

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 202.194 du 22 mars 2010

G./A.178.970/VI-17.295

En cause : **la société anonyme LAMBRY,**

ayant élu domicile
rue de France, n° 79,
5580 Rochefort,

contre :

la Région wallonne, représentée
par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me Philippe COENRAETS, avocat,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 28 novembre 2006 par la société anonyme LAMBRY qui demande l'annulation de la décision de la partie adverse, notifiée par un courrier daté du 2 octobre 2006, d'écarter son offre et d'attribuer à la société anonyme ARBEL le marché public de travaux relatif à l'entretien, en 2005, des routes gérées par la direction des routes du Luxembourg;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. HOUYET, Auditeur;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la partie requérante;

Vu l'ordonnance du 5 février 2010, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 10 mars 2010;

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

Entendu, en leurs observations, Me Nathalie DE TERWANGNE, loco Me Bénédicte LETECHEUR, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me Yves SCHNEIDER, loco Me Philippe COENRAETS, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Premier auditeur au Conseil d'Etat;

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

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

1. Le 29 avril 2005, la partie adverse publie dans le Bulletin des adjudications un avis relatif à la passation, par adjudication publique, d'un marché public de travaux concernant l'entretien, en 2005, des routes gérées par la direction des routes du Luxembourg.

Le marché est divisé en huit lots qui correspondent aux huit districts routiers de la province du Luxembourg. Est en cause le lot 11 relatif au district d'Arlon.

2. Le cahier spécial des charges prévoit notamment ce qui suit en ce qui concerne le contenu de l'offre (page 4) :

- " 8. Contenu de l'offre (art. 90 § 2 de l'arrêté royal du 08 janvier 1996).
8.1. Documents, modèles et échantillons à joindre à l'offre.
Le soumissionnaire doit joindre en annexe de son offre les documents suivants :
1. Attestation ONSS.
2. Certificat d'agrément.
3. Certificat d'enregistrement.
4. Note décrivant les mesures prises en fonction des dispositions du plan de sécurité et santé.
5. Note justificative des prix relatifs aux coûts engendrés par les mesures contenues dans le PSS.
8.2. Congés annuels et jours de repos compensatoires.
SANS OBJET."

Sous l'intitulé "Dispositions complémentaires relatives au chapitre A. Clauses administratives.", il est prévu, à l'article 4, § 1^{er}, qu' "un plan général de sécurité et santé établi par Monsieur Jean-Paul NOEL de SIXCO SARL agissant en qualité de coordinateur-projet est annexé au présent CSC." (page 8) et, à l'article 36, § 1^{er}, que "le plan de sécurité et de santé est joint au présent cahier spécial des charges." et que "le coût des mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité

et de santé, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle constitue une charge d'entreprise." (page 12).

En son "article additionnel n/ 1 concernant les mesures de sécurité et de santé à mettre en oeuvre sur le chantier", le cahier spécial des charges prévoit en outre que "la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail et l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles sont applicables au présent marché" et que "l'adjudicataire joint à son offre un document général qui se réfère au plan de sécurité et santé joint au présent CSC et décrivant la manière dont le soumissionnaire se propose d'exécuter les travaux pour tenir compte de ce plan général de sécurité et de santé" (page 15).

En annexe au cahier spécial des charges figure le plan général de sécurité et de santé établi par la firme SIXCO. Ce plan contient en page 2 un document intitulé "ENGAGEMENT DU SOUMISSIONNAIRE - Réponse à l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001" qui doit être rempli et signé par le soumissionnaire et qui porte la mention suivante en gras et en majuscules :

" Cet engagement doit être retourné avec la soumission sous peine de nullité de la soumission".

3. Le 26 mai 2005, jour de l'ouverture des offres, il est constaté que quatre offres sont déposées pour le lot 11, dont celles de la partie requérante et de la société anonyme ARBEL qui sont les deux offres les plus basses.

4. Le 31 mai 2005, la direction des routes du Luxembourg demande à la société SIXCO un avis relatif aux plans particuliers de sécurité et de santé proposés par les soumissionnaires et à la note justificative des coûts engendrés par ces plans.

Le même jour, la même direction demande au bureau des prix de la partie adverse un avis "sur l'offre moins disante relative à l'adjudication des travaux".

5. Le 9 juin 2005, la société SIXCO transmet à cette direction un rapport dont le contenu est le suivant :

" Les offres des soumissionnaires que vous m*avez fournies concernant l*opération citée en objet, ceci en matière de sécurité et de santé, m*amènent à vous présenter les éléments suivants :

1) Le dossier de consultation des entreprises fourni par le M.E.T. contient le P.S.S. et son annexe de P.P.S.S. à compléter par l*entreprise;

- 2) Les entreprises ARBEL, LAMBRY, DETAILLE et S.A.C.E. ont fourni des éléments demandés en la matière;
- 3) Seule l'entreprise ARBEL a fourni l'engagement du soumissionnaire dûment complété (page 2 sur 28 du PGSS joint à la consultation) qui implique contractuellement l'entreprise en matière de sécurité et de santé;
- 4) Les autres soumissionnaires n'ont pas fourni en dehors d'un coût de sécurité pour les travaux, leurs plans sécurité étant recevables dans la forme, les éventuels points non inclus seront précisés in-situ, les valeurs financières présentées dans les dossiers n'apportent pas d'observations particulières de la part du coordinateur (sic).

En réponse à l'obligation dispensée par la loi [lire : par l'arrêté royal] du 25 janvier 2001, le coordinateur, dans les conditions actuelles, à la vue des documents présentés par les soumissionnaires ne peut retenir comme seule valable que l'offre présentée par l'entreprise ARBEL.

Les dossiers non complets des soumissionnaires doivent être complétés au minimum de l'engagement du soumissionnaire afin que le coordinateur puisse émettre un avis non réservé sur ces entreprises.

Le coordinateur demande au Maître de l'Ouvrage de confirmer sur l'ordre de service que les travaux ne doivent commencer qu'après une visite d'inspection commune préalable aux travaux en présence du coordinateur et du visa du journal de la coordination."

6. Le 13 juin 2005, le bureau des prix du ministère de l'Equipeement et des Transports adresse à cette même direction un avis qui contient notamment les observations qui suivent :

" 1. Les deux offres les plus basses LAMBRY et ARBEL s'écarternt respectivement de 11,18 % et 12,4 % de l'estimation rectifiée généralisée du Bureau des Prix.

2. Les postes à prix apparemment anormal sont d'une grande importance (Respectivement 20,11 % et 25,06 % du total de l'estimation rectifiée généralisée du Bureau des Prix).

En fonction des critères habituels du Bureau des Prix, la conjonction de ces deux paramètres nous amène à considérer les deux offres les plus basses comme globalement suspectes, voire spéculatives. Il y aurait donc lieu de demander à ces entrepreneurs la justification des prix litigieux remis par eux dans cette adjudication sur base de l'article 110 § 3 de l'A.R. du 8.1.1996.

Votre Direction est la mieux à même de porter un jugement sur la pertinence des arguments que les entrepreneurs avanceront.

D'autre part, comme l'écart entre les montants globaux de ces offres et la moyenne calculée suivant l'art. 110 § 4 de l'A.R. du 8.1.1996 est inférieur à 15 %, aucune demande de justification de ces montants globaux n'est nécessaire."

7. Le 15 juin 2005, la partie adverse demande à la partie requérante et à la société anonyme ARBEL de lui justifier les prix d'un certain nombre de postes qui présentent un caractère apparemment anormalement élevé, ce qui est fait respectivement le 17 juin 2005 et le 27 juin 2005.

Le même jour, la partie adverse indique à la partie requérante qu' "après analyse de votre offre [...], il apparaît que la page 2/28 du Cahier Spécial des Charges (engagement du soumissionnaire) n'a pas été jointe à votre offre" et l'invite à lui renvoyer ledit document dûment rempli, ce qui est fait le lendemain.

8. Le 20 juin 2005, la partie adverse envoie à la société SIXCO pour avis les documents fournis par la partie requérante en matière de plan particulier de sécurité et de santé, notamment l'acte d'engagement requis par le cahier spécial des charges.

9. Le 26 août 2005, la direction des routes du Luxembourg adresse au ministre compétent un rapport relatif aux justifications des prix apportées par la partie requérante et par la société anonyme ARBEL, lequel propose de "déclarer non recevable la justification des prix présentée par la SA LAMBRY" et "de confier le marché à la SA ARBEL et d'approuver son offre".

10. Le 29 août 2006, la partie adverse adopte la décision attaquée qui est libellée comme suit :

" LE GOUVERNEMENT WALLON, représenté par Monsieur le Directeur général des Ponts et Chaussées f.f., ir R. VAN ASSCHE, conformément à l'article 7 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 14 octobre 1993 relatif aux délégations de pouvoir spécifiques au Ministère wallon de l'Équipement et des Transports,

Vu la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;

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

Vu l'arrêté royal du 08 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;

Vu la circulaire du Premier Ministre du 10 février 1998 relative aux marchés publics, sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services;

Vu l'avis préalable de la Direction générale des Services techniques;

Attendu que l'Administration - Direction des Routes d'Arlon - a mis en procédure ouverte (adjudication publique) le 26.05.2005, un marché concernant le «Bail d'entretien des routes en 2005 - District d'Arlon - Lot 11», suivant le cahier spécial des charges n/ 132-05B08;

Attendu que tous les soumissionnaires répondent aux critères de sélection qualitative tel que repris à l'avis de marché;

Attendu que le classement des soumissions est le suivant :

- | | |
|----------------------------|----------------------------------|
| 1. SA. LAMBRY de Rochefort | pour un montant de 267.520,75 €, |
| 2. S.A. ARBEL de Naninne | pour un montant de 270.463,95 €, |

3. S.A. DETAILLE de Beheme-Léglise pour un montant de 303.979,01 €,
4. S.A. CE. de Heure-le-Romain pour un montant de 326.845,45 €;

Attendu que la société S.A. LAMBRY a déposé offre dans le cadre de ce marché; qu'à l'ouverture des soumissions, son offre est apparue la plus basse;

Attendu que la société anonyme S.A. ARBEL a déposé offre dans le cadre de ce marché; que son offre est apparue classée deuxième;

Attendu toutefois qu'après examen de ces deux offres, l'Administration a jugé nécessaire de demander en date du 15 juin 2005, en raison de leur caractère apparemment anormal, la justification de certains prix unitaires remis;

Attendu que pour la S.A. LAMBRY, il s'agit des postes qui concernent tout le bordereau (+ 10%) ainsi que les postes de renouvellement de revêtements et que cette firme a répondu en date du 17 juin 2005, soit dans le délai réglementaire;

Attendu que pour la S.A. ARBEL il s'agit des postes concernant des curages et nettoyages dont les quantités peuvent être limitées à celles du mètre et que cette firme a répondu en date du 27 juin 2005, soit également dans le délai réglementaire;

Attendu qu'après examen de ces justifications, l'Administration a considéré les justifications de la S.A. LAMBRY comme non-satisfaisantes;

Attendu que la S.A. LAMBRY n'a pas joint à son offre le formulaire de coordination de sécurité et de santé imposé aux soumissionnaires par le C.S.C. et le P.S.S. sous peine de nullité, ce qui la rend irrégulière;

Attendu dès lors qu'il y a lieu de ne pas retenir cette offre et de l'écarter;

Attendu qu'après examen de ces justifications, l'Administration a considéré les justifications de la S.A. ARBEL comme satisfaisantes;

Attendu dès lors que l'offre remise par la S.A. ARBEL devient l'offre régulière la plus basse;

DECIDE

1. par application de l'article 110 §2 de l'arrêté royal du 08 janvier 1996 et pour les motifs indiqués ci-dessus d'écarter l'offre de la S.A. LAMBRY du présent marché,
2. d'attribuer le marché à la société S.A. ARBEL au montant de 327.261,38 € (TVAC).".

11. Le 22 septembre 2006, la partie adverse informe la partie requérante que son offre n'a pas été retenue car elle n'est pas l'offre régulière la plus basse.

12. Le 26 septembre 2006, la partie requérante demande à la partie adverse de l'informer des raisons justifiant la décision du 29 août 2006.

13. Le 2 octobre 2006, la partie adverse communique à la partie requérante une copie de l'acte attaqué;

Considérant que dans le mémoire en réponse, la partie adverse soulève une première exception d'irrecevabilité tenant au défaut de la qualité pour agir dans le chef de la partie requérante; qu'elle met en cause la régularité de la composition du conseil d'administration aux motifs que les actes de nomination des administrateurs signataires et leurs publications ne sont pas versés au dossier de la procédure, que la représentation de la société anonyme GERNIM, administrateur de la partie requérante, se fait à l'intervention de deux personnes dont les actes de nominations et leurs publications ne sont pas produits, que les statuts de cette société ne sont pas joints au recours, et que la société anonyme GERNIM n'a pas pris une décision d'agir en annulation de la décision querellée;

Considérant que la partie requérante a produit en annexe du mémoire en réplique ses statuts ainsi que ceux de la société anonyme GERNIM qui constitue l'un de ses deux administrateurs de même que les actes de désignation de ses administrateurs et ceux des administrateurs de la société anonyme GERNIM ainsi que la preuve de leur publication dans le Moniteur belge; que par ailleurs, il ressort de l'article XIV des statuts de la société anonyme GERNIM que celle-ci est représentée en justice par deux administrateurs agissant conjointement; que deux administrateurs de la société anonyme GERNIM étaient présents à la réunion du conseil d'administration de la partie requérante au cours de laquelle fut prise la décision de former la requête en annulation; que ces deux administrateurs ont pu régulièrement décider pour la société anonyme GERNIM, qui est l'un des deux administrateurs de la partie requérante, d'engager un recours en annulation contre l'acte attaqué; qu'il s'ensuit que la décision d'agir a été prise par l'organe statutairement compétent et légalement composé de la partie requérante; que la première exception est rejetée;

Considérant que la partie adverse met ensuite en cause l'intérêt de la partie requérante; qu'elle soutient que la décision attaquée, prise le 29 août 2006 et non le 2 octobre 2006, comporte, en réalité, deux objets, à savoir, d'une part, écarter l'offre de la partie requérante et, d'autre part, attribuer le marché à la société anonyme ARBEL, que, dans la décision d'agir, seule la première de ces deux décisions est visée, que le recours ne portant pas sur la décision d'attribuer le marché à la société anonyme ARBEL, laisse celle-ci intacte, que l'on peut dès lors se demander quel est l'intérêt de la partie requérante à quereller une décision de l'écarter, alors que subsisterait celle de désigner un autre soumissionnaire comme adjudicataire du marché;

Considérant que lors de sa réunion du 24 novembre 2006, le conseil d'administration de la partie requérante a décidé de former un recours en annulation

contre la "décision prise en date du 2 10 2006 [...] d'écarter [son] offre"; que si la partie requérante a mentionné non pas la date d'adoption de la décision litigieuse, à savoir le 29 août 2006, mais la date à laquelle la partie adverse la lui a notifiée, soit le 2 octobre 2006, il s'agit d'une erreur purement matérielle qui n'a aucune incidence sur le présent recours, la décision attaquée étant clairement identifiable; que par ailleurs, si la partie requérante n'a visé dans sa décision d'agir qu'un des objets de l'acte attaqué, elle dirige bien sa requête en annulation contre cette décision dans son ensemble sans limiter son recours à une partie de cet acte; que l'exception n'est pas accueillie;

Considérant que la partie requérante prend un moyen, le premier de la requête, de la violation des principes de bonne administration et d'égalité; que dans une seconde branche relative à la régularité de son offre, elle fait valoir que selon l'acte attaqué, elle "n'a pas joint à son offre le formulaire de coordination de sécurité et de santé imposé au soumissionnaire par le CSC et le P.S.S. sous peine de nullité, ce qui la rend irrégulière", que la partie adverse a écrit à la partie requérante, le 15 juin 2006, pour lui demander de transmettre le document manquant, à savoir l'engagement du soumissionnaire, que l'administration n'a pas soulevé l'irrégularité de son offre et en tout état de cause a couvert la nullité éventuelle, que la partie requérante a renvoyé le document signé, que la nullité couverte par l'administration ne peut être évoquée à posteriori pour tenter de justifier l'écartement de son offre; qu'elle ajoute que l'article 8 du cahier spécial des charges ne prévoyait pas, parmi les documents à joindre aux offres, le formulaire "Engagement du soumissionnaire", que l'article 110 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 prévoit la nullité d'une offre qui déroge aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89 qui concernent les prix, les délais et les conditions techniques, que l'engagement du soumissionnaire quant au respect du plan de sécurité et de santé n'était pas un élément essentiel de l'offre et n'était pas repris dans l'article 8 du cahier spécial des charges et que ce formulaire n'avait aucune incidence sur l'appréciation des offres;

Considérant que dans son mémoire en réplique, la partie requérante soutient que le cahier spécial des charges, qui engage contractuellement les soumissionnaires, ne prévoit à aucun moment l'obligation de joindre un document intitulé "engagement du soumissionnaire", qu'elle a transmis en annexe de son offre les cinq documents prévus par l'article 8 de ce cahier, que dans son rapport, la société SIXCO a relevé qu'elle avait fourni les éléments demandés en la matière, que de surcroît, elle avait déposé deux notes concernant les mesures à prendre pour respecter le plan de sécurité et de santé et leur coût, qu'il était ainsi incontestable qu'elle prenait l'engagement de

respecter précisément le plan de sécurité et de santé et que son prix intégrait les coûts liés à ces prescriptions, que s'il avait été considéré que les autres offres étaient irrégulières tenant compte de l'omission de ce document, seule l'offre de la société ARBEL aurait dû être retenue dès la réception des offres, la comparaison des prix étant alors totalement inutile;

Considérant que dans son dernier mémoire, la partie requérante ajoute qu'à aucun moment, le cahier spécial des charges ne renvoie à un document du plan de sécurité et de santé à fournir avec l'offre sous peine de nullité, que les soumissionnaires n'ont pas ignoré leur obligation de respecter ce plan puisqu'ils ont précisément annexé à leur offre une note reprenant les mesures à prévoir pour le respect de ce plan, qu'à l'exception de la société ARBEL, tous les soumissionnaires avaient omis de joindre le document litigieux, qu'elle est la seule société en sa qualité d'entrepreneur de voirie dont tous les membres du personnel sont secouristes agréés et qui a les normes ISO 9001, ISO 14.001 et VCA;

Considérant que la partie adverse a écarté l'offre de la partie requérante en raison de deux irrégularités, la première en raison de certains prix anormaux dont les justifications n'étaient pas satisfaisantes et la seconde énoncée comme suit dans l'acte attaqué :

" la S.A. LAMBRY n'a pas joint à son offre le formulaire de coordination de sécurité et de santé imposé aux soumissionnaires par le C.S.C. et le P.S.S. sous peine de nullité, ce qui la rend irrégulière";

Considérant qu'il ressort du point 2 de l'exposé des faits que le plan général de sécurité et de santé était effectivement l'un des documents du marché et faisait partie intégrante du cahier spécial des charges; que les soumissionnaires devaient d'ailleurs s'y référer puisqu'aux termes de l'article 8 des clauses administratives du cahier spécial des charges, ceux-ci devaient joindre à leur offre une "note décrivant les mesures prises en fonction des dispositions du plan de sécurité et santé" ainsi qu'une "note justificative des prix relatifs aux coûts engendrés par les mesures contenues dans le PSS"; que dans ce plan figurait en page 2 un document intitulé "Engagement du soumissionnaire" portant en bas, en gras et en majuscules la phrase suivante : "Cet engagement doit être retourné avec la soumission sous peine de nullité de la soumission"; qu'en prévoyant la nullité des offres en pareil cas, la partie adverse a conféré un caractère essentiel à cette prescription du cahier spécial des charges; qu'il résulte de l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 que le pouvoir adjudicateur apprécie discrétionnairement l'opportunité de stipuler expressément dans les documents du marché que telle

exigence doit être satisfaite à peine de nullité absolue, sous réserve d'une erreur manifeste d'appréciation; que tel n'est pas le cas en l'espèce dès lors que comme le souligne la firme SIXCO dans son rapport du 9 juin 2005, seul l'engagement du soumissionnaire dûment complété lie contractuellement l'entreprise en matière de sécurité et de santé, laquelle, en signant ce document, atteste avoir pris connaissance du plan et s'engage notamment à le respecter et à le faire observer par son personnel ainsi que par ses sous-traitants;

Considérant qu'aux termes de l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, une telle nullité absolue ne peut être couverte par le pouvoir adjudicateur, lequel a lié de la sorte sa compétence; que le pouvoir d'appréciation qui existe en cas de nullité relative de l'offre et qui permet à l'administration de ne pas soulever cette nullité n'existe pas lorsque cette nullité est absolue; que c'est à juste titre que la partie adverse n'a pas tenu compte du document fourni, à sa demande, par la partie requérante le 15 juin 2006, soit postérieurement au dépôt des offres; que la seconde branche du premier moyen n'est pas fondée;

Considérant qu'à lui seul, ce motif suffit à établir l'irrégularité de l'offre de la partie requérante; que celle-ci est dès lors sans intérêt à critiquer, dans la première branche du premier moyen et dans le second moyen, le second motif d'irrégularité de son offre; que la première branche du premier moyen et le second moyen sont dès lors irrecevables,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt-deux mars 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.