

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 228.129 du 29 juillet 2014

A.212.990/VI-20.227

En cause : **la Société privée à responsabilité limitée DEMEU-DEBRYE,**
ayant élu domicile chez
Me Pierre VAN HOOLAND, avocat,
rue Capitaine Crespel, n° 2-4,
1050 Bruxelles,

contre :

L'ORCHESTRE NATIONAL DE BELGIQUE,
en abrégé "O.N.B.",

ayant élu domicile chez
Me Dominique LAGASSE, avocat,
chaussée de La Hulpe, n° 187,
1170 Bruxelles.

Partie intervenante :

la Société privée à responsabilité limitée LUXTAX,

ayant élu domicile chez
Mes Stijn VERBEKE et
Kris WAUTERS, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 187,
1170 Bruxelles

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

Vu la demande introduite le 4 juillet 2014 par la société privée à responsabilité limitée DEMEU-DEBRYE qui tend à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution :

- " - de la décision de l'Orchestre National de Belgique prise le 26 mars 2014 sous la référence «OA-ORK13 011» (lire : OAORK 11 13) d'attribuer à la société privée à responsabilité limitée LUXTAX le marché public relatif à la livraison de service de transport terrestre d'instruments de musique à l'Orchestre National de Belgique portée à la connaissance de la requérante les 7 avril et 19 juin 2014 et,
- pour autant que de besoin, de la décision consécutive de rejeter son offre";

Vu la requête en annulation introduite le même jour;

Vu l'ordonnance du 8 juillet 2014, notifiée aux parties par télécopie, convoquant celles-ci à comparaître le 24 juillet 2014 à 9 heures 30;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu la requête en intervention introduite le 22 juillet 2014 par la société privée à responsabilité limitée (S.P.R.L.) LUXTAX qui demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en extrême urgence;

Vu les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat acquittés dans le délai prescrit;

Entendu, en son rapport, M. Jacques VANHAEVERBEEK, Président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me Michaël PILCER, loco Me Pierre VAN HOOLAND, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me Béatrice GRIBOMONT, loco Me Dominique LAGASSE, avocat, comparaisant pour la partie adverse et Me Kris WAUTERS, avocat, comparaisant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. Laurent JANS, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

1. Par un avis de marché du 22 novembre 2013, la partie adverse lance une procédure de marché public de services par appel d'offres relatif au transport terrestre d'instruments de musique, chargement et déchargement des véhicules et autres prestations connexes (réf. 2013/S 227-395314).

2. Le cahier spécial des charges précise à cet égard ce qui suit :

" Le service aura lieu sur demande, c'est-à-dire que les différentes commandes seront placées pendant la durée du contrat.

Le nombre annuel moyen est estimé à 8 transports internationaux. Cette quantité est donnée à titre d'exemple et peut varier vers un nombre plus élevé ou plus bas et peut varier d'année en année, et ceci en fonction des programmations artistiques. Le nombre de transports nationaux d'instruments de musique, de la salle de répétition à Bruxelles vers différents endroits en Flandre et en Wallonie et au Palais des Beaux-Arts varie d'année en année, et est estimé à 10 transports par mois. Ce chiffre ne peut être considéré que comme une indication".

Le marché est prévu pour une durée de quatre ans non renouvelable à compter de la date d'attribution du marché et est évalué à un montant de 160.000 EUR hors T.V.A., ce qui est supérieur aux seuils de publicité européenne.

3. Le cahier spécial des charges décrit les critères d'attribution de la manière suivante :

- " Le marché sera attribué au soumissionnaire avec l'offre économiquement la plus avantageuse, compte tenu des critères d'attribution suivants :
- 25 points : le montant total des trois exemples d'appels d'offres qui doivent être établis en fonction des annexes C à F compris;
 - 25 points : le tarif horaire du personnel en fonction de l'annexe B;
 - 15 points : le plan d'approche : une description sur A4 concernant la gestion et l'organisation du service;
 - 15 points : une description sur A4 concernant la structure et la flexibilité de l'équipe proposée ainsi que la mise en place d'une équipe back up fixe;
 - 10 points : une description sur A4 de la disponibilité et [de] la capacité prononcée de réagir rapidement aux instructions données par le fonctionnaire dirigeant;
 - 10 points : une description des services similaires proposés (comme par ex. le placement et le déplacement de pianos, d'orgues, le déménagement de petit matériel de bureau etc.)".

4. Le procès-verbal d'ouverture des soumissions renseigne que quatre offres ont été déposées.

Parmi celles-ci figurent notamment l'offre de la S.P.R.L. LUXTAX, partie intervenante, et celle de la requérante.

5. En sa séance du 22 janvier 2014, le conseil d'administration de la partie adverse évalue les différentes offres des candidats de la manière suivante :

	Luxtax	Demeu-Debrye	Actimovers	Pierson
Montant des trois exemples d'offres	25/25	20/25	20/25	10/25
Tarif horaire du personnel	15/25	25/25	20/25	10/25

Plan d'action	15/15	15/15	9/15	6/15
Structure et rapidité de l'équipe	15/15	15/15	15/15	15/15
Disponibilité	10/10	10/10	10/10	10/10
Services connexes proposés	10/10	5/10	2,5/10	2,5/10
TOTAL	90/100	90/100	76,5/100	53,5/100

Sur la base de ces résultats, le conseil d'administration de la partie adverse décide :

- " de demander des informations complémentaires à deux soumissionnaires, à savoir LUXTAX et DEMEU-DEBRYE. Et ce, en raison des questions qui se posent quant à la réalité et la réflexion sur la liste de prix et des trois exemples d'offres par rapport au planning mensuel concret de l'orchestre (et la facturation). Concrètement, il est proposé que ces deux soumissionnaires fixent un prix pour prêter le service, sur la base d'un planning mensuel et d'un nombre de personnes fixé par l'ONB".

6. Le 30 janvier 2014, la partie adverse demande aux soumissionnaires de remettre un prix relatif à un planning complémentaire joint à cette lettre pour le 10 février 2014 au plus tard : il s'agit d'un planning détaillé des déménagements programmés par la partie adverse pendant un mois.

7. Le 17 février 2014 la partie adverse établit le tableau comparatif suivant des prix complémentaires demandés aux soumissionnaires :

INFORMATIONS COMPLEMENTAIRES			
Fixation du prix	Prix net	TVA	Total
PIERSON	24.981,50	5.246,12	30.227,62
DE MEU-DEBRYE	13.695,00	2.875,95	16.570,95
ACTIMOVERS	12.850,00	2.698,50	15.548,50
LUXTAX	9.750,00	2.047,50	11.797,50

8. En sa séance du 26 mars 2014, le conseil d'administration de la partie adverse décide d'attribuer le marché à la S.P.R.L. LUXTAX.

Il s'agit de la première décision attaquée.

9. Par courriers du 2 avril 2014, la partie adverse notifie aux différents soumissionnaires sa décision d'attribuer le marché à la S.P.R.L. LUXTAX en raison du "meilleur rapport entre les prix et les services offerts".

Par courriel du 23 mai 2014, la partie adverse communique au conseil de la requérante le procès-verbal d'ouverture des offres, le tableau récapitulatif d'attribution des notes et la demande de remise d'offre sur la base d'un plan de travail détaillé de l'orchestre pendant un mois.

Par courriers du 19 juin 2014 enfin, la partie adverse adresse à la requérante, en même temps qu'aux autres soumissionnaires évincés, la décision d'attribution motivée qui comprend un extrait de la décision du conseil d'administration de la partie adverse du 22 janvier 2014 avec en annexe le procès-verbal d'ouverture des offres et la comparaison des offres et un extrait de la décision du conseil d'administration de la partie adverse du 26 mars 2014 avec en annexe la comparaison des offres faites à la suite de la demande de remise de prix complémentaire qui a été adressée à tous les soumissionnaires le 30 janvier 2014.

10. En sa séance du 14 juillet 2014, le conseil d'administration de la partie adverse remplace rétroactivement ses délibérations des 22 janvier et 26 mars 2014 par deux délibérations identiques, établies à la fois en français et en néerlandais sur la base d'un dossier établi dans les deux langues, en vertu l'article 58, alinéa 3, des lois coordonnées le 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative.

Ces deux délibérations et leurs annexes ont été notifiées à la requérante par un courrier du 15 juillet 2014;

Considérant que le 22 juillet 2014, la S.P.R.L. LUXTAX a introduit une requête par laquelle elle demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé, selon la procédure d'extrême urgence; qu'en tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure; qu'il y a lieu d'accueillir cette requête;

Considérant que la requérante déclare, à l'audience, étendre l'objet de la demande de suspension à la décision du conseil d'administration de la partie adverse du 14 juillet 2014;

Considérant que, par cette décision, le conseil d'administration de la partie adverse a remplacé rétroactivement ses délibérations des 22 janvier et 26 mars

2014 par deux délibérations, identiques, établies à la fois en français et en néerlandais; qu'il y a dès lors lieu d'accueillir la demande d'extension de la demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence à cette décision;

Considérant que la requérante prend un premier moyen de la violation des articles 17, § 1^{er}, littera B, 2^o, ou § 2, 18, alinéa 1^{er}, 19, alinéa 1^{er}, 41, § 1^{er}, 42 et 58, alinéa 1^{er} et 2, des lois coordonnées le 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative; qu'elle fait valoir qu'étant établie par un organisme public fédéral, la délibération du conseil d'administration de la partie adverse du 26 mars 2014 aurait dû être rédigée en français puisqu'il s'agit de la langue utilisée par la requérante;

Considérant que la délibération du conseil d'administration de la partie adverse du 26 mars 2014 ayant été remplacée, le 14 juillet 2014, par une délibération identique, établie en français et en néerlandais, le moyen n'a plus d'objet;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 21, 95, § 3 et 101 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des principes généraux du droit d'égalité et de non-discrimination, d'égalité entre les soumissionnaires, de transparence, de concurrence et de bonne administration, de la violation du cahier spécial des charges et du principe général *patere legem quam ipse fecisti*, du principe général de comparaison effective des offres, de l'illégalité de l'acte quant aux motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation; qu'elle soutient, dans une première branche, que les critères d'attribution fixés dans le cahier spécial des charges diffèrent de ceux effectivement pris en compte dans les décisions attaquées, alors que les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre la plus intéressante doivent être portés à la connaissance des soumissionnaires lors de la préparation de leur offre et qu'en modifiant postérieurement à l'avis de marché, soit en cours de procédure, la portée de l'un des critères d'attribution, sans que toutes les parties n'en soient nécessairement avisées, la partie adverse a violé ce principe; qu'elle fait valoir, dans une deuxième branche, que bien que totalisant, comme la partie intervenante, 90 points sur 100, et que les prix qu'elle a remis sont meilleurs que ceux de cette dernière, la partie adverse n'a pas invité les soumissionnaires concernés à présenter des propositions d'amélioration de leur offre; qu'elle soutient, dans une troisième branche, que le prix remis par la partie intervenante dans le cadre de la demande d'informations complémentaires est anormalement bas et ne respecte manifestement pas les prix qu'elle a remis dans son offre initiale (tarif horaire, kilomètres, etc.); qu'elle précise que la partie intervenante a remis un prix inférieur d'environ 25 % au prix le plus bas avant le sien, que ce prix est anormalement bas et que son offre sur

demande d'informations complémentaires est par conséquent affectée d'une irrégularité substantielle de sorte qu'elle doit être tenue pour nulle;

Considérant, sur les trois branches du moyen réunies, que l'article 101, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité est ainsi rédigé :

" Lorsque plusieurs offres, considérées comme équivalentes, sont jugées économiquement les plus avantageuses, afin de les départager, le pouvoir adjudicateur invite les soumissionnaires concernés à présenter des propositions d'amélioration de leur offre".

que par ailleurs, le cahier spécial des charges précise ce qui suit :

" Le soumissionnaire doit fournir toute l'information nécessaire permettant à l'O.N.B. d'examiner les prix offerts";

Considérant que la requérante et la partie intervenante s'étant vu attribuer le même nombre de points (90 points sur 100) à l'issue de la comparaison des offres initiales, la partie adverse leur a demandé, le 30 janvier 2014, de remettre un prix relatif à un planning complémentaire portant sur des déménagements qu'elle avait programmés pendant un mois; que cette démarche est régulière tant au regard du cahier spécial des charges, qui permet à la partie adverse de demander aux soumissionnaires de "fournir toute l'information nécessaire" pour contrôler les prix, que de l'article 101, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité qui permet au pouvoir adjudicateur de préciser l'un ou l'autre critère d'attribution ou même de proposer une variante en cas d'offres équivalentes; qu'en tant qu'il soutient que la partie adverse aurait modifié en cours de procédure les critères d'attribution, le moyen manque donc en droit; qu'il résulte de surcroît de ce qui précède que la partie adverse a bien invité sur un pied d'égalité tous les soumissionnaires à améliorer leur offre en leur demandant, par courrier du 30 janvier 2014, d'apporter des précisions complémentaires quant aux prix pratiqués au regard d'un planning mensuel; qu'en ce qu'il soutient le contraire, le moyen manque en fait; qu'enfin, l'appréciation du caractère anormal du prix offert par un soumissionnaire relève du pouvoir d'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur; qu'en l'espèce, la requérante fait valoir que la partie intervenante a remis, pour le planning complémentaire, un prix inférieur d'environ 25 % au prix le plus bas avant le sien et qu'elle ne respecte manifestement pas les prix qu'elle a remis dans son offre initiale (tarif horaire, kilomètres, etc.); que la requérante n'invoque cependant aucun élément concret qui permettrait de vérifier cette allégation; que le moyen n'est dès lors sérieux en aucune de ses branches;

Considérant que la requérante prend un troisième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de

comparaison effective des offres, de l'erreur et de la contradiction dans les motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation; qu'elle fait valoir, dans une première branche, que le motif tiré de ce que "cette décision s'est basée sur le meilleur rapport entre les prix et les services offerts" est inexact, dès lors que les prix qu'elle a remis sont largement inférieurs à ceux remis par la partie intervenante; qu'elle soutient, en outre, que la décision d'attribution ne précise pas ce qu'elle entend par "meilleur rapport entre les prix et les services offerts"; qu'elle ajoute, dans une deuxième branche, qu'il est inexact de considérer que la partie intervenante a offert le meilleur rapport entre les prix et les services offerts et qu'il paraît irrégulier que l'importante différence de prix entre les deux offres concernées n'ait pas été prise en considération dans la détermination du choix de l'offre la plus économiquement favorable; qu'elle soutient enfin, dans une troisième branche, que l'acte attaqué attribue le marché à un soumissionnaire dont l'offre n'est pas la plus intéressante au regard des critères d'attribution annoncés ou, à tout le moins, dont il n'apparaît pas que son offre soit la plus intéressante au regard de ces critères;

Considérant, sur les trois branches du moyen réunies, que contrairement à ce que fait valoir la requérante, la partie adverse a bien pris en considération, dans la détermination du choix de l'offre la plus économiquement favorable, la différence de prix entre les deux offres concernées puisque son conseil d'administration a, le 22 janvier 2014, décision confirmée le 14 juillet 2014, attribué, dans l'évaluation des différentes offres des candidats, pour le tarif horaire du personnel, 25/25 à la requérante tandis qu'elle n'attribuait que 15/25 à la partie intervenante; qu'elle a par contre attribué, pour les "services annexes proposés", une note de 10/10 à la partie intervenante, alors que la requérante n'a obtenu qu'une note de 5/10; qu'au final cependant, la requérante et la partie intervenante ont été classées à égalité, chacune ayant obtenu 90/100; que la requérante ne dirige aucun moyen contre ce classement, lequel est à l'origine de la demande complémentaire adressée aux soumissionnaires le 30 janvier 2014; que toutefois, comme cela ressort du tableau comparatif établi par la partie adverse sur cette demande complémentaire, le prix remis par la partie intervenante (9.750,00 € HTVA) est plus avantageux que celui remis par la requérante (13.695,00 € HTVA); qu'il ressort de ces différents éléments que la partie adverse a bien fait la balance entre les prix et les services offerts et qu'elle n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en attribuant le marché à la partie intervenante en considérant que son offre présentait le "meilleur rapport entre les prix et les services offerts"; que le moyen n'est sérieux en aucune de ses branches,

D E C I D E :

Article 1^{er}

La requête en intervention de la société privée à responsabilité limitée LUXTAX est accueillie dans la procédure en extrême urgence.

Article 2

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3

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 4

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations siégeant en référé, le ving-neuf juillet deux mille quatorze par :

M. Jacques VANHAEVERBEEK,	Président de chambre,
M ^{me} Cécile BERTIN,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Cécile BERTIN.

Jacques VANHAEVERBEEK.