CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 256.755 du 9 juin 2023

A. 239.224/VI-22.574

En cause : **la société à responsabilité limitée SHADOW TO LIVE**,
ayant élu domicile chez
M^e^ Cyrille DONY, avocat,
avenue des Mélèzes 31
1410 Waterloo,

contre :

l'Etat belge, représenté par
le Premier Ministre,
ayant élu domicile chez
M^es^ Barteld SCHUTYSER et Gauthier VLASSENBROECK, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 31 mai 2023, la société à responsabilité limitée Shadow To Live demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision de l'Etat Belge du 25 mai 2023 d'attribuer à la SRL Alice Events le marché public de services pour l'organisation des festivités à l'occasion de la fête nationale le 21 juillet 2023, comprenant l'organisation d'un spectacle grand public, la réalisation d'une émission de télévision en direct, la gestion de la sécurité de cet événement, la gestion des bars et des espaces de restauration et la promotion de l'événement ainsi que la décision implicite de ne pas attribuer ledit marché à la SRL Shadow To Live et, d'autre part, l'annulation de ces mêmes décisions.

II. Procédure

Par une ordonnance du 1^er^ juin 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 15 juin 2023.

Par des courriers du 2 juin 2023, l'affaire a été remise à l'audience du 9 juin 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. David De Roy, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Kevin Polet, *loco* M^e^ Cyrille Dony, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^es^ Barteld Schutyser et Gauthier Vlassenbroeck, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits

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

« 1. Par un avis de marché publié le 10 février 2023 au Bulletin des Adjudications, l'ETAT BELGE, partie adverse, a lancé un marché public de services pour l'organisation des festivités à l'occasion de la fête nationale le 21 juillet 2023, comprenant l'organisation d'un spectacle grand public, la réalisation d'une émission de télévision en direct, la gestion de la sécurité de cet événement, la gestion des bars et des espaces de restauration et la promotion de l'événement […].

Passé par procédure négociée directe avec publication préalable, ce marché a toutefois été interrompu suite à une erreur de procédure dans la publication dès lors que le marché n'avait pas fait l'objet d'une publication européenne […].

2. Par un avis de marché publié le 17 février 2023 au Bulletin des Adjudications, la partie adverse a relancé le marché de services pour l'organisation des festivités à l'occasion de la fête nationale le 21 juillet 2023, comprenant l'organisation d'un spectacle grand public, la réalisation d'une émission de télévision en direct, la gestion de la sécurité de cet événement, la gestion des bars et des espaces de restauration et la promotion de l'événement […].

Ce marché a, à nouveau, été passé par procédure négociée directe avec publication préalable.

A la date limite de réception des offres, les soumissionnaires suivants ont remis une offre […]:

- SRL ALICE EVENTS ;
- SRL SHADOW TO LIVE ;
- SA VERHULST AND FRIENDS.

Le 19 avril 2023, la partie adverse a toutefois décidé de renoncer à l'attribution du marché en raison du non-respect des critères de sélection (SRL SHADOW TO LIVE) ou de l'irrégularité substantielle (SRL ALICE EVENTS et SA VERHULST AND FRIENDS) des offres déposées […].

3. Par un avis de marché publié le 24 avril 2023 au Bulletin des Adjudications, la partie adverse a, une nouvelle fois, relancé le marché de services pour l'organisation des festivités à l'occasion de la fête nationale le 21 juillet 2023, comprenant l'organisation d'un spectacle grand public, la réalisation d'une émission de télévision en direct, la gestion de la sécurité de cet événement, la gestion des bars et des espaces de restauration et la promotion de l'événement […].

Aux termes de son point 1 "Objet et nature du marché", le cahier spécial des charges insiste tout d'abord sur les éléments suivants […]:

" IMPORTANT :

- Sous peine de nullité, les soumissionnaires devront proposer une offre de prix dont le montant est inférieur à 1.000.000,00 € TVA comprise.
- Etant donné le délai très court dans lequel le marché doit être exécuté, le pouvoir adjudicateur insiste fortement sur le fait que les offres devront être absolument complètes dès leur dépôt. En effet, le SPF Chancellerie du Premier Ministre ne dispose pratiquement pas du temps nécessaire pour permettre aux soumissionnaires, le cas échéant – en application de l'article 66, §3 de la loi précitée – de présenter, clarifier ou de préciser les informations ou les documents manquants dans leur offre".

L'obligation de proposer une offre de prix d'un montant inférieur à 1.000.000 EUR TVAC est également reprise parmi les exigences minimales du cahier spécial des charges […].

Désormais passé par le biais d'une procédure sui generis prévoyant une faculté de négociation, le marché prévoit les critères d'attribution suivants […] :

- Prix proposé : 20 %
- Qualité de la proposition pour l'organisation du spectacle : 50 %
- Qualité de la proposition d'émission télévisée : 30 %

En ce qui concerne plus particulièrement le critère d'attribution relatif au prix, le cahier spécial des charges précise ce qui suit […] :

" Critère d'attribution 1 : la note de chaque offre est établie par application de la règle de trois relativement à l'offre la moins onéreuse. Cette dernière reçoit la note maximale. L'examen de ce critère se fera en excluant la redevance qui sera perçue pour l'exploitation des bars".

S'agissant de la redevance d'exploitation des bars, le cahier spécial des charges indique que celle-ci "sera perçue par le pouvoir adjudicateur. Le montant de cette

redevance d'exploitation est fixé à 50.000 € TVAC. Ce montant sera repris dans votre prix global et devra être payé peu importe le chiffre d'affaires réalisé" […].

Enfin, le cahier spécial des charges mentionne que "[l]es soumissionnaires devront déduire de leur offre de prix le montant de la redevance pour l'exploitation des bars. Cette redevance sera perçue intégralement par le pouvoir adjudicateur, peu importe le chiffre d'affaires réalisé. Son montant ne pourra pas être modifié à l'issue de l'exécution des prestations" […].

Il se déduit de ces dispositions que :

- le prix de l'offre doit obligatoirement être inférieur à 1.000.000 EUR TVAC ;
- une redevance forfaitaire d'un montant de 50.000 EUR TVAC devra être versée à la partie adverse pour l'exploitation des bars et doit être repris dans le prix de l'offre ;
- pour l'évaluation du critère d'attribution relatif au prix, le montant de la redevance d'exploitation des bars est exclu du prix proposé.

Pour respecter ces exigences et ainsi éviter la nullité de son offre, chaque soumissionnaire devait ainsi prévoir un prix inférieur à 950.000 EUR TVAC pour l'ensemble des services proposés, hors redevance d'exploitation des bars (50.000 EUR TVAC), afin que le prix demeure inférieur à 1.000.000 EUR TVAC.

4. À la date limite de réception des offres, les soumissionnaires suivants ont remis une offre initiale […]:

- SRL ALICE EVENTS ;
- SRL SHADOW TO LIVE ;
- SA VERHULST AND FRIENDS.

L'offre initiale de la SA VERHULST AND FRIENDS ayant été déclarée substantiellement irrégulière […], la partie adverse a entamé des négociations uniquement avec la SRL ALICE EVENTS et la SRL SHADOW TO LIVE, partie requérante.

Ces deux soumissionnaires ont ensuite été invités à déposer une offre intermédiaire pour le 15 mai 2023 à 9h00. Les offres intermédiaires déposées n'appelant plus de remarques de la partie adverse, cette dernière a mis fin aux négociations et a sollicité le dépôt d'offres finales (BAFO) pour le 15 mai 2023 à 16h00 […].

5. Par une décision du 25 mai 2023, la partie adverse a décidé d'attribuer le marché public litigieux à la SRL ALICE EVENTS pour un montant de 999.953,56 EUR TVAC […].

Il s'agit du premier acte attaqué.

La SRL SHADOW TO LIVE a pris connaissance de la décision motivée d'attribution et du rapport d'attribution par un courrier électronique du 25 mai 2023 […].

6. Dès le 26 mai 2023, la SRL SHADOW TO LIVE a pris contact avec la partie adverse afin d'obtenir des éclaircissements par rapport au respect du plafond financier (1.000.000 EUR TVAC) et à la déduction de la redevance d'exploitation des bars (50.000 EUR TVAC) par la SRL ALICE EVENTS.

A la lecture du rapport motivé d'attribution, la requérante a en effet constaté que soit l'offre de prix de la SRL ALICE EVENTS est, en réalité, de 1.049.844,66 EUR TVAC et donc supérieure à 1.000.000 EUR TVAC, soit le soumissionnaire

n’a pas déduit la redevance d’exploitation des bars de sorte que, dans les deux cas, son offre aurait dû être déclarée nulle pour cause d’irrégularité.

Le même jour, la partie adverse a toutefois répondu ce qui suit […] :

“ Cher Monsieur Pinchart,

Nous vous remercions pour votre courriel. Nous comprenons la confusion et nous souhaitons vous donner les explications ci-dessous.

Nous supposons que vous parlez des montants indiqués à la page 2/24 du rapport de proposition d'attribution. Ces montants ont été repris des montants qui étaient mentionnés sur les formulaires d'offres des offres initiales. Ainsi, Shadow to Live a pris le montant total incluant les 50 000,00 € de la redevance pour l'exploitation des bars. Par contre, Alice Events avait déjà déduit ce montant du prix global dans son formulaire d'offre initial. Lors des négociations, il vous a d'ailleurs été demandé de déduire le montant de la redevance dans votre formulaire d'offre.

Une exigence minimale est effectivement que les soumissionnaires devront proposer une offre de prix dont le montant est inférieur à 1.000.000,00 € TVA comprise. Le montant total de 1 000 000,00 € est considéré comme le montant final dû par le pouvoir adjudicateur à l'adjudicataire, et donc après la déduction de la redevance des bars de 50 000,00 €. Nous confirmons que la redevance des bars de 50 000,00 € a bien été déduite du budget final d'Alice Events, ce qui leur a permis d’arriver à un montant de leur BAFO de 999 953,56 € TVAC (voir page 24/24 du rapport d'attribution motivé). L’offre de prix d'Alice Events est donc conforme à l'exigence minimale.

En outre, à la page 14/59 du cahier spécial des charges, il est spécifiquement mentionné que pour l'évaluation du critère d'attribution 1, le montant excluant la redevance pour l'exploitation des bars sera pris en considération :

Critère d’attribution 1 : la note de chaque offre est établie par application de la règle de trois relativement à l’offre la moins onéreuse. Cette dernière reçoit la note maximale. L’examen de ce critère se fera en excluant la redevance qui sera perçue pour l’exploitation des bars.

Nous espérons vous avoir suffisamment informé et nous restons à votre disposition.

Cordialement”.

Face à cette réponse peu convaincante, la requérante a réagi en ces termes dès le 27 mai 2023 […] :

“ Bonjour,

Je vous remercie pour votre email et votre interprétation.

J’ai cependant beaucoup de mal à vous suivre.

En effet, si vous dites que ‘Le montant total de 1 000 000,00 € est considéré comme le montant final dû par le pouvoir adjudicateur à l’adjudicataire, et donc après la déduction de la redevance des bars de 50 000,00 €’, ce n’est pas ce qui est spécifié dans le cahier des charges.

Pour rappel, le cahier des charges précise :

- Sous peine de nullité, les soumissionnaires devront proposer une offre de prix dont le montant est inférieur à 1.000.000,00 € TVA comprise.
- Les soumissionnaires devront déduire de leur offre de prix le montant de la redevance pour l'exploitation des bars.
- Une redevance d'exploitation de ces bars sera perçue par le pouvoir adjudicateur. Le montant de cette redevance d'exploitation est fixé à 50.000 € TVAC. Ce montant sera repris dans votre prix global et devra être payé peu importe le chiffre d'affaires réalisé.

L'offre de prix d'Alice Events est donc de 1 049 953,56 € même si leur prix global est de 999 953,56 €.

C'est ce prix global qui doit effectivement être renseigné dans le formulaire d'offre comme vous me l'avez bien fait remarquer avant le dépôt de la BAFO mais il y a lieu de distinguer ce prix global de l'offre de prix.

Votre interprétation reviendrait à purement et simplement à supprimer du cahier des charges tous les passages relatifs à la redevance de bar.

Il me paraît à ce point évident que l'offre d'Alice Events est entachée de nullité que je suis obligé de vous demander de ne pas conclure le contrat avec eux et de réattribuer le marché.

Bien cordialement".

Le 30 mai 2023, la partie adverse a adressé une ultime réponse à la requérante […] :

" Monsieur Pinchart,
Cher Alexandre,

Nous avons bien reçu votre courriel du 27 mai dernier et vous en remercions.

Si nous vous comprenons bien, vous vous interrogez quant à la différence entre les termes 'prix global' et 'offre de prix', tous deux utilisés dans le cahier spécial des charges, alors qu'ils recouvrent le même concept. Et à notre avis, c'est justement là que réside le potentiel confusion.

Le point 1er du cahier spécial des charges 2023/014 stipule : 'Il s'agit d'un marché à prix global (A.R. 18 avril 2017, art. 2, 3°)'. En nous référant à cet arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, et plus précisément à l'article 27, nous ajoutons qu'en l'espèce, le soumissionnaire est censé avoir établi le montant de son offre selon ses propres opérations, calculs et estimations, tenant compte du contenu et de l'étendue du marché. Il va de soi que l'exploitation des bars fait partie intégrante de ladite étendue du marché, telle que définie au point B.2.I du cahier spécial des charges. Étant donné que le soumissionnaire vendra des boissons dans des infrastructures installées à la demande (et aux frais) du pouvoir adjudicateur, et qu'il générera ainsi des revenus dans le cadre de ce marché public, le pouvoir adjudicateur a jugé équitable de demander en contrepartie une redevance d'exploitation d'un montant de 50 000 euros TVAC.

En ce sens, la redevance d'exploitation constitue un poste en moins (déduction), outre les nombreux éléments en plus qui composent le prix global, que le pouvoir adjudicateur devra à l'adjudicataire. Ainsi, si le cahier spécial des charges prévoit que le montant de la redevance d'exploitation sera repris dans votre prix global, cela signifie évidemment que ce poste en moins doit être considéré avec les autres éléments (en plus) et donc logiquement déduit de ceux-ci. C'est ce qu'a fait Alice Events (et n'aurait pas dû faire

autrement) et qui lui a permis d'arriver à un prix global (ou offre de prix, ou montant de l'offre, ou tout autre terme que vous choisiriez) de 999 953,56 € euros, TVA incluse, inférieur à 1 000 000 euros, TVA incluse, comme le prévoit le cahier spécial des charges. Il n'y a donc pas lieu d'affirmer que l'offre d'Alice Events serait nulle. Par ailleurs, dans votre offre initiale, vous n'aviez pas déduit la redevance d'exploitation de votre prix global, ce que nous vous avons signalé lors des négociations. Cela vous a permis de procéder aux ajustements nécessaires pour que votre prix global comprenne également la redevance d'exploitation (poste en moins).

En l'absence d'autres éléments/motifs substantiels, nous ne voyons malheureusement aucune raison de procéder à une réévaluation afin d'éventuellement prendre une nouvelle décision d'attribution, et ne pouvons que nous en tenir à notre décision d'attribution motivée du 25 mai 2023.

Nous espérons vous avoir ainsi donné suffisamment d'explications quant aux motifs de notre décision d'attribution.

Bien cordialement".

Ne partageant aucunement l'interprétation et la position de la partie adverse, la requérante n'a dès lors pas eu d'autres choix que d'introduire le présent recours ».

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique, « pris de la violation de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; de la violation de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ; de la violation des articles 4, 5 et 8 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 ; de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ; de la violation du principe d'égalité de traitement, du principe de transparence, du devoir de minutie et du principe *Patere legem quam ipse fecisti* ; de l'erreur manifeste d'appréciation ; de l'excès de pouvoir » « [e]n ce que la partie adverse a considéré qu'en proposant un prix de 999.953,56 EUR TVAC sans tenir compte de la redevance d'exploitation des bars, la SRL ALICE EVENTS aurait respecté les exigences prévues par le cahier spécial des charges – notamment le plafond financier de 1.000.000 EUR TVAC – de sorte que son offre pouvait être déclarée régulière », « [a]lors que le cahier spécial des charges prévoit explicitement que le montant de la redevance d'exploitation des bars (50.000 EUR TVAC) « sera repris dans votre prix global et devra être payé peu importe le chiffre d'affaires réalisé » ;[q]ue l'obligation d'inclure cette redevance dans le prix est encore confirmée par la description du critère d'attribution relatif au prix qui précise que « [l]'examen de ce critère se fera en excluant la redevance qui sera perçue pour l'exploitation des bars » ; [q]ue, pour respecter ces exigences,

chaque soumissionnaire devait ainsi prévoir un prix inférieur à 950.000 EUR TVAC pour l'ensemble des services proposés, hors redevance d'exploitation des bars (50.000 EUR TVAC), afin que le prix demeure inférieur à 1.000.000 EUR TVAC en tenant compte de la redevance d'exploitation des bars ; « [q]ue c'est donc à tort que la partie adverse a considéré l'offre de la SRL ALICE EVENTS comme étant régulière dès lors qu'en réalité, le prix proposé par ce soumissionnaire s'élève à 1.049.953,56 EUR TVAC et que, partant, la partie adverse aurait dû déclarée l'offre nulle, conformément à ce que prévoit son cahier spécial des charges ; [q]ue les erreurs d'appréciation commises par la partie adverse ont, en outre, pour conséquence que le premier acte attaqué n'est pas adéquatement motivé s'agissant de la régularité de l'offre de la SRL ALICE EVENTS ».

Dans un premier temps, elle précise comme suit les principes et dispositions qu'elle estime applicables :

« 11. En ce qui concerne la régularité des offres, l'article 76, §§ 1er à 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit ce qui suit :

" § 1er. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.
L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.
Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.
Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :
1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement ;
2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1er, 44, 48, § 2, alinéa 1er, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires ;
3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

§ 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.

§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3".

Afin d'être considérée comme régulière, une offre doit être conforme à la réglementation relative aux marchés publics ainsi qu'aux conditions formelles et matérielles du cahier spécial des charges.

Sur la base de l'article 76 précité de l'arrêté royal du 18 avril 2017, une distinction doit également être faite entre, d'une part, les irrégularités substantielles et, d'autre part, les irrégularités non-substantielles.

Constitue ainsi une irrégularité substantielle celle qui est de nature :

- à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire ;
- à entraîner une distorsion de concurrence ;
- à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres ;
- à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

12. L'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit que "[l]es adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée".

Les principes "*patere legem quam ipse fecisti*", de transparence et d'égalité de traitement entre soumissionnaires interdisent dès lors au pouvoir adjudicateur d'adopter une décision d'attribution en modifiant les règles qu'il s'est lui-même fixées dans le cahier spécial des charges. Le pouvoir adjudicateur est ainsi tenu de respecter les règles qu'il a établies dans les documents du marché.

13. Selon l'article 4, alinéa 1er, 8°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, l'autorité adjudicatrice est tenue de rédiger une décision motivée lorsqu'elle attribue un marché public et ce, quelle que soit la procédure.

L'article 5, 8°, de la loi du 17 juin 2013 précise, quant à lui, que "la décision motivée visée à l'article 4 comporte, selon la procédure et le type de décision […] les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction. Ces motifs sont notamment relatifs au caractère anormal des prix et, le cas échéant, au constat de non-équivalence des solutions proposées par rapport aux spécifications techniques ou à leur non-satisfaction par rapport aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues".

L'article 8, § 1er, 2°, de la loi du 17 juin 2013 prévoit enfin que "dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée, l'autorité adjudicatrice communique […] à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière ou non conforme, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée".

Les décisions adoptées en matière de marchés publics sont également soumises à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ce que Votre Conseil confirme régulièrement.

Conformément à la loi du 29 juillet 1991, Votre Conseil estime que :

" pour satisfaire aux exigences des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, tout acte administratif, au sens de l'article 1er de cette loi, doit faire l'objet d'une motivation formelle, laquelle consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision ; que la motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin de permettre aux intéressés de vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce".

Le pouvoir adjudicateur, quelle que soit la décision qu'il prend, doit ainsi veiller à faire reposer son appréciation sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit.

Afin de satisfaire à cette obligation de motivation formelle en matière de marchés publics, la motivation doit figurer dans la décision d'attribution et doit consister

dans l'indication des considérations de droit et de fait qui ont présidé à la décision d'attribution du marché.

De manière constante, Votre Conseil considère dès lors que :

> " L'obligation de motivation formelle à laquelle est tenu le pouvoir adjudicateur répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. Les motifs exprimés dans un acte administratif doivent être exacts et reposer sur les éléments du dossier administratif, celui-ci permettant de vérifier que les éléments retenus ne sont pas inexacts. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce".

Elle développe ensuite le moyen dans les termes suivants :

> « 14. Pour rappel, la partie adverse a tout d'abord insisté sur les éléments suivants dès le premier point du cahier spécial des charges […] :
>
> > " IMPORTANT :
> >
> > • Sous peine de nullité, les soumissionnaires devront proposer une offre de prix dont le montant est inférieur à 1.000.000,00 € TVA comprise.
> > • Etant donné le délai très court dans lequel le marché doit être exécuté, le pouvoir adjudicateur insiste fortement sur le fait que les offres devront être absolument complètes dès leur dépôt. En effet, le SPF Chancellerie du Premier Ministre ne dispose pratiquement pas du temps nécessaire pour permettre aux soumissionnaires, le cas échéant – en application de l'article 66, § 3 de la loi précitée – de présenter, clarifier ou de préciser les informations ou les documents manquants dans leur offre".

L'obligation de proposer une offre de prix d'un montant inférieur à 1.000.000 EUR TVAC a également été reprise parmi les exigences minimales du cahier spécial des charges […], ce qui confirme l'importance accordée par la partie adverse au respect de ce plafond financier.

15. Dans le cadre de ce marché, la partie adverse a également prévu la perception d'une redevance d'un montant forfaitaire de 50.000 EUR TVAC pour l'exploitation des bars […]. Concrètement, l'adjudicataire reçoit l'autorisation d'exploiter des bars durant les festivités du 21 juillet 2023 et d'en conserver le chiffre d'affaires, moyennant le paiement d'une redevance de 50.000 EUR TVAC à la partie adverse.

S'agissant de cette redevance d'exploitation des bars, le cahier spécial des charges précise que celle-ci "sera perçue par le pouvoir adjudicateur. Le montant de cette redevance d'exploitation est fixé à 50.000 € TVAC. Ce montant sera repris dans votre prix global et devra être payé peu importe le chiffre d'affaires réalisé" […].

L'obligation d'inclure cette redevance dans le prix est encore confirmée par la description du critère d'attribution relatif au prix qui ajoute ce qui suit […] :

> " Critère d'attribution 1 : la note de chaque offre est établie par application de la règle de trois relativement à l'offre la moins onéreuse. Cette dernière reçoit la note maximale. L'examen de ce critère se fera en excluant la redevance qui sera perçue pour l'exploitation des bars." […]

Enfin, le cahier spécial des charges mentionne que '[l]es soumissionnaires devront déduire de leur offre de prix le montant de la redevance pour l'exploitation des bars. Cette redevance sera perçue intégralement par le pouvoir adjudicateur, peu importe le chiffre d'affaires réalisé. Son montant ne pourra pas être modifié à l'issue de l'exécution des prestations' […].

Il se déduit donc clairement des dispositions susvisées ainsi que de l'obligation de proposer une offre de prix inférieure à 1.000.000 EUR TVAC que :

- le prix de l'offre doit obligatoirement être inférieur à 1.000.000 EUR TVAC ;
- la redevance d'exploitation des bars (50.000 EUR TVAC) doit être reprise dans le prix de l'offre ;
- pour l'évaluation du critère d'attribution relatif au prix, le montant de la redevance d'exploitation des bars est exclu du prix proposé.

Pour respecter ces exigences et éviter la nullité de son offre, chaque soumissionnaire devait ainsi prévoir un prix inférieur à 950.000 EUR TVAC pour l'ensemble des services proposés, hors redevance d'exploitation des bars (50.000 EUR TVAC), afin que le prix demeure inférieur à 1.000.000 EUR TVAC.

Dès lors que la description du critère d'attribution relatif au prix souligne que l'examen de ce critère se fera en excluant la redevance d'exploitation des bars, ceci confirme clairement que le prix proposé devait nécessairement inclure cette redevance mais que, pour évaluer le critère "prix", le montant de la redevance serait toutefois exclu.

16. En l'espèce, il apparaît que la SRL ALICE EVENTS n'a pas respecté les exigences fixées par le cahier spécial des charges en termes de formulation du prix et de respect du plafond financier.

Contrairement à ce que prétend la partie adverse, le prix proposé par la SRL ALICE EVENTS ne s'élève pas à 999.953,56 EUR TVAC […] mais bien à 1.049.953,56 EUR TVAC (999.953,56 EUR TVAC + 50.000 EUR TVAC pour la redevance d'exploitation des bars).

Pour rappel, le cahier spécial des charges a prévu que la redevance d'exploitation des bars (50.000 EUR TVAC) doit être reprise dans le prix de l'offre de sorte que chaque soumissionnaire était tenu d'inclure le montant de la redevance dans son prix et non, comme semble l'avoir fait la SRL ALICE EVENTS, le déduire.

Dès lors que le prix proposé par la SRL ALICE EVENTS s'élève donc à 1.049.953,56 EUR TVAC en tenant compte de la redevance d'exploitation des bars, l'offre de ce soumissionnaire aurait dû être déclarée nulle sur la base des dispositions du cahier spécial des charges qui imposent explicitement que l'offre de prix soit inférieure à 1.000.000 EUR TVAC sous peine de nullité […].

En tout état de cause et pour autant que de besoin, il convient d'ajouter qu'aux termes d'un arrêt n° 251.502 du 16 septembre 2021, Votre Conseil a jugé que, lorsque les documents du marché font apparaître que le prix proposé par chaque soumissionnaire doit l'être dans le respect d'un plafond financier qui ne peut être dépassé, le ce plafond financier doit être considéré comme une exigence minimale au sens de l'article 76, § 1er, alinéa 4, 3°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et ce, même si les dispositions relatives au plafond financier ne sont pas expressément prescrites à peine d'irrégularité substantielle.

17. Au vu de ce qui précède, l'offre de la SRL ALICE EVENTS aurait dû être déclarée nulle de sorte que le moyen unique est sérieux et fondé et doit, par voie de conséquence, entrainer la suspension et l'annulation des deux décisions querellées ».

I*V.2. Appréciation du Conseil d'État*

Le moyen reproche à l'acte attaqué d'avoir admis la régularité de l'offre de la société Alice Events, à laquelle le marché litigieux a été attribué, alors que cette offre aurait dû être déclarée irrégulière parce qu'elle ne répondrait pas aux prescriptions des documents du marché relatives à la « formulation du prix » et au respect du « plafond financier » ou budgétaire imposé par la partie adverse. Ce faisant, la requérante critique la manière dont la partie adverse a appliqué les prescriptions litigieuses, mais non la définition de celles-ci, laquelle définition ne fait l'objet d'aucun des griefs formulés au titre du moyen.

Pour faire application des prescriptions des documents du marché relatives à la détermination des prix et au respect du plafond budgétaire, la partie adverse a considéré que le prix global (T.V.A. comprise) de l'offre devait être inférieur au montant de 1.000.000 € qu'elle était prête à affecter au marché et que ce prix global était obtenu en déduisant du prix (positif) couvrant l'ensemble des prestations proposées le montant de 50.000 € dû par l'attributaire du marché au titre de redevance d'exploitation des bars installés sur le site de la manifestation projetée. Au vu de cette interprétation, la requérante ne peut, *prima facie*, être suivie lorsqu'elle considère que le prix global résultait de la somme du prix (positif) couvrant l'ensemble des prestations, d'une part, et du montant de 50.000 €, d'autre part, dont elle semble perdre de vue qu'il représente un « prix négatif » assumé par l'opérateur économique et compensant, dans cette mesure, le prix couvrant les prestations et assumé, quant à lui, par la partie adverse qui a précisément défini un plafond budgétaire. Elle ne peut davantage, et pour la même raison, être suivie lorsqu'elle soutient que le prix offert pour l'ensemble des services proposés devait – pour respecter le plafond de 1.000.000 € fixé par la partie adverse – être inférieur à 950.000 €.

La partie adverse a traité les offres de la requérante et de la société Alice Events conformément à cette interprétation, ce que la requérante – pour ce qui la concerne – ne pouvait ignorer, puisqu'après le dépôt de son offre initiale, elle avait précisément été invitée par la partie adverse à rectifier le prix qu'elle offrait, de manière à ce que celui-ci réponde aux prescriptions des documents du marché relatives aux modalités de sa détermination, rectification qu'elle a apportée et dont rendent compte ses offres intermédiaire et finale.

Il ressort du dossier administratif que, pour chacune des deux offres finales prises en considération, le « prix global » fixé conformément aux prescriptions des documents du marché, telles qu'entendues dans le sens ainsi

précisé, était inférieur du plafond budgétaire de 1.000.000 €, de sorte que c'est sans méconnaître ces prescriptions que la partie adverse a pu admettre la régularité de l'offre de la société Alice Events. Le moyen, qui soutient le contraire, ne peut être déclaré sérieux, et ce sans qu'il soit nécessaire – en extrême urgence – de se prononcer sur l'applicabilité, contestée par la partie adverse, de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Dès lors que le moyen unique ne peut être déclaré sérieux, la demande de suspension doit être rejetée, en ce qu'elle porte tant sur la décision d'attribuer le marché litigieux à la société Alice Events que sur la décision implicite de ne pas l'attribuer à la requérante.

V. Confidentialité

La requérante dépose à titre confidentiel les pièces A, B et C de son dossier. La partie adverse fait de même pour les pièces 7, 8 et 10 à 13 du dossier administratif.

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

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A, B et C du dossier de la requérante, ainsi que 7, 8 et 10 à 13 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI[e] chambre siégeant en référé, le 9 juin 2023, par :

David De Roy, conseiller d'État, président f.f.,
Vincent Durieux, greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent Durieux David De Roy