CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 224.912 du 1er octobre 2013

G./A.195.918/VI-18.589

En cause : **la société anonyme ARTES T.W.T.,** anciennement T.W.T.,

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

contre :

la ville de Herve,

ayant élu domicile chez
Mes Pierre HENRY et
Thierry WIMMER, avocats,
rue du Palais, n° 64,
4800 Verviers.

LE CONSEIL D'ETAT, VIe CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 19 mars 2010, la société anonyme ARTES T.W.T., anciennement T.W.T., demande l'annulation de la décision du 10 novembre 2009, communiquée par courrier du 22 janvier 2010, par laquelle la ville de HERVE a attribué à la S.P.R.L. CORMAN-HALLEUX, le marché de la phase 2 des travaux relatifs à l'aménagement du centre administratif Marie-Thérèse, à Herve.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 6 août 2013, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 18 septembre 2013.

M. le Conseiller d'Etat, Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Diane SPROCKEELS, loco Mes André DELVAUX et Véronique BERTRAND, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Pierre HENRY, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu 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

III. 1. Le 29 juin 2009, le conseil communal de la ville de Herve a approuvé le projet complet des travaux de rénovation du collège royal Marie-Thérèse (centre administratif Marie-Thérèse) - Phase II, établi par Philippe HENRY, Architecte, et comprenant le cahier des charges, les plans et le devis estimatif au montant de 2.096.461,08 euros hors taxe sur la valeur ajoutée, en abrégé T.V.A., soit 2.536.717,91 euros T.V.A. comprise.

Il a choisi l'adjudication publique comme mode de passation du marché et a également approuvé le projet d'avis de marché.

III. 2. A la suite d'une remarque de l'autorité de tutelle, le collège communal a arrêté un addendum au cahier des charges relatif au marché, ratifié par le conseil communal lors de sa séance du 21 septembre 2009.

Cet addendum apporte notamment la précision suivante :

" Article 90

Conformément à l'article 30 de l'Arrêté Royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles, le plan de sécurité et de santé afférent au marché figure en annexe au présent cahier spécial des charges sous l'intitulé «PLAN DE SECURITE ET DE SANTE».

Les soumissionnaires sont tenus de remettre une offre conforme à ce plan.

Sous peine de nullité absolue de leur offre, ils doivent joindre à celle-ci une annexe :

- décrivant la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte du plan de sécurité et de santé;
- comportant un calcul détaillé du coût des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé.

Pour satisfaire à l'obligation qui précède, les soumissionnaires sont tenus d'utiliser le formulaire ad hoc annexé au plan de sécurité et de santé.
L'attention des soumissionnaires est attirée sur le fait que leur offre pourra être déclarée nulle si, soit les modes d'exécution décrits dans le formulaire annexé à leur offre sont jugés non-conformes au plan de sécurité et de santé, soit le coût des mesures et moyens de prévention y mentionné est jugé anormal".

III. 3. L'avis de marché a été publié le 18 septembre 2009 au Bulletin des adjudications.

III. 4. Selon le procès-verbal d'ouverture des offres rédigé et signé en date du 12 octobre 2009, date prévue pour l'ouverture des offres, trois offres ont été déposées pour ce marché :

- la S.P.R.L. G. CORMAN-HALLEUX : 1.926.066,53 euros hors T.V.A.;
- la S.A. T.W.T. : 2.032.430,73 euros hors T.V.A.;
- la société momentanée SOGEPAR-DIEDERICKS : 2.157.543,22 euros hors T.V.A.

III. 5. Le dossier comporte un rapport de la société privée à responsabilité limitée SAFETECH, coordinateur de sécurité, daté du 22 octobre 2009, qui pour la société privée à responsabilité limitée G. CORMAN-HALLEUX indique :

" PPSS non remis", "en cas d'attribution du marché à cette entreprise, réclamer préalablement son PPSS spécifique pour analyse".

III. 6. Selon le rapport de l'auteur de projet transmis le 26 octobre 2009 :

- l'association momentanée SOGEPAR-DIEDERIKS n'a pas fourni l'ensemble des documents requis pour la sélection qualitative;
- le classement des offres après correction est le suivant :
  1. la S.P.R.L. G. CORMAN-HALLEUX : 2.331.491,85 euros T.V.A. comprise;
  2. la S.A. TWT : 2.466.073,59 euros T.V.A. comprise;
  3. la société momentanée SOGEPAR-DIEDERIKS : 2.614.523,64 euros T.V.A. comprise.

- concernant le plan de sécurité et de santé, le rapport se réfère au rapport du coordinateur sécurité et indique que : "L'entreprise Corman devra fournir son PPSS avant l'attribution du marché".

L'auteur de projet conclut : "sur base de l'analyse qui précède, l'entreprise CORMAN-HALLEUX propose l'offre valable la plus intéressante pour un montant (rectifié) de 2.331.491,85 € tva 21 % comprise".

III. 7. Le collège communal a adressé à la société G. CORMAN-HALLEUX un courrier recommandé en date du 28 octobre 2009 par lequel il sollicitait la production du plan particulier de sécurité et santé.

III. 8. La société G. CORMAN-HALLEUX a transmis son plan particulier de sécurité et santé à la ville de Herve, en date du 30 octobre 2009.

III. 9. Le collège communal a décidé, en sa séance du 10 novembre 2009, d'attribuer à la société CORMAN-HALLEUX la phase 2 du marché relatif aux travaux concernant l'aménagement du centre administratif Marie-Thérèse à Herve pour un montant de 2.331.491,85 euros T.V.A. comprise.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. MOYEN UNIQUE

IV. 1. Thèses des parties

La requérante prend un moyen unique "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 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, 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, de l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles, des dispositions du cahier spécial des charges relatives aux documents sécurité santé et du principe patere legem [quam] ipse fecisti, ainsi que du principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires".

La requérante soutient que la partie adverse a pris en considération l'offre de la société CORMAN-HALLEUX qui ne comportait pas de plan particulier de

sécurité et de santé et qu'elle a attribué le marché à cette société après lui avoir permis de compléter son offre en transmettant un plan particulier de sécurité et de santé.

Elle affirme qu'en l'absence d'un plan particulier de sécurité et de santé joint à l'offre, celle-ci devait être déclarée irrégulière, que le cahier spécial des charges imposait de joindre ce document "sous peine de nullité absolue", que la partie adverse était obligée d'écarter l'offre de cette société sans disposer sur ce point d'un pouvoir d'appréciation, qu'elle ne pouvait, demander à la société CORMAN-HALLEUX de fournir son plan particulier de sécurité et santé après le dépôt de son offre et qu'elle a violé le principe de l'égalité entre les soumissionnaires en laissant à la société CORMAN-HALLEUX un temps plus long qu'aux autres sociétés pour constituer son offre.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse se réfère à l'article 110 §§ 1er et 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 ainsi qu'au cahier spécial des charges et affirme que pour pouvoir être prise en compte, l'offre d'un soumissionnaire doit être conforme aux exigences du cahier spécial des charges, que l'article 110 § 2 distingue deux régimes de traitement des irrégularités d'une offre, qu'il établit le principe de la nullité absolue des offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, qu'en dehors de ces prescriptions essentielles, il prévoit un régime de nullité relative, laissant au pouvoir adjudicateur un large pouvoir d'appréciation, que "si l'irrégularité a trait à une nullité absolue, toute partie peut l'invoquer alors que lorsqu'elle ne concerne qu'une nullité relative, seul le pouvoir adjudicateur peut l'invoquer".

La partie adverse entend affirmer que "le principe de la nullité absolue ne veut pas dire qu'il y ait automatiquement éviction; que ce n'est que si l'irrégularité constatée peut être qualifiée de substantielle que l'autorité sera forcée de l'écarter" et qu'elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité.

Elle se réfère, entre autres, à C. DARDENNE, A. DELVAUX, A.-L. DURVIAUX qui ont écrit :

" Quelle qu'en soit l'origine, seules les irrégularités substantielles peuvent entraîner l'éviction d'une offre déposée.
Le concept d'irrégularité substantielle n'est pas défini dans l'arrêté royal.
Pour déterminer si une irrégularité est ou non substantielle, on peut cependant se référer aux principes et critères suivants qui ont été déterminés tant par la doctrine que par la jurisprudence du Conseil d'Etat :

a) L'incidence de cette irrégularité sur le principe d'égalité des soumissionnaires : est-elle susceptible de créer une discrimination et d'avantager ou de désavantager un concurrent ?
b) Son incidence sur la décision finale, c'est-à-dire sur le classement des offres : modifie-t-elle ou non le classement des offres ?
c) Son incidence sur la comparaison des offres : rend-elle impossible ou non la comparaison effective des offres ?
d) Le caractère fondamental ou non de la prescription du cahier spécial des charges qui n'est pas respecté.
e) L'intention de l'auteur du cahier spécial des charges, en particulier lorsqu'il y a été mentionné une disposition instaurant explicitement une sanction de nullité.

Sous peine de tomber dans un formalisme outrancier, les auteurs de la réglementation ont préféré laisser au pouvoir adjudicateur, tant dans son intérêt que dans celui des soumissionnaires, le soin d'apprécier la gravité des irrégularités et leurs conséquences éventuelles, eu égard notamment au jeu de la concurrence et à la comparabilité des offres. S'il dispose bien d'une faculté d'appréciation, le pouvoir adjudicateur doit néanmoins l'exercer en tenant compte du principe de proportionnalité".

La partie adverse soutient que lorsque le pouvoir adjudicateur est en présence d'une irrégularité substantielle, il ne peut interroger le soumissionnaire afin d'obtenir des documents ou des renseignements qui lèveraient l'irrégularité et qu'il doit l'écarter mais que si, au contraire, il s'agit d'une irrégularité qui peut être qualifiée de non substantielle, le pouvoir adjudicateur est en droit de prendre contact avec les soumissionnaires pour faire préciser ou compléter la teneur de leur offre et que ces documents complémentaires devront en toute hypothèse être fournis avant la comparaison des offres et la décision d'attribuer le marché.

Elle fait valoir qu'en l'espèce le cahier spécial des charges présente un addendum approuvé par le collège communal de la ville de Herve lors de sa séance du 15 septembre 2009, que l'approbation de cet addendum par le collège communal a été ratifiée par le conseil communal en date du 21 septembre 2009, que cet addendum apporte, pour la deuxième partie du cahier spécial des charges, des précisions quant à certaines dispositions de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, qu'il indique pour l'article 90 que :

" Conformément à l'article 30 de l'Arrêté Royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles, le plan de sécurité et de santé afférent au marché figure en annexe au présent cahier spécial des charges sous l'intitulé «PLAN DE SECURITE ET DE SANTE»

Les soumissionnaires sont tenus de remettre une offre conforme à ce plan.

Sous peine de nullité absolue de leur offre, ils doivent joindre à celle-ci une annexe :
• décrivant la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte du plan de sécurité et de santé;
• comportant un calcul détaillé du coût des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé.

[…]".

Elle affirme "que le principe de la nullité absolue ne veut pas dire qu'il y ait automatiquement éviction de l'offre présentant une irrégularité; que ce n'est que si l'irrégularité constatée peut être qualifiée de substantielle que l'autorité sera forcée de l'écarter", que l'article 4.1.4. du Plan Général de Sécurité et de Santé faisant partie intégrante du cahier spécial des charges est libellé comme suit :

" Les entreprises intervenantes doivent établir un plan particulier de sécurité et de santé (PPSS) pour les travaux qu'elles doivent effectuer.
Ce plan particulier ainsi que le plan général de coordination doit être fourni à son ou à ses sous-traitants pour qu'il(s) en tien (nent) compte dans leur propre plan.
Chaque entreprise dispose de 30 jours maximum à compter de la réception de son contrat pour établir son propre plan et le faire parvenir au coordinateur pour intégration dans le plan général de coordination et harmonisation éventuelle.
Le plan doit être envoyé au Coordinateur Sécurité au plus tard 8 jours ouvrables avant le début de l'activité sur le site à l'adresse suivante.
[…]",

que cette disposition semble indiquer qu'il n'était pas nécessaire de joindre le plan particulier de sécurité et de santé au moment du dépôt des offres mais bien ultérieurement et que cet article confirme que le fait de joindre le plan particulier de sécurité et de santé ne doit pas être considéré comme essentiel de sorte que l'irrégularité liée à l'absence de jonction par un soumissionnaire de ce plan à l'offre ne peut automatiquement être qualifiée de substantielle.

Elle soutient qu'en l'espèce l'offre de la société G. CORMAN-HALLEUX contenait un calcul détaillé du coût des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé, qu'un plan particulier de sécurité et de santé, soit un document décrivant la manière dont le soumissionnaire exécuterait l'ouvrage pour tenir compte du plan de sécurité et de santé n'était cependant pas annexé à cette offre et que le pouvoir adjudicateur et l'auteur de projet ont pu considérer que cette omission résultait d'un oubli ou d'une erreur matérielle dans le chef de la société G. CORMAN-HALLEUX.

Elle affirme que cette irrégularité ne peut être considérée comme substantielle, qu'elle ne crée aucune discrimination entre soumissionnaires étant donné que le détail du coût des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé a été joint à l'offre et que seul ce critère a in fine permis de comparer entre eux les soumissionnaires, que le principe de l'égalité entre soumissionnaires a été respecté, de même que le principe de proportionnalité, que le classement des offres n'a pas été modifié, qu'aucune incidence sur la décision finale n'est à relever, que la comparaison des offres n'a pas été rendue impossible par l'irrégularité visée, que la prescription du cahier des charges visant ce plan n'est pas

fondamentale, que l'intention de l'auteur du cahier des charges n'était pas initialement de contraindre les soumissionnaires à joindre un plan particulier de sécurité et de santé, que, d'une part, cette demande a été formulée par le Ministre FURLAN et adoptée in fine par addendum par le pouvoir adjudicateur et, d'autre part, que l'article 4.1.4. du plan général de sécurité et de santé semble indiquer qu'il n'était pas nécessaire de le joindre au moment du dépôt des offres mais bien ultérieurement, qu'en outre, un arrêt n° 181.352 du 19 mars 2008 prononcé par le Conseil d'Etat semble admettre que l'irrégularité affectant le prix et la complétude du plan de sécurité et de santé ne conduit pas nécessairement à la qualification d'irrégularité substantielle, qu'un arrêt du 7 décembre 2009 n° 198.594 aborde également cette question, que le Conseil d'Etat admet qu'un pouvoir adjudicateur peut prendre contact avec un soumissionnaire avant l'attribution du marché pour lui demander de compléter son offre et ce même si l'irrégularité concerne le plan particulier de sécurité et de santé, que c'est ce qui a été fait régulièrement lorsque le collège communal de Herve a écrit par courrier recommandé à la société G. CORMAN-HALLEUX en date du 28 octobre 2009 pour lui demander de transmettre son plan particulier de sécurité et de santé, que ce plan a été transmis à la ville de Herve par la société G. CORMAN-HALLEUX en date du 30 octobre 2009, que la brièveté du délai avec lequel ce plan particulier a été transmis confirme que celui-ci avait été rédigé pour le dépôt de l'offre dont il déterminait partiellement le prix mais erronément non transmis en annexe à l'offre proprement dite et que l'acte attaqué est adéquatement motivé quant à cette question, la délibération du collège communal du 10 novembre 2009 étant rédigée en ces termes :

" […]
Considérant qu'il ressort du rapport de sélection qualitative susdit établi par Monsieur Philippe HENRY, Architecte-Auteur de projet, que les offres reçues sont régulières et conformes à l'exception de celle remise par l'association momentanée SOGEPAR DIEDERIKS, dans laquelle deux documents requis sont manquants à savoir la déclaration sur l'honneur ainsi que la déclaration bancaire; que la production de la déclaration sur l'honneur résulte de la seule initiative du soumissionnaire et que son absence doit, conformément aux Circulaires susdites, aboutir à une non-recevabilité de cette offre,- que seules les offres remises par la S.A. TWT et la S.P.R.L. Corman-Halleux sont admises à participer au marché;

Considérant qu'il ressort du rapport susdit établi par la S.P.R.L. Safetech, Coordinateur Sécurité et Santé, que la S.P.R.L. Corman-Halleux, n'a pas joint à sa soumission le Plan Particulier de Sécurité et de Santé; que suivant ce rapport et étant entendu que le calcul de prix des mesures et moyens de protection était lui joint à l'offre susdite, il s'indique de demander au soumissionnaire préalablement à sa désignation en qualité d'adjudicataire de fournir des renseignements complémentaires et notamment le Plan Particulier de Sécurité et de Santé ; que ces compléments d'information ont donc été réclamés et qu'ils nous ont été fournis;

Considérant dès lors que l'offre la plus intéressante est celle remise par la S.P.R.L. Corman-Halleux à 4650 Herve (Grand-Rechain), au montant rectifié de 1.926.852,77 € hors T.V.A., soit 2.331.491,85 € T.V.A. 21 % comprise.

[…]".

La requérante réplique que l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001prescrit que le plan de sécurité et de santé soit annexé à l'offre, qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public, qu'elle a été mise en œuvre en l'espèce par le cahier spécial des charges qui exigeait que les soumissionnaires joignent ce plan à leur offre sous peine de nullité absolue, qu'en l'espèce, il ressort du dossier administratif et de la décision d'attribution du 10 novembre 2009 que la société CORMAN-HALLEUX n'a pas joint le plan particulier de sécurité et de santé à son offre, que la partie adverse était en conséquence obligée d'écarter l'offre de cette société comme étant irrégulière, sans disposer sur ce point d'un pouvoir d'appréciation et qu'elle ne pouvait, comme elle l'a fait, demander à la société CORMAN-HALLEUX de fournir son plan particulier de sécurité et santé après le dépôt de son offre, que, selon une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, l'article 110, § 2 distingue deux régimes de traitement des irrégularités d'une offre, celui de la nullité absolue des offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges et celui de la nullité relative des offres qui comportent d'autres irrégularités, que les irrégularités substantielles sont celles qui ont trait aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, à savoir celles énumérées à l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et celles reconnues comme telles dans le cahier spécial des charges (voir, par exemple, arrêts n° 156.427 du 15 mars 2006 et n° 196.625 du 24 juin 2009), qu'il résulte en outre de la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'une offre affectée d'une irrégularité substantielle doit être écartée d'emblée par le pouvoir adjudicateur (voir arrêt n° 201.744 du 9 mars 2010), mais que lorsque les irrégularités ne concernent pas des éléments essentiels de l'offre, le pouvoir adjudicateur bénéficie d'un pouvoir d'appréciation pour autant qu'il respecte le principe d'égalité.

La requérante affirme que l'addendum au cahier spécial des charges exigeait des soumissionnaires qu'ils joignent à leur offre le plan particulier de sécurité et de santé "sous peine de nullité absolue", que le pouvoir adjudicateur a considéré que ce plan comportait un caractère essentiel et qu'il a opté, en ce qui le concerne, pour le régime de la nullité absolue, qu'en conséquence, les offres qui ne comportaient pas ce document devaient être écartées sans que le pouvoir adjudicateur dispose sur ce point d'un pouvoir d'appréciation, qu'en réclamant le plan particulier de sécurité et de santé à la société CORMAN-HALLEUX, la ville de Herve a violé les articles 16 et suivants de la loi du 4 août 1996, l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001, l'article 90 § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, les dispositions du cahier spécial des charges relatives aux documents sécurité santé et le principe patere legem quam ipse fecisti et qu'en outre, en laissant à la société CORMAN-HALLEUX

un temps plus long pour préparer son offre, la ville de Herve a violé le principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

Elle soutient que la partie adverse ne saurait faire valoir que c'est à la requête du ministre qu'elle a ajouté cette disposition au cahier des charges ou qu'il "semble" ressortir de l'article 4.1.4 du plan général de sécurité et de santé qu'il n'était pas nécessaire de joindre le plan particulier de sécurité et de santé aux offres, que l'addendum au cahier des charges a été approuvé par le collège communal lors de sa délibération du 15 septembre 2009 et fait donc intrinsèquement partie du cahier spécial des charges et que seule doit être prise en compte la version définitive du cahier spécial des charges sans qu'il soit besoin de s'interroger sur l'origine des dispositions qui y figurent.

Elle affirme que le plan général de sécurité et santé annexé au cahier spécial des charges fait apparaître à la page 3 que les soumissionnaires devaient joindre à leur offre le plan particulier de sécurité et de santé, que les quatrième et septième alinéas sont ainsi rédigés :

" Les P.P.S.S. seront établis par les entreprises et joints à l'offre de prix

[…]

Afin que les mesures déterminées par le plan de sécurité et de santé puissent effectivement être appliquées lors de l'exécution des travaux et conformément à l'article 30 de l'arrêté royal du 25/01/2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles :
- les soumissionnaires 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;
- […]",

que la disposition figurant à l'article 4.1.4 concerne manifestement les sous-traitants dans la phase d'exécution du marché ainsi qu'il résulte du titre 4 "Dispositions générales sur le chantier", que la partie adverse ne peut faire valoir que la non-production du document litigieux provenait probablement d'un oubli de l'adjudicataire, que seul importe le fait que ce document faisait défaut dans l'offre de l'adjudicataire, quelles que soient les raisons qui l'expliquent, spécialement lorsque celles-ci résultent de supputations du pouvoir adjudicateur.

Elle fait observer que si le plan particulier de sécurité et de santé de la société CORMAN-HALLEUX est daté du 6 octobre 2009, la plupart des pages qui le constituent portent la date du 29 octobre 2009, alors que l'ouverture des offres a eu lieu le 12 octobre 2009.

Elle affirme que la référence à l'arrêt n° 181.352 du 19 mars 2008 est sans pertinence, que dans cet arrêt se posait la question de savoir si le pouvoir adjudicateur pouvait écarter une offre qui ne satisfaisait pas aux conditions du cahier des charges dans le domaine de la sécurité-santé dès lors que ces conditions n'étaient pas exigées sous forme de nullité absolue, alors qu'en l'espèce, la production du plan particulier de sécurité et de santé était expressément exigée par le pouvoir adjudicateur sous peine de nullité absolue.

Elle énonce que l'arrêt n° 198.594 du 7 décembre 2009 confirme que, lorsque les documents sécurité-santé sont exigés par le cahier spécial des charges sous peine d'exclusion, ils doivent être joints aux offres et qu'à défaut, celles-ci doivent être écartées d'office.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse maintient que le principe de la nullité absolue n'implique pas qu'il y ait automatiquement éviction, qu'il n'en est ainsi que si l'irrégularité constatée peut être qualifiée de substantielle, qu'assortir de nullité absolue le dépôt d'un document en annexe à l'offre n'implique pas que le pouvoir adjudicateur ait entendu limiter son pouvoir d'appréciation quant au caractère substantiel ou non d'une irrégularité relative à ce point, qu'en l'espèce l'offre de la société G.CORMAN-HALLEUX contenait un calcul détaillé du coût des mesures et moyens de prévention déterminé dans le plan de sécurité et de santé, que "ce plan est un document quelque peu standardisé qui n'appelle pas une refonte complète pour chaque marché", que le Conseil d'Etat admet qu'un pouvoir adjudicateur prenne contact avec un soumissionnaire avant l'attribution du marché pour lui demander de compléter son offre, que l'irrégularité était "peu conséquente" et ne pouvait être qualifiée de substantielle, que c'est pour cette raison que le collège communal a adressé à la société CORMAN-HALLEUX un courrier recommandé en date du 28 octobre 2009 par lequel il demandait la production du plan particulier de sécurité et de santé.

Dans son dernier mémoire, la requérante fait valoir que l'article 30, alinéa 2, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 est une disposition d'ordre public, que l'absence de plan est une violation d'une prescription essentielle du cahier spécial des charges, que son dépôt par la suite porte atteinte à l'égalité entre soumissionnaires, qu'elle entraîne l'irrégularité de l'offre que cette irrégularité ne pouvait être réparée après la décision d'attribution et qu'une irrégularité substantielle entraîne nécessairement une nullité absolue.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dans l'arrêté royal du 14 octobre 1964 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat, l'article 25 était rédigé en ces termes :

" Sans préjudice de la nullité de toute soumission dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier des charges, telles celles énumérées à l'article 14, alinéa 2, l'administration peut considérer comme irrégulières et, partant, comme nulles et non avenues les soumissions qui ne sont pas conformes aux dispositions de la présente section 2, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité.

Toutefois, avant d'écarter éventuellement une offre par référence à l'article 20, § 5, en raison du caractère apparemment anormal des prix unitaires qu'elle contient, l'administration invite le soumissionnaire en cause, par lettre recommandée, à fournir, dans un délai de dix jours de calendrier, l'explication de ses prix unitaires. L'administration informe l'intéressé des prix unitaires qui, après examen de cette explication, resteraient considérés comme anormaux".

Dans le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 14 octobre 1964 précité, on pouvait lire à propos de l'article 25 :

" L'article 25 est très important et absolument nouveau, bien qu'il se rapporte à plusieurs situations qu'envisageait et réglait, directement ou indirectement, l'arrêté de 1955. Il s'agit des cas des soumissions présentant des irrégularités soit quant à leur forme, soit quant au fond.

Après avoir établi le principe de la nullité absolue des soumissions qui dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges et, notamment, à celles qui ont trait au prix, aux délais, aux conditions techniques, cette disposition prévoit certains cas de nullité relative dans lesquels l'administration aura la faculté de considérer les soumissions comme irrégulières et, partant, comme tout aussi nulles et non avenues.

Il s'agit spécialement des cas où les soumissions ne respectent pas les dispositions des articles 14 et 24 fixant la forme dans laquelle elles doivent être établies et les mentions qu'elles doivent contenir. Le non-respect de ces dispositions ne peut, sous peine de tomber dans un formalisme outrancier, avoir pour effet d'entraîner automatiquement la nullité des soumissions; il convient plutôt, dans l'intérêt tant du Trésor que des soumissionnaires, de laisser à l'administration la possibilité d'apprécier la gravité des irrégularités et leurs conséquences éventuelles, eu égard, notamment, au jeu de la concurrence et à la comparabilité des offres.

Il s'agit également des cas où les soumissions comporteraient des réserves. Si, en principe, les soumissions ne peuvent comporter des réserves, il est parfois des cas, dans la pratique, où certaines réserves émises sur des points de minime importance ne justifient pas d'écarter les soumissions qui les contiennent. Ici aussi, l'intérêt des soumissionnaires et de l'administration commande qu'une certaine souplesse soit d'application.

Enfin, l'administration doit pouvoir écarter des offres dont les éléments ne concorderaient pas avec la réalité. Le but essentiel de cette disposition est de permettre au maître de l'ouvrage d'écarter des prix fantaisistes qui, en fait, fausseraient le jeu normal de la concurrence, ou pourraient avoir des répercussions fâcheuses sur l'exécution de l'entreprise ou permettraient de réaliser des

spéculations abusives. Afin d'éviter toute fausse interprétation, il est toutefois prévu qu'avant d'écarter une offre pour une telle raison, l'administration devra inviter le soumissionnaire à lui fournir l'explication des prix qu'il a présentés et qu'elle devra, après sa décision, l'informer des prix qui resteraient considérés comme anormaux".

L'article 25, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, remplacé ensuite par l'arrêté royal du 19 août 1985, reproduisait la teneur de l'article 25, alinéa 1er, cité ci-dessus, sans commentaire dans le rapport au Roi (Pasin. 1977, p.679).

L'article 110, § 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, a la même portée, et dispose :

" § 2. Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité".

Le Rapport au Roi indique à propos des paragraphes 2 et suivants que :

" Les paragraphes suivants reproduisent l'article 25 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 en précisant certains aspects.

Au § 2, le texte est maintenu pratiquement inchangé. Le texte a cependant été rendu général, car il ne contient plus de référence à un article déterminé. Ce faisant, la disposition peut sans équivoque s'appliquer à toutes les situations d'anormalité de prix unitaires et globaux".

De cet aperçu il résulte que depuis la mise en vigueur de l'arrêté royal du 14 octobre 1964 et en l'absence d'indication contraire concernant l'article 25 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 ou encore l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, la "nullité absolue" apparaît comme la sanction d'une "irrégularité substantielle" constatée comme telle par le pouvoir adjudicateur.

La loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, et l'arrêté royal d'exécution du 25 janvier 2001 contiennent des mesures relatives à la sécurité du travail et à la protection de la santé du travailleur au travail qui apparaissent comme d'ordre public.

L'article 30, alinéa 2, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 prévoit que :

" Afin que les mesures déterminées dans le plan de sécurité et de santé puissent effectivement être appliquées lors de l'exécution des travaux, il fait 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;
[…]".

C'est en fonction de cette exigence que l'autorité de tutelle a invité la partie adverse à compléter son cahier spécial des charges qui, après l'insertion d'un addendum ratifié par le conseil communal lors de sa séance du 21 septembre 2009, comporte notamment le passage suivant :

" Sous peine de nullité absolue de leur offre, ils doivent joindre à celle-ci une annexe :
- décrivant la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte du plan de sécurité et de santé;
- comportant un calcul détaillé du coût des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé".

Il ressort des pièces de la procédure qu'à la date du 22 octobre 2009, soit après le 12 octobre 2009 date prévue pour l'ouverture des offres, la société CORMAN-HALLEUX n'avait pas annexé à son offre un plan particulier de sécurité et de santé et que ce n'est qu'après la demande que la partie adverse lui a adressée le 28 octobre 2009 que cette société a communiqué ce plan en annexe d'un courrier daté du 30 octobre 2009.

Dans ces conditions, c'est à juste titre que la requérante affirme qu'en l'absence d'un plan particulier de sécurité et de santé joint à l'offre de la société CORMAN-HALLEUX, celle-ci devait être déclarée irrégulière, puisque le cahier spécial des charges imposait de joindre ce document "sous peine de nullité absolue", que la partie adverse était obligée d'écarter l'offre de cette société sans disposer sur ce point d'un pouvoir d'appréciation, qu'elle ne pouvait demander à la société CORMAN-HALLEUX de fournir son plan particulier de sécurité et santé après le dépôt de son offre et qu'elle a méconnu le principe de l'égalité entre les soumissionnaires en laissant à la société CORMAN-HALLEUX un temps plus long qu'aux autres sociétés pour constituer son offre.

Le moyen est fondé.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est annulée la décision du 10 novembre 2009 par laquelle le collège communal de la ville de Herve a attribué à la société CORMAN-HALLEUX le marché de la phase 2 des travaux relatifs à l'aménagement du centre administratif Marie-Thérèse, à Herve.

Article 2.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le premier octobre deux mille treize par :

Mme	Odile DAURMONT,	Président de chambre,
MM.	Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
	David DE ROY,	Conseiller d'Etat,
	Charles-Henri VAN HOVE,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé, Le Président,

Charles-Henri VAN HOVE. Odile DAURMONT.