

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

n° 250.507 du 4 mai 2021

A. 233.254/VI-22.017

En cause : **l'association sans but lucratif CULTURA EUROPA, PROMOTION ART ET CULTURE,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Christophe THIEBAUT et Jérôme DENAYER, avocats,
chaussée de Marche 458
5101 Erpent,

contre :

1. **la Direction générale de l'aménagement du territoire, du logement, du patrimoine et de l'énergie - service public de Wallonie** (Agence wallonne du Patrimoine),
2. **la Région wallonne**, représentée
par son Gouvernement,
ayant toutes deux élu domicile chez
M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, 62
5000 Namur.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 23 mars 2021, l'ASBL Cultura Europa, Promotion Art et Culture demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la « décision du 5 mars 2021, signée par la Ministre du Patrimoine, Madame Valérie DE BUE, pour la DIRECTION GÉNÉRALE DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE, DU LOGEMENT, DU PATRIMOINE ET DE L'ÉNERGIE - SERVICE PUBLIC DE WALLONIE (AGENCE WALLONNE DU PATRIMOINE), en ce qu'elle décide d'attribuer le marché public portant sur la "constitution d'une banque d'archives audiovisuelles par la gestion documentaire des images tournées et existantes et les conception et réalisation de films et de capsules relatifs à des monuments, sites et fouilles en Wallonie" à un autre opérateur économique, et ainsi de rejeter son offre ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 25 mars 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 22 avril 2021.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

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

M^e Jérôme Denayer, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Ann Lawrence Durviaux, avocat, comparaisant pour les parties adverses, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu 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. Faits utiles à l'examen de la demande

1. La partie adverse entame, dans le courant de l'année 2020, une procédure négociée sans publication préalable, fondée sur l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, a), de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics en vue d'attribuer un marché public, prenant la forme d'un accord-cadre, qui vise à « constituer une banque d'archives audiovisuelles, gérer de manière documentaire des images tournées et existantes ainsi que concevoir et réaliser des films et des capsules relatifs à des monuments, sites et fouilles en Wallonie » pour une durée d'un an.

Le cahier spécial des charges énonce quatre critères d'attribution : le prix (40 points), la pertinence de la proposition de méthode de travail (10 points), l'adéquation de la proposition de gestion de la banque d'images (15 points) et les

« Qualités artistiques et techniques de la proposition (35 points) ». À propos de ce quatrième critère d'attribution, il est prévu ce qui suit :

« [...] »

Critère 4 Qualités artistiques et techniques de la proposition (35 points)

Afin d'évaluer la créativité et les qualités techniques de la proposition des soumissionnaires, une vidéo commentée de 15 secondes sera obligatoirement remise en même temps que l'offre. Elle aura pour sujet l'Archéoforum et la place Saint-Lambert de Liège et aura les mêmes caractéristiques techniques que les vidéos objets du présent marché (caméra sol et drone).

Le texte du commentaire sera le suivant :

Situé en plein cœur de Liège, sous la place Saint-Lambert, l'Archéoforum est un des plus grands sites archéologiques urbains en Europe. Il abrite notamment les vestiges de l'ancienne cathédrale Saint-Lambert, d'une villa gallo-romaine, ainsi que des traces d'occupation préhistorique. Le musée vous propose diverses visites avec guide, iPad ou livret.

L'analyse de cette vidéo permettra de connaître :

- l'originalité du point de vue du soumissionnaire (15 points) ;
- la fibre patrimoniale du soumissionnaire (10 points) ;
- les qualités techniques des images et du son (10 points).

La vidéo sera soumise et cotée par des membres de l'AWaP (3). Pour chaque aspect, une moyenne sera réalisée.

La vidéo sera remise sur clé USB.

Pour filmer à l'Archéoforum, rendez-vous devra être pris avec :
[...] ».

2. À la date fixée pour le dépôt des offres, le 30 juin 2020, deux soumissionnaires remettent une offre, la requérante ainsi que la SRL LDV Production.

3. Le 3 septembre 2020, un rapport d'analyse des offres est établi par deux agents de l'Agence wallonne du Patrimoine, dont le directeur du support administratif. Il est proposé de conclure le marché avec la SRL LDV Production pour un montant de 166.332,65 euros TVAC.

4. Le 18 décembre 2020, la Ministre en charge du Patrimoine décide d'attribuer le marché à la SRL LDV Production.

5. Le 5 mars 2021, cette décision est retirée, vu la demande de suspension en extrême urgence introduite par la requérante, au motif qu'« il y a donc lieu d'adopter une nouvelle décision d'attribution du marché mieux motivée en la forme ».

6. Le même jour, la Ministre en charge du Patrimoine décide, à nouveau, d'attribuer le marché à la SRL LDV Production.

Il s'agit de l'acte attaqué, qui est communiqué le 8 mars 2021 par courriel et envoi recommandé à la requérante. S'agissant du quatrième critère d'attribution, il est indiqué ce qui suit :

«

	Entreprise n°1 – Cultura Europa	Entreprise n°2 – LDV
Moyenne	23,66/35	28/35

Par mail (pour cause de crise sanitaire et télétravail Covid-19), le mercredi 19 août, les deux vidéos ont été envoyées à trois membres de l'AWaP. Chaque membre du jury a dû justifier sa cotation par des phrases explicatives. Les trois agents proviennent de services différents. Le visionnage des vidéos s'est fait de façon isolée et les agents ne se sont pas concertés.

Agent 1	Entreprise n°1 – Cultura Europa	Entreprise n°2 – LDV
Originalité	6/15	13/15
Fibre patrimoniale	7/10	8/10
Qualité	6/10	8/10
Total	19/35	29/35

Agent 2	Entreprise n°1 – Cultura Europa	Entreprise n°2 – LDV
Originalité	13/15	10/15
Fibre patrimoniale	9/10	7/10
Qualité	7/10	8/10
Total	29/35	25/35

Agent 3	Entreprise n°1 – Cultura Europa	Entreprise n°2 – LDV
Originalité	10/15	13/15
Fibre patrimoniale	7/10	8/10
Qualité	6/10	9/10
Total	23/35	30/35

Offre 1 - quelques remarques :

- Vidéo pas très originale et un peu vieillotte. Le débit de parole de la voix *off* est beaucoup trop rapide.
- Intéressante mise en contexte du site. La volonté de dépasser le cadre strict du commentaire écrit donne à voir davantage de contenu. La recherche du dynamisme au travers de certains plans pourrait diminuer le confort de visionnage.
- Trop rapide et pas assez claire. Pas assez fluide et le son n'est pas top.

OFFRE 2 : quelques remarques :

- Bien plus moderne et originale : les prises de vue sont moins conventionnelles et donnent plus de cachet (la vue du dessus de la place qui passe au-dessous dans l'Archéoforum, la transition entre les divers types de visites), les vestiges sont bien mis en avant (on en voit plus que dans l'autre vidéo et l'image, plus contrastée, est plus belle), le montage est plus original. Le débit de parole est bien plus posé/compréhensible que dans l'autre vidéo.
- Démarche esthétique générale qui sous-tend la capsule. La composante « patrimoine vivant » pourrait manquer. Les images et plans choisis collent intimement au commentaire, ni plus ni moins. Les images et textes fonctionnent dès lors en parallèle. Belle et claire. On ne se sent pas pressé.

».

IV. Compétence du Conseil d'État, objet et recevabilité du recours et mise hors de cause de la première partie adverse

IV.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante expose, dans sa requête, qu'elle justifie d'un intérêt à obtenir la suspension de la décision d'attribution attaquée, en application de l'article 15 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, qui renvoie à l'article 14 de la même loi, dès lors qu'elle a déposé une offre pour le marché public en cause, qu'elle pouvait prétendre à se le voir attribuer – puisque seules deux offres ont été déposées – et qu'elle démontre à l'appui de la présente requête que l'acte attaqué est illégal.

À l'audience, la requérante soutient que l'Agence wallonne du Patrimoine doit être maintenue à la cause en sa qualité de pouvoir adjudicateur, même si c'est la Ministre en charge du Patrimoine qui a signé l'acte attaqué. Elle explique que le recours n'est pas dirigé contre la décision de ne pas lui attribuer le marché, le « rejet de son offre » étant uniquement visé, dans l'objet du recours, pour justifier son intérêt à obtenir la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché à un autre opérateur économique. Elle affirme enfin que son intérêt à agir n'est pas démenti par le fait que le marché est déjà conclu, comme le Conseil d'État l'a déjà constaté dans de nombreux arrêts.

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse expose, tout d'abord, que le décret du 12 juillet 2017 a érigé l'Agence wallonne du Patrimoine en service administratif à comptabilité autonome, au sens de l'article 2, 5°, du décret du 15 décembre 2011 portant organisation du budget, de la comptabilité et du rapportage des unités d'administration publique wallonnes, en sorte que la personnalité juridique ne lui est pas accordée. Elle ajoute que l'Agence est créée au sein de la DG04, qu'elle est dirigée par un inspecteur général-expert au sens de l'article 10, § 3, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 portant le Code de la Fonction publique wallonne, que le siège administratif de l'Agence est établi à Namur (article 2 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 23 novembre 2017 organisant les missions de l'Agence wallonne du Patrimoine) et que son numéro d'entreprise est identique à celui de la Région wallonne. Elle en déduit qu'étant dépourvue de personnalité juridique, l'Agence ne peut être désignée comme partie adverse dans le cadre du

présent recours et partant que celui-ci est irrecevable en tant qu'il est dirigé contre elle.

La partie adverse conteste ensuite la compétence du Conseil d'État pour suspendre la décision de « rejeter l'offre » de la requérante. Elle expose que cette « expression est impropre dans le cadre de la [présente] procédure de passation puisque son offre a été comparée à celle de l'adjudicataire », que si, par cette expression, la requérante vise à faire suspendre la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché litigieux, cette demande excède la compétence du Conseil d'État et que le juge administratif ne peut y faire droit sans violer « le principe de séparation des pouvoirs et des fonctions », dès lors qu'en cas de suspension de l'exécution de la décision d'attribuer le marché à la SRL LDV Production, il reviendrait encore à la partie adverse « de décider de retirer sa décision et d'envisager l'attribution ou pas du marché à une autre société, en reconsidérant son offre, ce qui pourrait l'amener à renoncer à passer le marché ».

La partie adverse fait encore valoir que le Conseil d'État n'est pas non plus compétent pour suspendre la décision d'attribuer l'accord-cadre litigieux à la SRL LDV Production, puisque cette décision a été entièrement exécutée lorsqu'elle a été notifiée à cette société, que, par ce fait, le marché est conclu, que l'exécution du contrat a déjà commencé et que seul le juge judiciaire est compétent pour ordonner sa suspension, en application des articles 144 et 145 de la Constitution. Elle ajoute que le Conseil d'État « ne peut pas se revendiquer de l'article 13 de la loi du 17 juin 2013 précitée, puisque l'article 11 relatif au délai d'attente n'est pas applicable à la passation du présent marché », l'action en cessation des effets renforçant, selon elle, cette analyse. Elle en déduit que le Conseil d'État doit « soit se déclarer incompétent pour connaître de la suspension de l'acte attaqué compte tenu de sa notification, soit déclarer le recours irrecevable pour la même raison ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la compétence du Conseil d'État pour connaître des actes attaqués

La présente demande est dirigée contre la décision de la partie adverse du 5 mars 2021 d'attribuer le marché public de services (accord-cadre) « portant sur la constitution d'une banque d'archives audiovisuelles par la gestion documentaire des images tournées et existantes et les conception et réalisation de films et de capsules relatifs à des monuments, sites et fouilles en Wallonie » à la SRL LDV Production et « ainsi de rejeter son offre ». Le Conseil d'État est compétent pour connaître de la légalité de tels actes, détachables de l'accord-cadre à propos duquel, il est vrai, le juge judiciaire est seul compétent.

B. Quant à la recevabilité de la demande en ce qu'elle est dirigée contre le rejet de l'offre de la requérante

Comme le relève la partie adverse, l'offre de la requérante n'a pas été « rejetée » pour irrégularité. Cette offre n'a pas été « choisie » après avoir été comparée à celle de l'attributaire du marché, laquelle a été préférée au motif qu'elle constituait, à l'estime de la partie adverse, l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans ces circonstances, il faut considérer que le recours dirigé contre la décision de « rejeter l'offre » de la requérante vise en réalité la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché. Si la requérante conteste cette interprétation en termes de plaidoiries, l'explication qu'elle fournit, à ce sujet, est peu compréhensible. Par ailleurs, elle ne déclare pas renoncer à cet aspect de l'objet de son recours.

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 - résultant de l'attribution - 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, la requérante n'invoque aucun élément concret qui, eu égard à tous ceux dont il faut tenir compte dans le cadre du présent recours, permettrait d'aboutir à la constatation que l'autorité n'aurait pas d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux, une fois prononcées la suspension ou l'annulation de la décision de l'attribuer à la SRL LDV Production.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande de suspension est irrecevable.

C. Quant à la recevabilité de la demande en ce qu'elle est dirigée contre la décision d'attribuer l'accord-cadre à la SRL LDV Production

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. Ces dispositions sont rendues applicables aux marchés n'atteignant pas les seuils européens par l'article 31 de la même loi.

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 l'examen des deux offres ont conduit la partie adverse à retenir irrégulièrement, et à son désavantage, l'offre de la SRL LDV Production pour lui attribuer le marché.

Pour le reste, la circonstance que l'accord-cadre est déjà conclu et a reçu un début d'exécution ne prive pas la requérante de son intérêt à demander la suspension de l'exécution de la décision d'attribuer le marché, en application de l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée, dès lors que, conformément à ce que prévoit cette disposition, elle remplit les mêmes conditions que celles qui lui permettent de demander l'annulation de cette décision.

L'exception d'irrecevabilité du recours, tirée de la conclusion du marché litigieux et, consécutivement, du prétendu défaut d'intérêt à agir de la requérante, ne peut être accueillie.

D. Quant à la désignation de l'Agence wallonne du Patrimoine en qualité de partie adverse et à sa mise hors de cause

Une erreur dans l'identification de la partie adverse ne conduit pas à l'irrecevabilité du recours, dès lors qu'elle n'a pu nuire aux droits de la défense de cette partie au litige.

L'Agence wallonne du Patrimoine, première partie adverse, ne disposant pas d'une personnalité juridique distincte de la Région wallonne, deuxième partie adverse, elle doit être mise hors de cause.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante prend un moyen unique de « la violation de l'article 159 de la Constitution, des articles 68 et 69 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, des articles 4 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 29/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, et alinéa 2, 2°, 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, des articles 19 et suivants de l'arrêté du Gouvernement wallon du 23 mai 2019 relatif aux délégations de pouvoirs au Service public de Wallonie, de l'article 8 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 septembre 2019 fixant la répartition des compétences entre les Ministres et réglant la signature des actes du Gouvernement, des articles 12 et 19 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 26 septembre 2019 portant règlement du fonctionnement du Gouvernement, des principes d'égalité, de transparence et de proportionnalité, ainsi que de l'incompétence de l'auteur de l'acte, de l'excès de pouvoir, de l'erreur dans les motifs, du défaut de motivation et de l'insuffisance des motifs ».

Dans une première branche, elle reproche au pouvoir adjudicateur et à l'auteur de l'acte attaqué, « compétent pour l'engager », de ne pas avoir apprécié et coté le quatrième critère d'attribution, mais d'avoir délégué cette compétence à trois membres de l'AWAP. Elle expose que, suivant les termes de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 précitée, il appartient au pouvoir adjudicateur d'évaluer les offres au regard de critères d'attribution pour déterminer « de son point de vue » l'offre économiquement la plus avantageuse, en respectant les principes d'égalité entre les soumissionnaires, de transparence et de proportionnalité. Elle considère qu'en déléguant un pouvoir de décision aux « membres de l'AWAP » sur le quatrième critère d'attribution, ou « à tout le moins » en prévoyant qu'« il ne serait pas apprécié par le pouvoir adjudicateur », le cahier spécial des charges méconnaît ces dispositions et principes. Elle estime que dès l'instant où le cahier spécial des charges précise que le critère sera « coté » par des membres de l'AWAP, le pouvoir adjudicateur est véritablement « lié » par cette appréciation qui ne peut dès lors être considérée comme un « simple avis » à destination de l'auteur de l'acte attaqué. Selon elle, les termes employés dans la décision d'attribution confirment que son auteur « n'a pas posé la moindre appréciation sur la vidéo – qu'il n'a certainement même pas visionnée –, le cahier spécial des charges ne le lui permettant, de toute

façon pas ». Se référant à l'article 19, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 23 mai 2019 relatif aux délégations de pouvoirs au Service public de Wallonie et à son annexe, elle relève qu'aucun « titulaire de fonctions » n'a, dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable, compétence pour attribuer un marché public de services au-delà de 120.000 euros HTVA et que l'acte attaqué a d'ailleurs été adopté par Valérie DE BUE, en sa qualité de Ministre wallonne du Patrimoine, alors que le quatrième critère d'attribution qui implique le visionnement et l'évaluation de la qualité d'une vidéo réalisée par les soumissionnaires a été examiné et apprécié par les « trois membres de l'AWAP, dont on ignore, en plus, tout de l'identité et *a fortiori* des qualités et compétences ». Elle soutient que ces trois personnes ne sont pas investies de la moindre compétence pour ce faire, tandis que l'acte attaqué va jusqu'à les qualifier de « jury » tout en soulignant que « les agents ne se sont pas concertés », ce qui est difficilement conciliable avec la « collégialité » censée caractériser un jury. Elle fait valoir qu'un tel procédé n'est pas prévu par la réglementation dans le cadre de l'évaluation des offres et de l'attribution du marché public, ni par l'article 81 de la loi du 17 juin 2016, ni par aucune autre disposition, que le seul cas dans lequel la réglementation prévoit la mise en place d'un jury est inscrit aux articles 117 et suivants de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la procédure de passation des marchés publics dans les secteurs classiques, qui précisent les règles applicables aux « concours » qui est un mode de passation particulier étranger à la présente procédure. Elle ajoute qu'à supposer qu'un tel procédé pouvait être mis en place, le cahier spécial des charges devait, à tout le moins, l'encadrer de manière à garantir le respect des principes d'égalité et de transparence, en déterminant, à l'instar de ce que prévoit la réglementation pour le « concours », les modalités d'intervention de ces personnes, leurs qualifications minimales, etc., ce qui n'est pas le cas en l'espèce, puisqu'aucune garantie n'est prévue concernant l'indépendance et l'impartialité de ces « membres » et les qualifications et compétences de ceux-ci. En conclusion, selon elle, « [n]on seulement le pouvoir d'examen des offres ne pouvait pas être délégué à ce "jury", mais en plus, à défaut de l'avoir encadré, il en résulte que le critère d'attribution n'est pas de nature à garantir un examen des offres adéquat garantissant une véritable concurrence, transparent et proportionné ».

Dans une deuxième branche, la requérante rappelle le contenu du devoir de motivation formelle qui s'impose au pouvoir adjudicateur lorsqu'il décide d'attribuer un marché, qu'une « simple attribution de points ou une affirmation de portée générale, non étayée, ne constituent pas [...] une motivation suffisante » et que « des motifs doivent fonder l'attribution de points et ceux-ci doivent être exprimés sous la forme d'une évaluation descriptive s'appuyant sur des références concrètes au contenu de l'offre ». Pour le quatrième critère d'attribution, elle fait grief à l'auteur de l'acte attaqué de justifier les cotations données en reproduisant

« quelques remarques » choisies et faites par d'autres que lui, lesquelles ne permettent pas d'appréhender l'ensemble de l'appréciation (sur 35 points) qui a été réalisée et, en particulier, les cotations remises pour chacun des trois sous-critères : « l'originalité du point de vue du soumissionnaire (15 points) », « la fibre patrimoniale du soumissionnaire (10 points) » et « les qualités techniques des images et du son (10 points) ». Elle s'étonne de ce que, pour son offre, trois remarques sont reprises « lesquelles pourraient éventuellement correspondre à une remarque de chaque membre du jury ayant examiné sa vidéo (?) », alors que deux remarques sont seulement mentionnées pour l'offre de l'attributaire. Elle estime que ces « quelques remarques », très partielles et manifestement sélectionnées, sont clairement insuffisantes et ne permettent pas un contrôle des motifs ayant conduit l'auteur de l'acte attaqué à prendre sa décision, tandis que « des incohérences apparaissent, à l'instar de l'analyse faite du “débit de parole” » qu'il n'est pas possible de vérifier vu l'insuffisance de motivation de l'acte attaqué. Ainsi, selon elle :

« [...] si le cahier spécial des charges prévoit que les soumissionnaires sont tenus de proposer une vidéo de 15 secondes et que celle-ci doit comprendre la lecture d'un texte de quatre lignes figurant dans le cahier spécial des charges, les remarques font apparaître que l'un proposerait un débit de parole “beaucoup trop rapide”, tandis que l'autre proposerait un débit de parole “beaucoup plus posé”...

De même, il ressort de la motivation que, pour l'offre du soumissionnaire retenu, “on en voit plus que dans l'autre vidéo”, malgré la limite de durée de la vidéo fixée par le cahier spécial des charges ».

Elle rappelle que l'acte attaqué fait suite à une première décision, prise le 18 décembre 2020, dans laquelle aucune motivation ne figurait – seules les cotations étant reprises –, qu'à la suite du recours qu'elle a introduit, cette première décision a été retirée et l'acte attaqué a été adopté deux mois et demi plus tard. Elle fait observer que c'est « dans ce contexte très particulier que la partie adverse a fait le choix de limiter la motivation de l'acte attaqué et de se limiter à “quelques remarques”, alors que l'utilisation du déterminant “quelques” laisse entendre que d'autres remarques existeraient ». Selon elle, « une telle manière de procéder pose problème dans le contexte de l'adoption d'une nouvelle décision à la suite du retrait de la première » et « confirme, en tout cas, le constat que l'acte attaqué est dépourvu d'une motivation suffisante et adéquate [...] ce qui le rend inévitablement illégal ».

B. Thèse de la partie adverse

Quant à la première branche, la partie adverse répond ce qui suit :

« 44. La première branche du moyen unique manque en fait et en droit. Elle ne peut être considérée comme sérieuse.

45. La décision indique ce qui suit “par mail (pour cause de crise sanitaire et de télétravail, le mercredi 19 août, les deux vidéos ont été envoyées à trois membres de l’AWAP”. Chaque membre a justifié sa cotation par des phrases explicatives. Les trois agents proviennent de services différents. Le visionnage des vidéos s’est fait de façon isolée et les agents ne se sont pas concertés, afin d’assurer la partialité [lire : l’impartialité] du processus.

46. La critique émise par la partie requérante semble reprocher à la partie adverse d’avoir organisé le télétravail pendant la pandémie en permettant à ses agents de remplir leur mission.

47. Dans une arborescence organique de l’administration au sens large ou du Service public de Wallonie spécifiquement, le concours d’agents de rangs inférieurs à ceux repris dans l’arrêté du Gouvernement wallon du 23 mai 2019 est indispensable pour la conduite quotidienne et pérenne de(s) service(s) public(s).

Les délégations de pouvoirs en place à l’Agence ne font pas obstacle à ce que des agents de rangs inférieurs à ceux repris dans l’AGW du 23 mai 2019 puissent rédiger de la documentation, et la préparation des décisions unilatérales prises par les autorités compétentes, également dans le cadre des procédures de marché public.

L’autorité compétente pour adopter la décision est la Ministre qui a bien signé la décision.

Le marché public de l’année précédente attribué à la partie requérante comme elle le rappelle dans son exposé des faits comportait des mêmes modalités similaires.

Les fonctionnaires qui ont préparé la décision pour la ministre sont des agents qui font partie du personnel du pouvoir adjudicateur.

48. L’absence de mentions de l’identité et des qualifications des fonctionnaires qui ont évalué et noté le quatrième critère d’attribution ne peut porter préjudice aux droits des soumissionnaires d’obtenir un traitement impartial et objectif. Tous les fonctionnaires ont le même devoir d’impartialité, de dignité et de désintéressement dans l’accomplissement de leur fonction, et sont tenus par le respect des règles de droit, notamment le principe d’égalité de traitement entre soumissionnaires ».

Quant à la deuxième branche, la partie adverse fait tout d’abord valoir que la requérante n’a pas intérêt au moyen, la différence de points sur le quatrième critère (4,34 points) étant inférieure à l’écart total de points qui existe entre les deux offres (5,46 points). Elle expose ensuite que la décision attaquée répond aux exigences de motivation formelle, qu’il ressort du libellé du quatrième critère que « l’appréciation et la notation de celui-ci sera hautement subjective puisqu’il s’agit d’apprécier les qualités artistiques et techniques d’une proposition avec un support précis : une vidéo de 15 secondes qui sert à apprécier l’originalité, la fibre patrimoniale et les qualités techniques des images et du son », que « cette appréciation a été réalisée par trois personnes qui ont rendu une notation et des explications de cette notation qui ont été reprises dans la décision d’attribution », que les « commentaires verbaux visent bien les trois sous-critères annoncés [...] et indiquent très clairement à chaque soumissionnaire les raisons pour lesquelles l’un a

été meilleur et l'autre moins bon », que « dès lors que seules deux offres devaient être comparées, la motivation de la notation est suffisante, pertinente et adéquate », que « la notation elle-même n'est pas déraisonnable au regard des commentaires figurant dans la décision » tandis que « la méthode de travail a été défendue dans le cadre de la réfutation de la première branche du moyen auquel il est ici renvoyé ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à la première branche

Le pouvoir adjudicateur pour le marché considéré est, au sens de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, applicable à la présente procédure de passation, la Région wallonne. Celui-ci devait donc être attribué par l'organe de la Région wallonne habilité pour ce faire. Conformément à l'arrêté du Gouvernement wallon du 26 septembre 2019 portant règlement du fonctionnement du Gouvernement, à l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 septembre 2019 fixant la répartition des compétences entre les Ministres et réglant la signature des actes du Gouvernement et à l'arrêté du Gouvernement wallon du 23 mai 2019 relatif aux délégations de pouvoirs au Service public de Wallonie, l'autorité compétente pour attribuer ce marché est la Ministre en charge du Patrimoine, ce qui n'est pas contesté. Ainsi que le relève la requérante, la décision d'attribution est bien signée par cette Ministre, sur la base de la proposition contenue dans le rapport d'analyse des offres établi par deux agents de l'Agence wallonne du Patrimoine, dont le directeur du support administratif.

L'autorité compétente pour attribuer un marché est en principe libre de s'entourer de tout avis jugé utile. Le recours à des agents de l'administration pour évaluer les offres soumises et conseiller l'autorité compétente par la rédaction de rapports n'est pas une pratique rare dans l'attribution des marchés publics. La requérante ne peut sérieusement soutenir que ces agents doivent nécessairement constituer un jury au sens de la réglementation sur les marchés publics, dont la composition et le fonctionnement devraient être expressément indiqués dans le cahier spécial des charges et dont les membres devraient nécessairement démontrer une expertise particulière dans les matières en cause.

Contrairement aux affirmations de la requérante et dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, il ne ressort pas des termes du cahier spécial des charges relatifs au « Critère 4 Qualités artistiques et techniques de la proposition (35 points) » que la Ministre en charge du Patrimoine serait, concernant ce quatrième critère d'attribution, liée par les appréciations portées par les trois

agents de l'Agence wallonne du Patrimoine visés à cette disposition. S'il est prévu que « la vidéo sera soumise et cotée » par ces trois agents et qu'« une moyenne sera réalisée », rien ne permet, à première vue, de considérer que l'intention est de rendre cette cotation contraignante à l'égard de l'autorité compétente pour attribuer le marché.

Ceci étant, il paraît ressortir des termes de la décision d'attribution que la Ministre en charge du Patrimoine a interprété cette disposition dans un sens contraire et a, concernant ce quatrième critère d'attribution, considéré qu'elle était tenue par les appréciations portées par les trois agents de son administration. En effet, l'auteur de l'acte attaqué se borne à renvoyer aux notes attribuées par les trois agents de l'Agence wallonne du Patrimoine, en précisant que « chaque membre du jury a dû justifier sa cotation par des phrases explicatives », et à reproduire, pour chaque offre, les « quelques remarques » qui semblent être celles qui ont été formulées par ces trois agents, celles-ci n'étant toutefois pas produites au dossier administratif. La Ministre n'indique pas faire siennes ces explications. Il paraît pouvoir se déduire de ces éléments que, s'agissant du quatrième critère d'attribution, la Ministre a, comme le soutient la requérante, abandonné sa compétence dans le processus décisionnel au profit d'agents qui n'étaient pourtant investis que de la simple tâche de donner un avis.

Dans cette mesure, le moyen unique, en sa première branche, est sérieux.

Quant à la deuxième branche

Quel que soit l'écart de cotations entre les offres pour le quatrième critère d'attribution, la requérante a bien un intérêt au grief, puisque, s'il fallait le retenir, la partie adverse pourrait être amenée à revoir la cotation de ce critère, dans son ensemble, qui vaut pour un total de 35 points sur 100.

L'obligation de motivation formelle, à laquelle la partie adverse est tenue en vertu des dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. Ces motifs doivent reposer sur les éléments du dossier administratif. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce. L'étendue nécessaire de la motivation dépend des circonstances dans lesquelles la décision est prise.

La comparaison des offres au regard de critères et de sous-critères définis dans le cahier spécial des charges et l'attribution de points en fonction d'une pondération prédéfinie laissent au pouvoir adjudicateur un très vaste pouvoir d'appréciation dont le corollaire est une obligation de motivation étendue. La simple attribution de points ne constitue pas, de ce point de vue, une motivation suffisante. Des motifs doivent fonder l'attribution de points et ceux-ci doivent être exprimés sous la forme d'une évaluation descriptive s'appuyant sur des références concrètes au contenu de l'offre.

Le cahier spécial des charges prévoit trois sous-critères au sein du quatrième critère d'attribution « Qualités artistiques et techniques de la proposition (35 points) », une pondération étant prévue pour chacun de ces trois sous-critères : « l'originalité du point de vue du soumissionnaire (15 points) », « la fibre patrimoniale du soumissionnaire (10 points) » et « les qualités techniques des images et du son (10 points) ». Dès lors que la partie adverse avait prévu de tels sous-critères ainsi qu'une pondération pour chacun d'entre eux, il lui appartenait, pour motiver légalement l'acte attaqué, d'exposer la note conférée pour chaque sous-critère et de permettre aux soumissionnaires de comprendre pourquoi cette note a été attribuée.

L'acte attaqué contient la décomposition des cotations attribuées par les trois agents de l'administration de la partie adverse pour les trois sous-critères du quatrième critère d'attribution. Les « quelques remarques » qui sont reproduites pour chacune des offres ne permettent cependant pas de comprendre les notations opérées à l'endroit de ces trois sous-critères. Plus qu'un florilège de « quelques remarques », c'est une véritable explication qui est attendue. De plus, il n'apparaît pas clairement que l'une ou l'autre de ces « quelques remarques » viserait le deuxième sous-critère relatif à « la fibre patrimoniale du soumissionnaire (10 points) ». Enfin, ni les explications fournies par les trois agents de l'Agence wallonne du Patrimoine, ni les capsules réalisées par les soumissionnaires, ne sont produits au dossier administratif, en sorte qu'il n'est pas possible pour le Conseil d'État de contrôler l'exactitude des « quelques remarques » dont fait état la décision attaquée, alors que la requérante dénonce des « incohérences » par rapport au contenu des offres et aux exigences du cahier spécial des charges.

Le moyen unique, en sa deuxième branche, est sérieux.

VI. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporterait sur ses avantages.

VII. Confidentialité

La requérante demande la confidentialité des offres qu'elle a déposées dans le cadre de la présente procédure de passation ainsi qu'en 2019, dès lors qu'un autre soumissionnaire est susceptible d'intervenir dans la présente procédure et que ces pièces contiennent des informations relevant du secret des affaires. Il s'agit des pièces 3 et 4 annexées à la requête.

Cette demande n'étant pas contestée, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées. Par ailleurs, conformément à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 précitée, il y a lieu d'ordonner la confidentialité des pièces contenues dans le dossier confidentiel déposé par la partie adverse, qui contient les offres et correctifs des offres déposés par la requérante et par la SRL LDV Production.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

L'Agence wallonne du Patrimoine est mise hors de cause.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision du 5 mars 2021 d'attribuer, par procédure négociée sans publication préalable, sous la forme d'un accord-cadre, le marché public de services portant sur la « constitution d'une banque d'archives audiovisuelles via la gestion documentaire des images tournées et existantes et les conception et réalisation de films et de capsules relatifs à des monuments, sites et fouilles en Wallonie (cahier spécial des charges n° AWAPJP-202005-S06// A2.00.09-20-1415) », à la SRL LDV Production, est ordonnée.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 3 et 4 annexées à la demande de suspension et les pièces du dossier administratif « confidentiel » déposé par la partie adverse sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur à la partie adverse qui n'a pas choisi la procédure électronique.

Article 6.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 4 mai 2021 par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret