

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 232.528 du 12 octobre 2015

G./A.205.788/VI-19.651

En cause : **la société privée à responsabilité limitée M.M.D.,**

ayant élu domicile chez
Mes Sophie MATRAY et
Pierre LEJEUNE, avocats,
rue des Fories, n° 2,
4020 Liège,

contre :

**la société anonyme de droit public le circuit de
Spa-Francorchamps,**

ayant élu domicile chez
Me France GUERENNE, avocat,
chemin du Stocquoy, n° 1,
1300 Wavre,

Partie intervenante :

**la société privée à responsabilité limitée
EVENTS CATERING BEVERS,**

ayant élu domicile chez
Me Harry HENDRICKX, avocat,
Hoge Waarande, n° 1,
2390 Malle.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 27 juillet 2012, la société privée à responsabilité limitée M.M.D. demande l'annulation de "la décision prise le 31 janvier 2012 par le conseil d'administration de la s.a. «Le circuit de Spa-Francorchamps», attribuant à la société EVENTS CATERING BEVERS le contrat de concession portant sur l'exploitation des points de vente «food & beverage» dans l'enceinte du circuit de Spa-Francorchamps".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

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

Le dossier administratif a été déposé.

La société privée à responsabilité limitée EVENTS CATERING BEVERS a, par une requête introduite le 2 octobre 2012, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante.

Une ordonnance du 23 octobre 2012 a accueilli provisoirement cette intervention.

Un mémoire en intervention a été déposé.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. La requérante et la partie adverse ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 12 mai 2015, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 17 juin 2015 à 10 heures.

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me France GUERENNE, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me Geert VRINTS, *loco* Me Harry HENDRICKX, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Le 2 mai 2006, la requérante et la société anonyme "Circuit de Spa-Francorchamps" concluent un contrat de concession d'exclusivité de vente de produits pour une durée de 5 ans, prenant cours le 1^{er} janvier 2006 et se terminant le 31 décembre 2010.

III.2. Le 18 octobre 2010, la société anonyme "Circuit de Spa-Francorchamps" publie au Bulletin des adjudications un appel à candidatures ayant pour objet "l'exploitation, le placement et/ou l'aménagement d'installations fixes (21) ou mobiles (31) destinées à la vente de produits «food & beverage», sur le site du circuit de Spa-Francorchamps, lors d'épreuves et d'incentives". Deux candidatures sont déposées dont celle de la requérante.

III.3. Le 22 février 2011, l'acte constitutif du 8 février 2011 de la société anonyme de droit public "Le circuit de Spa-Francorchamps" est publié au Moniteur belge.

III.4. Le 3 mars 2011, la société anonyme "Circuit de Spa-Francorchamps" informe les deux candidats que les formalités nécessaires à la prise de décision au sein de la structure appelée à l'absorber ainsi que l'intercommunale du circuit de Spa-Francorchamps n'étaient pas achevées, que, malgré la constitution de la nouvelle société, l'absorption n'a pas encore été réalisée, que la nouvelle société anonyme de droit public n'est pas encore propriétaire de l'universalité de l'ancienne société anonyme en sorte qu'elle n'est pas autorisée à prendre une décision dans le cadre d'une procédure qu'elle n'a pas lancée et dont elle ne peut garantir l'exécution, que l'intercommunale est toujours propriétaire ou tréfoncier des terrains sur lesquels les constructions doivent être érigées, qu'il apparaît prématuré d'attribuer le marché, qu'elle a pris la décision de renoncer à la procédure, cette possibilité étant prévue par l'appel à candidatures et qu'une nouvelle procédure sera lancée.

III.5. Le 15 avril 2011, un contrat de concession de vente de produits est conclu entre la requérante et la société anonyme "Circuit de Spa-Francorchamps" pour la durée d'une saison sportive prenant cours le 18 mars 2011 et se terminant le 30 novembre 2011.

III.6. Le 29 octobre 2011, un nouvel appel à candidatures est publié au Bulletin des adjudications par la société anonyme de droit public "Le Circuit de Spa-Francorchamps". L'intitulé donné au marché est "contrat de concession de vente de produits" et ce dernier a pour objet "d'attribuer le droit exclusif de vendre des produits «food & beverage» à emporter, sur le site du Circuit de Spa-Francorchamps lors d'épreuves et d'incentives, moyennant l'installation et l'aménagement de points de vente (provisoirement fixés à 39), certains étant obligatoires et d'autres facultatifs, suivant plans et note technique fournis par le Circuit (à l'exclusion de deux semaines avant le Grand prix F1 et d'une semaine après celui-ci)". Deux candidatures sont déposées dont celle de la requérante.

III.7. Le 31 janvier 2012, la société anonyme de droit public "Le circuit de Spa-Francorchamps", partie adverse, décide de confier à la société EVENTS CATERING BEVERS le contrat de concession portant sur l'exploitation des points de vente "food & beverage" dans l'enceinte du Circuit de Spa-Francorchamps.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 2 octobre 2012, la société privée à responsabilité limitée EVENTS CATERING BEVERS, demande à intervenir dans la présente procédure. En tant que bénéficiaire de l'acte attaqué, elle a intérêt à intervenir. Il y a dès lors lieu d'accueillir cette requête.

V. COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT

V.1. Thèses des parties

A. Mémoire en réponse

La partie adverse expose qu'elle n'est pas une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et estime qu'au regard de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation, le recours n'est pas recevable. Elle fait valoir qu'en l'occurrence, la société anonyme de droit public "Le circuit de Spa-Francorchamps" a été créée à l'initiative de la Région wallonne, que son capital social est de 100.000 euros représenté par cent actions sans désignation de valeur nominale, auxquelles la Région wallonne a souscrit à concurrence de 99 actions, que par ailleurs, tout comme la société anonyme Société Wallonne des Aéroports, elle est soumise au pouvoir de contrôle du gouvernement wallon conformément à l'article 30 de ses statuts et que ce contrôle est exercé à

l'intervention de deux commissaires désignés par le Gouvernement wallon. Elle estime qu'il reste donc uniquement à déterminer si la société anonyme de droit public "Le circuit de Spa-Francorchamps" exerce une mission déléguée qui lui a été confiée par la Région wallonne et qu'à défaut, celle-ci n'aurait pas la qualité d'autorité administrative et le Conseil d'Etat serait incompétent pour connaître du recours. La partie adverse explique qu'il y a donc lieu d'opérer une distinction entre d'une part, ses missions tenant à "l'organisation et la promotion sous toutes ses formes de tout type d'activités sur le site du Circuit de Spa-Francorchamps ou liées à celui-ci" et à "la gestion, l'entretien, l'amélioration et le développement du Circuit de Spa-Francorchamps en vue de favoriser la croissance de l'économie régionale" et, d'autre part, toutes les opérations "généralement quelconques, industrielles, commerciales, financières, mobilières et immobilières" effectuées par la société et "se rattachant directement ou indirectement à son objet social". Selon elle, si la "gestion, l'entretien, l'amélioration et le développement du circuit de Spa-Francorchamps en vue de favoriser la croissance de l'économie régionale" peuvent être analysés comme des missions déléguées, il n'en va pas de même des opérations notamment commerciales qu'elle mène. En l'espèce, la partie adverse considère que sa décision d'attribuer à la société EVENTS CATERING BEVERS, "le droit exclusif de vente des produits «food & beverage» à emporter, sur le site du circuit de Spa-Francorchamps lors d'épreuves et d'incentives, moyennant l'installation et l'aménagement de points de vente" et le paiement d'une redevance annuelle, ne relève pas de l'exercice de la mission qui lui a été déléguée par l'autorité publique, à savoir la promotion, la gestion, l'entretien, l'amélioration et le développement des infrastructures du circuit "en vue de favoriser la croissance de l'économie régionale", mais relève uniquement de la réalisation d'un objectif purement commercial et financier. Elle souligne que la requérante le reconnaît du reste expressément aux termes de son premier moyen : "en l'occurrence, la commercialisation de produits «food & beverage» pendant les manifestations se déroulant sur le circuit de Spa-Francorchamps s'identifie à une activité purement commerciale [...]. L'activité concédée n'étant pas un service public". Par conséquent, en prenant la décision attaquée, la partie adverse conclut qu'elle n'a pas agi en qualité d'autorité administrative, de sorte que le recours est irrecevable.

B. Mémoire en intervention

La partie intervenante estime que, "mis à part qu'il n'est pas clair que la partie adverse est une autorité publique et qu'elle peut prendre des décisions unilatérales qui engagent des tiers, il est indiscutable que la décision attaquée n'a rien à voir avec cette autorité étant donné qu'il s'agit d'une décision avec un objectif purement commercial" et que "les décisions prises par les personnes morales d'une

forme juridique publique dans le cadre de leur activité industrielle ou commerciale, ne peuvent pas être contestées auprès du Conseil d'État étant donné qu'en prenant ces décisions, ces personnes n'ont pas agi en qualité d'autorité administrative". Elle expose qu'en l'espèce, la décision de la partie adverse de lui attribuer le droit exclusif de vente des produits "food & beverage" à emporter moyennant l'installation et l'aménagement de points de vente, relève uniquement de la réalisation d'un objectif commercial, que la requérante le reconnaît expressément dans sa requête en écrivant que la vente des produits "food & beverage" n'est pas un service public mais une activité purement commerciale et que le caractère purement commercial de la décision attaquée a été confirmé dans la décision elle-même en mentionnant qu'il ne s'agit pas d'un marché public de services mais bel et bien d'une concession de services. Elle rappelle que les directives européennes relatives aux marchés publics de travaux et de services ne sont pas applicables aux concessions de services et que, même si la réglementation sur les marchés publics devait être appliquée, cela n'y changerait rien. En effet, selon elle, le Conseil d'État a jugé à plusieurs reprises que le fait qu'une partie adverse applique la réglementation sur les marchés publics n'implique pas qu'elle agit alors comme une autorité administrative parce que cette législation peut aussi être d'application pour des personnes privées, que les décisions qui résultent de son application ne créent aucune obligation à l'égard des tiers et que le Conseil d'État doit se déclarer incompétent.

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique qu'au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, il convient de distinguer entre, d'une part, les personnes morales créées par les pouvoirs publics, fût-ce sous une forme de droit privé, aux fins d'assurer une mission de service public et, d'autre part, les personnes morales de droit privé, nées de la seule initiative privée, mais agréées ou contrôlées par les pouvoirs publics pour assumer une mission de service public, que les premières sont parties intégrantes de l'administration, et peuvent être qualifiées d'autorités administratives, même si elles ne sont pas fondées à prendre des décisions obligatoires vis-à-vis de tiers, alors que les secondes ne seront qualifiées d'autorités administratives que si elles sont habilitées à prendre et lorsqu'elles prennent unilatéralement des décisions obligatoires à l'égard des tiers. En l'espèce, la requérante souligne que la partie adverse a été créée par les pouvoirs publics, qu'elle est qualifiée de "société anonyme de droit public", qu'elle est dotée d'un actionnariat où la Région se trouve majoritaire, qu'est imposée une procédure d'avis préalable et d'approbation du gouvernement pour toute modification statutaire, qu'elle se trouve administrée par un conseil où la majorité des administrateurs représente la Région

wallonne, qu'elle est placée sous contrôle du gouvernement wallon par le truchement de ses commissaires, qu'un décret est nécessaire pour la dissoudre ou la mettre en liquidation, qu'elle a pour objet d'assurer "la gestion, l'entretien, l'amélioration et le développement du circuit de Spa-Francorchamps en vue de favoriser la croissance de l'économie régionale", qu'elle est dotée du pouvoir d'expropriation pour cause d'utilité publique et que le législateur décretaal a donc décidé que la partie adverse assumait une mission de service public. Elle estime qu'aucune autre condition n'est requise pour que la partie adverse soit qualifiée d'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Selon la requérante, c'est vainement que la partie adverse entend se prévaloir de l'enseignement de l'arrêt n° 71.754 du 11 février 1998, la question litigieuse dans cette affaire étant celle de la création, ou non, de la société anonyme Brussels Airport Terminal Company (B.A.T.C.) par les pouvoirs publics. Elle considère que, dans la mesure où la partie adverse admet avoir été créée par la Région wallonne, cette jurisprudence n'est pas pertinente et en conclut que le Conseil d'Etat est donc compétent pour connaître du recours.

V.2. Décision du Conseil d'Etat

Aux termes d'un arrêt prononcé par la Cour de cassation le 13 juin 2013, "même si elle a été créée par une autorité administrative et est soumise au contrôle des pouvoirs publics, une personne morale de droit privé n'acquiert le caractère d'une autorité administrative que dans la mesure où elle peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers".

Conformément à cet enseignement, le fait que la partie adverse puisse, ou non, prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers ne doit être pris en considération que si elle apparaît comme étant une personne morale de droit privé, ce qui – en toutes hypothèses – ne pourrait résulter de la seule circonstance qu'elle est constituée sous la forme d'une société anonyme.

En l'espèce, le décret du 5 décembre 2008 a porté création de la société anonyme de droit public "Le circuit de Spa-Francorchamps". Il s'ensuit que cette société est une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, sans qu'il y ait lieu de rechercher si, dans l'exercice de ses missions, elle dispose ou non de la compétence de prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers.

L'exception est rejetée.

VI. EXCEPTION DE RECEVABILITE RATIONE TEMPORIS

VI.1. Thèses des parties

A. Mémoire en réponse.

La partie adverse fait valoir qu'à supposer qu'elle soit une autorité administrative, *quod non*, dans la mesure où aucune disposition légale ne lui imposait en l'espèce de mentionner, aux termes du courrier par lequel elle informait la requérante de l'attribution de la concession à la société EVENTS CATERING BEVERS, les voies de recours, aucune prolongation du délai de recours ne saurait être invoquée. La partie adverse estime que, dès lors que ladite décision a été notifiée à la requérante par un courrier du 31 janvier 2012, le recours, introduit le 30 juillet 2012, est irrecevable *ratione temporis*.

B. Mémoire en intervention

La partie intervenante expose que le recours est irrecevable *ratione temporis* parce qu'il n'a pas été introduit endéans le délai de soixante jours. Elle fait valoir qu'en effet, la décision a été notifiée à la requérante par lettre du 31 janvier 2012 tandis qu'elle n'a introduit sa requête que le 30 juillet 2012. Elle estime que l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne peut pas être appliqué étant donné que la décision attaquée ne relève pas de la partie adverse en tant qu'autorité administrative et que la partie adverse allègue elle-même qu'elle n'a pas agi en tant qu'autorité administrative. Elle en conclut qu'il n'y avait aucune disposition légale qui lui imposait de mentionner qu'un recours auprès du Conseil d'Etat pouvait être introduit.

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique que l'acte attaqué est de portée individuelle, qu'il devait donc lui être notifié, que l'acte attaqué lui a été communiqué sous forme d'un envoi recommandé, que cette caractéristique suffit à considérer qu'il a été notifié à la requérante et que la partie adverse devait respecter le prescrit de l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 172/2011 du 10 novembre 2011. Elle estime que contrairement à ce que soutient la partie adverse, l'obligation qui lui était faite de procéder à la notification de sa décision a un fondement légal, à savoir l'article 3,3° du décret du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration. Elle ajoute que, subsidiairement, au cas où le Conseil d'État déciderait que le marché litigieux est

soumis à la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et des services (premier moyen), il faudrait alors constater que la décision devait, en raison de l'article 65/23 de cette même loi, être également notifiée à la requérante. Elle fait enfin valoir qu'il n'est pas contesté que la notification du 31 janvier 2012 ne respecte pas les règles énoncées à l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et que le recours est donc recevable.

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

Le courrier de notification de la décision litigieuse adressé à la requérante est daté du 31 janvier 2012 mais a été recommandé à la poste le mercredi 1^{er} février 2012. Ce courrier ne contient aucune mention des voies de recours. Il y a donc lieu de faire application du délai de quatre mois, prévu par l'article 19, alinéa 2 précité, augmenté de soixante jours à compter à partir du troisième jour ouvrable suivant l'envoi du pli, à savoir le lundi 6 février 2012, ce jour étant compris dans le délai. La requête ayant été introduite le 27 juillet 2012, soit avant la fin du délai expirant le 6 août 2012, celle-ci est recevable.

L'exception est rejetée.

VII. PREMIER MOYEN

VII.1. Thèses des parties

A. Requête

Le premier moyen est pris de la violation des articles 5 et 24 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

La requérante relève que, selon l'acte attaqué, l'opération réalisée par la partie adverse n'est pas un marché public de services mais une concession de services. Or, elle estime que pour qu'il y ait concession de services, il faut, préalablement, que l'activité concédée soit érigée au rang de service public et qu'en l'occurrence, la commercialisation de produits "food & beverage" pendant les manifestations se déroulant sur le Circuit de Spa-Francorchamps s'identifie en une activité purement commerciale. Elle explique que le service de restauration figure du reste en annexe 2, catégorie 17, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, qu'il ne résulte d'aucune pièce et d'aucun élément avancé par la partie adverse qu'une telle activité aurait été érigée par

elle au rang de service public et que l'activité concédée n'étant pas un service public, il n'y a donc pas matière à concession de tels services. Elle fait valoir que selon l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993, visé au moyen, le marché de travaux s'entend du contrat à titre onéreux conclu entre un entrepreneur et un pouvoir adjudicateur et ayant pour objet, notamment, de faire réaliser par quelque moyen que ce soit un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, que la circonstance que le titulaire du marché soit rémunéré par des tiers n'enlève en rien à la convention son caractère onéreux, que l'article 24 de la loi du 24 décembre 1993 est explicite sur ce point, que l'appel à candidature visait à obtenir, outre l'exploitation des points de ventes, l'installation et l'aménagement de ceux-ci "suivant plans et note technique fournis par le circuit", que les travaux à réaliser répondent donc aux besoins exprimés par la partie adverse et que ces travaux correspondent enfin à la définition de "l'ouvrage", celui-ci étant le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. La requérante en conclut que la partie adverse ne pouvait donc, sans méconnaître le prescrit des dispositions légales visées au moyen, considérer que le contrat en question échappait au champ d'application de la réglementation sur les marchés publics. Subsidiairement, elle relève que, selon la Commission européenne, lorsqu'un même marché comporte un volet "concession de services" et un volet "réalisation de travaux", le critère permettant de distinguer le contrat de concession de travaux, visé à l'article 24 de la loi sur les marchés publics, et celui de la concession de services, exclue du champ d'application de la loi, consiste à examiner si les travaux sont accessoires et ne forment pas l'objet du contrat, ou encore si les deux aspects peuvent être dissociés. En l'occurrence, elle souligne que la partie adverse a déterminé les différents critères d'attribution du marché et leur pondération respective, que l'examen de cette pondération révèle que la partie adverse a attaché une importance prépondérante aux montants des investissements (50 points) et aux aspects techniques des points de vente (20 points), c'est à dire à l'ouvrage à réaliser et que l'aspect "exploitation" n'est appréhendé qu'au travers du critère "prix" des produits (30 points), le cahier des charges comportant de multiples précisions et spécifications qui, pour l'essentiel, concernent la réalisation des travaux : plans d'ensemble des emplacements, liste des points de vente, clauses techniques, plan détaillé de chaque emplacement. Elle fait valoir qu'il appartient en outre au titulaire du marché de fournir tous les documents permettant à la partie adverse d'introduire la demande de permis unique nécessaire à l'implantation des points de vente. Selon elle, il en résulte que la convention porte, à titre principal, sur les travaux de construction et d'aménagement des points de vente et que partant, il appartenait à la partie adverse de respecter le prescrit de l'article 24 de la loi du 24 décembre 1993, les deux aspects du contrat pouvant par ailleurs aisément être dissociés entre d'une part, les travaux relatifs aux points de vente et, d'autre part,

la commercialisation de certains produits au sein de ces points de vente. Elle note encore que le prix payé par les tiers ne constitue pas la rémunération de l'utilisation, par eux, des infrastructures construites (comme par exemple dans les marchés de concession portant la construction puis l'exploitation d'une autoroute) mais correspond tout simplement aux prix des denrées achetées de sorte que la dissociation entre les deux parties du marché est totale, même sur ce dernier aspect.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond que soit l'acte attaqué s'inscrit dans le cadre d'une opération purement commerciale et le recours est irrecevable à défaut pour la partie adverse d'avoir agi en qualité d'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, soit l'acte attaqué a été pris par cette dernière dans le cadre de l'exercice d'une mission de service public déléguée et dans cette hypothèse, la possibilité d'accorder à un tiers une concession de service public, doit être nécessairement admise. Selon la partie adverse, l'appel à candidatures qu'elle a lancé en date du 28 octobre 2011 et ayant mené à l'adoption de l'acte attaqué, ne constitue ni un marché public, ni une concession de travaux, la réglementation sur les commandes publiques ne s'appliquant que lorsque la commande émane d'une autorité revêtue de la qualité de pouvoir adjudicateur, porte sur l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services, et est conclue à titre onéreux avec un tiers, sans lequel il n'y aurait pas de contrat. Elle explique que la condition tenant au caractère onéreux du contrat implique que le pouvoir adjudicateur qui conclut un marché, reçoive, en vertu de celui-ci, une prestation moyennant une contrepartie, que cette prestation, notamment en matière de travaux, consiste généralement en la réalisation de travaux que le pouvoir adjudicateur vise à obtenir, qu'une telle prestation doit donc comporter un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur et que les travaux, les fournitures et les services qui font l'objet d'un marché public, doivent être exécutés ou fournis dans l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur, sans qu'il soit nécessaire que la prestation prenne la forme de l'acquisition d'un objet matériel ou physique. Elle fait valoir que l'absence d'une rémunération à charge du pouvoir adjudicateur et l'absence de transfert du risque d'exploitation en présence d'une concession de travaux, sont les seuls éléments décisifs retenus par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et qu'en l'espèce, aucune contre-prestation financière n'est payée par la partie adverse, le prestataire étant, au contraire, tenu de verser à cette dernière une redevance annuelle. Il en découle, selon la requérante, qu'aucune rémunération n'est prévue à charge du pouvoir adjudicateur, lequel n'assume par ailleurs pas le risque lié à l'exploitation des points de vente. Compte tenu des critères dégagés par la jurisprudence et rappelés

ci-avant, elle estime que l'appel à candidatures du 8 février 2011 ne s'inscrit pas dans le cadre d'une procédure de marché public. A titre subsidiaire, elle ajoute qu'à supposer même que la procédure s'inscrive effectivement dans le cadre de l'attribution d'une concession de travaux soumise aux dispositions de la loi du 24 décembre 1993, comme le prévoit l'article 24 de cette loi, le caractère accessoire des "travaux" liés à l'installation et à l'aménagement des points de vente, ressort clairement de l'appel à candidatures. Ainsi, celui-ci précise que : "l'appel à candidatures a pour but d'attribuer le droit exclusif de vendre des produits «food & beverage» à emporter, sur le site du circuit de Spa-Francorchamps lors d'épreuves et d'incentives, moyennant l'installation et l'aménagement de points de vente (..)", le terme "moyennant" indiquant clairement que l'objet principal de la convention consiste dans le droit exclusif de vendre de la nourriture et des boissons sur le circuit et que l'installation et l'aménagement des points de vente est donc accessoire, s'agissant uniquement du moyen permettant de réaliser ces ventes. Selon la requérante, à supposer que le montant de l'investissement concernant les points de vente (50 points), de même que le critère relatif à l'aspect technique des points de vente (20 points) soient pris en compte pour l'installation et l'aménagement des points de vente, les points attribués au volet "concession" représentent au total 120 points/190 (soit 63%) par rapport au volet "installation et aménagement des points de vente" qui totalise 70 points/190 (soit 37%). Elle estime qu'il est donc inexact d'indiquer que "la partie adverse a attaché une importance prépondérante aux montants des investissements (50 points) et à l'aspect technique des points de vente (20 points), c'est-à-dire l'ouvrage à réaliser, que l'aspect «exploitation» n'est appréhendé qu'au travers du critère «prix» des produits (30 points)". Elle fait valoir qu'en effet, les critères relatifs au montant de la redevance annuelle et à la nature des mesures prises par le concessionnaire en matière de qualité, d'hygiène, propreté et sécurité, relèvent sans conteste également du volet "exploitation", que les "travaux" relatifs aux points de vente n'ont en aucun cas une importance prépondérante, que le critère d'attribution relatif à l'installation et à l'aménagement des points de vente, porte sur l'"aspect technique des points de vente" et qu'il n'est donc pas exclusivement question de "travaux" visant à construire les points de vente mais également des équipements intérieurs des points de vente et de tous les aspects techniques relatifs à la sécurité, l'hygiène, la qualité des produits, la propreté. Selon la requérante, la convention ne porte donc pas à titre principal sur des travaux de construction et d'aménagement des points de vente et il s'agit donc effectivement d'une concession de services, non soumise aux règles en matière de marchés publics de sorte que le premier moyen n'est pas fondé.

C. Mémoire en intervention

La partie intervenante estime que le moyen n'est pas recevable parce que les articles dont la violation est invoquée "ne mentionnent qu'une notion", que "l'assertion de la requérante qu'il s'agissait en l'espèce d'un marché public de travaux, au moins d'une concession de travaux publics, n'implique pas que ces articles ont été violés". Elle expose que le fait que, selon la requérante, il serait juridiquement impossible pour la partie adverse d'accorder une concession de services dans la mesure où l'activité concédée, à savoir "l'exploitation de points de vente friteries et boissons", ne constitue pas un service public, n'a aucune importance et n'implique pas non plus que les articles 5 ou 24 de la loi du 24 décembre 1993 n'ont pas été respectés. L'intervenante fait valoir qu'"en effet, si à cause de l'absence d'un service public, une concession de services ne serait pas possible pour une telle activité, cela s'applique *a fortiori* pour un marché public de services". Elle ajoute que le moyen n'est ensuite pas fondé et rappelle que, selon la requérante, il s'agissait d'un marché public de travaux ou au moins d'une concession de travaux publics. Elle explique qu'au sens du titre II de la loi du 24 décembre 1993, on entend par marché public de travaux le contrat à titre onéreux conclu entre un entrepreneur et un pouvoir adjudicateur et portant sur des prestations visées à l'article 5 de cette loi, que l'ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique et qu'en l'espèce, il ne s'agit pas d'un tel contrat, d'une part parce que le contrat n'est pas conclu à titre onéreux, d'autre part parce que le contrat n'a pas pour but/objet fondamental de faire exécuter des travaux mais bien d'attribuer le droit exclusif de vendre des produits "food & beverage" à emporter sur le site du circuit de Spa Francorchamps. Selon l'intervenante, étant donné que le prestataire, qui est exclusivement rémunéré par le prix payé par les tiers pour l'achat des denrées et des boissons, assume seul le risque lié à cette exploitation, il ne peut pas s'agir d'un marché public de services mais bien d'une concession de services, de sorte que les directives européennes relatives aux marchés publics de travaux et de services ne sont pas applicables. Elle relève que, selon la requérante, il s'agissait bel et bien d'un marché public de travaux ou d'une concession de travaux parce que le marché comportait aussi un volet "réalisation de travaux" et que le concessionnaire devait ériger sur le circuit des bâtiments suivant plan et note technique fournis par le circuit. Cependant, en l'espèce, l'intervenante estime que la construction des bâtiments est secondaire et accessoire et n'est pas faite dans l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur : en effet, l'appel à candidatures avait pour but d'attribuer le droit exclusif de vendre des produits "food & beverage" sur le circuit de Francorchamps moyennant l'installation et l'aménagement de points de vente, certains étant obligatoires et d'autres facultatifs.

Elle fait valoir que le terme "moyennant" indique clairement que l'objet principal de la convention consiste dans le droit exclusif de vendre de la nourriture et des boissons sur le circuit, l'installation des points de vente étant donc accessoire, s'agissant uniquement du moyen permettant de réaliser ces ventes. Elle relève d'ailleurs que ces points de vente à installer et à équiper sont notamment mobiles, c'est-à-dire susceptibles d'être déplacés, et à charge du concessionnaire lui-même, à l'exception de la réalisation des travaux d'infrastructure nécessaires au positionnement de certaines installations mobiles. Elle considère que c'est à tort que la requérante essaie de chercher un argument dans les différents critères d'attribution du marché et leur pondération respective et qu'il n'est pas exact de prétendre qu'une importance prépondérante aurait été attachée aux investissements (50 points) et aux aspects techniques des points de vente (20 points). Elle estime que, outre que ces investissements et aspects techniques ne sont pas automatiquement à qualifier en tant qu'ouvrage au sens de l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993, ces postes comprenant aussi les équipements intérieurs des points de vente et de tous les aspects techniques relatifs à la sécurité, l'hygiène, la qualité des produits, ..., les points attribués aux autres critères représentent au total 120/190 (soit 63%). Elle ajoute aussi que la redevance annuelle à payer par le concessionnaire pendant la période de la concession (7 années) est plus haute que le total des investissements à remplir, que les "travaux" ne sont donc pas à faire dans l'intérêt économique direct du circuit, mais bien du concessionnaire lui-même, et sont complètement subordonnées aux services concédés. Elle conclut en soutenant que lorsqu'un contrat contient à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux ainsi que des éléments ayant trait à un autre type de marché, c'est l'objet principal du contrat qui détermine les règles communautaires applicables. Selon elle, la concession échappait donc complètement, également pour le volet "réalisation de travaux", au champ d'application de la réglementation (fédérale et européenne) sur les marchés publics de sorte que le premier moyen n'est pas fondé.

D. Mémoire en réplique

La requérante réplique que l'activité de distribution de produits "foods & beverage" n'ayant pas été élevée au rang de service public, la partie adverse est mal fondée à soutenir que le marché considéré est une concession de services, que la circonstance qu'une personne morale soit considérée comme une autorité administrative (conséquence du rejet de l'exception d'incompétence soulevée par la partie adverse) n'est en rien contradictoire avec l'application de la législation sur les marchés publics et que contrairement à ce que soutient la partie adverse, il n'y a donc aucun lien entre le rejet de cette exception et le rejet du premier moyen. La requérante

considère que le droit d'exploiter les points de vente, accordé par le contrat, représente une contrepartie évaluable en argent, condition suffisante pour que le contrat puisse être qualifié d'onéreux. Elle fait valoir que contrairement à ce que soutient la partie adverse, le droit de l'Union européenne n'exige pas une contrepartie financière payée par le pouvoir adjudicateur, que l'article 24 de la loi du 24 décembre 1993 confirme que le paiement peut se réaliser par le biais d'une exploitation des ouvrages, que la partie adverse ne conteste que le caractère onéreux du contrat, qu'elle ne conteste pas que les ouvrages à réaliser devaient répondre aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, que l'article 24 de la loi du 24 décembre 1993 vise expressément l'hypothèse où "la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix", ce qui correspond au marché litigieux et que hors exploitation des points de vente, aucun "service" n'est fourni par le bénéficiaire du contrat à la partie adverse. La requérante ajoute que la partie adverse ne répond rien à ce propos, qu'elle ne répond pas davantage à l'observation selon laquelle la rémunération provenant des tiers ne correspond à aucun service, mais au paiement du prix des produits achetés, que le marché litigieux est donc une concession de travaux et qu'il en résulte que le premier moyen est bien fondé. Subsidiairement, elle fait valoir que comme indiqué ci-avant, le bénéficiaire du contrat ne preste aucun service ni en faveur de la partie adverse, ni en faveur des personnes fréquentant le circuit : il s'agit purement et simplement de vente de produits. Selon elle, la partie adverse ne peut dès lors inclure comme "service" les prestations qui correspondent à la vente : c'est donc à tort que la partie adverse qualifie de "concession de service" un contrat ne présentant aucune prestation de services, le contrat comportant la réalisation de travaux assortis du droit de réaliser des opérations de fourniture de biens à l'égard de tiers. C'est encore à tort selon elle que la partie adverse compare le montant cumulé de la redevance par rapport aux investissements à réaliser : d'une part, une telle comparaison n'a pas été réalisée lors de l'appréciation des offres et, d'autre part, le nombre d'années d'exécution du contrat est de quatre et non de sept. Elle soutient que la partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle affirme avoir transféré la totalité des risques d'exploitation vers le concessionnaire et explique que seul un transfert majeur des risques permet de caractériser la concession de services. Elle considère que la partie adverse ne répond rien quant au fait que la partie "réalisation des points de vente" pouvait aisément se dissocier de la partie "exploitation" de ceux-ci et constate que le Conseil d'Etat a déjà appliqué la législation sur les marchés publics à propos d'un marché décrit comme une concession de service public, aucune disposition des directives européennes en matière de marché publics n'interdisant en effet l'application de la loi à de tels marchés. Selon la requérante, la même solution doit prévaloir en l'espèce de sorte que le premier moyen est fondé.

E. Dernier mémoire de la partie requérante

Dans son dernier mémoire, la partie requérante soutient que c'est à la partie adverse et non à elle-même qu'il appartient d'établir que la distribution de boissons et de nourriture a été érigée en service public. Or, selon elle, cette démonstration n'est pas faite.

Elle est aussi d'avis que dans la mesure où la législation sur les marchés publics relève de l'ordre public, elle n'a pas à justifier son intérêt au moyen.

VII.2. Décision du Conseil d'Etat

L'appel à candidatures publié par la partie adverse a, selon les termes du point 3 de ce document, "pour but d'attribuer le droit exclusif de vendre des produits «food & beverage» à emporter, sur le site du Circuit de Spa-Francorchamps lors d'épreuves et d'incentives, moyennant l'installation et l'aménagement de points de vente (provisoirement fixés à 39), certains étant obligatoires et d'autres facultatifs, suivant plans et note technique fournis par le Circuit (à l'exclusion de deux semaines avant le Grand Prix F1 et d'une semaine après celui-ci)".

Il s'ensuit que la concession litigieuse consiste en une opération de nature commerciale : la vente de nourriture et de boissons à emporter sur le site d'un circuit automobile.

Si le fait que pareille opération n'implique pas d'office la perte de la qualité de marché public, devant être soumis à la législation relative aux marchés publics, particulièrement si une prestation est attendue du bénéficiaire de ce droit de vente exclusif, encore faut-il que cette prestation réponde aux besoins de l'autorité. En l'espèce, la prestation demandée est énoncée, comme suit, dans l'appel à candidatures : "moyennant l'installation et l'aménagement de points de vente". Même si celle-ci implique un programme d'investissements, il apparaît du point 1.1.3, alinéa 2, du projet de concession qu'"au terme de la présente convention, le concessionnaire devra [...] démonter [les installations de tous les points de vente] et/ou les emporter endéans les 7 jours calendrier, sauf si le concédant accepte de les conserver; dans ce cas, le concédant en deviendra propriétaire sans avoir à verser une quelconque indemnité au concessionnaire". Une telle prestation ne peut être qualifiée de contrepartie effectuée dans l'intérêt économique direct d'un pouvoir adjudicateur.

Dans ces conditions, l'opération litigieuse ne présente pas les caractéristiques d'un marché public de sorte qu'il ne fallait pas impérativement la soumettre à la législation relative aux marchés publics.

Le premier moyen n'est pas fondé.

VIII. DEUXIEME MOYEN

VIII. 1. Thèses des parties

A. Requête

Le deuxième moyen est pris de la violation des principes d'égalité et de non-discrimination et de transparence consacrés tant par la Constitution (article 10 et 11) que par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (article 56).

La requérante expose que, dans la logique selon laquelle le marché constitue une concession de services, laquelle échappe au champ d'application de la législation sur les marchés publics, la partie adverse se devait de respecter les principes d'égalité et de non-discrimination inscrits tant dans le droit communautaire que dans la Constitution mais que tel n'a pas été le cas. Elle explique que le premier appel à candidatures, réalisé en 2010, laissait à la libre appréciation des candidats le soin de proposer l'architecture des points de vente à réaliser ou à aménager, qu'elle avait pris soin de se faire assister d'un bureau d'architecture, lequel avait pris langue avec le fonctionnaire délégué aux fins de mieux percevoir les conceptions qui étaient les siennes en matière d'aménagement du territoire, et que le résultat final s'est concrétisé par une offre particulièrement aboutie en ce qui concerne l'aspect architectural. Elle reconnaît que certes, la société anonyme "Circuit de Spa Francorchamps" n'était en rien obligée de mener à son terme la première procédure mais estime qu'elle ne pouvait renoncer à celle-ci que pour des motifs exempts de toutes critiques. Elle relève que, alors même que la société "Circuit de Spa Francorchamps" estimait prématuré d'attribuer le marché au motif que la nouvelle structure de ladite société n'était pas encore opérationnelle, celle-ci a relancé la procédure avant même que soit constatée, le 21 décembre 2011, la bonne fin des opérations de fusion et d'absorption. Elle estime qu'aucun des motifs avancés pour justifier la non-attribution du marché ne résiste à l'analyse et qu'il en résulte que les décisions de renoncer à la procédure du 15 décembre 2010 et du 3 mars 2011 doivent être écartées en application de l'article 159 de la Constitution. La requérante ajoute qu'en outre, en recommençant la procédure, la partie adverse a estimé devoir modifier son cahier spécial des charges en y insérant la plupart des idées architecturales

contenues dans sa première offre. Elle explique qu'elle a demandé à son architecte de procéder à la comparaison entre les deux procédures d'appel d'offres, démontrant soit l'identité, soit la forte similitude entre le projet initial de la requérante et le cahier spécial des charges de la partie adverse. La requérante considère que le procédé a eu pour conséquence de lui faire perdre son avantage concurrentiel et, corrélativement, a permis à son concurrent d'en bénéficier et qu'une telle conséquence n'est pas acceptable. Elle expose que la décision finale d'attribution du marché du 31 janvier 2012 est le fruit d'une opération complexe, incluant notamment les décisions de mettre fin à la première procédure, puis celle de modifier le cahier spécial des charges, qu'elle est recevable à critiquer, de manière incidente, la légalité de ces décisions et que l'illégalité de ces décisions emporte l'illégalité de la délibération du 31 janvier 2012 de sorte que le second moyen est fondé.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse s'interroge tout d'abord sur l'intérêt au moyen. Elle explique qu'il ressort de l'appel à candidatures que le critère relatif à l'aspect technique des points de vente se voyait attribuer 20 points sur un total de 190 points et qu'il ressort cependant de la décision attaquée, que pour ce critère, l'offre de la requérante a obtenu 18 points, tandis que celle de la partie intervenante, à laquelle la concession a été attribuée, n'a obtenu que 14 points. Elle constate qu'au regard de l'ensemble des critères, la requérante a par ailleurs obtenu un total de 88,08 points sur 190, alors que la partie intervenante a obtenu un total de 170 points sur 190, soit une différence de près de 82 points, largement supérieure aux 20 points attribués au critère de l'aspect technique des points de vente. Par conséquent, elle considère qu'à supposer même que la décision prise par la partie adverse de renoncer au premier appel d'offres, soit entachée d'une erreur de droit, avec pour conséquence que l'acte attaqué serait lui-même illégal, *quod non*, cette illégalité n'aurait, en tout état de cause, aucune incidence sur le classement des offres et donc, sur la décision d'attribution de la concession. Elle estime que la décision de renoncer au premier appel d'offres n'a eu aucune conséquence dans le chef de la requérante : elle n'a influé ni sur la possibilité pour la requérante de voir sa candidature prise en compte dans le cadre du nouvel appel d'offres du 28 octobre 2011, ni dans le classement des offres. Elle considère que la requérante n'a dès lors pas d'intérêt au moyen. Elle ajoute que le moyen est en tout état de cause non fondé. Selon elle, en effet, indépendamment même de la question de savoir si les motifs exprimés par la partie adverse dans sa décision de renoncer au premier appel à candidatures sont admissibles en droit, l'écartement de cette décision par le Conseil d'Etat, sur la base de l'article 159 de la Constitution, serait dépourvu de toute conséquence sur la validité de l'acte attaqué lui-même et donc, sur le fondement

du présent recours dès lors que, comme il vient de l'être souligné, la décision de renoncer au premier appel à candidatures ne constitue pas une décision préparatoire à l'acte attaqué. A titre subsidiaire, la partie adverse fait valoir que la décision du 15 décembre 2010 de renoncer au premier appel à candidatures ne comporte aucune erreur de droit, qu'il est exact que toutes les dispositions statutaires permettaient au conseil d'administration de la société anonyme "Circuit de Spa Francorchamps" de prendre la décision d'attribuer la concession dans le cadre du premier appel à candidatures mais que néanmoins, il n'y a rien d'illégal pour un conseil d'administration à ne pas prendre une décision au vu des circonstances de l'espèce et de la prudence qui devait animer l'ancien conseil d'administration appelé à être remplacé rapidement par le conseil d'administration de la société de droit public et dont le fonctionnement est soumis à des conditions et modalités plus lourdes et plus strictes. La partie adverse expose, d'une part, qu'il n'est ni contestable, ni contesté, que la possibilité de renoncer à la procédure était expressément prévue par l'appel à candidatures, et, d'autre part, que la décision prise par le conseil d'administration le 15 décembre 2010 de renoncer au premier appel d'offres, a été prise pour des motifs légitimes. Enfin et en toutes hypothèses, elle rappelle que le moyen est fondé sur la violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires et que, toutefois, la seule décision de renoncer à un appel à candidatures n'implique pas, en elle-même, l'expression, dans son chef, de la volonté de rompre l'égalité entre les candidats : encore appartient-il à la requérante de démontrer, comme elle le soutient, que la partie adverse aurait renoncé à cette première procédure afin de modifier son dossier d'appel à candidatures "en y insérant la plupart des idées architecturales contenues dans la première offre de la requérante" et ce, dans l'unique objectif de favoriser un autre soumissionnaire. La partie adverse estime que cette preuve n'est pas rapportée et qu'en tout état de cause, il ressort de la cote qui lui a été attribuée pour le critère relatif à l'aspect technique des points de vente, que le concessionnaire n'a en aucun cas été avantagé de sorte que le deuxième moyen n'est pas fondé.

C. Mémoire en intervention

La partie intervenante estime que le moyen n'est pas recevable, que l'illégalité alléguée de la décision de renoncer au premier appel à candidatures est sans aucune conséquence sur la légalité du nouvel appel d'offres du 28 octobre 2011 et sur la légalité de l'acte attaqué, que contrairement aux assertions de la requérante, la décision de renoncer au premier appel à candidatures n'est en aucun cas l'un des éléments d'une opération complexe ayant mené à l'adoption de la décision attaquée et que ces deux décisions ont été prises dans le cadre de deux procédures tout à fait distinctes. Elle relève que la requérante n'a formé aucun recours contre la décision de

renoncer au premier appel, qu'au contraire, elle a déposé de nouveau une offre dans le cadre de l'appel à candidatures du 28 octobre 2011 et qu'en tout état de cause, il n'y a aucune preuve que la candidature de la requérante aurait été retenue si le premier appel n'avait pas été abandonné. L'intervenante expose qu'il ressort notamment que, pour le critère "l'aspect technique des points de vente"(20/190), l'offre de la requérante a obtenu la meilleure cote (18/20) mais que pour le total, elle n'a obtenu qu'une cote de 88,08 points sur 190, alors qu'elle même a obtenu 170 sur 190, soit une différence largement supérieure aux 20 points attribués au critère de l'aspect technique des points de vente. Elle estime que la requérante n'a donc pas d'intérêt au moyen. Elle fait valoir qu'au fond, il n'a pas été démontré que la décision de renoncer au premier appel d'offres est illégale, que, d'une part, la possibilité de renoncer à la procédure était expressément prévue par l'appel à candidatures et que, d'autre part, cette décision a été prise pour des motifs légitimes, à savoir le fait que la nouvelle structure issue de la fusion entre l'intercommunale et la société anonyme "Circuit de Spa Francorchamps" sera créée dans un délai très bref avec pour conséquence la mise en place à court terme d'un nouveau conseil d'administration auquel il appartiendra de prendre la décision finale. La partie intervenante considère que bien que, conformément à l'article 522 du Code des sociétés, la perspective de la création d'une nouvelle entité n'empêchait pas au conseil d'administration de la société anonyme "Circuit de Spa Francorchamps" d'exercer pleinement ses compétences jusqu'à la clôture des opérations de fusion annoncées et que, dès lors, il n'était pas obligé de renoncer à la procédure, il n'était pas interdit non plus d'y renoncer : au contraire, vu la création, dans un délai très bref, d'une société étendue de droit public, il était normal que l'ancien conseil d'administration renonce à la procédure afin de laisser décider le nouveau conseil en pleine liberté et à sa propre vision, étant donné qu'il s'agit d'une convention qui liera la société à long terme. Elle explique que la seule décision de renoncer à un appel à candidatures n'implique pas, en elle-même, la volonté de la partie adverse de rompre l'égalité entre les candidats, qu'il appartient, en effet, à la requérante de démontrer son assertion selon laquelle cette décision a été prise afin de modifier le dossier d'appel à candidatures "en y insérant la plupart des idées architecturales contenues dans la première offre de la requérante", cela dans l'unique objectif de favoriser un autre candidat, et que cette preuve n'a pas été apportée : au contraire, la meilleure cote n'a été attribuée à la requérante que pour le critère relatif à l'aspect technique des points de vente (18/20), mais c'est parce que sa note sur les autres critères (60/170) s'élève à moins de la moitié de la note de la partie intervenante (156/170) que l'offre ne pouvait pas lui être attribuée. L'intervenante estime qu'il n'y a pas de violation du principe d'égalité dès lors que les candidats ont eu de la même manière l'occasion d'introduire une proposition, qu'ils avaient tous accès aux mêmes informations et que leurs offres ont été effectivement comparées en fonction des

éléments préalablement indiqués par la partie adverse dans son invitation. Elle fait valoir que la requérante ne démontre pas qu'en espèce, ce n'est pas le cas et qu'elle a été défavorisée d'une manière inacceptable et ajoute que même si la plupart de ses idées architecturales avaient été insérées dans le nouveau dossier d'appel, cela n'implique pas que le principe d'égalité a été violé étant donné qu'elle a eu les mêmes possibilités que tous les autres candidats de sorte que le moyen n'est pas fondé.

D. Mémoire en réplique

La requérante réplique que la partie adverse ne peut lui dénier son intérêt au moyen en se fondant sur les points attribués pour l'aspect technique des points de vente lors de la décision finale. En effet, selon elle, le grief contenu dans le moyen porte sur le fait que, lors de la première procédure, la liberté était laissée aux soumissionnaires quant à l'aspect architectural des points de vente, que cet aspect avait été particulièrement soigné dans l'offre de la requérante et que, lors de la seconde procédure, la partie adverse n'a plus laissé la liberté aux soumissionnaires, mais a incorporé dans son cahier spécial des charges les idées architecturales contenues dans l'offre de la requérante, l'ensemble du procédé aboutissant non seulement à supprimer un avantage concurrentiel de la requérante, mais à transférer cet avantage à l'autre soumissionnaire. La requérante explique que le résultat final, soit la seconde décision et la pondération assortissant celle-ci, ne peuvent être pris en considération pour dénier l'intérêt au moyen, puisque ce résultat est précisément la conséquence du grief soulevé dans le moyen. La requérante fait valoir que comme toute décision administrative, la décision de ne pas mener à terme une procédure d'attribution de marché - dont elle ne conteste nullement le principe - doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles ce qui, précisément, n'est pas le cas. Contrairement à ce que soutient la partie adverse, la requérante considère qu'elle n'a pas à établir que l'unique objectif poursuivi par l'autorité a été de favoriser un soumissionnaire. Elle relève qu'en effet, le moyen n'est pas pris du détournement de pouvoirs mais qu'il fait en revanche grief à la partie adverse de ne pas avoir recommencé la procédure sur des bases identiques mais sur des bases faussées, ce qui non seulement a eu pour conséquence de priver la requérante d'un avantage concurrentiel mais encore a permis à l'autre soumissionnaire de bénéficier de cet avantage. La requérante reproche à la partie adverse de ne rien répondre à ces griefs. Elle en conclut que le deuxième moyen, recevable, est bien fondé.

E. Dernier mémoire de la partie requérante

Dans son dernier mémoire, la partie requérante fait valoir que la circonstance que la première procédure a été initiée par une personne morale autre que

la partie adverse n'est pas déterminante dès lors qu'à la suite des opérations d'absorption, la partie adverse est devenue ayant cause à titre universel de l'ancienne société anonyme "Circuit de Spa Francorchamps".

VIII.2. Décision du Conseil d'Etat

En tant qu'il porte sur la décision de renoncer à la précédente procédure d'attribution, le moyen n'est pas recevable. En effet, la requérante n'a pas introduit de recours contre cette décision, qui ne constitue pas un élément d'une opération complexe, mais un acte distinct.

En tant qu'il porte sur la décision de lancer une nouvelle procédure sur la base d'un cahier spécial des charges modifié et dénonce la perte d'un avantage concurrentiel que cette décision cause à la requérante, le moyen n'est pas fondé. En effet, non seulement cette "perte" n'est pas révélée par l'appréciation des offres, plus spécialement par la notation du critère relatif à l'aspect technique, mais encore aucun élément n'est avancé par la partie requérante qui attesterait l'avantage dont aurait bénéficié son concurrent.

Le deuxième moyen est, pour partie, irrecevable et, pour le surplus, non fondé.

IX. NOUVEAU MOYEN

IX. 1. Thèses des parties

A. Mémoire en réplique

Un nouveau moyen est pris de "la violation des articles 89, 110, 127 et 131 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, du document intitulé «appel à candidatures» (articles 7.3, 7.5 et 7.8), du contrat de concession (articles 1.2.3. et 8.2) annexé à l'appel à candidatures, de la liste des emplacements de ventes annexée à l'appel à candidatures, du principe général «*patere legem quam ipse fecisti*», du principe d'égalité, de non discrimination, de transparence et d'appel effectif à la concurrence consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution et par les principes régissant le Traité pour le fonctionnement de l'Union (article 56)".

La requérante expose qu'après réception du mémoire en réponse, elle a

demandé de recevoir en communication la pièce 7bis du dossier administratif, composée notamment de la partie intitulée "TAB 4" de l'offre de la société EVENTS CATERING BEVERS, d'un courrier électronique du 9 janvier 2012, adressé par la société EVENTS CATERING BEVERS à la partie adverse et de l'avenant numéro 1 intervenu entre la partie adverse et la société EVENTS CATERING BEVERS. La requérante n'ayant pas eu connaissance de ces pièces lors du dépôt de sa requête en annulation, elle estime qu'elle est recevable à introduire, au stade du mémoire en réplique, un moyen nouveau basé sur ces différentes pièces. Elle relève une modification du délai de réalisation des points de vente obligatoires. Elle expose qu'en son article 7.3., l'appel à candidatures impose de joindre à l'offre "un plan financier, qui doit comprendre au minimum : - le programme d'investissements, portant sur un montant minimum de 500.000,00 € hors T.V.A., qui doit être réalisé sur les deux premières années du contrat, étant précisé que les points de vente obligatoires devront être opérationnels pour le 15 mars 2012 au plus tard (par «investissements», on entend les modules proprement dits, à l'exclusion des équipements intérieurs)", qu'en son article 7.5., l'appel à candidatures interdit au soumissionnaire de modifier quoique ce soit au contrat de concession, si ce n'est le montant de la redevance proposée, que l'article 1.2.3. du contrat de concession précise que "Le concessionnaire s'engage à ce que tous les points de vente obligatoires, conformes aux obligations légales et contractuelles, soient opérationnels à l'ouverture de la saison 2012, soit pour le 16 mars au plus tard, sous réserve de ce qui est dit à l'article 1.1. alinéa 3" et que l'annexe à l'appel à candidatures identifie les points de vente obligatoires, à savoir les emplacements 3, 4, 5, 8, 10, 11, 13 et 14. Elle fait valoir qu'il résulte de la réponse de la société EVENTS CATERING BEVERS du 9 janvier 2012 que le programme d'investissements de ce candidat est scindé en 6 phases et que les indications fournies dans cette réponse font également apparaître les éléments suivants : la phase 1 concerne les points de vente obligatoires 13 et 14, pour lesquels le délai est "Date de signature + 3 mois"; la phase 2 concerne les points de vente obligatoires 4 et 5, pour lesquels le délai est "Date de signature + 7 mois"; la phase 3 concerne le point de vente obligatoire 8, pour lequel le délai est "Date de signature + 11 mois"; que la phase 6 concerne les points de vente 10 et 11, pour lesquels le délai est "Date de signature + 24 mois". Elle relève qu'aucune de ces dates ne répond à l'exigence de la partie adverse de voir les points de vente obligatoires opérationnels dès le 16 mars 2012, que l'avenant n° 1 est daté du 6 février 2012, soit le même jour que le contrat de concession lui-même et moins d'une semaine après la décision attaquée et que cet avenant exécutant l'acte attaqué permet d'en apprécier la portée en ce qu'il précise que: "... en ce qui concerne le timing d'installation des points de vente, le Concessionnaire a formulé une proposition dans sa réponse du 09/01/2012 (annexe 15); ce timing et, plus généralement l'ordre de priorité d'installation des points de vente, sera examiné

par le Concédant en concertation avec le Concessionnaire". En déclarant régulière l'offre de EVENTS CATERING BEVERS, alors que cette offre ne contenait pas un plan financier comportant au minimum "le programme d'investissements, portant sur un montant minimum de 500.000,00 € hors T.V.A., qui doit être réalisé sur les deux premières années du contrat, étant précisé que les points de vente obligatoires devront être opérationnels pour le 15 mars 2012 au plus tard"; en permettant à EVENTS CATERING BEVERS de modifier le délai de réalisation des investissements pour les points de vente obligatoires, alors que ces points de vente devaient être opérationnels pour le 15 mars 2012 et alors que l'appel à candidatures interdisait de modifier le contrat de concession sur toutes les clauses autres que le montant de la redevance; en permettant à EVENTS CATERING BEVERS de réaliser la dernière phase des investissements à une date "signature du contrat plus 24 mois" alors que le délai maximum pour la réalisation de tout le programme d'investissement est de 2 ans à dater de l'acceptation de l'offre; en acceptant l'offre de EVENTS CATERING BEVERS et, partant, en lui attribuant le marché; en acceptant d'emblée que le contrat de concession, qui ne pouvait être modifié que sur le montant de la concession, soit modifié par un avenant ayant un objet beaucoup plus vaste que le seul montant de la concession, la partie requérante estime que la partie adverse a méconnu toutes les dispositions visées au moyen. Elle relève qu'en ce qui concerne le montant de la redevance, le document intitulé "TAB 4", étant une partie de l'offre de EVENTS CATERING BEVERS, précise que la redevance annuelle proposée, de 305.000 € est "basé sur les taxes de Stavelot actuel (7.166,50€/an)" et que par cette mention, EVENTS CATERING BEVERS introduit une réserve sur le montant proposé, alors que le prix constitue un élément essentiel du contrat et que ce dernier précise en son article 8.2 que "Toutes taxes et impositions quelconques dues en raison de la concession ou de son exploitation sont à charge du concessionnaire quel que soit le pouvoir taxateur". Elle conclut qu'en déclarant régulière une telle offre, la partie adverse méconnaît les articles 89 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, l'article 8.2 du contrat de concession faisant partie du document intitulé "appel à candidatures", le principe général "*patere legem quam ipse fecisti*" et les principes d'égalité et de non discrimination de sorte que le moyen nouveau est bien fondé.

B. Dernier mémoire de la partie requérante

Dans son dernier mémoire, la partie requérante distingue, pour les points de vente, "l'éligibilité" des offres de ce qui concerne l'exécution du contrat. Elle considère que le programme des investissements est une condition essentielle du marché et que toute modification de cet élément porte donc atteinte à l'équilibre contractuel. C'est pourquoi elle soutient que l'offre du futur attributaire ne pouvait pas

être déclarée "éligible". Pour ce qui concerne l'exécution du contrat, elle expose ce qui suit :

- " 39.- Au point de vue de l'exécution du contrat, l'utilisation par l'attributaire de ses propres unités de vente (soit des camions mobiles) pendant deux ans (c'est à-dire pendant la phase où les investissements devaient être réalisés), permet à ce dernier de ne réaliser aucun des investissements exigés au sens de l'appel à candidatures et des documents du marché.

Or, le montant des investissements est un des critères d'attribution et l'objet même du marché impose à l'attributaire de réaliser ces investissements sous forme d'implantation des points de vente décrits dans les spécifications techniques et selon un calendrier précis".

Elle ajoute ce qui suit sur les conséquences de l'avenant n° 1 au contrat :

- " B) La signature de l'avenant n° 1

41.- Le 12 mars 2015, la requérante a demandé à un huissier de justice de "procéder au constat du fait que la firme Bevers n'a installé aucun emplacement définitif food and drink sur le circuit de Spa Francorchamps aux endroits qui me seront indiqués".

Le constat opéré est limpide : "Je n'ai constaté la présence d'aucune infrastructure de vente (voir photo)".

42.- Il en résulte qu'au jour d'aujourd'hui, soit plus de trois ans après l'attribution du marché, aucun des points de vente prévus n'a été mis en place par l'attributaire, qui se trouve par-là dispensé de réaliser les investissements pourtant annoncés à concurrence de 1.205.827€, circonstance ayant contribué à lui permettre d'emporter le marché.

43.- Cette situation n'a été rendue possible que par la signature de l'avenant 1, intervenue le jour même de la signature du contrat principal et modifiant les exigences en matière de calendrier des investissements : [...]"

Enfin, elle réitère sa thèse à propos du montant de la redevance.

C. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse s'exprime en ces termes :

- " La requérante opère une confusion entre, d'une part, les points de vente obligatoires qui doivent être opérationnels le 15 mars 2012 et l'investissement qui doit être réalisé non pour cette date, mais sur les deux premières années du contrat. Les investissements ne doivent donc pas être réalisés lors de l'acceptation de l'offre.

Il est dès lors inexact d'écrire en page 5 que «les investissements relatifs aux points de vente obligatoires devaient être réalisés pour le 15 mars 2012».

Les investissements étaient en effet à réaliser dans les deux premières années du contrat, ce qui correspond à l'avenant, à savoir la dernière phase = date de signature + 24 mois.

Il n'est par ailleurs absolument pas démontré que l'implantation de points de vente [par la requérante] pouvait à tout le moins intervenir très tôt dans la saison. En effet, outre la question du temps pour les travaux, c'était sans compter le traitement administratif de la demande de permis d'urbanisme qui devait être déposée, même s'il s'agissait de modules mobiles préfabriqués.

Par ailleurs, le fait de disposer d'un certificat d'urbanisme n° 2 pour un projet fort similaire, et donc non identique, n'est pas gage d'obtention plus rapide d'un permis d'urbanisme.

Le 12 mars 2015, la requérante a fait procéder à un constat d'huissier qui relève qu'aucun emplacement définitif "food & drink" sur le Circuit de Spa-Francorchamps n'a été installé.

Cela s'explique tout simplement, d'une part, par la nécessité d'obtenir des permis d'urbanisme. Ainsi, de multiples contacts ont été tenus avec notamment les Services du Fonctionnaire délégué dans le cadre de la préparation de la demande de permis, ce qui a justifié chaque fois des adaptations des plans et des justifications.

Le 17 juillet 2013, l'accusé de réception du dossier final a été octroyé. Le 31 octobre 2013, des plans modificatifs ont été déposés à la demande du Fonctionnaire délégué et le 18 février 2014, un permis d'urbanisme a été délivré, lequel porte à la fois sur les socles et sur les points de vente.

En ce qui concerne la réalisation effective des travaux :

1°) les socles

- entre le 18 février 2014 et le 24 juin 2014 : il a fallu préparer les plans d'exécution, établir un cahier des charges, un métré estimatif, dès lors que le maître de l'ouvrage est le Circuit...
On rappelle en effet que les socles sont à charge du Circuit;
- le 24 juin 2014, le Conseil d'administration a approuvé les conditions, le montant estimé et le mode de passation du marché;
- le 9 juillet 2014 : un avis de marché a été publié;
- le 28 août 2014 a eu lieu la séance d'ouverture des offres;
- le 25 septembre 2014, la décision d'attribution a été prise ;
- le 8 octobre 2014, l'ordre de commencer les travaux le 27 octobre 2014 a été donné. Les travaux sont en cours, le délai ayant été suspendu fin 2014/début 2015 en raison des intempéries;

2°) les points de vente

- la b.v.b.a. Events Catering Bever a été invitée à les installer dès finalisation des socles.

Un avenant a effectivement été signé le jour de la signature du contrat principal, lequel prévoit que l'installation des points de vente sera examinée par le concédant en concertation avec le concessionnaire.

D'une part, ce «grief» n'a pas été soulevé dans le cadre du mémoire en réponse. D'autre part, la requérante n'explique pas en quoi il y aurait violation des articles 89, 110, 127 et 131 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Cet avenant ne déroge en rien au contenu de l'appel à candidatures, lequel prévoit notamment la réalisation du programme d'investissements sur les deux premières années, ce timing est repris dans l'avenant.

La notion de «programme» d'investissements implique une réalisation par étapes

qui doivent rencontrer l'accord du concédant, ce qui par ailleurs est conforme au 2^e alinéa de l'article 1.1.3. du contrat, lequel prévoit qu'«en outre, les travaux d'installation de ces points de vente ne pourront être exécutés par le concessionnaire qu'après avoir obtenu l'accord écrit du concédant et dans le plus strict respect de cet accord».

Ce grief est dès lors irrecevable."

IX.2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'est pas contesté par la partie adverse que les pièces qui permettent le développement de ce nouveau moyen, n'ont pu être portées à la connaissance de la partie requérante qu'à la suite du dépôt du dossier administratif. Le moyen formulé dans le mémoire en réplique est donc recevable.

Il suit de ce qui a été jugé à la suite de l'examen du premier moyen que le nouveau moyen n'est pas recevable en ce qu'il invoque la violation des règles relatives aux marchés publics.

Pour le surplus, l'article 7 "Critères d'éligibilité" de l'appel à candidatures est notamment rédigé comme suit en ses divisions 7.3., 7.5. et 7.8. :

- " 7. Critères d'éligibilité
Les critères d'éligibilité suivants seront vérifiés pour tous les dossiers :
[...]
7.3. les documents suivants permettant d'évaluer la capacité économique, financière et technique du soumissionnaire :
[...]
• un plan financier, qui doit comprendre au minimum :
- le programme d'investissements, portant sur un montant minimum de 500.000,00 € hors tva, qui doit être réalisé sur les deux premières années du contrat, étant précisé que les points de vente obligatoires devront être opérationnels pour le 15 mars 2012 au plus tard (par «investissements», on entend les modules proprement dits, à l'exclusion des équipements intérieurs);
[...]
7.5. le projet de contrat de concession dûment signé et paraphé à chaque page, lequel ne pourra être modifié par le candidat (sauf pour ce qui concerne le montant minimum de la redevance [...]);
[...]
7.8. les documents énumérés au point 10 s'ils ne sont pas visés par le point 7".

Le projet de contrat de concession joint à l'appel à candidatures prévoit en son article 1.2.3. que "le concessionnaire s'engage à ce que tous les points de vente obligatoires, conformes aux obligations légales et contractuelles, soient opérationnels à l'ouverture de la saison 2012, soit pour le 16 mars au plus tard, sous réserve de ce qui est dit à l'article 1.1., alinéa 3" et les annexes au projet de contrat identifient les points de vente obligatoires, étant les emplacements 3, 4, 5, 8, 10, 11,

13 et 14.

Les alinéas 1 à 5 de l'article 1.1. du projet de contrat de concession sont rédigés comme suit :

" La convention a pour objet d'attribuer au concessionnaire le droit exclusif de vendre des produits «food and beverage» à emporter, sur le circuit de Spa Francorchamps, lors d'épreuves et d'incentives, par le biais de points de vente.

Le nombre et la localisation des points de vente sont provisoirement repris dans les plans et sur la liste annexée à la présente convention et qui en font intégralement partie (annexes 1 et 2).

Les emplacements définitifs (implantations et nombre) dépendront des conditions qui seront reprises dans l'analyse urbanistique à réaliser à l'initiative du Circuit ainsi que dans le permis (d'urbanisme, d'environnement ou unique) qui sera délivré, et – dans l'attente de ceux-ci –, des conditions (à définir par le Circuit) portant sur l'exploitation de points de vente temporaires et mobiles, c'est-à-dire susceptibles d'être déplacés afin de ne pas être en contravention avec les réglementations.

Chaque emplacement comportera, selon le cas, un ou plusieurs points de vente, obligatoire ou facultatif.

L'ensemble des points de vente seront constitués d'installations mobiles, selon plans et note technique fournis par le Circuit".

L'offre de la société EVENTS CATERING BEVERS comprend l'engagement conforme au modèle de projet de convention "à ce que tous les points de vente obligatoires, conformes aux obligations légales et contractuelles, soient opérationnels à l'ouverture de la saison 2012, soit pour le 16 mars au plus tard, sous réserve de ce qui est dit à l'article 1.1. alinéa 3".

Le 23 décembre 2011, en phase d'examen des candidatures, la partie adverse a interrogé les entreprises en lice afin de "pouvoir obtenir de (leur) part toutes précisions utiles visant à (l)'assurer de la mise en œuvre et du respect des engagements repris dans (les) offres respectives" et a posé la question suivante en ce qui concerne le planning d'investissements des points de vente :

- " Dans le respect du plan financier repris dans votre offre,
- Planning précis, avec identification des points de vente concernés et, pour chacun de ceux-ci, du montant d'investissements (module proprement dit) correspondant ;
 - Idem en ce qui concerne l'éventuelle exploitation de points de vente temporaires et mobiles, si la date du 15 mars ne pouvait être respectée pour la mise en œuvre des points de vente du programme d'investissement".

Le 9 janvier 2012, la société EVENTS CATERING BEVERS a répondu à

la question en indiquant :

- " Au page 83+84 dans notre dossier vous verrez notre plan d'investissements. Ci-dessous vous verrez plus d'infos quand Events Catering Bevers prévoit effectivement de réaliser les unités de vente.
On propose de construire point de vente par point de vente. Quel point de vente on construit en quelle phase est une discussion qu'on veut décider ensemble.
Comme base pour réaliser tout on a pris la date de signature du contrat.

(notre proposition)				
Phase	Points de vente	Nombre d'unités	Bardage	Date de realisation
1	13+14	6	Métallique	Date de signature + 3 mois
2	3+4+5	9	Métallique	Date de signature + 7 mois
3	6+7+8	8	Naturel	Date de signature + 11 mois
		23		
		€ 694.801		
[...]				
4	9+1+2	9	Métallique/naturel	Date de signature + 15 mois
5	12+15	5	Métallique	Date de signature + 19 mois
6	10+11	6	Naturel	Date de signature + 24 mois
		20		
		€ 511.027		

Important :

Events Catering Bevers assure, pendant les 2 premières années, une réalisation complète et un service parfait avec ses propres unités. Voir notre liste d'unités aux pages 9-13 dans notre dossier".

Il ressort des différents éléments figurant ci-dessus que, si le programme d'investissements présenté par la société EVENTS CATERING BEVERS porte sur un montant minimum de 500.000 euros H.T.V.A. et est planifié pour 2 ans, conformément au prescrit du point 7.3. de l'appel à candidatures, en revanche, les points de vente obligatoires selon le document de concession ne sont pas annoncés comme étant opérationnels pour le 15 mars 2012.

Cependant, sur la même interpellation de la partie adverse du 23 décembre 2011, la société EVENTS CATERING BEVERS a indiqué que, pendant les deux premières années, elle assurerait un service avec ses propres unités en telle sorte qu'il est satisfait à la condition que les points de vente obligatoires soient opérationnels pour le 15 mars 2012. Concrètement, cela revient à ce que, comme le prévoit d'ailleurs le point 1.1. alinéa 3 du projet de contrat de concession joint à l'appel à candidatures, les points de vente, mis en place par la société EVENTS CATERING

BEVERS, sont d'abord ses propres unités dans l'intervalle de l'aménagement définitif des emplacements selon les décisions prises sur les demandes de permis divers.

Les dispositions précitées, applicables en ce qui concerne les points de vente, ont donc été respectées.

Pour ce qui concerne le montant de la redevance, la thèse de la partie requérante selon laquelle l'ajout des mots "basé sur les taxes de Stavelot actuel (7.166,50€/an)" dans le document intitulé "TAB 4" constituerait une réserve, ne peut être suivie, les termes litigieux pouvant raisonnablement s'interpréter comme faisant référence au régime fiscal local, sans qu'aucune réserve n'ait été émise par l'intervenante.

Le moyen nouveau est, pour partie, irrecevable et, pour le surplus, non fondé.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée EVENTS CATERING BEVERS est accueillie.

Article 2.

La requête est rejetée.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

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

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. David DE ROY,
Serge BODART,
Vincent DURIEUX,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Odile DAURMONT.