

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

n° 256.244 du 7 avril 2023

A. 238.700/VI-22.534

En cause : **la société à responsabilité limitée**
COMPANYWRITERS.BE,

ayant élu domicile chez
M^e Jean-Marc SECRETIN, avocat,
rue des Augustins 32
4000 Liège,

contre :

la société anonyme de droit public INFRABEL,
ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT et A
nne-Sophie BOUVY, avocats,
Central Plaza – rue Loxum 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 22 mars 2023, la SRL Companywriters.be demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 6 mars 2023 de la SA Infrabel d'attribuer le "Marché de services – Accord-cadre – Soutien à la coordination et la rédaction du rapport annuel" à la SRL Double Épice ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 23 mars 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 avril 2023.

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 Séverine Hostier, *loco* Jean-Marc Secretin, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Anne-Sophie Bouvy, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendues 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

Selon la relation qu'en donne la partie requérante, les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme il suit :

« 1.- Le 28 septembre 2022, la partie adverse rédige un cahier spécial des charges relatif à un “Marché de services – Accord-cadre – Soutien à la coordination et la rédaction du rapport annuel” [...].

Le mode de passation retenu est la procédure négociée sans mise en concurrence préalable (article 124 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics).

2.- Il résulte de la décision d'attribution [...] que, le 15 novembre 2022, quatre entreprises ont été invitées à remettre offre pour le 6 décembre 2022, à savoir la S.A. Akkanto, la S.R.L. Backstage Communication, la requérante et la S.R.L. Double Épice.

Suite à cette invitation à remettre offre, la partie adverse a reçu deux offres, soit celle de la S.R.L. Double Épice et celle de la requérante.

3.- Par décision du 19 janvier 2023, la partie adverse attribue le marché en question à la S.R.L. Double Épice.

Cette décision fera l'objet d'une demande de suspension en extrême urgence déposée par la requérante le 13 février 2023. L'affaire est toujours pendante sous le numéro G/A 238.384/VI-22.513.

4.- Par décision du 6 mars 2023, la partie adverse décide :

“ - de retirer la première décision motivée d'attribution du 19 janvier 2023 (premier point de la décision proposée) ;

et

- d'adopter une nouvelle décision d'attribution, après avoir réexaminé l'offre de Company Writers et l'offre de Double Épice (deuxième point de la décision proposée) et s'être assuré que les mentions reprises dans cette

nouvelle décision correspondent aux règles prescrites par le Cahier spécial des charges”.

Ce deuxième point de l’acte attaqué, attribuant le marché litigieux à la S.R.L. Double Épice, constitue l’acte attaqué [...] ».

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un moyen unique de « la violation de l’article 29/1 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, du principe de bonne administration et, plus particulièrement, du devoir de minutie, ainsi que du principe de légitime confiance, de l’erreur dans les motifs et de l’erreur manifeste d’appréciation ».

Elle reproche à la partie adverse un revirement d’attitude qui n’est pas motivé, en ce que la décision d’attribution attaquée énonce que la consultante proposée dans l’offre de l’attributaire du marché « atteste du fait qu’elle dispose bien d’une expérience en coordination d’équipe d’au moins dix ans » alors que la partie adverse avait considéré, dans une première décision d’attribution du 19 janvier 2023 – qui a fait l’objet d’un retrait –, que ce n’était pas le cas.

Elle développe son argumentation comme il suit :

« [...] Suivant la jurisprudence de Votre Conseil :

“ Dans l’exercice de son pouvoir d’appréciation discrétionnaire, une autorité administrative peut toujours opérer un revirement d’attitude. Il y a revirement d’attitude lorsque l’autorité se prononce différemment, dans un délai rapproché, en application d’une même réglementation, sur des projets identiques ou similaires. La motivation en la forme de l’acte attaqué doit cependant permettre de comprendre pourquoi l’autorité administrative, dans l’exercice de ce pouvoir d’appréciation, opère un tel revirement” (CE, commune de Flobecq, n° 253.327, 23 mars 2022. Voy. aussi CE, Giamello, n° 250.870, 11 juin 2021 et CE, Salembier et Trussart, n° 251.981, 28 octobre 2021).

[...] En l’espèce, s’agissant du sous-critère “Expérience en coordination d’équipe (10 années d’ancienneté requises)” :

- la décision d’attribution du 19 janvier 2023 énonçait : “la consultante chargée [de] mission indique disposer d’expérience en coordination d’équipe, mais sans mentionner si celle-ci atteint les 10 ans”;
- l’acte attaqué énonce : “dans son offre, M^{me} Faïdherbe atteste du fait qu’elle dispose bien d’une expérience en coordination d’équipe d’au moins 10 ans”.

Dès lors que les deux décisions ont été rendues par la même autorité administrative au sujet de la même offre analysée dans le cadre d'un même marché, une telle prise de position dans l'acte attaqué constitue incontestablement un revirement d'attitude par rapport à sa décision du 19 janvier 2023.

À la lecture de l'acte attaqué, rien ne permet par ailleurs de comprendre pourquoi la partie adverse a opéré un tel revirement.

Ce dernier est d'autant moins compréhensible que le sous-critère analysé est objectif : soit la consultante renseignée par la SRL Double Épice peut justifier de 10 années d'expérience en coordination d'équipe, soit elle ne le peut pas.

Partant, l'acte attaqué viole les dispositions reprises au moyen en ce qu'il décide que la SRL DOUBLE ÉPICE justifie de 10 années d'expérience en coordination d'équipe alors que la partie adverse avait considéré que tel n'était pas le cas dans sa décision du 19 janvier 2023, sans qu'aucune justification ne soit apportée à ce revirement d'attitude.

Le moyen unique est manifestement sérieux et fondé ».

À l'audience, la requérante précise ne pas contester le fait que la partie adverse ait, à la suite du retrait de la décision du 19 janvier 2023, procédé à un nouvel examen des offres ; ce qu'elle critique c'est l'absence de motivation qui justifie d'arriver à des considérations différentes. Elle conteste ensuite les explications données par la partie adverse dans sa note d'observations. Elle affirme que celles-ci ne rendent pas compte d'un total de dix ans d'expérience en coordination d'équipe dans le chef de la consultante de la SRL Double Épice et dénonce une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le cahier spécial des charges qui régit le marché litigieux prévoit deux critères d'attribution pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse : les conditions financières (40 points) et l'expérience (60 points). Ce deuxième critère est notamment évalué « sur base du CV du consultant amené à réaliser la mission [...] ». Le critère d'attribution relatif à « l'expérience » (60 points) est subdivisé en plusieurs sous-critères d'attribution, dont le sous-critère « coordination d'équipe (5 points) » évalué « sur base du CV » pour lequel « 10 années d'ancienneté » sont « requises ».

Deux entreprises ont déposé offre dans le cadre du marché litigieux : la requérante et la SRL Double Épice.

Par une première décision du 19 janvier 2023, la partie adverse a attribué le marché à la SRL Double Épice. À la suite de la demande de suspension d'extrême urgence introduite par la requérante contre cette décision, la partie adverse a

toutefois décidé de retirer celle-ci et d'adopter la décision motivée d'attribution attaquée par le présent recours. Celle-ci contient notamment les motifs suivants :

[...]

2.3. Première décision d'attribution et recours au Conseil d'État :

[...]

A l'appui de sa demande de suspension, Company Writers fait valoir un moyen unique par lequel elle conteste en substance les motifs de la décision d'attribution ainsi que les notes attribuées à son offre par Infrabel. En effet, en ne prenant pas en compte le CV de Madame Bernadette Pâques dans l'examen du critère d'attribution relatif à la qualité de l'offre et en ne respectant pas la méthode de cotation prévue au Cahier spécial des charges, Infrabel a commis une erreur matérielle qui s'apparente à une erreur manifeste d'appréciation avec pour conséquence une erreur dans les points attribués pour ce critère à la société Company Writers.

Dès lors que Company Writers épingle, à raison, plusieurs motifs d'irrégularité entachant la décision motivée d'attribution, il y a lieu pour le Head of Procurement :

- de retirer la première décision motivée d'attribution du 19 janvier 2023 (premier point de la décision proposée) ;
et

- d'adopter une nouvelle décision d'attribution, après avoir réexaminé l'offre de Company Writers et l'offre de Double Epice (deuxième point de la décision proposée) et s'être assuré que les mentions reprises dans cette nouvelle décision correspondent aux règles prescrites par le Cahier spécial des charges.

3. Nouvelle analyse des offres :

3.1. Comparaison des offres sur la base des critères d'attribution

3.1. Comparaison des offres sur la base des critères d'attribution

CA 1 : Les conditions financières (Prix : 40% - 40 points)	Double Epice	Company Writers
Tarif par journée de 8 heures pour le profil de consultant senior	700,00 euros	750,00 euros
Nombre estimé de jours	225	225
Total	157.500,00 euros	168.750, 00 euros
Points	40	37,33

CA 2 : L'expérience (60% - 60 points)			
CA 2.1. (35% - 35 points) : sur base du CV du consultant amené à réaliser la mission	Score maximum possible	Double Epice (Céline Faidherbe)	Company Writers (Bernadette Pâques)
Expérience en communication (10 années d'ancienneté requises)	5	5	5
Expérience en coordination d'équipe (10 années d'ancienneté requises)	5	5	5
Expérience en rédaction (idéalement de textes publiés dans des rapports annuels) (10 années d'ancienneté requises)	5	5	5
Expérience en coordination générale de rapports annuels (+ exemples) (5 années d'ancienneté requises)	10	10	9
Expérience en coordination de la mise en page (et éventuellement mise en page en Word) (5 années d'ancienneté requises)	5	5	4
Bilinguisme (niveau C1 minimum)	5	2.5	2.5

CA2.2. (25% - 25 points) : sur base des réalisations concrètes en relation avec le CV	Score (avec maximum possible)	Double Epice (Céline Faidherbe)	Company Writers (Bernadette Pâques)
Qualités rédactionnelles des exemples fournis	Répondent à nos attentes : 15 points – Ne répondent pas à nos attentes : 0 point	15	15
Qualités de mise en page des exemples fournis	Répondent à nos attentes : 5 points – Ne répondent pas à nos attentes : 0 point	5	5
Qualité de l'iconographie des exemples fournis	Répondent à nos attentes : 5 points – Ne répondent pas à nos attentes : 0 point	5	5

Totaux	100	97.5	92.83
---------------	------------	-------------	--------------

Motivations en Annexe 1 : Analyse des offres 0000715703 : Soutien à la coordination et la rédaction du rapport annuel

[...].

L'annexe 1 jointe à la décision d'attribution contient les explications suivantes, concernant le sous-critère d'attribution « expérience en coordination d'équipe (10 années d'ancienneté requises) » :

CA 2.1. (35% - 35 points) : sur base du CV du consultant amené à réaliser la mission	Score maximum possible	Double Epice (Céline Faidherbe)	Company Writers (Bernadette Pâques)
Expérience en coordination d'équipe (10 années d'ancienneté requises)	5	5 Dans son offre, Mme Faidherbe atteste du fait qu'elle dispose bien d'une expérience en coordination d'équipe d'au moins 10 ans.	5 Dans son offre, Mme Pâques atteste du fait qu'elle dispose bien d'une expérience en coordination d'équipe d'au moins 10 ans.

La partie adverse expose clairement, dans la décision attaquée, qu'elle a, lors d'un premier examen des offres, commis une erreur manifeste d'appréciation et qu'à la suite du retrait de la première décision d'attribution, elle a décidé de procéder à un nouvel examen complet des deux offres déposées, se replaçant ainsi au moment du dépôt des offres. C'est au terme de ce nouvel examen que la partie adverse a considéré, à propos du sous-critère d'attribution « expérience en coordination d'équipe (10 années d'ancienneté requises), que « dans son offre, Mme Faidherbe atteste du fait qu'elle dispose bien d'une expérience en coordination d'équipe d'au moins 10 ans » et lui a, en conséquence, attribué 5 points pour ce sous-critère.

Comme le relève la partie adverse dans sa note d'observation, le retrait d'un acte administratif emporte les mêmes effets qu'une annulation : l'acte concerné disparaît rétroactivement de l'ordonnancement juridique, en sorte qu'il est censé n'avoir jamais existé. Il ne peut donc y avoir de « revirement d'attitude » à l'égard d'une appréciation portée par un acte retiré ou annulé de l'ordonnancement juridique. L'entité adjudicatrice n'est en principe plus liée par les motifs sur lesquels cet acte était fondé et elle peut porter une appréciation différente dans le cadre de l'adoption de sa nouvelle décision. Le fait que certaines mentions figurant dans une première décision retirée ou annulée ne se retrouvent plus dans l'acte attaqué ne constitue pas un revirement d'attitude et l'auteur de l'acte attaqué n'est dès lors pas tenu de produire une motivation plus circonstanciée sur ce point.

Il s'ensuit que le grief pris de l'inadéquation de la motivation formelle au regard du revirement d'attitude allégué n'est pas sérieux. Du reste, la motivation de la décision attaquée permet à la requérante de comprendre pourquoi la partie adverse a décidé de procéder à un nouvel examen des offres ainsi que les raisons pour lesquelles l'offre de la SRL Double Épice a, au terme de cet examen, été préférée à la sienne.

La requérante conteste, pour la première fois, à l'audience le motif suivant lequel « Mme Faidherbe atteste du fait qu'elle dispose bien d'une expérience en coordination d'équipe d'au moins 10 ans ». Elle considère, en particulier, que les explications fournies par la partie adverse dans sa note d'observations – auxquelles elle n'avait pas accès au moment de l'introduction de sa requête – ne permettent pas de comptabiliser un total de 10 ans d'expérience en coordination d'équipe.

Or, la partie adverse a expliqué, en renvoyant aux pièces du dossier administratif et notamment à des courriels échangés entre le *Head of Procurement* et ses services que le sous-critère de l'expérience en coordination d'équipe avait initialement été interprété de manière trop formelle alors qu'à l'examen, il ressortait bien du CV produit par la consultante de la SRL Double Épice que si ce document ne mentionnait pas explicitement les mots « expérience de 10 ans », il attestait bien d'une telle expérience « en tant que responsable de la communication de grandes institutions (CHU de Liège, Agence fédérale de contrôle nucléaire)...Céline a également été responsable d'équipe » et qu'« en faisant la somme de ses expériences de coordination d'équipes de communication, on atteint bien les 10 ans » puisqu'« elle a été responsable de l'équipe communication du CHU de Liège de 2006 à 2011, et au sein de l'AFCN de 2011 à 2015, ainsi qu'en *interim* à la STIB en 2018 (8 mois), ceci pour un total de 10 ans et 8 mois ». Cette explication se vérifie à la lecture des pièces du dossier administratif.

Dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, la requérante ne démontre pas que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.

Le moyen unique n'est pas sérieux.

V. Confidentialité

La requérante sollicite que l'extrait de son offre qu'elle produit en pièce 2 annexée à la requête soit couvert par la confidentialité prévue par 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.

La partie adverse formule la même demande pour les deux offres déposées dans le cadre de la procédure de passation litigieuse. Il s'agit des pièces A et B du dossier administratif confidentiel.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

VI. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A et B du dossier administratif confidentiel et la pièce 2 annexée à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 24 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 7 avril 2023, par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret