

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

n° 259.655 du 26 avril 2024

A. 241.487/VI-22.779

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'État belge, représenté par le Premier Ministre,
ayant élu domicile chez
M^{es} Barteld SCHUTYSER et Gauthier
VLASSEN BROECK, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 19 mars 2024, la partie requérante demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de l'ÉTAT BELGE de date inconnue d'approuver le cahier spécial des charges relatif au marché public de services pour l'organisation des festivités à l'occasion de la fête nationale le 21 juillet, 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 (réf. : 2023/028) » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

L'arrêt n° 259.419 du 9 avril 2024 a rouvert les débats, invité la partie adverse à déposer les pièces 11 à 13 du dossier administratif expurgées des données à caractère personnel, invité les parties à déposer une note contenant leurs observations éventuelles et invité les parties à comparaître à l'audience du 22 avril 2024 (ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.419).

La partie requérante et la partie adverse ont déposé une note contenant leurs observations et les pièces 11 à 13 du dossier administratif expurgées des données à caractère personnel.

M. David De Roy, président de chambre, a exposé son rapport.

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

M. Pacôme Noumair, auditeur adjoint 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

Les faits de la cause sont exposés par l'arrêt n° 259.419, prononcé le 9 avril 2024, auquel il y a lieu de se référer.

IV. Moyen unique – Première branche

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, « pris de la violation des articles 4, 5 et 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics□; de la violation des articles 65, 67 et 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques□; de la violation du principe de mise en concurrence ; de l'erreur manifeste d'appréciation□; de l'excès de pouvoir ».

Au titre de la première branche de ce moyen, elle expose que la partie adverse a exigé, dans le cadre de la sélection qualitative (capacité économique et financière), que chaque soumissionnaire dispose, au cours de chacun des trois derniers exercices, d'un chiffre d'affaires total au moins égal à 2.000.000 d'euros, alors que, pour le précédent marché relatif à l'organisation des festivités du 21 juillet

2023, le chiffre d'affaires exigé était nettement inférieur alors pourtant que les prestations demandées étaient identiques et que le budget alloué était similaire. Selon elle, rien ne justifie donc que le niveau d'exigence soit ainsi revu à la hausse de sorte que ce niveau d'exigence constitue une entrave sérieuse et injustifiée à la concurrence.

B. Note d'observations

La partie adverse résume, dans les termes suivants, les développements de sa note d'observations :

« L'État belge considère que les critères de sélection sont conformes aux dispositions et principes applicables et ne constituent pas une entrave sérieuse et injustifiée à la concurrence.

En particulier, l'État belge considère ce qui suit, sur la base, notamment, du dossier administratif :

- l'argumentation de STL ne tient pas compte de la marge d'appréciation discrétionnaire dont l'État belge dispose lors de la fixation des critères de sélection qualitative ;
- la comparaison des critères de sélection qualitative du présent marché avec les critères de sélection qualitative du marché de 2023 est dépourvue de pertinence ;
- les critères de sélection sont conformes (notamment) aux articles 67 et 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et à l'article 78 de la loi du 17 juin 2016 ;
- l'État belge n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation lors de la fixation des critères de sélection qualitative ;
- l'État belge a respecté le principe de proportionnalité lors de la fixation des critères de sélection qualitative, dès lors que les critères sont liés et proportionnés à l'objet du marché ;
- l'État belge a également respecté les principes précités lors de la limitation du recours à la capacité de tiers ;
- l'État belge conteste que les critères de sélection aient été conçus pour favoriser Alice Events et défavoriser STL ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Si le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation pour fixer les critères de sélection et les seuils à atteindre, l'exercice de sa compétence discrétionnaire est soumis au respect de certaines conditions. Ainsi, l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics impose au pouvoir adjudicateur de limiter ces critères à ceux qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose des capacités juridiques, financières, techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Les critères doivent

être liés et proportionnés à l'objet du marché. L'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ajoute que le pouvoir adjudicateur doit indiquer, dans l'avis de marché, tant les critères de sélection que « les moyens de preuves acceptables », que ces critères de sélection qualitative doivent être assortis d'un « niveau d'exigence approprié » et que « chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires ». De plus, les critères de sélection qualitative ne peuvent être conçus dans l'intention de limiter artificiellement la concurrence ou de favoriser ou défavoriser indûment certains opérateurs économiques (article 5 de la loi du 17 juin 2016 précitée) et doivent être fixés par l'adjudicateur dans le respect des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence (article 4 de la même loi).

À l'obligation de préciser des critères de sélection et des niveaux d'exigence liés et proportionnés à l'objet du marché, s'attachent notamment les deux effets suivants :

- d'une part, les choix posés par le pouvoir adjudicateur dans la définition des critères de sélection doivent pouvoir être justifiés au regard des caractéristiques du marché concerné et des contraintes auxquelles l'exécution de celui-ci exposera l'attributaire, ces critères devant précisément permettre à l'adjudicateur de s'assurer de ce que l'opérateur choisi sera capable d'exécuter ce marché ;
- d'autre part, lorsque le caractère proportionné d'un niveau d'exigence fixé à propos d'un critère de sélection est contesté dans le cadre d'un recours juridictionnel, l'instance compétente pour statuer sur celui-ci et chargée, à ce titre, de vérifier la légalité du critère litigieux au regard des dispositions légales et réglementaires précitées, doit se prononcer sur le grief ainsi formulé au vu des éléments invoqués par le pouvoir adjudicateur comme l'ayant déterminé à fixer le niveau d'exigence critiqué.

En l'espèce, le critère de sélection litigieux est relatif à la capacité économique et financière et se lit comme suit :

«☐Le soumissionnaire doit avoir réalisé au cours de chacun des trois derniers exercices un chiffre d'affaires total au moins égal à 2.000.000 €. Il joindra à son offre une déclaration relative au chiffre d'affaires total réalisé pendant les trois derniers exercices, à moins que le chiffre d'affaires total soit mentionné dans les comptes annuels approuvés qui peuvent être consultés via le guichet électronique (il s'agit des comptes annuels déposés auprès de la Banque Nationale de Belgique, libellés selon le schéma comptable complet, ou selon le schéma comptable raccourci dans lequel la mention facultative du chiffre d'affaires total réalisé a été complétée)☐».

Pour le marché relatif à l'organisation des festivités du 21 juillet 2023, le critère relatif à la capacité économique et financière était libellé comme suit :

«□Le soumissionnaire doit avoir réalisé au cours des trois derniers exercices un chiffre d'affaires total au moins égal à 2.000.000 €. Il joindra à son offre une déclaration relative au chiffre d'affaires total réalisé pendant les trois derniers exercices, à moins que le chiffre d'affaires total soit mentionné dans les comptes annuels approuvés qui peuvent être consultés via le guichet électronique (il s'agit des comptes annuels déposés auprès de la Banque Nationale de Belgique, libellés selon le schéma comptable complet, ou selon le schéma comptable raccourci dans lequel la mention facultative du chiffre d'affaires total réalisé a été complétée) ».

Il apparaît ainsi que la partie adverse a substitué à la condition d'un chiffre d'affaires cumulé de 2.000.000 € pour les trois derniers exercices une exigence de chiffre d'affaires annuel de 2.000.000 €, pour chacun de ces trois derniers exercices, ce qui représente un rehaussement du seuil de la capacité économique et financière exigée.

La requérante critique ce rehaussement du seuil de capacité, qu'elle estime ne pas être justifié, dès lors notamment que les prestations et le budget sont identiques par rapport au marché précédent.

Au point 15 de sa note d'observations, la partie adverse justifie le rehaussement critiqué en soutenant, d'une part, qu'elle est libre d'assouplir ou de durcir, au fil du temps, ses exigences en matière de sélection qualitative et, d'autre part, que le marché actuel porte sur l'organisation des festivités des 21 juillet 2024, 2025 et 2026, tandis que le précédent n'avait pour objet que l'organisation des seules festivités du 21 juillet 2023.

Même s'il y a lieu de reconnaître à la partie adverse la liberté dont elle se prévaut, celle-ci ne suffit pas, en soi, à justifier concrètement le choix qu'elle a posé en l'espèce. La référence à cette liberté est donc sans intérêt.

Par ailleurs, la justification prise du fait que le marché actuel porte sur l'organisation de trois éditions des festivités du 21 juillet, et non plus d'une seule, est démentie par le dossier de la procédure. Il apparaît, en effet, à la lecture de la pièce 19 du dossier administratif que le rehaussement critiqué était déjà prévu alors même que le marché ne portait – dans un premier temps – que sur l'organisation des festivités du 21 juillet 2024. C'est à la suite d'échanges ultérieurs avec l'Inspection des finances – dont rend également compte le dossier administratif – que l'objet du marché a évolué vers l'organisation de trois éditions, en structurant celui-ci en une tranche ferme et deux conditionnelles. De cette chronologie des étapes de

conception du marché, il ressort donc que ce n'est pas la nouvelle structuration de celui-ci qui a justifié le rehaussement du seuil de capacité financière.

À l'audience du 22 avril 2024, la partie adverse a fait valoir une prétendue nécessité de clarifier le libellé du cahier des charges sur la fixation du seuil de capacité économique et financière. Cette justification n'avait toutefois pas été invoquée dans le cadre de la note d'observations et ne ressort, en outre, aucunement du dossier administratif.

Il ressort de l'examen de la cause, effectué en extrême urgence, que les éléments invoqués par la partie adverse comme l'ayant déterminée à fixer le niveau d'exigence critiqué ne constituent, *prima facie*, pas une justification admissible de celui-ci, qui trouverait appui dans les documents du marché ou le dossier administratif. Le moyen doit donc être déclaré sérieux en sa première branche.

V. Balance des intérêts

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}

La suspension de l'exécution de la décision de l'État belge de date inconnue d'approuver le cahier spécial des charges relatif au marché public de services pour l'organisation des festivités à l'occasion de la fête nationale le 21 juillet, 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 portant la référence 2023/028 est ordonnée.

Article 2

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 26 avril 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

David De Roy,
Adeline Schyns

président de chambre,
greffière.

La greffière,

Le Président,

Adeline Schyns

David De Roy