partie adverse adopte la décision suivante :

" Le Collège,

Vu la délibération du Conseil communal du 15/10/2007, décidant du principe des travaux repris sous objet, approuvant le cahier spécial des charges dont l'estimation s'élevait à € 160.523,26 HTVA, choisissant l'adjudication publique comme mode de passation du marché et l'emprunt comme mode de financement;

Attendu qu'un crédit de 500.000,00 EUR, destiné à couvrir la dépense, est inscrit au budget extraordinaire de 2007, sous l'article 42199/731-60;

Considérant que les rues concernées par cette deuxième phase sont les suivantes :

1. Rue Balasse à Houdeng-Aimeries
2. Rue de la Barette à Houdeng-Goegnies
3. Rue du Marché à La Louvière

[...]

Vu l'avis de marché envoyé en date du 17/10/2007 et publié au Bulletin des Adjudications en date du 19/10/2007;

Vu l'ouverture des offres qui a eu lieu 30/11/2007 à 11h00;

Vu le classement des offres reçues :

- | | |
|--------------------------------------|--------------------|
| 1. Ets CHERON - Horrues : | € 189.792,82 TVAC |
| 2. Ets LARCIN - Estinnes : | € 189.995,28 TVAC |
| 3. Ets EUROVIA BELGIUM - Couillet : | € 202.850,23 TVAC |
| 4. Ets TRAVEXPLOIT - Ragnies : | € 204.599,38 TVAC |
| 5. Ets DESENFANT - Braine-Le-Comte : | € 213.255,60 TVAC; |

Attendu que tous les soumissionnaires ont remis tous les documents requis pour la sélection qualitative;

Attendu que le service voyer n'a pas constaté d'erreurs arithmétiques ou d'omissions, et en vertu de l'article 110 paragraphe 4 de l'A.R. du 08/01/96, considère qu'aucune offre n'est irrégulière;

Considérant que Monsieur DUSART, Coordinateur en matière de Sécurité et Santé pour la firme SIXCO, a analysé les documents remis par les firmes par rapport au PSS inclus dans le cahier spécial des charges et approuvé par le Conseil Communal en date du 15/10/2007 et ce, en vertu de l'article 11, 4/ et de l'article 30 de l'Arrêté Royal du 25/01/2001 concernant la coordination de la sécurité et de la santé sur les chantiers temporaires et mobiles;

Attendu qu'à la suite de cette analyse, le coordinateur de sécurité écarte les offres des firmes CHERON (1^{ère}), TRAVEXPLOIT (4^{ème}) et DESENFANT (5^{ème}) pour les raisons suivantes :

CHERON : Cette firme n'obtient pas les 50 % nécessaires pour être retenue par le coordinateur de sécurité. (Elle obtient 38 %).

N'a pas rempli le formulaire annexé au cahier spécial des charges (formulaire signé mais non rempli, alors qu'il s'agit d'un élément imposé par l'A.R.), donc n'a pas remis de PSS «Projet», c'est-à-dire d'analyse de risques propres au chantier, n'a pas valorisé (chiffré) ces risques et n'a pas remis ses statistiques d'accidents de travail. Elle a remis un PSS «Entreprise» très succinct, c'est-à-dire les mesures générales de protection, sans aucune valorisation des coûts de sécurité moyens. Cette firme n'obtient pas les 50 % nécessaires pour être retenue par le coordinateur de sécurité. (Elle obtient 38 %).

TRAVEXPLOIT : N'a pas rempli le formulaire annexé au cahier spécial des charges.

Donc ne remet pas de PSS «Projet» et de valorisation, ni de statistiques d'accidents de travail.

Elle a remis un PSS «entreprise» succinct et obtient 44 %.

DESENFANT : Remet le PSS «Entreprise », mais pas la valorisation des risques et une seule statistique sur les trois demandées concernant les accidents de travail. Elle obtient 45 %.

Attendu qu'il s'avère donc que l'entreprise la moins disante (CHERON) n'est pas en ordre en ce qui concerne l'Arrêté Royal du 25/01/2001 concernant la coordination de la sécurité et de la santé sur les chantiers temporaires et mobiles;

Etant donné que les avis divergent à propos des conséquences de ce problème sur la désignation de l'adjudicataire :

Avis n° 1 : Services techniques de la Ville (Voirie) et du service Voyer :

Attendu qu'à qualités techniques égales, l'offre de la firme CHERON de Horrues est l'offre régulière la moins chère, le service voirie de la Ville et le service voyer proposent donc de désigner la firme CHERON de Horrues comme adjudicataire des travaux en question selon son offre d'un montant de € 156.853,57 HTVA - € 189.792,82 TVAC MALGRE le fait qu'elle ne répond pas aux conditions de l'Arrêté Royal du 25/01/2001 concernant la coordination de la sécurité et de la santé sur les chantiers temporaires et mobiles.

Arguments:

- L'entreprise CHERON a quand même remis un PSS «Entreprise » même s'il est très succinct.
- Une circulaire du 06/05/2004 précise que le Maître de l'Ouvrage devrait indiquer dans son cahier spécial des charges que le fait de ne pas remplir le formulaire du PSS implique que l'offre sera frappée de nullité. Or, cette phrase n'a pas été ajoutée dans ce cas.
- Ils craignent que l'entreprise CHERON intente un recours.

Avis n° 2 : Service Juridique et Eric TIBERMONT

1. Le document PSS faisait partie intégrante du cahier spécial des charges. (ANNEXE 5)

Il comportait :

- Sur la page de garde, la mention que «suivant l'A.R. du 25/01/2001, le soumissionnaire doit annexer à son offre son PSS valorisé et adapté aux risques spécifiques décrits en annexe»
- Dans la table des matières (en caractères gras) : «RISQUES SPECIFIQUES A REMETTRE AVEC VOTRE PSS LORS DE LA SOUMISSION»
- Sur le formulaire à remplir (en entête, en caractères plus grands et en gras) : «VEUILLEZ JOINDRE VOTRE PSS AU BORDEREAU DE PRIX AVEC CES FEUILLES»

2. De plus, l'article 30 de l'Arrêté Royal du 25/01/2001 concernant la coordination de la sécurité et de la santé sur les chantiers temporaires et mobiles précise que « Le Maître de l'Ouvrage prend les mesures nécessaires pour que le plan de sécurité et de santé fasse partie du cahier spécial des charges afin que les candidats annexent à leurs offres un document qui réfère au PSS et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce PSS ainsi qu'un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le PSS.....».

3. Eric Tibermont :

«Au-delà de l'importance du PSS en tant qu'annexe d'un cahier spécial des charges et des problèmes d'interprétation juridique en la matière, je pense que ce PSS est en quelque sorte le reflet de ce que l'entreprise prestataire est en mesure de proposer pour permettre à ses employés de travailler en toute sécurité.

Le débat en la matière glisse vers l'importance que l'administration accorde à la sécurité et à la santé des travailleurs des sociétés prestataires que nous désignons. Aussi, en matière de sécurité et de responsabilité, que se passerait-il si un accident de travail survenait sur un chantier dont nous avons la maîtrise d'ouvrage et dont l'entreprise désignée n'aurait pas reçu l'aval de notre coordinateur de sécurité, SIXCO?

Sans même évoquer la notion de responsabilité, l'image qui pourrait être perçue du travail de l'administration en matière de protection des personnes serait loin d'être irréprochable.

Je conclus donc en me rangeant à l'avis de SIXCO pour des raisons de cohérence en matière de sécurité et en écartant ainsi la société CHERON.

4. Juridique :

Indépendamment de la législation sur les marchés publics, que se passerait-il en cas d'accident? La responsabilité pénale du Bourgmestre et des Echevins pourrait être retenue à titre personnel.

POUR TOUTES CES RAISONS, le service Juridique propose de suivre l'avis de notre coordinateur de sécurité (SIXCO), d'écarter la firme CHERON et de désigner la firme classée n° 2, c'est-à-dire la firme LARCIN de HAULCHIN comme adjudicataire des travaux en question selon son offre d'un montant de € 157.020,89 HTVA - € 189.955,28 TVAC

Proposition n° 3

Vu la saison actuelle (hiver) qui empêche de réaliser des travaux de voirie, et ce, pour plusieurs mois, une troisième solution pourrait être envisagée afin d'éviter tout risque de recours éventuel d'une firme ou d'une autre :

La Ville n'étant pas tenue d'attribuer le marché, le Collège Communal pourrait décider de ne pas attribuer, de reporter le crédit en 2008 et de relancer la publicité du marché en ajoutant dans le cahier spécial des charges (et en toutes lettres), la mention que le fait de ne pas répondre au PSS entraîne la nullité de l'offre.

Vu le calcul du montant de l'emprunt à contracter pour couvrir la dépense en cas de désignation (sur base de l'offre la plus chère) :

Montant des travaux TVAC :	189.995,28	
Révisions :	<u>18.999,53</u>	
TOTAL A EMPRUNTER :	208.994,81	Arrondis à € 209.000,00

Vu la Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services;

Vu l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services;

Vu l'Arrêté Royal du 26 septembre 1996 établissant le cahier général des charges;

Vu l'Arrêté Royal du 25/01/2001 concernant la coordination de la sécurité et de la santé sur les chantiers temporaires et mobiles;

Vu les articles 123 - 2/ et 236 de la Nouvelle Loi communale;

Vu les articles L1123-23 et L1222-4 du Code de la Démocratie Locale et de la Décentralisation;

Décide :

Article 1^{er} : de suivre l'avis de notre coordinateur de sécurité (SIXCO), d'écarter la firme CHERON et de désigner la firme classée n/2 au niveau du prix, c'est-à-dire la firme LARCIN de HAULCHIN comme adjudicataire des travaux en question selon son offre d'un montant de € 157.020,89 HTVA - € 189.955,28 TVAC car elle répond aux conditions de l'Arrêté Royal du 25/01/2001 concernant la coordination de la sécurité et de la santé sur les chantiers temporaires et mobiles.

Article 2 : de couvrir la dépense par un emprunt d'un montant de € 209.000,00 à contracter auprès d'un organisme bancaire.

Article 3 : de notifier l'entrepreneur et de lui donner l'ordre de commencer les travaux dans les délais légaux.[...]"

Cette décision constitue l'acte attaqué.

4. Par courrier recommandé du 22 février 2008, déposé à la poste le même jour, la partie adverse informe la requérante que le collège n'a pas retenu son offre, qu'elle est libre de solliciter la communication des motifs de cette décision et qu'un recours peut être introduit devant le Conseil d'Etat.

5. Par courrier du 25 mars 2008, la partie adverse informe la société anonyme LARCIN qu'elle a été désignée comme adjudicataire du marché.

6. Le 16 avril 2008, suite semble-t-il à un appel téléphonique de la requérante, les services de la partie adverse lui ont renvoyé par fax une copie du courrier du 22 février 2008.

7. Le 22 avril 2008, la requérante adresse le téléfax suivant à la partie adverse :

" Suite à votre fax du 16 avril 2008 - relatif à la lettre du 22/02/2008 que je n'ai pas reçue et dont je n'ai pas pu prendre connaissance, je souhaiterais que l'on me communique les motifs pour lesquels nous n'avons pas été retenus pour le marché de travaux précité."

8. Le 6 mai 2008, la partie adverse adresse le courrier suivant à la requérante :

" Conformément à votre demande (rappel) du 22/04/2008, nous vous communiquons les raisons pour lesquelles votre offre n'a pas été retenue lors de l'attribution du marché repris sous objet.

Le classement des offres reçues était le suivant :

1. Ets CHERON - Horrues :	€ 189.792,82 TVAC
2. Ets LARCIN - Estinnes :	€ 189.995,28 TVAC
3. Ets EUROVIA BELGIUM - Couillet :	€ 202.850,23 TVAC
4. Ets TRAVEXPLOIT - Ragnies :	€ 204.599,38 TVAC
5. Ets DESENFANT - Braine-Le-Comte :	€ 213.255,60 TVAC

Monsieur DUSART, Coordinateur en matière de Sécurité et Santé pour la firme SIXCO, a analysé les documents remis par les firmes par rapport au PSS inclus dans le cahier spécial des charges et approuvé par le Conseil Communal en date du 15/10/2007 et ce, en vertu de l'article 11, 4/ et de l'article 30 de l'Arrêté Royal du 25/01/2001 concernant la coordination de la sécurité et de la santé sur les chantiers temporaires et mobiles.

A l'issue de cette analyse, il a écarté votre offre (ainsi que celles de TRAVEXPLOIT et de DESENFANT) car elle n'avait pas obtenu les 50 % nécessaires pour être retenue (elle avait obtenu 38 %) et ce pour les raisons suivantes :

- Le formulaire annexé au cahier spécial des charges était signé mais pas rempli (donc pas de PSS «Projet», c'est-à-dire d'analyse de risques propres au chantier).
- Les risques propres au chantier n'étaient pas valorisés (chiffrés).
- Les statistiques d'accidents de travail n'étaient pas remises.

Seul était annexé un PSS «Entreprise» très succinct, c'est-à-dire les mesures générales de protection (ce qui ne correspond pas à l'analyse des risques du PSS) sans aucune valorisation des coûts de sécurité moyens.

L'offre remise par votre entreprise n'était donc pas en ordre en ce qui concerne l'Arrêté Royal du 25/01/2001 concernant la coordination de la sécurité et de la santé sur les chantiers temporaires et mobiles, alors que le document PSS faisait partie intégrante du cahier spécial des charges. Il comportait :

- Sur la page de garde, la mention que «suivant l'A.R. du 25/01/2001, le soumissionnaire doit annexer à son offre son PSS valorisé et adapté aux risques spécifiques décrits en annexe»
- Dans la table des matières (en caractère gras) : «RISQUES SPECIFIQUES A REMETTRE AVEC VOTRE PSS LORS DE LA SOUMISSION»
- Sur le formulaire à remplir (en entête, en caractère plus grands et en gras) : «VEUILLEZ JOINDRE VOTRE PSS AU BORDEREAU DE PRIX AVEC CES FEUILLES»

Aussi, notre Collège communal lors de la séance du 31/12/2007 a décidé de suivre l'avis de notre coordinateur de sécurité (SIXCO), d'écarter votre offre et de désigner la firme classée n° 2, c'est-à-dire la firme LARCIN comme adjudicataire des travaux en question selon son offre d'un montant de € 189.995,28 TVAC car elle était l'offre la moins disante répondant à la fois aux critères de sélection qualitative, aux clauses techniques du cahier spécial des charges et aux conditions de l'Arrêté Royal du 25/01/2001 concernant la coordination de la sécurité et de la santé sur les chantiers temporaires et mobiles.

Nous espérons avoir répondu ainsi à votre demande et, pour rappel, nous vous indiquons que cette décision est susceptible d'un recours devant le Conseil d'Etat, comme il est prévu à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. [...]";

Considérant que dans son mémoire en réponse, la partie adverse estime que le recours est irrecevable car il ne vise que la décision de ne pas retenir l'offre de la requérante et non la décision attribuant le marché à un autre soumissionnaire, que le Conseil d'Etat ne peut se substituer à l'administration, que la demande de la requérante équivaut à demander l'annulation de la décision de refuser de lui attribuer le marché;

Considérant qu'il ressort des termes de la requête que celle-ci a bien pour objet la décision du 31 décembre 2007 de ne pas attribuer à la requérante le marché et de l'attribuer à l'entreprise LARCIN (page 2); que l'enseignement de l'arrêt n/ 152.174 du 2 décembre 2005 mentionné par la partie adverse dans son dernier mémoire a trait à une procédure restreinte de marché, laquelle donne lieu à deux décisions distinctes, l'une relative à la sélection qualitative et l'autre à la régularité de l'offre et à l'attribution du marché, et ne peut être transposé à une procédure publique ou ouverte de marché qui se conclut par une seule décision; qu'il en va d'autant plus ainsi en procédure d'adjudication publique dès lors que le marché litigieux aurait dû être attribué à la requérante, étant le soumissionnaire le plus bas sous réserve de la régularité de son offre et de l'exactitude de son prix; que l'exception est rejetée,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

Le membre de l'auditorat désigné par l'Auditeur général est chargé de poursuivre l'instruction.

Article 3.

A dater de la notification du rapport complémentaire, chacune des parties disposera d'un délai unique de trente jours pour déposer un dernier mémoire.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le sept décembre deux mille neuf par :

M^{me} DAURMONT,
MM. LEWALLE,
NIHOUL,
M^{me} SCHMITZ,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

V. SCHMITZ.

O. DAURMONT.