

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 220.166 du 3 juillet 2012

G./A.205.224/VI-19.611

En cause : **la société anonyme AXIMA CONTRACTING,**

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Christophe DUBOIS, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles,

contre :

l'association de droit public centre hospitalier Valida,

ayant élu domicile chez
Me Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme CLOSE,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 15 juin 2012, la société anonyme AXIMA CONTRACTING sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision prise le 30 mai 2012, notifiée à la requérante par un courrier du 1^{er} juin 2012 du Centre Hospitalier VALIDA,

« DE RETIRER la décision du 5 avril 2012 retirant la décision d'attribution du 9 novembre 2011 et attribuant le marché de travaux ayant pour objet l'exécution des travaux de réaménagement des unités de soins du Centre Hospitalier VALIDA (Cahier spécial des charges 0904 "Marché 2 – HVAC") à la société S.A. CLOSE;

D'ATTRIBUER ce marché à la S.A. CLOSE pour un montant de 1.783.747,91 euros (HTVA) sur base des quantités admises»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 18 juin 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 28 juin 2012 à 10 heures.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

Par une requête introduite le 27 juin 2012, la société anonyme CLOSE demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Mes Jean BOURTEMBOURG et Cyrille DONY, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et Me Renaud SIMAR, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

III. 1. Le 29 septembre 2011, six soumissions sont présentées dans le cadre de la passation, par adjudication publique, du marché public de travaux litigieux.

III. 2. Le 9 novembre 2011, la partie adverse attribue le marché public concerné à la requérante.

III. 3. Le 6 décembre 2011, la société anonyme CLOSE forme un recours en référé contre cette décision d'attribution devant le président du tribunal de première

instance de Bruxelles, lequel rend une ordonnance, le 21 mars 2012, par laquelle il suspend cette décision. La requérante forme un recours en tierce opposition contre cette ordonnance du 21 mars 2012.

III. 4. Le 5 avril 2012, la partie adverse retire sa décision du 9 novembre 2011. A la même date, elle attribue le marché public contesté à la société anonyme CLOSE.

A la suite d'un recours, formé selon la procédure d'extrême urgence par la requérante, l'exécution de ces décisions du 5 avril 2012 est suspendue par un arrêt n° 219.341 du 14 mai 2012.

III. 5. Le 30 mai 2012, la partie adverse décide de retirer ses décisions du 5 avril 2012 et d'attribuer le marché public litigieux à la société anonyme CLOSE. Il s'agit des actes attaqués.

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN SUSPENSION

IV. 1. Compétence du Conseil d'Etat

La partie adverse est, prima facie, une association de droit public formée en exécution du chapitre XII et XIIbis de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale.

Une telle personne de droit public dans laquelle, conformément à la loi précitée du 8 juillet 1976, les personnes de droit public disposent toujours de la majorité des voix dans les différents organes d'administration et de gestion de l'association, qui est soumise à un contrôle de tutelle administratif et dont les membres du personnel sont soumis à un régime juridique statutaire, apparaît être une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, ainsi que 17, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

Le Conseil d'Etat est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

IV. 2. Intérêt au recours

Le 9 novembre 2011, la partie adverse a décidé d'attribuer le marché public litigieux à la requérante. Cette décision a été retirée le 5 avril 2012. Par les actes attaqués du 30 mai 2012, la partie adverse a retiré ses décisions du 5 avril 2012 par lesquelles elle a retiré sa décision d'attribution du 9 novembre 2011 et a attribué le marché public à l'intervenante.

Par ces retraits du 30 mai 2012, la partie adverse a donc rétabli sa décision initiale du 9 novembre 2011 par laquelle elle avait attribué le marché public contesté à la requérante et a retiré sa décision d'attribuer ce marché à l'intervenante. Ces décisions entreprises du 30 mai 2012 apparaissent favorables à la requérante de telle sorte qu'elle ne paraît pas disposer de l'intérêt requis pour solliciter la suspension de leur exécution.

Le recours est donc irrecevable en tant qu'il est dirigé contre les décisions du 30 mai 2012 de retirer le retrait du 5 avril 2012 de la décision d'attribution du marché public litigieux à la requérante et de retirer l'attribution de ce marché à l'intervenante.

Par contre, après avoir rétabli sa décision initiale du 9 novembre 2011, par le retrait de ses décisions du 5 avril 2012, la partie adverse a retiré à nouveau implicitement cette décision du 9 novembre 2011 en attribuant, une nouvelle fois, le marché public critiqué à l'intervenante. La requérante dispose de l'intérêt requis pour solliciter la suspension de l'exécution de cette décision d'attribution du marché public.

Le recours est donc recevable en tant qu'il est dirigé contre la décision du 30 mai 2012 d'attribuer à l'intervenante le marché public litigieux.

V. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 27 juin 2012, la société anonyme CLOSE demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence. En tant que bénéficiaire de la décision d'attribution du marché public litigieux, la société anonyme CLOSE dispose de l'intérêt requis pour intervenir dans la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Arguments des parties

La requérante soulève un premier moyen pris de "la violation de :

- La loi du 24 décembre 1993, notamment en son article 15;
- L'arrêté royal du 8 janvier 1996, notamment en son article 110;
- La loi du 4 août 1996 concernant le bien être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, notamment en ses articles 16 et suivants;
- l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles, notamment en son article 30, al.2;"

Elle fait valoir que :

" [...]

20. Le métré relatif au marché litigieux comprend un poste 52.13, intitulé «Obligations plan de sécurité et de santé» qui prévoit qu'il est «inclus».

21. L'addendum n° 2 est relatif au Plan Général de Sécurité et Santé.

Il comporte 65 pages.

Les pages 54 et suivantes constituent, quant à elles, «le formulaire de soumission coordination sécurité et santé» qui est à compléter par les soumissionnaires.

Les colonnes du tableau à remplir comprennent une colonne intitulée «calcul de prix concernant ces mesures».

[...]

Ce dernier document se termine par une case «total» qui représente le montant proposé par les soumissionnaires pour le PPSS.

Les documents du marché imposaient donc que le calcul d'un prix séparé soit fait, en joignant à cet effet un bordereau spécifique via l'addendum 2.

C'est d'ailleurs pour cela que l'addendum 2 indique, expressément, que :

«L'entreprise précisera dans son offre qu'elle aura bien tenu compte du présent addenda n° 2».

Il n'y avait alors aucune difficulté à établir un prix précis, en manière telle que l'on ne peut pas se réfugier derrière un prétendu forfait ou pourcentage – comme l'a erronément jugé le Président du tribunal de première instance de Bruxelles et repris en termes de motivation la décision attaquée – puisque le détail des postes est aisément faisable, et même effectué par le pouvoir adjudicateur.

22. Il ressort du rapport d'analyse des offres du 25 octobre 2011 (page 18) que la société CLOSE n'a pas remis de calcul de prix séparé pour le plan de sécurité santé. On lit en effet ce qui suit :

«Lors de l'examen des documents remis par l'entreprise CLOSE s.a. pour ce qui concerne la sécurité, le Coordinateur Sécurité-Santé constate que l'offre de l'entreprise est non conforme, car elle n'a pas joint un calcul des prix concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et santé.»

On en déduit que - au contraire de la partie requérante - la société CLOSE n'a pas rempli le tableau contenu dans l'addendum n° 2, en toute hypothèse la dernière colonne intitulée «calcul de prix concernant ces mesures». Seul un forfait semble avoir été avancé.

23. Cette omission entraîne l'irrégularité de l'offre déposée par la société CLOSE à un double titre.

- d'une part, l'offre déposée par la société CLOSE est irrégulière dès lors que, contrairement à la mention qu'elle a indiquée sur son formulaire de soumission selon laquelle elle a pris en considération l'addendum n° 2 pour établir son offre, il semble que cela ne soit pas le cas : elle n'a pas fourni de prix pour le PPSS !

- d'autre part, la sanction en cas d'oubli de la mention du prix détaillé relatif au PPSS est claire : l'offre doit être déclarée irrégulière comme le rappelle la doctrine : une infraction à une obligation de sécurité doit toujours être considérée

comme une irrégularité substantielle entraînant la nullité de l'offre, même si le cahier spécial des charges ne le prévoit pas formellement.

En omettant d'inclure dans son offre un calcul de coût séparé pourtant exigé par une réglementation d'ordre public, la société CLOSE a dérogé à une prescription essentielle, légale et prévue par le Cahier spécial des charges (l'addendum n°2), de sorte que son offre devait être écartée, conformément à l'article 110, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics. Ce qui aurait dû amener la partie adverse à attribuer le marché à la partie requérante, conformément à l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993.

24. L'absence de calcul de prix séparé entraîne la sanction d'irrégularité de l'offre, comme l'a décidé récemment le Tribunal de première instance de Bruxelles :

«Le manquement des documents exigés en matière de sécurité santé peut, à juste titre, être sanctionné par [le pouvoir adjudicateur] par la nullité de l'offre.

(...) Il n'est également pas déraisonnable d'appliquer la même sanction [nullité de l'offre] au soumissionnaire qui n'a déposé que partiellement les documents exigés.

L'éventuelle circonstance que le prix que le [soumissionnaire] avait prévu pour le respect du plan de sécurité santé constitue seulement une part marginale du prix de son offre ne fait cependant pas obstacle au fait que son offre peut être déclarée irrégulière au motif de l'absence de ce document».

[...]

25. Pour être complet, rappelons enfin qu'il convient de distinguer, d'une part, la fourniture de tous les éléments relatifs au PSS en répartissant le coût lié à la sécurité santé sur l'ensemble des postes et, d'autre part, le calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention du PPSS.

Pour le dire autrement, il est possible que les prix des mesures de sécurité santé soient in fine repris dans les prix unitaires de l'offre déposée par la Société CLOSE. En effet, l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 et la circulaire précitée disposent en effet que les prix des mesures et moyens de prévention font partie du prix total de l'offre de base. Il n'en demeure pas moins qu'un calcul de prix séparé est imposé par la réglementation !

L'addendum n° 2 ne fait que rappeler cela aux compétiteurs, tout en précisant clairement que les soumissionnaires doivent cependant annexer un calcul de prix séparé et qu'un tableau est prévu à cet effet.

26. Les dispositions visées au moyen ont été violées. Le moyen est sérieux. Il y a lieu de suspendre la décision attaquée."

La partie adverse répond que :

" [...]

A l'issue de ce premier rapport d'analyse des offres, il avait été considéré que la requérante avait remis l'offre régulière la plus basse dans le cadre du marché litigieux avec un prix de 1.824.559,11 € (HTVA) dès lors que la S.A. CLOSE avait été écartée au motif qu'elle n'avait pas joint de calcul de prix séparé s'agissant des mesures et moyens de prévention visés par son PPSS.

Il y a donc lieu de constater que, dans un premier temps, la partie adverse soutenait la même théorie que celle développée par la requérante à l'occasion de son premier moyen.

2. Cependant, suite au recours introduit par la S.A. CLOSE contre la décision du 9 novembre 2011, l'ordonnance du Président du tribunal de première instance de Bruxelles du 21 mars 2012 (pièce 5) a suspendu la décision d'attribution du 9 novembre 2011.

A cet égard, le Président du tribunal de première instance de Bruxelles a estimé qu'en ce qui concernait l'absence de détail de prix séparé pour le PPSS de la S.A. CLOSE, «dès lors que le CSC n'a jamais exigé un calcul de prix séparé pour le dossier "sécurité" et que partant cette absence ne peut constituer une méconnaissance des conditions essentielles du CSC, il ne peut être soutenu que le pouvoir adjudicateur eût pu écarter l'offre de la sa Close automatiquement pour irrégularité substantielle». Partant, le Président du tribunal de première instance a considéré que l'offre de la S.A. CLOSE ne pouvait, en l'espèce, être écartée, ce qui impliquait l'invalidité du classement des soumissionnaires figurant en page 18 du rapport d'analyse des offres du 25 octobre 2011 dans lequel la S.A. CLOSE n'était plus présente.

3. Dans ces circonstances, la partie adverse n'a eu d'autre choix que de se conformer à l'ordonnance du 21 mars 2012 en procédant à une lecture de son rapport d'analyse des offres du 25 octobre 2011 à la lumière de l'enseignement de l'ordonnance du 21 mars 2012.

Par conséquent, l'offre de la S.A. CLOSE a finalement été déclarée régulière."

La partie intervenante fait valoir que :

" [...]

11. Pour ce qui concerne le PSS et le calcul de prix séparé, le cahier spécial des charges prévoit ceci :

«34. DOSSIER SECURITE

Prescriptions générales

Aucune prescription n'étant d'application, on se référera aux prescriptions particulières ci-après ainsi qu'aux documents ci-annexés

Prescriptions particulières

Ce poste comprend toutes les dispositions, prestations et autres à prévoir par l'Entrepreneur afin de se conformer aux prescriptions du plan de sécurité et de santé

Dans le cadre des dispositions de l'A.R. du 25 janvier 2001 sur la coordination de sécurité et de santé sur les chantiers temporaires et mobiles, l'entrepreneur transmettra à la Direction des travaux, et ce, en début de chantier, son plan de sécurité (P.P.S.S.) adapté reprenant les risques spécifiques et les informations générales de prévention et de protection de ses travailleurs, certificats divers liés au matériel et engins, agréments requis, y compris le P.P.S.S. de ses sous-traitants

Prescriptions additionnelles

Néant

Contrôle de qualité, essais et échantillons

Néant

Mesurage

Pour mémoire, forfait à répartir sur l'ensemble des postes de l'entreprise» [...]

Le cahier spécial des charges impose donc aux soumissionnaires de répartir un montant forfaitaire sur chaque poste du métré.

12. L'addendum 2, adressé le 7 septembre 2011 aux soumissionnaires, contient le formulaire de soumission coordination sécurité et santé à remplir par les soumissionnaires.

En contradiction avec ce que prévoit le cahier spécial des charges à l'article 34, il impose la fourniture d'un calcul de prix séparé. Le formulaire qu'il contient prévoit ainsi une colonne destinée au coût des mesures établies dans le PSS.

Selon les termes de cet addendum, il n'y a plus lieu de prévoir un montant forfaitaire pour toutes les mesures. Il impose désormais de détailler le coût de chaque mesure.

Il y a donc là incohérence flagrante entre le cahier spécial des charges et son addendum 2.

Or, celui-ci a pour vocation d'ajouter un élément au cahier spécial des charges, suite à un oubli. En atteste le courrier du 7 septembre 2012, transmettant l'addendum, qui indique «par le présent document nous vous faisons parvenir le PGSS manquant au dossier».

L'addendum ne peut créer la confusion en prévoyant des dispositions incompatibles avec ce qui est prévu au cahier spécial des charges. Il s'agit, en effet, d'une modification postérieure du métré de base, que la SA CLOSE n'est pas en droit de modifier et auquel elle doit, au contraire, se tenir.

Aussi, dans la mesure où l'addendum 2 prévoit une telle disposition incompatible avec l'article 34 du cahier spécial des charges, il y a lieu de ne pas tenir compte de l'addendum 2 en ce qu'il impose la fourniture d'un calcul de prix séparé.

En conséquence, il apparaît que la seule obligation pesant sur le soumissionnaire consiste à répartir un montant forfaitaire sur chaque poste du métré.

b. C'est au pouvoir adjudicateur de faire en sorte que les soumissionnaires remettent les documents qui ont trait au PSS

13. Le cahier spécial des charges 0904-20 n'impose donc pas aux soumissionnaires de joindre un calcul des prix séparé à leur offre.

En témoigne notamment le fait qu'il ne reprend pas, dans la liste des «documents de référence et d'application» qu'il contient (p. 11/62 à 14/62 du C. S. Ch.), l'AR du 25 janvier 2001. Le centre hospitalier VALIDA ne le rend donc pas applicable au marché litigieux.

Si le Cahier spécial des charges prévoit, à l'article 4.2 (p. 17/62), que devront être joints à l'offre «les documents demandés par le Plan général de sécurité et de santé (PGSS)», ces termes ne peuvent être considérés comme un renvoi aux obligations de l'A.R. du 25 juillet 2001.

14. Or, l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 prévoit que :

«Le maître de l'ouvrage prend les mesures nécessaires pour que le plan de sécurité et de santé fasse partie, suivant le cas, du cahier spécial de charges, de la demande de prix, ou des documents contractuels et y est repris dans une partie séparée, intitulée comme telle.

Afin que les mesures déterminées dans le plan de sécurité et de santé puissent effectivement être appliquées lors de l'exécution des travaux, il faut en sorte que :

- 1° les candidats annexent à leurs offres un document qui réfère au plan de sécurité et de santé et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce 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;
- 3° le coordinateur-projet puisse remplir sa tâche visée aux articles 4 sexies, 5°, et 11, 4°.»

Il appartient donc au pouvoir adjudicateur de faire en sorte que les soumissionnaires remettent dans leur offre un document qui se réfère au PSS et le calcul de prix séparé.

La circulaire du 18 décembre 2007 le confirme :

«Pour que les mesures établies dans le PSS puissent véritablement s'appliquer tout au long de l'exécution des travaux, l'article 30, alinéa 2, de l'arrêté royal précité du 25 janvier 2001 stipule premièrement que le maître d'ouvrage doit, en fonction du cas, reprendre le PSS dans le cahier spécial des charges, dans la demande de prix ou dans les documents contractuels, dans une partie séparée et intitulée comme telle et deuxièmement, qu'il doit veiller à ce que les soumissionnaires joignent à leur offre les documents suivants. (...) :

1° un document qui réfère au PSS et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce PSS;

2° un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le PSS, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle.»

15. L'obligation du soumissionnaire de joindre à son offre un calcul de prix séparé suppose donc que le pouvoir adjudicateur ait préalablement veillé à ce qu'il en soit ainsi.

En d'autres mots, le pouvoir adjudicateur doit imposer dans le cahier spécial des charges la fourniture du calcul de prix séparé.

S'il ne prévoit pas l'obligation de fournir ces documents, il ne peut raisonnablement être reproché au soumissionnaire de ne pas les avoir inclus dans son offre.

En effet, comment la partie adverse pourrait-elle qualifier d'irrégularité substantielle l'absence de calcul de prix séparé dans l'offre de la SA CLOSE, alors que celle-ci a respecté les dispositions du cahier spécial des charges ?

En l'espèce donc, même si la loi du 4 août 1996 sur le bien-être des travailleurs revêt un caractère d'ordre public, il ne peut être reproché à la SA CLOSE de ne pas avoir remis de calcul de prix séparé dès lors que le centre hospitalier VALIDA n'a pas veillé à ce que les soumissionnaires joignent un tel document à leur offre.

16. Pour le surplus, la jurisprudence du Conseil d'Etat, mentionnée par la SA AXIMA CONTRACTING aux pages 12 et 13 de sa requête, manque de pertinence et ne peut être transposée en l'espèce.

En effet, les décisions citées visent exclusivement l'hypothèse où le cahier spécial des charges exige expressément qu'un calcul de prix séparé soit joint à l'offre, ce qui n'est pas le cas du cahier spécial des charges 0904-20.

D'autre part, votre Conseil a déjà estimé, compte tenu des circonstances de l'espèce, qu'une absence de calcul de prix séparé ne conduisait pas à l'écartement de l'offre d'un soumissionnaire :

«(...); qu'il s'en suit que l'évaluation des mesures de prévention ne pouvaient dès lors consister qu'en un pourcentage des prix, et non un "calcul détaillé", lequel devait être apprécié avec une certaine souplesse dans le chef de chaque soumissionnaire, sous peine pour la partie adverse de rendre cette exigence impossible à rencontrer par les soumissionnaires» (CE, 22 mars 2010, n° 202.195, SA Yvan Paques c/Région Wallonne).

En conséquence, au vu du contenu du cahier spécial des charges et de l'incohérence de l'addendum n° 2, l'offre de la SA CLOSE ne peut être rejetée au motif qu'elle ne contient pas de calcul de prix séparé.

c. L'ordonnance du 21 mars 2012 s'est déjà prononcée sur ce point : l'offre de la SA CLOSE est régulière

17. L'ordonnance du Président du Tribunal de première instance de Bruxelles du 21 mars 2012, suspendant la première décision d'attribution prise par le centre hospitalier VALIDA a très justement conclu, à propos du même marché, que :

«Or, en l'espèce, le pouvoir adjudicateur considère que le CSC ne dispensait pas les soumissionnaires de remettre le détail de ce forfait et soutient que c'est à bon droit que l'offre de la sa Close a été écartée pour irrégularité puisque le centre hospitalier Valida n'est pas en mesure, en se basant sur son offre, de déterminer le prix séparé des mesures et moyens de prévention déterminés par le PSS de la sa Close.

Le centre hospitalier Valida soutient que la sa Close connaissait et devait respecter cette exigence de prix séparé dès lors que tant le dossier "Sécurité" du CSC que l'offre de la sa Close se référaient à l'arrêté royal du 25 janvier 2001 sur les chantiers temporaires ou mobiles et à l'exigence d'un calcul de prix séparé dans son métré (l'offre de la sa Close se référait plus précisément à son article 30, voir sa pièce 8, p.55)

(...)

Le cahier spécial des charges reprend en sa partie 1 "les documents de référence et d'application" en indiquant "Pour autant qu'il n'y soit pas dérogé par les stipulations du présent cahier spécial des charges ou du métré, l'Entreprise est soumise aux clauses et conditions des documents énoncés ci-dessous, y compris les modifications, adjonctions et suppressions intervenues ultérieurement et qui interviendraient éventuellement dans les législations et réglementations en la matière"

L'Arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles (M.B. 7.2.2001) n'est pas repris dans ces références.

Même si l'offre de la sa Close se réfère à cet arrêté royal dans le formulaire reprenant son offre (pièce 8 du dossier Valida paf 55165 et pièce 2 du dossier Close), il n'en demeure pas moins que de son côté, le pouvoir adjudicateur avait formulé expressément des exigences moindres, soit l'établissement d'un plan de sécurité et de santé (exigence respectée par la sa Close) et un calcul de ce coût forfaitisé ("forfait à répartir ensemble des postes de l'entreprise")

(...)

En conclusion, dès lors que le CSC n'a jamais exigé un calcul de prix séparé pour le dossier "sécurité" et que partant cette absence ne peut constituer une méconnaissance des conditions essentielles du CSC, il ne peut être soutenu que le pouvoir adjudicateur eût pu écarter l'offre de la sa Close automatiquement pour irrégularité substantielle.

En écartant l'offre de la SA Close pour absence de prix séparé, le pouvoir adjudicateur semble avoir *prima facie* commis une erreur manifeste d'appréciation (d'autant qu'en l'espèce, la première offre considérée comme régulière retenue est d'un montant très proche de l'offre de la SA Close)» [...].

Cette instance de recours, saisie par la SA CLOSE au sujet de la régularité de son offre au regard de l'absence de calcul de prix séparé, s'est donc déjà prononcée.

Elle a estimé que le centre hospitalier VALIDA a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant irrégulière l'offre de la SA CLOSE pour cette raison.

Cette décision s'impose aux parties, et notamment au Centre Hospitalier VALIDA, qui en tire d'ailleurs les justes conséquences dans sa décision du 5 avril 2012 et attribue le marché à la SA CLOSE pour un montant de 1.783.747,91 EUR.

Dès lors qu'une instance de recours au sens des articles 65/11 et 65/24 de la loi du 24 décembre 1993 s'est déjà prononcée sur cette question de fond, il n'y a pas lieu de s'écarter de sa décision.

d. Conclusion

18. En conséquence, la SA CLOSE a respecté le prescrit de l'article 32 du cahier spécial des charges : le poste 52.13 du métré (Obligations plan de sécurité et de santé) indique : «P.M.» - «inclus». Elle a donc réparti un montant forfaitaire sur les différents postes du métré comme cela lui était imposé.

Ce faisant, la société CLOSE a fourni tous les éléments justifiant la prise en compte de la sécurité et l'établissement du dossier. La SA CLOSE a également joint le tableau demandé et décrit les mesures de sécurité relatives au lot HVAC et communes à tous les lots.

Son offre est donc régulière."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Recevabilité du moyen

L'autorité attachée à l'ordonnance, prononcée le 21 mars 2012, par le président du tribunal de première instance de Bruxelles ne fait pas obstacle à ce que le Conseil d'Etat statue sur le présent moyen.

En effet, la requérante n'était pas partie dans l'affaire ayant abouti à cette ordonnance contre laquelle elle a formé tierce opposition et n'a donc pu faire valoir ses arguments devant le président du tribunal de première instance de Bruxelles. Le premier moyen est dès lors recevable.

B. Sérieux du moyen

A supposer que, comme le soutient l'intervenante, le cahier spécial des charges, non complété par les addenda, ait exclu la production d'un calcul des prix

séparé par les soumissionnaires, l'addendum n° 2 l'a clairement complété et modifié sur ce point.

La partie adverse a en effet indiqué, dans cet addendum (page 55), les documents que les soumissionnaires devaient joindre à leurs offres conformément à l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires et mobiles. Elle a ainsi précisé qu'ils devaient annexer à leurs soumissions un calcul de prix séparé concernant les mesures et les moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé.

La partie adverse a communiqué dans l'addendum n° 2 un tableau qui devait être joint aux offres sous peine de nullité et qui comportait une colonne consacrée au calcul de prix séparé concernant les mesures et les moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé.

L'intervenante reconnaît ne pas avoir fourni un tel calcul de prix séparé. Or, même si l'addendum n° 2 avait modifié le cahier spécial des charges, comme l'affirme l'intervenante, en prescrivant un calcul de prix séparé, cette modification s'imposait aux soumissionnaires.

Un calcul de prix séparé devait permettre à la partie adverse de s'assurer que les soumissionnaires avaient prévu des moyens de prévention suffisants et n'avaient pas sous-estimé leur coût.

Ce calcul était dès lors nécessaire pour pouvoir comparer valablement les prix proposés. L'obligation, prescrite par l'addendum n° 2, de produire un tel calcul de prix séparé, concernait donc une condition essentielle du marché au sens de l'article 89 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, à savoir le prix.

Dès lors que l'irrégularité, commise par l'intervenante en ne joignant pas à sa soumission le calcul de prix séparé, affectait une condition essentielle du marché au sens de l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, elle revêtait un caractère substantiel sans qu'il fût requis que la partie adverse le prévît dans le cahier spécial des charges.

Au surplus, en l'espèce, la partie adverse avait prévu dans l'addendum n° 2 que le tableau comportant le calcul de prix séparé devait être joint à l'offre sous peine de nullité absolue.

La partie adverse n'a donc pu légalement déclarer l'offre de l'intervenante régulière, ni dès lors lui attribuer légalement le marché public litigieux.

En conséquence, le premier moyen apparaît sérieux.

VII. BALANCE DES INTERETS

VII. 1. Arguments des parties

La requérante soutient que :

" 38. Le marché qui fait l'objet de l'acte litigieux relève d'une importance particulière pour la requérante.

Sans suspension de la décision attaquée, elle sera privée définitivement de l'attribution du marché, ce qui lui posera un préjudice.

En effet, celle-ci doit produire, pour concourir à l'obtention de marchés similaires auprès d'autres institutions hospitalières (sélection qualitative), une série de références dans le monde hospitalier/des soins de santé.

L'importance de ce marché se manifeste également par les différentes procédures lancées à l'encontre des décisions d'attribution antérieures à l'acte attaqué.

39. Par ailleurs, la suspension de la décision n'engendrera pas de retard dans l'exécution des travaux de la partie adverse dès lors que le marché en question ne constitue qu'une partie des 7 différents chantiers/marché de rénovation du site et que, notamment,

- le marché 1, intitulé «Démolition, Façades et parachèvement», vient de faire l'objet d'une publication d'un avis d'attribution du marché au Journal officiel le 25 avril 2012;
- le marché 5 relatif au mobilier encastrable a fait l'objet d'un avis de marché publié le 27 mars 2012 et n'est donc pas à ce jour attribué

La non-attribution du marché litigieux n'empêche pas les marchés déjà attribués de poursuivre leur exécution.

Par ailleurs, rien n'indique que les services de la partie adverse ne peuvent continuer de fonctionner dans leurs locaux actuels."

La partie adverse répond que :

" [...]

2. A cet égard, la requérante soutient qu'en cas de suspension, la décision à intervenir n'engendrerait pas de retard dans l'exécution des travaux de la partie adverse dès lors que le marché litigieux ne constitue qu'une partie des sept différents marchés relatifs à la rénovation du site de l'ancien Hôpital français à Berchem-Sainte-Agathe.

Sur ce point, la partie adverse tient cependant à préciser que les travaux de restructuration de l'ancien Hôpital français à Berchem-Sainte-Agathe ont débuté ce 9 janvier 2012 dans le cadre du Marché 1 «Démolition, façades et

parachèvements». Selon le planning des travaux, le Marché 2 «HVAC» devait débuter au plus tard pour le début du mois de février 2012. Le chantier ayant déjà été paralysé jusqu'au mois de juin 2012 suite aux différents recours introduits par la S.A. CLOSE et par la requérante, un nouvel arrêt de chantier aurait sans nul doute des répercussions financières importantes pour la partie adverse.

En outre, contrairement à ce que prétend la requérante, la partie adverse ne saurait, dans le cadre des travaux de restructuration de l'ancien Hôpital français, entreprendre la réalisation d'un marché ultérieur au marché litigieux dès lors que les sept marchés se suivent dans un ordre qui ne saurait être modifié.

Par ailleurs, la partie adverse est tenue, en raison de la fin de son contrat de bail, de déménager les deux unités de soins de son deuxième site sis Avenue de Selliers de Moranville, 91 à 1082 Berchem-Sainte-Agathe vers le site rénové – qui fait l'objet du marché litigieux – situé Avenue Josse Goffin, 180 à 1082 Berchem-Sainte-Agathe pour la fin du mois de décembre 2013 au plus tard. Par conséquent, si les locaux du site rénové ne sont pas disponibles pour y héberger toutes les unités de soins de la partie adverse pour la fin du mois de décembre 2013, celle-ci n'aura d'autres choix que de fermer les deux unités de soins précitées avec des répercussions importantes pour la partie adverse (qui ne compte que six unités de soins au total).

Au vu de ce qui précède, l'on ne saurait raisonnablement soutenir, à l'instar de la requérante, que rien n'établit que les services de la partie adverse peuvent continuer de fonctionner dans leurs locaux actuels. Au contraire, il convient de constater que le nouveau retard dans l'exécution du Marché 2 «HVAC» qui résulterait d'une éventuelle suspension de la décision d'attribution du 5 avril 2012 aurait des conséquences négatives importantes – que ce soit sur le plan financier ou sur le plan de l'offre en matière de soins de santé – qui l'emporteraient indéniablement sur les avantages que la requérante pourrait retirer de cette suspension.

Alors que la partie adverse avait établi un planning serré pour entreprendre l'ensemble de ses travaux de rénovation, elle se voit désormais contrainte d'entreprendre une véritable course contre la montre en vue d'achever l'ensemble des travaux dans les délais impartis. En effet, il reste encore six marchés à réaliser et seulement 18 mois pour que ceux-ci soient exécutés.

Par conséquent, si votre Conseil devait considérer les arguments de la requérante fondés – quod non –, il convient de faire application de l'article 65/15, alinéa 3 de la loi du 24 décembre 1993 pour refuser de suspendre la décision d'attribution du 5 avril 2012 dès lors que les conséquences négatives que subirait la partie adverse seraient nettement plus importantes que l'avantage qu'une telle suspension pourrait apporter à la requérante."

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ne peut être raisonnablement considéré que le temps nécessaire à l'organe compétent de la partie adverse pour attribuer légalement le marché public litigieux, à la suite de la suspension de l'exécution de la décision d'attribution attaquée, serait à ce point important que cette suspension rendrait impossible la réalisation des travaux envisagés dans les délais prévus.

Les conséquences négatives, évoquées par la partie adverse, n'apparaissent pas probables.

Il n'est donc pas établi que des conséquences négatives, liées à la suspension de l'exécution de la décision d'attribution contestée, pourraient l'emporter sur les avantages qui en résulteront.

VIII. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

VIII. 1. Arguments des parties

La partie requérante expose que :

" La partie requérante dépose une partie de son offre (formulaire sécurité santé) à titre confidentiel et à l'attention unique de votre Conseil (il s'agit de la pièce n°21), conformément à

- l'article 65/10 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics
- l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, et à
- l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, auquel se réfère l'arrêté royal du 5 décembre 1991, applicable par analogie en suspension d'extrême urgence.

L'offre de la partie requérante est couverte par le secret des affaires de manière à ne pas nuire au secret d'affaires (art. 65/26 de la loi du 24 décembre 1996) et à une concurrence loyale entre les entreprises (art. 65/10, § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993).

En effet à ce stade de la procédure, si votre Conseil devait suspendre la décision attaquée et que le pouvoir adjudicateur recommençait, le cas échéant, la procédure, il s'indique qu'il y ait encore une concurrence effective entre les différents soumissionnaires.

Or, si les offres de ceux-ci sont déposées et accessibles à tous, chacun des soumissionnaires aura connaissance des offres des autres compétiteurs, ce qui altérera irrémédiablement la concurrence dans le cadre de ce marché.

Par conséquent, la partie requérante souhaite légitimement que ce qu'elle dépose – relevant du secret d'affaires – ne soit pas mis en possession d'une éventuelle partie intervenante."

La partie intervenante indique que :

" 22. La partie intervenante dépose son offre (pièce n° 4) à titre confidentiel et à l'attention unique de votre Conseil, conformément aux articles 65/10 et 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, ainsi qu'à l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat.

L'offre de la partie intervenante est couverte par le secret des affaires de manière à ne pas nuire au secret d'affaires (art. 65/26 de la loi du 24 décembre 1993) et à une concurrence loyale entre les entreprises (art. 65/10, § 1 de la loi du 24 décembre 1993).

En effet, à ce stade de la procédure, si – par impossible – Votre Conseil devant suspendre la décision attaquée et que le pouvoir adjudicateur recommençait, le cas échéant, la procédure, il s'indique qu'il y ait encore une concurrence effective entre les différents soumissionnaires.

Or, si les offres de ceux-ci sont déposées et accessibles à tous, chacun des soumissionnaires aura connaissance des offres des autres compétiteurs, ce qui altérera inmanquablement la concurrence dans le cadre de ce marché.

En conséquence, la SA CLOSE souhaite légitimement que son offre – relevant du secret des affaires – ne soit pas mise en possession de la requérante. ".

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'offre de la requérante et l'offre de l'intervenante peuvent être soustraites, à ce stade, à la consultation des parties, sans que ne soient affectées la régularité de la procédure ou les exigences du procès équitable, et ce sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat sur la nécessité éventuelle de les porter à la connaissance des parties à un autre stade de la procédure.

En effet, ces pièces ne sont pas nécessaires, à ce stade, à la solution du litige.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme CLOSE dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

L'offre de la société anonyme CLOSE et l'offre de la société anonyme AXIMA CONTRACTING sont soustraites, à ce stade, à la consultation des parties.

Article 3.

Est suspendue l'exécution de la décision du 30 mai 2012 prise par l'association de droit public centre hospitalier Valida d'attribuer le marché public relatif aux travaux de réaménagement des unités de soins du centre hospitalier Valida (Cahier spécial des charges 0904-20 Marché 2- HVAC) à la société anonyme CLOSE.

Article 4.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 5.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 6.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 7.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le trois juillet deux mille douze par :

MM. Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Yves HOUYET.