

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 218.447 du 13 mars 2012

G./A.203.778/VI-19.506

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

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
Centre Hospitalier Universitaire et Psychiatrique
de Mons-Borinage,**

ayant élu domicile chez
Mes Philippe LEVERT et
Mathieu VELGHE, avocats,
avenue Louise, n° 149/22,
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme AXIMA CONTRACTING,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Isabelle VAN KRUCHTEN, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

**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 24 février 2012, la société anonyme CLOSE sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du 8 février 2012, par laquelle le CHU AMBROISE PARE a déclaré l'offre de la SA CLOSE irrégulière et a attribué à un autre soumissionnaire, la SA AXIMA, le marché concernant l'équipement de l'aile Jean-Claude CARPENTIER «lot 3 HVAC – SANITAIRE» régi par le cahier spécial des charges y relatif non autrement identifié".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 27 février 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 6 mars 2012 à 10 heures.

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

Par une requête introduite le 5 mars 2012, la société anonyme AXIMA CONTRACTING demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Mes André DELVAUX et Renaud SIMAR, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Mes Philippe LEVERT et Mathieu VELGHE, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Isabelle VAN KRUCHTEN et Patrick THIEL, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

Le 24 novembre 2010, la partie adverse décide de passer, par appel d'offres général, un marché public relatif à des travaux "lot 3 HVAC – SANITAIRE" à réaliser sur le site du C.H.U. AMBROISE PARE.

L'ouverture des offres a lieu le 13 juillet 2011.

Le 14 novembre 2011, la partie adverse décide d'écarter l'offre de la requérante ainsi que d'attribuer le marché public litigieux à la société anonyme AXIMA CONTRACTING.

Le 27 janvier 2012, la requérante sollicite la suspension de l'exécution de cette décision (affaire G./A.203.426/VI-19.467). La partie adverse la retire le 8 février 2012.

Le 8 février 2012, la partie adverse adopte une nouvelle décision par laquelle elle écarte l'offre de la requérante et attribue le marché public litigieux à la société anonyme AXIMA CONTRACTING. Il s'agit de la décision attaquée.

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 5 mars 2012, la société anonyme AXIMA CONTRACTING demande à intervenir dans la procédure en référé. En tant que bénéficiaire de l'acte attaqué, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. MOYENS

V. 1. Premier moyen

A. Arguments des parties

La requérante soulève un premier moyen pris de "la violation de l'article 16 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 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'article 6.1 du cahier spécial des charges y relatif, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe *patere legem quam ipse fecisti* et du principe de l'égalité entre les soumissionnaires".

Elle expose que :

- " 13. L'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 prévoit que «le maître d'ouvrage prend les mesures nécessaires pour que le plan de sécurité et de santé fasse partie, suivant le cas, du cahier spécial de charges, de la demande de prix, ou des documents contractuels et y est repris dans une partie séparée, intitulée comme telle.
Afin que les mesures déterminées dans le plan de sécurité et de santé puissent effectivement être appliquées lors de l'exécution des travaux, il fait en sorte que :

1° les candidats annexent à leurs offres un document qui réfère au plan de sécurité et de santé et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé;

2° les candidats annexent à leurs offres un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle;

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

Les maîtres d'ouvrage des chantiers temporaires ou mobiles auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 29, sont dispensés de l'application du présent article».

Le cahier spécial des charges relatif au présent marché fait référence à cette exigence et indique que :

«POUR TOUTES LES ENTREPRISES SOUMISSIONNAIRES :

Les documents à joindre à la soumission demandés à l'article 30 de l'AR du 25 janvier 2001 sur les chantiers temporaires ou mobiles, à savoir :

1° les candidats annexent à leurs offres un document qui réfère au plan de sécurité et de santé et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé;

2° les candidats annexent à leurs offres un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle.

A cette fin, le tableau récapitulatif des mesures de sécurité ci-dessous peut être utilisé. Les coûts liés à la coordination sécurité et santé sont intégrés dans les prix unitaires des postes de la soumission. Les prix renseignés ici sont donnés à titre indicatif et ne peuvent faire l'objet d'une demande de supplément auprès de la direction de chantier.

Ce tableau doit être joint à l'offre sous peine de nullité absolue.»

14. En vertu des articles 90, § 2, et 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, combiné, le pouvoir adjudicateur peut imposer, dans le cahier spécial des charges et à peine de nullité de l'offre, la production de documents devant être annexés à celle-ci, en vue de permettre le contrôle de la régularité des offres et la comparaison entre celles-ci.

Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur est tenu de considérer comme irrégulières toutes les soumissions ne comportant pas les documents annexes imposés à peine de nullité par le cahier spécial des charges (C.E., n° 198.594, du 7 décembre 2009, p. 13).

A contrario, si le pouvoir adjudicateur n'impose pas, dans le cahier spécial des charges, la production d'un document sous peine de nullité absolue, il ne peut décider que l'absence du document constitue une irrégularité substantielle.

15. En l'espèce, l'article 6.1 du cahier spécial des charges :

a. sollicite la production

- d'un document qui réfère au plan de sécurité et de santé

- d'un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé.

b. précise qu'à cette fin, peut être utilisé le tableau repris aux pages 30 à 41 du cahier spécial des charges.

c. renvoie à ce tableau qui reprend un certain nombre de renseignements relatifs aux mesures de prévention et de sécurité qui seront d'application sur le chantier, mais par contre, ne prévoit aucune case relative au calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé.

d. impose que le tableau, et non le calcul des coûts de sécurité, soit joint à l'offre, sous peine de nullité absolue.

16. Le CHU AMBROISE PARE n'a pas exigé, sous peine de nullité absolue, la production du calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé.

S'il avait voulu sanctionner l'absence de ce document par la nullité absolue de l'offre, il devait le prévoir spécifiquement à l'article 6.1, à l'instar de la disposition relative au tableau à joindre à l'offre.

17. La SA CLOSE a rempli le tableau, y a annexé le plan de sécurité et de santé et a joint ces deux documents à son offre sans y joindre le calcul séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, puisque le tableau à remplir ne contenait aucun case à cet effet et qu'en conséquence, logiquement, la production dudit calcul n'était pas prescrite à peine de nullité.

18. L'absence de calcul séparé des coûts liés à la coordination sécurité et santé ne peut donc constituer en elle-même une irrégularité substantielle :

a. à défaut d'avoir été prescrite en ce sens

b. au motif que le cahier des charges imposait l'intégration de ces coûts dans les prix unitaires des postes de la soumission (voir annexe 5 à la présente requête - article 11-19 du métré n° 201101025 annexé à l'offre).

c. et qu'ainsi, le CHU AMBROISE PARE pouvait, en toute hypothèse, procéder à la vérification des prix unitaires par application de l'article 88 § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Cette manière de procéder a d'ailleurs fait l'objet d'une validation par votre Conseil :

- «Verwerende partij was er ook niet toe gehouden om het inschrijvingsbedrag in de offerte van de NV Van Laere te verhogen met de reële kostprijs van het veiligheids- en gezondheidsplan, dit is volgens voormelde verklaring 21.550 EUR, aangezien deze inschrijver duidelijk te kennen heeft gegeven dat dit bedrag reeds inbegrepen was in zijn eenheidsprijzen» (CE, 7 avril 2011, n° 212.510, NV Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert c/Autonom Gemeentebedrijf Stadsontwikkelingsbedrijf Gent).

«La partie adverse n'était dès lors pas tenue d'augmenter le montant de la soumission de l'offre de la NV Van Laere avec le coût réel du plan de sécurité et de santé, lequel s'élève selon déclaration à 21.550 EUR, dès lors que ce soumissionnaire a clairement déclaré que ce montant était déjà inclus dans ses prix unitaires » (traduction libre).

- Voy. aussi : CE, 22 mars 2010, n° 202.195, SA Yvan Paques c/Région Wallonne :

«(...); qu'il s'en suit que l'évaluation des mesures de prévention ne pouvaient dès lors consister qu'en un pourcentage des prix, et non un "calcul détaillé", lequel devait être apprécié avec une certaine souplesse dans le chef de chaque soumissionnaire, sous peine pour la partie adverse de rendre cette exigence impossible à rencontrer par les soumissionnaires».

19. Sur la base de ces éléments, le CHU AMBROISE PARE a procédé à une appréciation de l'offre de la S.A. CLOSE sans prendre en compte les exigences du cahier spécial des charges et en concluant à une nullité absolue, sinon à une irrégularité substantielle non prévue par ledit cahier et sans proportion avec le prétendu manquement compte tenu du libellé dudit cahier des charges.

20. 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 SA AXIMA qui a pourtant méconnu l'article 89, § 1^{er} de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ainsi que développé dans le troisième moyen.

Il y a eu appréciation discriminatoire et dès lors non respect de l'égalité entre soumissionnaires.

En conséquence, la partie adverse a écarté l'offre de la SA CLOSE en violation des dispositions visées dans le présent moyen.

Le moyen est sérieux."

La partie adverse répond que :

- " 2.1.1. L'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services dispose qu'en appel d'offre, «le marché doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus intéressante, en tenant compte des critères d'attribution qui doivent être mentionnés dans le cahier spécial des charges ou, le cas échéant, dans l'avis de marché».

L'article 110, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, indique, pour la régularité des offres, ce qui suit :

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

L'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, auquel se réfère cette disposition, se lit comme suit :

«Le soumissionnaire établit son offre et remplit le métré récapitulatif ou l'inventaire sur le formulaire éventuellement prévu dans le cahier spécial des charges. S'il les établit sur d'autres documents que le formulaire prévu, le soumissionnaire atteste sur chacun de ceux-ci que le document est conforme au modèle prévu dans le cahier spécial des charges.

Les documents sont signés par le soumissionnaire ou par son mandataire.

Toutes ratures, surcharges et mentions complémentaires ou modificatives, tant dans l'offre que dans ses annexes, qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché, telles que les prix, les délais, les conditions techniques, doivent également être signées par le soumissionnaire ou son mandataire. Les dispositions du présent alinéa ne s'appliquent pas si l'offre et ses annexes sont signées électroniquement».

Votre Conseil a rappelé les principes applicables pour l'examen de la régularité des offres, en vertu de ces dispositions, dans votre arrêt n° 210.422 du 14 janvier 2011 :

«L'examen de la régularité d'une offre par le pouvoir adjudicateur s'effectue conformément à l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Cet article distingue deux régimes de traitement des irrégularités d'une offre. Il établit le principe de la nullité absolue des offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, à savoir celles énumérées à l'article 89 du même arrêté royal et celles reconnues comme telles dans le cahier spécial des charges. En dehors de ces prescriptions essentielles, il prévoit un régime de nullité relative, le pouvoir adjudicateur disposant d'un large pouvoir d'appréciation en la matière. Selon les termes de l'article 89, alinéa 3, de l'arrêté royal du 8 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 comme donnant lieu à nullité absolue de l'offre».

La nullité absolue instituée par l'article 110 frappe donc les offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions essentielles du marché, à savoir celles énumérées à l'article 89 (les prix, les délais et les conditions techniques) et celles reconnues comme telles dans le cahier spécial des charges, dont la violation n'est pas invoquée dans le dispositif du moyen, ni dans les développements à l'égard de l'offre de la requérante.

Outre cette nullité absolue, l'article 110 prévoit également un régime de nullité relative pour lequel le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation :

«le pouvoir adjudicateur est libre de retenir ou d'écarter des offres qui contiennent des dérogations aux autres clauses contractuelles pour autant qu'il respecte le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et que la qualification retenue ne soit pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation. Il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer sa propre appréciation de la gravité d'une non-conformité aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges à celle du pouvoir adjudicateur».

2.1.2. S'agissant de la présente espèce et de l'irrégularité de l'offre de la requérante, le cahier des charges se référerait notamment à l'article 30 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles, qui se lit comme suit :

«Le maître d'ouvrage prend les mesures nécessaires pour que le plan de sécurité et de santé fasse partie, suivant le cas, du cahier spécial de charges, de la demande de prix, ou des documents contractuels et y est repris dans une partie séparée, intitulée comme telle.

Afin que les mesures déterminées dans le plan de sécurité et de santé puissent effectivement être appliquées lors de l'exécution des travaux, il fait en sorte que :

- 1° les candidats annexent à leurs offres un document qui réfère au plan de sécurité et de santé et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé;
- 2° les candidats annexent à leurs offres un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle;
- 3° le coordinateur-projet puisse remplir sa tâche visée aux articles 4sexies, 5°, et 11, 4°»

L'obligation imposée par cette disposition poursuit un objectif précis et déterminé : il s'agit de permettre aux mesures déterminées dans le plan de sécurité et de santé d'être effectivement appliquées lors de l'exécution des travaux.

2.1.3. En l'occurrence, le cahier spécial des charges, en ses clauses administratives, indiquait – sous l'intitulé «document à annexer à la soumission (Art. 90 – par. 2 A.R. du 08/01/96)» – ce qui suit :

«I. Document à fournir OBLIGATOIREMENT lors de l'ouverture des offres sous peine d'irrecevabilité de celle-ci :

(....)

(8) Une attestation relative à la nationalité des sous-traitants éventuels et des membres du personnel employé par le soumissionnaire ainsi que l'identification et la qualité (agrément si nécessaire) des sous-traitants éventuels, conformément à l'article 90, § 1, 4° de l'A.R. du 08/01/96);

(9) Une déclaration, attestant que le soumissionnaire possède des offres de ses fournisseurs pour la fourniture en temps utile de tous les matériaux nécessaires à l'exécution des travaux;

(....)

(14) Documents exigés dans les clauses techniques du présent cahier spécial des charges;

(...)

(16) Une description de la manière d'exécuter les ouvrages ainsi que le calcul détaillé du prix des moyens et mesures de prévention déterminées par le plan de sécurité et de santé;

Remarques

(...)

(2) Le Maître de l'Ouvrage se réserve le droit d'écarter, sans avoir à donner de justifications, tout offre qui n'est pas accompagnée des notices descriptives et explicatives dont question ci-dessus ou qui ne permet pas de se rendre compte entièrement et avec certitude que toutes les dispositions ont été prévues pour assurer la bonne fin des travaux».

Conformément à l'article 30 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 précité, un plan général de sécurité et de santé établi par le coordinateur de sécurité COSEP SA, a été joint au cahier spécial des charges. A titre de généralité, sous l'intitulé «préambule», ce document indiquait déjà que les soumissionnaires devaient annexer à leur offre un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, ce qui en fait une formalité substantielle. Sous l'intitulé «récapitulatif des mesures de prévention et de sécurité et formulaire de soumission "sécurité"», il était à nouveau indiqué ce qui suit :

«POUR TOUTES LES ENTREPRISES SOUMISSIONNAIRES :

Les documents à joindre à la soumission demandés à l'article 30 de l'AR du 25 janvier 2001 sur les chantiers temporaires ou mobiles, à savoir :

1° les candidats annexent à leurs offres un document qui réfère au plan de sécurité et de santé et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé;

2° les candidats annexent à leurs offres un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle;

A cette fin, le tableau récapitulatif des mesures de sécurité ci-dessous peut être utilisé. Les coûts liés à la coordination sécurité et santé sont intégrés dans les prix unitaires des postes de la soumission. Les prix renseignés ici sont donnés à titre indicatif et ne peuvent faire l'objet d'une demande de supplément auprès de la direction de chantier.

Ce tableau doit être joint à l'offre sous peine de nullité absolue».

L'attention des soumissionnaires a donc suffisamment été attirée par le pouvoir adjudicateur sur l'obligation qui leur incombait de fournir, à l'appui de leur offre un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, sous peine de voir leur offre déclarée irrégulière.

Ceci pour permettre au pouvoir adjudicateur et au coordinateur sécurité de s'assurer que les mesures déterminées dans le plan de sécurité et de santé puissent effectivement être appliquées lors de l'exécution des travaux. Il s'agit de vérifier que les soumissionnaires, au moment de l'élaboration de leur offre, ont pris en compte et budgété le coût de ces mesures pour les intégrer dans le prix de leur offre.

A défaut, le risque court que ces mesures ne puissent pas être supportées financièrement par le soumissionnaire et qu'elles ne puissent donc pas être mises en œuvre lors de l'exécution des travaux.

2.1.4. Si la requérante a bien joint, à l'appui de son offre, le tableau récapitulatif des mesures de sécurité compris dans le plan général de sécurité et santé, en fournissant des informations quant à la manière dont ils exécuteront les travaux pour tenir compte de ce plan, elle n'a toutefois jamais indiqué dans celui-ci le calcul du prix concernant les mesures énoncées ni la moindre indication ou évaluation quelconque relative à ce prix.

Pour l'amiante, si la requérante indique – à titre de mesure de prévention et de sécurité d'application sur le chantier – qu'elle fera appel à une entreprise agréée, elle n'indique toutefois aucune indication quant au calcul de prix concernant cette mesure :

«[...]».

A aucun endroit de l'offre de la requérante ne figure un calcul des prix des mesures de prévention et de sécurité que la requérante entend mettre en œuvre pour satisfaire aux exigences du plan de sécurité et santé.

Pas davantage la requérante n'a produit, à l'appui de son offre et indépendamment de ce tableau récapitulatif des mesures de sécurité, un calcul du prix des moyens et mesures de prévention à mettre en œuvre lors de l'exécution du chantier.

2.1.5. L'indigence de l'offre de la requérante sur ce point a été relevée par le bureau d'études G.E.I. lorsque celui-ci a procédé à l'analyse préparatoire des offres (outre d'autres irrégularités). Le bureau d'étude relevait ainsi ce qui suit :

«Seule la firme CLOSE n'a pas fourni les éléments ci-après :

- a) l'attestation de nationalité du personnel et de ses sous traitants,
- b) la déclaration certifiant qu'il a reçu offres de fournisseur pour chaque matériel,
- c) le calcul financier des moyens d'exécution des ouvrages et plan de sécurité et de santé.

Au sujet du point "c", l'article 30 de l'Arrêté Royal du 25 janvier 2001 prescrit ceci :

Le maître d'ouvrage prend les mesures nécessaires pour que le plan de sécurité et de santé fasse partie, suivant le cas, du cahier spécial de charges, de la demande de prix, ou des documents contractuels et y est repris dans une partie séparée, intitulée comme telle.

Afin que les mesures déterminées dans le plan de sécurité et de santé puissent effectivement être appliquées lors de l'exécution des travaux, il fait en sorte que :

- 1) les candidats annexent à leurs offres un document qui réfère au plan de sécurité et de santé et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé;
- 2) les candidats annexent à leurs offres un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle.

La société CLOSE n'a pas remis le calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le PSS. En l'absence de ce document, l'offre de la société CLOSE ne comprend pas un des documents visés à l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles, et exigé au cahier spécial des charges. Conformément à la circulaire fédérale "Chantiers temporaires ou mobiles – Plan de sécurité et de santé – 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" du 27 décembre 2007, aux dispositions du cahier spécial des charges et à la jurisprudence du Conseil d'Etat, son offre est entachée d'une irrégularité substantielle et doit donc être écartée».

Sur base de l'analyse du bureau d'études, c'est donc à bon droit et conformément au cahier spécial des charges que l'acte attaqué indique :

«- L'offre de la société CLOSE qui n'évalue pas les mesures de prévention déterminées par PGSS est entachée d'une irrégularité absolue, sinon substantielle, au regard du cahier spécial des charges et de l'art.30 de l'A.R. du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles des dispositions du cahier spécial des charges conformément à la jurisprudence du Conseil d'état;

Qu'il ressort à cet égard que le document établi par COSEP SA, plan général de sécurité et santé, en ses pages 36 à 42 comporte une colonne intitulée "calcul de prix concernant ses mesures", soit celles relatives aux mesures de prévention et sécurité d'application sur le chantier; qu'il est précisé au point 6.1. de ce document, page 31 qu'"A cette fin, le tableau récapitulatif des mesures de sécurité ci-dessous peut être utilisé"; que ce tableau devait être joint à l'offre sous peine de nullité absolue; que la SA Close a elle même renvoyé, en page 34 de son offre relative à ce poste, au plan de sécurité y annexé, lequel est le tableau visé aux pages 36 à 42 précitées comportant ladite colonne intitulée "calcul de prix concernant ses mesures"; que cette exigence d'un calcul de prix séparé découle également du texte même de l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 précité auquel ce document COSEP se réfère :

"Art. 30. Le maître d'ouvrage prend les mesures nécessaires pour que le plan de sécurité et de santé fasse partie, suivant le cas, du cahier spécial de charges, de la demande de prix, ou des documents contractuels et y est repris dans une partie séparée, intitulée comme telle.

Afin que les mesures déterminées dans le plan de sécurité et de santé puissent effectivement être appliquées lors de l'exécution des travaux, il fait en sorte que :

1° les candidats annexent à leurs offres un document qui réfère au plan de sécurité et de santé et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé;

2° les candidats annexent à leurs offres un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle;(...)"

Que dès lors l'offre de la société CLOSE ne contient pas ce calcul de prix; que sur ce point la circonstance que la société CLOSE ait indiqué, dans son offre, un prix "poste unitaire compris" comme le révèle le point 11-19 du métré n° 201101025, est sans incidence dès lors que la société Close était également soumise au respect de l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 mentionné expressément à la page 31 du document établi par COSEP SA;

Que l'exigence d'une indication d'un calcul de prix séparé qui découle des documents contractuels et du texte même de l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001, doit permettre au coordinateur de remplir sa tâche visée aux articles 4sexies et 11 dudit arrêté; qu'il s'agit donc bien d'une formalité prévue à peine de nullité absolue, sinon d'irrégularité substantielle dès lors qu'elle tient au respect de dispositions réglementaires; que son non-respect justifie l'écartement de l'offre de la société CLOSE sur la base de l'article 110 (CE, arrêt Etablissements Deltenre, n° 181.352, du 19 mars 2008)».

2.1.7. Vainement la requérante soutient-elle que «le CHU AMBROISE PARE n'a pas exigé, sous peine de nullité absolue, la production du calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé».

Comme déjà exposé, le cahier des charges, en ses clauses administratives, indiquait clairement que les soumissionnaires devaient obligatoirement fournir «le calcul détaillé du prix, des moyens et mesures de prévention déterminées par le plan de sécurité et de santé», sous peine d'irrecevabilité de l'offre, et ce indépendamment des exigences du cahier spécial des charges, qui en ses clauses techniques, imposait également de fournir le tableau récapitulatif annexé, à titre de formulaire de soumission, au plan général de sécurité et de santé, et ce également à peine de nullité absolue.

Il est clair que l'argumentation de la requérante suivant laquelle «ce tableau récapitulatif ne prévoit aucune case relative au calcul de prix» manque en fait, comme le démontre l'offre de la requérante elle-même (supra, n° 2.1.4.).

Enfin, le fait que «le cahier des charges imposait l'intégration de ces coûts dans les prix unitaires des postes de la soumission» est sans aucune pertinence. L'intégration des coûts des mesures de sécurité et de prévention signifie simplement que des coûts supplémentaires ne peuvent pas être facturés par l'adjudicataire au pouvoir adjudicateur pour ces mesures de prévention et de sécurité.

Cela ne dispense pas le soumissionnaire de fournir au pouvoir adjudicateur le calcul détaillé de ces coûts pour permettre à ce dernier, comme déjà indiqué, de s'assurer que ces coûts ont été calculés, pris en compte et budgétés par les soumissionnaires, en telle sorte que lors de l'exécution du chantier, il est certain que ces mesures pourront être financées et exécutées.

2.1.8. Il est vain pour la requérante de prétendre, dans sa requête, que «le CHU AMBROISE PARE pouvait, en toute hypothèse, procéder à la vérification des prix unitaires par application de l'article 88, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996».

Pour rappel, cette disposition est rédigée comme suit :

«§ 2. Dans les autres procédures de passation [que négociées], le cahier spécial des charges peut prévoir que les soumissionnaires doivent fournir, préalablement à l'attribution du marché, toutes indications destinées à permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier les prix offerts.

Quelle que soit la procédure de passation, l'adjudicataire est tenu de fournir au pouvoir adjudicateur tous renseignements destinés à effectuer la vérification des prix dans les cas visés à l'article 87»

La partie adverse n'aperçoit pas la raison pour laquelle la requérante invoque cette disposition, dès lors que l'exigence du cahier spécial des charges avait précisément pour objet – en exigeant la production d'un calcul des prix des mesures de prévention et de sécurité – de permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier les prix offerts.

Il est d'ailleurs symptomatique de constater qu'à l'appui de sa requête, la requérante demeure toujours en défaut de produire un calcul des prix des mesures de sécurité et de prévention ce qui tend à démontrer que la requérante n'a, en réalité, jamais effectué ce calcul lors de l'élaboration de son offre.

2.1.8. Votre Conseil a en outre déjà jugé qu'une offre à laquelle n'est pas jointe un calcul du prix des mesures de sécurité et de prévention était entachée de nullité absolue :

«que dès lors que l'article 30, alinéa 2, 2°, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles prévoit nommément un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, imposer l'adjonction d'un document détaillant les coûts des mesures relatives à la sécurité du chantier, spécialement dans une procédure d'adjudication qui favorise le moins-disant; qu'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; que 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».

Dans Votre arrêt n° 181.352 du 19 mars 2008, votre Conseil a également jugé ce qui suit :

«Considérant qu'en l'espèce, les clauses administratives générales du cahier spécial des charges relatives à l'établissement de l'offre, le courrier du 22 février 2002 de la partie adverse et l'addendum n° 2 du 6 mars 2002 indiquent expressément que l'offre doit être accompagnée d'un plan particulier de sécurité et de santé et d'un métré y relatif tout en intégrant le coût des mesures prévues à cet effet dans les prix unitaires de la soumission; que le plan général de sécurité et de santé transmis en annexe du courrier précité du 22 février 2002, plan qui fait partie des documents du marché, indique si besoin en est que "chacun des entrepreneurs des lots n° 1 à 8 remplira et joindra à son offre le bordereau «sécurité» joint en annexe" (page 1); qu'il énumère par ailleurs les documents à fournir par les soumissionnaires en annexe à leur soumission en distinguant le "plan particulier de sécurité et de santé" et les "documents destinés au dossier d'intervention ultérieure" (page 11); qu'il est libellé comme suit :

"4. DOCUMENTS A FOURNIR

4.1. - PLAN PARTICULIER DE SECURITE ET DE SANTE

En annexe à son offre, chacun des entrepreneurs des lots n° 1 à 8 joindra un plan particulier de sécurité et de santé relatif à son entreprise. Ce document doit permettre au coordinateur de sécurité «projet» de juger de la bonne prise en compte par l'entrepreneur de ses obligations en matière de sécurité découlant de l'arrêté royal du 25 janvier 2001.

Ce document reprendra au moins les éléments suivants :

- une analyse des risques spécifiques liés aux activités de l'entreprise et une description des mesures de prévention adoptée pour y répondre;
- un inventaire des équipements de protection individuelle mis à la disposition des travailleurs;
- une description de l'organisation interne de l'entreprise au point de vue sécurité, avec le(s) système(s) éventuellement mis en place (VCA, BESSAC, ...);
- les coordonnées du responsable sécurité de l'entreprise.

Une version mise à jour de ce document sera remise au coordinateur de sécurité «réalisation» par chaque entrepreneur (valable également pour les sous-traitants) avant son intervention sur le chantier.

Ce plan particulier de sécurité et de santé devient alors contractuel et est intégré sous forme d'annexe au plan général de sécurité et de santé.

4.2. - DOCUMENTS DESTINES AU DOSSIER D'INTERVENTION ULTERIEURE

Chacun des entrepreneurs des lots n° 1 à 8 remettra en cours d'entreprise et pour la partie des travaux qui le concerne les documents nécessaires au coordinateur de sécurité «réalisation» pour compléter le dossier d'intervention ultérieure.

Il s'agit principalement :

- des plans des installations «telles que réalisées»;
- des fiches techniques concernant le matériel installé et les produits utilisés;
- des fiches de sécurité et de santé des substances ou préparations dangereuses utilisées;
- des descriptifs des travaux d'entretien à prévoir, accompagnés d'une analyse des risques spécifiques liés à ces travaux.";

Considérant que l'examen de l'offre de la requérante fait apparaître que celle-ci n'a pas joint le bordereau de prix relatif au plan de sécurité et de santé et a transmis un plan particulier de sécurité et de santé incomplet, trois des quatre éléments prévus faisant défaut; qu'en estimant cette offre non conforme, le coordinateur de sécurité et à sa suite la partie adverse n'ont pas violé les dispositions et principes visés au moyen».

Le même raisonnement, vaut, en l'espèce, au regard du libellé du cahier spécial des charges, des exigences qui y sont formulées et de l'acte attaqué.

2.1.9. Les arrêts de votre Conseil invoqués par la requérante ne permettent pas une autre conclusion.

L'examen l'arrêt n° 202.195 du 22 mars 2010 démontre tout d'abord qu'en cette cause, «l'évaluation des mesures de prévention ne pouvait dès lors consister qu'en un pourcentage des prix, et non en un "calcul détaillé", lequel devait être apprécié avec une certaine souplesse dans le chef de chaque soumissionnaire». De plus, chacun des soumissionnaires avait alors fourni au pouvoir adjudicateur une indication quant au calcul de ce prix, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, la requérante n'ayant fourni aucune indication (ni de calcul détaillé, ni de calcul en

pourcentage, ni tout autre calcul) quant au prix des mesures de prévention et de sécurité.

L'enseignement de votre arrêt n° 202.195 du 22 mars 2010 n'est pas transposable en l'espèce, à défaut pour la requérante de soutenir et de démontrer qu'elle aurait inclut, dans son offre, une quelconque indication sur les prix des mesures de sécurité, ne fut-ce qu'en termes de pourcentage.

De même, s'agissant de votre arrêt n° 212.510 du 7 avril 2011, il ressort du passage de cet arrêt cité par la requérante elle-même que le soumissionnaire avait alors fourni au pouvoir adjudicateur l'évaluation du prix des mesures de santé et de sécurité, ce qui n'est pas le cas, en l'espèce, de la requérante.

2.1.10. La requérante soutient également que l'appréciation portée par la partie adverse sur la régularité de l'offre de la requérante et son écartement subséquent constituent une violation du principe d'égalité entre soumissionnaires, au motif que l'offre de l'attributaire, la SA AXIMA, serait également entachée d'une irrégularité qui aurait dû, à suivre la requérante, conduire la partie adverse à également écarter l'offre de la SA AXIMA.

La partie adverse, sur ce point, se réfère, à ce qui sera exposé infra, sous le troisième moyen (infra, n° 2.3. et suivants).

2.1.11. Pour le surplus, le moyen, en ce qu'il est pris de la violation des articles 16 et suivants de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, de l'article 30 de l'arrêté royal du 30 janvier 2011 concernant les chantiers temporaires ou mobiles, du principe «patere legem quam ipse fecisti» est irrecevable, à défaut pour la requérante d'indiquer, avec un début de précision, en quoi ces dispositions et principes auraient été méconnus par l'acte attaqué.

Le moyen n'est pas sérieux."

La partie intervenante fait valoir que :

- " 12. Le premier moyen de la partie requérante repose essentiellement sur la prétendue absence d'une colonne «prix» dans le tableau relatif au plan sécurité santé à joindre à son offre.

Or, la partie intervenante constate d'emblée que cette affirmation est erronée.

En effet, les colonnes du tableau à remplir comprennent une colonne intitulée «calcul de prix concernant ces mesures».

[...]

Dès lors que le tableau relatif au PSS comprenait effectivement une colonne «calcul de prix concernant ces mesures», la critique de la partie requérante manque en fait, et partant, n'est pas sérieuse.

13. Pour autant que de besoin, la partie intervenante vous démontrera ci-après que l'absence d'un prix séparé doit, en toutes hypothèses, entraîner la nullité de l'offre et, partant, son écartement.

- Quant à la réglementation relative au PPSS

14. Les dispositions relatives à la présente problématique sont organisées, pour l'essentiel dans la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de

l'exécution de leur travail et son arrêté d'exécution. En vertu de ce régime légal, le maître de l'ouvrage doit veiller à ce que soit établi un plan de sécurité et de santé, préalablement à l'ouverture du chantier.

Cette loi est d'ordre public et a notamment été exécutée par l'arrêté du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles.

L'article 30, alinéa 2, de cet arrêté dispose que :

«Le maître de l'ouvrage prend les mesures nécessaires pour que le plan de sécurité et de santé fasse partie, suivant le cas, du cahier spécial de charges, de la demande de prix, ou des documents contractuels et y est repris dans une partie séparée, intitulée comme telle.

Afin que les mesures déterminées dans le plan de sécurité et de santé puissent effectivement être appliquées lors de l'exécution des travaux, il fait en sorte que :

1° les candidats annexent à leurs offres un document qui réfère au plan de sécurité et de santé et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé;

2° les candidats annexent à leurs offres un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle;

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

La doctrine précise même qu'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.

- Quant aux circulaires

15. Compte tenu de l'importance de la réglementation relative au PPSS, le Premier ministre a émis une circulaire en date du 18 décembre 2007 relative aux «Marchés publics – chantiers temporaires ou mobiles – Plan de sécurité et de santé – 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».

Selon cette circulaire :

«3. Instructions relatives à l'évaluation des documents qu'il convient de joindre à l'offre en application de l'article 30, alinéa 2, 1° et 2°, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 relatif aux chantiers temporaires ou mobiles

(...)

3.1.1.2. Document de l'article 30, alinéa 2, 2° [calcul de prix]

(...)

b) Le document manque ou est incomplet sur des points essentiels

L'offre est dans ce cas entachée d'une irrégularité substantielle.»

L'article 30, alinéa 2, 2°, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 précité impose clairement qu'il y ait un calcul de coût séparé et spécifique pour le PSS, de sorte que le défaut de calcul emporte une conséquence claire : il s'agit d'une irrégularité substantielle qui entraîne, à elle seule, la nullité de l'offre du soumissionnaire qui l'omet.

- Quant aux dispositions du cahier spécial des charges

16. L'article 7, page 8, du cahier spécial des charges régissant le marché litigieux dispose comme suit :

«Documents à fournir obligatoirement lors de l'ouverture des offres sous peine d'irrecevabilité de celle-ci
(...)»

16) Une description de la manière d'exécuter les ouvrages ainsi que le calcul de prix détaillé du prix des moyens et mesures de prévention déterminés par le plan de sécurité et santé»

Contrairement à ce que soutient la partie adverse, le calcul de prix devait donc être joint à l'offre «sous peine d'irrecevabilité de celle-ci».

17. L'annexe 1 du cahier spécial des charges a, quant à lui, spécifiquement trait au plan général de sécurité santé (PGSS établi par le bureau Cosep).

Celle-ci dispose, en sa page 3, que :

«Obligations des entreprises

Lors de la remise des offres

Afin que les mesures déterminées dans le plan général de sécurité et de santé puissent effectivement être appliquées lors de l'exécution des travaux,

1° les candidats (entreprises soumissionnaires) annexent à leurs offres un document qui réfère au plan de sécurité et de santé et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé;

2° les candidats (entreprises soumissionnaires) annexent à leurs offres un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan général de sécurité et de santé, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle.

A cette fin, le tableau "récapitulatif des mesures de prévention et de sécurité" peut être utilisé.»

Cette obligation est rappelée en page 31 en ces termes :

«Obligations des entreprises

Lors de la remise des offres

Afin que les mesures déterminées dans le plan général de sécurité et de santé puissent effectivement être appliquées lors de l'exécution des travaux,

1° les candidats (entreprises soumissionnaires) annexent à leurs offres un document qui réfère au plan de sécurité et de santé et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé;

2° les candidats (entreprises soumissionnaires) annexent à leurs offres un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan général de sécurité et de santé, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle.

A cette fin, le tableau "récapitulatif des mesures de prévention et de sécurité" peut être utilisé. Les coûts liés à la coordination sécurité et santé sont intégrés dans les prix unitaires des postes de la soumission. Les prix renseignés ici sont donnés à titre indicatif et ne peuvent faire l'objet d'une demande de supplément auprès de la direction de chantier.

Ce tableau doit être joint à l'offre sous peine de nullité absolue.»

18. Il ressort des documents du marché que ceux-ci étaient donc clairs : lors de la remise de son offre, la requérante devait joindre un PSS et un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention.

En outre, le cahier spécial des charges prévoyait, à cet égard, un tableau récapitulatif des mesures de prévention et de sécurité pour aider les soumissionnaires à constituer leur offre : une colonne «calcul des prix concernant ces mesures» était, par ailleurs, expressément prévue (voyez numéro 12) .

Il est dès lors erroné de prétendre, à l'instar de la partie requérante, que «le tableau qui reprend un certain nombre de renseignements relatifs aux mesures de prévention et de sécurité qui seront d'application sur le chantier, mais par contre, ne prévoit aucune case relative au calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé».

19. Au contraire. Le pouvoir adjudicateur a respecté les règles édictées dans le cahier spécial des charges relatives au PPSS et prescrites «sous peine d'irrecevabilité», conformément au principe «patere legem quam ispe fecisti» et aux dispositions visées au moyen.

En omettant d'inclure dans son offre un calcul de coût séparé pourtant exigé par une réglementation d'ordre public et expressément rappelé dans le cahier spécial des charges, la requérante a en effet dérogé à une prescription essentielle, imposée par la loi et par les documents du marché («sous peine d'irrecevabilité»), de sorte que son offre devait être écartée, conformément à l'article 110, §2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics.

20. C'est également en vain que la requérante soutient qu'elle avait fourni tous les éléments relatifs au plan sécurité santé en répartissant le coût lié à la sécurité santé sur l'ensemble des postes.

Ce faisant, la requérante confond, d'une part, les éléments à inclure dans le prix de son offre et, d'autre part, le calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention du PPSS.

Le fait que les prix des mesures de sécurité santé soient in fine repris dans les prix unitaires de la requérante n'est pas contesté. L'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 et les circulaires précitées disposent en effet que les prix des mesures et moyens de prévention font partie du prix total de l'offre de base. Il n'en demeure pas moins qu'un calcul de prix séparé est imposé tant par la réglementation que par les documents du marché.

L'annexe relative au PSS du cahier spécial des charges ne fait que rappeler cela aux soumissionnaires, tout en précisant clairement que les soumissionnaires doivent cependant annexer un calcul de prix séparé et qu'un tableau est prévu à cet effet.

Cette obligation est également rappelée à la page 8 du cahier spécial des charges, et ce «sous peine d'irrecevabilité».

C'est donc vainement que la requérante tente de tirer argument à cet égard de l'article 88 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. En outre, la partie intervenante relève que cet article n'a pas été visé au moyen : par conséquent, il doit être déclaré irrecevable.

21. En outre, conformément à l'article 99 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics, «les soumissionnaires ne peuvent se prévaloir des vices de forme dont est entachée leur offre, ni des erreurs ou omissions qu'elle comporte».

22. Pour étayer son moyen, la requérante cite également deux jurisprudences de votre Conseil. Or, ces jurisprudences ne sont cependant pas pertinentes au regard du présent litige.

L'offre de la requérante a été déclarée irrégulière en l'absence d'indication de calcul de prix séparé des mesures liées au PPSS, alors que le cahier spécial des charges prévoyait expressément un tableau pour ce faire, conformément à l'arrêté royal du 25 janvier 2001.

Or, dans les deux jurisprudences citées par la requérante, le soumissionnaire dont la régularité de l'offre était contestée avait, contrairement à la requérante, déposé ce calcul de prix séparé :

«Uit het administratief dossier blijkt dat de offerte van de nv Van Laere wel degelijk de door het bestek vereiste verklaring met betrekking tot het veiligheids- en gezondheidsplan met afzonderlijke prijsberekening werd gevoegd zodat dit aspect van het eerste onderdeel feitelijke grondslag mist.»

Traduction libre:

«Il ressort du dossier administratif que l'offre de la société Van Laere comprend bel et bien les documents exigés par le cahier spécial des charges et relatifs au plan de sécurité santé, avec un calcul de prix séparé, de sorte que cet aspect de la première branche manque en fait».

Ou encore, s'agissant de la seconde jurisprudence citée par la requérante :

«Qu'en appliquant ainsi les exigences du cahier spécial des charges à l'égard des offres de chaque soumissionnaire, la partie adverse a pu considérer, dans le respect du principe d'égalité et sans violer les dispositions visées au moyen, que la société anonyme Ronveaux avait soumis, comme les parties requérantes, une évaluation régulière des coûts des mesures de sécurité ; que la seconde branche n'est pas fondée.»

Ces jurisprudences sont donc irrelevantes en l'espèce.

23. A l'inverse, il ressort de la jurisprudence la plus récente que la partie adverse n'a pas commis d'erreur en déclarant l'offre de la requérante irrégulière au motif qu'elle n'avait pas joint à son offre le calcul de prix séparé.

En effet, dans une affaire similaire au cas d'espèce, le Tribunal de première instance de Bruxelles a encore récemment jugé que :

«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.

La demande est donc non fondée».

Votre Conseil ne dit pas autre chose :

«L'examen de l'offre de la requérante fait apparaître que celle-ci n'a pas joint le bordereau de prix relatif au plan de sécurité et de santé et a transmis un plan

particulier de sécurité et de santé incomplet, trois des quatre éléments prévus faisant défaut. En estimant cette offre non conforme, le coordinateur de sécurité et à sa suite la partie adverse n'ont pas violé les dispositions et principes visés au moyen.»

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;»

24. En conclusion, il ressort de ce qui précède que c'est donc à bon droit que le pouvoir adjudicateur a écarté l'offre de la requérante, celle-ci étant entachée d'une irrégularité substantielle, dès lors qu'elle n'y avait pas joint le calcul de prix séparé, conformément :

- aux dispositions précises du cahier spécial des charges prescrites «à peine d'irrecevabilité»;
- à l'arrêté royal du 25 janvier 2001;
- aux circulaires sur le PPSS;
- et à la jurisprudence de votre Conseil et des Cours & Tribunaux.

Le premier moyen n'est donc pas sérieux".

B. Décision du Conseil d'Etat

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.

Le premier moyen n'apparaît pas sérieux.

V. 2. Deuxième moyen

A. Arguments des parties

La requérante soulève un deuxième moyen pris de "la violation de l'article 6.1 du cahier spécial des charges et 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 ce qui suit :

" PREMIERE BRANCHE

En ce que

21. Le CHU AMBROISE PARE, pour justifier l'écartement de l'offre de la SA CLOSE, s'est exprimé comme suit :

«Vu qu'aux termes du rapport d'adjudication, il convient d'écarter les offres suivantes :

- L'offre de la société CLOSE qui n'évalue pas les mesures de prévention déterminées par PGSS est entachée d'une nullité absolue, sinon d'une irrégularité substantielle au regard de l'art. 30 de l'A.R. du 25 janvier 2001, des dispositions du cahier spécial des charges conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat - (...))»

Alors que

22. L'irrégularité d'une offre doit être formellement motivée et de manière adéquate, en particulier lorsque le pouvoir adjudicateur se sert d'une disposition du cahier spécial des charges qui prévoit une simple faculté d'exclusion

(E.THIBAUT, «Actualité de la jurisprudence de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat relative aux marchés publics (année 2008)», A.P.T. 2/2009, p. 139).

23. La motivation de la décision d'attribution du 8 février 2012 est fondée sur des motifs inexacts dès lors que :

a. le cahier spécial des charges ne prévoit pas que l'absence d'un calcul des prix séparé relatif aux mesures de sécurité et de santé entache l'offre d'une irrégularité substantielle. Il ne peut donc s'agir d'un motif à l'écartement de l'offre de la SA CLOSE.

b. la SA CLOSE a évalué les mesures de prévention en intégrant leur coût dans les prix unitaires des postes de la soumission, comme le prescrit expressément l'article 11-19 du métré n° 201101025 annexé à l'offre.

L'article 6.1 du cahier spécial des charges prévoit en effet que les coûts liés à la coordination sécurité et santé sont intégrés dans les prix unitaires des postes de la soumission. La SA CLOSE a rempli cette exigence de telle sorte que la motivation de la décision ne peut être considérée comme exacte.

24. La décision du 8 février 2012 n'est donc pas adéquatement motivée.

Le moyen est sérieux.

DEUXIEME BRANCHE

En ce que

25. A l'appui de sa décision écartant l'offre de la SA CLOSE et attribuant le marché à la SA AXIMA, le CHU AMBROISE PARE se réfère aux termes du rapport d'adjudication, dont il fait sienne les conclusions :

- «Vu qu'aux termes du rapport d'adjudication, il convient d'écarter les offres suivantes:

L'offre de la société CLOSE qui n'évalue pas les mesures de prévention déterminées par le PGSS est entachée d'une nullité absolue, sinon d'une irrégularité substantielle, (...)» (p.3 de l'extrait du PV du Conseil d'administration du 8 février 2012)

- «Le Conseil d'administration décide, à l'unanimité, concernant le marché de travaux par appel d'offres général pour les travaux d'HVAC –sanitaires de l'aile Jean-Claude CARPENTIER :

De faire sienne les conclusions du rapport d'adjudication établi par son conseil technique,

(...)» (extrait du PV du Conseil d'administration du 8 février 2012)

Alors que

26. Le rapport d'adjudication auquel il est fait référence dans la décision du 8 février 2012 du pouvoir adjudicateur n'est pas joint à celle-ci.

Seuls quelques passages, extraits de ce rapport d'adjudication, sont cités, de manière parcellaire, dans la décision attaquée du 8 février 2012.

L'omission de la communication de ce rapport d'adjudication concomitamment à la décision du CHU AMBROISE PARE qui s'y réfère constitue une violation des

art. 1, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, ainsi que des art. 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 (voy. CE, 7 février 2012, n°217.772, SA ENERGYS c/Association Hospitalière de Bruxelles – Centre Hospitalier Universitaire Saint Pierre).

27. La décision du 8 février 2012 n'est donc pas adéquatement motivée.

Le moyen est sérieux."

La partie adverse répond ce qui suit :

" Quant à la première branche

2.2.1. Le moyen, en cette branche, se confond avec le premier moyen.

La partie adverse se réfère à ce qui a été exposé supra, n° 2.1 et suivants.

De surcroît, l'affirmation tenue par la requérante, sous ce moyen, suivant laquelle «la SA CLOSE a évalué les mesures de prévention en intégrant leur cout dans le prix unitaire des poste de la soumission (...)» est dénué de tout sens. Les deux opérations (évaluation et intégration) sont forcément et nécessairement deux opérations distinctes et chronologiquement successives et non pas, comme tente de le faire croire la requérante, concomitantes.

Quant à la deuxième branche

2.2.2. L'article 65/4, 5° de la loi du 24 décembre 1993 impose à l'autorité adjudicatrice d'établir une décision motivée lorsqu'elle attribue un marché public, et ce quelle que soit la procédure retenue. L'article 65/5, 6° indique que, lorsqu'il s'agit de déclarer une offre irrégulière, que cette décision motivée doit contenir les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction.

Le régime des articles 65/4 et 65/5, 6° de la loi du 24 décembre 1993 prévoit donc une obligation de motivation équivalente à celle fixée par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratif, en telle sorte que celle-ci n'est pas applicable à l'acte attaqué.

En l'occurrence, l'acte attaqué indique – s'agissant de la régularité de l'offre de la requérante, ce qui suit :

«Vu qu'aux termes du rapport d'adjudication, il convient d'écarter les offres suivantes :

- L'offre de la société CLOSE qui n'évalue pas les mesures de prévention déterminées par PGSS est entachée d'une irrégularité absolue, sinon substantielle, au regard du cahier spécial des charges et de l'art.30 de l'A.R. du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles des dispositions du cahier spécial des charges conformément à la jurisprudence du Conseil d'état;

Qu'il ressort à cet égard que le document établi par COSEP SA, plan général de sécurité et santé, en ses pages 36 à 42 comporte une colonne intitulée "calcul de prix concernant ses mesures", soit celles relatives aux mesures de prévention et sécurité d'application sur le chantier; qu'il est précisé au point 6.1. de ce document, page 31 qu'"A cette fin, le tableau récapitulatif des mesures de sécurité ci-dessous peut être utilisé"; que ce tableau devait être joint à l'offre sous peine de nullité absolue; que la SA Close a elle même renvoyé, en page 34 de son offre relative à ce poste, au plan de sécurité y annexé, lequel est le tableau visé aux pages 36 à 42 précitées comportant ladite colonne intitulée "calcul de prix concernant ses mesures"; que cette exigence d'un calcul de prix séparé découle également du texte

même de l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 précité auquel ce document COSEP se réfère :

"Art. 30. Le maître d'ouvrage prend les mesures nécessaires pour que le plan de sécurité et de santé fasse partie, suivant le cas, du cahier spécial de charges, de la demande de prix, ou des documents contractuels et y est repris dans une partie séparée, intitulée comme telle.

Afin que les mesures déterminées dans le plan de sécurité et de santé puissent effectivement être appliquées lors de l'exécution des travaux, il fait en sorte que :

1° les candidats annexent à leurs offres un document qui réfère au plan de sécurité et de santé et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé;

2° les candidats annexent à leurs offres un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle;(...)".

Que dès lors l'offre de la société CLOSE ne contient pas ce calcul de prix; que sur ce point la circonstance que la société CLOSE ait indiqué, dans son offre, un prix "poste unitaire compris" comme le révèle le point 11-19 du métré n° 201101025, est sans incidence dès lors que la société Close était également soumise au respect de l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 mentionné expressément à la page 31 du document établi par COSEP SA;

Que l'exigence d'une indication d'un calcul de prix séparé qui découle des documents contractuels et du texte même de l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001, doit permettre au coordinateur de remplir sa tâche visée aux articles 4sexies et 11 dudit arrêté; qu'il s'agit donc bien d'une formalité prévue à peine de nullité, sinon substantielle dès lors qu'elle tient au respect de dispositions réglementaires; que son non-respect justifie l'écartement de l'offre de la société CLOSE sur la base de l'article 110 (CE, arrêt Etablissements Deltenre, n° 181.352, du 19 mars 2008)».

L'acte attaqué contient bien les motifs de droit et de fait de l'éviction de l'offre de la requérante et est donc conforme au prescrit des articles 65/4, 5° et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993.

2.2.3. En revanche, autre est la question de savoir quelles informations ou documents devaient être communiqués à la requérante. La communication des motifs n'est pas régie par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en telle sorte que celle-ci n'est pas d'avantage applicable à l'acte attaqué, pour déterminer la nature et le contenu des informations qui devaient être communiquées à la requérante.

L'article 65/8, § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 indique, sur ce point, ce qui suit :

«Dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique :

1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;

2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;

3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.

La communication visée à l'alinéa 1^{er} comprend également, le cas échéant :

1° la mention précise de la durée exacte du délai visé à l'article 65/11, alinéa 1^{er};
2° la recommandation d'avertir l'autorité adjudicatrice dans ce même délai, par télécopieur, par courrier électronique ou par tout moyen électronique dans le cas où l'intéressé introduit une demande de suspension conformément à l'article 65/11;
3° la mention du numéro de télécopieur ou l'adresse électronique à laquelle l'avertissement visé à l'article 65/11, alinéa 3, peut être envoyé.

L'autorité adjudicatrice effectue immédiatement cette communication par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée».

La décision motivée, établie en vertu de l'article 65/4, 5° de la loi du 24 décembre 1993 ne doit donc pas être communiquée à tous les soumissionnaires. L'autorité adjudicatrice ne doit communiquer, au soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, que les seuls «motifs de son éviction, extraits de la décision motivée».

Dès lors que la requérante ne peut déjà pas prétendre à ce que lui soit communiquée la décision motivée d'attribution en son intégralité, mais que seuls doivent lui être communiqués les motifs de son éviction, tels qu'extraits de l'acte attaqué, le fait de ne pas avoir communiqué à la requérante le rapport d'adjudication auquel se réfère l'acte attaqué ne constitue évidemment pas une violation de l'article 65/8, § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993, qui n'est d'ailleurs pas visé au moyen.

2.2.4. A supposer même qu'il faille prendre en considération la loi du 29 juillet 1991, encore faut-il constater que la requérante était en possession, au moment de l'adoption de l'acte attaqué et de sa notification, du rapport d'adjudication auquel se réfère l'acte attaqué.

En effet, le rapport d'adjudication établi par le bureau d'étude SA GEI TECHNIQUES SPECIALES a été communiqué à la requérante, par l'intermédiaire de son conseil le 24 janvier 2012, soit préalablement à l'acte attaqué. On en d'ailleurs veut pour preuve que la requérante a elle-même produit à l'appui de son précédent recours (203.426/VI-19467) le rapport d'adjudication en cause, de même qu'à l'appui du présent recours.

La partie adverse n'aperçoit pas comment le fait de ne pas annexer à l'acte attaqué un document qui est déjà en possession de la requérante pourrait justifier l'annulation de l'acte attaqué.

Enfin, à supposer même qu'un tel reproche puisse valablement être formulé sur ce point à la partie adverse, quod non, encore faut-il alors, s'agissant de la décision d'écarter l'offre de la requérante, s'en tenir aux seuls motifs énoncés dans l'acte attaqué.

Votre Conseil a ainsi jugé ce qui suit :

«Lorsque l'autorité n'a communiqué à la société requérante, évincée du marché public litigieux, que l'extrait du procès-verbal de la séance de son conseil d'administration relatant la décision attaquée sans produire le rapport d'analyse des offres, il s'ensuit qu'en ce qui concerne la motivation formelle de la décision d'attribution du marché attaquée, il y a lieu de s'en tenir à ce seul document (...).».

La partie adverse – s'en réfère sur ce point – à la motivation de l'acte attaqué relative à l'irrégularité de l'offre de la requérante, déjà reproduite ci-dessus (supra, n° 2.2.2.).

Une telle motivation est adéquate et suffisante au regard des exigences de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

2.2.5. L'arrêt de votre Conseil invoqué par la requérante (C.E., n° 217.772 du 7 février 2012, SA Energys) ne peut nullement être rapproché de la présente espèce. En cette cause, votre Conseil a jugé ce qui suit :

«Il ressort de l'examen du deuxième moyen que la partie adverse a pu retenir comme critère d'appréciation le degré d'information apporté quant à son offre par un soumissionnaire.

La décision attaquée précise, à la page 11, quant aux informations sur le matériel proposé :

"[...]

Que la société IMTECH a rendu l'offre la mieux détaillée; qu'elle a détaillé l'équipement décrit dans 38 articles en plus que le minimum demandé; que chaque fiche technique est précédée d'un tableau reprenant les spécifications du cahier spécial des charges et dans quelle mesure le matériel proposé y répond; que tout le matériel proposé satisfait aux prescriptions du cahier des charges; que la société IMTECH reçoit donc une note de 9 points; Que la société ENERGYS détaille l'équipement décrit dans 1 article en plus que le minimum demandé ; qu'elle reçoit la note de 3 points. [...]"

Force est de constater que la motivation de la décision attaquée ainsi reproduite n'énonce qu'une justification sommaire de la portée et de la pertinence des 38 articles qui valent à l'offre de l'intervenante d'avoir obtenu une note, déterminante en l'espèce du classement des offres des requérantes et de l'intervenante, de 9 points sur 10.

La motivation de la décision attaquée ne comporte aucune indication sur la teneur de l'article en plus que le minimum demandé qui vaut à l'offre des requérantes une note de 3 points sur 10.

Les explications énoncées par la partie adverse dans sa note d'observations et celles avancées par la partie intervenante, quelle que puisse en être la pertinence, ne peuvent suffire à réparer le vice de forme de la décision attaquée.

C'est vainement que la partie adverse, rejointe par la partie intervenante, affirme que la décision attaquée doit être lue en combinaison avec le rapport d'attribution établi par le bureau d'études ELLYPS, la partie adverse admettant elle-même qu'elle a omis de joindre ce rapport lors de la notification de la décision attaquée.

Dans la mesure où il est pris de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 et des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993, le moyen apparaît sérieux.»

En la présente cause, la motivation de l'acte attaqué sur l'écartement de l'offre de la requérante ne peut être qualifiée de sommaire et en toute hypothèse, comme déjà exposé, la requérante au moment de l'adoption de l'acte attaqué et de sa notification, était en possession du rapport d'adjudication.

Le moyen n'est pas sérieux."

La partie intervenante fait valoir que :

- " (i) La première branche n'est pas sérieuse
26. S'agissant de l'écartement de l'offre de la requérante, la décision d'attribution est motivée comme suit :
«(...) L'offre de la société Close qui n'évalue pas les mesures de prévention déterminées par le PGSS est entachée d'une nullité absolue, sinon d'une irrégularité substantielle au regard du cahier spécial des charges et de l'article 30

de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles des dispositions du cahier spécial des charges conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat;

Qu'il ressort à cet égard que le document établi par Cosep S.A., plan général de sécurité et santé, en ses pages 36 à 42 comporte une colonne intitulée "calcul de prix concernant ces mesures", soit celles relatives aux mesures de prévention et sécurité d'application sur le chantier; qu'il est précisé au point 6.1. de ce document, page 31 qu' "A cette fin, le tableau récapitulatif des mesures de sécurité ci-dessous peut-être utilisé"; que ce tableau devait être joint à l'offre sous peine de nullité absolue; que le S.A. Close a elle-même renvoyé, en page 34 de son offre relative à ce poste, au plan de sécurité y annexé, lequel est le tableau visé aux pages 36 à 42 précitées comportant ladite colonne intitulée "calcul de prix concernant ces mesures"; que cette exigence d'un calcul de prix séparé découle également du texte même de l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 précité auquel ce document Cosep se réfère :

"Art.30. Le Maître d'ouvrage prend les mesures nécessaires pour que le plan de sécurité et de santé fasse partie, suivant le cas, du cahier spécial des charges, de la demande de prix, ou des documents contractuels et y est repris dans une partie séparée, intitulée comme telle.

Afin que les mesures déterminées dans le plan de sécurité et de santé puissent effectivement être appliquées lors de l'exécution des travaux, il fait en sorte que :

1° les candidats annexent à leurs offres un document qui réfère au plan de sécurité et de santé, et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé;

2° Les candidats annexent à leur offre un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle ; (...)"

Que dès lors l'offre de la société Close ne contient pas ce calcul de prix; que sur ce point la circonstance que la société Close ait indiqué, dans son offre, un prix "poste unitaire compris" comme le relève le point 11-19 du métré n° 201101025, est sans incidence dès lors que la société Close était également soumise au respect de l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 mentionné expressément à la page 31 du document établi par Cosep S.A.;

Que l'exigence d'une indication d'un calcul de prix séparé qui découle des documents contractuels et du texte même de l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 doit permettre au coordinateur de remplir sa tâche visée aux articles 4sexies et 11 dudit arrêté; qu'il s'agit donc bien d'une formalité prévue à peine de nullité absolue, sinon d'irrégularité substantielle dès lors qu'elle tient au respect des dispositions réglementaires; que son non-respect justifie l'écartement de l'offre de la société Close sur la base de l'article 110 (C.E., arrêt Etablissements Delterne n°181.352 du 19 mars 2008)»;

27. Le but de la motivation formelle est de permettre au soumissionnaire de connaître les motifs pour lesquels son offre n'a pas été retenue, et d'apprécier s'il est opportun ou non de contester la décision du pouvoir adjudicateur devant une juridiction.

L'on ne saurait raisonnablement soutenir que pareille motivation serait inadéquate. Le pouvoir adjudicateur :

- rappelle les dispositions du cahier spécial des charges;
- renvoie au tableau à remplir;

- explicite les motifs pour lesquels l'omission d'un calcul de prix séparé constitue une irrégularité substantielle;
- répond à la critique de la requérante s'agissant de l'incidence de l'article 11-19 de son métré.

La motivation de la décision d'attribution répond donc expressément aux critiques énoncées par la requérante. En l'espèce, la requérante a pu introduire le présent recours en toute connaissance de cause. Les raisons pour lesquelles son offre a été considérée comme irrégulière ont en effet été développées et étayées dans l'acte attaqué et sont expressément contestées par la requérante dans son recours.

28. De même, le rapport d'analyse des offres – dont a connaissance la requérante puisqu'elle le verse à son dossier (!) – dispose quant à lui que :

«Seule la firme Close n'a pas fourni les éléments ci-après :

- a) L'attestation de nationalité du personnel et de ses sous-traitants;
- b) La déclaration certifiant qu'il a reçu une offre de fournisseur pour chaque matériel;
- c) Le calcul financier des moyens d'exécution des ouvrages et plan de sécurité et de santé.

Au sujet du point "c)", l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 prescrit ceci :

Le Maître d'ouvrage prend les mesures nécessaires pour que le plan de sécurité et de santé fasse partie, suivant le cas, du cahier spécial des charges, de la demande de prix, ou des documents contractuels et y est repris dans une partie séparée, intitulée comme telle.

Afin que les mesures déterminées dans le plan de sécurité et de santé puissent effectivement être appliquées lors de l'exécution des travaux, il fait en sorte que :

1° les candidats annexent à leurs offres un document qui réfère au plan de sécurité et de santé, et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé;

2° Les candidats annexent à leur offre un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle

La société Close n'a pas remis le calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le PSS. En l'absence de ce document, l'offre de la société Close ne comprend pas un des documents visés à l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles et exigé au cahier spécial des charges. Conformément à la circulaire fédérale "Chantiers temporaires ou mobiles – Plan de sécurité et de santé – 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" du 27 décembre 2007, aux dispositions du cahier spécial des charges et à la jurisprudence du Conseil d'Etat, son offre est entachée d'une irrégularité substantielle et doit donc être écartée. L'offre de Close ne sera donc plus examinée dans la suite du présent rapport».

29. Au surplus, la partie intervenante renvoie aux développements repris dans le cadre du premier moyen, celui-ci se confondant avec la présente branche.

30. Il ressort de ce qui précède que la première branche du deuxième moyen n'est donc pas sérieuse.

(ii) La seconde branche n'est pas sérieuse

31. La partie intervenante constate d'emblée que la partie requérante a connaissance du rapport d'adjudication du 21 septembre 2011, dès lors qu'elle le verse en pièce n° 7 de son dossier. La requérante a donc pu disposer utilement de tous les éléments pour introduire la présente procédure en toute connaissance de cause.

32. Votre Conseil a déjà jugé qu'une motivation formelle par référence est admissible pour autant que ce à quoi il est référé dans l'acte attaqué soit connu du destinataire de l'acte, que ce soit préalablement ou simultanément à la notification de l'acte attaqué. Tel est le cas en l'espèce, dès lors que la partie requérante aurait eu connaissance du rapport d'attribution lors de son recours à l'encontre de la première décision d'attribution retirée, soit avant la décision attaquée.

33. En outre, la décision d'attribution paraphrase le rapport d'attribution, celui-ci ne contenant aucun élément différent de ceux repris dans la décision d'attribution.

34. Par conséquent, le fait que le rapport d'attribution, déjà en possession de la requérante, n'a pas été joint en annexe à la décision attaquée n'a donc eu aucune incidence sur la motivation de cette décision.

35. Il ressort de ce qui précède que la seconde branche du deuxième moyen n'est pas sérieuse."

B. Décision du Conseil d'Etat

Quant à la première branche

La critique, énoncée dans cette branche, se confond avec celle énoncée dans le premier moyen. Elle n'est pas sérieuse pour les motifs exposés lors de l'examen du premier moyen.

Quant à la seconde branche

La partie adverse a reproduit dans la décision attaquée la partie du rapport d'adjudication dans laquelle sont exposés les motifs pour lesquels l'offre de la partie requérante est affectée d'une irrégularité substantielle.

Cette motivation apparaît suffisante. Il n'était pas requis que la partie adverse annexât à l'acte attaqué ce rapport que la requérante possède par ailleurs puisqu'elle l'a joint à sa requête.

La seconde branche n'est pas sérieuse.

V. 3. Troisième moyen

A. Arguments des parties

La requérante soulève un troisième moyen pris de "la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 89 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, des articles 1, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation et du principe de l'égalité entre les soumissionnaires".

Elle soutient ce qui suit :

" PREMIERE BRANCHE

En ce que

28. La partie adverse a pris en compte l'offre de la s.a. AXIMA avec un métré sans attestation de conformité.

Le rapport d'analyse des offres, dont la décision d'attribution du 8 février 2012 s'approprie les conclusions sans toutefois les joindre en annexe, indique, en effet, ce qui suit :

«2. RECEVABILITE DES OFFRES ET REGULARITE ADMINISTRATIVE

(En vertu des articles 90 § 2 et 110 § 1 de l'AR du 8 janvier 1996/ page 8 - §7 des clauses administratives Documents à annexer à la soumission).

1) Tous les soumissionnaires font précéder leurs offres d'une table des matières reprenant les documents qu'ils ont joints.

2) Le bordereau des prix est établi sur base du métré récapitulatif fourni avec les documents d'adjudication ou sur des formulaires distincts. Dans ce dernier cas, une attestation "certifiant avoir vérifié la parfaite concordance avec toutes les mentions prévues à la soumission, au métré récapitulatif fourni par le Maître de l'Ouvrage et en assumer l'entière responsabilité" doit être jointe à la soumission.

Les soumissionnaires ont utilisés les formules suivantes :

- CLOSE : utilisation d'un métré propre. Attestation jointe.
- DELTA THERMIC : utilisation d'un métré propre. Attestation jointe.
- AXIMA : utilisation d'un métré propre. Pas d'attestation jointe.
- CEGELEC : utilisation du métré fourni avec les documents d'adjudication.
- DRUART : utilisation du métré fourni avec les documents d'adjudication.
- SPIE : utilisation du métré fourni avec les documents d'adjudication.» [...]

Alors que

29. 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 prescrit que :

«Le soumissionnaire établit son offre et remplit le métré récapitulatif ou l'inventaire sur le formulaire éventuellement prévu dans le cahier spécial des charges. S'il les établit sur d'autres documents que le formulaire prévu, le soumissionnaire atteste sur chacun de ceux-ci que le document est conforme au modèle prévu dans le cahier spécial des charges.

Les documents sont signés par le soumissionnaire ou par son mandataire.

Toutes ratures, surcharges et mentions complémentaires ou modificatives, tant dans l'offre que dans ses annexes, qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché, telles que les prix, les délais, les conditions techniques, doivent également être signées par le soumissionnaire ou son mandataire. Les dispositions du présent alinéa ne s'appliquent pas si l'offre et ses annexes sont signées électroniquement.». [...]

L'article 110, § 2 du même arrêté prévoit que :

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

30. L'article 89, § 1^{er} impose donc que le soumissionnaire qui établit le métré sur un document propre doit attester que le document est conforme au modèle prévu par le cahier spécial des charges.

Or, il ressort du rapport d'analyse des offres, mentionné dans la décision d'attribution prise par le CHU AMBROISE PARE, que la société AXIMA, le soumissionnaire choisi le CHU AMBROISE PARE pour exécuter le marché, n'a pas produit l'attestation pourtant exigée. Elle n'a donc pas attesté que le document qu'elle a utilisé est conforme au modèle prévu par le cahier spécial des charges.

L'offre de la société AXIMA est donc irrégulière en raison de l'absence de l'attestation de conformité du métré dans son offre requise par l'article 89, § 1^{er} de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

En outre, dès lors qu'il touche au prix, le métré constitue une disposition essentielle du cahier spécial des charges au sens de l'article 110 § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

En conséquence, le CHU AMBROISE PARE devait déclarer l'offre de la société AXIMA irrégulière et ne pouvait pas lui attribuer le présent marché.

31. La décision d'attribution du 8 février 2012 a donc été prise par le CHU AMBROISE PARE en violation des dispositions visées dans le présent moyen en ce qu'elle attribue le marché à la société AXIMA.

DEUXIEME BRANCHE

En ce que

32. La décision d'attribution du 8 février 2012 justifie la régularité de l'offre de la SA AXIMA, en référence à des critères d'attributions :

«(...) que cette offre n'est donc pas entachée d'irrégularité et ne doit donc pas être écartée ; que du reste, on notera que l'offre de la société AXIMA a obtenu les cotes de 5/5 et de 4/5 sur les critères "clarté de l'offre" et présentation des éléments techniques;»

Alors que

33. Les critères invoqués par le pouvoir adjudicateur, «clarté de l'offre» et «présentation des éléments techniques », à l'appui de sa décision de ne pas écarter l'offre de la SA AXIMA pour irrégularité, constituent des critères d'attribution. Ils

sont stipulés aux clauses administratives du cahier spécial des charges (§ 12.1.2, p. 10).

En aucun cas, de tels critères d'appréciation des offres ne peuvent être confondus, ni utilisés en tant que critères liés à la recevabilité et la régularité des offres.

En conséquence, le CHU AMBROISE PARE devait déclarer l'offre de la société AXIMA irrégulière et ne pouvait pas lui attribuer le présent marché."

La partie adverse répond que :

" Recevabilité du moyen

2.3.1. Ce moyen est étranger à la décision de la partie adverse d'écarter l'offre de la requérante et n'est dirigé contre l'acte attaqué qu'en ce qu'il attribue le marché à la SA AXIMA.

Un tel moyen n'est dès lors pas recevable. En effet – il est de principe qu'un soumissionnaire dont l'offre a été jugée à juste titre irrégulière est sans intérêt à demander l'annulation de la désignation de l'attributaire du marché. On en veut pour preuve qu'en vertu de l'article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993, seuls les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée, doivent être communiqués au soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière et non pas l'ensemble de la décision d'attribution du marché (supra, n° 2.2.3.).

Il est certes admis par votre Conseil qu'un soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière justifie d'un intérêt à l'annulation d'une décision d'attribution si des moyens sont soulevés «dans lesquels le soumissionnaire écarté conteste l'appréciation qui a abouti à déclarer son offre irrégulière et celle de ses concurrents, dont l'adjudicataire, régulière».

Autrement dit, en l'espèce, pour justifier d'un intérêt à l'annulation de la désignation de l'attributaire du marché, la requérante doit donc soulever un moyen dans lequel elle conteste l'appréciation de la partie adverse qui a abouti à déclarer l'offre de la société AXIMA régulière au regard de l'exigence, telle que formulée par le cahier spécial des charges, de fournir un calcul détaillé des prix des mesures de prévention et de sécurité prévues par le plan général de sécurité et de santé.

La requérante ne soulève pas, en l'espèce, un tel moyen et le calcul des prix des mesures de sécurité et de santé a bel et bien été fourni par la SA AXIMA à l'appui de son offre, en telle sorte que l'irrégularité constatée dans l'offre de la requérante n'a pas été constatée pour l'offre de la SA AXIMA.

Votre Conseil a déjà ainsi jugé que «le pouvoir adjudicateur n'introduit aucune rupture d'égalité entre les soumissionnaires dès lors que l'imprécision relevée dans une offre n'est pas comparable aux omissions entachant d'autres offres». Tel est bien le cas en l'espèce : l'absence d'attestation constatée par la partie adverse, pour la société AXIMA ne peut pas être comparée avec l'absence du calcul des prix des mesures de prévention et de sécurité.

Le moyen n'est donc pas recevable.

A tout le moins revêt-il un caractère subsidiaire et surabondant et ne pourrait être examiné que pour autant que le premier ou deuxième moyen ne soit déclaré sérieux, quod non.

Quant à la première branche

L'article 89, alinéa 1^{er} 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 se lit comme suit :

«Le soumissionnaire établit son offre et remplit le métré récapitulatif ou l'inventaire sur le formulaire éventuellement prévu dans le cahier spécial des charges. S'il les établit sur d'autres documents que le formulaire prévu, le soumissionnaire atteste sur chacun de ceux-ci que le document est conforme au modèle prévu dans le cahier spécial des charges».

Une méconnaissance de cette disposition ne peut entraîner l'irrégularité d'une offre remise par un soumissionnaire.

Votre Conseil a ainsi jugé, sur un moyen pris notamment de la violation «de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et spécialement de ses articles 15 et 65/29, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics et spécialement de ses articles 89, 96, 110 et 113», ce qui suit :

«Il ne peut être contesté que l'offre de la requérante a été établie selon un formulaire de métré récapitulatif autre que celui qui était joint au cahier spécial des charges applicable au marché litigieux, qu'elle contenait des variantes alors que celles-ci n'étaient pas prévues par ledit cahier et que les quantités de certains postes, telles que prévues par la partie adverse, ont été modifiées

Aucune disposition réglementaire ou édictée par le cahier spécial des charges ne permet toutefois de considérer que l'offre est, pour ces seuls motifs, affectée d'une irrégularité substantielle justifiant qu'elle soit écartée.

Le caractère prétendument substantiel de l'irrégularité de l'offre de la requérante ainsi sanctionnée par la partie adverse ne saurait davantage être déduit de ce que l'irrégularité "quant à la forme" qui affecte cette offre est de nature à rendre impossible la comparaison des prix. Il s'impose, à cet égard, de relever que l'impossibilité de comparer les prix résultant de ce que celle de la requérante serait entachée d'irrégularités formelles est contredite par la circonstance qu'aux termes d'un premier rapport d'analyse des offres établi dans le cadre de cette procédure, la partie adverse avait, après correction des quantités modifiées, qu'elle tenait pour erreurs purement matérielles, procédé au classement de l'ensemble des offres, dont celle de la requérante, considérant implicitement mais certainement que la comparaison des prix proposés pouvait être effectuée.

En tant qu'il invoque notamment la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, et qu'à ce titre, il reproche à l'acte attaqué d'avoir à tort déclaré irrégulière et écarté l'offre de la requérante, le moyen est sérieux.».

Il ne peut donc pas être reproché à la partie adverse de ne pas avoir déclaré l'offre de la SA AXIMA irrégulière au seul motif que celle-ci n'aurait pas rempli le métré récapitulatif sur le formulaire prévu dans le cahier spécial des charges ou qu'elle n'aurait pas attesté sur chacun des documents qu'elle a fourni que ceux-ci étaient conformes au modèle prévu dans le cahier spécial des charges.

Contrairement à ce que soutient la requérante, l'attestation visée à l'article 89, alinéa 1^{er} de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'est pas relative au prix proposé par les soumissionnaires et n'est pas non plus relative à une condition essentielle du marché, s'agissant d'une condition de pure forme.

Tenant compte du fait que ni l'article 89, alinéa 1^{er} de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ni le cahier spécial des charges ne prévoit la production de cette attestation à peine de nullité absolue, la partie adverse a pu considérer, sans commettre d'erreur

manifeste d'appréciation, qu'il n'y avait pas lieu d'écarter l'offre de la SA AXIMA pour le seul motif que n'était pas jointe à son offre l'attestation visée à l'article 89, alinéa 1^{er} de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Quant à la deuxième branche

La requérante soutient, en cette branche, que la partie adverse a jugé la régularité de l'offre de la SA AXIMA sur base de critères d'attributions.

Pour rappel, l'acte attaqué indique, s'agissant de la régularité de l'offre de la SA AXIMA, ce qui suit :

«(...) l'offre de la société AXIMA doit être retenue, même si ce soumissionnaire n'a pas attesté que le métré propre qu'elle a utilisé est conforme au métré annexé au cahier spécial des charges; que la nullité qui frappe une telle offre suppose, au regard des articles 89 et 110 de l'A.R. du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, qu'il soit dérogé aux prescriptions essentielles de ce métré;

Qu'en l'occurrence, il appert de l'examen de ce métré qu'il ne déroge pas au métré annexé au cahier spécial des charges; que cette offre n'est donc pas entachée d'irrégularité et ne doit donc pas être écartée; que du reste, on notera que l'offre de la société Axima a obtenu les cotes de 5/5 et de 4/5 sur les critères "Clarté de l'offre" et "Présentation des éléments techniques"»

Contrairement à ce soutient la requérante, l'offre de la société Axima n'a pas été jugée régulière au motif qu'elle a obtenu des notes de 5/5 et de 4/5 pour certains critères d'attribution, mais bien au motif que le métré fourni par la société Axima ne déroge pas au métré annexé au cahier spécial des charges.

Si une référence, surabondante, aux notes obtenues par l'offre de la société Axima pour certains critères d'attribution a été opérée, il ne s'agissait, pour la partie adverse, que de conforter son appréciation sur la conformité du métré de la société Axima au métré annexé au cahier spécial des charges, malgré l'absence d'attestation formelle en ce sens.

Le moyen n'est pas sérieux."

La partie intervenante fait valoir que :

" 2) La partie requérante n'a pas intérêt au moyen

37. Selon une jurisprudence constante de Votre Conseil, la partie requérante doit démontrer qu'elle aurait pu obtenir le marché pour justifier d'un intérêt au moyen qu'elle soulève.

En l'espèce, il ressort du premier moyen que l'offre de la requérante est entachée d'une irrégularité substantielle en raison de l'absence de calcul séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le PSS. L'illégalité qu'elle dénonce dans son troisième moyen, à la supposer établie – quod non – ne peut donc pas lui causer grief : en toutes hypothèses, la requérante n'aurait pas pu obtenir le marché.

La requérante dont l'offre a été jugée irrégulière est donc sans intérêt à demander l'annulation de la désignation de l'attributaire du marché sur base du troisième moyen. Le moyen est donc irrecevable à défaut d'intérêt.

3) Le moyen doit être déclaré irrecevable en ce qu'il vise les articles de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle

39. Depuis l'entrée en vigueur de son livre IIbis, la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics organise un régime spécifique de motivation formelle applicable à toutes les catégories d'autorités adjudicatrices, qu'il s'agisse d'autorités administratives ou non, dans le cadre de la passation des marchés publics.

39. Le Législateur a donc organisé un régime de motivation formelle spécifique aux marchés publics, qui prévoit un champ d'application et des exigences différentes de celles prévues dans la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle. En l'espèce, les obligations sont plus spécifiques et contraignantes, en vertu des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics.

Par conséquent, la loi du 29 juillet 1991 ne trouve plus à s'appliquer dès lors que l'exigence de motivation organisée par les articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics est plus contraignante que celle exigée sur la base de la loi du 29 juillet 1991 précitée.

Le troisième moyen doit donc être déclaré irrecevable en ce qu'il vise la loi du 29 juillet 1991.

40. Cette question de savoir si la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs s'applique toujours nonobstant le régime spécifique prévu en matière d'attribution de marchés publics n'a à la connaissance de la partie intervenante pas encore été tranchée par Votre Conseil en extrême urgence.

En l'espèce, il est cependant nécessaire de trancher la question vu que les articles 65/5 et 65/8 ne sont pas invoqués par la partie requérante. Que, partant, si Votre Conseil décide d'examiner néanmoins le troisième moyen en ce qu'il vise la motivation formelle, c'est qu'il considère expressément que la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs s'applique toujours en matière d'attribution de marchés publics, nonobstant le régime particulier visé par la loi du 24 décembre 1993.

4) Réfutation

(i) La première branche du troisième moyen n'est pas sérieuse

41. Le cahier spécial des charges, page 8, exigeait, parmi «les documents à fournir obligatoirement lors de l'ouverture des offres sous peine d'irrecevabilité de celle-ci :

(...)

3) Le bordereau de prix unitaires ou métré récapitulatif établi par le soumissionnaire, daté et signé conformément au volet A du modèle vierge ci-annexé (les prix unitaires sont obligatoirement indiqués en toutes lettres [en gras dans le texte]);»

Or, à la lecture du métré joint en annexe au cahier spécial des charges, la partie intervenante s'est rendu compte qu'il n'y avait qu'une seule colonne pour les prix unitaires, et étroite de surcroît. Ce métré était en effet rédigé comme suit :

[...]

Pour pouvoir répondre à l'exigence du pouvoir adjudicateur d'indiquer les prix unitaires en toutes lettres, la partie intervenante n'avait donc d'autre choix que de faire un copier/coller du métré et de prévoir une colonne à cet effet.

Cette indication des prix unitaires en toutes lettres est essentielle, dès lors qu'elle est en outre expressément imposée par l'article 100, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1998 relatif aux marchés publics qui dispose que «le montant total de l'offre ainsi que les prix unitaires sont exprimés en toutes lettres».

Le métré de la partie intervenante a dès lors été rédigé comme suit :

[...]

La comparaison du métré vierge joint au cahier spécial des charges et celui déposé par Axima permet aisément de réaliser que la partie intervenante a repris, scrupuleusement et minutieusement, l'ensemble des postes repris au métré initial (aucun poste omis ni modifié) et la même structure.

Ce métré n'altère par conséquent en rien la comparaison des offres entre elles.

Il prévoit, à l'instar du métré annexé au cahier spécial des charges, une colonne :

- pour le poste;
- pour le descriptif des travaux;
- Il affine l'indication du prix en deux colonnes distinctes, selon des chiffres et des lettres;
- pour le prix de vente total (somme).

Le métré est donc conforme au modèle prévu dans le cahier spécial des charges, et plus précis que celui-ci pour être parfaitement conforme à l'obligation légale d'inscrire les prix unitaires en toutes lettres.

En outre, le métré est signé par la partie intervenante et paraphé sur chaque page.

42. En d'autres termes, le métré déposé par la partie intervenante est par conséquent clair dès lors qu'il indique les prix unitaires selon des chiffres et des lettres.

Cette manière de procéder permet également au pouvoir adjudicateur de vérifier aisément les prix unitaires remis.

Il n'existe donc aucun doute sur les prix, comme le sous-entend la partie requérante lorsqu'elle indique que le métré, en ce qu'il touche au prix, constitue une disposition essentielle du cahier spécial des charges au sens de l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

43. Par conséquent, c'est à bon droit que le pouvoir adjudicateur a déclaré l'offre de la partie intervenante régulière.

Il n'y a en effet aucun doute sur l'engagement de celle-ci à exécuter le marché conformément aux dispositions du cahier spécial des charges et au prix proposé.

Le défaut d'attestation de conformité ne doit donc pas entraîner le rejet de son offre.

44. Relevons encore que la thèse de la requérante est contraire à la jurisprudence de votre Conseil, en ce qu'elle constitue un formalisme excessif.

Votre Conseil a en effet déjà jugé que c'est par un excès injustifié de formalisme qu'un pouvoir adjudicateur a considéré que la signature contenue au bas d'une lettre ne couvrait pas l'ensemble d'une offre qui pourtant, s'y référait expressément.

Cette jurisprudence peut s'appliquer par analogie au cas d'espèce, dès lors qu'il n'existe aucun doute sur l'engagement de la partie intervenante et que le métré ne porte pas atteinte à la comparabilité des offres entre elles.

Dans un arrêt très proche du cas d'espèce et rendu le 1^{er} février 2012, votre Conseil a expressément considéré qu'un métré établi sur un formulaire différent de celui joint au cahier spécial des charges ne peut constituer une irrégularité substantielle, même si le métré contient des variantes non prévues par le cahier et que le soumissionnaire a modifié la quantité de certains postes.

«Il ne peut être contesté que l'offre de la requérante a été établie selon un formulaire de métré récapitulatif autre que celui qui était joint au cahier spécial des charges applicable au marché litigieux, qu'elle contenait des variantes alors que celles-ci n'étaient pas prévues par ledit cahier et que les quantités de certains postes, telles que prévues par la partie adverse, ont été modifiées.

Aucune disposition réglementaire ou édictée par le cahier spécial des charges ne permet toutefois de considérer que l'offre est, pour ces seuls motifs, affectée d'une irrégularité substantielle justifiant qu'elle soit écartée.

Le caractère prétendument substantiel de l'irrégularité de l'offre de la requérante ainsi sanctionnée par la partie adverse ne saurait davantage être déduit de ce que l'irrégularité "quant à la forme" qui affecte cette offre est de nature à rendre impossible la comparaison des prix. Il s'impose, à cet égard, de relever que l'impossibilité de comparer les prix résultants de ce que celle de la requérante serait entachée d'irrégularités formelles est contredite par la circonstance qu'aux termes d'un premier rapport d'analyse des offres établi dans le cadre de cette procédure, la partie adverse avait, après correction des quantités modifiées, qu'elle tenait pour erreurs purement matérielles, procédé au classement de l'ensemble des offres, dont celle de la requérante, considérant implicitement, mais certainement que la comparaison des prix proposés pouvait être effectuée».

Cette jurisprudence semble pouvoir être transposée en l'espèce, d'autant que le métré de la partie intervenante reprend à l'identique la structure du métré joint au cahier spécial des charges et ne rend pas impossible la comparaison des prix.

45. Enfin, dans une affaire en tous points similaire à celle en l'espèce, la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 24 septembre 2009, que le défaut d'attestation de conformité ne justifie pas en soi le rejet de l'offre.

«Dans le cadre de la rectification sur la base de l'article 111, alinéa 1^{er}, de l'AR du 8 janvier 1996 (en abrégé AR n° 1), d'une erreur matérielle manifeste du soumissionnaire – en l'espèce, l'utilisation d'un formulaire destiné à un autre marché que celui concerné – l'intention réelle du soumissionnaire peut aussi résulter du métré joint au formulaire d'offres utilisé par erreur et s'appuyer sur la reconnaissance ultérieure de son erreur par le soumissionnaire.

En cas d'utilisation d'un formulaire d'offres erroné, le défaut d'attestation de conformité exigée par l'article 89 de l'AR n°1 ne justifie pas en soi le rejet de l'offre.»

46. Il ressort de ce qui précède que le pouvoir adjudicateur n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation ni violé une des dispositions invoquées au présent moyen en déclarant l'offre de la partie intervenante régulière.

La première branche du troisième moyen n'est donc pas sérieuse.

(ii) La seconde branche du troisième moyen n'est pas sérieuse

47. La requérante conteste la motivation de la régularité de l'offre de la partie intervenante, en ce qu'elle contient, notamment, une référence à des sous-critères d'attribution.

48. A titre principal – et comme exposé ci-devant –, cette branche doit être déclarée irrecevable en ce qu'elle ne vise pas la loi du 24 décembre 1993 s'agissant de la motivation.

49. A titre subsidiaire, la partie intervenante souligne que la décision d'attribution indigue, s'agissant de la régularité de son offre, ce qui suit :

«Attendu par contre l'offre de la société Axima doit être retenue, même si ce soumissionnaire n'a pas attesté que le métré propre qu'elle a utilisé est conforme au métré annexé au cahier spécial des charges; que la nullité qui frappe une telle offre suppose, au regard des articles 89 et 110 de l'A.R. du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, qu'il soit dérogé aux prescriptions essentielles de ce métré;

Qu'en l'occurrence, il appert de l'examen de ce métré qu'il ne déroge pas au métré annexé au cahier spécial des charges; que cette offre n'est donc pas entachée d'irrégularité et ne doit donc pas être écartée; que du reste, on notera que l'offre de la société Axima a obtenu les cotes de 5/5 et 4/5 sur les critères "Clarté de l'offre" et "Présentation des éléments techniques"»

Votre Conseil constatera que la régularité de l'offre de la partie intervenante est adéquatement motivée, dès lors que le pouvoir adjudicateur relève, notamment, que le métré de la partie intervenante ne déroge pas au métré annexé au cahier spécial des charges.

L'indication des critères «clarté de l'offre» et «présentation des éléments techniques» n'est faite qu'à titre surabondant. Cette indication est en effet précédée de la mention «que du reste».

Or, il ressort d'une jurisprudence constante de votre Conseil qu'un moyen (ou branche) dirigé contre un motif surabondant d'un acte n'est pas recevable.

En outre, la partie intervenante suppose que l'indication de sous-critères d'attribution à titre surabondant a été faite par le pouvoir adjudicateur afin de démontrer que le métré remis par la partie intervenante était claire (voyez les développements repris ci-devant s'agissant de la première branche) et qu'il ne portait pas atteinte à la comparaison des offres entre elles.

Il ressort de ce qui précède que la deuxième branche du troisième moyen n'est pas sérieuse."

B. Décision du Conseil d'Etat

Sans qu'il soit besoin de déterminer si le moyen est recevable, il apparaît, *prima facie*, concernant la première branche, que le document utilisé par l'intervenante pour établir le métré récapitulatif est conforme au modèle prévu par le cahier spécial des charges de telle sorte que la partie adverse a pu valablement comparer les prix proposés. Son offre n'apparaît donc pas affectée d'une irrégularité substantielle.

La partie adverse a dès lors pu légalement décider que le seul fait que l'intervenante n'ait pas attesté que ce document était conforme au modèle prévu par le cahier spécial des charges, ne justifiait pas que son offre fût écartée.

S'agissant de la seconde branche, il ne ressort pas de la motivation de la décision entreprise que la partie adverse ait justifié sa décision de ne pas déclarer irrégulière l'offre de l'intervenante en se fondant sur des critères d'attribution.

Elle l'a motivée en exposant que le document utilisé pour établir le métré récapitulatif était conforme au modèle prévu par le cahier spécial des charges et que l'offre de l'intervenante n'était pas entachée d'une irrégularité nécessitant de l'écarter.

La référence aux notes obtenues par l'intervenante pour deux critères d'attribution, apparaît par contre sans lien avec la décision de la partie adverse de juger régulière son offre.

Le moyen n'apparaît donc pas sérieux.

VI. CONFIDENTIALITE

VI. 1. Arguments de la partie intervenante

La partie intervenante expose que :

- " 50. La partie intervenante dépose son offre à titre confidentiel et à l'attention unique de votre Conseil, conformément à
- l'article 65/10 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics
 - l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, et à
 - l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, auquel se réfère l'arrêté royal du 5 décembre 1991, applicable par analogie en suspension d'extrême urgence.
- L'offre de la partie intervenante est couverte par le secret des affaires de manière à ne pas nuire au secret d'affaires (art. 65/26 de la loi du 24 décembre 1996) et à une concurrence loyale entre les entreprises (art. 65/10, § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993).
- En effet à ce stade de la procédure, si – par impossible – votre Conseil devait suspendre la décision attaquée et que le pouvoir adjudicateur recommençait, le cas échéant, la procédure, il s'indique qu'il y ait encore une concurrence effective entre les différents soumissionnaires.
- Or, si les offres de ceux-ci sont déposées et accessibles à tous, chacun des soumissionnaires aura connaissance des offres des autres compétiteurs, ce qui altérera irrémédiablement la concurrence dans le cadre de ce marché.
- Par conséquent, la partie intervenante souhaite légitimement que son offre – relevant du secret d'affaires – ne soit pas mise en possession de la requérante."

Les autres parties ne contestent pas cette demande formulée par l'intervenante.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat, à un autre stade de la procédure, sur la nécessité éventuelle de porter l'offre de l'intervenante à la connaissance des parties, il convient, à ce stade, de la soustraire à la consultation des autres parties afin de préserver le secret des affaires. Pour le même motif, il y a lieu de soustraire, à ce stade, à la consultation des autres parties, comme le sollicite la partie adverse, les offres de la société anonyme DELTA THERMIC et de la société anonyme CLOSE.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme AXIMA CONTRACTING dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Les offres des sociétés AXIMA CONTRACTING, CLOSE et DELTA THERMIC sont soustraites, à ce stade, à la consultation des parties.

Article 3.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 4.

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 5.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

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

MM. Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Yves HOUYET.