

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 218.425 du 12 mars 2012

G./A.203.818/VI-19.510

En cause : **la société anonyme FERMALUX,**

ayant élu domicile chez
Me Olivier DELOGNE, avocat,
avenue Louise, n° 50/3,
1050 Bruxelles,

contre :

la Province de Namur,

ayant élu domicile chez
Mes Philippe BOUILLARD et
Gilles VANDERMEEREN, avocats,
rue Lelièvre, n° 9,
5000 Namur.

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

I. OBJET DE LA DEMANDE

Par une demande introduite le 28 février 2012, la société anonyme FERMALUX sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "de la décision du 10 novembre 2011, par laquelle la Province de Namur a écarté l'offre de la SA FERMALUX pour irrégularité et a attribué à un autre soumissionnaire, la SA DUMAY – CANARD de Cerfontaine, le marché concernant le remplacement de châssis de l'I.P.E.S de Seilles, régit par le cahier spécial des charges y relatif non autrement identifié".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 29 février 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 9 mars 2012 à 10 heures.

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

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

Me Renaud SIMAR, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Gilles VANDERMEEREN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, a été entendu en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. La province de Namur a décidé de lancer un marché public de travaux par adjudication publique pour le remplacement de châssis de l'I.P.E.S de Seilles.

Un avis de marché a été publié le 18 août 2011 au Bulletin des adjudications.

Ce marché est régi par le cahier spécial des charges "travaux : I.P.E.S de Seilles : remplacement de châssis. Adjudication publique".

III. 2. L'article 12.6 du cahier spécial des charges prévoit ce qui suit, sous l'intitulé "documents à joindre à l'offre – article 90 § 2" :

" Tous les documents et toutes les informations cités et exigés par le présent cahier spécial des charges doivent être joints à l'offre, y compris les preuves requises en matière de sélection qualitative.

Chantiers temporaires ou mobiles

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

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

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

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

Pour satisfaire à l'obligation qui précède, les soumissionnaires sont tenus d'utiliser le formulaire ad hoc annexé au plan de sécurité et de santé s'il est joint.

L'attention des soumissionnaires a été attirée sur le fait que leur offre pourra être déclarée nulle soit les modes d'exécution décrits dans le formulaire annexé à leur offre sont jugés non conformes au plan de sécurité et de santé, soit le coût des mesures et moyens de prévention y mentionné est jugé anormal.

Si un formulaire n'est pas prévu, l'attention des soumissionnaires est attirée sur le fait que leur offre pourra être déclarée nulle soit les moyens et modes d'exécution décrits dans l'annexe à leur offre sont jugés non conformes au plan de sécurité et de santé, soit le coût des mesures et moyens de prévention mentionné dans cette annexe est jugé anormal."

Annexé au cahier spécial des charges, le plan général de sécurité et de santé établi par la société anonyme VINCOTTE, prévoit en son article 2.2 (p. 5/21) ce qui suit :

" 2.2 Fourniture du plan particulier de sécurité et de santé de l'entrepreneur.

Les soumissionnaires et ses sous-traitants doivent rédiger, signer et fournir un plan particulier de sécurité santé ainsi que les informations demandées à l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001. Un exemple de P.P.S.S. à compléter se trouve en annexe.

Les soumissionnaires et ses sous-traitants doivent rédiger et signer le P.P.S.S. en annexe."

III. 3. Lors de la séance d'ouverture des offres, le 21 septembre 2011, la société FERMALUX a déposé une offre d'un montant de 220.253,04 euros T.V.A.C..

III. 4. Par courriel du 10 octobre 2011, le service technique du patrimoine immobilier de la province de Namur a adressé au coordinateur de sécurité et de santé société VINCOTTE une copie des plans de sécurité proposés par la société FERMALUX et la société anonyme DUMAY-CANARD de Cerfontaine dans l'attente d'un rapport.

III. 5. Par télécopie et par courrier recommandé du 14 février 2012, la province de Namur a informé la société FERMALUX de la décision d'attribution prise par le collège provincial lors de la séance du 10 novembre 2011.

Le collège provincial a décidé d'attribuer, au terme de l'analyse des offres, le marché à la société DUMAY-CANARD de Cerfontaine pour un montant de 220.377,30 euros T.V.A.C.

IV. QUANT A L'EXTREME URGENCE

IV. 1. Arguments des parties

La requérante entend justifier le recours à la procédure en suspension d'extrême urgence par l'imminence de la notification de la décision d'attribution du marché eu égard au délai de quinze jours prévu par l'article 65/11 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ainsi que par les articles 65/15 et 65/24 de la même loi.

Elle fait valoir qu'une procédure au fond ne pourrait aboutir qu'à un moment où le contrat aurait été définitivement attribué, voire exécuté, de sorte qu'une telle procédure ne pourrait lui permettre d'avoir une chance de se voir attribuer le marché.

Dans sa note d'observations, la partie adverse soutient que l'introduction de la requête pendant la période de standstill ne dispense pas le requérant de démontrer, dans le cadre de la procédure en extrême urgence, qu'il a fait preuve de célérité.

Elle objecte qu'elle s'est spontanément soumise au respect du délai de standstill, ce qui exclut l'imminence du péril, et que la requérante a agi le dernier jour du délai imparti, ce qui établit qu'elle n'a pas fait toute diligence à cette fin.

Elle déclare qu'elle "entend s'inscrire en faux concernant les propos selon lesquels elle n'aurait pas poursuivi le processus d'attribution du marché de manière diligente".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse a communiqué la décision attaquée à la requérante par télécopie et courrier recommandé le 14 février 2012.

La requête a été introduite le 28 février 2012, soit dans le délai de quinze jours prévu par l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, rendu applicable par l'article 65/33 de la même loi au marché considéré, le montant de celui-ci n'atteignant pas les seuils européens.

On peut admettre que, dans ces conditions, l'extrême urgence est suffisamment établie.

Pour le surplus, prima facie, il n'y a pas lieu de s'arrêter, dans le cadre de la procédure d'extrême urgence, à l'affirmation de la partie adverse selon laquelle elle entend s'inscrire en faux contre certains propos de la requérante, la partie adverse contestant par là l'exactitude matérielle de certains faits qui lui sont reprochés et non la foi due à certains actes.

V. PREMIER MOYEN

IV. 1. Arguments des parties

La requérante prend un premier moyen "de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 16 et suivants de la loi du 4 août 1996 sur le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, de l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers mobiles et temporaires, des articles, 88 § 2, 90 § 2 et 110 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, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe patere legem quam ipse fecisti et du principe de l'égalité entre les soumissionnaires".

Elle fait valoir que la province de Namur écarte son offre au motif qu'elle n'a pas correctement transmis son plan de sécurité et santé, en sorte que celui-ci n'a pas été validé par la coordinateur sécurité VINCOTTE, dont le rapport est annexé à la décision notifiée le 14 février 2012 et que son offre, pourtant la moins-disante, a été écartée sur la base de l'article 88, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité.

Elle soutient que, dans l'examen de la régularité et de la conformité des documents annexés aux offres, daté du 10 octobre 2011 et annexé à la décision de la partie adverse, le coordinateur sécurité santé, la société VINCOTTE a indiqué, quant à l'offre de la société FERMALUX :

" Fermalux :

PPSS : remis. A confirmer le démontage sans nacelle. Pose des châssis, nacelle impératif

Coût et justification des mesures SS : rien de transmis.

[...]

Conclusions :

A la lecture des documents joints aux offres et relatifs à la sécurité, nous pouvons donner les commentaires suivants :

- Les soumissionnaires ont rentré les documents demandés à l'adjudication sauf Fermalux pour la justification des coûts.
- [...]".

La requérante affirme qu'à la suite d'une demande de la société VINCOTTE, elle a communiqué à la partie adverse, par courrier du 2 décembre 2011, le coût des mesures et moyens de prévention, qu'elle a fixé à 902 euros et qu'elle a en a confirmé la répartition à l'ensemble des postes du métré.

Elle en déduit que l'absence de calcul de prix séparé n'est pas établie dès lors qu'elle a remis un P.P.S.S. conforme aux exigences du cahier spécial des charges, qu'elle a pris en compte le coût des mesures de préventions liées à la sécurité et à la santé dans le prix de son offre au moyen d'une répartition globale de celui-ci et qu'elle a communiqué le coût spécifique de ces mesures.

Elle affirme que l'absence de calcul séparé des coûts liés à la coordination sécurité et santé, ne peut constituer en elle-même une irrégularité substantielle.

Elle affirme encore que la partie adverse a apprécié son offre sans prendre en compte sa réalité et que cette appréciation viole d'autant plus les dispositions et principes visés au moyen que la partie adverse n'a pas prononcé la nullité pour irrégularité substantielle de l'offre de la société DUMAY-CANARD de Cerfontaine qui a pourtant méconnu les articles 88, § 2 et 89, § 1^{er} de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, ainsi qu'elle l'établit par le troisième moyen.

Dans sa note d'observations, la partie adverse soutient que la requérante n'a pas indiqué de prix pour les mesures de sécurité et de santé alors que la nature du marché n'excluait pas la possibilité de répondre à cette exigence autrement que par une indication d'un pourcentage global de prestations futures et indéterminées.

Elle fait valoir que le cahier spécial des charges impose que soit annexé à l'offre un P.P.S.S. et le calcul séparé des prix afférents à la mise en œuvre des mesures prévues et que l'article 12.6 des clauses administratives du même cahier impose que soit annexés à l'offre, à peine de nullité absolue de celle-ci, une description de la manière dont le chantier sera exécuté pour tenir compte du plan de sécurité et de santé et le détail des moyens mis en œuvre pour le respecter, ce que rappelle les clauses techniques du même cahier spécial des charges.

Elle affirme que la requérante a établi son offre sur un document qui ne correspond pas au modèle fourni dans le cahier spécial des charges et qui ne comporte aucune mention ni globale ni détaillée du coût des mesures de sécurité et de santé.

Elle soutient que le courrier prétendument adressé par la requérante le 2 décembre 2011 ne couvre pas l'irrégularité reprochée et que la requérante aurait dû donner sa réponse avant la comparaison des offres et, a fortiori, avant l'attribution du marché, ce qui n'a pas été le cas.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le cahier spécial des charges prévoit, en son point 12.6, que, conformément à l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles, le plan de sécurité et de santé afférent au marché figure en annexe sous l'intitulé correspondant et précise que les soumissionnaires sont tenus de remettre une offre conforme à ce plan.

Le même point 12.6 porte ensuite que :

- " Sous peine de nullité absolue de leur offre, ils doivent joindre à celle-ci une annexe :
- décrivant la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte du plan de sécurité et de santé;
 - comportant un calcul détaillé du coût des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé.
- Pour satisfaire à l'obligation qui précède, les soumissionnaires sont tenus d'utiliser le formulaire ad hoc annexé au plan de sécurité et de santé s'il est joint.
[...]"

Les pièces de la procédure font apparaître que la requérante a transmis un plan de sécurité et de santé sans utiliser cependant le formulaire ad hoc mentionné au point 12.6 du cahier général des charges et annexé au cahier spécial des charges techniques et sans indiquer le coût et les justifications des mesures envisagées.

Prima facie, si le respect des exigences énoncées par l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 précité est imposé à peine de nullité, il n'apparaît pas que l'utilisation du formulaire ait été imposée à peine de nullité par la réglementation applicable ou par le cahier spécial des charges.

Il n'en est cependant pas de même de l'exigence tenant au calcul détaillé du coût des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé, lequel devait impérativement figurer en annexe de l'offre.

L'article 90, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics prévoit en effet que :

"Les documents, modèles, échantillons et toutes autres informations exigés par le cahier spécial des charges doivent être joints à l'offre, sauf disposition contraire du cahier spécial des charges".

L'offre de la requérante a pu apparaître irrégulière en ce qu'elle ne comportait pas l'indication du coût et des justifications des mesures envisagées.

La société VINCOTTE mentionne dans son rapport du 10 octobre 2011 :

" Fermalux : PPSS. : remis. A confirmer le démontage sans nacelle.
Pose de châssis, nacelle impératif
: coût et justification des mesures S.S : rien de transmis."

Le courrier du 2 décembre 2011 de la requérante comportant des indications du coût des mesures et moyens de prévention est postérieur à la date d'ouverture des offres.

Il ne pouvait être pris en compte par la partie adverse.

Il apparaît, dès lors, que, prima facie, c'est à juste titre que la partie adverse n'a pas retenu l'offre de la requérante.

Le premier moyen n'est pas sérieux

VI. DEUXIEME MOYEN

VI. 1. Arguments des parties

La requérante prend un deuxième moyen "de la violation du principe «patere legem quam ipse fecisti», des articles 1, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des articles 65/4, 5° et 65/5, de la loi précitée du 24 décembre 1993, de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que des principes de transparence et de bonne administration".

Elle fait valoir que, pour justifier l'écartement de son offre, la partie adverse s'est exprimée en ces termes :

" Analyse des offres

Les offres et les métrés de toutes les firmes ont été établis conformément aux modèles annexés à l'exception de la firme FERMALUX qui n'a pas correctement rentré son plan de sécurité et santé. Celui-ci n'a donc pas été validé par le coordinateur de sécurité AIB Vincotte (voir pièce n°7). En conséquences, la dite firme qui était pourtant la moins disante doit être écartée conformément à l'article 88 § 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996".

Elle soutient que la motivation de la décision communiquée le 14 février 2012 est fondée sur des motifs inexacts dès lors qu'elle a établi et remis un plan de sécurité santé conforme aux exigences requises, que le coordinateur sécurité santé, la société VINCOTTE a confirmé, dans sa note du 10 octobre 2011 adressée au pouvoir adjudicateur, la réception de son P.P.S.S. et a conclu que, à l'exception de la justification des coûts de la société FERMALUX, les soumissionnaires avaient remis les documents demandés à l'adjudication.

Elle affirme qu'elle a évalué les mesures de prévention en intégrant leur coût dans les prix unitaires des postes de la soumission et qu'elle a communiqué par courrier du 2 décembre 2011 le calcul de prix séparé demandé.

Dans sa note d'observations, la partie adverse affirme que la critique énoncée est identique à celle qui fait l'objet du premier moyen et que c'est à bon droit qu'elle a considéré que l'offre de la requérante était irrégulière.

Elle soutient avoir expliqué à la requérante en quoi son offre était irrégulière en lui communiquant le rapport de la société VINCOTTE et le rapport du service du patrimoine, que l'offre de la requérante a été qualifiée d'irrégulière au regard du P.P.S.S. dont le coût des mesures n'était pas spécifié séparément et que si la société DUMAY a été choisie, c'est que, s'agissant d'une procédure d'adjudication, elle avait remis l'offre régulière la plus basse.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Prima facie, c'est indûment que la requérante critique la décision attaquée en ce qu'elle fait référence, dans sa motivation, notamment, au rapport du service du patrimoine immobilier de la partie adverse qui porte que la société FERMALUX "n'a pas correctement rentré son plan de sécurité et santé", lequel "n'a pas été validé par le coordinateur de sécurité AIB Vinçotte".

Le rapport du 10 octobre 2011 de cette société porte, en conclusion, que :

" Les soumissionnaires ont rentré les documents demandés à l'adjudication sauf Fermalux pour la justification des coûts".

L'examen du premier moyen a fait apparaître que l'offre de la requérante a pu être tenue pour irrégulière en ce qu'elle ne comportait pas l'indication du coût et des justifications des mesures de sécurité.

La motivation par référence de la décision attaquée paraît dès lors reproduire la constatation d'un fait exact.

Elle paraît adéquate.

La requérante reste en défaut d'établir que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VII. TROISIEME MOYEN

VII. 1. Arguments des parties

La requérante prend un troisième moyen "de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 [...], des articles 89 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 [...], des articles 1, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 [...], de l'article 12.6 du cahier spécial des charges, de l'erreur manifeste d'appréciation et du principe de l'égalité entre les soumissionnaires".

Elle fait valoir que la partie adverse a pris en compte l'offre de la S.A. DUMAY– CANARD de Cerfontaine joignant un P.P.S.S. non conforme au modèle annexé au cahier spécial des charges (p. 14/21 du Plan général de sécurité et de santé), dans les termes suivants :

" Les offres et les métrés de toutes les firmes ont été établis conformément aux modèles annexés à l'exception de la firme FERMALUX qui n'a pas correctement rentré son plan de sécurité et santé",

alors que l'article 12.6 du cahier spécial des charges (clauses administratives), intitulé "documents à joindre à l'offre", porte que :

" Sous peine de nullité absolue de leur offre, ils doivent joindre à celle-ci une annexe :
- Décrivant la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte du plan de sécurité et de santé ;
- (...)

Pour satisfaire à l'obligation qui précède, les soumissionnaires sont tenus d'utiliser le formulaire ad hoc annexé au plan de sécurité et de santé s'il est joint".

La requérante soutient, sur la base des articles 89, § 2, et 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et de l'article 12.6 du cahier spécial des charges, que l'utilisation du modèle annexé à la page 14/21 du Plan général de sécurité et de santé joint à ce même cahier spécial des charges est imposée à peine de nullité absolue et

constitutive d'irrégularité substantielle, que cependant le P.P.S.S. remis par la S.A. DUMAY-CANARD de Cerfontaine n'est pas établi sur la base de ce modèle, ce qui rend son offre irrégulière, qu'en conséquence, la province de Namur devait déclarer l'offre de la S.A. DUMAY-CANARD de Cerfontaine irrégulière.

Dans sa note d'observations, la partie adverse conteste l'intérêt de la requérante à son troisième moyen.

Elle fait valoir que s'il fallait accueillir ses critiques et considérer son offre comme régulière, celle-ci devrait se voir attribuer le marché, mais que, par contre, si son offre était irrégulière, elle n'aurait aucun intérêt à critiquer l'attribution du marché puisqu'en l'espèce, les offres de deux autres sociétés ont été considérées comme régulières, que, dès lors, à supposer, quod non, que l'offre de la société DUMAY soit irrégulière, la procédure d'attribution du marché ne serait pas recommencée, mais le marché serait attribué à l'une des deux autres sociétés dont l'offre a été jugée régulière.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

C'est, prima facie, à juste titre que la partie adverse oppose à la requérante qu'elle n'a pas intérêt au moyen.

Ni la requérante, ni la société DUMAY-CANARD n'ont utilisé le modèle annexé pour présenter leur plan de sécurité et de santé.

Le coordinateur de sécurité et ensuite la partie adverse n'en ont pas moins admis le dépôt de ce plan par ces deux soumissionnaires.

Il ressort des pièces de la procédure, et particulièrement du rapport du 17 octobre 2011 du service du patrimoine immobilier de la partie adverse, que les sociétés anonymes FERMALUX, BEAVER, DUMAY et MENUISERIE METALLIQUE CONSTRUCTION ont remis une offre et que seule celle de la requérante a été tenue pour irrégulière.

L'examen du premier moyen a fait ressortir que, prima facie, l'offre de la requérante a pu être qualifiée d'irrégulière et écartée.

La requérante ne soutenant pas que les offres des sociétés anonymes BEAVER et MENUISERIE METALLIQUE CONSTRUCTION auraient été irrégulières, elle est sans intérêt à critiquer celle de la société DUMAY-CANARD

puisque, à supposer même que celle-ci eût dû être écartée, la requérante ne retrouvait pas une chance de se voir attribuer le marché.

Le troisième moyen n'est pas sérieux.

Aucun des moyens de la requête ne paraissant sérieux, il n'est pas nécessaire d'examiner les arguments de la requérante en ce qui concerne la balance des intérêts.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

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

Article 3.

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

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

M. Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

Paul LEWALLE.