

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 249.223 du 15 décembre 2020

A. 221.161/VI-20.942

En cause : **la société anonyme TRAVEXPLOIT,**
ayant élu domicile chez
M^e Matthieu LEYSEN, avocat,
avenue Hermann Debroux 40
1160 Bruxelles,

contre :

la ville d'Ath,
ayant élu domicile chez
M^{es} Christophe DUBOIS et
Thomas DERIDDER, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 6 janvier 2017, la société anonyme TRAVEXPLOIT demande l'annulation de la décision prise le 7 novembre 2016 par le collège communal de la ville d'Ath de déclarer irrégulière son offre relative au marché dénommé « Fonds régional d'investissement communal (FRIC) 2013-2016 – Gibecq : Aménagement de trottoirs et de dispositifs de sécurité » et, par conséquent, d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire, à savoir la société Entretal.

II. Procédure

Les droits visés à l'article 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.

Le dossier administratif a été déposé.

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

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 4 novembre 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 décembre 2019.

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Matthieu LEYSEN, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Thomas DERIDDER, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur, 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

1. Le 2 juillet 2016, le conseil communal de la partie adverse adopte le cahier spécial des charges relatif à un marché public de travaux intitulé « Fond régional d'investissement communal (FRIC) 2013-2016 – Gibecq : Aménagement de trottoirs et de dispositifs de sécurité ».

Le mode de passation choisi est l'adjudication ouverte.

Sous son point 11 intitulé « Contenu de l'offre », le cahier spécial des charges énonce que :

« si le soumissionnaire établit son offre sur d'autres documents que le formulaire prévu, il supporte l'entière responsabilité de la parfaite concordance entre les

documents qu'il a utilisés et le formulaire » ;

- «Sous peine de nullité absolue de son offre, il doit joindre à celle-ci un document : décrivant la manière dont il exécutera l'ouvrage pour tenir compte du plan de sécurité et de santé ou des parties de ce plan nécessitant une telle description ; comportant le calcul détaillé du prix des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé » ;
- «Sous peine de nullité absolue de son offre, le soumissionnaire indique dans son offre la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés, si connus ».

Par ailleurs, le Plan général de sécurité-santé – P.G.S.S. – contenu dans ce même cahier spécial des charges, comporte les indications suivantes quant au calcul de prix séparé. Il est expressément demandé au soumissionnaire de :

- «[Calculer le prix séparé] au moyen des pages 3 à 6 du présent document. Des documents séparés peuvent éventuellement être annexés. Un plan de sécurité n'est pas nécessaire à ce stade. Le coordinateur vérifiera les offres et notifiera au maître d'ouvrage les éventuelles non-conformités. Sur cette base, le maître d'ouvrage peut prendre la décision de demander les informations complémentaires, des justificatifs ou de refuser une offre »;
- «compléter le bordereau sécurité » sous le « 1.4. Mètre récapitulatif », ce qui est encore rappelé plus loin en ces termes : « le plan de sécurité contient deux documents à remettre : [...] le mètre récapitulatif qui réfère au PGSS et dans lequel l'entreprise doit décrire la manière dont elle exécute l'ouvrage pour tenir compte du PGSS et où l'entreprise mentionnera son calcul de prix séparé concernant les moyens de prévention ».

2. Un avis de marché est publié au Bulletin des adjudications en date du 3 août 2016.

3. À La date limite de réception des offres, fixée au 13 septembre 2016, la partie adverse a reçu six offres, dont celle de la requérante. Il ressort des pièces 1 et 4 du dossier administratif que l'offre de celle-ci se présentait alors comme étant la moins chère, étant établie au montant de 411.988,75 € TVAC.

4. Les services de la partie adverse (cellule Marchés publics) examinent les offres. À la suite de cet examen, un rapport d'attribution est rédigé en date du 4 novembre 2016.

Ce rapport d'attribution fait notamment apparaître les deux éléments suivants, particulièrement utiles à l'examen des questions soulevées dans le cadre du présent recours :

En page 4, concernant l'examen formel des offres, il est relevé ce qui

suit à propos de l'offre de la requérante :

- « De l'analyse faite par le coordinateur sécurité désigné par le pouvoir adjudicateur, et suivie par ce dernier, il appert que : “le soumissionnaire n’a pas rempli le bordereau du plan général de sécurité. Il fait référence à son propre tableau qui est joint à l’offre mais qui ne correspond pas du tout au bordereau du plan général de sécurité rendant impossible la comparaison. Le soumissionnaire doit remplir correctement les documents joints au plan général de sécurité (= irrégularité non-substantielle).

De plus, le soumissionnaire signale avoir 55 travailleurs et M. Carpentier est indiqué comme conseiller en prévention. Conformément à l'article 33, § 1, alinéa 3, de la loi du 04/08/1996 relative au bien-être des travailleurs, l'employeur peut remplir le rôle de conseiller en prévention uniquement dans les entreprises de moins de 20 travailleurs. Le soumissionnaire devrait être questionné à ce sujet et justifier ce choix. Au besoin, il doit désigner une personne de son personnel pour remplir la fonction de conseiller en prévention, conformément à l'article 42 de la loi précitée.”

Néanmoins les démarches visant à obtenir ce qui précède ne seront pas entreprises étant donné que l'offre est irrégulière ».

En page 5, et concernant cette fois l’examen matériel des offres, il est relevé ce qui suit, toujours à propos de l'offre de la requérante:

- « Documents exigés manquants :
- le soumissionnaire n’a pas indiqué dans son offre la part du marché qu’il a l’intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés. Suivant le cahier spécial des charges la non remise de ce document entraîne la nullité absolue de l’offre ».

Au titre de « Conclusion de l'examen formel et matériel des offres », le rapport d'attribution conclut ce qui suit, à propos de l'offre de la requérante :

- « Le soumissionnaire n’a pas indiqué dans son offre la part du marché qu’il a l’intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés. Ce manquement constitue une clause de nullité absolue de l’offre ».

Le rapport conclut, par ailleurs, à la nullité d'une autre offre pour la même raison, et suggère d'attribuer le marché litigieux à la société Entretal.

5. En date du 7 novembre 2016, le collège communal de la partie adverse adopte la décision d’attribution du marché litigieux, après avoir notamment déclaré irrégulière l’offre de la requérante.

Il s’agit de la décision attaquée.

6. Par un courrier recommandé daté du 8 novembre 2016, la partie adverse informe la partie requérante de ce que son offre a été déclarée irrégulière et que, par conséquent, le marché a été attribué à un autre soumissionnaire.

L'information reprise dans le courrier est la suivante :

« Le soumissionnaire n'a pas indiqué dans son offre la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés. Ce manquement constitue une clause de nullité absolue de l'offre. »

7. Par un courrier daté du 8 novembre 2016, la partie adverse communique l'acte attaqué à la Région wallonne dans le cadre de la tutelle générale d'annulation.

La tutelle répond à la partie adverse par un courrier daté du 16 décembre 2016 rédigé en ces termes :

- l'autorité de tutelle est d'avis que l'acte attaqué « n'appelle aucune mesure de tutelle et qu'elle est donc devenue pleinement exécutoire » ;
- elle attire, en outre, l'attention de la partie adverse sur le fait qu'en l'absence de « calcul détaillé du prix des mesures et moyens de prévention, [l'offre de la requérante] devait également être déclarée irrégulière pour ce motif étant donné que ce document était requis sous peine de nullité absolue de son offre ».

IV. Recevabilité du recours

IV.1. Thèse de la partie adverse

A. Mémoire en réponse

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité du recours tirée du défaut d'intérêt au recours. Elle la formule comme suit :

« La partie requérante n'a pas intérêt à la procédure. En effet, même si l'argumentation développée dans la requête devait être accueillie par Votre Conseil, *quod non*, son offre est entachée d'une seconde irrégularité comme l'a relevé expressément la tutelle lors de son avis de légalité et la partie adverse elle-même.

La partie requérante n'entre donc pas en ordre utile pour obtenir le marché litigieux, dès lors qu'elle n'aurait pas, au final, déposé l'offre régulière la plus basse. La partie adverse renvoie, sur ce point, aux développements contenus aux numéros 21 [lire : 37] et suivants du présent mémoire.

À défaut d'établir la régularité de son offre, la partie requérante n'a pas d'intérêt à la procédure. »

Aux points 37 et suivants de son mémoire en réponse, la partie adverse

fait valoir ce qui suit :

- « D. A titre complémentaire : l'offre de la partie requérante est affectée d'une deuxième irrégularité substantielle

37. L'offre de la partie requérante est affectée d'une deuxième irrégularité substantielle, en ce que le calcul du prix séparé relatif au Plan général de sécurité-santé a été effectué à l'aide d'un document non fourni par le pouvoir adjudicateur, ne correspondant en rien au modèle prévu par le C.S.C. et que le prix de celui-ci est exprimé par un pourcentage et non un chiffre absolu.

38. Le C.S.C. régissant le marché public litigieux imposait ce qui suit :

“ Sous peine de nullité absolue de son offre, il doit joindre à celle-ci un document : décrivant la manière dont il exécutera l'ouvrage pour tenir compte du plan de sécurité et de santé ou des parties de ce plan nécessitant une telle description ; comportant le calcul détaillé du prix des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé” ;

Le Plan général de sécurité-santé – P.G.S.S. – contenu dans le Cahier spécial des charges, comporte une indication complémentaire quant au calcul de prix séparé. Il est demandé au soumissionnaire de :

- “[Calculer le prix séparé] au moyen des pages 3 à 6 du présent document. Des documents séparés peuvent éventuellement être annexés. Un plan de sécurité n'est pas nécessaire à ce stade. Le coordinateur vérifiera les offres et notifiera au maître d'ouvrage les éventuelles non-conformités. Sur cette base, le maître d'ouvrage peut prendre la décision de demander les informations complémentaires, des justificatifs ou de refuser une offre” ;
- “compléter le bordereau sécurité” sous le “1.4. Mètre récapitulatif”, ce qui est encore rappelé plus loin en ces termes : “le plan de sécurité contient deux documents à remettre : [...] le mètre récapitulatif qui réfère au PGSS et dans lequel l'entreprise doit décrire la manière dont elle exécute l'ouvrage pour tenir compte du PGSS et où l'entreprise mentionnera son calcul de prix séparé concernant les moyens de prévention”.

39. L'offre déposée par la partie requérante comporte, en sa page 23, le tableau suivant :

<u>Calcul du coût des moyens à mettre en œuvre en vue de garantir le respect des mesures de sécurité et de santé</u>		
<u>Chantier :</u>	ADJ 13/09/16 ATH GIBECQ	
	340.486,00	
le coût de ces mesures est intégré dans les prix unitaires du bordereau des prix		
Mesures envisagées	Postes du bordereau faisant l'objet de l'application de ces mesures	Coût de la mesure ou pourcentage par rapport au montant du poste du mètre
A. E.P.I.		
a.1. Port du casque	D'application pour toute activité	soit 0,05 % de notre chiffre d'affaire ce qui revient pour ce marché à : € 1.702,43
a.2. Port des chaussures de sécurité	D'application pour toute activité	
a.3. Port des vêtements de sécurité	D'application pour toute activité	
B. E.P.I. spécifique		
B.1. Port du masque anti-poussière	Relatifs aux postes: de pavages et ceux où on disque à la tronçonneuse à béton.	2 masques anti-poussières à 50,05 €/pièce =
Total partiel :		100,10 €
B.2. Port des gants de protection pour la pose de pavés et des tuyaux	Principalement les postes de pose tuyaux et de manutention d'éléments en béton.	2 paires de gants/semaine x 3,50 €/paire x 40 semaines =
Total partiel :		280,00 €

B.3. Port de protections auditives adaptables aux casques pour les postes de sciage et utilisation de marteau piqueur.	Relatifs aux postes qui sont susceptibles de produire une puissance sonore sup. À 85 dB (A) (sciage, marteau pic,...)	Fourniture de 4 paires de protections auditives à 11 €/pièce adaptables aux casques, soit un coût total de :
Total partiel :		44,00 €
B.4 Port de lunettes de protection pour le sciage et l'utilisation marteau piqueur.	Principalement les postes où il faut scier et les postes où on utilise le marteau pic.	Fourniture de 10 paires de lunettes de protection à 5 €/paire, soit un coût total de :
Total partiel :		50,00 €
C. E.P.C. - Signalisation - installation chantier - mesures urgence - fouille - coopération avec le coordinateur chantier	L'ensemble des postes sont concernés par cette mesure	Soit 2% de notre chiffre d'affaire ce qui revient pour ce marché à :
		6.809,72 €
Coût total de la sécurité affecté chantier :		8.986,25 €
Ce qui donne un pourcentage sur l'ensemble du marché de :		2,64%

L'on peut également lire, dans l'offre, la mention manuscrite suivante :



1.4. Métré récapitulatif

* cf métré P.S.S et Analyse de risques en annexe
+ cf tableau sécurité: 2,64% soit € 8.986,25

40. Il ressort de la lecture de ce tableau et de cette mention manuscrite que non seulement le « calcul » du coût des mesures précitées est basé en majeure partie sur un forfait/pourcentage, mais encore que les postes que la partie requérante utilise ne correspondent pas à ceux du tableau fourni aux pages 3 à 6 du P.S.S. On constate en effet, deux pourcentages de 2 % et 0,05 %.

41. 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.

42. Votre Conseil a déjà jugé que, dans le cas où “le cahier spécial des charges imposait de joindre ce document ‘sous peine de nullité absolue’ ”, le pouvoir adjudicateur “[est obligé] d’écarter l’offre de cette société sans disposer sur ce point d’un pouvoir d’appréciation”. En l’espèce, et comme démontré au point 6 des présentes conclusions, tel est bien le cas.

Par ailleurs, l’utilisation d’un tableau différent de celui imposé par le C.S.C. rend impossible la comparabilité des offres sur ce point. La sanction en cas d’oubli de la mention du prix détaillé relatif au PPSS est claire : l’offre doit être déclarée irrégulière.

43. En omettant d’inclure dans son offre un calcul de coût séparé pourtant exigé (i) par une réglementation d’ordre public et, en l’espèce, (ii) par le C.S.C. régissant le marché litigieux, la partie requérante a dérogé à une prescription essentielle, légale et prévue par le Cahier spécial des charges de sorte que son offre devait être déclarée irrégulière.

L’absence de calcul de prix séparé entraîne la sanction d’irrégularité de l’offre, comme l’a décidé 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”.

Votre Conseil ne dit pas autre chose :

“ Le cahier spécial des charges imposait aux soumissionnaires d’annexer à leurs

offres un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé. Les coûts liés à ces mesures de prévention étant intégrés dans les prix unitaires des postes de la soumission, ce calcul séparé devait permettre à la partie adverse de déterminer la part que représentaient ces coûts dans les prix unitaires ainsi que de s'assurer, en conséquence, que les soumissionnaires avaient prévu des moyens de prévention suffisants et n'avaient pas sous-estimé leur coût.

Ce calcul de prix séparé était donc nécessaire pour pouvoir comparer valablement les prix proposés. L'obligation, prescrite par le cahier spécial des charges, 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 la requérante, 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.

La partie adverse a donc pu légalement déclarer l'offre de la requérante irrégulière”.

Ou encore :

“ En outre, tant la note justificative des prix relatifs aux coûts engendrés par les mesures de sécurité que celle reprenant les coûts horaires du personnel présentent un rapport direct avec le contrôle des éléments de prix proposés par les soumissionnaires; selon les termes des articles 98, § 2, et 77 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, les données concernant les prix doivent être considérées comme des ‘conditions essentielles du marché’, de sorte que toute irrégularité les affectant doit être considérée comme substantielle et donc donnant lieu à nullité absolue; l’argument de la partie requérante selon lequel aucune mesure de sécurité particulière ne devait être prise pour exécuter le plan de sécurité et de santé, de sorte qu’aucune notice justificative des prix relatifs aux coûts engendrés par les mesures contenues dans le plan de sécurité et de santé (PSS) et pertinente au niveau du contenu ne pouvait être rédigée, ne répond ni aux exigences résultant de l’article 30, alinéa 2, 2°, de l’arrêté royal du 25 janvier 2001 ni à celles du cahier spécial des charges”.

La jurisprudence semble d’ailleurs bien établie en ce sens.

44. Cette irrégularité avait été relevée par la partie adverse lors de l’analyse des offres et par la tutelle dans des termes on ne peut plus explicites : en l’absence de “calcul détaillé du prix des mesures et moyens de prévention, son offre devait également être déclarée irrégulière pour ce motif étant donné que ce document était requis sous peine de nullité absolue de son offre”.

45. Pour chacune de ces raisons, l’offre déposée par la partie requérante est affectée d’une irrégularité substantielle. Ce constat d’irrégularité rejait sur la recevabilité de la requête dans la mesure où elle établit que la partie requérante n’a aucune chance d’obtenir le marché parce que ne déposant pas l’offre régulière la moins chère. »

C. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse reproduit l’argumentation relative à l’irrecevabilité du recours qu’elle avait fait valoir dans son mémoire en réponse et développe comme suit ses explications relatives au fait que l’offre de la

partie requérante serait, selon elle, affectée d'une deuxième irrégularité substantielle :

« 45. Premièrement, dans son mémoire en réplique, la partie requérante indique que cette “seconde irrégularité n’a à aucun moment été portée à sa connaissance” et que, dès lors, “le pouvoir adjudicateur n’est pas en droit d’invoquer au stade du contentieux [...] une nouvelle irrégularité”.

Le Rapport de l’Auditeur soutient, d’une part, que :

“ Lorsque le pouvoir adjudicateur avise un soumissionnaire de l’irrégularité de son offre, cette notification doit comprendre l’intégralité des motifs d’irrégularité relatifs à sa situation individuelle, lesquels doivent être extraits de la décision d’attribution motivée. C’est sur la base des motifs exprimés dans la décision d’éviction que le soumissionnaire évincé peut introduire son recours en toute connaissance de cause et c’est également sur cette base que le Conseil d’Etat pourra exercer son contrôle de légalité”.

Et, d’autre part, l’Auditeur [relève] que :

“ A titre subsidiaire, dès lors qu’il ressort du rapport d’examen des offres que la partie adverse a estimé que la circonstance que la requérante avait joint à son offre son propre tableau ne constituait qu’une irrégularité qualifiée de non substantielle et que la partie adverse n’a pas déclaré son offre nulle, l’offre est réputée régulière sur ce point [...]”.

46. Votre Conseil a déjà jugé que, dans le cas où “le cahier spécial des charges imposait de joindre ce document ‘sous peine de nullité absolue’ ”, le pouvoir adjudicateur “[est obligé] d’écarter l’offre de cette société sans disposer sur ce point d’un pouvoir d’appréciation”. En l’espèce, et comme démontré au point 6 des présentes conclusions, tel est bien le cas.

47. Par ailleurs, l’utilisation d’un tableau différent de celui imposé par le C.S.C. rend impossible la comparabilité des offres sur ce point. La sanction en cas d’oubli de la mention du prix détaillé relatif au PPSS est claire : l’offre doit être déclarée irrégulière.

En omettant d’inclure dans son offre un calcul de coût séparé pourtant exigé en l’espèce par le C.S.C. régissant le marché litigieux, la partie requérante a dérogé à une prescription essentielle prévue par le Cahier spécial des charges de sorte que son offre devait être déclarée irrégulière.

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

[...]

Votre Conseil ne dit pas autre chose :

[...]

La jurisprudence semble d’ailleurs bien établie en ce sens.

48. Cette irrégularité avait été relevée par la partie adverse lors de l’analyse des offres et par la tutelle dans des termes on ne peut plus explicites : en l’absence de “calcul détaillé du prix des mesures et moyens de prévention, son offre devait également être déclarée irrégulière pour ce motif étant donné que ce document était requis sous peine de nullité absolue de son offre”.

49. Pour chacune de ces raisons, l’offre déposée par la partie requérante est affectée d’une irrégularité substantielle. Ce constat d’irrégularité rejaillit sur la recevabilité de la requête dans la mesure où elle établit que la partie requérante n’a aucune chance d’obtenir le marché parce que ne déposant pas l’offre régulière la moins chère.

50. Pour le surplus, la partie adverse note que l’irrégularité était bien soulevée dans le rapport d’analyse des offres. Le pouvoir adjudicateur, en l’espèce, a suivi

l'avis du coordinateur sécurité désigné, notant que “le soumissionnaire devrait être questionné à ce sujet et justifier ce choix”.
Ce n'est qu'en raison de l'irrégularité relative à la sous-traitance, telle que développée aux points 24 et suivants, que “les démarches visant à obtenir [les renseignements qui précèdent] ne seront pas entreprises”.

51. Enfin, 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, et cela “en raison du caractère d'ordre public de la loi du 4 août 1996”.

La partie adverse n'aperçoit pas dans quel cas une irrégularité relative à une loi, dont le caractère d'ordre public ne peut être contesté, ne pourrait être soulevée pour la première fois durant la procédure devant votre Conseil. Il s'agit d'une irrégularité d'ordre public qui peut être soulevée par votre Conseil lui-même à ce stade de la procédure et qui priverait certainement d'intérêt une éventuelle requête indemnitaire introduire dans le futur par la partie requérante.

52. Cette argumentation doit d'autant plus être considérée par Votre Conseil que celui-ci a déjà, par le passé, soulevé d'office un argument/moyen touchant à l'ordre public, tout comme l'est l'exception soulevée, même dans la dernier mémoire – *quod non* en l'espèce – et relative à l'intérêt du requérant et qui touche à l'ordre public.

53. Deuxièmement, il ressort de la lecture du tableau et de la mention manuscrite présentés au point 44 que non seulement le “calcul” du coût des mesures précitées est basé en majeure partie sur un forfait/pourcentage, mais encore que les postes que la partie requérante utilise ne correspondent pas à ceux du tableau fourni aux pages 3 à 6 du P.S.S.

On constate en effet, deux pourcentages de 2 % et 0,05 %.

54. Dans son mémoire en réplique, la partie adverse allègue que « la ventilation de certains postes à 2% et à 0,05% aboutit à un montant forfaitaire ». Le Rapport de l'Auditeur, quant à lui, mentionne uniquement que « la partie adverse [n'a pas invité la partie requérante] à justifier ses prix, qu'elle est considérée avoir reconnus comme étant normaux ». La partie adverse a cependant indiqué, au point 50 ci-dessus, les raisons qui l'ont poussée à ne pas poursuivre l'examen de cette irrégularité.

55. Il est nécessaire de préciser à nouveau que la remise d'un prix sous une forme différant à ce point de la forme des prix remis par les autres soumissionnaires rend incomparable l'offre de la partie requérante avec celle des autres soumissionnaires.

Pour le surplus, votre Conseil a déjà examiné à quelles conditions, strictes, un prix relatif à la sécurité pouvait être remis sous forme de pourcentage. Ces conditions ne sont pas réunies en l'espèce :

- tout d'abord, le cahier spécial des charges du marché en cause délimite avec beaucoup de précision tant géographiquement – “chemin des Skippes, Place et chemin du Bonla” - que de manière factuelle – “ils comprennent en particulier les travaux suivants” - les activités objet du marché, laquelle description réduit d'autant l'aléa éventuel auquel pouvait être confronté la partie adverse ;
- ensuite, il apparaît que le prix du marché est “à bordereau de prix”. Il s'agissait, dès lors, de l'exécution de travaux dont la partie requérante connaissait l'ampleur et pouvait ainsi calculer, sans avoir recours à un pourcentage, les mesures liées à la sécurité et à la santé ;
- enfin, en ces conditions, rien n'obligeait la partie adverse à faire preuve de souplesse dans l'appréciation de l'irrégularité du calcul du P.S.S. tel que présenté par la partie requérante, si tant est que l'on puisse considérer qu'il ait été présenté.

56. L'offre de la partie adverse est affectée d'une irrégularité substantielle de telle manière que sa requête en annulation est irrecevable, l'offre n'entrant donc pas en ordre utile pour obtenir le marché litigieux, dès lors qu'elle n'aurait pas, au final, déposé l'offre régulière la plus basse. »

IV.2. Appréciation du Conseil d'Etat

La partie adverse conteste l'intérêt de la requérante à son recours, au motif que, même si le moyen unique de la requête devait être déclaré fondé, son offre est entachée d'une seconde irrégularité qui priverait la requérante de toute chance d'obtenir le marché litigieux.

Cette exception doit être examinée sous l'angle de la recevabilité du présent recours, dont les conditions sont fixées par 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 :

« Art. 14. À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :

1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;

2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;

3° les documents du marché ou de la concession ».

En l'espèce, il n'est pas contesté, et ne paraît pas devoir l'être, que la requérante avait bien intérêt à obtenir le marché litigieux.

Il est également établi que, considérée en soi, l'illégalité, invoquée par le moyen unique, de l'acte attaqué a lésé ou risqué de léser la requérante puisque la décision relative à la nullité absolue de son offre a eu pour effet que celle-ci n'a pas été prise en considération par la partie adverse, alors que cette offre était celle qui avait été faite au montant le moins élevé, ce qui n'est pas contesté.

Dans le cadre tracé par l'article 14 précité, l'examen de l'exception d'irrecevabilité ainsi soulevée dans le mémoire en réponse impose de déterminer si, comme le soutient la partie adverse, l'offre de la requérante aurait, même sans l'illégalité dénoncée par le moyen, été écartée en raison de son irrégularité dénoncée

au niveau de la présentation du calcul du prix relatif au Plan général de sécurité-santé, de sorte qu'il devrait alors être admis que l'illégalité alléguée par le moyen ne risquait, en toute hypothèse, pas d'avoir lésé la requérante.

Sans doute, se déduit-il d'un certain enseignement jurisprudentiel qu'une partie adverse ne serait pas recevable à se prévaloir, dans le cadre d'un recours tel que celui qui est examiné en l'espèce, de ce que le requérant n'aurait aucune chance d'obtenir le marché litigieux parce que son offre est entachée d'une irrégularité autre que celle qu'elle a retenue, et ce alors qu'elle-même n'a pas écarté cette offre parce qu'elle n'estimait pas devoir s'y arrêter pour adopter l'acte attaqué.

Cet enseignement n'autorise toutefois pas à écarter l'exception soulevée par la partie adverse sans avoir égard aux circonstances du cas d'espèce, qu'elle a invoquées au cours des débats. Elle y fait ainsi valoir que l'offre de la requérante aurait pu être écartée pour un deuxième motif d'irrégularité autre que celui que critique l'unique moyen de la requête, deuxième motif qu'elle avait identifié à l'examen des offres, sans toutefois le retenir comme conduisant à l'éviction de cette offre.

Cela étant – et même s'il ne peut être exclu que l'offre de la requérante aurait dû, le cas échéant, être écartée pour un motif d'irrégularité autre que celui que la partie adverse a retenu en l'espèce – rien ne permet, au vu des pièces de la procédure, d'établir que la partie adverse aurait nécessairement écarté cette offre sur la base de la « deuxième » irrégularité invoquée au cours de la présente procédure.

Dans ces circonstances, la prétendue irrégularité relative à la présentation du calcul du prix relatif au Plan général de sécurité-santé ne permet pas – nonobstant le fait qu'elle a bien été décelée par la partie adverse au cours de la procédure de passation – de dénier, à tout le moins, le risque de lésion requis en vertu de l'article 14 de la loi du 17 juin 2013.

Il s'ensuit que l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse ne peut être accueillie.

Au regard des conditions de recevabilité précédemment rappelées, le présent recours doit être déclaré recevable.

V. Moyen unique - Première branche

V.1. Thèses des parties

A. Requête

À l'appui de sa requête, la partie requérante prend un moyen unique qu'elle énonce comme suit :

« 12. Le moyen unique d'annulation est pris de la violation de la Constitution et, particulièrement, de son article 33 ; de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et, en particulier, de son article 24; de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et, en particulier, de ses articles 12, al. 1^{er}, 81, al. 1^{er}, 4^o et 96, § 4; du cahier spécial des charges n° CSCH 2016 DST-002 et, particulièrement, de son article 11; des principes généraux du droit administratif et, particulièrement, des principes de bonne administration et, s'agissant du droit des marchés publics, du principe d'égalité des soumissionnaires, consacré par la loi du 15 juin 2006 précitée et, spécialement, par ses articles 5 et 56 ; et de l'excès de pouvoir ;

- en ce que la partie adverse a attribué le marché à un soumissionnaire autre que la SA TRAVEXPLOIT et, partant, a évincé la requérante, en raison de ce que son offre, bien que la plus basse, serait entachée d'une irrégularité substantielle, dès l'instant où elle n'a pas indiqué dans son offre la part du marché qu'elle avait l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés ;

- alors que :

- première branche : la partie adverse aurait dû attribuer le marché à la requérante, sur le fondement de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006, en ce que son offre, qui était la plus basse, était également régulière, puisque la requérante n'avait nullement l'intention de recourir à un quelconque sous-traitant, et que les articles 12, al. 1^{er} et 81, al. 1^{er}, 4^o de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, comme l'article 11 du cahier spécial des charges applicable au marché, n'imposent nullement aux soumissionnaires d'indiquer qu'ils ne comptent pas sous-traiter une partie du marché ;

- deuxième branche : à supposer que l'offre de la requérante était imprécise sur la question de la sous-traitance - *quod non* -, les principes de bonne administration et le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires commandaient que la partie adverse interroge la requérante sur ce point, conformément à l'article 96, §4 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. »

Elle développe la première branche de ce moyen comme suit :

« 13. Il sera, dès lors, indiqué que si l'offre de la SA TRAVEXPLOIT ne contient nulle mention dans son offre sous le titre ayant trait à l'« Identification des sous-traitant », c'est précisément parce qu'elle ne comptait pas recourir aux services d'un sous-traitant, et qu'en conséquence son offre est claire au sujet de la question de la sous-traitance (1. Première branche).

Ensuite, à supposer par impossible qu'un doute ait pu naître dans le chef de la commune d'Ath s'agissant de la question de savoir si la SA TRAVEXPLOIT comptait faire appel à des sous-traitants - *quod non* -, il sera exposé qu'il aurait été justifié que la commune invite alors la SA TRAVEXPLOIT à clarifier son

offre, en application de l'article 96, §4 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011(2. Deuxième branche).

1. Première branche

14. L'article 81, al. 1^{er}, 4° de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose que: "l'offre indique : [...] 4° en ce qui concerne la sous-traitance, les informations éventuelles en application de l'article 12".

L'article 12 de l'arrêté royal précité prescrit que : "Le pouvoir adjudicateur peut, dans les documents du marché, demander au soumissionnaire d'indiquer dans son offre la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés. [...]".

Saisissant la faculté que l'article précité lui laissait, la ville d'Ath a indiqué dans le cahier spécial des charges applicable au marché que "Sous peine de nullité absolue de son offre, le soumissionnaire indique dans son offre la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés, si connus."

15. Il résulte du libellé de ces dispositions qu'un soumissionnaire doit indiquer dans son offre la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter et les sous-traitants proposés dès l'instant où, par hypothèse, il compte recourir aux services d'un ou de plusieurs sous-traitant.

À l'inverse, toutefois, si le soumissionnaire n'envisage pas de faire appel à un sous-traitant, les dispositions visées ci-dessus n'imposent nullement au soumissionnaire de le signaler dans son offre.

L'obligation de faire mention dans l'offre de la question de la sous-traitance ne s'impose ainsi que si le soumissionnaire compte sous-traiter effectivement une partie du marché.

C'est ainsi qu'à défaut de mention relative à la sous-traitance, l'offre remise doit être comprise comme n'impliquant pas le recours à des sous-traitants. C'est d'ailleurs le cas de la SA TRAVEXPLOIT qui ne comptait pas recourir à une société tierce s'agissant du marché considéré.

16. En outre, le point « C. Identification des sous-traitants (nom, adresse, nationalité et classe(s) d'agrément) » du Formulaire d'offre est libellé en des termes habituels. Ceux-ci n'attirent nullement l'attention du soumissionnaire sur la prétendue nécessité qu'il y aurait d'y inscrire, en tout cas, une mention relative à la sous-traitance.

17. Il convient également de remarquer que des travaux d'"aménagement de trottoirs et de dispositifs de sécurité", tels que ceux prévus en l'espèce, sont généralement réalisés par l'entrepreneur attributaire, sans qu'il ne doive recourir à des sous-traitants, compte tenu de leur simplicité objective.

Il en va d'autant plus ainsi que la requérante est une entreprise spécialisée, entre autres choses, dans le secteur des "travaux d'aménagement et amélioration de voiries", comme en atteste d'ailleurs la première page de son site internet — voy. <http://travexploit.be/>, dernière consultation : le 5 janvier 2017 (pièce 4). Elle dispose, dès lors, de l'ensemble des moyens utiles à la réalisation de travaux tels que ceux qui forment l'objet du marché litigieux.

18. Il convient, par ailleurs, de relever que la décision attaquée ne contient pas les motifs de droit sur lesquels tout acte administratif individuel est censé reposer, en vertu de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation (...) en matière de marchés publics (...) et, en particulier, de ses articles 29, § 1^{er}, 4, al. 1^{er}, 8°, 5, 8° et 8, § 1^{er}, al. 1^{er}, 2°, ainsi que de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et, spécialement, de ses articles 2 et 3.

19. Dans ces conditions, il convient de constater que l'offre de la SA

TRAVEXPLOIT est claire, univoque et dépourvue de toute ambiguïté. La requérante n'indique pas qu'elle compte recourir aux services d'un sous-traitant. L'absence d'indication relative à la sous-traitance ne pouvait que s'expliquer par la volonté et la capacité de la SA TRAVEXPLOIT de réaliser seule l'entièreté du marché.

La ville d'Ath ne pouvait, dès lors, pas conclure à l'irrégularité de l'offre de la requérante.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse réfute comme suit la première branche du moyen unique :

« B. Réfutation de la première branche

21. La partie adverse démontrera ci-après que les griefs avancés par la partie requérante pour solliciter l'annulation de l'acte attaqué devant Votre Conseil ne sont pas fondés : les documents du marché précisaient à suffisance et de manière suffisamment claire et non équivoque que l'indication de la partie que le soumissionnaire entendait sous-traiter était prescrite à peine de nullité absolue de l'offre.

a. L'obligation d'indiquer des informations relatives à la sous-traitance

22. Le Cahier spécial des charges régissant le marché litigieux se lit comme suit :

« - Sous peine de nullité absolue de son offre, le soumissionnaire indique dans son offre la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés, si connus. »

23. Les documents du marché sont explicites : l'absence, d'une part, de l'indication de la part du marché qu'un soumissionnaire a l'intention de sous-traiter et, d'autre part, de l'identification des sous-traitants envisagés entraîne la nullité/irrégularité absolue de son offre.

La partie adverse a clairement indiqué l'importance de ces mentions, et ce doublement : d'une part, au regard de la sanction prévue, à savoir la nullité absolue de l'autre, d'autre part, en mettant en gras la sanction en cas de manquement à cette règle.

24. L'offre de la partie requérante se lit comme suit :

C. Identification des sous-traitants (nom, adresse, nationalité et classe(s) d'agrégation ⁽³⁾)

.....
.....

Votre Conseil ne pourra que constater que le formulaire de soumission ne contient aucune mention, ni en particulier une mention "néant" ou une biffure au regard de l'identification des sous-traitants potentiels. Un soumissionnaire prudent et diligent n'aurait pas manqué d'indiquer une telle mention "néant" et/ou de "biffer" l'espace du formulaire afin que son offre soit, à reprendre les termes de la partie requérante, "claire" et non "équivoque".

Ce manquement de la partie requérante est d'autant plus grave que, comme la partie adverse vient de le souligner immédiatement ci-dessus, elle avait

expressément attiré l'attention des soumissionnaires sur l'importance de cette information, au regard de la sanction d'irrégularité/nullité absolue d'une offre ne répondant pas à ce prescrit.

Dès lors, au vu de cette sanction, la partie requérante avait l'obligation de remplir, même si elle n'avait pas l'intention de sous-traiter une partie du marché – ce qu'elle se contente d'affirmer *a posteriori* – les champs dévolus dans le formulaire d'offre à soumettre.

On signalera également que la tutelle n'a émis aucune considération négative quant à ce.

La critique de la partie requérante n'est pas fondée sur ce point.

b. La rédaction du Cahier spécial des charges en des termes "habituels"

25. L'affirmation de la partie requérante ne peut être suivie. En effet, le Cahier spécial des charges est suffisamment clair sur la sanction de l'absence d'indication de la part du marché à sous-traiter et d'identification des sous-traitants.

La mention de la locution "sous peine de nullité de son offre", mise, de surcroît, en gras, était de nature à attirer l'attention du soumissionnaire.

Par conséquent, il est difficile de soutenir, pour un soumissionnaire particulièrement prudent et diligent, de ne pas comprendre la sanction de l'absence de ces mentions dans son offre. La partie adverse relève également que la partie requérante ne se plaint pas d'avoir été induite en erreur par le Cahier spécial des charges.

26. Par ailleurs, expressément quant à la fourniture d'une liste des sous-traitants, il a déjà été jugé, à bon droit, par Votre Conseil, que c'était à raison qu'un soumissionnaire avait été écarté faute d'avoir joint à son offre la liste des sous-traitants avec lesquels il envisageait de travailler alors que cette liste était requise aux termes du cahier spécial des charges. Il n'est donc pas si inhabituel pour un pouvoir adjudicateur de prévoir la fourniture de ces informations sous peine de nullité de l'offre.

Ici également l'argumentation de la partie requérante ne peut convaincre.

c. La prétendue simplicité objective des travaux à réaliser

27. L'on ne peut suivre la partie requérante lorsqu'elle soutient également que "des travaux [...] tels que ceux prévus en l'espèce sont généralement réalisés par l'entrepreneur attributaire, sans qu'il ne doive recourir à des sous-traitants, compte tenu de leur simplicité objective".

Cette affirmation ne justifie en rien qu'un soumissionnaire se soustraie à une obligation prévue à peine de nullité par les documents du marché. En outre, il ne s'agit, de l'aveu même de la partie requérante, que d'une généralité ("généralement"), susceptible de ne pas être suivie par tous les compétiteurs à un marché.

d. L'absence de motifs de droit dans l'acte attaqué

28. La partie requérante n'indique pas quelle motivation manquerait en droit.

29. La partie adverse rappelle que l'acte attaqué se fonde sur le rapport d'attribution rédigé par les services de la commune (cellule Marchés publics) qui été vu et adopté par le Collège de la partie adverse le jour de son adoption.

L'acte attaqué, en sa page 4, se réfère clairement à la disposition du Cahier spécial des charges qui prévoit la nullité absolue d'une offre n'indiquant pas la part de marché sous-traitée ou l'identité du sous-traitant.

Le Cahier spécial des charges est un document juridique régissant le choix du prestataire au regard du marché litigieux. La partie adverse s'est référée à cette

norme pour déclarer irrégulière l'offre de la partie requérante.
L'acte attaqué comprend donc une motivation en droit.
La tutelle n'a émis aucune considération négative sur ce point.

30. Pour être complet, il y a lieu de constater que la partie requérante invoque à l'appui de son argumentation une violation (i) de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs et (ii) de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, l'information et les voies de recours en matière de marchés publics. Ces deux législations ne sont pas visées au moyen.
Le moyen doit donc être déclaré irrecevable en ce qu'il se réfère à ces deux dispositions.
Dans ces conditions, la critique de la partie requérante n'est pas fondée.

e. Le respect du principe d'égalité entre les soumissionnaires

31. La partie adverse n'a pas, dans son analyse des offres, méconnu le principe d'égalité entre les soumissionnaires.
L'offre d'un autre soumissionnaire (Krinkels S.A.) a également été déclarée comme "nulle ou irrégulière" pour les mêmes raisons que celles ayant mené à l'irrégularité de l'offre de la partie requérante, à savoir l'absence, dans l'offre, de la part du marché que le soumissionnaire a l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés.

f. Conclusions quant à la première branche

32. La première branche du moyen unique de la demanderesse n'est pas fondée.
Le pouvoir adjudicateur ayant mentionné que la formalité critiquée était prévue "à peine de nullité absolue de l'offre", il ne lui appartient pas/plus d'y déroger, sauf à violer le principe général de droit *patere legem*, ce qu'omet de signaler la partie requérante.

C. Mémoire en réplique

La partie requérante réplique comme suit sur la première branche du moyen :

« 1. Première branche

25. S'agissant de l'argument de la partie adverse selon lequel le CSC spécifiait clairement que l'indication de la part du marché à sous-traiter et des sous-traitants proposés était prescrite à peine de nullité absolue de l'offre, la requérante rappelle que cette indication ne se justifie que dans le cas où le soumissionnaire compte effectivement sous-traiter une partie du marché, et ce en vertu des dispositions réglementaires pertinentes visées au moyen.

À cet égard, la requérante attire l'attention de Votre Conseil sur la circonstance que la partie adverse ne pouvait pas ignorer qu'elle ne recourrait pas à des sous-traitants, dès l'instant où cette information était contenue dans son offre par ailleurs.

La section de l'offre de la requérante relative au Plan général de sécurité-santé stipule, en effet, sous le titre "1.2. Moyens d'exécutions proposés" (p. 3 de la section — voy. la pièce 3) ce qui suit :

Nombre maximum de travailleurs que vous prévoyez pour un tel chantier ?.....5.....
Nombre d'entreprises sous-traitantes que vous comptez employer ?.....au maximum.....
Pourcentage du marché que vous sous-traitez ?.....

Il ressort donc de façon certaine de cet extrait de l'offre de la requérante que celle-ci n'avait l'intention de recourir à "aucune" entreprise sous-traitante.

Un pouvoir adjudicateur normalement prudent et diligent ne pouvait pas manquer de relever cet élément. La partie adverse savait ou devait savoir que la requérante exécuterait le marché sans avoir recours à des services externes, d'autant qu'il résulte du rapport d'examen des offres qu'elle a analysé l'annexe relative au PGSS de l'offre de la requérante.

Compte tenu de cet élément, l'absence de mention relative à la part du marché à sous-traiter sous le titre "C. Identification des sous-traitants (nom, adresse, nationalité et classe (s) d'agrément)" de l'offre de la requérante ne laissait aucune place au pouvoir d'appréciation de la partie adverse et ne pouvait être interprétée que dans le sens défini ci-dessus.

26. Il résulte de cet élément que l'argument de la partie adverse qui veut qu'un soumissionnaire prudent et diligent aurait pris le soin de biffer l'espace ou d'inscrire "néant" sous le titre "C. Identification des sous-traitants [...]" est dénué de pertinence, tout comme l'argument selon lequel la requérante ne ferait qu'affirmer *a posteriori* qu'elle n'avait pas l'intention de sous-traiter une partie du marché.

27. La partie adverse soutient, ensuite, que "il a déjà été jugé, à bon droit, par Votre Conseil, que c'était à raison qu'un soumissionnaire avait été écarté faute d'avoir joint à son offre la liste des sous-traitants avec lesquels il envisageait de travailler alors que cette liste était requise aux termes du cahier spécial des charges".

Sur ce point, la partie adverse s'appuie sur l'arrêt du 23 décembre 1994 (n° 50.985) de Votre Conseil.

À cet égard, il faut préciser que les faits à l'origine de cet arrêt et ceux relatifs à la présente affaire sont distincts précisément sur la question du recours à la sous-traitance.

1- Dans l'arrêt du 23 décembre 1994, il n'est pas contesté que le requérant évincé au motif qu'il n'avait pas joint la liste des sous-traitants à sa soumission avait l'intention de recourir à des sous-traitants.

En effet, l'arrêt indique que "selon la requérante elle-même, le total des travaux à confier aux sous-traitants correspondait à environ 44% du total de sa soumission" (p. 5/7), ce qui est du reste parfaitement logique dans le cadre d'un marché portant sur "la construction de la station Albert du métro bruxellois" (p. 1/7).

2- Au contraire, dans le cadre du présent recours, il ressort clairement de l'offre de la requérante que si la partie adverse lui avait attribué le marché comme elle y était tenue, la requérante n'aurait pas fait appel à des sous-traitants pour l'exécuter.

28. La simplicité objective des travaux invoquée par la requérante dans sa requête en annulation constitue un argument supplémentaire sur base duquel la partie adverse ne pouvait pas manquer de considérer que la requérante n'emploierait pas de sous-traitants.

Cet argument supplémentaire s'ajoute notamment à celui qui veut que les dispositions pertinentes de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques n'imposent d'indiquer dans l'offre la part du marché à sous-traiter que dans le cas où le soumissionnaire fera effectivement appel à des sous-traitants.

Il s'ajoute également au constat fait ci-dessus que l'offre de la requérante indiquait

clairement qu'elle ne recourrait à "aucune" entreprise sous-traitante.

29. S'agissant du respect du principe d'égalité entre les soumissionnaires invoqué par la partie adverse et de la SA Krinkels, à supposer que l'offre de cette dernière était comparable à celle de la requérante, ce que la requérante ne peut vérifier, le pouvoir adjudicateur aurait également dû déclarer l'offre de la SA Krinkels régulière.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse reproduit pour l'essentiel l'argumentation de son mémoire en réponse.

Concernant la première branche du moyen unique, elle précise toutefois, relativement à l'obligation imposée par le cahier spécial des charges d'indiquer les informations relatives à la sous-traitance, que la partie requérante se devait, dans tous les cas, de remplir les champs dévolus dans le formulaire d'offre à soumettre. Elle estime qu'il en allait ainsi même si elle n'avait pas l'intention de sous-traiter une partie du marché – ce qu'elle se contente d'affirmer *a posteriori*. À défaut, il lui était impossible de connaître l'intention claire et définitive de la partie requérante quant à ce point. Ensuite, la partie adverse estime que la circonstance qu'elle aurait fait preuve d'un "formalisme excessif" en écartant l'offre de la requérante parce qu'elle n'aurait pas rempli le champ dévolu à la sous-traitance dans le formulaire d'offre est étrangère à la considération de l'irrégularité de l'offre de celle-ci. Cela est, selon elle, d'autant plus le cas que, d'une part, l'indication d'éléments contraires dans l'offre de la partie requérante ne pouvait, en toute hypothèse, constituer une indication claire et définitive de la volonté du soumissionnaire de ne recourir à aucun sous-traitant dans le cadre du marché et que, d'autre part, les mentions "sous peine de nullité absolue de l'offre" étant clairement indiquées dans les documents du marché, ce qui n'est du reste pas contesté ni par la partie requérante, ni par l'auditeur. Concernant, la prétendue simplicité objective des travaux à réaliser, la partie adverse précise enfin que cette affirmation ne permet pas de passer outre le contenu d'un cahier spécial des charges, sauf à violer celui-ci et les principes généraux de la commande publique (notamment d'égalité de traitement).

E. Dernier mémoire de la partie requérante

La requérante ne fait pas état de considérations nouvelles à propos de son moyen unique, se limitant à formuler les observations que lui inspirent les arguments de la partie adverse quant à la seconde irrégularité dont son offre serait entachée.

VI.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Tels qu'applicables en l'espèce, les articles 12, alinéa 1^{er}, et 81, alinéa 1^{er}, 4^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques étaient libellés comme suit :

- « Art. 12. Le pouvoir adjudicateur peut, dans les documents du marché, demander au soumissionnaire d'indiquer dans son offre la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés. [...] ».
- « Art. 81. L'offre indique :
[...] 4^o en ce qui concerne la sous-traitance, les informations éventuelles en application de l'article 12 » ; [...] ».

Par ailleurs, selon les termes de l'article 11 du cahier spécial des charges, la prescription litigieuse se lit comme suit :

- « Sous peine de nullité absolue de son offre, le soumissionnaire indique dans son offre la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés, si connus ».

Il n'est pas contesté que les indications requises au titre de cette prescription devaient figurer sous le titre « C. Identification des sous-traitants (nom, adresse, nationalité et classe(s) d'agrégation) » du formulaire d'offre.

L'acte attaqué déclare l'offre de la requérante affectée de nullité absolue, pour le motif suivant :

- « le soumissionnaire n'a pas indiqué dans son offre la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés. Suivant le cahier spécial des charges la non remise de ce document entraîne la nullité absolue de l'offre ».

En sa première branche, le moyen reproche, en substance, à la partie adverse d'avoir ainsi déclaré nulle l'offre de la requérante pour le motif reproduit, et ce alors que ni les dispositions précitées de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, ni la prescription litigieuse de l'article 11 du cahier spécial des charges n'imposaient aux soumissionnaires qui, à l'instar de la requérante, n'avaient pas l'intention de recourir à la sous-traitance, d'indiquer qu'ils ne comptaient pas sous-traiter une partie du marché. Cette obligation d'insérer les mentions requises à propos de la sous-traitance ne s'imposait, selon ce qui est soutenu au point 15 de la requête, que si le soumissionnaire comptait sous-traiter effectivement une partie du marché.

À titre principal, la partie adverse insiste sur l'importance qu'elle avait annoncé attacher aux mentions relatives à la sous-traitance, importance que la requérante ne pouvait ignorer, au vu notamment de la sanction prévue en cas de méconnaissance de cette obligation de mention, à savoir la nullité absolue de l'offre. Elle en déduit, au point 24 de son mémoire en réponse, que, « au vu de cette sanction, la partie requérante avait l'obligation de remplir, même si elle n'avait pas l'intention de sous-traiter une partie du marché [...] les champs dévolus dans le formulaire d'offre à soumettre ».

Quoi que laisse ainsi entendre le mémoire en réponse, le principal grief du moyen ne met en cause ni l'importance des mentions relatives à la sous-traitance, ni la sanction de nullité absolue prévue en cas de méconnaissance des obligations prescrites à ce propos, mais bien l'interprétation de la prescription litigieuse qui a déterminé la partie adverse à décider que la requérante n'avait pas respecté cette prescription et, partant, à considérer son offre comme étant entachée de nullité absolue. C'est donc bien au regard de ce grief que le moyen doit être examiné.

En invitant le soumissionnaire à indiquer la part du marché qu'il avait l'intention de sous-traiter, la prescription de l'article 11 du cahier spécial des charges ne peut – au vu des termes en lesquels elle est ainsi libellée et de la phrase que ceux-ci forment – être interprétée qu'en ce sens que cette obligation de mention ne s'imposait, comme soutenu en termes de requête, que si le soumissionnaire avait bien l'intention de sous-traiter une part du marché. Rien n'indique, en revanche, que le soumissionnaire qui n'était pas animé d'une telle intention devait l'exprimer formellement, ni *a fortiori* de quelle manière, sous peine de voir son offre considérée comme affectée de nullité absolue. Le Conseil d'État n'identifie, dans les documents du marché, aucun élément qui commanderait de retenir une interprétation différente et, pour sa part, la partie adverse – qui insiste bien plus sur la sanction prévue que sur l'interprétation de la prescription imposant l'obligation litigieuse – n'a fait d'ailleurs état, dans le cadre de la présente procédure, d'aucun élément qui justifiait d'écarter la seule interprétation raisonnable, déduite du sens littéral de la prescription, au profit de celle qu'elle a retenue pour conclure à l'irrégularité de l'offre de la requérante. À ce propos, elle ne peut, en particulier, être suivie dans l'argument, ci-dessus rapporté, du point 24 de son mémoire en réponse, par lequel elle semble déduire une obligation incombant à la requérante de la seule sanction prévue par l'article 11 du cahier spécial des charges. Cet argument paraît, en effet, procéder d'une confusion entre, d'une part, la portée de l'obligation prescrite par l'article 11 précité (portée dégagée de l'interprétation conduisant à décider que l'obligation litigieuse ne s'imposait pas aux soumissionnaires n'ayant pas l'intention

de sous-traiter) et, d'autre part, la sanction que cet article 11 attache à une méconnaissance éventuelle de cette obligation. Pour le surplus, le fait, souligné au point 27 du dernier mémoire de la partie adverse, que celle-ci ne puisse, à défaut de mention apposée par la requérante, connaître l'intention claire et définitive de celle-ci résulte du seul libellé de la prescription litigieuse, qu'il était loisible à la partie adverse de formuler en des termes différents, de manière à être fixée plus clairement sur les intentions des soumissionnaires.

Compte tenu, d'une part, de ce que l'intention de la requérante de ne pas recourir à la sous-traitance n'est pas contestée et, d'autre part, de ce que – au regard de la seule interprétation qui puisse, dans les circonstances de la cause, être admise à propos de l'article 11 du cahier spécial des charges – la partie adverse a méconnu cette disposition, il n'y a pas lieu de se prononcer sur les éléments des débats relatifs à la présentation formelle de la rubrique du formulaire d'offre dédiée à la sous-traitance, au formalisme excessif dont aurait fait preuve la partie adverse, à la prétendue simplicité des travaux à réaliser (limitant, selon la requérante, la probabilité de recours à la sous-traitance) ou à la prétendue absence de motifs de droit dans l'acte attaqué.

Enfin – en supposant, ce que le Conseil d'État ne peut vérifier au titre d'aucune des deux branches du moyen unique, que la partie adverse ait réservé le même traitement à toutes les offres ne contenant, à l'instar de celle de la requérante, aucune mention sous le point « C. Identification des sous-traitants (nom, adresse, nationalité et classe(s) d'agrément) » du formulaire d'offre, et qu'elle puisse, pour cette raison, se prévaloir d'avoir respecté le principe d'égalité des soumissionnaires, comme elle le fait au point 31 de son mémoire en réponse – le respect de ce principe n'affecterait en rien le constat de la méconnaissance de l'article 11 du cahier spécial des charges du marché litigieux, résultant d'une interprétation contraire à celle qu'appelait cette disposition.

Conformément aux motifs qui précèdent, le moyen unique doit être déclaré fondé en sa première branche.

Il n'y a, par ailleurs, pas lieu d'examiner la deuxième branche. À supposer que le moyen doive être déclaré fondé en celle-ci, il ne pourrait entraîner une annulation plus étendue de l'acte attaqué.

VII. Confidentialité

La partie adverse dépose à titre confidentiel l'offre de la requérante et celle de l'attributaire du marché litigieux.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'Etat, la demande de maintien de la confidentialité est devenue sans objet.

VIII. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à cette demande.

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

Article 1^{er}.

La décision prise le 7 novembre 2016 par le collège communal de la ville d'Ath de déclarer irrégulière l'offre de la société Travexploit relative au marché dénommé « Fonds régional d'investissement communal (FRIC) 2013-2016 – Gibecq : Aménagement de trottoirs et de dispositifs de sécurité » et d'attribuer le marché à la société Entretal est annulée.

Article 2.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
15 décembre deux mille vingt par :

Imre KOVALOVSKY,
David DE ROY,
Nathalie VAN LAER,
Vincent DURIEUX

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX

Imre KOVALOVSKY