

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

n° 248.823 du 3 novembre 2020

A. 231.931/VI-21.880

En cause :

la société à responsabilité limitée AQ RATE,
ayant élu domicile chez
M^{es} Maxime CHOMÉ et
Charles-Henri de LA VALLÉE POUSSIN,
avocats,
place Eugène Flagey 7
1050 Bruxelles,

contre :

**la SOCIÉTÉ NATIONALE DES CHEMINS DE FER
BELGE,** en abrégé « SNCB »,
ayant élu domicile chez
M^{es} Barteld SCHUTYSER, Robin MEYLEMANS et Gauthier
VLASSEN BROECK, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles

Partie requérante en intervention :

la société à responsabilité limitée PROFACTS,
ayant élu domicile chez
M^e Dirk VAN HEUVEN, avocat,
Cogels Osylei 61
2600 Antwerpen

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 octobre 2020, la SRL AQ Rate demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision adoptée par la partie adverse le 16 septembre 2020, par laquelle celle-ci décide d'écarter l'offre de la requérante et d'attribuer le lot "Méthode quantitative" du marché "Market Research" à l'opérateur économique Homo Sapiens Sapiens, et le lot "Méthode mixte" du même marché à l'opérateur économique Profacts ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 5 octobre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 23 octobre 2020.

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

Par une requête introduite le 15 octobre 2020, la SRL Profacts demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Charles-Henri de La Vallée Poussin, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Robin Meylemans et Gauthier Vlassenbroeck, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Dirk Van Heuven, avocat, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles à la demande

1. La partie adverse publie un avis de marché au *Bulletin des adjudications* le 12 septembre 2019 ainsi qu'au *Journal officiel de l'Union européenne* le 17 septembre 2019. L'objet du marché, qui porte le titre « MARKET RESEARCH - Études quantitatives - Études qualitatives - Méthode mixte » y est décrit comme suit :

- « La SNCB souhaite conclure un ou des accord(s)-cadre(s) pour des services d'études de marché en 3 lots :
 - Études quantitatives (cela comprend les sondages en ligne, téléphoniques et en face à face)
 - Études qualitatives (cela comprend des groupes de discussion, des pré-tests (pour les campagnes de pub) et des entretiens approfondis

- Méthode mixte (cela inclut des études qui comportent à la fois une étude de marché quantitative et qualitative, par exemple : groupes de discussion et sondage en ligne)
- Veuillez préciser le(s) lots auxquels vous voulez participer ».

Le marché est conclu selon la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, visée à l'article 120 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

En ce qui concerne les critères de sélection relatifs à la capacité économique et financière, l'avis de marché renvoie au point 4.2. du guide de sélection, lequel prévoit ce qui suit :

- « 4.2. Capacité économique et financière
- Les informations concernant le chiffre d'affaires, l'inscription sur un registre professionnel (le cas échéant) et l'assurance contre les risques professionnels (le cas échéant) doivent être prévues dans la partie IV A et IV B du Document Unique de Marché Européen (DUME). L'opérateur économique peut annexer les autres informations demandées à ce document.
- Critères de sélection concernant la capacité économique et financière :
- La SNCB vérifiera la solvabilité du candidat auprès d'une agence de notation (Dun & Bradstreet ou Creditsafe); la candidature ne sera pas retenue si le candidat n'est pas solvable ou a un profil de risque inférieur à la moyenne suivant cette agence de notation (c'est-à-dire si le candidat a un des indices suivants : "Dun & Bradstreet Risk Indicator" de 4 ou "Creditsafe Score" de D ou E).
 - Dans sa demande de participation, le soumissionnaire fournira un exemplaire du rapport annuel relatif au dernier exercice écoulé.
 - Chiffre d'affaires minimum de 150.000 EUR/an par lots ».

2. Douze opérateurs économiques, dont la requérante, ont déposé une demande de participation. Toutes les candidatures ont été retenues. Le 21 octobre 2019, la partie adverse consulte, une première fois, l'agence de notation CreditSafe qui attribue à la requérante un score (satisfaisant) de C.

Les douze candidats sont invités à remettre une offre pour le 23 janvier 2020, à 10h00.

3. Dix offres sont reçues dans les délais pour l'ensemble des trois lots ou pour certains lots seulement.

Une première décision motivée d'attribution adoptée le 12 juin 2020 renseigne que l'offre de la requérante obtient le meilleur score pour le lot 1 « Études quantitatives » et le 3^{ème} meilleur score pour le lot 3 « Méthode mixte », mais qu'elle est exclue car elle « ne satisfait plus aux critères de sélection ».

Il ressort du dossier administratif que, préalablement à la décision d'attribution, la partie adverse a vérifié que les soumissionnaires satisfaisaient

toujours aux critères de sélection relatifs à la capacité économique et financière et requis, à cette fin, une deuxième analyse de Creditsafe. Cette analyse, datée du 26 mai 2020, attribue à la requérante un score (non satisfaisant) de D.

En conséquence, la partie adverse attribue le lot 1 « Études quantitatives » au soumissionnaire qui a obtenu le 2^{ème} meilleur score, la société Homo Sapiens Sapiens. Quant au lot 3 « Méthode mixte », il est attribué à la partie intervenante.

4. À la réception de cette décision, la requérante prend contact avec la partie adverse pour obtenir des explications. Par un courriel du 17 juin 2020, la partie adverse apporte la réponse suivante :

« [...] Comme discuté par téléphone, nous devons vérifier que le soumissionnaire classé au 1^{er} rang satisfait toujours aux critères de sélection avant l'attribution. Malheureusement ce n'était plus le cas pour ce critère : Critères de sélection concernant la capacité économique et financière :
- La SNCB vérifiera la solvabilité du candidat auprès d'une agence de notation (Dun & Bradstreet ou Creditsafe); la candidature ne sera pas retenue si le candidat n'est pas solvable ou a un profil de risque inférieur à la moyenne suivant cette agence de notation (c'est-à-dire si le candidat a un des indices suivants : "Dun & Bradstreet Risk Indicator" de 4 ou "Creditsafe Score" de D ou E).
Le 26 mai nous avons vérifié votre score "Creditsafe" et celui-ci était descendu à D (il était de C en octobre 2019).
Ci-joint le rapport de notation Creditsafe.
N'hésitez pas à me contacter si vous voulez en discuter plus en détail.
[...] ».

5. Par un courriel du 18 juin 2020, la requérante s'adresse directement à Creditsafe dans ces termes :

« [...] La société AQ Rate que je représente a remporté un marché public de la SNCB dont vous trouverez le rapport d'évaluation en pièce jointe. Notre offre est arrivée en 1^{ère} position au total des critères d'évaluation définis dans le cahier des charges.
Le problème c'est que le marché ne nous a finalement pas été attribué car "[l]e soumissionnaire AQ Rate est exclu car ne satisfaisant plus aux critères de sélection...".
Renseignements pris auprès de la personne responsable du marché auprès de la SNCB, il s'avère que notre offre a été écartée sur base du rapport de solvabilité que la SNCB a consulté auprès de vos services (voir *email* de la SNCB ci-dessous et votre rapport de solvabilité ci-joint) et qui indique que, selon votre méthode de calcul, notre note de solvabilité est passée de 57 à 56 et notre score de C à D
Or, il s'avère qu'il y a une erreur dans les chiffres renseignés dans ce document : Creditsafe nous attribue pour le dernier exercice fiscal qui s'est clôturé au 31/03/2019, un montant de fonds propres en négatif de -98.398€ alors que les fonds propres déclarés dans notre bilan envoyé à la BNB affiche un montant positif de 459.798€.
Ce chiffre de -98.398€ de fonds propres est une erreur de retranscription des données bilantaires de la part de Creditsafe car dans notre bilan déposé à la BNB ainsi que dans un rapport d'évaluation d'une autre agence de notation

(Companyweb) que vous trouverez en pièces jointes, le montant des fonds propres au 31/03/2019 est bien de 459.798€.

Je vous prie donc de vérifier et corriger ce chiffre dans votre base de données et de recalculer le score qui nous concerne dans les plus brefs délais.

J'attends dès lors que vous me communiquiez, ainsi qu'à la personne responsable du marché auprès de la SNCB, le plus rapidement possible le résultat de la note et du score corrigés

Vous comprendrez que l'enjeu est capital puisque le préjudice potentiel que votre erreur pourrait nous causer s'élève à 675.000€, sans compter d'autres marchés publics dont nous avons peut-être été écartés à cause de votre erreur.

Il en va donc de votre responsabilité de corriger cette erreur et d'en informer la SNCB au plus vite afin de nous rétablir dans notre bon droit pour l'attribution de ce marché.

Je compte sur votre prompt et entière collaboration pour résoudre ce problème avec l'urgence qu'il requiert.

[...] ».

6. Par un courriel du 23 juin 2020, la partie adverse prend contact avec Creditsafe pour relayer la demande de la requérante et l'inviter à y répondre.

7. Par deux courriels du 24 juin 2020, Creditsafe confirme que son rapport ne contient aucune erreur de calcul et que le score donné par Creditsafe reflète bien la situation financière dans laquelle se trouve la requérante.

Le premier courriel, envoyé à la partie adverse, est rédigé comme il suit :

« [...]

De score die wij gegeven hebben van 56 is wel degelijk correct en herberekend op basis van zijn laatste neergelegde cijfers in de maand november 2019. Wij hebben die herrekening gedaan maar met een negatief eigen vermogen van -98 K kunnen wij geen limiet toekennen. Het netto eigen vermogen is de basis van de terugbetalingscapaciteit van een onderneming en als die negatief is kan dit zware gevolgen hebben en dit niet alleen op vlak van solvabiliteitsberekening maar ook wettelijk komen zij normaal gezien in de alarmbelprocedure van de overheid zouden kunnen belanden.

[...]

Uit de samenvatting kunt u ook reeds enkele zaken afleiden.

Zij komen van een score 68 in 2018 maar met de neergelegde cijfers zijn zij onder de solvabiliteitsgrens van 60 gezakt.

Uiteraard kijken wij alvast uit naar de nieuwe cijfers die in principe eind oktober zouden moeten gepubliceerd worden.

Ik heb de cijfers van de neergelegde jaarrekening vergeleken en wij zijn in het bezit van de laatste neergelegde cijfers ».

Le second courriel de CreditSafe, adressé à la requérante, a le contenu suivant :

« [...]

Nous vous assurons de toute notre compréhension face à cette situation et que nous attachons une grande importance à la qualité de nos produits et à la satisfaction de nos partenaires.

Pour votre information, notre score est composé de 23 éléments qui sont +/- divisés en 2 parties à savoir des éléments financiers (données antérieures) et des éléments non financiers (données actuelles). Nous obtenons ces informations par une analyse faite par nos spécialistes, ils font un screening de toutes les faillites et

vont à la recherche de facteurs en commun. Ces éléments sont testés sur base de l'historique pour déterminer la prévisibilité, les éléments plus significatifs feront dès lors partie de la carte de score.

Une société "saine" qui réunit les mêmes critères qu'une autre entreprise ayant déposé son bilan peut parfaitement continuer son activité. Cependant, son évaluation pourra être statistiquement pondérée par nos calculs de probabilité, qui prennent en compte à la fois les données intrinsèques et le contexte sectoriel.

Nous pouvons prévoir 81,7% des faillites 12 mois à l'avance en leur donnant un score inférieur à 60 (= seuil de solvabilité) et une limite de crédit de 0.

20% de la population a en ce moment un score inférieur à 60/100. C'est parmi cette population que nous parvenons à prévoir 81,7% des faillites 12 mois à l'avance.

Voici les facteurs négatifs qui ont été constatés dans votre dernier bilan et ont influencé votre score:

- Une décroissance enregistrée de 31% sur l'actif
- Une diminution de 44% de la valeur disponible
- Dans le dernier bilan le fonds de roulement est négatif
- Dans le dernier bilan la valeur nette est négative

Par ailleurs, les fonds propres nets correspondent à la somme des avoirs des actionnaires moins le total des actifs incorporels, ce qui représente la valeur totale immédiate de l'entreprise et se calcule de la manière suivante:

CAPITAUX PROPRES (459.798€) - Immobilisations incorporelles (558.195€) = -98.397€

Il convient de noter que les informations et les données mises à disposition sur notre site web ne sont fournies qu'à titre indicatif et ne constituent, en aucun cas, une garantie.

Je vous invite à prendre connaissance avec nos conditions générales que vous trouverez sur notre site <https://www.Creditsafe.com/be/fr/produit/conditions-generales/conditions-generales.html>

Nous nous trouvons bien entendu à votre disposition pour toute question supplémentaire.

[...] »

8. Le même jour, le comptable de la requérante envoie un courriel à CreditSafe, adressé en copie à la partie adverse, pour contester une nouvelle fois l'analyse de l'agence de notation. Ce courriel est rédigé comme il suit :

« [...]

Je vous reviens [...] concernant l'analyse qui nous oppose en ma qualité d'actuel gestionnaire de dossier et d'ancien Credit Controller de gestion au sein de la multinationale PROXIMEDIA, partenaire de vos services et, principalement (à l'époque), de vos concurrents GRAYDON.

Nous sommes entendus de votre décharge de responsabilité quant à l'interprétation de vos rapports. Néanmoins, vous êtes responsables de leurs contenus.

Premièrement, vos allégations diffamantes et insultantes d'une probable faillite à venir de la société AQ Rate sont inacceptables. Simplement parce que vous établissez votre rapport sur base des états financiers d'une société qui publie en microschéma, soit avec une information réduite à son minimum et avec 8 mois de retard [clôture Mars → Publication novembre] !

Ensuite, une prédiction de 81,7% signifie une erreur sur cinq analyses ! Personnellement, je ne fais pas confiance à un médecin qui se trompe une fois sur cinq... Votre rapport risque présentement de porter de graves préjudices à la PME dont nous parlons.

La diminution des actifs s'explique simplement par la dépréciation naturelle des immobilisés et la fusion silencieuse des entités dont AQ Rate possédait les parts sociales sous la rubrique 28. Immobilisations financières. Fusions (cf. BCE

Public Search) desquelles découle un *goodwill* en diminution par disparition des comptes-courants de la société absorbante.

Déduire les immobilisations incorporelles des capitaux propres est une pratique singulière voire cavalière puisqu'elle ne fait pas sens ! En effet, la communauté d'analystes financiers ne s'entend déjà pas sur la déduction, ou non, des frais d'établissements pour le calcul de l'actif Net.

Vous augmentez le niveau des critères en déduisant les Immobilisations Incorporelles (Brevets, Logiciels, Licences, Frais de développement, etc...). Autant d'actifs qui ont, pour certaines entreprises, une valeur Capitale !

Non, l'entreprise n'a pas de fonds propres négatifs ! Elle dispose même d'un bénéfice reporté. Elle n'est pas en procédure de sonnette d'alarme prévue par l'ancien code des sociétés aux articles 332 et 333.

La position de trésorerie, hormis pour un usage en temps réel en interne, à moins d'être négative, n'est jamais un élément déterminant dans une analyse financière en raison de sa volatilité. Il suffit d'émettre une facture dans les 15 jours qui suivent la date de la clôture (délai légal en matière TVA) et que celle-ci soit payée au comptant, pour voir sa situation significativement modifiée.

De plus, une immobilisation trop importante de liquidité connote une mauvaise gestion ! De l'argent qui dort ne génère aucun profit !

Le Fonds de Roulement Net (FRN) ne s'interprète pas de façon isolée, mais bien au regard du Besoin en Fonds de Roulement (BFR) afin d'interpréter la position de trésorerie par différence. Ainsi :

- FRN [(10/15 + 16 + 17) - (20/28 + 29)] est négatif de 16.680 EUR (Pas Bon)

- BFR [(3 + 40/41) - (44 + 46 + 47/48)] est négatif de 46.288,41 EUR (Bon)

Ce besoin négatif vient donc compenser le manque de Fonds de Roulement générant un excédent de trésorerie de 29.609,30 EUR.

Vous avez sorti les chiffres de leur contexte pour justifier le manque d'objectivité de votre mauvaise notation !

Enfin, la "valeur nette" est un ratio dont, mes collègues et moi-même n'avons, tout au long de nos formations, séminaires et études, jamais entendu parler...

Je suppose dès lors qu'il s'agit d'un opaque ratio modélisé par vos soins.

Au regard de ce qui précède, afin de prévenir un important préjudice pour mon client en raison de 1 point ! (57 à 56...), je vous demande de réviser votre rapport.

Celui-ci émet une réserve incompréhensible et disqualifie injustement la société AQ Rate dans l'attribution de marché public en raison d'une lecture erronée et incomplète (Restreinte - Schéma publié) de son bilan.

Je vous remercie pour votre compréhension et reste à votre entière disposition.

[...] ».

9. Dans un courriel du 25 juin 2020 adressé cette fois directement à la partie adverse, la requérante renvoie aux contestations transmises la veille par son comptable. Elle joint, en outre, le rapport de l'agence de notation « Dun & Bradstreet », également visée dans le guide de sélection, qui lui attribue le (meilleur) score de 1 et duquel il ressort que la société requérante « obtient un excellent score de solvabilité de 97 », tandis que « le risque de faillite dans les 12 prochains mois est considéré [...] comme faible avec une probabilité de 0,05% ». La requérante invite, sur cette base, la partie adverse à retirer sa décision d'attribution.

10. Par une requête datée du 2 juillet 2020, un autre soumissionnaire évincé, la société [I.], demande la suspension de la décision d'attribution du 12 juin 2020, qui est retirée, le 7 juillet 2020, par la partie adverse.

11. Le 16 septembre 2020, la partie adverse adopte une nouvelle décision d'attribution du marché litigieux, qui exclut une nouvelle fois l'offre de la requérante sur la base des considérations suivantes :

« Le lot "Méthode quantitative"

Le guide de sélection prévoit des critères de sélection concernant la capacité économique et financière. Un des critères est la solvabilité du candidat auprès d'une agence de notation (Dun & Bradstreet ou Creditsafe). Le guide de sélection prévoit que la candidature ne sera pas retenue si le candidat n'est pas solvable ou a un profil de risque inférieur à la moyenne suivant cette agence de notation (c'est-à-dire si le candidat a un des indices suivants : "Dun & Bradstreet Risk Indicator" de 4 ou "Creditsafe Score" de D ou E).

Comme le prévoit le guide de sélection, nous avons vérifié que la firme ayant le score le plus élevé satisfait toujours aux critères de sélection au moment de l'attribution. Dans le cas d'AQ Rate, leur score Creditsafe ne satisfait plus aux critères de sélection (score D ou E) et de ce fait nous devons exclure cette firme.

Avant de prendre cette décision nous avons demandé une nouvelle analyse de la part de Creditsafe qui confirme son score, raison pour laquelle nous restons sur notre position d'exclure cette firme.

Les scores ont été recalculés en excluant l'offre d'AQ Rate. Le soumissionnaire obtenant le meilleur score est Homo Sapiens Sapiens. Ce soumissionnaire est solvable et leur score Creditsafe satisfait aux critères de sélection.

L'offre retenue pour le lot "Méthode quantitative" est celle d'Homo Sapiens Sapiens.

Le lot "Méthode mixte"

L'offre retenue pour le lot "Méthode mixte" est celle de Profacts.

La firme AQ Rate ne satisfaisant plus aux critères de sélection, leur offre n'a pas été prise en compte pour le lot Méthode mixte ».

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 15 octobre 2020, la SRL Profacts demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire du marché litigieux (lot 3), elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité du recours

V.1. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante soutient que le moyen unique et donc également le recours seraient irrecevables pour ce qui concerne le lot 3 « Méthode mixte » du marché litigieux qui lui a été attribué, dès lors que l'offre de la requérante pour ce lot ne pourrait être classée en ordre utile même si elle était sélectionnée. Elle relève que

si l'offre de la requérante n'est pas classée dans l'acte attaqué, elle était classée à la troisième place dans la première décision d'attribution du 12 juin 2020, après les offres des sociétés Profacts et [I.]. Selon elle, « s'il est vrai que la deuxième décision d'attribution – l'acte attaqué – a [donné lieu à l'octroi de] nouveaux scores (scores recalculés), force est de constater que la différence entre les scores originaux et les nouveaux scores est presque inexistante et qu'il n'y a aucun renversement de classement ».

V.2. *Appréciation du Conseil d'État*

L'article 15 de loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions dispose que l'instance de recours peut ordonner la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 de la même loi, c'est-à-dire pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante. Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation « ayant lésé » ou « risquant de léser » la requérante.

En l'espèce, l'intérêt de la requérante au présent recours n'est *prima facie* pas contestable. La requérante est un opérateur économique qui a fait offre pour le marché considéré. Par sa requête, elle tend notamment à démontrer que des illégalités commises lors de la sélection ont conduit la partie adverse à écarter injustement son offre, ce qui suffit à établir que la violation invoquée à ce titre doit être considérée comme ayant lésé celle-ci.

Pour le surplus, telle que formulée par la partie intervenante, l'exception d'irrecevabilité prend appui sur l'affirmation selon laquelle la requérante ne pourrait, même si elle avait été sélectionnée, avoir aucune chance d'obtenir le marché litigieux puisque – selon un premier classement – son offre était classée en troisième position. Cette affirmation préjuge de l'appréciation qu'aurait portée la partie adverse si elle avait sélectionné la requérante et comparé l'offre de celle-ci aux autres, à l'occasion de la réfection de la première décision d'attribution du marché. De plus, il n'est pas certain que dans l'hypothèse d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué et en cas de nouvel examen par le pouvoir adjudicateur, la situation resterait inchangée. Ainsi, il n'est pas acquis qu'une nouvelle vérification de la satisfaction aux critères de sélection au moment de statuer sur l'attribution ne puisse mener à de nouvelles constatations s'agissant des 1^{er} et 2^{ème} soumissionnaires

classés. Il apparaît donc que le postulat sur lequel repose l'exception d'irrecevabilité ne peut être vérifié.

Pour les motifs ainsi exposés, l'exception opposée par la partie intervenante ne peut être accueillie et le recours, qui satisfait aux conditions de recevabilité ainsi rappelées, doit être déclaré recevable pour ce qui concerne les deux lots « Études quantitatives » et « Méthode mixte » du marché litigieux.

VI. Moyen unique

VI.1. Thèse de la requérante

La requérante prend un moyen unique de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 5 et 81, §1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 67 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 66 et 70 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, du devoir de minutie, de l'obligation de procéder à un examen complet des éléments de fait et de droit de l'affaire, du principe d'égalité entre les soumissionnaires, du principe de proportionnalité, du principe du raisonnable et du principe de motivation interne, de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation.

La requérante déduit des termes de l'acte attaqué selon lesquels la partie adverse a « demandé une nouvelle analyse à CreditSafe qui confirme son score » qu'une troisième analyse a été transmise à la partie adverse – dont elle n'a pas connaissance – mais qui « en toute logique » a dû lui attribuer un score de D, suivant la même méthodologie que celle utilisée pour établir la deuxième analyse.

Dans une première branche, elle reproduit le courriel du 24 juin 2020 par lequel son comptable critique la méthodologie suivie par CreditSafe. Elle ajoute que ces critiques sont complétées par différents éléments qui mettent davantage encore en doute cette méthodologie ainsi que le score D qui lui a été attribué. Elle expose que les scores obtenus ne sont pas une fin en soi, mais un outil devant permettre à la partie adverse de s'assurer de la solvabilité des candidats et plus globalement de leur santé financière. Elle fait valoir, à cet égard, qu'elle a obtenu (1) de l'autre agence mentionnée dans le guide de sélection Dun & Bradstreet une analyse lui attribuant le

meilleur score possible de 1 et qui conclut à sa « pleine santé financière » avec un risque de défaillance « faible » et une « forte probabilité de continuité d'activité » ainsi que (2) de l'agence de notation Graydon une analyse établie le 30 juin 2020 qui la range en « classe 3 » (entre 1 à 5) et qui précise qu'« [a]ucun problème ne se présentera vraisemblablement ». Elle reproduit également le rapport d'un réviseur d'entreprise qu'elle a consulté le 28 septembre 2020 et qui s'est « penché sur la méthodologie employée par CreditSafe » pour conclure que « l'analyse négative fournie par CreditSafe est discutable, contredite par les analyses d'agences de notation telles que Dun & Bradstreet et Graydon, et n'aurait pas dû conduire à l'exclusion d'AQ Rate SRL du marché concerné ». La requérante déduit de l'ensemble de ces éléments que le score D qui lui a été attribué constitue une erreur dans les motifs ou à tout le moins une erreur manifeste d'appréciation et estime, en conséquence, qu'« en ce qu'il se réfère à la troisième analyse de CreditSafe pour écarter son offre, l'acte attaqué est lui-même entaché d'une erreur dans les motifs ou, à tout le moins, affecté d'une erreur manifeste d'appréciation ». Selon elle, l'analyse de CreditSafe ne pouvait pas raisonnablement conduire à lui attribuer un score D, qui la catégorise comme une entreprise à risque, alors que tous les éléments qu'elle fournit concourent à démontrer que tel n'est pas le cas. Elle conclut que « [d]ans un contexte où l'analyse de l'agence choisie vise à aider l'adjudicateur à s'assurer de la santé financière de l'opérateur économique, l'usage de l'analyse de CreditSafe aboutit à une appréciation erronée des caractéristiques de la requérante au regard du critère de capacité économique et financière en cause dans le présent litige ».

Dans une seconde branche, la requérante fait grief à l'acte attaqué d'être motivé par référence à une troisième analyse de CreditSafe qui n'était pas annexée à l'acte attaqué tel qu'il lui a été notifié. Elle en déduit que, de ce point de vue déjà, l'acte attaqué viole les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Elle ajoute que l'obligation de motivation formelle impose aussi que l'autorité se positionne, dans les motifs de son acte, par rapport aux éventuelles réclamations ou griefs formulés dans le cours de la procédure administrative. Elle reproche à la partie adverse d'avoir purement et simplement ignorer (1) le courriel de son comptable contestant la méthodologie employée par CreditSafe pour réaliser son analyse et lui attribuer le score D, alors que la contestation était fondée sur des arguments comptables et d'analyse financière très précis et (2) l'analyse établie par Dun & Bradstreet – réalisée sur les mêmes données comptables – qui parvient à une conclusion radicalement opposée à celle de CreditSafe en lui attribuant le meilleur score possible de 1, ce qui, suivant le guide de sélection, aurait dû conduire la partie adverse – si elle avait tenu compte de cette analyse-là au lieu de celle de CreditSafe – à sélectionner son offre et à lui attribuer le lot « Études quantitatives » du marché. La requérante relève que l'acte attaqué ne

fournit pas la moindre explication concernant les raisons pour lesquelles la partie adverse a continué de s'appuyer exclusivement sur l'analyse de l'agence CreditSafe pour évaluer sa capacité économique et financière, alors qu'elle remettait expressément en cause cette analyse « sur la base d'éléments plus qu'interpellant ». Elle soutient que, de ce point de vue, l'acte attaqué ne lui permet pas de comprendre pourquoi la partie adverse a statué comme elle l'a fait et que l'acte attaqué viole, en conséquence, « les normes visées au moyen et, en particulier, les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle [...] ». Elle fait encore valoir que dans un contexte où l'analyse de Dun & Bradstreet « contredisait radicalement celle de CreditSafe [...], où ces deux agences étaient les deux sur lesquelles la partie adverse prétendait indifféremment se reposer pour évaluer la capacité financière des soumissionnaires [et] où le fait de se fier à l'analyse de CreditSafe plutôt qu'à celle de Dun & Bradstreet allait avoir des conséquences graves pour la requérante (exclusion du marché), [...] la plus élémentaire minutie impliquait, à tout le moins, que la partie adverse fasse un minimum d'efforts pour s'assurer de l'exactitude de l'analyse de cette agence » et qu' « en s'abstenant de prendre la moindre disposition à cette fin, au besoin en sollicitant un avis externe, la partie adverse a incontestablement violé son devoir de minutie ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen est irrecevable en ce qu'il est pris de la violation des 10 et 11 de la Constitution, de l'article 5 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 67 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 66 et 70 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux et du principe d'égalité entre les soumissionnaires, à défaut d'indiquer précisément en quoi l'acte attaqué aurait méconnu ces dispositions et principe.

Quant à la première branche

Le point « 4.2. Capacité économique et financière » du guide de sélection de la partie adverse prévoit expressément la non-sélection des offres des candidats qui ne sont pas solvables ou qui ont un profil de risque inférieur à la moyenne suivant une des agences de notation consultée, à savoir les candidats qui obtiennent un indice 4 auprès de l'agence « Dun & Bradstreet Risk Indicator » ou un indice D ou E auprès de l'agence « CreditSafe Score ».

Force est de constater que la requérante ne critique pas la décision de la partie adverse de recourir à une agence de notation pour s'assurer de la solvabilité ou du risque de défaillance des candidats. Elle ne conteste pas, non plus, le critère de

sélection retenu par la partie adverse, qui se limite à prendre acte du score attribué par une telle agence.

Dans sa note d'observations, la partie adverse a expliqué la raison pour laquelle elle n'a pas pu préciser d'emblée, dans le guide de sélection, si elle consulterait CreditSafe ou Dun & Bradstreet. Elle expose que « l'accord-cadre en vigueur au moment de la publication du guide de sélection en vertu duquel la SNCB pouvait faire appel aux services de CreditSafe pour obtenir des rapports de solvabilité arrivait [...] à terme début 2020 [...] », que « [l]'issue de la réadjudication de cet accord-cadre étant incertaine, la SNCB ne pouvait exclure qu'elle soit [a]menée à faire appel à Dun & Bradstreet, qui est le concurrent principal de CreditSafe dans ce secteur et qui avait été le seul, outre CreditSafe, à participer à la procédure de 2015 pour la passation de l'accord-cadre arrivant à terme » et que « [l]a réadjudication de cet accord-cadre a finalement été remportée par CreditSafe, ce qui a permis à la SNCB de faire appel à la même agence de notation tout au long de la procédure ». Cette explication est conforme aux pièces du dossier administratif et n'est pas contestée par la requérante à l'audience.

Ce que critique la requérante, c'est le score D (risque de défaillance) que l'agence CreditSafe lui a attribué. La requérante ne prétend pas que les données comptables sur lesquelles CreditSafe s'est basée seraient erronées ou obsolètes, mais elle conteste la méthode suivie par CreditSafe, c'est-à-dire l'interprétation que cette dernière fait de ces données.

Pour appuyer ses dires, la requérante se limite à restituer différents courriels et rapports sans toutefois épinglez clairement les erreurs d'analyse qui affecteraient le rapport de CreditSafe. Il ressort, en tout cas, de ces éléments que le travail d'interprétation auquel se livrent les agences de notation est particulièrement technique, complexe et non univoque, puisqu'il aboutit à des résultats divergents. Là où CreditSafe donne un indice de D (risque de défaillance), Dun & Bradstreet attribue un très bon score de 1 et Graydon une cote moyenne de 3. D'un autre côté, tout ne semble pas opposer ces différentes analyses. Par exemple, sur la problématique des fonds propres négatifs – sur laquelle la requérante revient en particulier à l'audience –, il faut relever que si le comptable de la requérante conteste, dans son *mail* du 24 juin 2020, la pratique qui consiste à déduire les immobilisations incorporelles des capitaux propres, les agences CreditSafe et Dun & Bradstreet semblent toutes deux opérer cette déduction pour obtenir un résultat identique négatif concernant la valeur corporelle nette (- 98.398 euros). Par ailleurs, si l'agence Dun & Bradstreet attribue un indice 1 à la société requérante, elle formule toute de même une recommandation de crédit maximum de 2.500 euros, ce qui n'est pas très éloigné de ce que recommande CreditSafe (limite de crédit de

0,00 euro). Quant au réviseur d'entreprise consulté par la requérante postérieurement à l'adoption de l'acte attaqué, il livre son analyse, mais n'identifie pas d'erreurs dans le rapport de CreditSafe. Il constate notamment que « [l]a solvabilité [de la société requérante], après mise à zéro des incorporels (goodwills de fusion) est [bien] négative », mais considère que « son évolution est favorable ». S'il estime que l'approche de CreditSafe est « discutable » car trop peu nuancée, il n'affirme pas pour autant qu'elle serait erronée. Il faut garder à l'esprit que le critère de sélection qui se réfère à l'indice attribué par une agence de notation ne vise pas à apprécier la valeur globale des opérateurs économiques, mais uniquement leur solvabilité, en excluant ceux qui présentent un risque de défaillance inférieur à une moyenne déterminée.

Il ressort d'un examen *prima facie* auquel la procédure d'extrême urgence contraint que les éléments de critiques apportés par la requérante n'établissent pas que la méthode suivie par CreditSafe procéderait d'une erreur dans les motifs ou d'une erreur manifeste d'appréciation.

Le moyen unique, en sa première branche, n'est pas sérieux.

Quant à la deuxième branche

Il ressort des explications fournies par la partie adverse que l'agence de notation CreditSafe n'a pas déposé de troisième analyse, qui n'aurait pas été jointe à l'acte attaqué. Les pièces du dossier administratif permettent de confirmer qu'à la réception des critiques émises par la requérante, la partie adverse a interrogé CreditSafe qui a confirmé son analyse. C'est de cette confirmation qu'il est question dans l'acte attaqué. À l'audience, la requérante a reconnu qu'il n'y avait pas de troisième analyse. Par ailleurs, la réponse de CreditSafe est connue de la requérante puisque l'agence de notation lui a, le même jour, directement adressé un courriel au contenu similaire. En ce qu'il soutient que l'acte attaqué procéderait à une motivation par référence irrégulière, le grief manque en fait.

L'obligation de motivation formelle, à laquelle l'autorité est tenue, doit notamment permettre aux destinataires d'une décision de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à l'adopter, vérifier que celle-ci s'est livrée à un examen complet et détaillé des circonstances de l'affaire et apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont ils peuvent disposer. Il ne peut cependant être exigé de l'autorité qu'elle donne les motifs de ses motifs.

En l'espèce, la mention, dans l'acte attaqué, de l'indice D attribué par l'agence de notation CreditSafe permet à la requérante de comprendre qu'elle ne

satisfait pas à l'exigence imposée pour la sélection des candidats. Il convient, à cet égard, de rappeler que le recours à ce critère de sélection – qui suffit, à lui seul, à justifier la non-sélection de l'offre du candidat qui ne le respecte pas – n'est pas contesté par la requérante. Par ailleurs, l'indication dans l'acte attaqué de ce que la partie adverse a, avant de prendre sa décision, « demandé une nouvelle analyse de la part de CreditSafe qui confirme son score, raison pour laquelle [elle] rest[e] sur [sa] position d'exclure cette firme [la requérante] » permet de constater qu'il a été tenu compte des éléments de critiques adressés par la requérante, la partie adverse ayant invité CreditSafe à revoir sa position. Cette indication permet également de comprendre comment la partie adverse a tenu compte de ces critiques et s'est positionnée par rapport à elles. Elle a, en effet, décidé de les rejeter en se fondant sur la confirmation de CreditSafe à l'expertise de laquelle elle a, conformément aux prescriptions du guide de sélection, fait appel pour évaluer la solvabilité des candidats. Les motifs de l'acte attaqué permettent donc de comprendre pourquoi les critiques de la requérante n'ont pas été suivies. Exiger davantage d'explications revient à imposer à la partie adverse de fournir les motifs de ses motifs. Du reste, la requérante avait connaissance de la confirmation par CreditSafe de son analyse, des éléments sur lesquels cette agence s'est fondée pour vérifier la solvabilité de la requérante ainsi que de la méthode qu'elle a suivie et que la requérante critique d'ailleurs abondamment dans la première branche du moyen.

Quant au devoir de minutie, à supposer qu'il constitue une règle autonome de droit positif, il faut constater *prima facie* que la partie adverse n'a pas « purement et simplement » ignoré les éléments de critiques soulevés par la requérante puisqu'elle a pris soin d'interroger son prestataire de service CreditSafe pour qu'il procède à une vérification de son analyse. Elle a, ce faisant, pris les dispositions nécessaires en vue d'éviter d'écarter irrégulièrement l'offre de la requérante.

Le moyen unique, en sa deuxième branche, n'est pas sérieux.

VII. Confidentialité

La requérante sollicite la confidentialité de sa demande de participation et de son offre, conformément à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. Il s'agit des pièces 5 et 8 annexées à la requête.

Cette demande n'étant pas contestée, il y a lieu, à ce stade, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

VIII. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure, sans en préciser le montant. Il y a, dès lors, lieu de lui octroyer une indemnité de procédure limitée au montant de base de 700 euros.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}

La requête en intervention introduite par la SRL Profacts est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 5 et 8 annexées à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 3 novembre 2020, par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret