

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 247.119 du 21 février 2020

A. 230.111/VI-21.705

En cause : **la société anonyme COLAS BELGIUM,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean-François JAMINET et
Delphine BOREUX, avocats,
rue Doumier 159
4430 Ans,

contre :

la ville de Liège,
ayant élu domicile chez
M^{es} François MOISES et
Julie BOCKOURT, avocats,
place des Nations-Unies 7
4020 Liège.

Partie intervenante :

la société anonyme ROGER GEHLEN,
ayant élu domicile chez
M^{es} Thierry WIMMER et
Gaëtan BIHAIN, avocat
rue mitoyenne 9
4840 Welkenraedt.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 31 janvier 2020, la société anonyme COLAS BELGIUM demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la Ville de Liège, de date inconnue, par laquelle celle-ci a décidé d'écarter l'offre de la requérante portant sur le lot 2, dans le cadre du marché public de travaux ayant pour objet « Programme d'entretien de diverses voiries de la Ville de Liège » (Cahier spécial des charges n° GEP/2019-524/T), d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire et de ne pas attribuer le marché à la requérante ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 3 février 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 18 février 2020 à 10 heures.

Par une requête introduite le 10 février 2020, la société anonyme ROGER GEHLEN demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

La requérante a déposé une requête ampliative le 14 février 2020.

M^{me} Florence PIRET, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Delphine BOREUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Françoise MOISES, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Gaëtan BIHAIN, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles

Tels que les relate la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

« [...] »

1. Par un avis de marché publié au Bulletin des Adjudications du 25 octobre 2019 [...], la partie adverse a mis en concurrence un marché de travaux intitulé "Programme d'entretien de diverses voiries de la Ville de Liège" (Cahier spécial des charges n° GEP/2019-524/T) [...].

Le marché est composé de deux lots (voir *infra*).

La procédure de passation du marché est notamment régie par la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, par l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ainsi que par la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que ses modifications ultérieures.

Le marché est passé par une procédure ouverte conformément aux articles 2, 22° et 36 de la loi du 17 juin 2016.

2. L'article 2 de la Partie 2 du Cahier spécial des charges précise un seul critère d'attribution, à savoir le critère prix.

3. Suivant l'article 3 du cahier spécial des charges, l'objet du lot 1 porte sur l'entretien de diverses voiries en hydrocarboné sur le domaine de la Ville de Liège :

- (i) L1-1 : Rue aux Chevaux
- (ii) L1-2 : Rue des Vignes
- (iii) L1-3 : Rue de l'Arsenal
- (iv) L1-4 : Rue Sous les Vignes
- (v) L1-5 : Rue Côtes d'Or
- (vi) L1-6 : Rue des Héros
- (vii) L1-7 : Rue Deveux

L'avis de marché décrit les prestations du lot 1 comme suit :

II.2.4) Description des prestations: *(nature et quantité des travaux, fournitures ou services, ou indication des besoins et exigences)*
-Fraisage sur 4 cm d'épaisseur de la couche d'usure ;
-Mise à niveau d'éléments localisés ;
-Pose d'une nouvelle couche d'usure ;
-Pose de marquage routier ;
-Création de passages pour piétons ;
-Aménagement de carrefours ;
-Réalisation de marquage routier

L'objet du lot 2 porte sur l'entretien de diverses voiries en pavage sur le domaine de la Ville de Liège :

- (i) L2-1 : Avenue de l'Observatoire
- (ii) L2-2 : Vieille Voie de Tongres

L'avis de marché décrit les prestations du lot 2 comme suit :

II.2.4) Description des prestations: *(nature et quantité des travaux, fournitures ou services, ou indication des besoins et exigences)*
Substitution de pavage :
-Démontage de revêtements en pavés de pierre ;
-Démolition de fondations de voiries ;
-Démontage ou démolition de filets d'eau ;
-Démontage ou démolition d'éléments linéaires ;
-Démolition de fondations d'éléments linéaires ;
-Démontage d'avaloirs ;
-Pose d'une nouvelle sous/fondation et fondation en empierrement ;
-Pose de deux couches de revêtement hydrocarboné ;
-Pose de nouveaux filets d'eau en béton ;
-Pose de nouveaux avaloirs et raccordements de ceux-ci ;
-Mise à niveau d'éléments localisés ;
-Pose de marquage routier.
Enduit sur pavage :
-Pose d'un enduit bi-couche sur le pavage existant ;
-Pose de marquage routier.

4. L'article 4 « Forme, contenu et dépôt de l'offre » de la Partie du cahier spécial des charges précise ce qui suit :

« 4.1. Forme de l'offre

Le soumissionnaire doit établir son offre en français en se conformant aux

formulaires destinés à cet effet, intitulés "OFFRE" et "METRE RECAPITULATIF", et joints au présent cahier spécial des charges. À défaut d'utiliser ces formulaires, le soumissionnaire supporte l'entière responsabilité de la parfaite concordance entre les documents utilisés et lesdits documents. Le soumissionnaire fait parvenir au pouvoir adjudicateur une offre conforme aux prescrits de l'article 78 de l'ARP.

Tous les documents doivent être rédigés en français (ou être accompagnés d'une traduction en français) s'ils sont établis spécialement par le soumissionnaire en vue de sa remise d'offre dans le cadre du présent marché.

En ce qui concerne les documents dont la production est exigée, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de déclarer irrégulière l'offre qui ne comporterait pas tout ou partie de ces documents.

[...]

4.5. Documents, modèles et échantillons à joindre à l'offre :

Documents à joindre à l'offre :

[...]

- Les annexes 4 et 5 y relatives au PSS ;

Conformément à l'article 30 de l'A.R. du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires 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, sous peine de nullité absolue de leur offre, le formulaire *ad hoc* annexé au plan de sécurité 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 conforme au plan de sécurité et de santé, soit le coût des mesures et moyens de prévention y mentionné et jugé anormal.

[...]

4.10 Eléments inclus dans les prix (article 32 de l'ARP)

[...]

À l'exception de la T.V.A. (Taxe sur la valeur ajoutée), toutes les impositions généralement quelconques, auxquelles est assujéti le marché, sont à charge de l'adjudicataire et censées être incluses dans les prix mentionnés dans l'offre et le métré récapitulatif. Il en résulte que les prix doivent inclure la redevance au C.R.R. (Centre de Recherches routières), les frais relatifs aux réceptions provisoires et définitives ainsi que le coût éventuel généré par les mesures résultant de l'application du P.S.S. (Plan de sécurité et de santé). Le soumissionnaire est seul et entièrement responsable de l'exactitude du montant des droits et taxes se rapportant au marché considéré. »

Les documents mis à disposition par le pouvoir adjudicateur comprennent ainsi un plan général de sécurité et de santé élaboré par le bureau de coordination sécurité et santé.

5. La requérante a déposé son offre le 26 novembre 2019, soit dans le délai imparti en veillant à transmettre l'intégralité des informations requises par le cahier spécial des charges [...].

Concernant l'aspect "sécurité santé", la requérante a joint à son offre les annexes 4 et 5 dûment complétées, ainsi qu'une annexe reprenant les informations demandées de manière claire et détaillée, à savoir :

- (i) La manière dont elle exécutera l'ouvrage pour tenir compte du plan de sécurité et de santé ;
- (ii) Le calcul détaillé du coût des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé.

Concernant cette annexe, il apparaît que la requérante n'a pas formellement utilisé "le formulaire *ad hoc* annexé au plan de sécurité santé", mais qu'elle a utilisé un document intitulé "Note de calcul détaillée des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé" (auquel étaient joints un plan des installations et une "Fiche d'évaluation sécurité et santé lors des travaux") reprenant l'ensemble des éléments requis en termes de sécurité santé, tels qu'ils étaient mentionnés dans le "formulaire *ad hoc*" litigieux (à savoir (i) la description de la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte du plan de sécurité et de santé et (ii) le calcul détaillé du coût des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé).

6. Par un courrier recommandé daté du 16 janvier 2020 et reçu le 20 janvier 2020 [...], la requérante a été informée que son offre était écartée pour les motifs suivants :

" [...] L'absence des documents « organisation et coût » est une cause de nullité absolue de l'offre. [...]"

Nonobstant le caractère plus qu'elliptique de cette motivation, la requérante comprend que la partie adverse reproche à la requérante de ne pas avoir joint à son offre le "formulaire *ad hoc* annexé au plan de sécurité santé ».

7. A la connaissance de la requérante, la décision d'attribution n'a pas encore été notifiée [...]"

La décision d'écarter l'offre de la requérante et de désigner, pour les lots 1 et 2, la sa ROGER GEHLEN a été adoptée par le collège communal de la Ville de Liège le 27 décembre 2019 et a été notifiée pour les deux lots par pli recommandé le 17 janvier 2020. Cette décision indique notamment :

« [...]

IV.2. Régularité matérielle des offres

Analyse de l'adéquation des mesures et coûts prévus par l'offre pour répondre aux risques envisagés par le P.S.S. (plan de sécurité et de santé)

Entreprises	1	2	3	4	5	6	7
S.A. COLAS BELGIUM	X	X					X
S.A. MARCEL BAGUETTE							X
S.A. MELIN							X
S.A. NELLES FRERES							X
S.P.R.L. PIERRE FRERE							Néant
S.A. ROGER GEHLEN				X	X		
S.A. SACE					X		
S.P.R.L. THOMASSEN					X		
S.A. WILLEMEN		X		X	X		

Une croix dans le tableau signifie que le soumissionnaire est concerné par une des remarques ci-dessous :

- 1 : En l'absence du document organisation et coûts, l'offre doit être écartée.
- 2 : Les mesures de prévention par rapport à l'analyse de risque (PGSS) ne sont pas détaillées ou sont inappropriées ou les coûts de sécurité par rapport au PGSS ne sont pas détaillés, il conviendrait de solliciter l'entrepreneur pour qu'il décrive sa méthode de prévention par rapport au PGSS avant sa désignation ou qu'il budgétise les coûts réels par rapport à l'analyse de risque (PGSS) et non des pourcentages proportionnels ou des sommes comprises dans des frais généraux.
- 3 : Le PPSS (adaptés aux travaux confiés) de l'entrepreneur doit être transmis avant le début des travaux.
- 4 : Le PPSS transmis ne tient pas compte d'éléments particuliers spécifiques du chantier (document général) il conviendrait que le maître d'ouvrage rappelle dans sa lettre de notification à l'entrepreneur désigné que des moyens de prévention adaptés doivent être étudiés préalablement au début des activités par le conseiller en prévention de l'entreprise, ces moyens de prévention seront évalués lors de la réunion préparatoire aux travaux.
- 5 : Les PPSS (adaptés aux travaux confiés) des sous-traitants doivent être transmis avant le début des interventions, y compris en cas de désignation des sous-traitants en cours d'exécution.
- 6 : Les moyens financiers prévus pour la sécurité et la santé sont faibles par rapport à la moyenne des offres, il faut interroger l'entrepreneur (s'il est désigné adjudicataire) lors de la réunion préparatoire aux travaux, pour s'assurer qu'il mettra en oeuvre les mesures de sécurité prévues au PGSS et au PPSS.
- 7 : La mention des coûts est une obligation légale en son absence l'offre doit être écartée.

Les offres pour le lot 1 et pour le lot 2 de la S.A. Colas sont déclarées **irrégulières**. En effet, l'absence des documents "organisation et coût" est une cause de nullité absolue de l'offre.

[...]

IV.2.6. Conclusion de la régularité matérielle des offres

L' (les) offre(s) suivante(s) est (sont) considérée(s) comme matériellement et substantiellement **irrégulière(s)**.

Pour le lot 1 :

Nom	Remarques/motifs
S.A. SACE	- Non-conformités avec le CSC ; - Mise en œuvre inadaptée aux chantiers ; - Problèmes d'arrondi.
S.P.R.L. Pierre Frère & Fils	- Non-conformités avec le CSC ; - Justification de prix de manière globale alors qu'il s'agit de plusieurs rues et donc de chantiers distincts ; - Problèmes d'arrondi.
N.V. Willemen Infra	Justificatifs non reçus.
S.A. Nelles Frères	Ne peut justifier ses prix suite à une erreur d'encodage.
S.A. Marcel Baguette	Ne peut répondre à la demande de justificatifs.
S.A. Les Entreprises Melin	Ne peut répondre à la demande de justificatifs.
S.A. Colas	Absence du document "organisation et coût".

Pour le lot 2 :

Nom	Remarques/motifs
S.A. SACE	- Non-conformités avec le CSC ; - Matériel manquant pour la bonne exécution ; - Pas de chef d'équipe renseigné dans les justificatifs.
S.P.R.L. Pierre Frère & Fils	Justificatifs non reçus.
N.V. Willemen Infra	Justificatifs non reçus.
S.A. Les Entreprises Melin	Ne peut répondre à la demande de justificatifs.
S.A. Colas	Absence du document "organisation et coût".

L' (les) offre(s) suivante(s) est (sont) considérée(s) comme matériellement **régulière(s)**.

Pour le lot 1 :

Nom	Prix HTVA*	Prix TVAC*
S.A. Roger Gehlen	819.204,95 €	991.237,99 €
S.P.R.L. Thomassen & Fils	1.028.661,54 €	1.244.680,46 €

*montants contrôlés suite aux vérifications, corrections de quantités, calcul des omissions, rabais ...

Pour le lot 2 :

Nom	Prix HTVA*	Prix TVAC*
S.A. Roger Gehlen	173.976,05 €	210.503,87 €
S.P.R.L. Thomassen & Fils	191.137,75 €	231.276,68 €
S.A. Marcel Baguette	184.055,91 €	222.707,65 €

*montants contrôlés suite aux vérifications, corrections de quantités, calcul des omissions, rabais ...

[...]

DESIGNE, pour le lot 1 de renouvellement de la couche d'usure de diverses voiries, la S.A. "ROGER GEHLEN", rue de la Litorne 3 à 4950 WAIMES, en qualité d'adjudicataire du marché de travaux d'entretien de diverses voiries sur le domaine de la Ville de Liège, marché passé par procédure ouverte :

- sur la base des clauses et conditions du cahier spécial des charges régissant le marché ;
- moyennant le prix de 819.204,95 EUR hors T.V.A. mentionné dans son offre datée du 26 novembre 2019 ;

DESIGNE, pour le lot 2 de renouvellement de la couche d'usure de diverses voiries, la S.A. "ROGER GEHLEN", rue de la Litorne 3 à 4950 WAIMES, en qualité d'adjudicataire du marché de travaux d'entretien de diverses voiries sur le domaine de la Ville de Liège, marché passé par procédure ouverte :

- sur la base des clauses et conditions du cahier spécial des charges régissant le marché ;
- moyennant le prix de 173.976,05 EUR hors T.V.A. mentionné dans son offre datée du 26 novembre 2019 ;

[...] ».

Cette décision, en tant qu'elle attribue le lot 2 du marché litigieux, constitue l'acte attaqué dans le présent recours.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 10 février 2020, la société anonyme ROGER GEHLEN demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux – notamment le lot 2 de ce marché –, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité de la demande quant à l'intérêt à agir

V.1. Thèse des parties

La requérante affirme qu'elle a un intérêt manifeste à obtenir la suspension de la décision d'attribution du marché en cause pour qu'il ne soit pas conclu avec un concurrent et qu'elle obtienne ainsi une chance de l'exécuter elle-même. Elle expose qu'elle est d'évidence une personne qui a intérêt à obtenir un marché déterminé et qui risque d'être lésée par la violation alléguée.

La partie adverse soutient que la requérante n'est pas recevable à agir dès lors qu'elle est moins bien classée que la partie intervenante et qu'elle ne critique pas l'offre de cette dernière ni n'élève de critique qui pourrait invalider la procédure d'attribution, de manière à lui donner une nouvelle chance d'obtenir le marché. Elle affirme qu'*a minima*, la partie requérante n'a pas intérêt à la seconde branche de son moyen unique, en ce que celle-ci ne lui permet pas de récupérer une chance d'obtenir le marché.

Dans la requête ampliative qu'elle dépose après avoir pris connaissance des pièces du dossier administratif, la requérante répond qu'elle a un intérêt au recours, vu le nouveau moyen qu'elle invoque et qui conteste la régularité de l'offre de la partie intervenante.

La partie intervenante conteste, à l'audience, la recevabilité du moyen nouveau soulevé par la requérante.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 14 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions soumet la recevabilité du recours à deux conditions. D'une part, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché. D'autre part, il faut que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante. Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risquant de léser le requérant.

En l'espèce, l'intérêt de la requérante au recours n'est *prima facie* pas contestable. La requérante est un opérateur économique qui a fait offre pour le marché considéré. Par sa requête, elle tend à démontrer que des illégalités commises lors de l'élaboration du cahier spécial des charges et lors de l'attribution du marché ont pu avoir un effet défavorable sur l'appréciation portée sur la qualité de son offre. Elle soulève, par ailleurs, dans sa requête ampliative, un moyen nouveau qui conteste la régularité de l'offre de la partie intervenante. Sans qu'il faille à ce stade examiner la recevabilité ou le bien fondé de ce moyen nouveau, il suffit de constater que les violations alléguées ont lésé ou risquent de léser la requérante.

L'exception d'irrecevabilité de la demande doit être rejetée.

VI. Moyen unique de la requête introductive

VI.1. Thèse de la partie requérante

Le moyen unique est pris :

- « (i) de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ;
(ii) de la violation de l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires mobiles ;
(iii) de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, et particulièrement des articles 1, 2 et 3 ;
(iv) de la violation des principes généraux du droit, notamment les principes de bonne administration, de minutie, du raisonnable, le principe qui veut que tout acte repose sur les motifs de fait et de droit exacts, pertinents et légalement admissibles ;
(v) du principe de proportionnalité ;
(vi) de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs ;
(vii) de l'erreur manifeste d'appréciation ;
(viii) de l'excès de pouvoir ».

La requérante affirme, quant aux principes applicables, que le Conseil d'État doit exercer un contrôle sur l'opportunité, pour un pouvoir adjudicateur, d'ériger certaines exigences en conditions substantielles, dont le non-respect frappe l'offre de nullité absolue. Elle ajoute qu'il incombe également au Conseil d'État de vérifier que le pouvoir adjudicateur applique cette sanction de manière raisonnable. Elle soutient, à cet égard, que le non-respect d'une exigence mentionnée comme étant substantielle ne peut être sanctionné, de manière absolue et aveugle, d'écartement d'office. Elle relève que l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires et mobiles n'impose au pouvoir adjudicateur de demander (i) « 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 » et (ii) « un calcul de prix séparé concernant les mesures et les moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle » que lorsque le coordinateur-projet justifie cette demande et pour autant qu'il précise les éléments pour lesquels ces documents sont nécessaires. Elle expose encore que le pouvoir adjudicateur doit faire preuve de minutie dans l'examen des soumissions et procéder à une analyse minutieuse des documents joints aux offres.

Dans une première branche, la requérante conteste « le principe même d'exiger des soumissionnaires (i) la description de la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte du plan de sécurité et de santé et (ii) le calcul détaillé du coût des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de

santé [...] ». Elle soutient que la partie adverse a violé l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 précité et commis une erreur manifeste d'appréciation en exigeant, sans motifs, de joindre à l'offre ces documents, sous peine de nullité absolue de l'offre. Elle affirme que la production de tels documents ne peut être imposée par le pouvoir adjudicateur que si le coordinateur sécurité santé indique les raisons pour lesquelles il est nécessaire d'obtenir des informations précises sur la manière dont les soumissionnaires envisagent d'exécuter les travaux. Elle ajoute que la nécessité d'établir un calcul des prix séparés des mesures et moyens de prévention n'est pas motivée dans les documents du marché et que rien n'indique que les éléments demandés aux soumissionnaires, au stade du dépôt des offres, soient nécessaires pour assurer la sécurité du chantier.

Selon la requérante, le pouvoir adjudicateur a également violé l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 et commis une erreur manifeste d'appréciation, en imposant, sous peine de nullité absolue, l'utilisation du « formulaire *ad hoc* annexé au plan de sécurité santé ». Elle souligne que, pour des documents aussi importants que le formulaire d'offre ou le métré (ou l'inventaire), l'article 77 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 donne la possibilité aux soumissionnaires de faire usage d'un autre formulaire d'offre que celui mis à disposition, tout en faisant supporter par le soumissionnaire la responsabilité quant à la parfaite concordance entre les documents qu'il utilise et le formulaire requis. Elle considère qu'un raisonnement similaire devrait *a fortiori* s'appliquer à l'annexe d'une annexe au cahier spécial des charges, concernant la coordination sécurité et santé. Elle en déduit que le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation, en catégorisant l'usage de ce formulaire comme une prescription dont le non-respect entraîne la nullité absolue de l'offre et en excluant toute possibilité d'utiliser un formulaire similaire. Selon elle, cette erreur est d'autant plus manifeste que ni le pouvoir adjudicateur, ni le coordinateur sécurité santé n'ont motivé l'intérêt, au regard de l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001, d'imposer, sous peine de nullité de l'offre, l'utilisation d'un modèle de document, ni indiqué en quoi le contenu de ce modèle est pertinent aux fins dudit article 30.

Elle fait encore valoir que certaines informations figurant dans l'annexe litigieuse « Organisation et coût » sont, d'une part, sans rapport avec les informations que l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 permet d'exiger et, d'autre part, impossibles à communiquer au stade du dépôt de l'offre. Elle cite, à titre d'exemples, les mentions relatives aux noms du responsable du chantier et des personnes qui, sur le chantier, seront responsables de l'appareil de levage ou des équipements en hauteur, ainsi que la date d'intervention. Elle en déduit que la partie adverse a agi de manière déraisonnable en exigeant ces documents.

Dans une deuxième branche, la requérante soutient que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation, en écartant son offre sans examiner le contenu du document intitulé « Note de calcul détaillée des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé » qu'elle a déposé et qui comportait l'ensemble des éléments repris dans le formulaire *ad hoc* annexé au plan de sécurité et de santé ainsi que ceux qui sont requis par l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001. Elle estime qu'en ne prenant pas soin d'examiner les documents joints à son offre, la partie adverse a également méconnu son devoir de minutie. Elle fait valoir que l'emploi d'un autre document que « le formulaire *ad hoc* annexé au plan de sécurité santé » n'a pas eu pour effet de lui donner un avantage discriminatoire, d'entraîner une distorsion de la concurrence, d'empêcher l'évaluation de son offre ou la comparaison de celle-ci avec les autres offres ou de rendre inexistant, incomplet ou incertain son engagement à exécuter le marché dans les conditions prévues. Toujours selon la requérante, la partie adverse disposait bien de toutes les informations requises en matière de sécurité et de santé pour pouvoir adéquatement comparer les offres, étant rappelé que les coûts des mesures sécurité, qui sont détaillés dans une annexe spécifique, sont inclus dans les prix unitaires, conformément au cahier spécial des charges.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen est irrecevable en tant qu'il est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, à défaut d'indiquer précisément en quoi l'acte attaqué méconnaîtrait ces dispositions.

A. Quant à la première branche

L'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles, dont l'application au présent marché n'est pas contestée, dispose comme il suit :

« Le maître d'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 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;

3° le coordinateur-projet puisse remplir sa tâche visée aux articles 4^{sexies}, 5°, et 11, 4°.

Les maîtres d'ouvrage des chantiers temporaires ou mobiles auxquels s'appliquent

les dispositions de l'article 29 sont dispensés de l'application des alinéas qui précèdent.

Sans préjudice de l'alinéa qui précède, lorsque le maître d'ouvrage est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, il n'est tenu de prescrire que les soumissionnaires annexent à leur offre le document et le calcul de prix séparé visés à l'alinéa 2, 1° et 2°, que si le coordinateur-projet justifie que la demande de ce document ou de ce calcul est nécessaire afin que les mesures déterminées dans le plan de sécurité et de santé puissent effectivement être appliquées et pour autant qu'il précise les éléments pour lesquels ce document ou ce calcul de prix est nécessaire.»

Conformément au dernier alinéa de la disposition précitée, le pouvoir adjudicateur est tenu de solliciter le descriptif des mesures et le calcul détaillé des coûts, visés à l'alinéa 2, 1° et 2°, si le coordinateur-projet justifie la nécessité de produire ces documents et précise les éléments pour lesquels ces documents sont nécessaires. À défaut d'une telle justification, le pouvoir adjudicateur retrouve un pouvoir d'appréciation. Il peut exiger ces documents, mais n'y est pas obligé. La partie adverse ne viole, dès lors, pas l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 précité en décidant de requérir la production des documents précités, même en l'absence d'une justification du coordinateur-projet. Du reste, le pouvoir adjudicateur a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, ériger l'adjonction de ces documents en exigence essentielle du marché. La partie adverse a pu estimer que la production de ces documents était nécessaire pour vérifier que les mesures déterminées dans le plan de sécurité et de santé seraient effectivement appliquées lors de l'exécution des travaux et s'assurer ainsi de l'engagement des soumissionnaires à pouvoir exécuter le marché dans les conditions prévues pour garantir la sécurité des travailleurs et des tiers.

L'obligation d'utiliser, sous peine de nullité absolue, le formulaire *ad hoc* annexé au plan de sécurité et de santé ne viole pas plus l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001, lequel n'interdit pas au pouvoir adjudicateur d'imposer l'usage de formulaires destinés à établir l'offre. Une telle exigence ne procède pas non plus d'une erreur manifeste d'appréciation. Le pouvoir adjudicateur a pu considérer que le recours obligatoire à ce formulaire était indispensable pour permettre une analyse des offres et une comparaison correcte de celles-ci.

La requérante n'est pas recevable à invoquer l'article 77 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, dès lors qu'elle ne prétend pas que les documents qu'elle a produits étaient parfaitement concordants au formulaire prévu par le cahier spécial des charges. La « parfaite concordance » visée à la disposition réglementaire précitée implique que le document déposé soit entièrement conforme au formulaire requis, en sorte que l'utilisation de l'un ou de l'autre document aboutit au même résultat. Or, si la

requérante soutient que la « Note de calcul détaillée des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé » (auquel étaient joints un plan des installations et une « Fiche d'évaluation sécurité et santé lors des travaux ») comportait l'ensemble des éléments demandés dans le formulaire annexé au plan de sécurité et de santé, elle ne conteste pas l'affirmation de la partie adverse selon laquelle la requérante a produit deux exemplaires d'un même document pour chacun des deux lots du marché en mentionnant un montant global qui couvre ces deux lots, alors que les travaux visés pour chacun de ces lots sont de nature différente et portent sur des montants distincts. L'emploi du formulaire *ad hoc* requis par le cahier spécial des charges impliquait, à tout le moins, de faire la distinction entre les lots, en ce qui concerne tant les mesures de sécurité et de santé à prendre que le calcul des prix détaillé, puisque les deux lots étaient susceptibles d'être attribués l'un indépendamment de l'autre. Dès lors que la requérante ne démontre pas la parfaite concordance entre les documents produits et le formulaire *ad hoc* requis par les documents du marché, l'irrégularité qu'elle dénonce, à savoir un excès de formalisme conduisant à l'écartement automatique de toute offre qui, par hypothèse, contiendrait des documents parfaitement concordants au formulaire requis, n'a pas pu lui causer grief.

L'affirmation selon laquelle certaines informations demandées dans l'annexe litigieuse seraient sans rapport avec celles que l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 permet d'exiger n'est pas établie. Pour assurer de la sécurité d'un chantier temporaire et mobile, un pouvoir adjudicateur peut estimer utile de connaître la date du début de l'intervention ainsi que le nom des responsables de ce chantier et des postes qui présentent un danger pour la sécurité. Par ailleurs, la circonstance que les informations précitées ne pourraient être communiquées au stade du dépôt de l'offre ne démontre pas qu'il était impossible d'utiliser les formulaires en cause ou que le pouvoir adjudicateur a agi de manière déraisonnable en exigeant leur emploi.

Le moyen unique, en sa première branche, n'est pas sérieux, sans qu'il soit utile d'examiner d'autres motifs éventuels de rejet.

B. Quant à la deuxième branche

L'article 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics impose au pouvoir adjudicateur de vérifier la régularité des offres et charge le Roi de fixer les modalités additionnelles à cette fin.

L'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques énumère une série d'irrégularités réputées comme substantielles, parmi lesquelles figure « 3° le

non-respect [...] des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché ». Le caractère substantiel d'une disposition se déduit notamment de l'indication, dans le cahier spécial des charges, que sa méconnaissance est sanctionnée à peine de nullité absolue. Dans un tel cas, le paragraphe 3 de l'article 76 ne laisse aucune marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur, qui doit constater la nullité de l'offre.

Le moyen, en sa deuxième branche qui repose sur le postulat erroné que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à la sanction à appliquer en cas de non-respect d'une exigence indiquée comme substantielle dans les documents du marché, *prima facie*, manque en droit. Il n'est dès lors pas utile d'examiner d'autres motifs éventuels de rejet.

VII. Moyen nouveau soulevé dans la requête ampliative

VII.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un moyen nouveau :

- « (i) de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ainsi que des articles 35, 36 et 76 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux [*sic*] ;
- (ii) de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, et particulièrement de ses articles 1, 2 et 3 ;
- (iii) de la violation des principes généraux du droit, notamment les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de bonne administration, de minutie, du raisonnable, le principe qui veut que tout acte repose sur des motifs de fait et de droit exacts, pertinents et légalement admissibles, le principe *patere legem quam ipse fecisti* ;
- (iv) de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs ;
- (v) de l'excès de pouvoir. »

Dans une première branche, elle expose que, conformément à l'article 44, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et à l'article 4.3 du cahier spécial des charges, les signatures des offres doivent être émises par la ou les personnes compétentes et mandatées à engager le soumissionnaire et que, conformément à l'article 76, §§ 1 et 3 du même arrêté, l'offre qui n'est pas signée par une personne compétente pour engager le soumissionnaire est entachée d'une irrégularité substantielle et doit être écartée. Elle ajoute que la signature d'une offre n'est pas un acte de gestion journalière et qu'une offre ne peut, dès lors, être signée par l'administrateur-délégué seul. Se fondant sur le rapport d'analyse des offres, la requérante relève que c'est l'administrateur-délégué de la partie intervenante qui a signé l'offre de cette dernière, en déduit que cette offre aurait dû être déclarée irrégulière et conclut que le marché aurait dû lui être attribué puisqu'elle a remis l'offre régulière la plus basse.

Dans une deuxième branche, elle reproche à la partie adverse de ne pas avoir interrogé la partie intervenante sur les prix relatifs aux coûts des mesures de sécurité et de santé, alors que ces prix étaient anormalement bas et que le coordinateur-projet a, dans son rapport, exprimé des doutes quant aux moyens qui seraient mis en œuvre lors de l'exécution du chantier et sur le respect des mesures exigées par les plans de sécurité et de santé. Elle en déduit que le pouvoir adjudicateur a violé l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 qui impose d'interroger les soumissionnaires sur les prix anormalement bas et d'inviter le soumissionnaire à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi, applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale. Elle soutient que le pouvoir adjudicateur ne pouvait reporter cette question en début de chantier, que l'offre de la partie intervenante qui contient une irrégularité substantielle sur ce point aurait dû être écartée et que la partie adverse aurait dû attribuer le marché à la requérante qui a remis l'offre régulière la plus basse.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

La recevabilité du moyen, soulevé dans une requête ampliative, ne paraît pas contestable dès lors que c'est à la suite de la prise de connaissance de la décision motivée d'attribution et d'autres pièces déposées au dossier administratif de la partie adverse que la requérante a pu formuler ledit moyen. La requérante dépose, à l'audience, un courrier du 31 janvier 2020 qu'elle a adressé au pouvoir adjudicateur dans lequel elle demande la communication des documents précités. *Prima facie*, il ne peut lui être reproché un manque de diligence pour ne pas avoir demandé et obtenu ces éléments avant d'introduire son recours dans le délai légal de quinze jours de la communication de la décision d'écarter son offre.

Le moyen est irrecevable en tant qu'il est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, à défaut d'indiquer précisément en quoi l'acte attaqué méconnaîtrait ces dispositions et ces principes.

Une lecture bienveillante du moyen conduit à considérer qu'il est notamment pris de la violation des articles 35, 36 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (et non pas de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux).

A. Quant à la première branche

Les parties adverse et intervenante expliquent que c'est par erreur que le rapport d'analyse des offres indique que l'offre de la partie intervenante est signée par « M. Roger GEHLEN, en qualité d'administrateur délégué ».

Il ressort, en effet, des cachets apposés sur le formulaire d'offre de la partie intervenante que monsieur Roger GEHLEN a signé l'offre en sa double qualité d'administrateur de la société intervenante et de représentant de la sprl GEHLEN MANAGEMENT, également administratrice de la s.a. Roger GEHLEN, partie intervenante.

Une publication aux annexes du Moniteur Belge du 16 mars 2015 fait apparaître, en dixième résolution, que l'assemblée générale de la société intervenante a décidé de renouveler les mandats des administrateurs pour une durée de six ans, dont celui de monsieur Roger GEHLEN. Une autre publication aux annexes du Moniteur Belge du 28 septembre 2015 acte la décision de l'assemblée générale de la société intervenante de désigner comme administratrice la s.p.r.l. GEHLEN MANAGEMENT, cette société étant représentée par son gérant monsieur Roger GEHLEN qui accepte ce mandat. Une troisième publication aux annexes du Moniteur belge du 9 mai 2018 confirme la représentation permanente de la s.p.r.l. GEHLEN MANAGEMENT par monsieur Roger GEHLEN.

Conformément à l'article 13 de ses statuts coordonnés, la société intervenante est valablement engagée par deux administrateurs signant conjointement.

Le moyen nouveau, en sa première branche, n'est pas sérieux.

B. Quant à la deuxième branche

Le calcul des prix séparé relatif à la sécurité et à la santé a pour objectif de s'assurer que le soumissionnaire consacrera les moyens financiers suffisants pour mettre en œuvre les mesures prévues par les plans de sécurité et de santé. Il permet au pouvoir adjudicateur de vérifier la qualité des offres déposées et, le cas échéant, d'écarter celles qui ne présenteraient pas les garanties suffisantes en matière de sécurité et de santé.

Les moyens financiers consacrés au respect des mesures de sécurité et de santé ne sont cependant pas soumis, en tant que tels, au prescrit de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et aux articles 35 et 36 de l'arrêté royal

du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Les prix et les coûts qui sont visés à ces dispositions portent sur les prix unitaires et les prix globaux de chacun des postes du métré récapitulatif, qui, conformément à l'article 28 de l'arrêté du 18 avril 2017 précité, sont établis en respectant la valeur relative de ces postes par rapport au montant total de l'offre. Tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice, sont ainsi répartis sur les différents postes proportionnellement à leur importance. Les prix proposés représentent alors la contre-prestation à laquelle le pouvoir adjudicateur procède en raison de l'exécution des prestations qui font l'objet du contrat. Conformément à l'article 32, § 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, les coûts générés par les mesures résultant de l'application du plan de sécurité et de santé sont, en principe, inclus dans les prix mentionnés dans l'offre et dans le métré récapitulatif et font, sous cet aspect, l'objet d'une vérification des prix et des coûts au sens des dispositions légales et réglementaires précitées. Le point 4.10 du cahier spécial des charges confirme que les prix du marché litigieux « doivent inclure [...] le coût éventuel généré par les mesures résultant de l'application du P.S.S. (Plan de sécurité et de santé) ».

En l'occurrence, il ressort clairement du rapport d'analyse des offres que le pouvoir adjudicateur s'est livré à une vérification effective des prix de l'offre de la partie intervenante et que celle-ci a fourni des justificatifs pour plusieurs postes du lot 2 du marché.

En toute hypothèse, la partie adverse n'a pas considéré que les moyens financiers prévus pour la sécurité et la santé paraissaient anormalement bas mais qu'ils étaient « faibles » par rapport à la moyenne des offres. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation sur la question de savoir si un prix doit, ou non, être considéré comme anormal. Le Conseil d'État ne peut sur ce point lui substituer son appréciation, son contrôle étant limité aux erreurs de fait et aux erreurs manifestes d'appréciation. L'existence d'une différence importante entre des coûts n'établit pas, à elle seule, que le pouvoir adjudicateur aurait commis une telle erreur, en considérant que certains prix ou coûts n'apparaissent pas comme anormaux.

Par ailleurs, le coordinateur-projet n'a, dans son rapport, pas exprimé de doute quant aux moyens mis en œuvre par la partie intervenante pour respecter les mesures exigées par les plans de sécurité et de santé. Il a seulement observé que, vu la faiblesse des moyens financiers prévus par cette dernière, il faudra l'interroger lors de la réunion préparatoire des travaux pour s'assurer qu'elle mettra en œuvre les mesures précitées. La requérante ne démontre pas qu'en se conformant à cet avis, le pouvoir adjudicateur aurait méconnu les dispositions ou principes visés au moyen.

Le nouveau moyen, en sa deuxième branche, n'est pas sérieux, sans qu'il

soit utile d'examiner d'autres motifs éventuels de rejet.

VIII. Demande de suspension de la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante

La requérante postule également la suspension de la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché litigieux.

Le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents, n'est pas nécessairement irrecevable. Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, ipso facto, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite – résultant de l'attribution – de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, la requérante n'invoque aucun moyen qui aboutit à la constatation que le marché devait lui être attribué.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle porte sur la décision de ne pas attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

IX. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

X. Confidentialité

La requérante dépose son offre ainsi qu'un tableau comparatif entre « le formulaire *ad hoc* annexé au plan de sécurité santé » et son offre (identifiés comme étant les pièces 4 et 6 de son dossier de pièces), dont elle demande le maintien de la confidentialité.

La partie adverse déclare déposer à titre confidentiel les offres des parties requérante et intervenante, ainsi que l'offre de la société THOMASSEN, identifiées dans l'inventaire du dossier administratif « confidentiel » comme étant les pièces 9,

10 et 11 de ce dossier.

L'intervenante demande également le maintien de la confidentialité de son offre qu'elle dépose en pièce 4 de son dossier.

Aucune objection n'ayant été émise à l'encontre de ces demandes, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité de ces pièces.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société ROGER GEHLEN est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 4 et 6 du dossier de la requérante, les pièces identifiées dans l'inventaire du dossier administratif « confidentiel » comme étant les pièces 9, 10 et 11 de ce dossier, ainsi que la pièce 4 du dossier de la partie intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

La partie intervenante supporte les dépens relatifs à son intervention, à savoir le droit de rôle de 150 euros.

La partie requérante supporte les autres dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le vingt et un février deux mille vingt par :

Florence PIRET,
Vincent DURIEUX

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX

Florence PIRET