

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 232.207 du 16 septembre 2015

G./A.213.665/VI-20.262

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
DEMEU - DEBRYE,**

ayant élu domicile chez
Me Michaël PILCER, avocat,
drève de Nivelles, n° 182/10,
1160 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.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 12 septembre 2014, la société privée à responsabilité limitée DEMEU - DEBRYE demande l'annulation de "la décision de l'Orchestre National de Belgique du 14 juillet 2014 remplaçant la décision du 26 mars 2014 attribuant le marché public de transport d'instruments de musique à la société Luxtax après en avoir constaté la nullité et la décision, subséquente, de ne pas retenir son offre".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

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 ont été acquittés dans le délai prescrit.

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

Le dossier administratif a été déposé.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 25 juin 2015, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 9 septembre 2015 à 10 heures.

M. le Conseiller d'Etat, Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Michaël PILCER, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Béatrice GRIBOMONT, *loco* Me Dominique LAGASSE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur, Laurent JANS, a été entendu en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. 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).

III. 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 euros hors taxe sur la valeur ajoutée. Les services concernés sont repris à l'annexe II A à la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Le marché se situe en dessous des seuils européens de publicité.

III. 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.).

[...]"

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

Parmi celles-ci figurent notamment l'offre de la société privée à responsabilité limitée LUXTAX, attributaire du marché, et celle de la requérante.

III. 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 :

	Luxt看	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
Description de la structure et de la rapidité de l'équipe fixe	15/15	15/15	15/15	15/15

Description de la disponibilité et capacité à réagir	10/10	10/10	10/10	10/10
Description de 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 de 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 prester le service, sur la base d'un planning mensuel et d'un nombre de personnes fixé par l'ONB".

III. 6. Le 30 janvier 2014, la partie adverse demande à tous les soumissionnaires de remettre un prix sur la base d'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.

III. 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

"

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

III. 9. Par courriers du 2 avril 2014, la partie adverse notifie aux différents soumissionnaires sa décision d'attribuer le marché à la société privée à responsabilité limitée LUXTAX. Ces courriers mentionnent que cette décision est fondée sur le "meilleur rapport entre les prix et les services offerts" de cette société.

Par courriel du 23 mai 2014, la partie adverse communique à 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.

III. 10. Par courriers du 19 juin 2014, 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.

III. 11. En sa séance du 14 juillet 2014, le conseil d'administration de la partie adverse remplace ses décisions des 22 janvier et 26 mars 2014 par deux décisions aux motifs identiques, mais établies cette-fois à la fois en français et en néerlandais sur la base de l'article 58, alinéa 3, des lois sur l'emploi des langues en matière administrative coordonnées le 18 juillet 1966.

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

La décision du 14 juillet 2014, en ce qu'elle remplace celle du 26 mars 2014, constitue l'acte attaqué.

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN SON PREMIER OBJET

IV. 1. Thèses des parties

A. Mémoire en réponse

La partie adverse considère que l'acte attaqué ne constitue pas une nouvelle décision mais la régularisation formelle sur le plan linguistique de la décision du 26 mars 2014. Elle affirme que l'acte attaqué empêcherait uniquement la requérante d'encre faire valoir la nullité de la décision prise le 26 mars 2014 sur la base des lois coordonnées sur l'emploi des langues et ne lui permettrait pas d'introduire un recours distinct contre lui.

B. Mémoire en réplique

La partie requérante indique tout d'abord que l'article 8, 3°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, impose au pouvoir adjudicateur de faire connaître les motifs de la décision d'attribution à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie. Elle expose que l'obligation de motiver ayant pour but de permettre aux destinataires de l'acte d'en comprendre la portée et d'apprécier l'opportunité d'introduire un recours à l'encontre de cette décision, il va de soi que cette décision doit être rédigée dans la langue de son destinataire, sous peine de mettre totalement à néant la portée de l'obligation ainsi faite au pouvoir adjudicateur. Elle ajoute qu'il ressort également de la jurisprudence du Conseil d'Etat que pour le soumissionnaire évincé qui demande dans un délai raisonnable la communication des motifs de la décision d'attribution, le point de départ du délai de recours ne court qu'à partir du moment où le soumissionnaire a connaissance des motifs de son éviction.

En l'espèce, la partie requérante estime qu'il ne pourrait être sérieusement considéré que la demande d'informations de la requérante au sujet de son éviction aurait été valablement rencontrée par la communication d'une décision nulle, rédigée dans une autre langue que la sienne. Elle estime que, au final, seul l'acte attaqué, adopté le 14 juillet 2014, peut être considéré comme l'informant valablement des motifs de son éviction et que considérer que cet acte ne constituerait pas un acte susceptible de recours reviendrait à mettre à néant la protection offerte par la législation en matière d'emploi des langues et celle en matière de marchés publics.

Elle précise que le fait qu'elle ait pu prendre connaissance du dossier, en français, ne dispense pas la partie adverse de faire connaître les motifs de la décision d'attribution qu'elle a adoptée, dans la langue de la requérante. La partie requérante rappelle encore que la législation sur l'emploi des langues en matière administrative est d'ordre public et que l'acte irrégulier est frappé de nullité absolue de sorte qu'il est indifférent de savoir si elle a été en mesure de critiquer ou non l'acte attaqué. A cet égard, le fait d'avoir dénoncé, dès le premier moyen de sa requête, la violation des lois coordonnées précitées, constitue une dénonciation de cette situation et un refus d'être confrontée à un acte rédigé dans une langue qui n'est pas la sienne, en sorte qu'elle n'avait pas à justifier qu'elle comprenait ou non la décision rédigée en néerlandais.

La requérante considère, en tout état de cause, qu'il ne s'agit pas d'une régularisation de pure forme car l'irrégularité dénoncée concerne également le fond. En effet, l'article 41 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative impose aux services centraux d'utiliser dans leurs rapports avec les

particuliers la langue utilisée par ces derniers. Or, en l'espèce, la partie requérante fait valoir que la partie adverse a pris, le 22 janvier 2014, la décision de demander des informations complémentaires à LUXTAX et à la requérante et que cette décision n'est rédigée qu'en néerlandais; elle note qu'il en va de même pour le planning, transmis le 30 janvier 2014, sur la base duquel les soumissionnaires à départager ont dû remettre une offre de prix. La partie requérante constate que si les décisions du 22 janvier 2014 et du 26 mars 2014 ont fait l'objet d'une régularisation le 14 juillet 2014 et ont été notifiées ensuite en français à la requérante, le planning annexé à la lettre du 30 janvier 2014 n'a, en revanche, pas fait l'objet d'une régularisation. En outre, la partie requérante expose que l'article 58, alinéa 3, des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative permet de refaire l'acte qui ne serait irrégulier que quant à la forme ; or, en l'espèce, l'irrégularité n'est pas seulement formelle mais concerne également le fond. En effet, c'est, selon elle, en application de la décision du 22 janvier 2014, et bien avant sa régularisation, que la partie adverse a demandé, le 30 janvier 2014, aux soumissionnaires, d'établir un prix sur la base d'un planning exclusivement rédigé en néerlandais, en violation des dispositions des lois coordonnées sur l'emploi des langues. Elle en conclut que cette décision du 22 janvier 2014 étant ainsi nulle, la décision d'attribution de marché, qui se fonde sur cette décision du 22 janvier 2014, avant sa régularisation, et sur ce planning, est donc illégale également.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

En adoptant lors de sa délibération du 14 juillet 2014 une décision qui "remplace" celle du 26 mars 2014, la partie adverse a fait disparaître de l'ordonnancement juridique la décision du 26 mars 2014, attaquée. Le fait que, en vertu de l'article 58, alinéa 3, des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative, la nouvelle décision du 14 juillet 2014 prend effet à la date de la première décision du 26 mars 2014 n'entraîne pas que cette décision continuerait malgré tout à exister.

En effet, sous peine de priver le soumissionnaire de la protection que lui offrent tant la législation en matière de marchés publics que celle en matière d'emploi des langues, il y a lieu de considérer les actes remplaçant les actes attaqués comme de nouveaux actes susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat à partir de leur notification.

Par conséquent, la présente requête est recevable en son premier objet.

V. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN SON SECOND OBJET

Le recours est également dirigé contre la "décision subséquente", de ne pas retenir l'offre de la requérante.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux.

La requête n'est pas recevable en son second objet.

VI. DEUXIEME MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La partie requérante soulève un deuxième moyen pris de la "violation 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, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de légitime confiance, des principes généraux du droit d'égalité et de non-discrimination et d'égalité entre les soumissionnaires, des principes généraux du droit de transparence, de concurrence et de bonne administration, du principe général de comparaison effective des offres, de la violation des formes substantielles et de l'excès de pouvoir".

Elle rappelle que l'article 101, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité prévoit que:

" 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. Dans ce cas, les articles 50, alinéa 2, 3°, 51, § 2, 57 et 90 à 94 sont applicables.

Si par la suite subsistent encore des offres équivalentes, le pouvoir adjudicateur procède à un tirage au sort auquel les soumissionnaires concernés sont invités. Un procès-verbal de ce tirage est dressé conformément à l'article 93".

La requérante relève que la partie adverse, dans sa décision du 22 janvier 2014, n'a pas constaté être en face de deux offres équivalentes. Elle affirme simplement qu'il y a lieu de demander des informations complémentaires à LUXTAX et DEMEU DEBRYE; qu'elle n'affirme nulle part qu'il y a lieu de faire application de l'article 101, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et qu'elle ne demande pas une amélioration de l'offre aux soumissionnaires concernés, comme l'exige l'article 101, § 3, précité. Elle en tire diverses conséquences qu'elle expose dans trois branches.

Dans une première branche, la requérante estime qu'il convenait pour la partie adverse de constater l'équivalence des offres des deux sociétés concernées, et de demander une proposition d'amélioration des offres et que les motifs invoqués dans la décision "du 22 janvier 2014" ne sont donc pas pertinents. Elle estime dès lors que cette décision viole l'article 101, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et la loi du 29 juillet 1991.

Dans une deuxième branche, la requérante fait valoir que la demande, faite le 30 janvier 2014, d'un nouveau devis à titre d'informations complémentaires, ne peut se comprendre que comme l'ajout d'un nouveau critère d'attribution, non prévu par le cahier spécial des charges. Or, dès lors que le pouvoir adjudicateur a fixé, dans le cahier spécial des charges, les critères d'attribution, il doit s'y tenir et les appliquer et il ne lui est pas permis, sous peine de violer notamment le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, d'examiner ensuite les offres au regard d'un autre critère d'attribution, non connu des soumissionnaires au moment où ils déposent leur offre. Elle indique également qu'en ne demandant pas une amélioration des offres sur la base de l'article 101, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, l'acte attaqué viole les dispositions et principes visés au moyen.

Dans une troisième branche, la requérante estime que si la demande d'informations complémentaires de la partie adverse devait toutefois se comprendre comme une demande d'amélioration des offres des soumissionnaires, il y aurait lieu de constater qu'en écrivant, dans sa lettre du 30 janvier 2014 qu'elle souhaitait obtenir l'établissement d'un prix sur la base d'un planning à titre d'informations complémentaires, la partie adverse a induit en erreur les soumissionnaires, en particulier la requérante, qui n'a pas compris - et ne pouvait pas comprendre - qu'on l'invitait à améliorer son offre. La requérante indique avoir formulé une proposition de

prix, pour le planning, sur la base de ceux proposés par elle pour les trois exemples établis dans le cadre du premier critère d'attribution, sans améliorer son offre pour ce planning complémentaire. Or, si la partie adverse avait clairement indiqué dans sa lettre qu'elle souhaitait une amélioration de l'offre, la requérante aurait réfléchi à une proposition qui lui aurait permis de rendre un prix plus compétitif pour le planning demandé. La requérante estime que la partie adverse a influencé son offre et le prix qu'elle pouvait proposer pour le planning complémentaire, qu'elle l'a privé d'une chance importante de se voir attribuer le marché, et a conduit à une comparaison faussée de son offre avec celle de la société LUXTAX. Elle estime qu'un tel comportement de la partie adverse viole le principe de concurrence et que le principe d'égalité entre les soumissionnaires est également violé dès lors que la société LUXTAX, peut-être mieux renseignée, a pu proposer un prix plus compétitif pour le planning complémentaire. De plus, en vertu du principe de bonne administration et du principe de légitime confiance, la requérante s'est naturellement fiée à la demande du pouvoir adjudicateur qui réclamait, dans sa lettre, un nouveau devis sur la base d'un planning et non une amélioration de l'offre.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité de la première branche du moyen, en ce qu'elle est dirigée contre une autre décision que celle qui fait l'objet du présent recours.

A titre subsidiaire, sur les deux premières branches du moyen, la partie adverse fait valoir que l'article 101, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques implique que, lorsque deux soumissionnaires remettent des offres équivalentes, le pouvoir adjudicateur puisse leur proposer une variante aux critères fixés initialement dans le cahier spécial des charges ou leur demander de préciser l'un ou l'autre des critères d'attribution. Elle indique que le cahier spécial des charges précise que "le soumissionnaire doit fournir toute l'information nécessaire permettant à l'O.N.B. d'examiner les prix offerts" et que le même cahier a également précisé que la rédaction des trois exemples d'offres (premier critère) visait à permettre à la partie adverse d'évaluer le deuxième critère d'attribution relatif au tarif horaire. Elle expose encore que dans sa décision du 22 janvier 2014, l'O.N.B. s'est référée au résultat de l'évaluation des offres qui figure dans le tableau de comparaison des offres annexé à la décision et dont il ressort que la société LUXTAX et la requérante se sont vu attribuer le même nombre de points (90 points sur 100). La société LUXTAX a remis un meilleur prix dans le cadre de l'examen pratiqué dans le cadre de trois cas concrets (soit le premier critère d'attribution) et une meilleure offre pour les services similaires proposés (soit le

sixième critère d'attribution), tandis que les tarifs horaires du personnel de la requérante sont en partie plus avantageux (soit le deuxième critère d'attribution). Il est donc inexact, selon elle, d'écrire que la décision du 22 janvier 2014 n'aurait pas constaté que les offres de la requérante et de LUXTAX obtenaient le même nombre de points à la suite de la comparaison des offres. La décision du 22 janvier 2014 a également constaté que des questions 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 de la facturation)". La partie adverse se posait donc des questions sur la mise en œuvre des tarifs dans le cadre des trois exemples d'offres. En effet, alors que la requérante avait des tarifs horaires apparemment plus bas que ceux de la société LUXTAX, elle avait remis des prix moins avantageux que ceux de cette société pour leur mise en œuvre dans les cas concrets. Devant choisir l'offre économiquement la plus avantageuse parmi ces deux offres équivalentes, la partie adverse a invité sur pied d'égalité tous les soumissionnaires à lui fournir des informations complémentaires quant aux prix pratiqués en faisant une proposition d'établissement de prix sur la base d'un autre cas concret - à savoir d'un planning mensuel détaillé - et donc au regard du 1^{er} critère d'attribution (courrier du 30 janvier 2014). Sur la base des informations obtenues auprès de tous les soumissionnaires, la partie adverse a considéré le 26 mars 2014, en se fondant sur les critères d'attribution et compte tenu des précisions apportées ensuite par les différents soumissionnaires quant aux prix pratiqués, que l'offre de la société LUXTAX constituait logiquement l'offre économiquement la plus avantageuse, puisque ce soumissionnaire a obtenu 90 points sur 100 au regard des critères d'attribution et que les précisions apportées dans le cadre de la réalisation d'un planning mensuel démontrent que cette société pratique les meilleurs prix. La partie adverse estime que cette façon de procéder peut certainement se fonder sur le cahier spécial des charges et l'obligation faite aux soumissionnaires de fournir toutes les informations nécessaires en matière de prix. Elle considère que cette demande, faite à tous les soumissionnaires, d'informations complémentaires quant aux prix pratiqués en faisant une proposition d'établissement de prix sur la base d'un autre cas concret rentre aussi dans la notion d'amélioration de l'offre au sens de l'article 101, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et qu'il ne s'agit pas d'une modification des critères d'attribution en cours de procédure puisqu'elle est uniquement une demande de précisions dans le cadre du premier critère dont l'objet est d'apprécier la mise en œuvre des tarifs dans des cas concrets de transport d'instruments de l'orchestre. Elle rappelle que l'arrêt n° 228.129 du 29 juillet 2014 a d'ailleurs constaté qu'il n'y avait pas eu de modification des critères d'attribution en cours de procédure et 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 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".

Elle conclut au non-fondement des première et deuxième branches du moyen.

Sur la troisième branche, la partie adverse argue que tous les soumissionnaires ont reçu le même courrier leur demandant des informations complémentaires quant aux prix pratiqués au regard d'un planning mensuel, que la demande était claire et ne sous entendait rien d'autre que de faire une proposition de prix pour un autre cas concret de transport d'instruments de musique (planning mensuel) dans le cadre du 1^{er} critère. Elle estime que l'affirmation selon laquelle la société LUXTAX aurait été "mieux renseignée" est tout à fait gratuite et l'on n'aperçoit pas sur quoi aurait pu porter ce "meilleur renseignement". Elle ajoute qu'il s'agissait uniquement pour la partie adverse de disposer de précisions complémentaires dans la mise en œuvre des tarifs des soumissionnaires dans des cas concrets de transport.

C. Mémoire en réplique

Dans son mémoire en réplique, en réponse à l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse, la requérante indique que l'acte attaqué, en son point 1, se réfère explicitement à la décision du 22 janvier 2014 concernant la demande d'informations complémentaires aux soumissionnaires, et qu'il est fondé sur cette décision et sur les informations complémentaires obtenues sur la base du planning. La requérante estime qu'elle est par conséquent fondée à se prévaloir de l'illégalité d'une décision sur laquelle se fonde l'acte attaqué, en sorte que la première branche du moyen est recevable.

Sur les deux premières branches du moyen, elle fait observer que le tableau de comparaison des offres n'est pas l'annexe de la décision du 22 janvier 2014 et que l'annexe à cette décision est le résultat de l'ouverture des offres du 17 janvier 2014. Elle soutient que, quand bien même le tableau comparatif des offres aurait été annexé "à la décision litigieuse", il aurait encore fallu que le conseil d'administration de la partie adverse s'y réfère dans la décision du 22 janvier 2014 "en faisant sienne la position adoptée dans le document auquel il se réfère en exerçant son pouvoir d'appréciation". Elle estime que l'existence de ce tableau ne dispensait en effet pas la partie adverse de motiver, dans sa décision, ce classement et de constater l'équivalence de deux offres.

La partie requérante fait encore valoir que la manière dont a procédé la partie adverse ne rentre pas dans la notion d'amélioration de l'offre au sens de l'article 101, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et que la partie adverse n'a pas invité les soumissionnaires concernés à améliorer leur offre mais les a invités à fournir des informations complémentaires sur la base d'un planning.

Sur la troisième branche, elle observe que la lettre en néerlandais est probablement un peu plus claire que la lettre rédigée en français, en sorte que la société LUXTAX a pu proposer un prix plus compétitif. Elle relève, ainsi, que dans le courrier en français, on parle de "proposition" alors que dans la lettre en néerlandais, il est fait mention de "bijkomende voorstellen". Outre l'usage du pluriel, elle estime que le terme "bijkomende" (complémentaires) permet de comprendre que la première offre rentrée est insuffisante. Elle relève, par ailleurs, que dans la lettre en français on parle d'"établissement de prix" alors que dans la lettre en néerlandais, il est fait mention de "prijsbepaling (offerte)", cette dernière précision "offerte", même entre parenthèses, permettant d'encore mieux comprendre qu'on est invité à (re)formuler une nouvelle offre.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse indique qu'il "est donc contraire aux pièces du dossier d'écrire que la partie adverse aurait à ce moment constaté simplement l'équivalence des offres de la requérante et de la société privée à responsabilité limitée LUXTAX : si la comparaison des offres leur donnait le même nombre de points, elle posait des questions concernant la mise en œuvre des prix dans le cadre du premier critère (exemples d'offres), en vue seulement d'obtenir des précisions sur l'offre des soumissionnaires". Elle précise qu'elle "ne demandait pas une amélioration des tarifs proposés ; elle a uniquement demandé une remise de prix pour un cas concret complémentaire dans le cadre du premier critère d'attribution".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Sur la deuxième branche du moyen

L'article 101, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit que :

" § 3. 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. Dans ce cas, les articles 50, alinéa 2, 3°, 51, § 2, 57 et 90 à 94 sont applicables.

Si par la suite subsistent encore des offres équivalentes, le pouvoir adjudicateur procède à un tirage au sort auquel les soumissionnaires concernés sont invités. Un procès-verbal de ce tirage est dressé conformément à l'article 93".

Ni les éléments du dossier, ni les explications fournies par la partie adverse dans les écrits de procédure ne permettent de saisir si la partie adverse entendait faire usage de cette disposition en demandant à tous les soumissionnaires d'établir un prix sur la base d'un autre cas concret, portant sur un planning de prestations à effectuer sur une période d'un mois.

Si la partie adverse entendait faire application de l'article 101, § 3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, elle devait alors limiter sa demande aux deux soumissionnaires concernés et les informer clairement de l'objet de sa demande. Or, en demandant le 30 janvier 2014, dans un courrier portant la mention "informations complémentaires" et adressé à tous les soumissionnaires, d'établir un prix sur la base d'un autre cas concret, le pouvoir adjudicateur n'a non seulement pas limité sa demande aux deux soumissionnaires ayant fait une offre équivalente, mais il n'a pas non plus indiqué qu'il souhaitait une proposition d'amélioration des offres.

Si la partie adverse n'entendait, en revanche, pas faire application de l'article 101, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, alors il convient d'apprécier si elle n'a pas, en réalité, mis en œuvre un mécanisme visant à départager deux offres équivalentes sans respecter les conditions de cet article.

La partie adverse soutient s'être limitée à demander des informations complémentaires dans le cadre du premier critère. Celui-ci est formulé comme suit : "25 points: le montant total des trois exemples d'appels d'offre qui doivent être établis en fonction des annexes C à F compris". Ces trois exemples concernent des prestations à effectuer sur une période de quelques jours. Dans son courrier du 30 janvier 2014, la partie adverse demande aux soumissionnaires d'établir un prix pour un autre cas concret, portant cette fois sur un planning mensuel et un nombre de personnes fixé par l'O.N.B. Elle n'a toutefois pas utilisé les réponses des soumissionnaires pour revoir l'évaluation de l'ensemble des candidats au regard de ce critère ou d'autres critères, telle qu'elle ressortait du rapport du 22 janvier 2014, mais s'en est servi pour dresser un second tableau comparatif, distinct du premier rapport d'évaluation. Les informations recueillies n'ont donc pas servi à préciser le premier critère, comme semble le soutenir la partie adverse, mais à créer un nouveau tableau comparatif. En procédant de la sorte, la partie adverse a complété le classement par l'ajout d'un nouveau critère de comparaison des offres. La circonstance que ce

nouveau critère n'a pas été utilisé pour revoir le classement de toutes les offres suffit à démontrer qu'il n'avait pas d'autre objet que de départager la partie requérante et la société LUXTAX.

Or, l'ajout d'un nouveau critère, quelle que soit l'appellation que lui donne le pouvoir adjudicateur, ne figure pas parmi les possibilités qui lui sont offertes lorsqu'il se trouve en présence de deux offres qu'il a considérées comme équivalentes et jugées économiquement les plus avantageuses. En effet, l'article 101, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité délimite strictement la marge de manœuvre dont il dispose en pareil cas et ne l'autorise qu'à demander une amélioration de leur offre aux soumissionnaires concernés.

B. Sur la troisième branche du moyen

Le courrier du 30 janvier 2014 est intitulé "informations complémentaires" et demande l'"établissement de prix sur base du planning en annexe". Comme indiqué dans le cadre de l'examen de la deuxième branche du moyen, la partie adverse n'a nullement indiqué dans ce courrier son souhait de voir les soumissionnaires consultés améliorer leurs offres, si telle était son intention. En outre, il n'est pas contesté que les soumissionnaires n'étaient pas en possession du rapport d'analyse des offres du 22 janvier 2014, lequel n'avait pas été communiqué en même temps que le courrier du 30 janvier 2014, en sorte qu'ils n'étaient même pas informés que deux offres avaient obtenu le maximum des points attribués. Partant, les soumissionnaires n'ont pas été à même de connaître la réelle intention du pouvoir adjudicateur, qui était de toute évidence de départager la partie requérante et la société LUXTAX, ni de répondre à cette demande en connaissance de cause.

Le deuxième moyen est fondé en ses deuxième et troisième branches.

Il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens qui ne pourraient conduire à une annulation aux effets plus étendus.

VII. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie requérante sollicite que lui soit octroyée une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros. La partie adverse n'oppose aucun argument à cette demande.

Il y a lieu de faire droit à la demande de la partie requérante et de fixer l'indemnité de procédure à son montant de base, soit 700 euros.

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

Article 1^{er}.

Est annulée la décision de l'Orchestre National de Belgique du 14 juillet 2014 remplaçant la décision du 26 mars 2014 attribuant le marché public de transport d'instruments de musique à la société LUXTAX.

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie requérante, à la charge de la partie adverse.

Article 4.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le seize septembre deux mille quinze par :

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat,
Serge BODART,	Conseiller d'Etat,
M ^{me} Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.