

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 199.335 du 5 janvier 2010

G./A.159.041/VI-16.827

G./A.164.778/VI-16.975

En cause : **la société anonyme ENTREPRISE GENERALE
DE CONSTRUCTION CHAUVAUX,**

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Véronique BERTRAND, avocats,
place des Nations Unies, n° 7,
4020 Liège,

contre :

la commune de Libin,

ayant élu domicile chez
Me Benoît CAMBIER, avocat,
avenue Winston Churchill, n° 253,
1180 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 10 janvier 2005 par la société anonyme ENTREPRISE GENERALE DE CONSTRUCTION CHAUVAUX qui demande l'annulation de "la décision du 20 février 2004, par laquelle la commune de LIBIN, représentée par son Collège des Bourgmestre et Echevins [...] a écarté son offre et a attribué le marché à la S.A. TP RENOVATION" (G./A.159.041/VI-16.827);

Vu la requête introduite le 29 juillet 2005 par la société anonyme ENTREPRISE GENERALE DE CONSTRUCTION CHAUVAUX qui demande l'annulation de "la décision du 25 juin 2004, par laquelle la commune de LIBIN, représentée par son Collège des Bourgmestre et Echevins [...] a décidé de notifier l'attribution dudit marché à la S.A. TP RENOVATION" (G./A.164.778/VI-16.975);

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

Vu les notifications du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu les ordonnances du 18 novembre 2009, notifiées aux parties, fixant les affaires à l'audience du 16 décembre 2009;

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

Entendu, en leurs observations, Me André DELVAUX, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me Pauline LAGASSE, loco Me Benoît CAMBIER, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section;

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 des recours sont les suivants :

1. Les 9 et 16 janvier 2004, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications un avis de marché relatif à un marché de travaux, à passer selon le mode de l'adjudication publique, ayant pour objet la construction d'une maison de village à Ochamps.

Cet avis impose, "sous peine d'exclusion", notamment le dépôt de l'attestation O.N.S.S. avec en majuscules la mention suivante : "TOUS CES DOCUMENTS SONT A FOURNIR POUR LE JOUR DU DEPOT DES OFFRES".

2. Selon le cahier spécial des charges (p. 3) :

" Les documents, modèles et échantillons suivants doivent être joints à l'offre : Les documents, modèles et échantillons dont la demande est précisée dans la description des ouvrages.

Conformément à l'article 30 de l'AR du 25.01.01 :

- 1° - Les candidats annexent à leurs offres le dossier «Evaluation des entreprises» qui réfère au plan de sécurité et de santé et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte du plan de sécurité et de santé.
- 2° - Les candidats annexent à leurs offres un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle."

Selon le plan général de sécurité et de santé, qui constitue l'annexe 1 du cahier spécial des charges (p. 5) :

" D. OBLIGATIONS PARTICULIERES DES SOUMISSIONNAIRES

Afin que les dispositions prévues par le coordinateur sécurité santé puissent être appliquées de manière effective lors de l'exécution des travaux, les candidats (conformément à l'article 30 paragraphe 1 de l'AR du 25 janvier 2001) annexeront obligatoirement à leurs offres un document qui réfère au PGSS et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce plan sécurité et de santé."

Figure également "l'engagement du soumissionnaire à annexer à l'offre".

3. Le 6 février 2004, jour de l'ouverture des offres, il est constaté que dix offres sont déposées.

L'offre de la requérante au montant de 405.742,49 € est classée provisoirement comme la deuxième offre la plus basse, celle de la société anonyme T.P. RENOVATION d'un montant de 404.329,71 € étant provisoirement l'offre la plus basse.

4. Le 16 février 2004, l'architecte-auteur de projet établit le "rapport d'adjudication".

En ce qui concerne "l'analyse administrative des soumissions", le rapport indique, pour la société anonyme T.P. RENOVATION, ce qui suit :

" Documents exigés qui sont absents ou non conformes :

Absents : Les annexes suivantes relatives à la Coordination Sécurité et Santé des travaux et exigées par le coordinateur désigné : la formule d'engagement du soumissionnaire, la note de calcul de prix des mesures de prévention."

Ce rapport contient la conclusion suivante :

- " [...] l'offre de l'entreprise T.P. RENOVATION de Maissin reste la moins disante.

Cependant, cette offre est incomplète au niveau des annexes à joindre relatives à la Coordination Sécurité et Santé des travaux.

Le Maître de l'ouvrage pourra désigner cette entreprise comme adjudicataire sous réserve de la production des documents demandés et dont la conformité devra être vérifiée par le Coordinateur."

5. En sa séance du 20 février 2004, le collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse décide d'attribuer le marché à la firme T.P. RENOVATION;

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué dans le recours portant les références G./A.159.041/VI-16.827, est motivée de la manière suivante :

" Vu le courrier du ministre de l'Agriculture et de la Ruralité en date du 23/12/2003 approuvant le projet des travaux susmentionnés, tous frais compris, au montant de 452.214,85 €;

Attendu que l'adjudication publique des travaux en question a eu lieu le 06 février 2004;

Vu le rapport de l'auteur de projet concernant l'adjudication;

Considérant qu'il résulte de ce rapport que la soumission de la SA T.P. RENOVATION à Maissin est la moins disante;

Considérant que l'offre de la dite entreprise est inférieure au montant de l'estimation;

Vu l'attestation d'ONSS fournie par cette entreprise prouvant qu'elle est en ordre jusqu'au 3^{ème} trimestre 2003;

Etant donné que rien ne s'oppose à déclarer cette société comme adjudicataire;

Sur proposition de l'Echevin des Travaux;

Vu l'urgence;

Après en avoir délibéré;

DECIDE à L'UNANIMITE,

- de désigner la S.A. T.P. RENOVATION [...] comme adjudicataire des travaux de construction d'une maison de village à OCHAMPS, pour un montant de 404.329,71 € TVAC;

- de solliciter l'octroi des subsides auprès du Ministre de l'Agriculture et de la Ruralité, au taux de 80 % par rapport au montant de l'adjudication.

La part communale sera financée par un emprunt."

6. Par une lettre du 25 février 2004, la société anonyme T.P. RENOVATION fait parvenir à la partie adverse une attestation O.N.S.S. datée du 23 février 2004

et incluant le troisième trimestre 2003 ainsi que "les documents demandés", à savoir ceux relatifs au plan de sécurité et de santé qui ont été remplis et signés le 24 février 2004.

7. Les 9, 15 et 30 mars 2004, la partie requérante adresse à la partie adverse des courriers restés sans réponse, signalant, après consultation du rapport, ce qu'elle considèrait comme des irrégularités affectant l'offre de la firme T.P. RENOVATION.

8. Le 22 mars 2004, la partie adverse prend l'avis de l'Union des villes et communes de Wallonie, laquelle le donne par lettre du 8 avril 2004 sur "la problématique des éléments manquants à la soumission".

9. Le 24 mars 2004, la firme SIXCO, coordinateur de sécurité et de santé, adresse à la partie adverse un rapport concernant la régularité de l'offre de l'adjudicataire T.P. RENOVATION en matière de coordination sécurité et santé, lequel conclut que "sur le point administratif, l'offre du soumissionnaire «TP rénovation» est considérée comme régulière".

10. Le 25 juin 2004, le collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse prend la décision suivante :

" 5. Suite à l'attribution des subsides par la Région Wallonne décide de notifier l'attribution du marché à TP RENOVATION à Opont pour les travaux de construction de la maison de village de Ochamps pour un montant de 404.329,71 € TVAC. La date de commencement du chantier est fixée au 1^{er} septembre 2004."

Cette décision constitue l'acte attaqué dans le recours portant les références G./A.164.778/VI-16.975.

11. Le 29 juin 2004, la partie adverse notifie l'attribution du marché à la société anonyme T.P. RENOVATION, en l'invitant à constituer le cautionnement et en fixant l'ordre de commencer les travaux au 1^{er} septembre 2004.

12. Le 8 septembre 2004, la partie requérante est informée que le marché a été attribué et notifié à la société anonyme T.P. RENOVATION.

13. La partie requérante ayant réclamé, le 29 octobre 2004, une copie de la décision motivée d'attribution, la partie adverse a transmis, le 9 novembre 2004, la

délibération du collège des bourgmestre et échevins du 20 février 2004 ainsi que le "rapport des soumissions relatif à la coordination de sécurité" du 24 mars 2004;

Considérant que les deux recours sont mus contre le même marché et contiennent les mêmes moyens; qu'il s'indique dans l'intérêt d'une bonne justice de les joindre;

Considérant, quant à la recevabilité du recours portant la référence G./A.164.778/VI-16.975, que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

" Conformément à la théorie de l'acte détachable seule la décision relative au choix du soumissionnaire peut faire l'objet d'un recours en annulation.

Il est toutefois admis que cette décision ne produit ses effets que lors de la notification de l'attribution du marché au soumissionnaire retenu.

Le marché public litigieux bénéficie, pour sa réalisation, de subsides régionaux et ce au titre d'investissement d'intérêt collectif (maison de village). Dans ces conditions, la partie adverse a pris une décision de principe d'attribution du marché en date du 20 février 2004. Cette décision fait suite au rapport d'examen des offres ayant conclu au caractère moins disant de l'offre de la S.A. TP Rénovation.

La décision d'attribution du marché a été prise étant entendu que l'attribution du marché serait nécessairement conditionnée :

- à l'octroi des subsides

- à la production par la S.A. TP RENOVATION des documents administratifs manquants à son offre (attestation ONSS et formulaire sécurité chantier).

Il est à noter que ces documents administratifs, demandés par la partie adverse, ont été produits par lettre de la S.A. TP RENOVATION du 25 février 2004. Il est clair que si l'offre n'avait pas été régularisée de la sorte, la notification de l'attribution du marché n'aurait pas été décidée et les subsides n'auraient pas été alloués.

Dans ce contexte, il faut considérer que la décision de notification du marché confirme l'attribution de celui-ci à la S.A. TP RENOVATION. Il ne s'agit pas d'une décision purement confirmative puisque celle-ci intervient alors que le dossier comprend des éléments nouveaux : acceptation des subsides, régularisation des documents administratifs manquants.

Le recours paraît en conséquence recevable.";

Considérant qu'une telle analyse s'écarte de la réalité des faits; qu'il ressort du dossier et de l'exposé des faits ci-avant que, le 20 février 2004, le collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse n'a pas pris de "décision de principe" mais a désigné, sans réserve ni condition, la société anonyme T.P. RENOVATION comme adjudicataire des travaux de construction d'une maison de village à Ochamps; que lorsque la partie requérante a réclamé, le 29 octobre 2004, la communication de la

décision motivée d'attribution, la partie adverse a transmis, le 9 novembre 2004, non pas la "décision" du 25 juin 2004 mais la délibération du 20 février 2004 du collège des bourgmestre et échevins; que, le 25 juin 2004, le collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse a seulement pris la décision de notifier l'attribution du marché à la firme T.P. RENOVATION, sans réexamen ni confirmation de la délibération du 20 février 2004, et a pris les premières mesures d'exécution du marché, étant le cautionnement et le point de départ du chantier; que par ailleurs, le fait que le financement des travaux soit couvert par un subside de la Région wallonne ne met pas en cause l'existence de la décision d'attribution du marché, même s'il s'indiquait d'attendre pour cette raison la notification de la décision qui entraînait la conclusion du contrat; qu'il s'ensuit que la "décision" du 25 juin 2004 a pour objet la notification de l'attribution du marché; qu'un tel acte n'est pas susceptible de recours devant le Conseil d'Etat; que le recours portant la référence G./A.164.778/VI-16.975 n'est pas recevable;

Considérant, quant au recours portant la référence G./A.159.041/VI-16.827, que la requérante prend un moyen, le premier de la requête, "de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 16 et suivants de la loi du 4 août 1996 sur le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, de l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers mobiles et temporaires, de l'article 90, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics et du cahier spécial des charges"; qu'elle fait valoir que l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles, qui exige d'annexer aux offres le plan particulier de sécurité et de santé, est d'ordre public car touchant à la santé et à la sécurité des personnes et visant à la mise en oeuvre de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail sanctionnée pénalement, qu'en toute hypothèse, le cahier spécial des charges exigeait que les documents relatifs au plan particulier de sécurité et de santé fussent remplis et joints obligatoirement à l'offre, que la partie adverse a toutefois attribué le marché à la société anonyme T.P. RENOVATION alors que celle-ci n'avait pas joint à son offre le plan particulier de sécurité et de santé, que ces documents n'ont été transmis qu'après la décision attaquée;

Considérant que dans son mémoire en réponse et son dernier mémoire, la partie adverse soutient que le cahier spécial des charges ne stipule nullement que le formulaire relatif à la coordination sécurité et santé constitue une annexe devant être jointe à l'offre sous peine de nullité de la soumission, que l'absence de ladite annexe n'expose l'offre qu'à une cause de nullité relative, que le document manquant a bien

été complété et que ce n'est qu'après en avoir obtenu communication que la partie adverse a, d'une part, soumis le dossier aux pouvoirs subsidiaires et, d'autre part, décidé de confirmer l'attribution du marché et de procéder à sa notification à l'entrepreneur retenu, que la cause de nullité relative était ainsi couverte de sorte que l'offre de la société anonyme T.P. RENOVATION méritait d'être retenue étant l'offre la moins disante;

Considérant qu'en principe, la régularité des soumissions doit s'apprécier sur la base des soumissions mêmes et non pas à la lumière de déclarations complémentaires, à peine de violer le droit des soumissionnaires à l'égalité de traitement; que sauf disposition légale ou réglementaire expresse ou sauf dispositions particulières du cahier spécial des charges, les documents qui accompagnent la soumission doivent normalement être joints à celle-ci lors de son dépôt et ne peuvent être transmis ultérieurement à l'ouverture des offres; que face à une offre incomplète, l'article 115, alinéa 5, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics autorise, mais n'oblige pas, le pouvoir adjudicateur à "prendre contact" avec les soumissionnaires, mais seulement "pour faire préciser ou compléter la teneur de leur offre"; qu'en toute hypothèse, les documents manquants qui peuvent être fournis ultérieurement au dépôt des offres doivent l'être avant la comparaison des offres et la décision d'attribuer le marché, sous peine de subordonner le choix de l'attributaire du marché à un élément inconnu ou qui ne pourra être déterminé qu'au stade de l'exécution du marché;

Considérant qu'en l'espèce, les clauses administratives générales du cahier spécial des charges relatives à l'établissement de l'offre et l'annexe à celui-ci relative au plan de sécurité et de santé indiquent expressément que l'offre doit être accompagnée d'un plan particulier de sécurité et de santé et d'un engagement du soumissionnaire y relatif tout en intégrant le coût des mesures prévues à cet effet dans les prix unitaires de la soumission; qu'il n'est pas contesté que l'offre de la société anonyme T.P. RENOVATION ne contenait pas ces documents; que le rapport d'adjudication avait attiré l'attention sur ce manquement; que la partie adverse a toutefois considéré, dans la décision attaquée, que "rien ne s'oppose à déclarer cette société comme adjudicataire" sans examiner la régularité de l'offre de cette société; que les documents manquants en matière de sécurité et de santé n'ont été déposés par la société anonyme T.P. RENOVATION que postérieurement à la décision d'attribution; que toutefois, ni le cahier spécial des charges ni la réglementation applicable n'autorisaient la partie adverse à permettre à ce soumissionnaire de compléter son offre lors de la commande des travaux litigieux; qu'il appartenait au contraire à la partie adverse, dans le respect

du principe d'égalité, de solliciter des soumissionnaires ayant remis des offres considérées comme n'étant "pas en ordre" la communication des informations manquantes avant de se prononcer sur la conformité de ces offres et a fortiori avant d'attribuer le marché à l'un des soumissionnaires; qu'il s'ensuit qu'au moment où la décision d'attribution litigieuse a été prise, l'offre de la société anonyme T.P. RENOVATION n'était pas régulière; que le premier moyen est fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les affaires inscrites sous les n^{os} G./A.159.041/VI-16.827 et G./A.164.778/VI-16.975 sont jointes.

Article 2.

La requête portant la référence G./A.164.778/VI-16.975 est rejetée.

Article 3.

Est annulée la décision du 20 février 2004 par laquelle le collège des bourgmestre et échevins de la commune de Libin a attribué à la société anonyme T.P. RENOVATION le marché de travaux relatif à la construction d'une maison de village à Ochamps.

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge de la partie adverse à concurrence de 175 euros et à la charge de la partie requérante à concurrence de 175 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
cinq janvier deux mille dix par :

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

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

Le Greffier,

Le Président,

C. HUGÉ.

O. DAURMONT.