

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 250.235 du 26 mars 2021

A. 233.106/VI-22.000

En cause : **la société anonyme NONET**,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Jean-François DAVREUX et
 Lionel-Albert BAUM, avocats,
 rue du Lombard 67
 5000 Namur,

contre :

la commune de Flémalle, représentée
 par son collège communal,
 ayant élu domicile chez
 M^e Jean-Marc RIGAUX,
 boulevard d'Avroy 270
 4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 4 mars 2021, la SA Nonet demande, d'une part, la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution de « la décision prise par la partie adverse, en sa séance du 5 février 2021, d'attribuer le marché de travaux "Aménagement et égouttage de la voirie d'accès au centre de Football de Mons-Lez-Liège" à la société Cop & Portier (BE0402.387.573) pour un montant de 371.733,33 € HTVA, soit 449.797,33 € TVAC » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 5 mars 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 19 mars 2021.

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

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 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.

David De Roy, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Lionel-Albert Baum, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Brice Anselme, *loco* M^e Jean-Marc Rigaux, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu 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 partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

- « Le 14 décembre 2020, la Commune de Flémalle publie un avis de marché relatif à des travaux portant sur l'aménagement et l'égouttage de la voirie d'accès au centre de football de Mons-Lez-Liège;

On notera au cahier spécial des charges l'article 4.4 (page 15) qui précise que dans les documents, modèles et échantillons à joindre à l'offre, doit nécessairement figurer :

“Un document qui se réfère au plan de sécurité et de santé joint en annexe au cahier spécial des charges et dans lequel est décrite la manière dont l'ouvrage est exécuté pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé;”

Le cahier spécial des charges comporte également une annexe 4 et une annexe 5 relatives à la politique qualité et sécurité :

L'annexe 4 est intitulée comme suit :

“Note sur les engagements pris par le soumissionnaire concernant les mesures et les moyens de protection déterminés par le plan sécurité et de santé (article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001)”;

Cette annexe oblige le soumissionnaire à préciser les coûts liés spécifiquement à la sécurité-santé et à faire ses observations à cet égard;

Par contre, l'annexe 5 est intitulée et rédigée comme suit :

“Note sur les engagements pris par le soumissionnaire concernant les mesures et les moyens de protection déterminés par le plan de sécurité et de santé (article 30 de l’arrêté royal du 25 janvier 2001)

(...)

- Le coordinateur projet établit la liste des postes de travaux ou parties d’ouvrage nécessitant la description, par celui-ci, de la manière dont il prévoit d’exécuter les travaux. (...)

- Les détails demandés sont fournis de façon claire, précise et détaillée sur les documents constituant la présente annexe 5.

- Le coordinateur projet établit la liste des mesures et moyens de prévention pour lesquels le soumissionnaire doit communiquer un calcul de prix. CETTE LISTE NE REPREND PAS CE QUI RELEVE DE LA SECURITE DE BASE (c’est-à-dire tout ce qui relève de la simple application des réglementations). Cette liste prend les mesures et moyens de prévention et de protection collective, en particulier CEUX QUI DOIVENT SERVIR A PLUSIEURS INTERVENANTS, ainsi qu’aux moyens extraordinaires de protection individuelle. Si le soumissionnaire le juge nécessaire, il peut étendre ce calcul de prix à d’autres mesures et moyens de prévention.

- Le soumissionnaire s’engage à respecter le PGSS et à le faire respecter par ses sous-traitants pendant toute la durée du marché.

Nombre de pages en annexe :”;

Ce sont ces dispositions du cahier spécial des charges qui vont particulièrement être examinées dans le cadre du présent recours;

Les offres sont rentrées;

L’offre de la requérante satisfait aux critères de sélection qualitative;

Cependant l’offre de la requérante est écartée pour cause d’irrégularité;

En effet, celle-ci contrevient à l’article 4.4 du CSC évoqué ci-avant;

La partie adverse constate :

“L’entreprise SA NONET n’a pas remis une partie des documents exigés par le cahier spécial des charges à savoir l’annexe 5 ‘Note sur les engagements pris par le soumissionnaire concernant les mesures et les moyens de protection déterminés par le plan de sécurité et de santé (article 30 de l’arrêté royal du 25 janvier 2011)’. Ce manquement est considéré comme une irrégularité substantielle, cette offre est donc considérée comme irrégulière.”;

La partie adverse constate que la SA HENQUET et de la SPRL PIERRE FRERE ET FILS n’avaient pas davantage remis ces documents dans leurs offres;

Leurs offres ont également été écartées;

Quant au procès-verbal d’examen des plans de sécurité, la partie adverse constate :

“Les entreprises NONET, HENQUET et FRERE n’ayant pas remis avec leur offre les annexes et/ou fiches obligatoires demandées sont écartées.”;

La partie adverse, suite à ce rapport d'analyse des offres, décidera de sélectionner l'offre de la partie requérante mais de l'écarter pour cause d'irrégularité et d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus basse;

Il s'agit de l'acte attaqué ».

IV. Moyen unique

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, « pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe de l'égalité de traitement; la violation de loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics en particulier ses articles 4, 66, et 83; la violation de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; la violation du cahier spécial des charges du marché, particulièrement son point 4.4 de la partie 2 – Passation du marché – Pages 15 et 16; la violation de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles et en particulier son article 30; la violation du principe de la motivation interne, de la violation des articles 4 et 5 de 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 et de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative la motivation formelle des actes administratifs; la violation des principes généraux de bonne administration, que sont les principes de confiance, de précaution et de proportionnalité, de sécurité juridique, de transparence, d'appréciation, et du principe *partere legem quam ipse fecisti*; de l'erreur manifeste d'appréciation », en ce que « première branche : la décision attaquée considère l'offre de la requérante irrégulière; seconde branche : la décision attaquée ne motive pas adéquatement pour quels motifs elle considère l'offre de la requérante irrégulière », alors que « première branche : il ne pouvait être considéré que l'offre de la requérante était irrégulière sans violer les dispositions visées au moyen; seconde branche : la partie adverse devait motiver adéquatement les raisons pour lesquelles elle a considéré que l'offre de la requérante contenait une irrégularité substantielle ou plusieurs irrégularités non substantielles à ce point importantes qu'elle doive être écartée, conformément aux dispositions visées au moyen ».

S'agissant des deux branches réunies, la requérante rappelle la teneur des principales dispositions dont le moyen invoque la violation et fait état des éléments qu'elle estime utiles à leur interprétation. En particulier, elle observe ce qui

suit, au point 15 de la requête, à propos des prescriptions des documents du marché dont l'application fait précisément débat :

« Le point 4.4. du CSC, pages 15 et 16, libelle comme suit la composition de l'offre requise et les documents sollicités comme suit :

“Le formulaire d'offre;

- Les extraits du Moniteur ou des statuts prouvant la qualité du signataire de la soumission;

- En cas de signature par un mandataire, copie de l'acte authentique ou sous seing privé (procuration) qui lui accorde ses pouvoirs;

- La déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social, dûment signée;

- La période de congés annuels et les jours de congés compensatoires;

- L'annexe 3 reprenant la liste des sous-traitants et leur part de participation dans le chantier;

- Un document qui se réfère au plan de sécurité et de santé joint en annexe au cahier spécial des charges et dans lequel est décrite la manière dont l'ouvrage est exécuté pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé;

- Un calcul de prix séparé concernant les éventuels mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle;

- Un exemplaire du métré récapitulatif, complété par l'indication des prix unitaires, des produits de la multiplication de ces prix par les quantités correspondantes, des sommes partielles et totales. Toute offre présentée sans le métré précité dûment complété est écartée d'office;

- Le soumissionnaire joint à son offre le métré sous format Excel à partir du fichier mis à sa disposition via le téléchargement, fichier qui doit être dûment complété par le soumissionnaire;

- Eventuellement les autres documents et renseignements qui sont demandés dans les documents du marché, l'avis de marché, le(s) avis de marché récapitulatif(s);

- La justification et le détail des corrections éventuelles apportées par le soumissionnaire aux quantités indiquées dans le métré récapitulatif;

Toute offre ne possédant pas un ou plusieurs de ces documents peut être annulée par le pouvoir adjudicateur.”

On constate donc déjà, d'une part, que le libellé du texte ne fait pas référence à une “annexe 5” et, d'autre part, qu'hormis la production du métré récapitulatif, aucun document n'est prescrit à peine de nullité de l'offre. Au contraire, le dernier alinéa indique que “toute offre ne possédant pas un ou plusieurs de ces documents peut être annulée par le pouvoir adjudicateur”. L'usage du verbe “pouvoir” confirme qu'il s'agit bien d'une faculté et que pour y recourir, elle doit être motivée.

Cette phrase se situe dans la droite ligne de la législation en vigueur selon laquelle un document manquant ne constitue pas en soi une nullité absolue ou une irrégularité substantielle. Cette phrase enjoint donc le pouvoir adjudicateur de

vérifier, *in concreto*, l'impact d'un ou de plusieurs document(s) manquant et à motiver son appréciation de manière adéquate.

Il convient, néanmoins, de préciser que cette liste fait référence au “formulaire d'offre”, auquel sont bien annexées plusieurs annexes, dont une annexe 4 et une annexe 5. On relèvera, néanmoins, que ces deux annexes ont le même intitulé, hormis leur numéro.

Ladite annexe 5 est intitulée, comme l'annexe 4, “Note sur les engagements pris par le soumissionnaire concernant les mesures et les moyens de protection déterminés par le plan de sécurité et de santé (article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001)”.

Cette annexe 5 est peu compréhensible et libellée comme suit :

“Remarques préliminaires

→ Le coordinateur projet établit la liste des postes de travaux ou parties d'ouvrage nécessitant la description, par celui-ci, de la manière dont il prévoit d'exécuter les travaux. Si le soumissionnaire le juge nécessaire, il peut étendre cette description à d'autres postes ou parties d'ouvrages.

→ Les détails demandés sont fournis de façon claire, précise et détaillée sur les documents constituant la présente annexe 5.

→ Le coordinateur projet établit la liste des mesures et moyens de prévention pour lesquels le soumissionnaire doit communiquer un calcul de prix. CETTE LISTE NE REPREND PAS CE QUI RELEVE DE LA SECURITE DE BASE (c'est-à-dire tout ce qui relève de la simple application des réglementations). Cette liste reprend les mesures et moyens de prévention et de protection collective, en particulier CEUX QUI DOIVENT SERVIR A PLUSIEURS INTERVENANTS, ainsi qu'aux moyens extraordinaires de protection individuelle. Si le soumissionnaire le juge nécessaire, il peut étendre ce calcul de prix à d'autres mesures et moyens de prévention.

→ Le soumissionnaire s'engage à respecter le PGSS et à le faire respecter par ses sous-traitants pendant toute la durée du marché.

Nombre de pages en annexe :”

En réalité, cette annexe constitue un rappel de la législation applicable et rappelle ce que le coordinateur projet doit établir et indiquer que le soumissionnaire peut étendre la description à d'autres postes ou parties d'ouvrage ou le calcul de prix à d'autres mesures et moyens de prévention, s'il le juge nécessaire. En d'autres termes, le remplissage de cette annexe ou le dépôt d'une note complémentaire à la suite de celle-ci apparaît facultative.

Cette annexe n'impose pas de description particulière ou complémentaire et n'impose aucune signature et apparaît fort redondante par rapport à l'annexe 4, ainsi qu'au PPSS objet du marché et à ses fiches jointes en annexes. Ledit PPSS est, d'ailleurs, assez général et contient, *in fine*, des fiches numérotées 1 à 4 reprises à la suite d'un intercalaire indiquant “documents à fournir par l'entreprise soumissionnaire”.

En tant que telle, l'annexe 5 ne semble donc pas avoir une quelconque plus-value.

Au contraire, l'annexe 4, qui contient le même intitulé, prévoit la signature du soumissionnaire et la réponse à plusieurs questions, dont le coût global des mesures de sécurité prévues ».

Après avoir évoqué les enseignements jurisprudentiels et doctrinaux qu'elle estime pertinents à propos du contrôle de la régularité des offres et de la faculté qu'a le pouvoir adjudicateur de demander des précisions relatives aux offres, la requérante expose les développements suivants, qu'appelle, à son estime, le cas d'espèce :

« III.2.2.1. SUR LA PREMIÈRE BRANCHE : L'OFFRE DE LA REQUÉRANTE EST RÉGULIÈRE ET COMPLÈTE ET SATISFAIT AUX PRESCRIPTIONS DU CSC

18. En l'espèce, comme précisé ci-avant, le CSC ne sollicite aucun document "sous peine de nullité absolue de l'offre" (hormis le métré récapitulatif) mais indique, uniquement, que l'absence d'un ou de plusieurs documents "peut être annulée par le pouvoir adjudicateur" ou, en d'autres termes, être déclarée irrégulière.

Or, l'offre de la requérante contient bien tous les documents requis, hormis l'annexe 5, et ce de manière formelle. En effet, l'absence de ce document est purement formelle dès lors que d'une part, cette annexe ne doit ni être signée, ni d'être complétée et que, d'autre part, compte tenu du libellé des "remarques préliminaires", il semble que l'annexion d'une note complémentaire à sa suite ne soit que facultative, et ce, si le soumissionnaire le juge nécessaire.

En conséquence, si le soumissionnaire ne le juge pas utile, il ne doit pas l'annexer.

19. Par ailleurs, les renseignements "sollicités" par cette annexe intitulée "Note sur les engagements pris par le soumissionnaire concernant les mesures et les moyens de protection déterminés par le plan de sécurité et de santé", si tant est qu'il y en ait, se trouvent au sein de l'annexe 4 et du PPSS et de ses 4 fiches.

Ces documents ont bien été déposés par la requérante.

La requérante ne voit pas ce qu'elle aurait pu déposer de plus, hormis formellement l'annexe 5, mais ce qui n'aurait pas apporté la moindre plus-value à son offre.

Comme indiqué ci-avant, cette annexe n'apporte rien en elle-même. Elle n'impose aucune signature et ne fait qu'énoncer de manière très générale un rappel de l'article 30 alinéa 2, 2° de l'AR de 2001. On ne voit pas vraiment quel(s) élément(s) complémentaire(s) il y aurait eu lieu d'annexer.

En tout état de cause, conformément à l'appréciation du rapport d'analyse des offres, laquelle fait partie intégrante de la motivation de la décision querellée, c'est bien la seule absence de cette annexe, à l'exclusion de toute autre information ou document qui a disqualifié l'offre de la requérante.

Une telle appréciation est manifestement erronée et disproportionnée. En écartant l'offre de la requérante pour ce seul motif, la partie adverse a fait preuve d'un formalisme excessif.

La partie adverse ne pouvait déclarer irrégulière l'offre de la requérante sur le seul constat de l'absence de cette annexe.

20. La liste des documents à joindre, selon le CSC (point 4.4) précise d'ailleurs, outre le dépôt de l'offre (et donc de l'annexe 5), la nécessité de produire :

- Un document qui se réfère au plan de sécurité et de santé joint en annexe au cahier spécial des charges et dans lequel est décrite la manière dont l'ouvrage est exécuté pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé;
- Un calcul de prix séparé concernant les éventuels mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle;

Le fait que la partie adverse ait cru bon de préciser, à nouveau, ces éléments, tend à démontrer que l'annexe 5 en tant que telle n'apporte pas de réelle plus-value en elle-même.

Or, les documents précités ont bien été déposés, constituant le PPSS en tant que tel et ses 4 fiches y annexées, ainsi que l'annexe 4. L'ensemble de ces documents ont bien été déposés et ceux-ci constituent la "Note sur les engagements pris par le soumissionnaire concernant les mesures et les moyens de protection déterminés par le plan de sécurité et de santé" souhaité.

La partie adverse a violé son propre CSC en écartant de manière automatique l'offre de la requérante pour l'absence formelle de l'annexe 5 alors que cette dernière n'apporte rien et n'était pas sollicitée "à peine de nullité" de l'offre et n'était pas érigée en une obligation.

L'offre de la requérante contenait donc bien toutes les informations requises pour permettre au pouvoir adjudicateur de la comparer avec les autres offres.

La requérante a donc bien déposé les documents requis par le CSC et son offre est donc bien régulière.

La partie adverse ne pouvait donc pas déclarer l'offre de la requérante irrégulière, celle-ci contenant tous les documents exigés par le CSC, sans violer les dispositions visées au moyen.

La première branche du moyen unique est sérieuse et fondée.

III.2.2.1. SUR LA SECONDE BRANCHE : LA PARTIE ADVERSE DEVAIT ANALYSER LES DOCUMENTS PRODUITS ET MOTIVER LES RAISONS POUR LESQUELLES ELLE ESTIME L'OFFRE DE LA REQUÉRANTE ATTEINTE D'UNE IRRÉGULARITÉ SUBSTANTIELLE

21. En l'espèce, les documents sollicités ont tous été produits, hormis l'annexe 5 non expressément listée par les documents à joindre. Le CSC préconisait le dépôt de différents documents en précisant, néanmoins, que la partie adverse se réservait la faculté de déclarer irrégulière une offre ne contenant pas un ou plusieurs documents.

Il ne s'agissait pas d'une nullité absolue.

D'ailleurs, le pouvoir adjudicateur a précisé, au sein de cette liste, quels documents devaient, sous peine de nullité, être produits, à savoir :

- Un exemplaire du métré récapitulatif, complété par l'indication des prix unitaires, des produits de la multiplication de ces prix par les quantités correspondantes, des sommes partielles et totales. Toute offre présentée sans le métré précité dûment complété est écartée d'office.

À *contrario*, l'absence de l'un ou de l'autre des documents requis ne pouvait entraîner un écartement d'office. L'absence de l'un ou de plusieurs des autres documents aurait donc dû susciter une analyse du manquement dénoncé et une motivation du caractère substantiel ou non de l'absence dudit document.

La partie adverse avait donc dû, en l'espèce, au vu du libellé de son propre CSC vérifier, *in concreto*, si le document manquant était de nature à conférer "un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues".

La partie adverse devait qualifier le manquement de substantiel ou de non substantiel et motiver les raisons pour lesquels, selon elle, un tel manquement revêtait un caractère substantiel.

Tel n'est manifestement pas le cas en l'espèce. La partie adverse ne fait que constater que l'annexe 5 est manquante et en infère automatiquement un manquement substantiel et qualifiant l'offre de la requérante irrégulière.

22. De même, la partie adverse devait examiner l'opportunité d'user de sa faculté d'interpeller le ou les soumissionnaires dont l'offre comportait un éventuel manquement afin qu'il(s) la régularise, le cas échéant, surtout au vu de l'objectif de ce document et de son incidence sur le marché en question.

Dans tous les cas, il faut que cette analyse fasse l'objet d'une motivation adéquate qui ressorte de l'acte attaqué et qui permette aux soumissionnaires de comprendre les raisons pour lesquelles leur offre a été écarté et/ou qu'ils n'ont pas été questionnés plus avant.

Rien de ce qui précède n'a eu lieu en l'espèce.

23. En conclusion, la partie adverse ne pouvait écarter l'offre de la requérante comme elle l'a fait sans violer les dispositions visées au moyen. Elle ne pouvait écarter l'offre de la requérante sans :

- examiner et préciser au sein de sa décision, au travers d'une motivation adéquate et renforcée, si la simple omission de l'annexe 5 constituait, en soi, une irrégularité substantielle, dès lors qu'aucun document du marché n'imposait son dépôt à peine de nullité, au contraire, le CSC indiquant que le manquement d'un ou de plusieurs documents pouvait entraîner l'irrégularité de l'offre;
- vérifier si cette omission ne pouvait être compensée par les autres documents déposés par la requérante, à savoir que les autres documents permettaient d'obtenir les informations souhaitées au travers de cette annexe 5 (PPSS, annexe 4 et fiches 1 à 4);
- vérifier et motiver, au travers d'une motivation adéquate, l'impact de cette omission conformément à la législation en vigueur et, plus précisément, si l'absence de cette annexe "est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de la concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues" malgré les autres documents déposés; pour ce faire, la partie adverse devait tenir compte de l'objectif du PSS tel que rappelé à l'article 30 de l'AR de 2001 et du nouveau libellé de l'article 76 de l'AR de 2017 qui rappelle précisément qu'une irrégularité non substantielle ne peut entraîner l'écartement d'une offre;
- devait se demander s'il était opportun et plus judicieux d'interpeller la requérante pour qu'elle précise son offre ou non et l'indiquer dans sa décision;
- devait assurer le traitement équitable des soumissionnaires et donc vérifier avec la même intensité les autres offres remises;
- motiver son appréciation au sein de l'acte attaqué.

Or, en l'espèce, l'acte attaqué est dépourvu de toute motivation à cet égard, la partie adverse se limitant à constater l'absence de l'annexe 5 et à en déduire, automatiquement, qu'il s'agit d'une irrégularité substantielle entraînant l'irrégularité de l'offre de la requérante.

La décision d'irrégularité de la partie adverse n'est donc manifestement pas compréhensible et, en tout état de cause, totalement disproportionnée. En écartant purement et simplement l'offre de la requérante comme elle l'a fait, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et violé les dispositions visées au moyen.

La seconde branche du moyen unique est sérieuse et fondée.

Le moyen unique est sérieux et fondé en toutes ses branches ».

B. Note d'observations

La partie adverse fait valoir ce qui suit, quant aux deux branches réunies :

« La partie adverse dépose à son dossier de pièces une circulaire du 18 décembre 2007 relative au plan de sécurité et de santé et aux directives pratiques portant sur les documents à joindre à l'offre en application de l'article 30 précité;

Si une circulaire ne constitue pas en soi une disposition légale, elle donne à l'administration une ligne directrice;

Pour autant que cette ligne directrice ne soit pas en contradiction avec le texte législatif, le pouvoir adjudicateur est donc légitime à l'appliquer;

La circulaire est ainsi rédigée :

“3.1. En cas d'adjudication ou d'appel d'offres.

3.1.1. Documents absents ou incomplets.

3.1.1.1. Document de l'article 30, alinéa 2, 1°.

a) Le coordinateur est invité à donner son appréciation motivée sur les éléments qu'il considère ou non comme essentiels.

b) Le document manque (le formulaire joint au cahier spécial des charges n'a pas été complété) ou est incomplet sur des points essentiels.

L'offre est, dans ce cas, entachée d'une irrégularité substantielle. Par ailleurs, on ne peut déduire du seul fait qu'un calcul de prix séparé a été joint que la manière d'exécuter l'ouvrage est conforme au PSS. Il convient toutefois de rappeler les recommandations précitées si le PSS joint au cahier spécial des charges est déjà suffisamment détaillé (*supra* - point 2.2).

c) Le document n'est incomplet que sur des points non essentiels (le formulaire n'a pas été complété au niveau de ces points). En principe, l'offre est régulière dès lors que le document n'est incomplet que sur des points non essentiels.

3.1.1.2. Document de l'article 30, alinéa 2, 2°.

a) Le coordinateur est invité à donner son appréciation motivée sur les éléments qu'il considère ou non comme essentiels.

b) Le document manque ou est incomplet sur des points essentiels. L'offre est, dans ce cas, entachée d'une irrégularité substantielle. Toutefois, si un calcul de prix séparé a été joint à l'offre et est insuffisamment précis, le pouvoir adjudicateur peut, s'il a rendu applicable au marché l'article 88, § 2, de l'arrêté royal précité du 8 janvier 1996, demander des éclaircissements sur le calcul de prix.

c) Le document n'est incomplet que sur des points non essentiels.

En principe, l'offre est régulière dès lors que le document n'est incomplet que sur des points non essentiels.

Pour ce qui concerne la méthode de calcul des prix, l'on peut se référer au point 2 - recommandations des présentes instructions.”;

En outre, conformément au point 2.2 : “Le pouvoir adjudicateur doit reprendre dans le cahier spécial des charges régissant les travaux une disposition enjoignant aux soumissionnaires de joindre à leur offre les documents de l'article 30, alinéa 2, 1° et 2°.”;

Le CSC, en visant en son point 4.4 les 5 annexes du PSS, respecte donc la circulaire;

S'il y a deux annexes, c'est bien parce que l'annexe 4 fait référence directement à l'article 30, alinéa 2, 2° alors que l'annexe 5 fait référence à l'article 30, alinéa 2, 1°;

Même si les annexes 4 et 5 ont un titre identique, elles visent deux objets différents;

Or, en ce qui concerne l'annexe 5, soit le document relatif à l'article 30, alinéa 2, 1°, la circulaire impose donc à l'administration d'inviter le coordinateur à donner son appréciation motivée sur les éléments qu'il considère comme essentiels ou non;

C'est bien le contenu de l'annexe 5 qui fait référence à cette problématique;

Si le document est manquant, ce qui est le cas en l'espèce, la circulaire considère que l'offre est entachée d'une irrégularité substantielle;

Par contre, la circulaire précise bien que si le document est incomplet sur des points non essentiels, l'offre peut alors être considérée comme régulière;

Cette manière d'interpréter les choses par la circulaire est tout à fait conforme à la législation des marchés publics;

En effet, l'article 76 de l'arrêté “passation” répute trois hypothèses dans lesquelles les irrégularités sont nécessairement substantielles;

Tel n'est pas le cas en l'espèce;

Cependant, pour les autres irrégularités, le pouvoir adjudicateur a un pouvoir d'appréciation pour décider de la substantialité ou non des irrégularités au cahier spécial des charges;

La circulaire donne une ligne de conduite très précise;

Si le document est incomplet uniquement sur des points non essentiels, l'offre est régulière;

Si par contre le document est incomplet sur des points essentiels ou si le document manque, il convient de considérer qu'il s'agit d'une irrégularité substantielle;

Cette interprétation de la circulaire est au demeurant logique puisque si les méthodes de mise en œuvre de la sécurité et de la santé sur le chantier ne sont pas décrites de manière suffisamment précise, il peut y avoir une distorsion de concurrence dans la mesure où les prix tels qu'ils sont décrits à l'annexe 4 (coûts affectés à la sécurité et à la santé) ne peuvent être justifiés en suffisance;

L'annexe 4 permet de démontrer l'ampleur exacte des moyens financiers dédiés à la sécurité et à la santé alors que l'annexe 5 permet précisément de justifier si ces coûts sont suffisants;

La partie requérante n'offre pas de démontrer qu'elle aurait, dans l'annexe 4, justifié en suffisance les coûts qu'elle estime devoir consacrer à la sécurité et à la santé;

Dès lors, ce n'est pas parce que l'article 4.4 du CSC ne vise pas spécifiquement l'annexe 4 ou l'annexe 5 que, nécessairement, il ne s'agirait pas d'une irrégularité non substantielle;

Au contraire, le point 4.4 du CSC vise les 5 annexes à défaut de quoi on ne verrait pas l'utilité de joindre ces annexes au CSC :

Ces annexes sont d'ailleurs référencées à l'article 30 précité et commentées dans la circulaire précitée;

On notera un arrêt COLAS, n° 247.119 du 21/02/2020 qui précise :

“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.”;

Le Conseil d'État considère donc que l'existence de l'annexe 5 est justifiable;

Même si dans le cas présent il n'y a pas de nullité absolue prévue par le cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur conserve sa marge d'appréciation pour considérer que le fait que ce formulaire n'a pas été complété est une lacune et peut donc déclarer l'offre comme irrégulière substantiellement et ce, d'autant plus qu'il suit en ce la ligne de conduite fixée par la circulaire du 18 décembre 2007 précisément rédigée sur cette question;

En ce qui concerne la motivation, celle-ci se suffit à elle-même à partir du moment où il y a constat que le document est manquant;

En cela, la partie adverse se conforme également à la ligne de conduite de la circulaire précitée;

Il est clair que si le document avait été remis de manière incomplète, le pouvoir adjudicateur aurait alors dû donner les motifs pour lesquels il considérerait que certains points essentiels n'avaient pas été remplis;

Tel n'est pas le cas en l'espèce puisque le document est manquant;

On relève encore dans un arrêt du Conseil d'État du 9 février 2021, n° 249.810, CMI / OTW :

“En laissant entendre – pour exclure que l'irrégularité retenue par la partie adverse puisse être qualifiée de substantielle – que le matériau proposé par un soumissionnaire importe peu, pour autant qu'il garantisse ces solidité et robustesse nécessaires, la requérante prend appui sur une interprétation de la clause précitée, selon laquelle la partie adverse aurait traduit ses attentes dans la fixation d'un niveau d'exigence qu'elle laisserait libres les soumissionnaires de satisfaire par les matériaux et procédés de conception de leur choix. Cette thèse n'est corroborée ni par cette clause, ni par quelque autre élément révélé par les documents du marché”;

Dans le cas présent, la partie requérante n'expose pas en quoi l'annexe 5 constituerait un document inutile pour le pouvoir adjudicateur;

Au contraire, elle estime que celle-ci lui “semble” ne pas comporter de plus-value pour le marché;

Cette critique est insuffisante;

Au contraire, comme il a été indiqué ci-avant, l'annexe 5 est bien utile pour permettre la justification des coûts du PSS détaillé à l'annexe 4;

En effet, la description des moyens utilisés pour la réalisation du PSS permet de vérifier si les coûts déclarés sont eux-mêmes justifiés;

Le moyen unique manque en droit et en fait ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Au titre de la seconde branche du moyen unique, la requérante dénonce notamment l'indigence de l'acte attaqué au regard de l'obligation qui incombait à la partie adverse de « motiver les raisons pour lesquelles elle estime l'offre de la requérante atteinte d'une irrégularité substantielle ». Est spécialement mise en évidence à ce propos l'obligation de qualifier le manquement et d'exposer les raisons pour lesquelles il a été jugé substantiel en l'espèce.

L'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit :

- « § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.
L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.
Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.
Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :
1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;

2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;

3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

§ 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.

§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3.

§ 4. Sans préjudice de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres autres que les offres finales, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Lorsqu'il s'agit d'une offre finale, le paragraphe 3 s'applique.

Lorsqu'une offre comporte plusieurs irrégularités non substantielles qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, le pouvoir adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations.

Le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.

§ 5. Sans préjudice du paragraphe 2 et de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Le pouvoir adjudicateur décide soit de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser cette irrégularité. Il en va de même si l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3 ».

En l'espèce, l'irrégularité décelée par la partie adverse dans l'offre de la requérante résulte de ce que celle-ci « n'a pas remis [...] l'annexe 5 "Note sur les engagements pris par le soumissionnaire concernant les mesures et les moyens de protection déterminés par le plan de sécurité et de santé (article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001)" ».

Le « Rapport relatif à la sélection des entreprises et à l'examen des offres », que la partie adverse présente comme faisant partie intégrante de l'acte attaqué, indique ce qui suit, à propos de l'offre de la requérante :

« L'entreprise SA NONET n'a pas remis une partie des documents exigés par le cahier spécial des charges à savoir l'annexe 5 "Note sur les engagements pris par le soumissionnaire concernant les mesures et les moyens de protection déterminés par le plan de sécurité et de santé (article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001)". Ce manquement est considéré comme une irrégularité substantielle, cette offre est donc considérée comme irrégulière ».

Ainsi que le fait valoir la requérante, sans être contredite par la partie adverse sur ce point, il ressort des documents du marché que celle-ci ne prescrivait pas la production de l'annexe 5 à l'appui de l'offre et lors de son dépôt, à peine de nullité de celle-ci. La partie adverse ne soutient, par ailleurs, pas que l'irrégularité qu'elle a décelée dans l'offre de la requérante relèverait d'une des hypothèses visées à l'article 76, alinéa 4, précité, qui autoriserait à la présumer substantielle.

Dans ces circonstances, la partie adverse devait, pour qualifier de « substantielle » l'irrégularité reprochée à l'offre de la requérante, vérifier qu'elle était de nature à produire l'un des effets que vise l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, à savoir « [...] donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, [...] entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou [...] rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues ».

La lecture de la motivation particulièrement laconique de l'acte attaqué (qui fait siennes les considérations précitées du « Rapport relatif à la sélection des entreprises et à l'examen des offres ») relative à l'aspect de celui-ci qui fait débat ne permet ni de vérifier que la partie adverse a effectivement procédé à la vérification à laquelle elle était ainsi tenue, ni *a fortiori* de comprendre ce qui l'a déterminée à qualifier de « substantielle » l'irrégularité reprochée à la requérante, l'acte attaqué se bornant à rendre compte de la décision de la partie adverse que l'offre de la requérante est entachée d'irrégularité substantielle.

Dans sa note d'observations, la partie adverse s'efforce de justifier la qualification retenue en prenant appui sur une circulaire du 18 décembre 2007 fixant des « Directives pratiques portant sur les documents à joindre à l'offre en application de l'article 30, alinéa 2, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles », à laquelle cette qualification se conformerait. À supposer que cet instrument ait effectivement déterminé la partie adverse et sans qu'il soit nécessaire de se prononcer à ce stade sur la validité d'une motivation reposant sur cette circulaire, les développements d'écrits de procédure ne peuvent, en toute hypothèse, pallier l'insuffisance de la motivation de l'acte attaqué.

En tant qu'il invoque la méconnaissance des obligations de motivation formelle qui incombaient à la partie adverse en décidant que l'offre de la requérante était entachée d'irrégularité substantielle, le moyen doit être déclaré sérieux.

V. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VI. Confidentialité

La requérante déclare déposer son offre à titre confidentiel. Celle-ci est identifiée comme étant la pièce 5 de son dossier.

La partie adverse sollicite le maintien de la confidentialité de l'offre de la requérante (pièce 4 du dossier administratif), ainsi que des offres des autres soumissionnaires (identifiées comme constituant la pièce 6 du dossier administratif, selon l'inventaire qu'elle a établi).

Dès lors que les demandes relatives au maintien de la confidentialité de l'offre de la requérante ne sont pas contestées, il y a lieu de maintenir provisoirement cette confidentialité pour les pièces 5 du dossier de la requérante et 4 du dossier administratif.

Par ailleurs, la partie adverse n'ayant pas déposé la pièce 6, constituée – selon les mentions de l'inventaire – des offres des autres soumissionnaires, sa demande de maintien de confidentialité est sans objet en tant qu'elle porte sur cette pièce.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision prise par la commune de Flémalle, en sa séance du 5 février 2021, d'attribuer le marché de travaux « Aménagement et égouttage de la voirie d'accès au centre de Football de Mons-Lez-Liège » à la société Cop & Portier (BE0402.387.573) pour un montant de 371.733,33 € HTVA, soit 449.797,33 € TVAC, est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 5 du dossier de la requérante et 4 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 26 mars 2021 par :

David De Roy,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy